

Stockholm 2024-05-30

Byggföretagens synpunkter på ställningstagande om ändringar enligt ÄTA-bestämmelserna

Byggföretagen är de enskilda byggföretagens bransch- och arbetsgivarorganisation och organiserar ca 4 000 bygg-, anläggnings- och specialföretag. Byggföretagen arbetar aktivt för en sund konkurrens i bygg- och anläggningsbranschen.

Byggföretagen har tagit del av Konkurrensverkets förslag till ställningstagande om ändringar enligt ÄTA-bestämmelserna och framför härmed följande.

Sammanfattning

Konkurrensverkets övergripande uppdrag avseende offentlig upphandling syftar till att främja en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer.

Byggföretagen välkomnar Konkurrensverkets klargöranden i frågor som är oklara och utgör hinder för konkurrens och effektiv offentlig upphandling. Konkurrensverket redogör dock inte för hur det föreslagna ställningstagandet kommer att främja konkurrensen och effektiva offentliga upphandlingar.

Byggföretagen ifrågasätter behovet och lämpligheten av ett generellt ställningstagande avseende ÄTA-bestämmelserna i AB 04. Byggföretagens uppfattning är att förslaget ur ett samhällsekonomiskt perspektiv riskerar att leda till ökade kostnader och försämrad konkurrens då förutsebarheten i upphandlingar riskerar att minska. Det skulle inte vara till gagn vare sig för det allmänna eller marknadens aktörer. Skälen för Byggföretagens uppfattning sammanfattas här kort och utvecklas vidare nedan.

- Den oklarhet och oförutsebarhet som Konkurrensverket pekar på existerar inte. ÄTA-bestämmelserna har en tydlig och ändamålsenlig begränsning.
- Förslaget möter inte branschens behov av att kunna genomföra förändringar under pågående avtalstid anpassat till de unika

förutsättningarna. Förslaget riskerar därmed att leda till försämrad konkurrens i bygg- och anläggningsbranschen.

- Förslaget utgår från en bokstavlig tolkning som avviker från praxis, Lagrådets yttrande och direktivskälen.
- Förslaget avviker från hanteringen inom övriga EU-länder, vilket riskerar att försvåra den fria rörligheten och leda till sämre konkurrens.
- ÄTA-bestämmelserna är förenliga med de allmänna upphandlingsprinciperna.

Om Konkurrensverket ändå ser ett behov av ett ställningstagande föreslår Byggföretagen att Konkurrensverket utreder och gör en mer djupgående analys av i vilket avseende förslaget förväntas främja konkurrensen och effektiva offentliga upphandlingar, samt hur förslaget förhåller sig till EU-praxis och hur frågan hanteras i andra EU-länder. Inom ramen för en sådan analys bör också skillnaderna mellan beställda och likställda ÄTA-arbeten belysas.

Byggföretagen efterlyser även en redogörelse och vägledning hur upphandlande myndigheter bör agera. Som förslaget ligger bidrar Konkurrensverket inte till att skapa någon klarhet, tvärtom skapar Konkurrensverket mer osäkerhet för upphandlande myndigheter och andra aktörer på marknaden.

Förslaget kan inte motiveras av oklarheter

Enligt Konkurrensverket har frågan om ÄTA-bestämmelserna i AB 04 (kap 2 §§ 3 och 4) uppfyller kraven på en ändrings- eller optionsklausul i 17 kap. 10 § LOU gett upphov till diskussion. Konkurrensverket menar att det motiverar behovet av ett ställningstagande. Utifrån det behovet gör Konkurrensverket analysen att det finns oklarheter hur ÄTA-bestämmelserna ska tolkas, vilket lämnar ett för stort och oförutsebart utrymme för olika bedömningar (jfr punkterna 40–43 i förslaget). Byggföretagen delar inte Konkurrensverkets bedömning utan menar att branschen inte uppfattar bestämmelserna som oklara.

Som vidare utvecklas nedan, har branschen ett stort behov av att kunna göra anpassningar under pågående avtalstid. En begränsning av den möjligheten kommer sannolikt leda till ökad oklarhet och försämrad konkurrens bland annat då möjligheterna att lämna anbud på ett ÄTA-arbete i en pågående entreprenad kan vara mycket begränsade.

För att möjliggöra anpassningar på ett konkurrensneutralt sätt har branschen enats om vissa spelregler, däribland AB 04 kap. 2 §§ 3 och 4. Bestämmelserna har tagits fram av den ideella föreningen Byggandets Kontraktskommitté (BKK). Medlemmar i BKK är företrädare för beställare, entreprenörer och konsulter, bland annat Byggföretagen, Byggherrarna, Installatörsföretagen och

Innovationsföretagen för att nämna några. Bestämmelserna ger i det avseendet uttryck för hur hela branschen anser att behovet av anpassningar ska hanteras i avtal och anses i allmänhet bygga på en rimlig balans mellan rättigheter och skyldigheter för branschens olika aktörer. Bestämmelserna har i allt väsentligt sett oförändrade ut sedan 1960-talet och påminner om hur behovet hanteras i internationella standardavtal (se bland annat FIDIC). Konkurrensverket hänvisar i sitt ställningstagande enbart till bestämmelserna i AB 04 kap. 2 §§ 3 och 4. Bestämmelserna i standardavtalet är dock avsedda att utgöra ett sammanhängande system och aktuella bestämmelser kan inte läsas som enskilda ändringsklausuler. Det är Byggföretagens uppfattning att ÄTA-bestämmelserna, genom definition i AB 04, kommentaren till respektive bestämmelse, rättspraxis och övriga kontraktshandlingar har en tydlig och ändamålsenlig begränsning. Den oklarhet och oförutsebarhet som Konkurrensverket lyfter existerar inte.

Förslaget möter inte branschens behov

Konkurrensverket anger i sitt förslag till ställningstagande att det faktum att det kan uppstå praktiska och kostsamma problem med en tillämpning enligt förslaget inte påverkar bedömningen (jfr punkt 57 i förslaget). Byggföretagen delar inte Konkurrensverkets syn i den frågan utan menar att i vilken kontext som en lag är avsedd att tillämpas och den problembild som den är avsedd att hantera påverkar tolkningen.

Som redan framhållits är bygg- och anläggningsbranschen en bransch med behov av att kunna genomföra förändringar under pågående avtalstid. Entreprenadavtalet avser alltid en unik produkt som är anpassad till, utförs och avlämnas på ett unikt geografiskt läge. Att det är en unik produkt, på ett unikt läge, som utförs under unika förutsättningar, gör att det i regel är svårt, för att inte säga omöjligt, att redan vid anbudstillfället ta höjd för och lista vilka förändringar som kan behöva göras under pågående entreprenad.

Grundtanken i entreprenadbranschen är att anbud lämnas i konkurrens. För att möjliggöra konkurrens behöver det finnas förutsättningar för att anbudena ska vara jämförbara med varandra. Som utvecklats ovan är det en praktisk omöjlighet att redan i förfrågningsunderlaget förutse alla potentiella avvikelser. För att hantera det oförutsedda och skapa förutsättningar för god konkurrens görs därför i anbudsskedet vissa antaganden utifrån fackmässiga bedömningar. Med stöd av bland annat AB 04 kap. 2 §§ 3 och 4 sker därefter under entreprenadtiden anpassningar till verkligheten, i den mån verkligheten avviker från de fackmässiga antaganden som gjorts i anbudsskedet. Byggföretagen noterar i det här avseendet att Konkurrensverket anger att en ”rimligt noggrann och omsorgsfull” entreprenör, med ”större erfarenhet av hur ÄTA-bestämmelserna tillämpas i praktiken”, har en otillbörlig konkurrensfördel

jämfört med en entreprenör med mindre erfarenhet (se punkterna 50–52 i förslaget). Byggföretagen delar inte Konkurrensverkets åsikt i det avseendet. Byggföretagen menar tvärtom att bestämmelser som premierar erfarenhet, yrkeskunnande och fackmässighet främjar konkurrens. Utan fackmässighet riskerar nödvändiga antaganden ske godtyckligt och oförutsebart.

I det här avseendet noteras att Konkurrensverket förefaller ha blandat ihop omfattningen av entreprenörens åtagande med omfattningen av kontraksarbetena (se punkt 17 i förslaget). Entreprenören är nämligen både skyldig och berättigad att utföra ÄTA-arbeten. I entreprenörens åtagande ingår det alltså att utföra både kontraksarbetena och eventuella ÄTA-arbeten.

Konkurrensverkets förslag till ställningstagande möter varken branschens behov av att skapa förutsättningar för jämförbara anbud eller kunna anpassa produkten och arbetsprocessen till de unika förutsättningarna. Förslaget riskerar därmed att leda till försämrad konkurrens i bygg- och anläggningsbranschen.

Förslaget avviker från praxis

Konkurrensverket motiverar delvis behovet av ett ställningstagande med att det inte finns klagande praxis. Konkurrensverket har visserligen rätt i att frågan om AB 04 kap. 2 §§ 3 och 4 är förenliga med 17 kap. 10 § LOU inte har prövats. Däremot finns det annan praxis inom upphandlingsrättens område som har betydelse även för den här frågan.

Konkurrensverkets tolkning av ”klart, exakt och entydigt” bygger på en språklig tolkning. Begreppen är dock väl kända inom upphandlingsrätten och innebörden har prövats i olika sammanhang, särskilt i underrätterna men även i EU-domstolen (bland annat i C454/06 och C- 549/14). Konkurrensverkets tolkning avviker från den praxis som finns.

Förvaltningsrätten i Stockholm prövade i mål nr 3240–23 om en optionsklausul var förenlig med LOU. I målet var visserligen inte 17 kap. 10 § LOU direkt tillämplig men domstolen ansåg att paragrafen gav uttryck för en allmän princip. I målet konstateras att en upphandlande myndighet inte på förhand behöver ange en bindande uppräkningslista av de situationer när en förlängningsoption ska användas och att det var tillräckligt att det stod klart för varje normalt omsorgsfull anbudsgivare att förlängning kan komma att ske utifrån optionen.

Så sent som i mars 2024 prövade Förvaltningsrätten i Stockholm i mål nr 16148–23 om en ändringsbestämmelse var förenlig med motsvarande paragraf i LUF. Förvaltningsrätten konstaterade att samtliga anbudsgivare och potentiella anbudsgivare har haft samma förutsättningar och lika möjligheter att vid tiden för anbudslämnande förstå att en ändring skulle kunna komma att bli aktuell och

utforma sitt anbud utifrån de förutsättningarna. Den ändringsbestämmelse som var aktuell i målet uppfyllde därmed kraven som framgår av 16 kap. 10 § LUF.

I HFD 2016 ref 85 prövades ändringar av avtalsvillkor under ett pågående avtalsförhållande, visserligen innan bestämmelsen i 17 kap. 10 § LOU hade trätt i kraft, men motsvarande bestämmelse fanns med i det nya EU-direktivet. HFD konstaterade, med ledning av EU-domstolens praxis, att en ändring i ett avtal under avtalstiden kan godtas utan en ny konkurrensutsättning om potentiella leverantörer har haft lika möjlighet att vid tiden för anbud inse och beakta att en sådan ändring skulle kunna komma i fråga.

Av EU-domstolens praxis (C-549/14) följer att de grundläggande principerna om likabehandling och skyldighet att lämna insyn inte hindrar att särdragen i ett kontrakt beaktas när kontraktsföremålet anses vara osäkert. Av domen framkommer att likabehandling kan säkerställas genom att i upphandlingsdokumenten ange att justering kan komma att ske och på vilka villkor.

I sammanhanget ska även framhållas att Lagrådet i sitt yttrande över Lagrådsremissen *Nytt regelverk om upphandling* angav följande (se yttrandet, sida 205):

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

Värt att notera är också att Upphandlingsmyndigheten i en rapport om ändringar av kontrakt och ramavtal (Rapport 2017:4) har redogjort för innebörden av bestämmelsen i 17 kap. 10 § LOU. Enligt rapporten kan, och bör, den exakta graden av tydlighet som krävs anpassas beroende på typen av klausul. Mot bakgrund av att det är svårare att förutse hur tillämpningen av en ändringsklausul kommer att ändra avtalsvillkoren, bör kravet på tydlighet vara lägre jämfört med optionsklausuler. Rapportens slutsats i den delen, med hänvisning till direktivskälen, EU-domstolens praxis samt Lagrådets yttrande, är att en bokstavlig tolkning av bestämmelsen skulle riskera att begränsa till fastställda optionsklausuler, vilket inte kan vara syftet.

Byggföretagen anser att det skulle vara olyckligt om Konkurrensverket beslutar om ett ställningstagande som avviker från praxis och Lagrådets yttrande, särskilt med beaktande att förslaget inte motiveras av ett behov eller problem.

Förslaget avviker från hantering i övriga EU

Bygg- och anläggningsbranschens behov av att kunna göra anpassningar under pågående entreprenad är inte unikt för Sverige. Behovet föreligger även i andra EU-länder. Standardavtal och annan reglering som används i andra EU-länder innehåller också bestämmelser som möjliggör anpassningar. Den korta remisstiden har emellertid omöjliggjort en närmare jämförelse med hanteringen i andra EU-länder. Byggföretagen tar i det avseendet intryck av Upphandlingsmyndigheten, som i sin rapport anger att EU-domstolen har intagit en till synes mer praktisk inställning till hur tydliga ändringsklausuler måste vara för att vara tillåtna (Rapport 2017:4).

Byggföretagens uppfattning är att det skulle vara olyckligt om Konkurrensverket beslutar om ett ställningstagande som avviker från hanteringen inom övriga EU, och föreslår att Konkurrensverket utreder EU-perspektivet vidare. Förslaget till ställningstagande riskerar att försvåra den fria rörligheten och leda till försämrad konkurrens i bygg- och anläggningsbranschen.

ÄTA-bestämmelserna är förenliga med de allmänna upphandlingsprinciperna

Byggföretagens medlemsföretag vittnar om flera problem med offentliga upphandlingar som kan vara konkurrenshindrande. Många avstår från att lämna anbud på grund av för högt ställda krav och stort fokus på lägsta pris i kombination med bristfällig uppföljning av ställda krav. Det är också vanligt att upphandlingar avbryts i ett sent skede vilket kan minska intresset att lägga tid och resurser på anbudsarbete. Byggföretagen har däremot inte fått några indikationer på att företagen upplever att ÄTA-arbeten i enlighet med AB 04 eller ABT 06 upplevs som konkurrenshindrande. Tvärtom anses ÄTA-bestämmelserna vara en förutsättning för effektiv konkurrens vid upphandling av bygg- och anläggningsentreprenader.

Konkurrensverket anger att förarbetena till LOU inte ger ledning i frågan om vad som krävs för att uppfylla de krav som ställs på en ändrings- eller optionsklausul i 17 kap. 10 § LOU. Byggföretagen är av en annan uppfattning. LOU ska tolkas mot bakgrund av LOU-direktivets lydelse och syfte. Förarbetena hänvisar också till direktivskäl 111. Av skäl 107–111 framgår EU-lagstiftarens avsikt att kodifiera rättspraxis genom att införa bestämmelser om ändring av kontrakt och ramavtal. I skäl 111 anges att ändringsklausuler och optioner inte får innebära obegränsad frihet för upphandlande myndigheter men

att ändringar ska vara möjliga genom tillräckligt tydligt formulerade ändringsklausuler. Av de exempel som anges i skäl 111 är det tydligt att EU-lagstiftaren avsett att ändringsklausuler ska kunna möjliggöra ändringar till exempel på grund av tekniska förändringar eller tekniska svårigheter som framkommer. Byggföretagen menar att det innebär att en ändringsklausul inte kan preciseras med exakthet i förväg. Byggföretagens uppfattning är att den språkliga tolkning som Konkurrensverket gör avviker från direktivskälen.

Förbudet mot att genomföra otillåtna ändringar av kontrakt har sin grund i de grundläggande upphandlingsprinciperna. Som nämnt ovan finns stöd i EU-domstolens praxis för att det inte strider mot principerna om likabehandling och transparens att beakta ett kontrakts särdrag och behovet av att kunna genomföra förändringar under pågående avtalstid.

Byggföretagen kan konstatera att många ÄTA-arbeten i praktiken kan genomföras genom att beställaren finner stöd i andra ändringsbestämmelser i LOU. Genom ÄTA-bestämmelserna i AB 04 och ABT 06 säkerställs att alla aktörer som är intresserade av att delta i upphandlingen redan från början känner till att anpassningar kan komma att ske. Behovet av att kunna göra anpassningar under pågående entreprenad är inte unikt för Sverige. Behov av bestämmelser som möjliggör anpassningar finns alltså även i andra EU-länder.

Byggföretagens uppfattning är att ÄTA-bestämmelserna i AB 04 säkerställer likabehandling och transparens genom att samtliga leverantörer, oavsett nationalitet, får samma information i upphandlingsdokumenten. Byggföretagen har anledning att tro att liknande bestämmelser används även i andra EU-länder, men tid har inte medgetts för någon närmare utredning.

Konkurrensverket ger uttryck för att en ”rimligt noggrann och omsorgsfull” entreprenör som har en vana att bedöma brister i upphandlingsdokumenten inte är skyddsvärd. Byggföretagen anser att anbudsgivare som gör fackmässiga bedömningar utifrån upphandlingsdokumenten är en förutsättning för en effektiv konkurrens. ÄTA-bestämmelserna uppfattas som tydliga av branschen och innebär att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå och tolka upphandlingsdokumenten på samma sätt. Byggföretagen anser att detta är i enlighet med syftet bakom principerna om likabehandling och öppenhet och ställer sig frågande till vad Konkurrensverket menar är skyddsvärd i det här avseendet.

Byggföretagen menar att ÄTA-bestämmelserna är förenliga med de allmänna principerna. Byggföretagen befarar att förslaget till ställningstagande riskerar att få samhällsekonomiska konsekvenser genom att minska förutsebarheten och leda till fler avbrutna upphandlingar och projekt.

Skillnaderna mellan beställda och likställda ÄTA-arbeten behöver utredas

Konkurrensverket gör inte någon djupare analys av skillnaderna mellan beställda och likställda ÄTA-arbeten. Detta trots att det är två olika bestämmelser som hanterar två väldigt olika situationer. Bestämmelsen om likställda ÄTA-arbeten är av en annan karaktär och Byggföretagen anser att Konkurrensverket bör utreda skillnaderna mellan de båda bestämmelserna ytterligare innan ett slutligt ställningstagande.

Frågor med anledning av detta remissvar kan ställas till Erik Lindtorp, entreprenadjurist, erik.lindtorp@byggforetagen.se alternativt 08-698 58 79 eller Sanna Wallerstedt, entreprenadjurist, sanna.wallerstedt@byggforetagen.se alternativt 08-698 58 11.

BYGGFÖRETAGEN



Catharina Elmsäter-Svärd
Verkställande direktör