

LOU:s krav på ändrings- eller optionsklausuler
i förhållande till ÄTA-bestämmelserna i AB 04

Konkurrensverket, oktober 2024
Foto: Scandinav

Innehåll

1	Inledning	4
2	Avgränsningar	5
3	Rättslig reglering m.m.	6
4	Utgångspunkter för analysen	9
5	Uppfyller ÄTA-bestämmelserna i AB 04 kraven på ändrings- eller optionsklausuler i LOU?.....	13
5.1	Har klausulen angetts i upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen?	13
5.2	Beskriver klausulen klart, exakt och entydigt under vilka förutsättningar den kan tillämpas?.....	13
5.3	Anger klausulen omfattningen och arten av ändringarna?	16
6	Sammanfattande slutsatser.....	18

1 Inledning

Den svenska entreprenadrätten är i princip oreglerad i lag. Vid upphandling av byggentreprenader används därför ofta standardavtal som tagits fram av Föreningen Byggandets Kontraktskommitté (BKK) och som reglerar parternas rättigheter i hög utsträckning. AB 04 är ett sådant standardavtal.¹ Detta har varit den i Sverige gällande ordningen sedan tidigt 1900-tal.

Entreprenader kan avse omfattande, komplicerade och långsiktiga arbeten.² Vissa entreprenader kan också präglas av ett visst mått av osäkerhet som kan påverka förutsättningarna för utförandet. AB 04 innehåller därför en reglering av så kallade ÄTA-arbeten (ändringsarbeten, tilläggsarbeten och avgående arbeten).

Ett upphandlingspliktigt kontrakt eller ramavtal får som utgångspunkt inte ändras utan en ny annonserad upphandling. I lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) finns dock undantagsbestämmelser som tillåter ändringar i vissa fall. Det kan exempelvis vara tillåtet att göra ändringar i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul.

En fråga som gett upphov till diskussion är om ÄTA-bestämmelserna i AB 04 uppfyller kraven på ändrings- eller optionsklausuler i 17 kap. 10 § LOU.³ Frågan har inte behandlats i förarbetena och det saknas vägledande rättspraxis.

Konkurrensverket vill genom denna analys belysa hur bestämmelserna om ÄTA-arbeten i 2 kap. 3 och 4 §§ AB 04 förhåller sig till kraven på ändrings- eller optionsklausuler i 17 kap. 10 § LOU, och varför en upphandlande myndighet som genomför en ändring enbart med hänvisning till ÄTA-bestämmelserna riskerar att göra sig skyldig till en otillåten direktupphandling.

¹ Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, AB 04.

² Jfr NJA 2013 s. 271 och NJA 2015 s. 862.

³ Konkurrensverket har tidigare berört standardavtal och ÄTA-arbeten i rapporten 2011:2 *Fallgropar vid entreprenadupphandlingar*. Se även uppdragsforskningsrapporten 2014:4 *Entreprenadupphandlingar – Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier?*.

2 Avgränsningar

I analysen behandlas enbart LOU och det bakomliggande upphandlingsdirektivet.⁴ Frågan om hur relevant rättspraxis ska tolkas i förhållande till övriga upphandlingslagar behandlas inte. I andra upphandlingslagar finns dock likalydande bestämmelser avseende ändrings- eller optionsklausuler.⁵

Analysen omfattar vidare enbart direktivstyrda upphandlingar. Det saknas uttryckliga bestämmelser om möjligheten att ändra avtal avseende icke-direktivstyrda upphandlingar, dvs. upphandlingar under tröskelvärdena.⁶

Analysen avser AB 04 som reglerar utförandeentreprenader⁷ och utgår från att det rör sig om ett ÄTA-arbete såsom det definieras i nämnda standardavtal. En förutsättning för analysen är att användningen av ÄTA-bestämmelserna utgör en ändring i upphandlingsrättslig mening.⁸

Konkurrensverket gör i denna analys ingen bedömning av huruvida en ändring i enlighet med AB 04 utgör en ändring av kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär. En sådan bedömning måste göras utifrån omständigheterna i varje enskilt fall.

Analysen avser ÄTA-bestämmelserna i AB 04 utan ändringar eller kompletteringar.

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (upphandlingsdirektivet).

⁵ Se 16 kap. 10 § lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna och 14 kap. 10 § lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner. I lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet saknas motsvarande bestämmelser.

⁶ Konkurrensverket har i ett tillsynsbeslut angett att en ändring av en icke-direktivstyrd upphandling inte bara ska prövas mot de direktivstyrda ändringsbestämmelserna, utan även med beaktande av de grundläggande principerna och upphandlingslagstiftningens syfte. Se Konkurrensverkets tillsynsbeslut med dnr 432/2022.

⁷ Regleringen i standardavtalet Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten ABT 06 (ABT 06) behandlas inte. Standardavtalens reglering av ÄTA-arbeten är dock uppbyggda på likartat sätt.

⁸ Huruvida en tillämpning av en ändrings- eller optionsklausul utgör en ändring eller enbart en tillämpning av kontraktet eller ramavtalet har varit föremål för diskussion, se t.ex. prop. 2015/16:185 s. 847 f. Oaktat detta måste ändrings- eller optionsklausulen uppfylla de krav som uppställs i 17 kap. 10 § LOU för att få användas. En tillämpning av en ändrings- eller optionsklausul som uppfyller kraven i 17 kap. 10 § LOU kan alltså utgöra en tillåten ändring.

3 Rättslig reglering m.m.

Upphandlade avtal får som huvudregel inte ändras utan en ny upphandling.⁹ Enligt 17 kap. 10 § LOU får ett kontrakt eller ett ramavtal dock ändras i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul utan att en ny upphandling behöver genomföras, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och klausulen

1. har angetts i något av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen,
2. klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas, och
3. anger omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

Bestämmelsen i 17 kap. 10 § LOU genomför artikel 72.1 första stycket a i upphandlingsdirektivet. Av artikeln framgår att ett kontrakt och ramavtal får ändras utan att en ny upphandling behöver genomföras om ändringarna, oberoende av deras penningvärde, anges i de ursprungliga upphandlingsdokumenten genom klara, exakta och entydiga ändringsklausuler, som kan omfatta prisändringsklausuler, eller optioner. Sådana ändringsklausuler ska ange omfattningen och arten av eventuella ändringar eller optioner samt villkoren för när de får tillämpas. Ändringar eller optioner som skulle medföra en ändring av kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär är inte tillåtna.

Av skäl 111 till upphandlingsdirektivet framgår bland annat att upphandlande myndigheter genom ändringsklausuler eller optioner bör kunna medge en möjlighet att införa ändringar, men att dessa klausuler inte bör ge dem obegränsad frihet. Det bör därför fastställas i vilken utsträckning ändringsmöjligheter kan medges i det ursprungliga kontraktet. Det bör också vara möjligt att genom tillräckligt klara klausuler föreskriva anpassningar av kontraktet som har blivit nödvändiga på grund av tekniska svårigheter som har framkommit vid användning eller underhåll.

Till bestämmelserna i AB 04 finns begreppsbestämningar och kommentarer som är avsedda att förtydliga och förklara bestämmelserna.¹⁰

Enligt 1 kap. 1 § AB 04 framgår omfattningen av kontraktsarbetena av kontraktshandlingarna. Enligt bestämmelsen omfattar kontraktsarbetena även sådana

⁹ Se 17 kap. 8–14 §§ LOU. Regleringen är uttömmande, se prop. 2015/16:195 s. 850. Ändringsbestämmelserna i LOU genomför artikel 72 i upphandlingsdirektivet, som delvis kodifierar EU-domstolens rättspraxis, se prop. 2015/16:195 s. 843 f. EU-domstolens rättspraxis bygger i sin tur på de grundläggande upphandlingsprinciperna, se bland annat EU-domstolens dom den 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351.

¹⁰ Enligt förorden till AB 04 är kommentarerna och begreppsbestämningarna vägledande vid tillämpning och tolkning av bestämmelserna i AB 04. Se även Högsta domstolens dom den 27 januari 2015 i mål T 407–13, där domstolen tog hänsyn till kommentarerna i sin avtalsstolkning.

detaljarbeten som, utan att vara särskilt angivna i kontraktshandlingarna, uppenbarligen är avsedda att utföras utan tillägg i kontraktssumman.

Enligt kommentaren till 1 kap. 1 § AB 04 ska entreprenören utföra de arbeten som beställaren har beskrivit i sitt förfrågningsunderlag och inte något annat. Arbeten som inte redovisats i kontraktshandlingarna omfattas inte av entreprenörens åtagande. Detta gäller även, med undantaget för vissa detaljarbeten, arbeten som uppenbarligen är nödvändiga för att åstadkomma en normenlig och fungerande byggnad eller anläggning.

I begreppsbestämningarna definieras ÄTA-arbeten som ändringsarbete, tilläggsarbete som står i omedelbart samband med kontraktsarbetena och som inte är av väsentligt annan natur än dessa, samt avgående arbete.

I 2 kap. 3 § AB 04 regleras så kallade *föreskrivna ÄTA-arbeten*. Enligt bestämmelsen är entreprenören, om inte annat följer av författning, berättigad och skyldig att under entreprenadtiden utföra sådana ÄTA-arbeten som föreskrivs av beställaren.

Av kommentaren till 2 kap. 3 § AB 04 följer bland annat att man med uttrycket "omedelbart samband" betonar att de tilläggsarbeten som avses ska vara så nära förknippade med kontraktsarbetena eller del därav att de tillsammans utgör en teknisk helhet. Sådant samband föreligger exempelvis inte om beställaren utan nackdel kan vänta med utförandet till dess entreprenaden blivit färdigställd. Regeln innebär således ingen given företrädesrätt för entreprenören. Tillämpningen måste likväl ske med beaktande av den olägenhet som det från ansvarssynpunkt och i övrigt kan medföra för parterna eller en av dem, om arbetet utförs av en annan entreprenör eller av beställaren själv.¹¹ Gränsdragningsproblem kan uppstå vid bedömningen av om arbetena är av "annan natur" än kontraktsarbetena.

Vad som avses med "väsentligt annan natur" och "teknisk helhet" framgår inte närmare av kommentaren eller AB 04 i övrigt.

I 2 kap. 4 § AB 04 regleras *likställda ÄTA-arbeten*. Enligt bestämmelsen likställs följande arbeten med ÄTA-arbeten föreskrivna av beställaren:

- Arbeten som föranleds av att uppgifter med mera enligt 1 kap. 6 § AB 04 för vilka beställaren svarar, inte är riktiga
- Arbeten som föranleds av att arbetsområdet eller andra förhållanden av betydelse avviker från vad som skall förutsättas enligt 1 kap. 7 § AB 04
- Arbeten som föranleds av att förhållande som avses i 1 kap. 8 § AB 04 inte är sådant som det skall förutsättas vara.

Till 2 kap. 4 § AB 04 saknas kommentarer.

¹¹ Detta mot bakgrund av att det kan uppstå svårigheter att avgöra vem av parterna som ansvarar för sådana fel som framträder under garantitiden eller för arbetsmiljön på arbetsområdet.

Av 1 kap. 6 § AB 04 framgår bland annat följande. För riktigheten av uppgifter, undersökningsmaterial och tekniska lösningar ansvarar den part som tillhandahållit dem. Beställaren förutsätts i förfrågningsunderlaget ha lämnat de uppgifter som kan erhållas vid en fackmässig undersökning av den fastighet eller del av fastighet som berörs av kontraksarbetena.

Av 1 kap. 7 § AB 04 framgår följande. Entreprenören förutsätts innan anbud lämnas ha skaffat sig den kännedom om arbetsområdet och andra förhållanden av betydelse för bedömningen av vad som erfordras för kontraksarbetenas utförande och som kan erhållas genom besök på platsen. Härigenom inskränks inte beställarens ansvar enligt 6 § i detta kapitel. Arbetsområdet ska vid entreprenörens övertagande förutsättas befinna sig i det skick som det hade då entreprenören lämnade anbud. Om annat arbete ska utföras inom arbetsområdet innan entreprenaden påbörjas ska arbetsområdet vid entreprenörens övertagande förutsättas vara i det skick det kunnat antas befinna sig i efter det att ifrågavarande arbete utförts.

Av 1 kap. 8 § AB 04 framgår följande. Saknas vid tiden för avgivande av anbud uppgifter som avser arbetsområdet eller det område som berörs av entreprenaden skall förhållandena antas vara sådana som kunnat förutsättas vid en fackmässig bedömning.

4 Utgångspunkter för analysen

Upphandlingsrätten och entreprenadrätten ställer olika krav på hur ändringsklausuler utformas och används. En ändringsklausul i ett offentligt kontrakt får inte användas bara för att det är entreprenadrättsligt tillåtet, utan användningen måste vara upphandlingsrättsligt tillåten.

För att säkerställa en väl fungerande konkurrens och en effektiv användning av skattemedel är det viktigt att kontrakt och ramavtal som ingås efter en annonserad upphandling tillämpas i enlighet med de villkor som angivits i upphandlingen. De upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och transparens utgör hinder för att den upphandlande myndigheten ändrar villkoren i ett kontrakt så att det uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet.¹² Bestämmelserna om ändringar av kontrakt är undantag från denna huvudregel.¹³

Att det är entreprenadrättsligt möjligt att tolka och tillämpa en klausul på ett visst sätt betyder därför inte att klausulen är upphandlingsrättsligt tillåten att använda. Om en ändringsklausul inte uppfyller de upphandlingsrättsliga kraven kan en upphandlande myndighet inte stödja sig på klausulen för att göra ändringar i ett kontrakt eller ramavtal.¹⁴

Bestämmelserna om ändringar av kontrakt ska tolkas restriktivt utan att de förlorar sin ändamålsenliga verkan.¹⁵ Tolkningen ska ske med hänsyn till bestämmelsernas lydelse samt sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som bestämmelsen ingår i – det vill säga målen med ändringsbestämmelserna och upphandlingsdirektivet.¹⁶ Fastställandet av betydelsen av uttryck som inte har definierats i unionsrätten ska ske i enlighet med deras sedvanliga betydelse i gängse språkbruk, med beaktande av det sammanhang i vilket de används och de mål som eftersträvas genom det regelverk som uttrycken ingår i.¹⁷

Huvudsyftet med upphandlingsdirektivets bestämmelser om ändringar av kontrakt är att klargöra när ändringar av ett kontrakt kräver en ny upphandling, med hänsyn

¹² Se EU-domstolens dom den 3 februari 2022, *Advania Sverige och Kammarkollegiet*, C-461/20, EU:C:2022:72, p. 20; och den 18 september 2019, *Kommissionen mot Italien*, C-526/17, EU:C:2019:756, p. 58–59. Se även skäl 107 till upphandlingsdirektivet.

¹³ Jfr EU-domstolens dom den 3 februari 2022, *Advania Sverige och Kammarkollegiet*, C-461/20, EU:C:2022:72, p. 20 och 30.

¹⁴ En klausul kan dock vara civilrättsligt bindande även om den inte uppfyller de upphandlingsrättsliga kraven på ändringsklausuler. Ett avtal kan också ogiltigförklaras civilrättsligt om det har varit föremål för en otillåten direktupphandling, se 20 kap. 13 § LOU och prop. 2015/16:195 s. 361.

¹⁵ Jfr EU-domstolens dom den 3 februari 2022, *Advania Sverige och Kammarkollegiet*, C-461/20, EU:C:2022:72, p. 30.

¹⁶ Se EU-domstolens dom den 22 december 2022, *Sambre & Biesme*, C-383/21, EU:C:2022:1022, p. 54.

¹⁷ Se t.ex. EU-domstolens dom den 11 juni 2015, *Zh. och O.*, C-554/13, EU:C:2015:377, p. 41–42, och EU-domstolens dom den 22 december 2008, *Wallentin-Hermann*, C-549/07, EU:C:2008:771, p. 17. Se även EU-domstolens dom den 28 februari 2019, *SJ*, C-388/17, EU:C:2019:161, p. 48.

till relevant rättspraxis från EU-domstolen och principerna om likabehandling och transparens.¹⁸

I *pressetext* klargjorde EU-domstolen att principerna om likabehandling och transparens utgör hinder mot att ändra ett kontrakt på ett sådant sätt att andra anbudsgivare eller anbud hade kunnat godkännas eller antas om de ändrade villkoren hade varit kända vid den ursprungliga upphandlingen.¹⁹ Om en ändring däremot har kunnat förutses eftersom villkoren för ändringen föreskrevs i det ursprungliga kontraktet talar det för att alla leverantörers möjligheter och intressen att konkurrera på lika villkor har tillgodosetts.²⁰

I *Finn Frogne* uttalade EU-domstolen att själva omständigheten att vissa offentliga kontrakt på grund av deras kontraktsföremål kan anses vara osäkra gör det möjligt att förutse risken för att svårigheter uppkommer under genomförandet. I sådana fall ankommer det på den upphandlande myndigheten att fastställa kontraktsföremålet med försiktighet och använda möjligheten att göra ändringar med stöd av en ändringsklausul.²¹ Balansen mellan kravet på att iaktta principerna om likabehandling och transparens och behovet att beakta kontraktets särdrag säkerställs genom att den upphandlande myndigheten noggrant iakttar kontraktsvillkoren och anger att och hur villkoren kan komma att ändras i kontraktet.²² Genom att uttryckligen ange att villkoren kan komma att justeras, och genom att ange på vilka villkor detta kan ske, säkerställs att samtliga leverantörer som är intresserade av att delta i upphandlingen får kännedom om detta redan från början och därmed behandlas lika när de utformar sina anbud.²³

Av EU-domstolens praxis framgår alltså att en upphandlande myndighet kan beakta särdragen och osäkerheten i ett kontrakt genom att försiktigt fastställa kontraktsföremålet och använda en ändringsklausul. Om en upphandlande myndighet vill kunna använda sig av en ändringsklausul måste den i upphandlingsdokumenten ange *att* och *hur* kontraktet kan ändras.

EU-domstolens praxis ger inte stöd för att själva innebörden av principerna om likabehandling och transparens och de upphandlingsrättsliga kraven på ändringsklausuler varierar beroende på kontraktets särdrag och komplexitet. Rättspraxis ger därmed inte stöd för att det finns skäl att tillämpa ett varierande krav på ändringsklausulers tydlighet. Tvärtom finns det lika goda skäl att vara tydlig med hur ett kontrakt får ändras när kontraktsföremålet är komplext och osäkert som när

¹⁸ Se skäl 107 till upphandlingsdirektivet och EU-domstolens dom den 3 februari 2022, *Advania Sverige och Kammarkollegiet*, C-461/20, EU:C:2022:72, p. 32.

¹⁹ Se EU-domstolens dom den 19 juni 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, p. 34–35.

²⁰ Jfr EU-domstolens dom den 19 juni 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, p. 40.

²¹ Se EU-domstolens dom den 7 september 2016, *Finn Frogne*, C-549/14, EU:C:2016:634, p. 36.

²² Se EU-domstolens dom den 7 september 2016, *Finn Frogne*, C-549/14, EU:C:2016:634, p. 37.

²³ Se EU-domstolens dom den 7 september 2016, *Finn Frogne*, C-549/14, EU:C:2016:634, p. 37. Se även EU-domstolens dom den 29 april 2004, *Kommissionen mot CAS Succhi di Frutta SpA*, C-496/99, EU:C:2004:236, p. 118–119.

kontraktsföremålet är enkelt och säkert. Det finns med andra ord inte skäl att tillåta mer otydliga ändringsklausuler för att kontraktsföremålet är komplext eller osäkert.

Den omständigheten att entreprenadavtal kan avse osäkra, omfattande, komplicerade och långsiktiga arbeten innebär inte att ändringsklausuler i entreprenadavtal kan vara mindre tydliga och ändå vara upphandlingsrättsligt tillåtna att använda. En mindre tydlig reglering kan inte heller motiveras av att ÄTA-bestämmelserna är utformade för att kunna användas av flera olika aktörer, för olika entreprenader och för olika typer av behov.

AB 04 gavs ut 2004. Standardavtalet utformades därmed varken med hänsyn till kraven i LOU (som tillkom 2017) eller upphandlingsdirektivet (som tillkom 2014) eller flera centrala EU-domstolsavgöranden om avtalsändringar.²⁴ AB 04 togs således fram före tillkomsten av såväl upphandlingsdirektivet som LOU och utformades utifrån andra hänsyn än de som ligger till grund för upphandlingsreglerna.²⁵ Ett huvudsakligt syfte med AB 04 är att skapa en ekonomiskt optimal riskfördelning mellan parterna samt ett rationellt och kostnadseffektivt genomförande av byggprojekt.²⁶

Standardavtal med bestämmelser om ÄTA-arbeten har använts i svenska entreprenader under lång tid. Bestämmelserna har tolkats i domstolspraxis, skiljedomar och doktrin. Det kan också finnas en branschpraxis hur bestämmelserna tillämpas.

Det saknas stöd för att beakta sådan tolkningsdata som nämns ovan och som inte kommer till uttryck i det upphandlade avtalet vid bedömningen av om ÄTA-bestämmelserna uppfyller LOU:s krav på ändringsklausulers utformning. Det saknas uttömmande domstolspraxis om hur ÄTA-bestämmelserna ska tolkas. Skiljedomar är inte offentliga och inte allmänt tillgängliga. Det kan inte heller säkerställas att branschpraxis är enhetlig, vedertagen och tillgänglig för alla marknadsaktörer, såväl upphandlande myndigheter som leverantörer från Sverige och andra medlemsstater. I sammanhanget kan även konstateras att bestämmelserna om ändringar av kontrakt och ramavtal bara tar sikte på ändringsklausulens lydelse, vilket talar för att kontraktet ska kunna läsas och förstås i sin helhet utan utfyllnad från externa tolkningsdata.

En anbudsgivare med större erfarenhet av hur ÄTA-bestämmelserna tillämpas i praktiken kan, genom att vara mer van att identifiera brister i upphandlingsdokumenten och därigenom potentiella ÄTA-arbeten, få en otillbörlig konkurrensfördel gentemot andra leverantörer med mindre erfarenhet. En sådan ordning kan stå i strid med transparensprincipen, särskilt med hänsyn till att inte bara väl-informerade anbudsgivare ska kunna förutse vilka ändringar som kan komma att

²⁴ Se t.ex. EU-domstolens domar den 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351; den 13 april 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182; och den 7 september 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634.

²⁵ I kommentaren anges dock att det i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling finns regler som i vissa situationer innebär att beställaren inte utan ny upphandling är berättigad att låta entreprenören utföra tillkommande arbeten. Den lagen har ersatts av LOU, i vilken det infördes bestämmelser om ändringar av kontrakt och ramavtal.

²⁶ Se förordet till AB 04 och NJA 2015 s. 3, p. 13.

aktualiseras inom ramen för det upphandlade kontraktet eller ramavtalet och i vilken omfattning ändringarna kan komma att göras. Såväl potentiella leverantörer, både från Sverige och andra medlemsstater inom EU, som andra upphandlande myndigheter och intressenter måste kunna utläsa omfattningen och arten av ändringarna.

5 Uppfyller ÄTA-bestämmelserna i AB 04 kraven på ändrings- eller optionsklausuler i LOU?

5.1 Har klausulen angetts i upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen?

Enligt 17 kap. 10 § 1 LOU ska ändringsklausulen ha angetts i något av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen.

Upphandlingsdokument är dokument som beskriver eller fastställer innehållet i en upphandling.²⁷ De ska innehålla all relevant information för att leverantörer ska kunna lämna ett anbud i överensstämmelse med de krav som uppställs i upphandlingen. När en upphandlande myndighet vill att AB 04 ska utgöra kontraktsvillkor i ett upphandlat avtal görs ofta en hänvisning i upphandlingsdokumenten, utan att standardavtalet bifogas.

Konkurrensverket anser att en hänvisning till AB 04 som kontraktsvillkor i en upphandling innebär att standardavtalet utgör ett upphandlingsdokument. Detta gäller även om den upphandlande myndigheten inte ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till standardavtalet.²⁸

Konkurrensverket utgår därför från att kravet på att klausulen ska ha angetts i upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen är uppfyllt.

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

Enligt 17 kap. 10 § 2 LOU krävs att ändrings- eller optionsklausulen klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas.

Förarbetena ger ingen ledning om vad som krävs för att uppfylla kravet.²⁹

Användningen av ändrings- eller optionsklausuler i en upphandlingsrättslig kontext har endast behandlats i begränsad utsträckning i rättspraxis, och då sällan

²⁷ Se 1 kap. 23 § LOU.

²⁸ Konkurrensverket anser att upphandlingsdokument som innehåller hänvisningar till underlag som utgör en del av upphandlingsdokumenten och som inte finns att tillgå kostnadsfritt strider mot kravet på tillgång till upphandlingsdokument i 10 kap. 7 § LOU, se Konkurrensverkets ställningstagande 2024:1.

²⁹ Se prop. 2015/16:195 s. 843. Lagrådet har, i ett yttrande över förslaget till LOU, bland annat anfört att en tolkning av kravet enligt ordalydelsen skulle medföra att endast få ändringsklausuler skulle uppfylla kravet, och att avsikten med bestämmelsen inte kan vara att bara klausuler som uppfyller mycket högt ställda krav ska få användas utan ny upphandling. Av yttrandet framgår dock inget rättsligt stöd för en sådan hållning. Samma sak gäller även författarnas uppfattning i Upphandlingsmyndighetens uppdragsrapport 2017:4 Ändringar av kontrakt och ramavtal.

utifrån 17 kap. 10 § LOU.³⁰ Det saknas vägledande rättspraxis om hur kravet på klarhet, exakthet och entydighet ska tolkas.

Det saknas stöd för att hävda att kravet på klarhet, exakthet och entydighet kan uppfyllas bara genom att upphandlingsdokumenten i och för sig innehåller en ändringsklausul. Det måste vara klausulens *innehåll* som avgör om leverantörerna har fått en klar, exakt och entydig bild över de ändringar som kan komma att göras. En sådan utgångspunkt är i linje med EU-domstolens uppfattning att en ändringsklausul måste ange både *att* och *hur* kontraktet kan ändras.

Enligt gängse språkbruk betyder *klart* att något är fritt från allt som fördunklar; *exakt* att något är fullkomligt riktigt och tillförlitligt; *entydigt* att något bara kan tydas på ett sätt.³¹ Enligt gängse språkbruk bör kravet på att klausulen ska beskriva *under vilka förutsättningar* innebära att klausulen ska ange när eller i vilka situationer klausulen kan användas. Det skulle till exempel kunna avse en specifik situation, ett datum eller med vilken regelbundenhet klausulen kan tillämpas.

Kravet på ändrings- eller optionsklausulers klarhet, exakthet och entydighet är alltså högt ställt sett till ordalydelsen.

De upphandlingsrättsliga principerna och syftet med regleringen talar också för ett högt ställt krav på tydlighet. Ett högt ställt krav minskar risken för olikbehandling och diskriminering samt säkerställer att ändringarna reflekterar det ursprungliga kontraktet och konkurrensutsättningen.³² Ju tydligare ändringsvillkoren är, desto bättre tillgodoses alla leverantörers intresse och möjlighet att konkurrera på lika villkor när kontraktet konkurrensutsätts. Tydliga avtalsvillkor ökar också möjligheterna att få in verkligt jämförbara anbud. Ett högt ställt krav på tydlighet är alltså i linje med upphandlingsregleringens syfte och mål.

När det först gäller bestämmelsen om föreskrivna ÄTA-arbeten i 2 kap. 3 § AB 04 kan följande konstateras.

I bestämmelsen om föreskrivna ÄTA-arbeten anges bara att entreprenören är "berättigad och skyldig att under entreprenadtiden utföra sådana ÄTA-arbeten som

³⁰ Se HFD 2016 ref. 85, där Högsta förvaltningsdomstolen bedömde om en prisjustering, som hade gjorts med hänvisning till en ändringsklausul, utgjorde en väsentlig ändring av ett kontrakt. Bestämmelserna om ändringar av kontrakt i LOU var inte tillämpliga i målet. Se även Stockholms tingsrätts mellandom den 20 februari 2019 i mål T 388-16, där domstolen bedömde att samma klausul som var aktuell i HFD 2016 ref. 85 inte kunde anses vara tillräckligt klar, exakt och entydig. Tingsrättens dom överklagades och hovrätten gjorde samma bedömning som Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2016 ref. 85, se Svea hovrätts dom den 6 oktober 2020 i mål T 2849-19.

³¹ Svensk ordbok, Svenska Akademien (andra upplagan, Institutionen för svenska språket, Göteborgs universitet), 2021. I den engelska versionen av upphandlingsdirektivet anges att en ändrings- eller optionsklausul ska vara "*clear, precise and unequivocal*". I den franska anges att klausulen ska vara "*claires, précises et univoques*". I den tyska anges att klausulen ska vara "*klar, präzise und eindeutig*". Konkurrensverket anser inte att "*exakt*" innebär ett mer långtgående krav än "*precis*", vilket är en direkt översättning från engelskans *precise*, franskans *précises* och tyskans *präzise*.

³² 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.

föreskrivs av beställaren". Ordalydelsen lämnar ett stort utrymme vid bedömningen av när och i vilka situationer beställaren kan beställa ÄTA-arbeten.

Kommentaren till 2 kap. 3 § AB 04 hänvisar till definitionen av ÄTA-arbeten. Definitionen av ÄTA-arbeten innehåller ingen närmare definition eller förklaring av vad som utgör ett ändringsarbete eller avgående arbete. Enligt definitionen ska däremot tillägsarbeten stå "i omedelbart samband med kontraktsarbetena" och "inte [vara] av väsentligt annan natur än dessa". Dessa begrepp saknar dock en definition eller klar, vedertagen innebörd.

Enligt kommentaren till 2 kap. 3 § AB 04 innebär "omedelbart samband" att tillägsarbetena ska vara så nära förknippade med kontraktsarbetena att de tillsammans utgör en "teknisk helhet". Begreppet "teknisk helhet" saknar dock också definition och klar innebörd, vilket medför att kommentaren inte gör bestämmelsen mer klar, exakt och entydig. Enligt kommentaren kan det dessutom uppstå gränsdragningsproblem vid bedömningen av om arbetena är av "annan natur" än kontraktsarbetena.

Sammantaget baseras alltså bestämmelsen om föreskrivna ÄTA-arbeten på begrepp som saknar tydlig definition och klar innebörd. Det framgår därför inte klart, exakt och entydigt när eller i vilka situationer föreskrivna ÄTA-arbeten kan bli aktuella under avtalstiden.

När det sedan gäller bestämmelsen om likställda ÄTA-arbeten i 2 kap. 4 § AB 04 kan följande konstateras.

Av bestämmelsen om likställda ÄTA-arbeten framgår att med föreskrivna ÄTA-arbeten likställs arbeten som föranleds av *att* uppgifter som beställaren svarar för är oriktiga; *att* arbetsområdet eller andra förhållanden av betydelse avviker från vad som ska förutsättas; eller *att* ett förhållande inte är sådant som det ska förutsättas vara vid en fackmässig bedömning.

Det framgår inte klart, exakt och entydigt av bestämmelsen när beställaren svarar för en uppgift, vilka uppgifter i underlaget som inte är riktiga eller hur förhållandena ska förutsättas vara. Detta gäller även med beaktande av hänvisningarna till bestämmelserna i 1 kap. 6–8 §§ AB 04. De sistnämnda bestämmelserna hänvisar bland annat till en fackmässig undersökning eller bedömning. Begreppet "fackmässig" saknar dock en enhetlig definition och innebörd.³³ Utfallet av en fackmässig undersökning eller bedömning är inte heller nödvändigtvis entydigt, och varierar dessutom från fall till fall.

Av bestämmelsen framgår inte heller tydligt vilka arbeten som blir aktuella om förutsättningarna i bestämmelsen skulle anses vara uppfyllda.

³³ Se NJA 2015 s. 5, p. 12, där Högsta domstolen konstaterar att uttrycket "fackmässig" förekommer i flera bestämmelser i AB 04 och inte kan ges en enhetlig innebörd samt att den närmare innebörden av vad som kan anses fackmässigt avgörs av omständigheterna i det enskilda fallet.

Sammantaget lämnar bestämmelsen om likställda ÄTA-arbeten ett stort och oförutsebart utrymme för olika bedömningar av när eller i vilka situationer ÄTA-arbeten kan bli aktuella.

Bestämmelserna i 2 kap. 3 och 4 §§ AB 04 utgör grunden för att bedöma om en entreprenör har rätt och skyldighet att utföra ett ÄTA-arbete. Eftersom bestämmelserna baseras på vaga och otydliga begrepp saknar det betydelse hur kontraktens arbetena avgränsas och preciseras i det upphandlade kontraktet. Innebörden av begreppen tydliggörs inte genom beskrivningen av kontraktens arbetena.

Sammanfattningsvis finns ett stort utrymme för olika tolkningar av under vilka förutsättningar föreskrivna och likställda ÄTA-arbeten kan bli aktuella.

Konkurrensverkets slutsats av analysen ovan är därför att bestämmelserna om ÄTA-arbeten i AB 04 inte uppfyller kravet i 17 kap. 10 § LOU på att klart, exakt och entydigt beskriva under vilka förutsättningar ändrings- eller optionsklausulen kan tillämpas.

5.3 Anger klausulen omfattningen och arten av ändringarna?

Enligt 17 kap. 10 § 3 LOU krävs att ändrings- eller optionsklausulen anger omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

Begreppen art och omfattning definieras inte i förarbetena.³⁴

Artikel 72.1 första stycket a i upphandlingsdirektivet anger att ändringsklausulen i sin helhet ska vara klar, exakt och entydig. Konkurrensverket tolkar detta som att upphandlingsdirektivet även kräver att art och omfattning ska framgå klart, exakt och entydigt. Samma höga krav som för att ange förutsättningarna för klausulens tillämpning bör alltså gälla även för art och omfattning.

Bestämmelserna i 2 kap. 3–4 §§ AB 04 anger inte *omfattningen* av ändringarna som kan komma att göras tillräckligt tydligt. Bestämmelserna anger inte något som enligt vanligt språkbruk omfattas av begreppet, som t.ex. storlek, mängd, kvantitet, utsträckning eller omfång avseende de ändringar som kan komma att göras, vare sig i förhållande till exempelvis värdet eller arbetsinsatsen.

En angivelse om omfattning uppfyller inte kraven i 17 kap. 10 § LOU om den grundas på otydliga begrepp som inte uppfyller kraven på klarhet, exakthet och entydighet.

³⁴ Begreppet *art* förekommer i flera bestämmelser i LOU, men inte heller kopplat till de bestämmelserna ges i förarbetena någon ledning kring vad som avses, se prop. 2015/16:195 avseende 4 kap. 3 §, 6 kap. 5 §, 6 kap. 7 §, 6 kap. 33 §, 7 kap. 9 §, 10 kap. 8 §, 14 kap. 4 §, 14 kap. 6 § och 19 kap. 3 § LOU. Jfr även förslag till avgörande av generaladvokat Medina i förenade målen C-728/22-C730/22, EU:C:2024:582, p. 57, avseende begreppet *art*.

Bestämmelserna i 2 kap. 3–4 §§ AB 04 anger inte *arten* av ändringarna som kan komma att göras tillräckligt tydligt. Enligt vanligt språkbruk avser begreppet ändringens typ, natur eller karaktär. Bestämmelserna anger ingen ram för vilka typer av ändringar som kan bli aktuella, utan lämnar ett stort och oförutsebart utrymme för olika typer av arbeten och ändringar.

Mot denna bakgrund bedöms bestämmelserna om ÄTA-arbeten i 2 kap. 3 och 4 §§ AB 04 inte uppfylla kravet avseende omfattning och art i 17 kap. 10 § LOU.

6 Sammanfattande slutsatser

Konkurrensverkets slutsats av analysen som redovisats i tidigare avsnitt är att ÄTA-bestämmelserna i AB 04 utan ändringar eller kompletteringar inte uppfyller de krav på ändrings- eller optionsklausuler som uppställs i LOU. I de fall bestämmelserna kompletteras får en bedömning av tillåtligheten göras i varje enskilt fall.

Det faktum att det kan uppstå praktiska och kostsamma problem under ett pågående entreprenadarbete, exempelvis utifrån ansvarssynpunkt, utgör inte skäl för någon annan bedömning.

Konkurrensverket vill avslutningsvis notera att det kan vara möjligt att göra ändringar av ett kontrakt eller ramavtal med stöd av en annan ändringsbestämmelse i LOU, såsom bestämmelserna om kompletterande beställningar, oförutsebara omständigheter och ändringar som inte är väsentliga.³⁵ En sådan bedömning måste göras utifrån omständigheterna i varje enskilt fall.

Att tillämpa ändringsbestämmelser i kontrakt som inte har stöd i 17 kap. 10 § LOU riskerar att leda till att ändringen bedöms utgöra en otillåten direktupphandling.³⁶

³⁵ Se 17 kap. 9 och 11–14 §§ LOU.

³⁶ Se 20 kap. 13 § och 21 kap. 6–7 §§ LOU. Se även prop. 2015/16:195 s. 1127.



Ringvägen 100
118 60 Stockholm
08-700 16 00
konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se