



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Ragnar Petersson

## Väsentliga förändringar

– under och efter genomförandet av offentlig upphandling av byggentreprenadkontrakt

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: VT2013

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och problemformulering	7
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod och material	10
1.5 Disposition	15
<b>2 ALLMÄN RÄTTSLIG BAKGRUND</b>	<b>16</b>
2.1 Syften och principer inom offentlig upphandling	16
2.1.1 Syften	16
2.1.2 Upphandlingsrättens principer	17
2.1.3 Likabehandlingsprincipen	18
2.1.4 Öppenhetsprincipen	19
2.2 Upphandlingsförfarande	20
2.2.1 Upphandlingsförfarande enligt huvudreglerna	20
2.2.1.1 Annonsering	20
2.2.1.2 Skall-krav och bör-krav	20
2.2.1.3 Förbehåll	21
2.2.1.4 Ändringar, kompletteringar och förtydliganden	22
2.2.2 Eventuell förhandling enligt undantagsregler	22
2.2.3 Kvalificering, utvärdering och tilldelning	23
2.3 Byggentreprenadkontrakt	24
2.3.1 Entreprenadavtalet i allmänhet	24
2.3.2 Standardavtal och kodsysteem	25
2.3.3 ÄTA-arbeten	26
2.4 Följden av väsentliga förändringar	28
2.4.1 Överprövning av upphandling	28
2.4.2 Överprövning av avtal	29
2.4.3 Otillåten direktupphandling	29

### **3 VÄSENTLIGA FÖRÄNDRINGAR UNDER UPPHANDLINGSFÖRFARANDET** **32**

#### **3.1 Väsentliga förändringar som inte uppkommer genom förhandlingar** **33**

3.1.1	Skall-krav	33
3.1.1.1	Exempel då väsentlig förändring förelegat	33
3.1.1.2	Exempel då väsentlig förändring inte förelegat	37
3.1.1.3	Underlåtenhet att följa skall-krav	40
3.1.1.4	Slutsatser i litteraturen rörande skall-krav	41
3.1.2	Övriga ändringar och kompletteringar	41
3.1.2.1	Ändringar i bör-krav	41
3.1.2.2	Förlängning av bundenhet av anbud	42
3.1.2.3	Tidsaspekter	44
3.1.2.4	Jämförelse med förfrågningsunderlagets ursprungliga utformning	44

#### **3.2 Väsentliga förändringar vid förhandlingar** **46**

3.2.1	Allmänt	46
3.2.2	Förhandling som blir till fördel för anbudsgivare	48
3.2.3	Ändring av upphandlingsföremålet vid längre förhandlingar	49
3.2.4	Praktiska synpunkter	50

### **4 VÄSENTLIGA FÖRÄNDRINGAR AV OFFENTLIGA KONTRAKT** **52**

#### **4.1 Förändringar i tecknade kontrakt** **52**

4.1.1	Pressetexttestet	52
4.1.2	Byte av leverantör	53
4.1.3	Byte av underleverantör	57
4.1.4	Frångående av krav i förfrågningsunderlaget	59
4.1.5	Ändring av betalningsform	61
4.1.6	Ändring av pris	64
4.1.7	Utökning av kontraktetsföremålet	68

#### **4.2 ÄTA-arbeten** **69**

4.2.1	Tillåtna undantag i lagstiftningen	69
4.2.1.1	Kompletterande byggtreprenader	72
4.2.1.2	Uppreningar	75
4.2.2	ÄTA-arbeten som väsentliga förändringar	77

### **5 ANALYS** **80**

#### **5.1 Sammanfattande slutsatser** **80**

#### **5.2 Avslutande synpunkter** **86**

### **KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING** **92**

### **RÄTTSFALLSFÖRTECKNING** **95**

### **BILAGA** **98**

#### **Utdrag ur AMA AF 12 och RA AF 12** **98**

# Summary

The principles of equal treatment and transparency are fundamental within the legal area of public procurement law and must be taken into account during and after an award procedure of a construction contract. Therefore, a procuring authority has to plan the award procedure in detail and must specify the requirements of the procurement object and on the contractor, respectively. Furthermore, the procuring authority has to fulfil the original stated plan and is therefore not entitled to waive or amend any of their established requirements in a way that violates the principles of equal treatment and transparency. However, the legal area of civil construction law can be considered as an antipode to the public procurement law. The reason for this is that the possibility to amend and adjust a contract is within this legal area taken for granted. Therefore, during a public award procedure of a construction contract, there is a risk of conflict between these two legal areas.

A prohibition against the so-called material changes has been developed in established practice in order to reassure that the principles of equal treatment and transparency are being upheld. The prohibition concerns material changes made during on-going award procedures and material changes made after the award procedure, when the parties are concluding the contract. The consequence of a material change of an on-going award procedure is that the procedure has to be redone. The consequence of a material change of a public contract is that the contract is annulled.

Firstly, this essay examines the circumstances that cause a material change of an on-going award procedure of a construction contract that results in the consequence that the award procedure has to be redone. Secondly, this essay examines the circumstances that cause a material change after a public procurement concluded public construction contract with the consequence that the authority is considered to have carried out a new procurement.

In the essay, several conclusions regarding situations and circumstances that cause a material change are drawn. The common denominator in the various judgements, whether a material change exists or not, is that the judgements end in the same hypothetical question. The hypothetical question reads if the conditions in the procurement or the terms of the contract have been amended to such an extent, that it is likely to have an impact on the identity of the participants or potential participants, and if it is likely that they in the case of the amendment would have acted differently in the initial stage of the public procurement.

# Sammanfattning

De inom upphandlingsrätten centrala principerna om likabehandling och öppenhet ska beaktas under och efter genomförandet av en offentlig upphandling av ett byggtreprenadkontrakt. En upphandlande myndighet ska därför i detalj planera genomförandet av upphandlingen och i ett förfrågningsunderlag ange sina krav på upphandlingsföremålet och på leverantören. Vidare ska den upphandlande myndigheten fullfölja planeringen och inte frångå eller ändra de uppställda kraven på ett sådant sätt att principerna om likabehandling och öppenhet inskränks.

Den civilrättsliga entreprenadjuridiken får anses utgöra en motpol till upphandlingsrätten eftersom ändringar och justeringar under ett kontrakts löptid ofta ses som en självklarhet. Således finns det vid offentlig upphandling av byggtreprenadkontrakt risk för konflikt mellan dessa två rättsområden.

För att säkerställa att principerna om likabehandling och öppenhet upprätthålls har det utvecklats en praxis som förbjuder så kallade väsentliga förändringar av pågående upphandlingar och efter offentlig upphandling ingångna kontrakt. Om en väsentlig förändring företagits medför det att en pågående upphandling måste göras om och om det rör sig om ett ingånget kontrakt att det ogiltigförklaras.

I denna uppsats utreds för det första vad som utgör en väsentlig förändring av en pågående upphandling av en byggtreprenad som medför att upphandlingen måste göras om. För det andra utreds i uppsatsen vad som utgör en väsentlig förändring av ett efter offentlig upphandling ingånget offentligt byggtreprenadkontrakt som medför att en upphandlande myndighet anses ha genomfört en ny upphandling.

I uppsatsen dras ett antal slutsatser beträffande vilka situationer och omständigheter, som medför att väsentliga förändringar föreligger. Den gemensamma nämnaren i de olika bedömningarna för huruvida en väsentlig förändring föreligger är att de utmynnar i den hypotetiska frågeställningen om det är tänkbart att förutsättningar i upphandlingen eller det tilldelade kontraktets villkor ändrats så mycket av förändringen att det finns en möjlighet att anbudsgivare eller potentiella anbudsgivare, på grund av ändringen, skulle kunna ha agerat annorlunda vid det ursprungliga upphandlingsskedet.

# Förord

Jag vill rikta ett synnerligen varmt tack till min handledare universitetsadjunkt Henrik Norinder, som på ett entusiasmerande och kunnigt sätt bistått mig med bra diskussioner och riktlinjer för uppsatsens fortskridande.

Vidare vill jag rikta ett mycket varmt tack till advokat Per-Ola Bergqvist på Foyen Advokatfirma i Malmö, som med sin expertis på området offentliga upphandlingar av entreprenader och sitt pedagogiska sätt att förklara komplicerade aspekter av upphandlingsrätten varit ett ovärderligt bollplank under uppsatsskrivandet.

Jag vill också rikta ett tack till advokaterna Patrik Svensson och Claes Henriksson Svegfors på advokatfirman LA PARTNERS i Malmö för deras inspiration till mitt spännande uppsatsämne. Då denna uppsats även innebär slutet på mina juridikstudier vill jag passa på att tacka samtliga medarbetare på advokatfirman LA PARTNERS för att de väckt mitt intresse för affärsjuridik och för givande praktik under min utbildning.

Jag vill även rikta ett tack till min gode vän jur. stud. Nils Fredrik Dehlin och till min flickvän jur. stud. Nina Linné som tagit sig tid att korrekturläsa uppsatsen.

Slutligen vill jag rikta ett särskilt tack till mina föräldrar Göran och Marie Petersson för deras aldrig sviktande stöd under min studietid i Lund.

Malmö den 9 augusti 2013,

*Ragnar Petersson*

# Förkortningar

AB 04	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader.
ABT 06	Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbete.
AMA AF 12	Administrativa föreskrifter med råd och anvisningar för bygg-, anläggnings- och installationsentreprenader.
BKK	Bygandets Kontraktskommitté
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
EUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FörvR	Förvaltningsrätt
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
KamR	Kammarrätt
KKV	Konkurrensverket
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling.
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.
TR	Tingsrätt
ÄLOU	Lag (1992:1528) om offentlig upphandling.

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

De regler som styr rättsområdet offentlig upphandling uppställer strikta krav på förutsebarhet, krav på att en tydlig plan ska upprättas och krav på att denna plan ska fullföljas utan större ändringar. Den upphandlande myndigheten ska med andra ord ge leverantörer och potentiella leverantörer information om vilka de gällande *spelreglerna* för upphandlingen är och har därefter att följa dem. Exempelvis ska en upphandlande myndighet i detalj ange i ett förfrågningsunderlag hur upphandlingen ska genomföras, vad som kommer att upphandlas, vilka krav som ställs på leverantörerna och vilka krav som ställs på det som upphandlingen avser.<sup>1</sup>

Vare sig under ett upphandlingsförfarande eller efter det att ett offentligt kontrakt har tilldelats en anbudsgivare får det ske några så kallade *väsentliga förändringar* av de *spelregler* som den upphandlande myndigheten har satt upp. Detta förbud mot förändringar härrör från lagstiftarens vilja att de allmänna upphandlingsrättsliga principerna, i synnerhet likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen, ska upprätthållas och därigenom säkerställa den fria konkurrensen.<sup>2</sup>

Byggentreprenader å andra sidan karakteriseras av att de ofta pågår under betydande tidsperioder<sup>3</sup> och vidare av att det inte är ovanligt att en beställare under denna period vill ändra på arbetet eller få tilläggsarbeten utförda<sup>4</sup>. Det kan till och med sägas råda en principiell öppenhet för beställare att förändra entreprenörens åtagande under ett byggentreprenadskontrakts löptid<sup>5</sup>. Inom byggbranschen är exempelvis så kallade ÅTA-arbeten (ändringsarbeten, tilläggsarbeten och avgående arbeten) ett väletablerat begrepp<sup>6</sup> och så vanligt förekommande att det enligt de två centrala standardavtalen på området normalt utgör såväl en civilrättslig rättighet som skyldighet för entreprenören<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Bergman m.fl., s. 16.

<sup>2</sup> Sundstrand, s. 285.

<sup>3</sup> Höök, s. 86.

<sup>4</sup> Hellner m.fl., s. 140.

<sup>5</sup> Samuelsson, s. 115.

<sup>6</sup> Bergqvist m.fl., s. 71.

<sup>7</sup> Jfr AB 04 2 kap. 3§ och ABT 06 2 kap. 3§.



De regler som styr offentlig upphandling med dess krav på förutsebarhet och detaljerade förfrågningsunderlag som övergår till kontrakt utan möjlighet att ändras väsentligt, riskerar således att hamna på kollisionkurs med entreprenadjuridiken där ändringar och diverse justeringar ofta ses som en självklarhet. Risken för att denna kollision ska inträffa bör rimligen inte minskas av att offentliga upphandlingar generellt är komplicerade och tidskrävande processer där det relativt ofta uppkommer behov av att göra förändringar eller kompletteringar av exempelvis det förfrågningsunderlag som anbudsgivare och potentiella anbudsgivare tagit del av.<sup>8</sup>

Resultatet av en sådan kollision kan bli märkbar. Väsentliga förändringar av upphandlingsförfarandet leder till att upphandlingen ska göras om.<sup>9</sup> En väsentlig förändring i ett offentligt kontrakt anses medföra att en ny upphandling föreligger, vilket innebär en uppenbar risk för att det skett en otillåten direktupphandling.<sup>10</sup> Dessutom trädde den 15 juli 2010 en lagändring i kraft som gav allmänna förvaltningsdomstolar kompetens att ogiltigförklara otillåtna direktupphandlande avtal<sup>11</sup>. I förening med andra risker såsom skadeståndsskyldighet och upphandlingsskadeavgift<sup>12</sup> gör detta att konserverna kan bli kännbara, om en väsentlig förändring i ett offentligt kontrakt skett.

Vad som utgör en väsentlig förändring av en pågående upphandling respektive ett offentligt kontrakt, regleras vare sig i lag eller i EU-direktiv utan i domstolspraxis, i huvudsak utifrån domstolarnas tillämpning av principerna om likabehandling och öppenhet.<sup>13</sup> Upphandlande myndigheter är vidare i regel inte förhindrade att göra vissa ändringar såsom kompletteringar och förtydligande om att klargöra tveksamheter eller klargöra eventuella brister och otydligheter i förfrågningsunderlaget. Sålunda är inte alla förändringar av förfrågningsunderlag och offentliga kontrakt att beteckna som väsentliga. Det får därför sägas existera en gråzon rörande vilka förändringar som är tillåtna respektive otillåtna (det vill säga väsentliga) vid upphandling och genomförande av offentliga byggentreprenadkontrakt.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 85.

<sup>9</sup> Jfr 16 kap. 6§ LOU; Falk, s. 505, och Rosén Andersson m.fl., s. 616 f.

<sup>10</sup> Mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 34.

<sup>11</sup> Prop. 2009/10:180 s. 98 och 16 kap. 13§ LOU.

<sup>12</sup> Jfr 16 kap. 20§ och 17 kap. 1§ 3 p. LOU.

<sup>13</sup> Linder & Dubois, *Förändringar av förfrågningsunderlag – analys*, och Rosén Andersson m.fl., s. 86, 219.

<sup>14</sup> Jfr ex. KamR mål nr 1367-11 och 1399-11; KamR mål nr 437-446-12; KamR mål nr 1132-10; KamR mål nr 1829-10; KamR mål nr 1941-10.

Då konsekvenserna vid *övertramp* kan bli märkbara och kollisionsrisken mellan upphandlings- och entreprenadrätten är uppenbar, menar jag att det finns ett behov av att skapa *klarhet* rörande vad som utgör en väsentlig förändring av villkoren under och efter genomförandet av offentlig upphandling av byggentreprenadkontrakt.

## 1.2 Syfte och problemformulering

Den föreliggande uppsatsen har två huvudsyften. För det första eftersträvar jag att utreda och identifiera vilka omständigheter som medför att det anses föreligga en sådan väsentlig förändring av en *pågående upphandling* av ett byggentreprenadkontrakt som gör att upphandlingen måste göras om. Med detta syfte strävar jag även efter att undersöka möjligheterna om en upphandlande myndighet genom agerande, kan *förhindra* att en konstaterad väsentlig förändring får en sådan verkan att den medför att upphandlingen måste göras om.

För det andra eftersträvar jag att utreda och identifiera vilka omständigheter som medför att det anses föreligga en sådan *väsentlig förändring* av ett efter offentlig upphandling ingånget offentligt byggentreprenadkontrakt som gör att en ny upphandling anses ha genomförts, vilket i sin tur innebär att en upphandlande myndighet riskerar att få betala skadestånd, upphandlingsskadeavgift samt att kontraktet ogiltigförklaras. Inom ramen för den undersökningen ämnar jag också identifiera om det finns något sätt för den upphandlande myndigheten att minska risken för att ett agerande eller en underlåtenhet att agera definieras som en väsentlig förändring. Jag ämnar vidare med syftet utreda huruvida så kallade ÄTA-arbeten kan utgöra sådana väsentliga förändringar som gör att en ny upphandling av ett offentligt byggentreprenadkontrakt anses ha genomförts, och vilka omständigheter som är relevanta att beakta vid en sådan bedömning.

Utöver dessa syften ämnar jag vidare som ett underliggande syfte föra en de lege ferenda diskussion beträffande det rättsläge jag kommer fram till vara rådande för tillfället. I denna diskussion eftersträvar jag att föra ett resonemang om det rådande rättslägets kompatibilitet med upphandlingsrättens grundläggande principer samt eventuella behov av förändringar.

**Således ämnas följande två huvudfrågeställningar besvaras:**

- Vad utgör en väsentlig förändring av en *pågående upphandling* av en byggtrepenad som medför att upphandlingen måste göras om?
- Vad utgör en väsentlig förändring av ett efter offentlig upphandling ingånget *offentligt byggtrepenadkontrakt* som medför att en upphandlande myndighet anses ha genomfört en ny upphandling?

**I den avslutande diskussionen ämnar jag även diskutera följande fråga:**

- Föreligger det något behov av att ändra rådande rättsläge, och i så fall på vilket sätt?

## 1.3 Avgränsningar

Beträffande upphandlingsrättens grundläggande principer kommer uppsatsen att fokusera på principerna om *likabehandling och öppenhet*. Således kommer ingen närmare redogörelse göras av principerna om icke-diskriminering, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Avgränsningen motiveras av att domstolar i rättspraxis avgjort om en väsentlig förändring föreligger utifrån de två förstnämnda principerna och har i sina bedömningar inte beaktat de övriga principerna.

I uppsatsens utredning av upphandlingens faser kommer jag endast övergripande och primärt utifrån de huvudsakliga upphandlingsförfarandena redogöra för hur en upphandling går till. Uppsatsen kommer alltså inte i detalj gå in på vilka olika upphandlingsförfaranden som finns och hur dessa fungerar. Avgränsningen motiveras av att de problem som utreds i uppsatsen primärt utgår ifrån ett öppet, selektivt, förenklat eller urvalsförfarande. Vidare motiveras avgränsningen av att redogörelsen endast är med för att ge en, för en inom rättsområdet offentlig upphandling oerfaren läsare, bakgrundsförståelse för de stora dragen i en offentlig upphandling. Fokus i detta kapitel kommer därför att vara att ge läsaren en framställning över var i upphandlingsprocessen väsentliga förändringar kan uppkomma.

Vidare kommer uppsatsen att primärt utgå från LOU och någon redogörelse kommer inte göras av motsvarande bestämmelser i LUF. Avgränsningen motiveras av att lagarna inom det valda problemområdet i princip är identiska, vilket skulle innebära att en redogörelse av LUF inte skulle

tillföra utredningen något nämnvärt. Det ska dock tilläggas att jag kommer att ha med vissa rättsfall där LUF varit tillämplig lag. Användandet av sådana rättsfall motiveras av att domstolarnas ställningstaganden har baserats på samma principer som är applicerbara vid fall då LOU är tillämplig lag.

Vidare kommer det i uppsatsen inte redogöras för så kallade *alternativa anbud*, det vill säga anbud som kan godtas när de uppfyller en upphandlande myndighets behov, men på ett sätt som inte omfattas av beskrivningen av föremålet. Avgränsningen motiveras av utrymmesskäl och att en argumentation rörande huruvida alternativa anbud föreligger i praktiken sällan blir aktuell.

Uppsatsen fokuserar på rättsområdet *offentlig upphandling* och därför kommer entreprenadrättsliga aspekter att utgöra en betydligt mindre del av uppsatsen. Redogörelsen av entreprenadrätten kommer att vara övergripande och inriktad på att ge en inom området oerfaren läsare information om vad entreprenadrättens specifika särdrag är i förhållande till upphandlingsrätten. Vidare används entreprenadrätten och dess uppbyggnad med hjälp av civilrättsliga standardavtal som exempel i framförallt kapitel 4 om väsentliga förändringar av offentliga kontrakt. Entreprenadrätten kommer således utgöra en mycket begränsad del av kapitel 3 om väsentliga förändringar under upphandlingsförfarandet. Avgränsningen motiveras av att det endast är denna information som behövs för att uppnå uppsatsens syften.

Rörande uppsatsens utredning av *följder* av väsentliga förändringar kommer det inte göras någon redogörelse av undantag till huvudregeln att ett direktupphandlat avtal ska ogiltigförklaras. Avgränsningen motiveras av utrymmesskäl.

Uppsatsen avgränsar sig vidare till att inte beröra vissa situationer som berörts i rättspraxis. Det rör sig om ändring av rabatt<sup>15</sup>, avstående från uppsägning<sup>16</sup> och byte av beställare<sup>17</sup>. Avgränsningen motiveras av att jag bedömer andra situationer vara av högre relevans för att besvara uppsatsens problemformulering och därför har jag av utrymmesskäl bortprioriterat dessa situationer.

Uppsatsen avgränsar sig också såtillvida att den inte berör det *förslag till nytt direktiv* om offentlig upphandling som EU-kommissionen antog i

---

<sup>15</sup> Jfr mål nr C-454/06 *pressetext*.

<sup>16</sup> Jfr mål nr C-454/06 *pressetext*.

<sup>17</sup> Jfr FörvR i Stockholms dom, mål nr 14710-08, i vilket KKV lämnat yttrande i frågan.

december 2011<sup>18</sup>. Förslaget syftar till en fördjupad modernisering av upphandlingsreglerna inom EU. Lagstiftningsarbetet pågår emellertid fortfarande inom EU:s institutioner varför det ännu inte finns något slutlig direktivtext. Avgränsningen motiveras av att förslaget inte är slutgiltigt och av utrymmesskäl.

Slutligen är uppsatsen avgränsad till att inte innehålla några komparativa inslag. Att jämföra vad en nationell domstol bedömt utgöra väsentliga förändringar i ett annat rättssystem hade kunna ge uppsatsen en ytterligare dimension; dock kommer detta av utrymmesskäl inte att göras.

## 1.4 Metod och material

I uppsatsen används den *rättsdogmatiska metoden*. Det råder inom rättsvetenskapen inte en helt samstämmig syn om vad denna metod faktiskt innebär.<sup>19</sup> I denna uppsats åsyftas emellertid med rättsdogmatisk metod att rättsordningen framställs som ett koherent nätverk av regler och undantag.<sup>20</sup> I uppsatsen utgår jag ifrån att den rättsdogmatiska metodens huvuduppgift är att tolka och systematisera gällande rätt.<sup>21</sup> Utifrån de befintliga rättskällorna fastställs vilka regler som finns (*de lege lata*) eller bör tillskapas av lagstiftaren (*de lege ferenda*).<sup>22</sup>

Den rättsdogmatiska metoden används mer konkret uttryckt på följande sätt i uppsatsen: En utredning i form av systematisering och tolkning av de befintliga rättskällorna vidtas i avsnitt 2-4; i avsnitt 5.1. tolkas och sammanfogas utredningen för att kunna ge ett uttalande om vad som är gällande rätt inom uppsatsens problemformulering (*de lege lata*) och i avsnitt 5.2. diskuteras slutligen de slutsatser som dragits i uppsatsen med ett fokus på *de lege ferenda*.

I uppsatsen antar jag således att en rättsdogmatiker kan, utan att frånga metoden, utvärdera sitt resultat och diskutera olika lösningar *de lege ferenda*.<sup>23</sup> Vidare kan nämnas att den rättsdogmatiska metoden har kritiserats för att inte vara värderingsfri.<sup>24</sup> I uppsatsen eftersträvas att i

---

<sup>18</sup> Jfr KOM (2011) 896 slutlig, 2011/0438 (COD).

<sup>19</sup> Jfr Sandgren (2006) s. 53 och Sandgren (2005), s. 648 ff.

<sup>20</sup> Peczenik (2005), s. 249.

<sup>21</sup> Peczenik (1995), s. 312.

<sup>22</sup> Lehrberg (2001), s. 38.

<sup>23</sup> Lavin, s. 73., som tycks ha förespråkat ett sådant arbetssätt. Jfr Peczenik (1995), s. 313, som utifrån Lavins uttalande lyfter fram ett en rättsdogmatiker får framlägga förslag de lege ferenda.

<sup>24</sup> Jfr Jareborg, s. 9 f., som åskådliggör kritiken.

möjligaste mån var deskriptiv men då det inte är möjligt att vara helt värderingsfri får den rättsdogmatiska metod som används betecknas som deskriptivnormativ.<sup>25</sup> Det ska dock klargöras att uppsatsens avslutande diskussion i avsnitt 5.2. bygger på mina egna åsikter som grundas på resultatet i utredningen. Detta avsnitt är således i högsta grad subjektivt.

Uppsatsen tar utgångspunkt i de befintliga rättskällorna. Med befintliga rättskällor menas primärt lagstiftning, lagförarbeten, rättspraxis och rättsdogmatisk litteratur.<sup>26</sup> Rättsområdet offentlig upphandling är ett relativt nytt ämne inom juridiken; detta gäller både upphandlingsrätten inom den EU och i synnerhet den svenska juridiska forskningen på området.<sup>27</sup> Det råder därför, inom detta tämligen omfattande och komplicerande rättsområde, en viss avsaknad på vägledande rättspraxis och doktrin, avseende såväl svensk rätt som unionsrätt.<sup>28</sup>

Den svenska upphandlingsrätten härrör från unionsrätten.<sup>29</sup> På grund av det måste även de bindande befintliga rättskällorna inom unionsrätten studeras och beaktas genom hela utredningen. De unionsrättsliga rättskällor som anses bindande är primärrätten (de grundläggande fördragen), EU:s stadga om grundläggande rättigheter, allmänna rättsprinciper, internationella avtal och bindande sekundärrätt (förordningar, direktiv och beslut).<sup>30</sup>

Det finns inga särskilda bestämmelser som reglerar när en förändring av ett förfrågningsunderlag ska betraktas som väsentlig, vare sig i EU-direktiv eller i den svenska upphandlingslagstiftningen.<sup>31</sup> Således har bedömningarna om vad som utgör väsentliga förändringar i huvudsak lämnats till domstolar på nationell och EU-nivå att bedöma. Bedömningen om en väsentlig förändring av ett förfrågningsunderlag respektive ett offentligt kontrakt föreligger görs utifrån upphandlingsrättens grundläggande principer som återfinns i 1 kap. 9§ LOU.<sup>32</sup>

Följaktligen kommer en stor del av uppsatsen att bygga på praxis från nationell domstol och EU-domstolen i vilka dessa principer tolkats för att avgöra vad som är (eller definieras) som en väsentlig förändring. EU-

---

<sup>25</sup> Peczenik (2005) s. 250.

<sup>26</sup> Jareborg, s. 8.

<sup>27</sup> Andrea Sundstrand var den första forskaren som lade fram en rättsvetenskaplig avhandling i offentlig upphandling år 2012. Jfr Sundstrand, s. 26.

<sup>28</sup> Sundstrand, s. 26.

<sup>29</sup> Falk, s. 26 f.

<sup>30</sup> Hettne & Otken Eriksson, s. 40.

<sup>31</sup> 4 kap. 2§ och 4 kap. 5§ LOU uttrycker endast att en väsentlig förändring inte får ske men reglerar inte när en sådan föreligger.

<sup>32</sup> Linder & Dubois, *Förändringar av förfrågningsunderlag – analys*, och Rosén Andersson m.fl., s. 86.

domstolens praxis får därför anses utgöra en mycket viktig rättskälla i uppsatsen för att fastställa vad som är gällande rätt. Det kan nämnas att EU-domstolens avgöranden formellt sett endast är bindande i konkreta fall. Dock råder det i praktiken vanligen en *påtaglig prejudikatföljsamhet* när de nationella domstolarna i EU:s medlemsstater tolkar unionsrätten; på så vis utgör EU-domstolens praxis en viktig rättskälla i föreliggande utredning.<sup>33</sup> EU-domstolens praxis är för unionsrätten dessutom både mer omfattande och mer betydelsefull än vad exempelvis HD och HFD är för den svenska rättsordningen vilket än mer motiverar dess höga värde som rättskälla i föreliggande uppsats.<sup>34</sup>

I uppsatsen studeras och refereras till rättsfall<sup>35</sup> som rör *tjänstekoncessioner*. Avtal om koncessioner omfattas inte av tillämpningsområdet för något EU-direktiv som reglerar området för offentlig upphandling. Emellertid har EU-domstolen uttryckt att offentliga myndigheter, som ingår sådana avtal, är skyldiga att beakta principerna om likabehandling och öppenhet.<sup>36</sup> Därför kan mål rörande koncessioner användas i denna utredning eftersom de, utifrån principerna om likabehandling och öppenhet behandlar förbudet mot väsentliga förändringar.<sup>37</sup>

Ett problem vid föreliggande utredning är att antalet prejudicerande avgöranden från HFD inom uppsatsens problemområde är lågt.<sup>38</sup> I avsaknad av rättsfall från HFD kommer ett antal kammarrättsavgöranden att studeras. Dessa kammarrättsavgöranden saknar dock prejudikatvärde och har ett lägre värde som rättskälla än avgöranden från HFD.<sup>39</sup> Kammarrättsfallen används ändå i hög utsträckning, dels för att ge exempel på hur den nationella rättstillämparen dömt inom ramen för uppsatsens frågeställningar och dels för att det gällande många situationer inom problemområdet är den enda rättskälla som finns att tillgå.

Vidare kan det nämnas att tillgången av rättspraxis relaterad till väsentliga förändringar vid upphandling och genomförande av *specifikt* offentliga byggtreprenadskontrakt är begränsad.<sup>40</sup> Således kommer därför också ett antal kammarrättsavgöranden och rättsfall från EU-domstolen som inte direkt berör upphandling av byggtreprenader att studeras. Domstolen gör sin bedömning utifrån samma upphandlingsrättsliga principer och sättet att

---

<sup>33</sup> Bernitz m.fl. (2012), s. 69.

<sup>34</sup> Hettne & Otken Eriksson, s. 40.

<sup>35</sup> Exempelvis mål nr C-324/98, *Telaustria* och mål nr C-91/08 *Wall*.

<sup>36</sup> Mål nr C-91/08, *Wall*, p. 33.

<sup>37</sup> Sundstrand, s. 293.

<sup>38</sup> Jfr Sundstrand, s. 29., som ställts inför ett liknande problem.

<sup>39</sup> Bernitz m.fl. (2012), s. 133.

<sup>40</sup> Bergqvist m.fl., s. 84.

resonera bör enligt min mening därför inte påverkas av om det rör sig om upphandling av byggtrepenad eller något annat upphandlingsföremål.

I uppsatsen refereras vidare flitigt till rättsvetenskaplig litteratur. Den svenska rättsvetenskapliga litteraturen om offentlig upphandling är än så länge sparsam och utgörs i huvudsak av läroböcker.<sup>41</sup> Rättsvetenskaplig litteratur har valts ut utifrån parametrarna bredd, tillförlitlighet och författarnas förmåga att erbjuda lösningar på juridiska problem genom systematisering och tolkning.<sup>42</sup>

I utredningen hänvisas frekvent till Andrea Sundstrands doktorsavhandling "*Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*", handböckerna "*Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*" skriven av Helena Rosén Andersson m.fl. och "*Lag om offentlig upphandling – en kommentar*" författad av Jan-Erik Falk. Dessutom refereras till ett antal artiklar från rättsvetenskapliga tidskrifter och böcker. Artiklarna är i huvudsak författade av yrkesverksamma advokater. Utländsk litteratur är särskilt intressant för upphandlingsrätten eftersom det är ett rättsområde inom EU-rätten<sup>43</sup>, varför jag till viss del kommer att referera till Sue Arrowsmiths bok "*The law of public and utilities procurement*".

Att laborera med många exempel på både verkliga och tänkta situationer är något som en rättsdogmatiker gör.<sup>44</sup> Uppsatsen behandlar en begränsad mängd material som berör civilrättslig entreprenadrätt. Detta material tjänar syftet att åskådliggöra exempel på ändringar och kompletteringar i kontrakt och så kallade ÄTA-arbeten, som en upphandlande myndighet kan vilja göra under upphandlingen av en byggtrepenad.

Inom entreprenadjuridiken saknas tillämplig lagstiftning.<sup>45</sup> Branschen har i stället löst avtalsrättsliga frågor om parternas rättigheter och skyldigheter genom att utarbeta partsgemensamma *standardavtal* sedan åtskilliga decennier tillbaka. Dessa avtal har tidigare utgivits av dåvarande Svenska Teknologiföreningen och numera av Byggandets Kontraktskommitté (BKK).<sup>46</sup> AB 04<sup>47</sup> och ABT 06<sup>48</sup> är de centrala standardavtal som ligger till grund för avtalssystemet.<sup>49</sup>

---

<sup>41</sup> Sundstrand, s. 28.

<sup>42</sup> Lehrberg (2010), s. 169, och Peczenik (1995), s. 262.

<sup>43</sup> Bernitz m.fl. (2012), s. 198.

<sup>44</sup> Peczenik (1995), s. 313.

<sup>45</sup> Bernitz (2013), s. 32.

<sup>46</sup> Hane, *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – analys*.

<sup>47</sup> Standardavtal avsett att användas för entreprenadformen utförandeentreprenad.

<sup>48</sup> Standardavtal avsett att användas för entreprenadformen totalentreprenad.

<sup>49</sup> Höök, s. 63.



I uppsatsen hänvisas till utvalda utdrag från AMA AF 12. Utdragen har bifogats i en bilaga till uppsatsen. AMA AF 12 är avsedd att tjäna som underlag vid upprättande av administrativa föreskrifter tillsammans med AB 04 och ABT 06.<sup>50</sup> Offentliga myndigheter som beställer entreprenader upprättar nästan *undantagslöst* förfrågningsunderlag i enlighet med AMA-systemet och dess koder. Således används utdrag ur denna bilaga för att åskådliggöra vanligt förekommande situationer då väsentliga förändringar vid upphandling och genomförande av offentliga byggentreprenadkontrakt kan uppstå.<sup>51</sup>

Slutligen refereras det också i uppsatsen till beslut och yttranden från KKV. KKV:s beslut och yttranden utgör inte rättskällor i traditionell mening.<sup>52</sup> KKV:s beslut används därför enbart i syfte att åskådliggöra exemplifierande situationer och ställningstaganden som kan uppstå inom uppsatsens problemområde. Vad gäller KKV:s yttranden används de för att visa hur KKV uppfattat olika situationer och används således inte som någon källa för att utreda gällande rätt.

---

<sup>50</sup> AMA AF 12, s. 9.

<sup>51</sup> Berqvist m.fl., s. 47.

<sup>52</sup> Jfr Jareborg s. 8., som uttrycker att de traditionella rättskällorna är lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och rättsdogmatisk litteratur.

## 1.5 Disposition

I *kapitel 2* förses en på området oerfaren läsare med nödvändig bakomliggande rättslig bakgrund för att kunna tillgodogöra sig de efterföljande delarna av uppsatsen. En läsare som är väl bevandrad inom rättsområdet offentlig upphandling behöver inte läsa avsnitten 2.1., 2.2. och 2.4. för att kunna tillgodogöra sig innehållet i resterande delar av uppsatsen.

I avsnitt 2.1. presenteras bland annat syfte och principer inom offentlig upphandling. Det ges i avsnitt 2.2. en översiktlig och förenklad framställning av upphandlingsförfarandet för att visa under vilka stadier väsentliga förändringar kan uppkomma. Slutligen utreds i avsnitt 2.4. följderna av en väsentlig förändring av en upphandling respektive offentligt kontrakt. En inom området entreprenadrätt välbevandrad läsare behöver inte läsa avsnitt 2.3., i vilken det redogörs för grundläggande entreprenadrätt som är av värde för att kunna tillgodogöra sig efterföljande delar av uppsatsen.

*Kapitel 3* innehåller en utredning av vad som utgör väsentliga förändringar under upphandlingsförfarandet. I avsnitt 3.1. utreds gällande rätt beträffande situationer då väsentliga förändringar av pågående upphandlingar sker. I avsnittet utreds huruvida en offentlig myndighet kan ändra, komplettera och underlåta att följa så kallade skall-krav. Vidare utreds huruvida andra typer av ändringar och kompletteringar kan utgöra väsentliga förändringar av pågående upphandlingar. I avsnitt 3.2 utreds vad som utgör väsentliga förändringar av pågående upphandlingar vid förhandlingar enligt 4 kap. 2§ och 5§ 1 st. 1 p. LOU.

I *kapitel 4* utreds vad som utgör väsentliga förändringar av offentliga kontrakt. Avsnitt 4.1. är inriktad på att utreda specifika situationer som kan tänkas uppkomma vid genomförandet av ett byggentreprenadkontrakt. I avsnitt 4.2. utreds huruvida ÄTA-arbeten kan utgöra väsentliga förändringar av offentliga byggentreprenadkontrakt.

I *kapitel 5* sammanfogas, tolkas och analyseras utredningen för att kunna ge ett svar på mina uppställda problemformuleringar. Avsnitt 5.1. har karaktären av sammanfattande konklusion och här besvaras mina två huvudfrågor. I avsnitt 5.2. förs en diskussion hänförlig till den underliggande problemformuleringen.

## 2 Allmän rättslig bakgrund

### 2.1 Syften och principer inom offentlig upphandling

#### 2.1.1 Syften

Reglerna om offentlig upphandling kan ses som ett utflöde av ett antal för EU grundläggande principer som nedlades redan genom Romfördraget<sup>53</sup>.<sup>54</sup> De då fördragsslutande staterna enades bland annat genom fördraget om att införa regler om fri varurörelse<sup>55</sup>, fri etableringsrätt<sup>56</sup> och fri rörlighet för tjänster<sup>57</sup>. Detta är för unionen grundläggande friheter som numera återfinns i EUF.<sup>58</sup> Anledningen till att upphandlingsrätten kan ses som ett utflöde av de grundläggande principerna är för att de upphandlingsrättsliga reglerna syftar till att säkra dessa friheter.<sup>59</sup>

Sedan bildandet av EEG har ett mål varit för medlemsstaterna att skapa en gemensam marknad och eliminera handelsbarriärer som kan störa de olika friheterna. Detta mål grundar sig i teorin om att avlägsnande av sådana barriärer gagnar den totala ekonomiska utvecklingen och välfärden. Målet omfattar hela samarbetsområdet och varje respektive medlemsstat. Målet innebär en uppmuntran till företag i varje medlemsstat att specialisera sig på områden där de har konkurrensfördelar gentemot företag i andra medlemsstater.<sup>60</sup>

Upphandlingsförfaranden av offentliga myndigheter som *inte* främjar rättvis konkurrens är ett exempel på en sådan barriär som kan skapa störningar i handel. Exempel på konsekvenser som kan uppstå vid avsaknad av konkurrensfrämjande upphandlingsrättsliga regler för offentliga organ kan vara avsiktlig favorisering av nationella industrier vid tilldelning av kontrakt, korruption och skapandet av slutna marknader.<sup>61</sup> De upphandlingsrättsliga reglerna inom EU syftar således också till att ta bort

---

<sup>53</sup> Även benämnt EEG-fördraget.

<sup>54</sup> Falk, s. 26.

<sup>55</sup> Art. 9 -11, EEG-fördraget.

<sup>56</sup> Art. 52 - 58, EEG-fördraget.

<sup>57</sup> Art. 59 - 66, EEG-fördraget.

<sup>58</sup> Jfr EUF, art. 28 - 29 (fri rörlighet för varor), art. 49 - 55 (fri etableringsrätt), art. 56 - 62 (fri rörlighet av tjänster).

<sup>59</sup> Falk, s. 35.

<sup>60</sup> Arrowsmith, s. 121.

<sup>61</sup> Bergman m.fl., s. 14., och Arrowsmith, s. 121 f.

denna barriär och genom ett tämligen detaljerat regelverk garantera att offentliga kontrakt tilldelas i en rättvis och öppen konkurrens.<sup>62</sup>

## 2.1.2 Upphandlingsrättens principer

För att förverkliga den fria rörligheten av varor och tjänster samt den fria etableringsrätten ska upphandlande myndigheter och enheter upprätthålla principerna om diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet och ömsesidigt erkännande genom hela upphandlingsprocessen.<sup>63</sup> I svensk lagstiftning återfinns principerna i 1 kap. 9§ LOU, som kan sägas utgöra hela upphandlingslagstiftningens kärna. Principerna är tillämpliga på alla de beslut som fattas och alla villkor som ställs upp under en offentlig upphandling.<sup>64</sup> Vidare är principerna tillämpliga vid alla faser under upphandlingsförfarandet<sup>65</sup> och gäller även då endast 15 kap. i LOU är tillämpligt<sup>66</sup>.

1 kap. 9§ LOU lyder enligt följande:

*”Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas.”<sup>67</sup>*

Det finns inga särskilda bestämmelser som reglerar vad en väsentlig förändring av en pågående upphandling eller ett offentligt kontrakt är, vare sig i bakomliggande EU-direktiv eller i LOU.<sup>68</sup> Bedömningen av denna fråga har därför överlämnats till domstolar på nationell och EU-nivå att avgöra. Detta gör domstolarna utifrån de ovan nämnda grundläggande principer för offentlig upphandling och primärt blir det en fråga om överensstämmelse med principerna om likabehandling och öppenhet vilka redogörs mer ingående nedan.<sup>69</sup>

---

<sup>62</sup> Bergman m.fl., s. 14.

<sup>63</sup> 1 kap. 9§ LOU och Falk, s. 46.

<sup>64</sup> Jfr exempelvis mål nr C-59/00, *Spøttrup Boligselskab*, p. 20., och Bergqvist m.fl., s. 29.

<sup>65</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 77.

<sup>66</sup> Bergqvist m.fl., s. 29., det vill säga då en upphandling är under tröskelvärdet.

<sup>67</sup> 1 kap. 9§ LOU.

<sup>68</sup> Notera att 4 kap. 2 och 5§ innehåller ett lagstadgat förbud mot väsentliga förändringar men att det inte framgår av bestämmelserna eller dess förarbeten vad som utgör sådana förändringar.

<sup>69</sup> Linder & Dubois, *”Förändringar av förfrågningsunderlag – analys”* och Rosén Andersson m.fl., s. 86 och 219.

### 2.1.3 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen innebär att samtliga potentiella leverantörer ska behandlas lika och ges lika förutsättningar i alla skeden av upphandlingsförfarandet. Ingen leverantör eller potentiell leverantör får sålunda ges obehörig hänsyn.<sup>70</sup> Vidare följer det av principen att alla upphandlingar ska kännetecknas av konkurrensneutralitet på ett sådant sätt att ingen leverantör ska få fördelar framför en annan.<sup>71</sup>

En central del av likabehandlingsprincipen är att samtliga potentiella anbudsgivare och anbudssökande ska erhålla identisk information om upphandlingen. En beställare kan därför exempelvis inte förse en eller flera anbudsgivare med mer information än vad som framgår av det annonserade förfrågningsunderlaget eller den annonserade ansökningsinbjudan utan att samtidigt delge samma information till alla andra potentiella anbudsgivare.<sup>72</sup> Vidare innebär likabehandlingsprincipen att en upphandlande myndighet normalt inte får efterge eller bortse från förfrågningsunderlagets obligatoriska krav.<sup>73</sup>

Det strider också mot likabehandlingsprincipen att ändra ett villkor till en sådan utsträckning att det blir fråga om en väsentlig förändring jämfört med dess utformning i det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Förbudet beror på att leverantörer som har avstått från att ansöka om att delta i anbudsgivning eller avstått från att lämna anbud, möjligen skulle kunna ha handlat annorlunda om införda förändringar hade gällt från början. Det vill säga upphandlingen har i ett sådant fall *inte* varit konkurrensneutral utan den väsentliga ändringen har varit så märkbar att den kan ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet.<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> Prop. 2006/07:128, s. 155, och Falk, s. 63.

<sup>71</sup> Bergman m.fl., s. 50.

<sup>72</sup> Bergqvist m.fl., s. 30.

<sup>73</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 81, och Bergman m.fl., s. 51.

<sup>74</sup> Falk s. 64, och Bergqvist m.fl., s. 31.

## 2.1.4 Öppenhetsprincipen

Principen om att lämna insyn under upphandlingsförfarandet benämns *öppenhetsprincipen* och ibland som *transparensprincipen*.<sup>75</sup> Enligt praxis från EU-domstolen krävs det att det finns en skyldighet för upphandlande myndigheter att lämna insyn för att kunna upprätthålla likabehandlingsprincipen.<sup>76</sup> Vidare har EU-domstolen uttalat att skyldigheten att lämna insyn syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att en upphandling präglas av sådan offentlighet att marknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera huruvida ett upphandlingsförfarande varit opartiskt eller inte.<sup>77</sup> Öppenhetsprincipen innebär vidare att uppgifter som gäller upphandlingsförfarandet inte får hemlighållas, att upphandlingen ska annonseras offentligt och att de som deltagit i anbuds-förfarandet informeras om upphandlingens resultat.<sup>78</sup>

Principen innebär rent konkret att en upphandlande myndighet för det första måste annonsera sin intention att upphandla entreprenaden. Vidare måste myndigheten i den annons och/eller i det förfrågningsunderlag som tillhandahålls redogöra för vilken den aktuella byggentreprenaden är, ange aktuella villkor samt ange vilka kvalificeringskrav och vilka utvärderingskriterier som gäller för upphandlingen.<sup>79</sup> EU-domstolen har vidare slagit fast att det följer av likabehandlingsprincipen att potentiella anbudsgivare ska, när de utformar sina anbud, underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att *beakta* för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande i varandra.<sup>80</sup>

Det följer dessutom av öppenhetsprincipen att utvärderingskriterierna inte får ha inslag av godtycklighet.<sup>81</sup> En upphandlande myndighet måste vidare i enlighet med vad som ovan redovisats ange vad den har för avsikt av att fästa hänsyn vid då den ska göra sitt val av leverantör för att säkra öppenhet i upphandlingsprocessen.<sup>82</sup> Slutligen innebär öppenhetsprincipen ett krav på att den upphandlande myndigheten håller sig till det förfrågningsunderlag som den tagit fram. Därför kan den upphandlande myndigheten agera i strid med öppenhetsprincipen om den ändrar förutsättningarna för upphandlingen efter att förfrågningsunderlaget har annonserats.<sup>83</sup>

---

<sup>75</sup> Prop. 2009/10:180, s. 90.

<sup>76</sup> Mål nr C-458/03, *Parking Brixen*, p. 61., och mål nr C-324/98, *Telaustria*, p. 49.

<sup>77</sup> Mål nr C-458/03, *Parking Brixen*, p. 62., och mål nr C-324/98, *Telaustria*, p. 49.

<sup>78</sup> Prop. 2006/07:128, s. 155.

<sup>79</sup> Bergqvist m.fl., s. 34.

<sup>80</sup> Mål nr C-532/06, *Lianakis*, p. 36.

<sup>81</sup> Bergqvist m.fl., s. 34.

<sup>82</sup> Bergman m.fl., s. 51.

<sup>83</sup> Pedersen (2013), s. 20.

## 2.2 Upphandlingsförfarande

Nedan följer en förenklad presentation av ett upphandlingsförfarande och de komponenter som är nödvändiga att förstå för att kunna tillgodogöra sig kapitel 3 i uppsatsen och framåt.

### 2.2.1 Upphandlingsförfarande enligt huvudreglerna

#### 2.2.1.1 Annonsering

En offentlig upphandling startar med att en upphandlande myndighet identifierar ett behov och bestämmer sig för att vända sig till en eller flera externa leverantörer för att tillfredsställa behovet.<sup>84</sup> Huvudregeln<sup>85</sup> är då att en upphandlande myndighet ska annonsera på i lagen anvisat sätt.<sup>86</sup> Den upphandlande myndigheten formulerar därför ett förfrågningsunderlag och en annons. I förfrågningsunderlaget anger den upphandlande myndigheten i detalj hur upphandlingen ska genomföras, vad som kommer att upphandlas, vilka krav som ställs på leverantörerna och vilka krav som ställs på det som upphandlingen avser.<sup>87</sup>

Förfrågningsunderlaget har således en central betydelse i upphandlingen.<sup>88</sup> Rent konkret följer det av likabehandlingsprincipen att anbudsgivarna ska ges lika möjligheter att utarbeta sina anbud och behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten.<sup>89</sup> Kraven och villkoren i förfrågningsunderlaget ska således tydligt framgå för alla normalt omsorgsfulla och rimligt informerade leverantörer. Om kraven och villkoren är bristfälligt utformade och ger utrymme för flera tolkningar, anses förfrågningsunderlaget normalt strida mot likabehandlingsprincipen.<sup>90</sup>

#### 2.2.1.2 Skall-krav och bör-krav

Begreppen skall-krav och bör-krav återfinns varken i lagstiftningen eller i upphandlingsdirektiven utan har utvecklats i praxis. Skall-krav och bör-kraven kan avse både leverantörer och föremålet för upphandlingen. Med

---

<sup>84</sup> Bergman m.fl., s. 16.

<sup>85</sup> Ett undantag från annonseringsplikt stadgas i 4 kap. 5 - 8§§ LOU.

<sup>86</sup> Forsberg, s. 124.

<sup>87</sup> Bergman m.fl., s. 16.

<sup>88</sup> Asplund m.fl., s. 192.

<sup>89</sup> Mål nr C-19/00, *SIAC Construction*, p. 33 och 34.

<sup>90</sup> Asplund m.fl., s. 192.

skall-krav avses krav som är *obligatoriska*, det vill säga krav som måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna tas med i anbudsutvärderingen. En upphandlande myndighet får därför inte utvärdera ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav. Normalt ska ett sådant anbud i stället förkastas av den upphandlande myndigheten. Med begreppet bör-krav avses krav som inte nödvändigtvis måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna utvärderas. Normalt sett anknyter bör-kraven i kravspecifikation till tilldelningskriterierna. Hur väl ett anbud uppfyller bör-kraven bedöms därför ofta inom ramen för anbudsutvärderingen.<sup>91</sup>

### **2.2.1.3 Förbehåll**

Det existerar en möjlighet för en upphandlande myndighet att införa ett så kallat förbehåll om den räknar med att ett väsentligt villkor kan komma att ändras. I målet *Succhi di Frutta*<sup>92</sup> uttalade sig EU-domstolen om sådana förbehåll. EU-domstolen ansåg inledningsvis att om en upphandlande myndighet av något särskilt skäl vill kunna ändra vissa *väsentliga* villkor för anbudsförfarandet efter att en anbudsgivare tilldelats kontraktet, är den upphandlande myndigheten skyldig att uttryckligen ange att en anpassning *kan komma* att ske. EU-domstolen uttryckte därefter att den upphandlande myndigheten även måste ange på vilka villkor en sådan anpassning kan komma att ske.<sup>93</sup>

Vidare uttalade EU-domstolen att förbehållet skulle göras i den anbudsinfordran som myndigheten själv upprättat, det vill säga normalt i förfrågningsunderlaget. På så vis ansåg EU-domstolen att samtliga potentiella leverantörer som är intresserade av att delta i upphandlingen fick kännedom om detta från början. Vidare uttalade EU-domstolen att utformningen därför blir i enighet med likabehandlingsprincipen eftersom alla potentiella leverantörer behandlas lika när de utformar sina anbud.<sup>94</sup>

EU-domstolen uttalade vidare att om en sådan möjlighet inte föreskrivits uttryckligen kan den upphandlande myndigheten inte heller avvika från de väsentliga villkoren. Ett sådant tillvägagångssätt skulle enligt EU-domstolen oundvikligen medföra ett åsidosättande av principerna om likabehandling och öppenhet, eftersom det då inte längre skulle finnas en garanti för att anbudsvillkoren tillämpades enhetligt eller att förfarandet var objektivt.<sup>95</sup>

---

<sup>91</sup> Pedersen, (2013), s. 84., och Konkurrensverkets granskningsrapport, 2007:2. s. 62.

<sup>92</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*.

<sup>93</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p. 118.

<sup>94</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p. 118.

<sup>95</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p.119 -121.



#### 2.2.1.4 Ändringar, kompletteringar och förtydliganden

Vad gäller utformningen av förfrågningsunderlag framgår det inte i detalj av LOU eller bakomliggande upphandlingsdirektiv hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat.<sup>96</sup> Det saknas vidare såsom tidigare nämnts detaljerade regler för hur förfrågningsunderlaget får ändras, förtydligas och kompletteras. En ändring, ett förtydligande eller en komplettering får därför bedömas med utgångspunkt i de grundläggande EU-rättsliga principerna som uttrycks i 1 kap. 9§ LOU.<sup>97</sup>

Det framkommer dock av svensk kammarrättspraxis att en upphandlande myndighet i regel inte är förhindrad att göra kompletteringar och förtydliganden som handlar om att klargöra tveksamheter eller eventuella brister och otydligheter i förfrågningsunderlaget. Emellertid får denna åtgärd inte innebära en väsentlig förändring av det ursprungliga förfrågningsunderlaget.<sup>98</sup>

#### 2.2.2 Eventuell förhandling enligt undantagsregler

I 4 kap. 2§ LOU anges ett antal omständigheter då undantagsförfarandet<sup>99</sup> förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas. Av bestämmelsen framgår dock att:

*”Första stycket 1 gäller bara om villkoren för kontraktet i förhållande till den tidigare upphandlingen **inte ändras väsentligt** [min fetmarkering]”.*<sup>100</sup>

I 4 kap. 5§ 1 st. 1 p. LOU anges att en upphandlande myndighet får använda *förhandlat förfarande* utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader om:

*”det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet **inte ändrats väsentligt** [min fetmarkering]”.*<sup>101</sup>

<sup>96</sup> Konkurrensverkets granskningsrapport, 2007:2., s. 58.

<sup>97</sup> Jfr avsnitt 2.1. i uppsatsen vad gäller relevanta principer.

<sup>98</sup> Jfr bl.a. KamR mål nr 1367-11 och 1399-11; KamR mål nr 437-446-12; KamR mål nr 1132-10; KamR mål nr 1829-10; KamR mål nr 1941-10.

<sup>99</sup> Förfarandet är sålunda inte att definiera som ett huvudsakligt upphandlingsförfarande.

<sup>100</sup> 4 kap. 2§ 2 st. LOU.

<sup>101</sup> 4 kap. 5§ 1 st. 1 p. LOU.

Således finns det ett lagstadgat förbud mot väsentliga förändringar vid förhandlat förfarande. Beträffande bedömningen av vad som utgör väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget utgår utredningen från att rättstillämparens resonemang blir detsamma oavsett om 4 kap. 2§ LOU eller 4 kap. 5§ 1 st. 1 p. LOU tillämpas.<sup>102</sup>

### 2.2.3 Kvalificering, utvärdering och tilldelning

Efter att utgångsdatumet för inlämning av anbud har passerat öppnar den upphandlande myndigheten anbuden och granskar om dessa uppfyller de krav som följer av annonsen och förfrågningsunderlaget. De anbud som uppfyller alla krav och som vidare lämnats av de anbudsgivare som uppfyller de ställda kvalifikationskraven, går därefter vidare till själva utvärderingsfasen. I utvärderingsfasen utvärderar upphandlande myndighet anbuden och fastställer vilket som ska antas.<sup>103</sup>

Därefter fattar den upphandlande myndigheten ett tilldelningsbeslut som alla anbudsgivare får ta del av. I tilldelningsbeslutet anges vilket eller vilka företag den upphandlande myndigheten valt som leverantör.<sup>104</sup> När den efterföljande avtalsspärren löpt ut kan den upphandlande myndigheten teckna avtal enligt förfrågningsunderlaget med den vinnande anbudsgivaren. Därmed är upphandlingsprocessen avslutad och kontraktstiden påbörjad.<sup>105</sup> Inte heller *under kontraktstiden* får parterna ändra det tilldelade kontraktet på ett sådant sätt att det kan anses utgöra en väsentlig förändring.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> Jfr exempelvis Rosén Andersson m.fl., som hänvisar i deras kommentar till 4 kap. 5§ 1 st. 1 p. LOU avseende vad som utgör en väsentlig förändring till deras kommentar om 4 kap. 2§ LOU.

<sup>103</sup> Bergman m.fl., s. 17.

<sup>104</sup> Bergman m.fl., s. 17.

<sup>105</sup> Bergman m.fl., s. 17 f.

<sup>106</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 86 och mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 34.

## 2.3 Byggtreprenadkontrakt

### 2.3.1 Entreprenadavtalet i allmänhet

Entreprenadavtal karakteriseras av att det är avtal som rör ett arbetsbeting. Den utförande parten (entreprenören) ska utföra ett visst arbete som kan variera i stor utsträckning vad gäller omfattning. Det kan exempelvis vara allt från utförandet av en liten del av en större entreprenad till att färdigställa en hel fabriksanläggning.<sup>107</sup> Utmärkande för byggtreprenader är att de ofta pågår under en betydande tidsperiod.<sup>108</sup> Vidare är det inte ovanligt att beställaren vill ändra arbetet eller få tilläggsarbeten utförda.<sup>109</sup>

I LOU definieras byggtreprenadkontrakt och byggnadsverk enligt följande:

*”Med byggtreprenadkontrakt avses ett kontrakt som*

- 1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1, eller*
- 2. medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.*

*Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion.”<sup>110</sup>*

Samuelsson använder vidare följande definition för att definiera termen entreprenadavtal ur ett civilrättsligt perspektiv:

*”entreprenadavtal är sådana avtal där den ena parten (entreprenören) åtar sig att inom angiven tid utföra vissa avtalade bygg- och anläggningsarbeten och där den andra parten (beställaren) är tillförsäkrad en rättslig kompetens att fortlöpande ändra motpartens åtagande under avtalets löptid (ändringsbefogenhet).”<sup>111</sup>*

Det förekommer i huvudsak två entreprenadformer inom svensk entreprenadjuridik. Den första är *utförandeentreprenad*, som kännetecknas av att beställaren svarar för projekteringen genom att föreskriva vilka tekniska lösningar entreprenören ska utföra för att uppnå beställarens krav.

---

<sup>107</sup> Höök, s. 11.

<sup>108</sup> Höök, s. 17.

<sup>109</sup> Hellner m.fl. s. 140.

<sup>110</sup> 2 kap. 3§ LOU.

<sup>111</sup> Samuelsson, s. 17.

Den andra formen är *totalentreprenad*, som kännetecknas av att entreprenören svarar för projekteringen genom att tänka ut och utföra de tekniska lösningar som krävs för att uppfylla beställarens funktionskrav.<sup>112</sup>

## 2.3.2 Standardavtal och kodsysteem

Till följd av bristen på lagstiftning beträffande entreprenadavtal har AB04 och ABT06 kommit att tillmätas stor betydelse för relationen mellan parterna och som rättskälla vid entreprenadsrättsliga tvister.<sup>113</sup> Rörande karaktären på dessa standardavtal har Bernitz skrivit att AB04 för tankarna till *lagtext* vad gäller omfattning och upplägg.<sup>114</sup> Det kan vidare nämnas att AB04 och ABT06 i branschen ofta har kommit att betecknas som ”*lagen*” för *avtalsrelationen mellan entreprenören och byggherren*”.<sup>115</sup>

AMA AF 12 är en skrift som är avsedd att tjäna som underlag vid upprättande av administrativa föreskrifter tillsammans med AB 04 och ABT 06. Ett syfte med skriften är att förenkla arbetet med att formulera beställares (i utredningen upphandlande myndighetens) krav.<sup>116</sup> Bergqvist m.fl. menar att offentliga myndigheter som beställer entreprenader, *nästan undantagslöst* upprättar förfrågningsunderlag med hjälp AMA-systemet och dess koder.<sup>117</sup>

Systemet är utarbetat på ett sådant sätt att det räcker med att avtalsparterna avtalar om att en kod ska tillämpas mellan dem. Vid en sådan överenskommelse kommer i så fall den text som återfinns i AMA AF 12 bli gällande avtalstext mellan parterna.<sup>118</sup>

Texten i AMA AF 12 är vidare uppbyggd efter den så kallade pyramidregeln. Detta innebär en hierarkisk struktur med koder och rubriker som kan exemplifieras enligt följande:

<i>”AF</i>	<i>ADMINISTRATIVA FÖRESKRIFTER</i>
<i>AFC</i>	<i>ENTREPRENADFÖRESKRIFTER VID</i> <i>UTFÖRANDEENTREPRENAD.</i>
<i>AFC.3</i>	<i>Organisation</i>
<i>AFC.37</i>	<i>Samordning</i>
<i>AFC.371</i>	<i>Samordning av arbeten</i> ”. <sup>119</sup>

<sup>112</sup> Hane, *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – analys*.

<sup>113</sup> Gorton, s. 698.

<sup>114</sup> Bernitz (2013), s. 32.

<sup>115</sup> Gorton, s. 698., som även hänvisar till Samuelsson, s. 48 not 20.

<sup>116</sup> AMA AF 12, s. 9.

<sup>117</sup> Bergqvist m.fl., s. 47.

<sup>118</sup> Deli, s. 24 f.

<sup>119</sup> AMA AF 12, s. 9.

I exemplet är koden AF systemmässigt överordnad AFC. Koderna AFC är i sin tur överordnade AFC.3 och så vidare. Om parterna gör AFC till avtalstext följer det av pyramidregeln att AFC.3, AFC. 37 och AFC.371 också görs till avtalstext. Enligt den så kallade företrädesregeln ska om föreskrift under viss kod och rubrik i den avviker från vad som står i AMA AF 12, gäller det för enskilda projektet individuellt upprättade administrativa föreskrifterna, oavsett pyramidregeln.<sup>120</sup>

För att förtydliga redogörelsen innebär det att om en upphandlande myndighet åberopar koden AFC innebär det att den text som återfinns under denna rubrik i AMA AF 12 och alla de underrubriker med text som återfinns i AMA AF 12 blir del av förfrågningsunderlaget och i slutändan det offentliga kontraktet.

### 2.3.3 ÄTA-arbeten

Samuelsson har avseende den tidigare citerade definitionen av entreprenadavtal<sup>121</sup> skrivit att ett karakteristiskt drag hos entreprenadavtal är den principiella öppenheten för en beställare att *förändra* entreprenörens åtagande under kontraktets löptid. Vidare har Samuelsson skrivit att ändringsbefogenheten utgör en väsentlig del av ett entreprenadförhållande och att det är svårt att tänka bort denna möjlighet för en beställare att utifrån dess preferenser optimera ett projekt under utförandefasen.<sup>122</sup>

Ett väletablerat begrepp i byggbranschen är så kallade ÄTA-arbeten. ÄTA-arbeten är ett begrepp som enligt Gorton kan ses som kännetecknande för avtalsformen entreprenadavtal.<sup>123</sup> Förkortningen ÄTA står för Ändringsarbete, Tilläggsarbete och Avgående arbete.<sup>124</sup> Med *ändringsarbete* avses att beställaren under pågående produktion vill ändra någonting i de tekniska lösningar som ska utföras, exempelvis ändra golvmaterial i våtrum från klinker till kakel. Begreppet *tilläggsarbete* avser ett arbete som tillkommer. Exempel på detta kan vara att installera en utvändigt brandtrappa som från början inte ingått i beställningen. Med *avgående arbete* avses att en beställare avbeställer ett visst arbete utan att ersätta det med något annat.<sup>125</sup>

---

<sup>120</sup> AMA AF 12, s. 9.

<sup>121</sup> Jfr avsnitt 2.3.1. i uppsatsen.

<sup>122</sup> Samuelsson, s. 115.

<sup>123</sup> Gorton, s. 703.

<sup>124</sup> Bergqvist m.fl., s. 71.

<sup>125</sup> Hane, *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – analys*.

Av den definition av ÄTA-arbete som återfinns i AB 04 och ABT 06 framgår det att för att något ska kvalificeras som ÄTA-arbete, ska det röra sig om ett arbete som står i ”omedelbart samband” med kontraktsarbetena, och inte är av väsentligt annan natur än kontraktsarbetena.<sup>126</sup> I kommentaren till AB 04, 2 kap. 3§ framhålls att genom att använda begreppet omedelbart samband i begreppsbestämningarna av ÄTA-arbete, betonar BBK att tillägsarbeten som avses ska vara så nära förknippade med kontraktsarbetena att de tillsammans utgör en ”teknisk helhet”. Enligt BBK:s kommentar föreligger inte ett sådant samband om beställaren utan nackdel kan vänta med utförandet till dess att entreprenaden blivit färdigställd.<sup>127</sup>

Entreprenören har vid tillämplighet av AB 04 eller ABT 06 både en civilrättslig rättighet och skyldighet att utföra ÄTA-arbeten föreskrivna av beställaren. Rättigheten och skyldigheten härrör från texterna i AB 04 och ABT 06 i vilka det stipuleras att:

*”Entreprenören är, om inte annat följer av författning, berättigad och skyldig att under entreprenadtiden utföra sådana ÄTA-arbeten som föreskrivs av beställaren”.*<sup>128</sup>

Det anges dock i BKK:s kommentartext till 2 kap. 3§ AB 04 och 2 kap. 3§ ABT 06, att det vid offentlig upphandling finns regler som i vissa situationer innebär att beställaren är berättigad att låta entreprenören utföra tillkommande arbeten, utan ett en ny upphandling måste göras. BBK ger inget exempel när en sådan situation kan föreligga.<sup>129</sup>

Hane har vidare skrivit att det för parterna som regel *inte är oförutsett* att ÄTA-arbeten i en viss omfattning kommer att behöva beställas. Emellertid menar han att det inte kan förutses vilka ÄTA-arbeten som kommer att behöva utföras och när de kommer att behöva beställas.<sup>130</sup>

---

<sup>126</sup> Jfr Hane, *Direktupphandling av ÄTA-arbete enligt LOU – analys*, och Samuelsson s. 116.

<sup>127</sup> Hedberg, s. 43., och Samuelsson, s. 122.

<sup>128</sup> AB 04, 2 kap. 3§ och ABT 06, 2 kap. 3§.

<sup>129</sup> Jfr AB 04, 2 kap. 3§, och Hedberg, s. 43.

<sup>130</sup> Hane, *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – analys*.

## 2.4 Följden av väsentliga förändringar

### 2.4.1 Överprövning av upphandling

Enligt 16 kap. 4§ 1 p. LOU får en allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av en leverantör som anser sig lidit skada eller kunna komma att lida skada, överpröva en *upphandling*.

Åtgärderna vid en sådan överprövning anges i 16 kap. 6§ 1 st. LOU som lyder enligt följande:

*”Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.”<sup>131</sup>*

Av de två alternativa åtgärderna som anges i bestämmelsen är den första åtgärden, att upphandlingen *ska göras om*, den enda möjliga ingripandeåtgärden om felet har påverkat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen. I ett sådant fall går det inte att rätta den pågående upphandlingen utan den måste göras om.<sup>132</sup> Falk har angett att det föreligger ett sådant fel om den klagande leverantören inte kunnat ge ett konkurrenskraftigt anbud på grund av att den upphandlande myndigheten inte lämnat samma information om föremålet till alla anbudsgivare, och på det sättet inte upprätthållit principerna om likabehandling och öppenhet. Med andra ord är alternativet att göra om upphandlingen den enda möjliga åtgärden om en domstol finner att det föreligger en väsentlig förändring av den pågående upphandlingen eftersom en väsentlig förändring är direkt hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet.<sup>133</sup>

En överprövning av en upphandling kan inte ske efter att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. I stället får en skadelidande leverantör då ansöka om en överprövning av det offentliga kontraktet enligt nästa avsnitt.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> 16 kap. 6§ 1 st. LOU.

<sup>132</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 616 f.

<sup>133</sup> Falk, s. 505 (Falk kommenterar 16:5 LOU då den hade samma lydelse som nuvarande 16:6 LOU, jfr Prop. 2009/10:180 s. 352).

<sup>134</sup> Jfr Falk, s. 504.

## 2.4.2 Överprövning av avtal

I ett mål<sup>135</sup> från år 2008 uttalade sig EU-domstolen angående följderna av att det ansågs föreligga en väsentlig förändring i ett offentligt kontrakt. EU-domstolen slog fast att det medförde att hela upphandlingen ansågs utgöra en *ny upphandling*. Syftet med denna konsekvens var enligt EU-domstolen att säkerställa att principerna om likabehandling och öppenhet upprätthölls.<sup>136</sup> Pedersen har rörande den bakomliggande tanken skrivit, att om upphandlingskontraktet ändras alltför mycket i förhållande till de ursprungliga villkoren, medför det att den upphandlande myndigheten i praktiken tilldelat ett nytt kontrakt med nya villkor.<sup>137</sup>

För att en myndighet ska försäkra sig om att det inte skett en väsentlig förändring<sup>138</sup> måste myndigheten därför gå tillbaka och se om en förändring medfört att någon leverantör blivit exkluderad genom att nya specifikationer eller villkor tillförts.<sup>139</sup>

Det kan nämnas att Kammarrätten i Jönköping i ett fall från år 2010 uttalat sig att det utgör ett sakligt godtagbart skäl att avbryta en upphandling om en ändring i ett förfrågningsunderlag är att beteckna som väsentlig.<sup>140</sup> Anledningen till att den upphandlande myndigheten behövde ett godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen, var att ett avbrytande av en upphandling annars kunde bli föremål dels för en framgångsrik överprövning vid allmän förvaltningsdomstol<sup>141</sup>, och dels för en framgångsrik skadeståndstalan enligt 16 kap. LOU.<sup>142</sup>

## 2.4.3 Otillåten direktupphandling

Enligt huvudregeln i 7 kap. 1§ LOU måste en upphandlande myndighet som, avser att tilldela ett kontrakt, annonsera upphandlingen om inte något annat följer av undantagsreglerna i 4 kap. 5-8§§ LOU. I annat fall definieras upphandlingen som en *otillåten direktupphandling*.

Enligt 16 kap. 4§ 2 p. LOU får en allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av en leverantör som anser sig lidit skada eller kunna komma lida skada, överpröva giltigheten av ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

---

<sup>135</sup> Mål nr C-454/06, *pressetext*.

<sup>136</sup> Mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 34.

<sup>137</sup> Pedersen (2008), s. 1120.

<sup>138</sup> Arrowsmith använder ordet "*material change*".

<sup>139</sup> Arrowsmith, s. 548.

<sup>140</sup> KamR i Jönköping, mål nr 1706-10.

<sup>141</sup> RÅ 2005 ref. 62.

<sup>142</sup> Pedersen (2013), s. 132.



En lagändring av LOU trädde i kraft den 15 juli 2010. Innan lagändringen fanns det i svensk rätt endast en möjlighet för andra leverantörer än den som tilldelats ett kontrakt att ansöka om överprövning av beslut under upphandlingsprocessen. Således kunde dessa leverantörer endast framgångsrikt ansöka om överprövning av ett beslut *innan* ett direktupphandlat kontrakt ingåtts.<sup>143</sup> Genom lagändringen erhöll emellertid allmänna förvaltningsdomstolar kompetensen att ogiltigförklara otillåtna direktupphandlade avtal *efter* att de ingåtts.<sup>144</sup> Ett sådant ogiltigförklarande omfattar dessutom inte bara framtida, utan även retroaktiva avtalsförpliktelser.<sup>145</sup>

Vidare ska en upphandlande myndighet som inte följt bestämmelserna i LOU (det vill säga utfört en otillåten direktupphandling) betala skadestånd enligt 16 kap. 20§ LOU. Skadeståndsskyldigheten gäller mot leverantörer som till följd av överträdelse av bestämmelserna inte tilldelats kontrakt och därför lidit skada. Vidare kan den under vissa omständigheter även inbegripa den leverantör som slutit det ogiltigförklarande avtalet.<sup>146</sup> Slutligen kan en allmän förvaltningsdomstol även besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift för att den genomfört en otillåten direktupphandling.<sup>147</sup>

Således riskerar en upphandlande myndighet som accepterar väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget och därefter utan åtgärder tilldelar ett kontrakt, dels att kontraktet ogiltigförklaras, men kan dessutom tvingas betala skadestånd och upphandlingsskadeavgift.<sup>148</sup>

Vaxenbäck och Lapinska har framfört att det därför är av vikt för upphandlande myndighet att känna till när en förändring av ett offentligt kontrakt är att se som väsentlig på grund av ovanstående risker. Därutöver lyfter de även fram att *potentiella leverantörer* som inte vinner en upphandling bör vara intresserade av att veta vad en väsentlig förändring är, så att dessa leverantörer framgångsrikt kan överklaga och få kontraktet ogiltigförklarat. Slutligen poängterar Vaxenbäck och Lapinska att även den vinnande leverantören bör vara intresserad av att veta vad en väsentlig förändring är så att denna inte driver igenom eller accepterar förändringar som i slutändan resulterar i att det finala kontraktet kan ogiltigförklaras.<sup>149</sup>

---

<sup>143</sup> Prop. 2009/10:180 s. 98.

<sup>144</sup> Jfr 16 kap. 13§ LOU.

<sup>145</sup> Prop. 2009/10:180 s. 136.

<sup>146</sup> Prop. 2009/10:180 s. 225 f.

<sup>147</sup> Jfr 17 kap. 1§ 3 p. LOU.

<sup>148</sup> Vaxenbäck & Lapinska, s. 89 och Rosén Andersson m.fl., s. 86.

<sup>149</sup> Vaxenbäck & Lapinska, s. 89.

Med detta avslutas framställningen av den allmänna rättsliga bakgrund jag ansett nödvändig att presentera för att en läsare som inte har någon större erfarenhet i offentlig upphandling respektive entreprenadrätt ska kunna tillgodogöra sig utredningen i efterföljande kapitel.

### 3 Väsentliga förändringar under upphandlingsförfarandet

Väsentliga förändringar av villkor i ett förfrågningsunderlag kan under ett pågående tilldelningsförfarande göras genom ett ensidigt agerande från den upphandlande myndighetens sida. Det kan också göras genom förhandlingar med anbudssökanden eller anbudsgivare, exempelvis i form av ett förhandlat förfarande.<sup>150</sup>

I avsnitt 3.1. utreds när en väsentlig förändring anses föreligga då enbart en upphandlande myndighet agerar genom kompletteringar, ändringar eller myndigheten underlåter att följa förfrågningsunderlaget. I avsnitt 3.2. utreds när väsentlig förändring anses föreligga då även en anbudssökande eller anbudsgivare kan ha varit involverad i form av ett förhandlat förfarande.

Linder och Dubois har angett att det är av stor betydelse för upphandlande myndigheter att veta under vilka omständigheter förändringar av förfrågningsunderlag kan genomföras utan att de betecknas som väsentliga. Detta eftersom det inte är ovanligt att en upphandlande myndighet under upphandlingens gång inser att förfrågningsunderlaget av olika anledningar behöver kompletteras eller ändras.<sup>151</sup> Linder och Dubois har rörande huruvida förändringar av förfrågningsunderlaget får göras, skrivit att utgångspunkten är att de präglas av *restriktivitet*.<sup>152</sup> Denna ståndpunkt baseras bland annat på ett avgörande från EU-domstolen i vilken denna yttrat sig enligt följande:

*”Det skall i samband därmed bland annat beaktas att det i gemenskapsdirektiven rörande offentlig upphandling exempelvis krävs att anbuds- eller kontraktshandlingarna skall vara upprättade på ett uttömmande sätt innan det offentliga upphandlingsförfarandet inleds, och de får inte **ändras** [min fetmarkering] därefter”.*<sup>153</sup>

Även Rosén Andersson m.fl. har skrivit att domstolarna har en mycket restriktiv syn på möjligheterna att göra förändringar i förfrågningsunderlag

---

<sup>150</sup> Sundstrand, s. 288.

<sup>151</sup> Linder & Dubois, *Förändringar av förfrågningsunderlag – analys*.

<sup>152</sup> Linder & Dubois, *Förändringar av förfrågningsunderlag – analys*.

<sup>153</sup> Mål nr C-278/01, *Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien*, p. 53.

och att en upphandlande myndighet noga bör överväga varje behov av förändring som uppkommer.<sup>154</sup>

## 3.1 Väsentliga förändringar som inte uppkommer genom förhandlingar

### 3.1.1 Skall-krav

Tidigare i uppsatsen<sup>155</sup> har det redogjorts för begreppet skall-krav. Huruvida en upphandlande myndighet kan ändra, lägga till eller underlåta att följa sådana obligatoriska krav i ett förfrågningsunderlag utan att det blir att se som en väsentlig förändring behandlas i detta kapitel.

#### 3.1.1.1 Exempel då väsentlig förändring förelegat

KKV har i en rapport från år 2007 om Länsrätternas domar om offentlig upphandling<sup>156</sup> uttalat sig enligt följande:

*”Förfrågningsunderlagets utformning är också styrande för den upphandlande enhetens agerande, eftersom enheten normalt inte under upphandlingens gång kan förändra ett bristfälligt förfrågningsunderlag, utan i dessa fall måste avbryta upphandlingen och göra om den, i vart fall om förändringarna är av väsentlig karaktär, vilket **alltid** [min fetmarkering] är fallet om ändringarna rör s.k. skall-krav”.*<sup>157</sup>

Utlåtandet får anses vittna om en inställning från Länsrätterna år 2006, att om en upphandlande myndighet ändrade ett skall-krav i ett annonserat förfrågningsunderlag, ansågs det *undantagslöst* vara fråga om en väsentlig förändring. Frågan har efter det behandlats i svensk kammarättspraxis och en redogörelse för detta följer nu.

Ett första exempel på ett kammarättsmål i vilket en ändring av ett skall-krav ansågs av en kammarrätt utgöra en väsentlig förändring var följande. Region Skåne hade i egenskap av upphandlande myndighet genomfört en upphandling av ortopedisk verksamhet på ett sjukhus. Fem dagar innan

---

<sup>154</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 88.

<sup>155</sup> Jfr avsnitt 2.2.1.2. i uppsatsen.

<sup>156</sup> Underlaget i rapporten utgjordes av avgöranden från Länsrätterna under första halvåret 2006.

<sup>157</sup> KKV:s granskningsrapport, 2007:2, s. 58.

anbudstiden löpte ut genomförde Region Skåne en ny annonsering varvid det ursprungliga förfrågningsunderlaget kompletterades och annonseringstiden förlängdes. Den upphandlande myndigheten hade ändrat ett skall-krav att leverantören innan driftsstart skulle teckna ett avtal med Ängelholms sjukhus avseende lokalhyra för två operationssalar, till att endast omfatta ett krav på en operationssal. Ändringen gjorde att kostnaderna förändrades och medförde bland annat ändringar i skall-krav på hyra av medicinsk utrustning och av personalstyrka. Kammarrätten i Göteborg ansåg att detta var att betrakta som en väsentlig förändring med motiveringen att en ändring i ett skall-krav *normalt bör* ses som en väsentlig förändring.<sup>158</sup>

Ett annat exempel på en ändring av ett skall-krav som av en kammarrätt år 2010 ansågs utgöra väsentlig förändring var följande. Landstinget i Gävleborg (landstinget) inbjöd enligt förfrågningsunderlag anbudsgivare att lämna anbud i en upphandling avseende drift av verksamhet av Bollnäs sjukhus. Under anbudstiden gjorde landstinget vissa rättelser och förtydliganden av förfrågningsunderlaget. Bland annat ändrade landstinget ett skall-krav som tillät landstinget att ensidigt säga upp avtalet till att bli mindre omfattande. Den ursprungliga uppsägningsrätten innebar en ensidig rätt för landstinget att säga upp avtalet vid händelse av att politiska beslut avseende omorganisation, strukturförändringar eller annan driftsform, utan att leverantören hade någon rätt att kräva skadestånd. Denna uppsägningsrätt ändrades i omfattning från att inbegripa regionala beslut till att endast omfatta beslut av fattade av regering och riksdag. Kammarrätten i Sundsvall ansåg att landstinget kompletterat förfrågningsunderlaget avseende möjligheten till uppsägning på ett sådant sätt att förändringen var att se som *väsentlig*. Kammarrätten i Sundsvall anförde att ändringen som rörde omfattningen på den ensidiga uppsägningsrätten kunde ha påverkat *viljan och möjligheterna att lämna anbud* och ändringen stred därmed mot öppenhetsprincipen.<sup>159</sup>

I ett tredje exempel har Kammarrätten i Jönköping år 2010 funnit att korrigeringen av ett skall-krav i ett förfrågningsunderlag innebar en väsentlig förändring. Luftfartsverket<sup>160</sup> genomförde en upphandling av ramavtal för bullerisoleringsåtgärder avseende Stockholm-Arlanda flygplats. Luftfartsverket hade efter anbudstidens utgång, i samband med utvärderingen utfört en korrigerigering som inte kommunicerats med anbudsgivarna. Korrigeringen innebar att en à-prislista tagits bort. Av det tillämpliga standardavtalet AFB, klausul 3.1. "*Anbuds form och innehåll i*

<sup>158</sup> KamR i Göteborg mål nr 1132-10.

<sup>159</sup> KamR i Sundsvall, mål nr 1829-10.

<sup>160</sup> Sedermera Swedavia AB.

*de administrativa föreskrifterna*” följde emellertid att varje anbud *skulle* innehålla redovisning av bland annat à-priser och procentsats enligt anbudsformulär. Kammarrätten i Jönköping uttalade i sitt domskäl att en ändring i ett skall-krav *normalt bör* ses som en väsentlig förändring. Kammarrätten i Jönköping bedömde vidare att ändringen var hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede och att upphandlingen i sådana fall ska göras om. Med denna bakgrund dömde Kammarrätten i Jönköping att en väsentlig förändring skett.<sup>161</sup>

I ett fjärde fall<sup>162</sup> har Kammarrätten i Stockholm år 2012 ansett att en väsentlig förändring förelegat då upphandlande myndighet ändrat ett skall-krav. I fallet hade Socialförvaltningen för Stockholms stads räkning, upphandlat ett ramavtal rörande insatser för barn, ungdomar och familjer. Myndigheten hade angett som ett skall-krav i förfrågningsunderlaget att anbudsgivare skulle ha en stabil ekonomisk/finansiell bas och ekonomiska förutsättningar att fullgöra uppdraget under den tid som avtalet gällde. Under en annan punkt angavs att anbudsgivaren som alternativ till skall-kravet kunde bifoga en aktuell bankgaranti, lånelöfte eller annat intyg (lånelöfte, kreditintyg etc.) som visade att anbudsgivaren hade tillgång till minst 500 000 SEK. Vidare angavs att:

*”En form av intyg som kan godkännas är en så kallad objektiv beskrivning/bedömning utfärdad av ett kreditinstitut, med rekommendation att anta anbudet i detta sammanhang. Detta intyg kan då ta hänsyn till den senaste offentliga informationen om företaget.”*<sup>163</sup>

Den upphandlande myndigheten meddelade följande svar efter det att förfrågningsunderlaget utannonserats:

*”Ett aktuellt intyg från banken som intygar att verksamheten förfogar över 500 TSEK på ett konto kopplat till verksamheten kommer att godkännas som ett bevis på organisationens ekonomiska stabilitet. Däremot kan inte ett personligt kontoutdrag med efterfrågat belopp godkännas i detta sammanhang”.*<sup>164</sup>

Kammarrätten i Stockholm gjorde bedömningen att skillnaden mellan förfrågningsunderlaget och det svar som presenterats var så stor att det kunde ha *påverkat viljan och möjligheten* att lämna ett anbud. Vidare ansåg Kammarrätten i Stockholm att förändringen av förfrågningsunderlaget

---

<sup>161</sup> KamR i Jönköping, mål nr 1706-10.

<sup>162</sup> KamR i Stockholm, mål nr 1589-12.

<sup>163</sup> KamR i Stockholm, mål nr 1589-12.

<sup>164</sup> KamR i Stockholm, mål nr 1589-12.

kunde ha medfört att det funnits *potentiella anbudsgivare* som avhållit sig från att lämna anbud med anledning av förfrågningsunderlagets ursprungliga utformning, men som om de haft kännedom om Stockholms stads slutliga utformning hade varit intresserade av att delta i anbudsgivningen. Därför ansåg kammarrätten att förändringen var att beteckna som väsentlig.<sup>165</sup>

I ett femte fall<sup>166</sup> har Kammarrätten i Jönköping år 2012 ansett att ett *förtydligande* av ett skall-krav utgjort en väsentlig förändring. I fallet hade ett antal kommuner i Småland (kommunerna) genomfört en upphandling av möbler och inredning till diverse miljöer. Kommunerna hade efter frågor bland annat förtydligat ett skall-krav avseende prissättning i förfrågningsunderlaget. I det ursprungliga förfrågningsunderlaget efterfrågades en nettoprissättning av de specificerade produkterna. Priset utvärderades då genom att en total anbudssumma räknades fram efter en bifogad nettoprislista. Av det ursprungliga förfrågningsunderlaget framgick att en antagen leverantör skulle tillhandahålla en tryckt särskild nettoprislista i digital form med de efterfrågade anbudprodukterna.

Kommunerna angav därefter genom ett publikt informationsmeddelande följande:

*”Förtydligande*

*Priserna skall vara baserade på senast allmängiltiga prislista, som ska bifogas i anbudet.*

*Komplettering av skall-krav*

*Senast allmängiltiga prislista ska bifogas anbudet. Av den ska pris, artikelnummer/benämning framgå för offererade produkter i nettoprislistan. Med senast allmängiltiga prislista menas att prislistan ska finnas tillgänglig i en offentligt giltig, tryckt katalog alternativt på anbudsgivarens webbshop.”<sup>167</sup>*

Kammarrätten i Jönköping ansåg att kommunerna genom detta förtydligande och denna komplettering ändrat *förutsättningarna för prissättningen* i upphandlingen. Enligt Kammarrätten i Jönköping utgjorde ett tillägg om att priserna skulle vara baserade på den senast allmängiltiga prislistan en sådan väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget att det fick anses utgöra ett nytt skall-krav.<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup> KamR i Stockholm, mål nr 1589-12.

<sup>166</sup> KamR i Jönköping, mål nr 437-446-12.

<sup>167</sup> KamR i Jönköping, mål nr 437-446-12.

<sup>168</sup> KamR i Jönköping, mål nr 437-446-12.

Kammarrätten i Sundsvall har avgjort ett ytterligare mål där en ändring av ett skall-krav har funnits föreligga. Kammarrätten i Sundsvall uttalade sig i domskälet att en ändring i ett skall-krav *vanligtvis* är att bedöma som en väsentlig förändring. Ändringen i fallet utgjordes av tillförandet av en ny prisbilaga som medförde att leverantörer som upprättat anbud med den ursprungliga prisbilagan, inte längre uppfyllde skall-kraven. Kammarrätten i Sundsvall fann därför det *uppenbart* att förändringen var att beteckna som väsentlig.<sup>169</sup>

### **3.1.1.2 Exempel då väsentlig förändring inte förelegat**

Det finns ett mål där Kammarrätten i Jönköping kommit fram till att en väsentlig förändring inte förelegat trots att ett skall-krav i ett ursprungligt förfrågningsunderlag ändrats. Bakgrunden i målet som avkunnades år 2010 var följande. Ett antal kommuner och andra upphandlingspliktiga myndigheter (kommunerna) genomförde i samverkan en upphandling avseende bland annat administration av pensioner. I förfrågningsunderlaget fanns ett skall-krav som angav att anbudsgivarna *skulle* tillhandahålla en onlinetjänst som gav möjlighet till simuleringar av olika pensionsuppgifter/förmåner. Kommunerna tog genom en komplettering bort detta skall-krav innan anbudstidens utgång. I sin dom konstaterade Kammarrätten i Jönköping inledningsvis att det rörde sig om en ändring av ett skall-krav. Kammarrätten uttalade sig vidare att en samlad bedömning av hur åtgärden *påverkat* upphandlingen skulle göras med hjälp av principerna i 1 kap. 9§ LOU.<sup>170</sup>

Enligt Kammarrätten i Jönköping kunde det vid en sådan prövning vara av intresse att undersöka:

- i. orsakerna till ändringen,
- ii. ändringens omfattning och betydelse,
- iii. vid vilken tidpunkt under upphandlingen ändringen vidtagits, och
- iv. om några åtgärder företagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser av ändringen.

I det aktuella målet ansåg Kammarrätten i Jönköping att i fråga om orsakerna till ändringen (i) var de enligt domstolens mening sakligt grundade.

---

<sup>169</sup> KamR i Sundsvall, mål nr 1156-13.

<sup>170</sup> KamR i Jönköping, mål nr 1941-10.



Kammarrätten i Jönköping uttalade sig vidare rörande den andra punkten (ii) att upprätthållandet av det ursprungliga kravet skulle ha inneburit en konkurrensbegränsning som knappast hade motiverats av kravets betydelse för upphandlingsföremålet som helhet. Vad gäller ändringens omfattning och betydelse betonade Kammarrätten i Jönköping att det var *av vikt* att det rörde sig om en ändring av ett skall-krav. Kammarrätten i Jönköping uttalade sig vidare att en sådan ändring många gånger inte kan tillåtas med beaktande av de principer som anges i 1 kap. 9§ LOU.<sup>171</sup> Emellertid ansåg Kammarrätten i Jönköping att det i den aktuella upphandlingen rörde sig om en ändring som i relation till upphandlingsföremålet i dess helhet närmast framstod som *oväsentlig*. Kravet i förfrågningsunderlaget hade presenterats under rubriken "*Övrigt*" och tog sikte på ett avtal som inte nämnts när upphandlingens omfattning presenterats.<sup>172</sup>

Vad gäller den tredje punkten (iii) ansåg Kammarrätten i Jönköping att det var av betydelse att ändringen gjorts innan anbudstiden gick ut och att det mellan tidpunkten för kompletteringens utsändande och tidpunkten för anbudstidens utgång fanns erforderligt tidsutrymme för anpassning av anbuden (i detta fall cirka en månad).<sup>173</sup>

Vad gäller den fjärde punkten (iv) hade kommunerna enligt Kammarrätten i Jönköping bidragit till att förhindra de negativa effekterna på upphandlingen genom att annonsera kompletteringen på sin hemsida och e-posta kompletteringen till samtliga leverantörer som hämtat ut förfrågningsunderlaget. Med stöd av detta ansåg Kammarrätten att ändringen *inte* stred mot LOU och således inte var att se som en väsentlig förändring.<sup>174</sup>

Domstolens resonemang skiljer sig från de rättsfall som refererats i avsnitt 3.1.1. Kammarrätten i Göteborg fastslog i ett tidigare refererat fall, precis som i ovanstående mål nr. 1941-10. från Kammarrätten i Jönköping, för det första att en av ett skall-krav förelåg. *Därefter* anförde dock Kammarrätten i Göteborg att det inte var tillräckligt att en upphandlande myndighet endast annonserar väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget i en komplettering inom ramen för den pågående upphandlingen. Kammarrätten i Göteborg ansåg att den upphandlande myndigheten formellt *måste* avbryta den pågående upphandlingen och påbörja en ny upphandling genom att

---

<sup>171</sup> KamR i Jönköping, mål nr 1941-10.

<sup>172</sup> KamR i Jönköping, mål nr 1941-10.

<sup>173</sup> KamR i Jönköping, mål nr 1941-10.

<sup>174</sup> KamR i Jönköping, mål nr 1941-10.

publicera ett meddelande om den nya upphandlingen för att kunna uppfylla principerna om likabehandling och öppenhet.<sup>175</sup>

Kammarrätten i Göteborg motiverade åtgärden med att förändringen av villkoren i förfrågningsunderlaget *kunde* ha medfört att det funnits potentiella leverantörer som avhållit sig från att ge in anbud med anledning av villkorens ursprungliga utformning, men som, om de haft kännedom om villkorens slutliga utformning hade varit intresserade av att delta i anbudsgivningen.<sup>176</sup> Till skillnad från Kammarrätten i Jönköpings fall<sup>177</sup> vägde Kammarrätten i Göteborg sålunda inte in någon åtgärd som en del i bedömningen av om en väsentlig förelåg utan hanterade endast följden.<sup>178</sup>

Detta skedde inte heller i en ovan refererad dom från Kammarrätten i Stockholm, år 2012. Domstolen konstaterade i fallet först att väsentlig förändring förelåg. Därefter konstaterade Kammarrätten i Stockholm att för att inte bryta mot öppenhetsprincipen borde den upphandlande myndigheten, efter den aktuella förändringen i förfrågningsunderlaget ha avbrutit upphandlingen och gjort om den och hänvisat till 16 kap. 5§ LOU.<sup>179</sup> Ett mycket snarligt resonemang fördes även i en dom från Kammarrätten i Sundsvalls dom. Kammarrätten i Sundsvall konstaterade i fallet endast att landstinget i det uppkomna läget där en väsentlig förändring förelåg borde, för att inte bryta mot principen om öppenhet, ha avbrutit upphandlingen och gjort om den.<sup>180</sup>

Inte heller i Kammarrätten i Jönköpings dom<sup>181</sup> diskuterades möjliga åtgärder utan domstolen konstaterade bara att för att uppfylla öppenhetsprincipen behövde upphandlingen i de berörda delarna göras om. I Region Skåne-fallet diskuterades inte en sådan möjlighet.<sup>182</sup> Eventuella åtgärder diskuterades således inte i något av dessa omnämnda fallen. I det tidsmässigt senaste fallet<sup>183</sup> har Kammarrätten i Sundsvall uttalat sig att om förändringar är väsentliga måste upphandlingen avbrytas och en ny påbörjas. Kammarrätten i Sundsvall diskuterade inte heller i detta fall möjliga åtgärder *att läka skadan* och genom olika åtgärder förhindra att en förändring är att se som väsentlig på det sättet som det resonerades i Kammarrätten i Jönköpings mål nr. 1941-10.

---

<sup>175</sup> KamR i Göteborg, mål nr 1132-10.

<sup>176</sup> KamR i Göteborg mål nr 1132-10.

<sup>177</sup> KamR i Jönköping, mål nr 1941-10.

<sup>178</sup> KamR i Göteborg, mål nr 1132-10.

<sup>179</sup> KamR i Stockholm, mål nr 1589-12.

<sup>180</sup> KamR i Sundsvall, mål nr 1829-10.

<sup>181</sup> KamR i Jönköping, mål nr 437-446-12.

<sup>182</sup> KamR i Göteborg, mål nr 1132-10.

<sup>183</sup> KamR i Sundsvall, mål nr 1156-13.

### 3.1.1.3 Underlåtenhet att följa skall-krav

Såsom nämnts i inledningen av detta kapitel kan en väsentlig förändring föreligga inte bara vid ändring och komplettering utan även vid underlåtenhet att följa vissa krav. Detta torde enligt Sundstrand kunna bli aktuellt både vid ett förhandlat förfarande och vid tillfällen då enbart ett ensidigt agerande från upphandlande myndighet är möjligt. Ett exempel kan vara om myndigheten fortsätter ett pågående tilldelningsförfarande efter att en domstol eller annat rättsorgan undanröjt ett väsentligt villkor.<sup>184</sup> I målet *EVN AG och Wienstrom* uttalade EU-domstolen att om ett prövningsorgan undanröjt ett beslut avseende ett upphandlingskriterium har en upphandlande myndighet inte rätt att fullfölja upphandlingsförfarandet med bortseende från kriteriet, eftersom ett sådant agerande skulle innebära att de kriterier som var tillämpliga på förfarandet ändrades.<sup>185</sup>

Detta kan enligt Sundstrand ses som en väsentlig förändring eftersom att en upphandlande myndighet genom att fullfölja förfarandet agerar på ett sätt som gör att den bortser från ett villkor som hade kunnat påverka de leverantörer som avstått från att lämna anbud att agera annorlunda. Sundstrand exemplifierar detta med följande scenario. En upphandlande myndighet i Småland ställer upp ett krav att endast leverantörer med säte i Småland får lämna anbud. I ett sådant scenario skulle leverantörer i exempelvis Skåne kunna avstå från att lämna anbud. Om den upphandlande myndigheten i ett senare skede blir tvungen att ta bort detta villkor för att det exempelvis är rättsstridigt skulle leverantören i Skåne få kännedom om ändringen eller få informationen om detta nya villkor, först när det är för sent att lämna anbud. Således menar Sundstrand att borttagandet av ett sådant villkor utgör en väsentlig förändring.<sup>186</sup>

Underlåtenheten att följa ett skall-krav har även behandlats i ett svenskt kammarrättsavgörande. I ett fall avgjort år 2004 av Kammarrätten i Stockholm hade en upphandlande enhet ställt upp skall-krav som den bortsåg ifrån. Kammarrätten uttryckte i sitt domskäl att villkor som uppställs med kravet ”*skall*” får ses som viktiga för en upphandlande enhet. Om myndigheten väljer detta ord i stället för ordet ”*bör*” menade Kammarrätten i Stockholm att upphandlande enhet inte kan bortse från detta krav.<sup>187</sup>

Kammarrätten i Stockholm uttalade vidare att om en upphandlande enhet skulle bortse från att en anbudsgivare uppfyller ett eller flera skall-krav och

---

<sup>184</sup> Sundstrand (2012), s. 289.

<sup>185</sup> Mål nr C-448/01, *EVN AG och Wienstrom*, p. 94.

<sup>186</sup> Sundstrand, s. 289.

<sup>187</sup> KamR i Stockholm, mål nr 3973-04.

ändå utvärderade den anbudsgivarens anbud, skulle enheten bryta mot likabehandlingsprincipen. I målet ansåg Kammarrätten i Stockholm därför att kommunerna borde ha förkastat det anbud som inte uppfyllde uppställt skall-krav. Kammarrätten i Stockholm tycktes sålunda i detta fall ha en nolltolerans mot möjligheten för upphandlande myndigheter att underlåta att följa ett uppställt skall-krav.<sup>188</sup>

#### **3.1.1.4 Slutsatser i litteraturen rörande skall-krav**

Rosén Andersson m.fl. har till skillnad från KKV:s uttalande år 2007 inte skrivit att en ändring av ett skall-krav *alltid* innebär en väsentlig förändring. Rosén Andersson m.fl. menar i stället att i *regel* anses förändringar i skall-krav utgöra väsentliga förändringar och stödjer åsikten på ett antal kammarrättsavgöranden.<sup>189</sup> Linder och Dubois har utifrån fem kammarrättsdomar<sup>190</sup> uttalat sig angående ändring av skall-krav. Linder och Dubois verkar inte heller vara av åsikten att ändringen av ett skall-krav alltid innebär en väsentlig förändring. Dock skriver de att det är tydligt att det finns en *viss presumtion* för att en förändring av ett skall-krav ska anses utgöra en väsentlig förändring.<sup>191</sup>

### **3.1.2 Övriga ändringar och kompletteringar**

#### **3.1.2.1 Ändringar i bör-krav**

Linder och Dubois är av uppfattningen att inte endast förändringar av skall-krav kan utgöra väsentliga förändringar utan även förändringar av bör-krav. De har som stöd för detta anfört att en förändring av ett utvärderingskriterium kan ha lika stor betydelse för en anbudsgivares vilja eller möjlighet att lämna anbud som en förändring av ett skall-krav. Vidare skriver Linder och Dubois att befintliga anbudsgivare kan vara tvungna att förändra sina anbud även i en situation då ett utvärderingskriterium och inte ett skall-krav förändras.<sup>192</sup>

---

<sup>188</sup> KamR i Stockholm, mål nr 3973-04.

<sup>189</sup> Jfr KamR i Stockholm, mål nr 1589-12 och mål nr 3973-04; KamR i Göteborg, mål nr 1132-10; KamR i Jönköping, mål nr 437-446-12, mål nr 1706-10, mål nr 1941-10; KamR i Sundsvall, mål nr 1829-10 (samtliga refererade ovan), och KamR i Jönköping mål nr 2016-08 (refererat nedan).

<sup>190</sup> KamR i Göteborg, mål nr 1132-10; KamR i Sundsvall, mål nr 1829-10; KamR i Stockholm, mål nr 928-10 (refereras senare i utredningen då det inte är aktuellt för detta avsnitt); KamR i Jönköping, mål nr 1706-10; KamR i Jönköping, mål nr 1941-10. Jfr Rosén Andersson m.fl., s. 87.

<sup>191</sup> Linder & Dubois, *Förändringar av förfrågningsunderlag – analys*.

<sup>192</sup> Linder & Dubois, *Förändringar av förfrågningsunderlag – analys*.

Vidare har Rosén Andersson m.fl. skrivit att en utvidgning av en upphandlings omfattning, ett tillägg av ett utvärderingskriterium eller en förändring av ett centralt villkor kan rubba själva förutsättningarna för anbudsgivningen och därför utgöra en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Således får också Rosén Andersson m.fl. anses vara av uppfattningen att även en förändring i ett bör-krav i ett förfrågningsunderlag, under vissa omständigheter kan utgöra en väsentlig förändring.<sup>193</sup>

### **3.1.2.2 Förlängning av bundenhet av anbud**

En offentlig upphandling är som regel en komplicerad och tidskrävande process.<sup>194</sup> Ett tilldelningsbeslut kan vidare överklagas och det kan således uppkomma situationer då en myndighet vill förlänga tiden då leverantörer är bundna av sina anbud.

Kammarrätten i Stockholm avgjorde två mål år 2011 rörande huruvida en förlängning av en anbudstid utgjort en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Målen var i princip identiska och rörde en upphandling i form av ett selektivt förfarande som initialt vidtogs av Verket för högskoleservice (VHS) och sedermera övertogs av Kammarkollegiet. I upphandlingen skedde en överprövning av tilldelningsbeslutet och i avvaktan på ett beslut skickade Kammarkollegiet ut en förfrågan om förlängning till anbudsgivarna av anbudens giltighetstid innan den ursprungliga giltighetstiden löpt ut. Förlängningen avsåg perioden från den 1 januari 2011 till och med den 28 februari 2011. Förfrågan skickades till samtliga kvalificerade anbudsgivare.<sup>195</sup>

Kammarrätten i Stockholm framförde inledningsvis i båda fallen att lagstiftaren i förarbetena till LOU<sup>196</sup> bland annat betonat vikten av att den upphandlande myndigheten vid varje enskild upphandling överväger vilken anbudstid som är rimlig samt att anbudstiden löper ut i enlighet med förfrågningsunderlaget även om upphandlingen är föremål för överprövning. Vidare konstaterade Kammarrätten i Stockholm att det vare sig i LOU eller i förarbetena finns några detaljerade regler respektive uttalanden angående hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat, till exempel hur ändring, förtydligande och komplettering av

---

<sup>193</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 87.

<sup>194</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 85.

<sup>195</sup> KamR i Stockholm mål nr 2058-11 och mål nr 2059-11.

<sup>196</sup> Prop. 2006/07:128, s. 381.

förfrågningsunderlag ska komma till uttryck. Kammarrätten i Stockholm uttalade därefter att detsamma gällde frågan om en förlängning av anbuds giltighetstid är möjlig och hur en förlängning i så fall ska företas.<sup>197</sup>

I målet fann Kammarrätten det ostridigt att den upphandlande myndigheten angett i förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna, för det fall överprövning av upphandlingen skulle ske, var bundna av såväl anbudsansökan som eventuellt efterföljande anbud fram till dess att slutlig dom vunnit laga kraft. Dock längst till och med 31 december 2010, såvida inte annan överenskommelse träffades under upphandlingen.<sup>198</sup>

I målet hade den klagande parten framställt anbudens giltighetstid som ett skall-krav men genom tillägget ”såvida inte annat överenskoms under upphandlingen” fann Kammarrätten i Stockholm att det i båda målen framgick att en förlängning av anbudens giltighetstid kunde komma att ske. Med beaktande av att en förlängning av anbudens giltighetstid kunde komma att ske ansåg Kammarrätten i Stockholm att den aktuella förlängningen inte medfört att det funnits *potentiella leverantörer* som avhållit sig från att ge in anbud med anledning av anbudens giltighetstid men som, om de haft kännedom om förlängningen, skulle ha varit intresserade av att delta i anbudsgivningen. Vidare refererade Kammarrätten i båda fallen till ett rättsfall där HFD<sup>199</sup> uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet medför att ett förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformat får godkännas, under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte överträds.<sup>200</sup>

Kammarrätten i Stockholm fann således att det i båda målen visserligen fanns utrymme för att vara tydligare i förfrågningsunderlaget avseende hur förlängning av giltighetstiden kunde komma till stånd. Emellertid fann domstolen den omständigheten inte kunde medföra att en förlängning av anbudens giltighetstid utgjorde en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget.<sup>201</sup>

---

<sup>197</sup> KamR i Stockholm mål nr 2058-11 och mål nr 2059-11.

<sup>198</sup> KamR i Stockholm mål nr 2058-11 och mål nr 2059-11.

<sup>199</sup> Fallet som KamR hänvisade till var RÅ 2002 ref 50.

<sup>200</sup> KamR i Stockholm mål nr 2058-11 och mål nr 2059-11.

<sup>201</sup> KamR i Stockholm mål nr 2058-11 och mål nr 2059-11.

### 3.1.2.3 Tidsaspekter

Rosén Andersson m.fl. har med hänvisning till ett fall från Kammarrätten i Stockholm<sup>202</sup>, skrivit att även en mindre förändring av förfrågningsunderlaget kan betraktas som väsentlig om den görs kort tid före anbudstidens utgång.<sup>203</sup> Bakgrunden i målet var enligt följande. Uppsala kommuns fastighetsakiefbolag (UKFAB) hade genomfört en upphandling av en entrepenad. UKFAB hade gjort två sena kompletteringar till förfrågningsunderlaget, fem respektive två dagar innan anbudstidens utgång. Kammarrätten i Stockholm bedömde att 15 kap. 9§ LOU, i vilken det stadgas att anbudsgivare skulle ges skälig tid att komma in med anbud, även skulle ses som tillämplig för de fall en upphandlande myndighet gjorde sådana tillägg och ändringar av förfrågningsunderlaget som krävde ytterligare arbetsinsatser för anbudsgivare för att färdigställa sina anbud.<sup>204</sup>

Beträffande den komplettering som inkommit två dagar innan anbudstidens utgång ansåg Kammarrätten i Stockholm att kompletteringen var av sådan art att den kunde påverka anbudens utformning och färdigställande, eftersom det krävdes ytterligare insatser från anbudsgivarna bland annat genom att lämna nytt pris. Vidare noterade Kammarrätten i Stockholm att det under AFB.23. ”Kompletterande förfrågningsunderlag” i förfrågningsunderlaget angavs att sista dag för frågor med anledning av förfrågningsunderlaget var fem arbetsdagar före anbudstidens utgång. Kammarrätten i Stockholm fann att med beaktande av kompletterings karaktär och med beaktande av att den skett två dagar innan anbudstidens utgång, att bolaget som ansökt om överprövning inte getts skälig tid att inkomma med anbud. Kammarrätten i Stockholm ansåg dessutom att med bakgrund av att bristerna var hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede kunde upphandlingen inte rättas utan dömde att den skulle göras om.<sup>205</sup>

### 3.1.2.4 Jämförelse med förfrågningsunderlagets ursprungliga utformning

Linder och Dubois har utifrån fyra kammarättsfall<sup>206</sup> dragit slutsatsen att utgångspunkten för bedömningen om en förändring av ett förfrågningsunderlaget är att se som väsentligt, ska ske i form av en

---

<sup>202</sup> KamR i Stockholm mål nr 928-10.

<sup>203</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 87.

<sup>204</sup> KamR i Stockholm, mål nr 928-10.

<sup>205</sup> KamR i Stockholm, mål nr 928-10.

<sup>206</sup> KamR i Göteborg, mål nr 1132-10; KamR i Sundsvall, mål nr 1829-10; KamR i Jönköping, mål nr 1706-10; KamR i Jönköping, mål nr 1941-10.

jämförelse med den ursprungliga utformningen av underlaget.<sup>207</sup> Detta är en slutsats som också Rosén Andersson m.fl. dragit<sup>208</sup>. Linder och Dubois har vidare skrivit att de anser det vara svårt att utläsa vilka konkreta faktorer som har betydelse i bedömningen om en väsentlig förändring skett. Emellertid drar de slutsatsen att *betydelsen* och *omfattningen* av förändringen tycks anses relevant. Vidare skriver Linder och Dubois att det också är av relevans huruvida förändringen påverkar potentiella anbudsgivares vilja och möjlighet att lämna anbud. Slutligen har Linder och Dubois dragit slutsatsen att det faktum att förändringen kräver ytterligare åtgärder från anbudsgivares sida "torde" kunna ha betydelse.<sup>209</sup>

---

<sup>207</sup> Linder & Dubois, *Förändringar av förfrågningsunderlag – analys*.

<sup>208</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 89.

<sup>209</sup> Linder & Dubois, *Förändringar av förfrågningsunderlag – analys*.



## 3.2 Väsentliga förändringar vid förhandlingar

### 3.2.1 Allmänt

I förarbetet till 4 kap. 2§ LOU konstateras endast beträffande väsentliga förändringar, att de ursprungliga villkoren inte får ändras väsentligt. Således ges i förarbetet ingen vägledning om vad en väsentlig förändring rent konkret kan vara.<sup>210</sup> I 4 kap. 2§ LOU anges som tidigare nämnts<sup>211</sup> ett antal omständigheter då förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas under förutsättning att det inte sker någon väsentlig förändring.

Rosén Andersson m.fl. har poängterat att syftet med att övergå till ett förhandlat förfarande med föregående annonsering i enlighet med 4 kap. 2§ LOU är att anbud ska *anpassas till förfrågningsunderlaget*. Följaktligen menar Rosén Andersson m.fl. att förfrågningsunderlaget inte ska anpassas till anbudet.<sup>212</sup>

Inte heller i förarbetet till 4 kap. 5§ 1 st. 1 p. LOU ges någon vägledning till vad som utgör en väsentlig förändring.<sup>213</sup> Bestämmelsen innebär som tidigare nämnts en möjlighet för en upphandlande myndighet att övergå till ett förhandlat förfarande om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnas några anbud eller några lämpliga anbud. En förutsättning för förfarandet tillämplighet är dock att det inte får vidtas någon väsentlig förändring efter att förfarandet inletts. Rosén Andersson m.fl. menar att förbudet innebär att det parterna endast får komma överens om *mindre förändringar* efter att förfrågningsunderlaget offentliggjorts i ett öppet eller selektivt förfarande. Följaktligen menar Rosén Andersson m.fl. att endast mindre förändringar får ske under ett förhandlat förfarande utan annonsering, enligt 4 kap. 5§ 1 st. 1 p. LOU.<sup>214</sup>

Falk har skrivit beträffande möjligheten att använda ett förhandlat förfarande enligt 4 kap. 5§ 1 st. 1 p. LOU, att varje omständighet i den första och resultatlösa upphandlingen som kan ha bidragit till att en presumtiv anbudssökande eller anbudsgivare avstått från att ansöka eller lämna anbud i upphandlingen, måste bibehållas i villkoren till den nya förhandlade upphandlingen. Vidare förutsätts det att upphandlingens

---

<sup>210</sup> Prop. 2006/07:128, s. 323.

<sup>211</sup> Jfr avsnitt 2.2.2. i uppsatsen.

<sup>212</sup> Rosen Andersson m.fl., s. 220.

<sup>213</sup> Jfr prop. 2006/07:128, s. 327.

<sup>214</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 226.

”identitet” ska vara densamma efter övergången till den förhandlande upphandlingen.<sup>215</sup>

I ett fall från Kammarrätten i Stockholm<sup>216</sup> avhandlades frågan om 4 kap. 5§ 1 p. LOU kunde tillämpas eller om det hade skett en sådan väsentlig förändring som gjorde detta omöjligt. I fallet hade ett antal kommuner genomfört en upphandling av livsmedel till kommunala storhushåll, kök och andra enheter. Upphandlingen handlades som ett öppet förfarande men vid anbudstidens utgång hade inga anbud inkommit. De upphandlande myndigheterna övergick då till ett förhandlat förfarande och bjöd in två intressenter som ställt frågor om upphandlingen. Efter det förhandlade förfarandet tilldelades båda ett varsitt offentligt kontrakt.<sup>217</sup>

En tredje intressent (Servera) som under anbudstiden ställt frågor ansökte då om överprövning och åberopade att det skett en väsentlig förändring. Servera grundade detta i att det under förhandlingen gjorts ändringar i de villkor där kommunerna avvisat Serveras frågor och förslag till ändringar. Vidare hade ändringar gjorts avseende villkor som Servera uttryckligen förklarat vara skäl till att de valt att avstå från att lägga anbud.<sup>218</sup>

Kammarrätten i Stockholm uttalade sig enligt följande. Inledningsvis konstaterade Kammarrätten i Stockholm att övergången till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering utgjorde en undantagssituation och att den således skulle utnyttjas *restriktivt*. Vidare uttalade Kammarrätten i Stockholm rent generellt, att för att ändringar skulle uppfattas som väsentliga förändringar krävdes mer omfattande ändringar av kontraktsvillkoren.<sup>219</sup>

Kammarrätten i Stockholm jämförde sedan villkoren i den aktuella anbudsförfrågan med de villkor som antogs vid tecknandet av avtal mellan kommunerna och en av de vinnande leverantörerna. Kammarrätten i Stockholm konstaterade att ändringar gjorts av de ursprungliga kontraktsvillkoren och att ett antal av de ändrade villkoren var villkor som var *avgörande* för de tre grossistföretagens beslut att inte lämna anbud vid det öppna förfarandet. Efter en sammantagen bedömning fann Kammarrätten i Stockholm att de gjorda förändringarna av de ursprungliga kontraktsvillkoren var att beteckna som väsentliga i LOU:s mening. Det

---

<sup>215</sup> Falk, s. 174.

<sup>216</sup> KamR i Stockholm, mål nr 1807-09.

<sup>217</sup> KamR i Stockholm, mål nr 1807-09.

<sup>218</sup> KamR i Stockholm, mål nr 1807-09.

<sup>219</sup> KamR i Stockholm, mål nr 1807-09.

gjorde enligt Kammarrätten i Stockholm att den aktuella övergången till ett förhandlat förfarande hade skett i strid med 4 kap. 5§ 1 p. LOU.<sup>220</sup>

Ett exempel på ett mål inom byggtreprenadbranschen som rörde väsentlig förändring enligt 4 kap. 5§ LOU var följande. Målet rörde en offentlig upphandling av entreprenad på cirka 60 mkr.<sup>221</sup> Ett bolag ansökte om överprövning och gjorde gällande att kontraktet ändrats väsentligt vid förhandlingsförfarandet. Den vinnande leverantören hade under förhandlingar sänkt sitt anbud med totalt 2,5 mkr under förhandlingarna. Ungefär en tredjedel av beloppet (0,8 mkr) utgjorde en prisreduktion och övriga två tredjedelar (cirka 1,7 mkr) utgjorde ändringar i entreprenaden såsom att den upphandlande myndigheten tillät utbyte av likvärdiga fabrikat i materialet till lägre pris. Förvaltningsrätten i Stockholm ansåg inte att dessa ändringar medfört att en väsentlig förändring förelåg.<sup>222</sup>

I ett annat exempel har en entreprenadrelaterad förändring betecknats som en väsentlig förändring. I Ångermanlands Tingsrätt yrkade en leverantör om skadestånd och anförde att ett villkor ändrats väsentligt vilket medfört att den upphandlande enheten agerat i strid med LOU och skadat leverantören. Den upphandlande myndigheten hade inte angett i förfrågningsunderlaget att en viss typ av våg för utvägning av material från en kross krävdes.<sup>223</sup>

Under förhandlingsskedet preciserade den upphandlande myndigheten kravet och ändrade förutsättningarna genom att kräva en speciell och i sammanhanget mycket ovanlig typ av våg som var anpassad för att väga extra breda transportfordon. Ångermanlands Tingsrätt fann att den upphandlande myndighetens agerade innebar en väsentlig förändring i strid med likabehandlingsprincipen. Därför ansåg Ångermanlands Tingsrätt att den upphandlande enheten borde ha avbrutit upphandlingen och gjort om den alternativt ha upphandlat vågtjänsten separat.<sup>224</sup>

### **3.2.2 Förhandling som blir till fördel för anbudsgivare**

Ett argument som kan föras fram för att motivera existensen av en väsentlig förändring efter ett förhandlat förfarande är att den är till fördel för *alla* anbudsgivare.

---

<sup>220</sup> KamR i Stockholm, mål nr 1807-09.

<sup>221</sup> Bergqvist m.fl., s. 84.

<sup>222</sup> FörvR i Stockholm, mål nr 23807-11.

<sup>223</sup> Ångermanlands TR, mål nr T 2621-04.

<sup>224</sup> Ångermanlands TR, mål nr T 2621-04.

I ett mål från Kammarrätten i Jönköping<sup>225</sup> var parterna ense om att en av den upphandlande myndigheten vidtagen förändring i förfrågningsunderlaget var att betrakta som väsentlig. Båda anbudsgivarna hade lämnat orena anbud som inte uppfyllde vissa skall-krav. Den upphandlande myndigheten förhandlade därefter med de två anbudsgivarna. Den upphandlande myndigheten anförde att det förtydligande i förhandlingen som medfört den väsentliga förändringen emellertid utgjorde en förändring som varit till *fördel* för samtliga anbudsgivare, då det enligt den upphandlande myndigheten innebar en minskad risk för den leverantör som skulle antas.<sup>226</sup>

Kammarrätten i Jönköping instämde i att den aktuella förändringen av skall-krav utgjorde en väsentlig förändring. Vidare ansåg Kammarrätten i Jönköping att förändringen kunde ha medfört att det kunde ha funnits *potentiella leverantörer* som avhållit sig från att inge anbud med anledning av det aktuella avtalsvillkorets ursprungliga utformning, men som om de haft kännedom om avtalsvillkorets slutliga utformning, hade varit intresserade av att delta i anbudsgivningen. Därför ansåg Kammarrätten att det saknade betydelse att förändringen i förfrågningsunderlaget var till fördel för anbudsgivarna.<sup>227</sup>

### 3.2.3 Ändring av upphandlingsföremålet vid längre förhandlingar

Sundstrand har vidare skrivit att det finns en risk vid långa förhandlingar att föremålet för upphandlingen förändras på ett sådant sätt att det till slut uppstår förändringar av väsentliga villkor.<sup>228</sup> Sundstrand har beträffande detta bland annat hänvisat till ett mål från EU-domstolen.

I målet hade förhandling pågått en längre tid (cirka 3 år). Förhandlingen avsåg upphandlingen av en totalentreprenad för spårvagnsprojekt i Rennes, Frankrike.<sup>229</sup> Kommissionen (den part som väckt talan) framförde att de ursprungliga respektive framförhandlade anbuden var att definiera som två olika anbud. Kommissionen anförde som grund att det förelåg väsentliga skillnader i fråga om teknologi och pris mellan den vinnande leverantörens båda anbud, vilket enligt kommissionen bevisade att det inte rörde sig om samma avtal.<sup>230</sup> EU-domstolen uttalade att det skulle undersökas om de

<sup>225</sup> KamR i Jönköping, mål nr 2016-08.

<sup>226</sup> KamR i Jönköping, mål nr 2016-08.

<sup>227</sup> KamR i Jönköping, mål nr 2016-08.

<sup>228</sup> Sundstrand, s. 288.

<sup>229</sup> Mål nr C-337/98, *Europeiska kommissionen mot Frankrike*, p. 11 och 14.

<sup>230</sup> Mål nr C-337/98, *Europeiska kommissionen mot Frankrike*, p. 47 - 49.

förhandlingar som förts efter ett visst datum orsakat betydande skillnader i förhållande till de förhandlingar som förts tidigare, och om de således visade på en *önskan* från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet. EU-domstolen ansåg det i så fall skulle *kunna* medföra att en väsentlig förändring ansågs föreligga.<sup>231</sup>

EU-domstolen fann dock att kommissionen inte förmått visa att förhandlingarna orsakat en förändring, som visat på en önskan från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet.<sup>232</sup> Anledningen var för det första att ändringen i kontraktsvillkoren mellan åren 1993 och 1996 berodde på den tekniska utvecklingen som skett under perioden. EU-domstolen uttalade att det inte kunde uteslutas att parterna under ett förhandlat förfarande som på grund av sin natur kan sträcka sig över en lång tid, beaktar den tekniska utvecklingen. Vidare uttalade EU-domstolen att ett en ändring som beror på den tekniska utvecklingen inte behöver utgöra en omförhandling av ett väsentligt villkor i avtalet.<sup>233</sup>

För det andra ansåg EU-domstolen att ändringen av priset berodde på prisutvecklingen. EU-domstolen ansåg att skillnaden mellan de olika anbuden följde exakt den formel för prisöversyn som fanns i det ursprungliga kontraktförslaget. Således fann EU-domstolen sammantaget att förhandlingarna inte medfört att en väsentlig förändring förelåg.<sup>234</sup>

### 3.2.4 Praktiska synpunkter

Bergqvist m.fl. har skrivit som en rekommendation till upphandlande myndigheter som upphandlar byggentreprenader att ändringar genom förhandlingar i förfrågningsunderlaget är känsligt och att man därför bör avstå från ändringar som kan tänkas ha någon betydande påverkan på anbudsgivares kalkyler. Som exempel anges att sänka eller ta bort viteskrav, ändra eller införa nya krav på säkerhet och försäkringslösningar samt mer än försumbart ändra färdigställandetider och produktionstider.<sup>235</sup>

Vidare har Bergqvist m.fl. uttryckt att det i deras mening föreligger en särskild svårighet i praktiken att förhandla med stöd av 4 kap. 5§ 1 p. LOU. Enligt Bergqvist m.fl. händer det inte sällan att den upphandlande myndigheten, särskilt vid mer komplicerade entreprenader, har större förväntningar på vilka kontraktsvillkor i fråga om prestanda-viten eller

---

<sup>231</sup> Mål nr C-337/98, *Europeiska kommissionen mot Frankrike*, p. 44 och 46.

<sup>232</sup> Mål nr C-337/98, *Europeiska kommissionen mot Frankrike*, p. 56.

<sup>233</sup> Mål nr C-337/98, *Europeiska kommissionen mot Frankrike*, p. 51.

<sup>234</sup> Mål nr C-337/98, *Europeiska kommissionen mot Frankrike*, p. 53.

<sup>235</sup> Bergqvist m.fl., s. 85.

motsvarande som marknaden är beredd att acceptera. Detta kan resultera i att myndigheten endast mottar orena anbud då ingen leverantör accepterar samtliga villkor.<sup>236</sup>

Ett vanligt sätt att försöka lösa en sådan situation är att den upphandlande myndigheten punkt för punkt väljer ut vilket av anbuden som med sina reservationer står närmast beställarens krav. Därefter försöker den upphandlande myndigheten att få övriga anbudsgivare att acceptera dessa krav som en relativt sett mindre avvikelse från förfrågningsunderlaget. Genom ett sådant sätt att förhandla manövreras anbudsgivarna och ändringar i anbudsgivarnas reservationer och förfrågningsunderlaget drivs genom förhandlingar igenom tills myndigheten till slut får fram ett anbud som stämmer med det finala förfrågningsunderlaget.<sup>237</sup> Dock poängterar Bergqvist m.fl. att det många gånger vid den här typen av situationer är bättre att avbryta upphandlingen och göra ett nytt försök med till viss del ändrade krav.<sup>238</sup> Avsnitt 5.2. i uppsatsen återknyter till dessa praktiska synpunkter som Bergqvist m.fl. belyst.

---

<sup>236</sup> Bergqvist m.fl., s. 87.

<sup>237</sup> Bergqvist m.fl., s. 87.

<sup>238</sup> Bergqvist m.fl., s. 87.

# 4 Väsentliga förändringar av offentliga kontrakt

## 4.1 Förändringar i tecknade kontrakt

### 4.1.1 Pressetexttestet

EU-domstolens dom i målet *presstext*<sup>239</sup> är vägledande på området väsentliga förändringar av offentliga kontrakt. Domen har gett namn till det så kallade ”*presstexttestet*” i vilket det uppställs generella kriterier för att avgöra när en ändring av ett offentligt kontrakt kan anses vara väsentlig.<sup>240</sup>

I målet uttalade sig EU-domstolen att insyn i förfarandet och likabehandling av anbudsgivarna måste säkerställas. EU-domstolen ansåg därför att förändringar som görs i bestämmelserna i ett offentligt kontrakt under dess löptid *ska* anses utgöra en väsentlig förändring om:

- i. ”*de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande [min fetmarkering] skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet*”<sup>241</sup> och
- ii. ”*följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet.*”<sup>242</sup>

Vidare gav EU-domstolen följande exempel på situationer då en ändring *kan* vara betydande:

- i. ”*om den innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs.*”<sup>243</sup>

---

<sup>239</sup> Mål nr C-454/06, *presstext*.

<sup>240</sup> Vaxenbäck & Lapinska, s. 89.

<sup>241</sup> Mål nr C-454/06, *presstext*, p. 34.

<sup>242</sup> Mål nr C-454/06, *presstext*, p. 34.

<sup>243</sup> Mål nr C-454/06, *presstext*, p. 35.

- ii. ”om den medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträckts så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs”.<sup>244</sup>
- iii. ”om den medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet.”<sup>245</sup>

Efter en redogörelse av denna generella vägledning följer nu en utredning av andra mer specifika situationer som kan bli aktuella vid genomförande av offentliga byggentreprenadkontrakt.

### 4.1.2 Byte av leverantör

Det kan under ett offentligt byggkontrakts löptid uppstå ett behov för den upphandlande myndigheten att byta medkontrahent på leverantörssidan. Det kan exempelvis röra sig om en företagsöverlåtelse som berör den befintliga leverantören, en avveckling alternativt en konkurs av den befintliga leverantörens verksamhet. Vidare kan det bli aktuellt med partsbyte på leverantörssidan om produktionen av kontraktets föremål flyttas till ett annat företag inom en koncern, vilket var situationen i fallet *pressetext*.<sup>246</sup>

I det vägledande fallet *pressetext* har frågan om byte på leverantörssidan prövats. Bakgrunden i målet var följande. Republiken Österrike ingick år 1994, det vill säga innan Österrike blev medlem i EU, ett offentligt kontrakt med den kooperativa föreningen APA. Kontraktet rörde tillhandhållande av vissa tjänster inom informationssektorn.<sup>247</sup> År 2000 bildade APA dotterbolaget APA-OTS i form av ett bolag med begränsat ansvar, som APA ägde till 100 procent. Mellan de två bolagen fanns ett avtal om överföring av förluster och vinster. Av avtalet framgick det att APA-OTS var finansiellt, administrativt och ekonomiskt integrerat i APA samt att dotterbolaget skulle leda och driva sin verksamhet i enlighet med moderbolaget APA:s instruktioner. Vidare var dotterbolaget skyldigt att överföra sin årsvinst till moderbolaget medan moderbolaget svarade för dotterbolagets eventuella årsförlust.<sup>248</sup>

Efter att avtalet ingåtts överförde APA sin verksamhet till dotterbolaget APA-OTS. En av APA:s medarbetare, som hade rätt att företråda bolaget, försäkrade de österrikiska myndigheterna om att moderbolaget APA efter

---

<sup>244</sup> Mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 36.

<sup>245</sup> Mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 37.

<sup>246</sup> Vaxenbäck & Lapinska, s. 101.

<sup>247</sup> Mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 10.

<sup>248</sup> Mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 14.



övergången av verksamheten svarade solidariskt med dotterbolaget APA-OTS och att det inte skulle ske någon ändring vad gällde den upphandlade tjänsten i dess helhet. De österrikiska myndigheterna gav då sitt godkännande till att den tilldelade tjänsten skulle tillhandahållas av dotterbolaget APA-OTS, och betalade efter leverantörens omstrukturering ersättning för tjänsten direkt till dotterbolaget APA-OTS.<sup>249</sup>

En tredje part, presstext Nachrichtenagentur GmbH, väckte talan i österrikisk domstol och yrkade bland annat att uppdelningen av kontraktet, till följd av APA:s omstrukturering, var rättsstridig.<sup>250</sup> EU-domstolen yttrade att en åtgärd som innebar att den medkontrahent som den upphandlande myndigheten först hade tilldelat ett kontrakt, ersätts med en ny leverantör, i *regel skulle* anses utgöra en väsentlig förändring av det offentliga kontraktet. EU-domstolen uttalade dock att detta gällde såtillvida inte ett sådant byte föreskrivits i det ursprungliga kontraktet.<sup>251</sup>

Emellertid ansåg EU-domstolen att den i målet aktuella verksamhetsövergången hade speciella särdrag. EU-domstolen ansåg vidare att de aktuella ändringarna i den aktuella situationen som förelåg i målet, medförde att omstruktureringen *inte* utgjorde någon väsentlig förändring.<sup>252</sup> EU domstolen fäste i denna bedömning vikt vid fyra särskilda omständigheter:

- i. APA-OTS var ett dotterbolag som av APA ägdes till 100 procent.
- ii. APA hade rätt att ge instruktioner till APA-OTS.
- iii. Det fanns mellan APA och APA-OTS ett kontrakt om överföring av vinster och förluster, som APA svarade för.
- iv. Att det tydligt framgick av handlingarna att en person som hade rätt att företräda APA försäkrat den upphandlande myndigheten om att APA efter övergången av verksamheten svarade solidariskt med dotterbolaget APA-OTS och att det inte skulle ske någon ändring vad gällde tjänsten i dess helhet.<sup>253</sup>

EU-domstolen uttryckte att omstruktureringen i sak utgjorde en intern omorganisation av medkontrahenten och att detta *inte* medförde någon väsentlig förändring av villkoren i det ursprungliga kontraktet.<sup>254</sup> Vidare uttalade EU-domstolen att om andelarna i dotterbolaget APA-OTS hade

---

<sup>249</sup> Mål nr C-454/06, *presstext*, p. 15.

<sup>250</sup> Mål nr C-454/06, *presstext*, p. 25.

<sup>251</sup> Mål nr C-454/06, *presstext*, p. 40.

<sup>252</sup> Mål nr C-454/06, *presstext*, p. 43.

<sup>253</sup> Mål nr C-454/06, *presstext*, p. 44.

<sup>254</sup> Mål nr C-454/06, *presstext*, p. 45.

överlåtits till en tredje man under löptiden för kontraktet, skulle det *inte* röra sig om intern omorganisation av den ursprungliga medkontrahenten, utan om ett faktiskt byte av medkontrahent. EU-domstolen ansåg att ett sådant överlåtande i princip medförde att det förelåg ändring av ett väsentligt villkor i kontraktet, vilket i så fall skulle utgöra en väsentlig förändring.<sup>255</sup>

EU-domstolen uttalade vidare att det normalt är juridiska personer som tilldelas offentliga kontrakt. EU-domstolen ansåg att om en juridisk person hade bildats i form av ett aktiebolag som är noterat vid en fondbörs, följer det av dess egen natur att gruppen av aktieägare i bolaget kunde ändras vid varje tidpunkt. EU-domstolen uttalade att förekomsten av en sådan situation i princip *inte* innebär en skyldighet att genomföra en ny upphandling. Dock uttalade EU-domstolen att det i undantagsfall kunde förhålla sig annorlunda, exempelvis beträffande manövrar som vidtogs för att kringgå gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling.<sup>256</sup>

Vaxenbäck och Lapinska har av fallet *presstext* dragit slutsatsen att om ett byte av medkontrahent inte reglerats är huvudregeln att en sådan förändring utgör en väsentlig ändring av villkoren i kontraktet, och sålunda en väsentlig förändring.<sup>257</sup> Även Pedersen har dragit slutsatsen av målet att överlåtelsen av ett upphandlingskontrakt till en ny leverantör (tredje man) utgör en ny upphandling med vissa undantagsfall, vilka Pedersen har uppfattat ska tolkas och tillämpas restriktivt.<sup>258</sup>

Pedersen har av *presstext-målet* dragit slutsatsen att en väsentlig förändring föreligger vid överlåtelse av ett upphandlat kontrakt till ett dotterbolag om kontraktet förutses bli förvärvat av tredje man under kontraktets löptid. Pedersen har vidare dragit slutsatsen av målet, att det utgör ett undantag om dotterbolaget är ett börsnoterat bolag eller en kooperativ förening. I de undantagsfallen menar Pedersen att omsättning av aktier alternativt ändringar i medlemskretsen inte leder till en ny upphandling annat än om det är fråga om åtgärder som syftar till att kringgå upphandlingsreglerna.<sup>259</sup>

Beträffande vad som skulle kunna utgöra ett sådant kringgående, menar Pedersen att ett exempel skulle kunna vara ett förvärv av samtliga aktier i bolaget, respektive samtliga andelar i föreningen. Pedersen menar således att sådant förvärv inte utgör ett undantag utan är att beteckna som en väsentlig förändring.<sup>260</sup>

---

<sup>255</sup> Mål nr C-454/06, *presstext*, p. 47.

<sup>256</sup> Mål nr C-454/06, *presstext*, s. 51.

<sup>257</sup> Vaxenbäck & Lapinska, s. 101.

<sup>258</sup> Pedersen (2008), s. 1125.

<sup>259</sup> Pedersen (2008), s. 1125.

<sup>260</sup> Pedersen (2008), s. 1125.

Även Rosén Andersson m.fl. har kommenterat domen i *pressetext*. Rosén Andersson m.fl. menar att domen i *pressetext* är svårtolkad och den knappast kan behövas förstås på sättet att varje gång det sker en ändring i delägarkretsen hos en leverantör, vars aktier *inte* omsätts på börs, ska myndigheten upphandla kontraktet på nytt. Rosén Andersson m.fl. skriver att med en sådan strikt tolkning är det svårt att se att den offentliga sektorn skulle kunna ingå kontrakt på lika villkor med leverantörer som är, respektive inte är, noterade på en fondbörs.<sup>261</sup>

Pedersen menar vidare att det efter EU-domstolens dom i målet *pressetext*, får anses stå klart att den eventuella förekomsten av offentliga kontrakt framöver kommer att behöva beaktas vid genomförandet av så kallade due dilligence-undersökningar<sup>262</sup>, i samband med företagsförvärv och liknande transaktioner.<sup>263</sup>

I ett exemplifierande beslut från KKV har en överlåtelse av ett kontrakt med anledning av tilldelad leverantörs konkurs ansetts *otillåten*. Bakgrunden i detta ärende var att kommunen genomfört en upphandling och tecknat ett avtal med en leverantör. Ett år efter att avtalet ingåtts gick leverantören i konkurs. Kommunen meddelade då att någon ny upphandling inte skulle ske. I stället skulle avtalet överlåtas till ett nytt bolag där ägaren till bolaget som gått i konkurs fanns med som delägare. Kommunen yttrade att det följde av avtalet att en överlåtelse medgavs i tilldelningskontraktet.<sup>264</sup> Vidare anförde kommunen att:

1. Den övertagande leverantören klarade de prövningar som den upphandlande myndigheten gjort av den ursprungliga leverantören,
2. verksamheten var väsentligen densamma, och
3. det materiella innehållet i avtalet var väsentligen detsamma.<sup>265</sup>

KKV refererade till EU-domstolens dom i målet *pressetext* och att ett faktiskt byte av en medkontrahent i ett upphandlingskontrakt i regel utgör en sådan ändring av de väsentliga villkoren i kontraktet att en ny upphandling ska genomföras, såvida inte detta byte föreskrivits i det ursprungliga kontraktet.<sup>266</sup> KKV gjorde följande bedömning i ärendet. Genom den aktuella överlåtelsen av avtalet, från konkursboet till ett annat bolag, hade

---

<sup>261</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 90.

<sup>262</sup> Undersökning som en köpare gör av ett köpobjekt, vanligen ett företag, innan köpet blir definitivt.

<sup>263</sup> Pedersen (2008), s. 1126.

<sup>264</sup> KKV:s beslut, Dnr 456/2009, s. 1 f.

<sup>265</sup> KKV:s beslut, Dnr 456/2009, s. 1 f.

<sup>266</sup> KKV:s beslut, Dnr 456/2009, s. 4.

den upphandlande myndighetens medkontrahent bytts ut. KKV ansåg med stöd av domen i *presstext* att en sådan åtgärd innebär en väsentlig förändring, vilken i regel medförde upphandlingsplikt. KKV ansåg vidare att de särdrag som enligt EU-domstolen kunde motivera undantag från kravet på förnyat upphandlingsförfarande inte förelåg i detta fall. I sitt beslut gick KKV punkt för punkt igenom särdragen i *presstext* och fann att inget av dem förelåg i detta ärende.<sup>267</sup>

KKV ansåg således att kommunen brutit mot 15 kap. LOU genom att tillåta ett sådant partsbyte utan att genomföra en förnyad upphandling, vilket innebar en otillåten direktupphandling. Den upphandlande myndighetens agerande utestängde enligt KKV andra anbudsgivare från att begära överprövning avseende tilldelning av resterande del av kontraktet och således ansåg KKV att förfarandet kunde förta dessa leverantörer från möjligheten att konkurrera på lika villkor.<sup>268</sup>

### 4.1.3 Byte av underleverantör

EU-domstolen har i målet *Wall*<sup>269</sup>, gett vägledning om när ett byte av underleverantör kan medföra skyldighet att genomföra en ny upphandling (det vill säga att ändringen är att beteckna som en väsentlig förändring). Bakgrunden i målet var följande. Staden Frankfurt utannonserade i sin offentliga tidning en frivillig anbudsinfordran på EU-nivå som rörde en tjänstekoncession<sup>270</sup> avseende drift, underhåll, service och rengöring av elva toalettanläggningar i staden för 16 år framåt. Av dessa toalettanläggningar skulle två också byggas.<sup>271</sup>

Bolaget FES var en av de leverantörer som lämnade anbud och angav i anbudet bolaget Wall som underleverantör.<sup>272</sup> Wall innehade vidare vissa patent av central betydelse för den offererade tjänsten.<sup>273</sup> FES tilldelades koncessionen och ett avtal rörande denna ingicks mellan FES och staden Frankfurt.<sup>274</sup> Det angavs vidare i en bestämmelse i det offentliga kontraktet

---

<sup>267</sup> KKV:s beslut, Dnr 456/2009, s 5 ff.

<sup>268</sup> KKV:s beslut, Dnr 456/2009, s. 7.

<sup>269</sup> Mål nr C-91/08, *Wall*.

<sup>270</sup> EU-domstolen uttryckte i fallet att på unionsrättens dåvarande stadium omfattades avtal om tjänstekoncession inte av tillämpningsområdet av något av de direktiv som reglerar området för offentlig upphandling. Emellertid uttryckte EU-domstolen att offentliga myndigheter som ingår sådana avtal var skyldiga att iaktta skyldigheten att lämna insyn, som följde av de grundläggande bestämmelserna i EUF-fördraget (mål nr C-91/08, *Wall*, p. 33).

<sup>271</sup> Mål nr C-91/08, *Wall*, p. 11.

<sup>272</sup> Mål nr C-91/08, *Wall*, p. 14.

<sup>273</sup> Mål nr C-91/08, *Wall*, p. 15.

<sup>274</sup> Mål nr C-91/08, *Wall*, p. 17.

att en underentreprenör endast fick bytas ut med staden Frankfurts skriftliga godkännande.<sup>275</sup>

Efter att kontraktstilldelningen skett begärde FES att staden Frankfurt skulle godkänna ett byte av underentreprenör så att de offentliga toaletterna inte levererades av Wall utan av andra företag.<sup>276</sup> Denna begäran lämnades in efter att FES tagit in anbud från Wall och aktörer och funnit att det fanns andra potentiella underleverantörer som hade mer konkurrenskraftiga anbud än vad Wall hade.<sup>277</sup> Staden Frankfurt hade inget att invända mot bytet då de ansåg att staden inte behövde ta ställning till frågan om byte av underentreprenör eftersom FES önskade i enlighet med kontraktet genomföra arbetena i egen regi och på eget ansvar.<sup>278</sup> Emellertid valde den tidigare underentreprenören Wall att väcka talan i nationell domstol mot beslutet, varpå den tyska domstolen begärde förhandsbesked från EU-domstolen.<sup>279</sup>

EU-domstolen gav vägledning enligt följande. Inledningsvis uttalade sig EU-domstolen att en ändring i ett avtal om tjänstekoncession under dess löptid kan anses vara *betydande* om den innebar att det infördes villkor, som om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare eller att anta andra anbud än de som ursprungligen antogs.<sup>280</sup>

Vidare uttalade sig EU-domstolen att ett byte av en underentreprenör kunde även om möjligheten föreskrevs i avtalet, i *undantagsfall* utgöra en väsentlig förändring om användning av en underentreprenör i stället för en annan, med hänsyn till den aktuella prestationens särdrag, var en avgörande faktor vid avtalets tecknade.<sup>281</sup> I det aktuella fallet hade den nationella domstolen angett att det var troligt att koncessionen tilldelats FES på grund av att de angett Wall som underentreprenör.<sup>282</sup>

EU-domstolen slog fast att när det vidtas ändringar i ett tjänstekoncessionsavtals bestämmelser som medför betydande skillnader i förhållande till de bestämmelser som legat till grund för tilldelningen av den ursprungliga koncessionen och således är ägnade från parternas sida att omförhandlade de väsentliga villkoren, *ska* det i enlighet med berörd stats

---

<sup>275</sup> Mål nr C-91/08, *Wall*, p. 19.

<sup>276</sup> Mål nr C-91/08, *Wall*, p. 25.

<sup>277</sup> Mål nr C-91/08, *Wall*, p. 24.

<sup>278</sup> Mål nr C-91/08, *Wall*, p. 26.

<sup>279</sup> Mål nr C-91/08, *Wall*, p. 27 och 28.

<sup>280</sup> Mål nr C-91/08, *Wall*, p. 38.

<sup>281</sup> Mål nr C-91/08, *Wall*, p. 39.

<sup>282</sup> Mål nr C-91/08, *Wall*, p. 40.

rättsordning, förordnas om nödvändiga åtgärder för att återställa insynen i förfarandet.<sup>283</sup> Sundstrand har tolkat uttalandet från EU-domstolen som att kontraktet i sådana fall ska upphävas och ett nytt tilldelningsförfarande genomföras. På så vis tolkar Sundstrand det som att principerna om likabehandling och öppenhet upprätthålls.<sup>284</sup>

Vaxenbäck och Lapinska menar att slutsatsen kan dras av fallet *Wall* att ett byte av underleverantör utgör en väsentlig förändring av villkoren i det ursprungliga kontraktet om valet av underleverantör varit en *avgörande faktor* vid avtalets tecknande. Om så inte är fallet menar Vaxenbäck och Lapinska att den upphandlande myndigheten svarar för kontraktets rätta fullgörande och kan, som *huvudregel*, byta underleverantör utan risk för att det anses utgöra en väsentlig förändring av leverantörens kontrakt med den upphandlande myndigheten.<sup>285</sup>

#### 4.1.4 Frågående av krav i förfrågningsunderlaget

Det kan vid fullgörande av offentliga kontrakt uppkomma situationer som medför att parterna känner sig mer eller mindre tvingade att frånga krav som ställts i ett tilldelat kontrakt och följaktligen även i det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Exempelvis kan parterna vid fullgörandet av kontraktet upptäcka att ett visst krav i kontraktet i praktiken inte var ändamålsenligt eller proportionerligt och att det vore orimligt att hålla fast vid det.<sup>286</sup>

Kammarrätten i Jönköping har i ett mål<sup>287</sup> prövat om en specifik kontraktsförändring som inneburit att ett krav i det ursprungliga förfrågningsunderlaget frångåtts, utgjort en väsentlig förändring av ett offentligt kontrakt. Bakgrunden i målet var följande. Landstinget i Östergötland bjöd år 2007 in till en anbudsfrågan gällande bemanningstjänster av vårdpersonal. Av förfrågningsunderlaget framgick det att anbudsprövning skulle ske utifrån två kriterier; kvalitet och kostnad, där kvalitet viktades med 70 procent och kostnad med 30 procent. Vidare angavs det att kriteriet kvalitet skulle utgöras till 40 procent av underkriteriet leveranssäkerhet. Utvärderingen av leveranssäkerhet skulle utvärderas i tre steg där fem, tre respektive noll poäng kunde tilldelas anbudsgivarna. Den högsta poängen gavs till den anbudsgivare som

---

<sup>283</sup> Mål nr C-91/08, *Wall*, p. 43.

<sup>284</sup> Sundstrand, s. 293.

<sup>285</sup> Vaxenbäck & Lapinska, s. 101.

<sup>286</sup> Vaxenbäck & Lapinska, s. 102.

<sup>287</sup> KamR i Jönköping, mål nr 953-09.

skriftligen kunde acceptera beställning inom fem vardagar från det att beställningen erhållits. Vidare framgick det av förfrågningsunderlaget och sedermera det tilldelade ramavtalet att vite skulle utgå i fall säljaren brast i något åtagande, exempelvis att acceptera beställning inom fem dagar.<sup>288</sup>

Efter det att anbudet utvärderats och ett offentligt upphandlat ramavtal ingåtts, frångick landstinget det uppställda kravet på att en bekräftelse skulle ske inom fem arbetsdagar och tillämpade därmed inte heller det uppställda kravet om vite som fanns angivet både i det ursprungliga förfrågningsunderlaget och i ramavtalet. Kammarrätten utredde i målet om landstinget genom att efter upphandlingen frångå vissa av de villkor som gällt i de tilldelade ramavtalen handlat i strid med LOU.

Kammarrätten i Jönköping konstaterade inledningsvis att likabehandlingsprincipen bland annat syftar till att förhindra att snedvriden konkurrens uppkommer och att en upphandling inte får gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt sätt. Kammarrätten i Jönköping uttryckte vidare att det därför även måste tas hänsyn till de leverantörer som *valt att inte lämna anbud* då dessa kan ha valt att avstå på grund av att de inte kunnat klara av den upphandlande myndighetens krav.

Kammarrätten i Jönköping ansåg att landstingets förändring att frångå kriteriet leveranssäkerhet var att beteckna som väsentlig. Anledningen till detta var att den påverkat bolagets (den som klagat) möjlighet att ingå ramavtal avseende övriga tjänstedefinitioner, som bolaget lämnat anbud på. Vidare hade förfarandet påverkat det sökande bolaget plats i rangordningen avseende den tjänstedefinition som bolaget ingått ramavtal om.

De omförhandlande villkoren medförde därför att landstinget vid varje nytt avtalstillfälle tilldelade ett nytt kontrakt med väsentligen ändrade villkor, vilket innebar att det rörde sig om en direktupphandling av de aktuella tjänsterna.<sup>289</sup>

Vaxenbäck och Lapinska har poängterat att Kammarrätten i Jönköping fäst vikt vid omständigheten om en ändring kunde ha påverkat en leverantörs möjlighet eller intresse av att delta i upphandlingen. Därför menar Vaxenbäck och Lapinska att ändringar som rör krav som varit *obligatoriska* i upphandlingen alternativt utvärderingskriterier med en betydande viktning, normalt bör ha potential att utgöra väsentliga förändringar.<sup>290</sup>

---

<sup>288</sup> KamR i Jönköping, mål nr 953-09.

<sup>289</sup> KamR i Jönköping, mål nr 953-09.

<sup>290</sup> Vaxenbäck & Lapinska, s. 102.

## 4.1.5 Ändring av betalningsform

En modifiering som kan inträffa under ett offentligt kontrakts löptid är en ändring av den överenskomna betalningsformen. Vaxenbäck och Lapinska har skrivit att betalningsformen kan i offentliga kontrakt variera från normalfallet, det vill säga betalning i form av pengar till andra ovanligare betalningsformer såsom exempelvis rätten för en leverantör av rivningstjänster, att behålla rivningsmassorna.<sup>291</sup>

Föreskrifter om betalning återfinns för utförandeentreprenader under AFC.62 och för totalentreprenader under AFD.62. Underrubrikerna handlar om särskilda föreskrifter ska gälla för betalningsansvar (AFC.621 och AFD.621), om betalningsplan (AFC.622 och AFD.622), om förskott medges och dess storlek (AFC.623 och AFD.623) och om hur fakturering ska ske (AFC.624 och AFD.624).

I målet *Succhi di Frutta*<sup>292</sup> har EU-domstolen gett vägledning beträffande om ändring av betalningsform utgjorde en väsentlig förändring. Bakgrunden i målet var följande. Målet avsåg överklagandet av en dom från förstainstansrätten<sup>293</sup> med anknytning till en av det Europeiska rådet (Rådet) antagen förordning om gratisleveranser av jordbruksprodukter till ett antal länder utanför EU. I förordningen föreskrevs bland annat i ett övervägande att det ansågs lämpligt att förse dessa länder med jordbruksprodukter i syfte att öka tillgången på livsmedel utan att hindra försörjning på mottagarländernas marknadsmässiga villkor. I förordningen föreskrevs det vidare att gemenskapen efter interventionsåtgärder<sup>294</sup> förfogade över ett lager av jordbruksprodukter, och att det var lämpligt som en undantagsåtgärd att främst använda dessa för att genomföra åtgärden.<sup>295</sup>

Med anledning av Rådets förordning antog den Europeiska kommissionen (Kommissionen) två förordningar om tillämpningsföreskrifter för gratis leverans av jordbruksprodukter från interventionslagret till dessa länder.<sup>296</sup> Enligt den första förordningen skulle gratisleveranserna till dessa länder bestå av obearbetade jordbruksprodukter från interventionslagret och betalning för leveransens skulle ske av bearbetade produkter.<sup>297</sup>

---

<sup>291</sup> Vaxenbäck & Lapinska, s. 102.

<sup>292</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*.

<sup>293</sup> Numera benämnd tribunalen.

<sup>294</sup> Interventionslagret användes av EU för att reglera utsläppandet av produkter på marknaden. Om priset på en produkt sjönk under en viss gräns köpte EU in produkten till sitt interventionslager.

<sup>295</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, Förstainstansrätten, p. 1 - 3.

<sup>296</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, Förstainstansrätten, p. 4 och 13.

<sup>297</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, Förstainstansrätten, p. 5 - 6.



I den första förordningen om hur anbudsinfordran skulle utformas framgick det att leverantörer särskilt skulle lämna uppgifter om det parti eller den grupp av partier som skulle tas över som betalning för leveranser. Vidare framgick det att den särskilt skulle innehålla en beskrivning av den bearbetade produkt som skulle levereras.<sup>298</sup> Genom den andra förordningen inleddes en anbudsinfordran avseende leverans av fruktsaft och fruktsylt till mottagarländerna. Betalning till leverantörerna skulle genom frukter från gemenskapens interventionslager som undandragits från marknaden.<sup>299</sup>

Rörande det första partiet som upphandlandes föreskrev Kommissionen att om den upphandlande myndigheten levererade begärd kvantitet fruktsaft och fruktsylt skulle denna få betalning i en viss kvantitet *äpplen*.<sup>300</sup> Bolaget Trento Frutta SpA (Trento Frutta) lämnade ett anbud för ett parti och erbjöd kommissionen att det utöver betalning i form av äpplen var berett ta emot *persikor*, om det inte fanns tillräckligt med äpplen.<sup>301</sup>

Trento Frutta tilldelades leveransen av parti 1 mot ersättning av viss mängd äpple eller motsvarande mängd *persikor*, om det inte fanns tillräckligt med äpplen.<sup>302</sup> En annan leverantör, CAS Succhi di Frutta (CAS) yrkade därefter i förstainstansrätten att tilldelningsbeslutet skulle ogiltigförklaras och åberopade bland annat grunden att principerna om insyn och likabehandlings åsidosatts.<sup>303</sup> Förstainstansrätten ansåg att förfarandet stridit mot principerna om insyn och likabehandling och ogiltigförklarade det aktuella beslutet. Kommissionen överklagade därefter förstainstansrättens dom till EU-domstolen.<sup>304</sup>

EU-domstolen uttalade att syftet med principen om likabehandling var att främja en sund och effektiv konkurrens mellan de företag som deltar i en offentlig upphandling. Dessutom angav EU-domstolen att likabehandlingsprincipen medförde att alla anbudsgivare skulle ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, och att det innebar att samma anbudsvillkor måste gälla för alla anbudsgivare.<sup>305</sup> EU-domstolen uttalade vidare att öppenhetsprincipens<sup>306</sup> huvudsyfte var att garantera att det inte förekom någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande

---

<sup>298</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, Förstainstansrätten, p. 10.

<sup>299</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, Förstainstansrätten, p. 12 och 13.

<sup>300</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, Förstainstansrätten, p. 15.

<sup>301</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, Förstainstansrätten, p. 16.

<sup>302</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, Förstainstansrätten, p. 17.

<sup>303</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, Förstainstansrätten, p. 32 och 64.

<sup>304</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, EU-domstolen, p. 8 och 9.

<sup>305</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, EU-domstolen, p. 110.

<sup>306</sup> I domen benämns den som principen om insyn.

myndighetens sida.<sup>307</sup> Med hänsyn till de båda principernas syfte och ändamålsenliga verkan ansåg domstolen att de måste iakttagas även vid ett "särskilt" anbudsförfarande, vilket EU-domstolen ansåg det röra sig om i det aktuella fallet.<sup>308</sup> Enligt EU-domstolen framställdes upphandlingsvillkoren genom förordningarna och därefter genom upprättandet av anbudsinfordran. Under dessa omständigheter ansåg EU-domstolen att kommissionen var att definiera som upphandlande myndighet och att denna var skyldig att noggrant följa de kriterier som den fastställt, inte bara under själva anbudsförfarandet, utan fram till den tidpunkten då de avtalade prestationerna i det tilldelade kontraktet slutförts.<sup>309</sup>

EU-domstolen uttalade att en upphandlande myndighet inte fick ändra anbudsförfarandets allmänna struktur genom att ensidigt ändra ett av de grundläggande villkoren för detta. Vidare uttalade EU-domstolen att den upphandlande myndigheten *särskilt* inte fick ändra en bestämmelse som om den förekommit i anbudsinfordran, skulle ha gjort det möjligt för anbudsgivarna att lämna ett väsentligen annorlunda anbud.<sup>310</sup> Därefter uttalade EU-domstolen att Kommissionen i egenskap av upphandlande myndighet i det aktuella fallet, inte kunde ändra ett sådant väsentligt villkor för anbudsförfarandet som det som avsåg hur *betalningen* för de levererade produkterna skulle ske.<sup>311</sup>

EU-domstolen ansågs att Kommissionen bytt ut ett villkor om betalning genom att acceptera andra frukter som betalning än vad som angetts i anbudsinfordran. Därför ansåg EU-domstolen att Kommissionen *åsidossatt* principerna om likabehandling och öppenhet och ogillade således Kommissionens överklagande.<sup>312</sup>

Vaxenbäck och Lapinska har dragit följande slutsatser av målet *Succhi di Frutta*. De menar att en upphandlande myndighet *inte får*, om det inte särskilt föreskrivs i det ursprungliga kontraktet, ändra en bestämmelse som, om den hade förekommit i anbudsinfordran, skulle ha gjort det möjligt för anbudsgivarna att lämna ett väsentligen annorlunda anbud. En sådan ändring riskerar i så fall att utgöra en väsentlig förändring. Vaxenbäck och Lapinska drar vidare slutsatsen av målet att villkoren avseende betalning av kontraktsföremålet är ett sådant väsentligt villkor i anbudsförfarandet som inte får ändras efter kontraktstilldelningen.<sup>313</sup>

---

<sup>307</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, EU-domstolen, p. 111.

<sup>308</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, EU-domstolen, p. 112.

<sup>309</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, EU-domstolen, p. 113 - 115.

<sup>310</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, EU-domstolen, p. 116.

<sup>311</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, EU-domstolen, p. 117.

<sup>312</sup> Mål nr C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, EU-domstolen, p. 122 och 123.

<sup>313</sup> Vaxenbäck & Lapinska, s. 102.

## 4.1.6 Ändring av pris

Vaxenbäck och Lapinska har skrivit att det under löptiden av ett offentligt kontrakt kan bli fråga om att parterna upplever att det avtalade priserna behöver ändras exempelvis till följd av oförutsedda förändringar av förutsättningarna för utförandet av kontraktet. Omständigheter som skulle kunna påverka detta är kraftiga uppgångar eller nedgångar i kostnader för råvaror, energi eller löner.<sup>314</sup> Föreskrifter om pris återfinns för utförandeentreprenader under AFC.6 och för totalentreprenader under AFD.6. Där återfinns rubriker om hänvisning till vilka mät-och ersättningsregler som ska gälla (AFC.61 och AFD.61), om hur ersättning för ÄTA-arbeten ska räknas och vilka à-priser som ska gälla (AFC.611 och AFD.611) och om ersättning för reglerbara mängder (AFC.612 och AFD.612).

EU-domstolen har i det tidigare omnämnda fallet *presstext* även gett vägledning om när ändring av pris i ett offentligt kontrakt kan medföra en skyldighet för en upphandlande myndighet att genomföra en ny upphandling. I målet hade som tidigare nämnts ett offentligt kontrakt (i målet benämnt baskontraktet) ingåtts år 1994 innan Republiken Österrike anslöt sig till EU.<sup>315</sup> År 2002 ändrades bestämmelserna i baskontraktet genom en kontraktsändring och det ursprungliga kontraktet anpassades till Österrikes övergång till valutan euro.<sup>316</sup>

EU-domstolen besvarade huruvida följande *tre* ändringar i baskontraktet utgjorde nya upphandlingar och i så fall var att se som väsentliga förändringar:

- i. omräkning till priser utan att själva beloppet ändrades,
- ii. omräkning till priser i euro åtföljd av en nedsättning av själva beloppet och,
- iii. omformulering av en klausul om prisindexering.<sup>317</sup>

Rörande den första ändringen (i) uttryckte EU-domstolen att om ett befintligt kontrakt till följd av en övergång till euro ändrades så att de priser som ursprungligen uttrycktes i nationell valuta omräknades till euro, rörde det sig inte om en betydande ändring av kontraktet utan endast om en anpassning av kontraktet till ändrade *yttre omständigheter*. Dock uttalade EU-domstolen att detta förutsatte att det belopp som uttrycktes i euro

<sup>314</sup> Vaxenbäck & Lapinska, s. 102.

<sup>315</sup> Mål nr C-454/06, *presstext*, p. 10.

<sup>316</sup> Mål nr C-454/06, *presstext*, p. 16.

<sup>317</sup> Mål nr C-454/06, *presstext*, p. 55 och 56.

avrundades i enlighet med dåvarande gällande bestämmelser i samband med införandet av euron. Således var denna förändring inte att betrakta som en väsentlig.<sup>318</sup>

EU-domstolen uttalade därefter att det var *uppenbart* att priset var ett viktigt villkor i ett offentligt kontrakt. Att ändra ett sådant villkor under kontraktets löptid utan att det uttryckligen är tillåtet enligt villkoren i det ursprungliga kontraktet skulle enligt EU-domstolen innebära en risk för åsidosättande av principerna om likabehandling och öppenhet.<sup>319</sup>

Vad gäller den andra ändringen (ii) uttalade EU-domstolen att åtgärden att priserna under ett kontrakts löptid och i enlighet med kontraktet, omräknades till euro kunde följas av en justering av själva beloppen utan att det ansågs utgöra en väsentlig förändring. Detta förutsatte enligt EU-domstolen att det rörde sig om en justering som var ytterst liten och grundade sig på en objektiv förklaring.<sup>320</sup>

Domstolen fäste vidare vikt vid följande två omständigheter. För det första att priset sattes ned så att priserna skulle uttryckas i runda tal som kunde underlätta beräkningarna och således genomförandet av kontraktet genom att förenkla faktureringen. För det andra att prisjusteringarna avsåg ett mindre belopp som var till nackdel, och inte till fördel för den leverantör som tilldelats kontraktet.<sup>321</sup> Under dessa omständigheter fann domstolen att justeringen av priset inte utgjorde en väsentlig förändring.<sup>322</sup>

Rörande den tredje ändringen (iii) fann domstolen att det endast skett en tillämpning av de bestämmelser i baskontraktet som avsåg uppdatering av indexeringsklausulen. Därför ansågs detta inte utgöra en väsentlig förändring.<sup>323</sup>

Vaxenbäck och Lapinska har kommenterat målet och det faktum att EU-domstolen ansåg att mindre prisjusteringar i avrundningssyfte i samband med valutabyte inte utgjorde en väsentlig förändring. Enligt Vaxenbäck och Lapinska *kan* detta tänkas vara vägledande även avseende prisändringar som orsakats av andra omständigheter än valutabyten. Vaxenbäck och Lapinska har även uppmärksammat att prisjusteringarna i *pressetext* var till nackdel, och inte till fördel för leverantören. Vaxenbäck och Lapinska menar att det därför kan antas att prisjusteringar i ett befintligt offentligt kontrakt som är

<sup>318</sup> Mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 57.

<sup>319</sup> Mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 59 och 60.

<sup>320</sup> Mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 61.

<sup>321</sup> Mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 61 och 62.

<sup>322</sup> Mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 63.

<sup>323</sup> Mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 68 och 69.

till fördel för leverantören inte kommer att bedömas på samma sätt av en domstol.<sup>324</sup>

I ett mål från Kammarrätten i Göteborg<sup>325</sup> fann domstolen att en ändring av lämnade timpriser efter det att ett kontrakt ingåtts, innebar en väsentlig förändring som medförde att det upphandlade avtalet ogiltigförklarades. Trelleborgs kommun genomförde en upphandling av ramavtal avseende byggservice. Kommunen tilldelade enligt ett tilldelningsbeslut tre enligt ramavtal till tre aktörer i en viss ordning. Kommunen tecknade kontrakt med två av dessa. Den aktör som var nummer två i ordningen ville inte ingå avtal med kommunen. Senare ansökte denna aktör om överprövning och yrkade att de andra ingångna avtalen skulle ogiltigförklaras.

Aktören anförde att kommunen hade gjort ändringar i timpriserna efter att kontraktet ingåtts. De i upphandlingen antagna leverantörerna hade tillåtits justera sina priser i den utsträckning dessa varit föremål för reella kostnadsökningar på grund av att avtalstiden skjutits fram. Ändringarna innebar en ökning av priserna med 2,73 - 5,52 procent.

Kammarrätten i Göteborg tog ställning till om ändringarna orsakade att det förelåg en sådan väsentlig förändring som medförde att myndigheten hade genomfört en ny upphandling. Kammarrätten i Göteborg inledde med att hänvisa till EU-domstolens avgörande i fallet *pressetext*<sup>326</sup>. Kammarrätten i Göteborg konstaterade att EU-domstolen i detta mål, uttalat att en väsentlig förändring förelåg, om de ändrade bestämmelserna uppvisade *betydande skillnader* i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet.<sup>327</sup>

Vidare konstaterade Kammarrätten i Göteborg att EU-domstolen, i målet *pressetext* uttalat att en ändring *kan* anses *vara betydande* om den innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än de som ursprungligen godkändes eller anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs.<sup>328</sup> Kammarrätten i Göteborg konstaterade vidare att en ändring även kunde vara betydande om den medförde att kontraktets ekonomiska jämvikt ändrades till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrivits i det ursprungliga kontraktet.<sup>329</sup>

---

<sup>324</sup> Vaxenbäck & Lapinska, s. 102 f.

<sup>325</sup> KamR i Göteborg, mål nr 6952-12.

<sup>326</sup> Mål nr C-454/06, *pressetext*.

<sup>327</sup> KamR i Göteborg hänvisade till mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 34.

<sup>328</sup> KamR i Göteborg hänvisade till mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 35.

<sup>329</sup> KamR i Göteborg hänvisade till mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 37.

Slutligen konstaterade Kammarrätten i Göteborg att EU-domstolen uttalat att det var *uppenbart* att priset var ett sådant betydande villkor i ett offentligt kontrakt. Därför ansåg Kammarrätten i Göteborg att en ändring av priset under kontraktets löptid, utan att det uttryckligen var tillåtet enligt villkoren i det ursprungliga kontraktsvillkoret, skulle innebära en risk för att principerna om likabehandling och öppenhet åsidosattes.<sup>330</sup>

Vad gäller ändringen av timpriset var det ostridigt i målet att den enda regleringen i denna del som fanns i förfrågningsunderlaget var under punkten ”*AFD 614, Ersättning för kostnadsändring (Indexreglering)*”.<sup>331</sup> Under denna punkt angavs det att indexreglering inte skulle ske under avtalets första tvåårsperiod.<sup>332</sup>

Kammarrätten i Göteborg ansåg att det inte fanns stöd i det ursprungliga förfrågningsunderlaget att ändra lämnade timpriser på det sätt som leverantören tillåtit att göra. Kammarrätten i Göteborg ansåg att höjningarna enbart verkade vara baserade på en uppskattning från respektive leverantör över vilka kostnadsökningar fördröjningen skulle medföra för dennas del. Därefter konstaterade Kammarrätten i Göteborg att ändringen av timpriser gjorde att ersättningen till de anbudsgivare som tilldelats kontrakten ökade i förhållande till de ursprungliga anbudena.<sup>333</sup>

Således ansåg Kammarrätten i Göteborg att kontraktets ekonomiska jämvikt ändrats till förmån för de anbudsgivare som tilldelats och ingått kontrakt. Kammarrätten i Göteborg ansåg därför att ändringen av timpriser utgjorde en sådan ändring av villkoren i kontraktet att en ny upphandling fick anses ha inletts. Sålunda förelåg det i fallet en väsentlig förändring.<sup>334</sup>

---

<sup>330</sup> KamR i Göteborg hänvisade till mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 59 och 60.

<sup>331</sup> Jfr uppsatsens bilaga 1.

<sup>332</sup> KamR i Göteborg, mål nr 6952-12.

<sup>333</sup> KamR i Göteborg, mål nr 6952-12.

<sup>334</sup> KamR i Göteborg, mål nr 6952-12.

## 4.1.7 Utökning av kontraktsföremålet

Vaxenbäck och Lapinska har skrivit att det kan uppstå situationer i vilka parterna upplever att kontraktsföremålet, exempelvis att en byggtreprenad under kontraktstiden behöver utökas eller ändras på ett sätt som inte direkt avsågs vid kontraktstecknandet. Exempel på en sådan situation kan vara om kontraktsföremålet visar sig vara mer omfattande än vad som först förutsetts.<sup>335</sup>

I målet *kommissionen mot Tyskland*<sup>336</sup> gav EU-domstolen vägledning om när en utökning av ett kontraktsföremål i form av en ändring i ett offentligt kontrakt kunde medföra en skyldighet för den upphandlande myndigheten att genomföra en ny upphandling. Bakgrunden i målet var följande. EU-kommissionen gjorde gällande att Tyskland gjort sig skyldigt till fördragsbrott. EU-kommissionen hade fått in ett antal klagomål gällande att offentliga kontrakt avseende sjuktransporter i Tyskland i regel inte offentliggjordes genom meddelanden om upphandling på unionsnivå och att öppenhetsprincipen inte tillämpades vid tilldelning av kontrakten.<sup>337</sup>

De fall som åberopades som exempel var förfaranden i ett antal tyska delstater.<sup>338</sup> I ett av dessa exempel hade Deutsche Rote Kreuz (DRK) sedan år 1992 genom avtal tillhandahållit offentliga sjuktransporter i kommunen Landkreis Uelzen. År 2002 utvidgades avtalet mellan kommunen och DRK till att även omfatta drift av en ambulansstation. Detta skedde utan att det hade offentliggjorts något meddelande om upphandling. Kontrakt uppgick till ett årligt värde av 4,45 miljoner euro.<sup>339</sup>

EU-domstolen hänvisade i sin bedömning till målet *presstext*<sup>340</sup> och uttalade att en ändring av ett ursprungligt kontrakt kunde anses vara betydande, och innebära en ny upphandling i den mening som avses i upphandlingsdirektiven, bland annat när det i väsentlig grad utvidgades till att även omfatta tjänster som först *inte avsetts*.<sup>341</sup>

EU-domstolen konstaterade att det framgick av handlingarna i målet att kontraktsvärdet för driften av ambulansstationen uppgick till cirka 0,67

---

<sup>335</sup> Vaxenbäck & Lapinska, s. 103.

<sup>336</sup> Mål nr C-160/08, *Europeiska kommissionen mot Tyskland*.

<sup>337</sup> Mål nr C-160/08, *Europeiska kommissionen mot Tyskland*, p. 24.

<sup>338</sup> Mål nr C-160/08, *Europeiska kommissionen mot Tyskland*, p. 26.

<sup>339</sup> Mål nr C-160/08, *Europeiska kommissionen mot Tyskland*, p. 32.

<sup>340</sup> Jfr avsnitt 4.1.1. i uppsatsen för mer info om det s.k. "Presstexttestet.", Jfr mål nr C-454/06, *presstext*, p. 36.

<sup>341</sup> Mål nr C-160/08, *Europeiska kommissionen mot Tyskland*, p. 99.

miljoner euro vilket medförde ett nytt kontraktsvärde på cirka 4,45 miljoner euro. Jämfört med det ursprungliga kontraktsvärdet på 3,8 miljoner euro hade det sålunda gjorts en utökning med cirka 18 %.<sup>342</sup>

EU-domstolen ansåg att en sådan utvidgning av kontraktet var att betrakta som en *betydande ändring* av det ursprungliga kontraktet och följaktligen en väsentlig förändring.<sup>343</sup>

## 4.2 ÄTA-arbeten

Ett byggprojekt kan pågå under en lång tid. På grund av diverse moment såsom planering, projektering, upprättande av system och bygghandlingar kan det ibland ta flera år innan en entreprenör ens börjar utföra en entreprenad. När väl genomförandet av entreprenaden startar kan det därefter fordras många års byggnadstid innan den är helt färdigställd.<sup>344</sup> Såsom tidigare nämnts i uppsatsen, finns det i entreprenadrätten en principiell öppenhet mot att en beställare tillåts ändra entreprenörens åtagande under kontraktets löptid genom så kallade ÄTA-arbeten (ändringsarbeten, tilläggsarbeten och avgående arbeten).<sup>345</sup>

Det kan finnas många anledningar till varför en upphandlande myndighet i egenskap av beställare vill ändra entreprenörens åtaganden under den ovan beskrivna tidsrymden. Exempelvis kan det under perioden ha frigjorts pengar från den upphandlande myndighetens budget, nya önskemål kan ha tillkommit från den tilltänka brukaren av anläggningen, sammansättningen av hyresgäster för vilka exempelvis en byggnad uppförs kan ha ändrats. Slutligen kan exempelvis även ny teknik och nya produkter ha kommit fram på marknaden.<sup>346</sup>

### 4.2.1 Tillåtna undantag i lagstiftningen

I 4 kap. 8§ LOU uppräknas ett antal situationer då det är möjligt för en upphandlande myndighet att vid upphandling av byggentreprenader använda sig av förhandlat förfarande utan att ha annonserat den aktuella upphandlingen. Detta innebär med andra ord att om ett ändrings- eller tilläggsarbete uppfyller kraven i 4 kap. 8§ LOU får det enligt denna bestämmelse direktupphandlas och kan på så sätt sägas skyddas av en *sköld*

---

<sup>342</sup> Mål nr C-160/08, *Europeiska kommissionen mot Tyskland*, p. 100.

<sup>343</sup> Mål nr C-160/08, *Europeiska kommissionen mot Tyskland*, p. 101.

<sup>344</sup> Hane, *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – analys*.

<sup>345</sup> Jfr avsnitt 2.3.3. i uppsatsen.

<sup>346</sup> Hane, *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – analys*.



mot de konsekvenser som annars skulle ha inträffat om arbetet blivit klassificerat som en otillåten direktupphandling.<sup>347</sup>

Författningen reglerar två olika situationer då en myndighet får tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering med en till ett upphandlat kontrakt ursprunglig leverantör. Den första situationen som regleras är att det inträffar en oförutsedd omständighet som innebär att en myndighet behöver beställa *kompletterande byggentreprenader*<sup>348</sup>. Den andra situationen som regleras är att det har uppstått ett behov av *ytterligare utföranden i form av upprepningar* av den byggentreprenad som ingår i det ursprungliga kontraktet<sup>349</sup>.

Bestämmelsen är ett undantag som ska tillämpas *restriktivt*. Vidare är det den upphandlande myndigheten, eftersom det är den som tillämpar bestämmelsen, som har bevisbördan för att den är tillämplig.<sup>350</sup> Lydelsen på bestämmelsen ändrades genom en lagändring som trädde i kraft år 2011. I förarbetet förtydligades det att lydelsen ändrats så att det i enlighet med bakomliggande EU-direktiv<sup>351</sup> ska framgå att förfarandet även *får* användas när en kompletterande byggentreprenad inte ingår i det ursprungliga projektet eller kontraktet.<sup>352</sup>

Det kan vidare nämnas att det i 4 kap. 8§ 2 st. LOU finns en värdebegränsning som innebär att det sammanlagda värdet av det *nya* kontraktet som ÄTA-arbetena utgör inte får överstiga hälften av det ursprungliga kontraktets värde. I 4 kap. 8§ 3 st. LOU finns det vidare en tidsbegränsning som innebär att det aktuella förhandlade förfarandet får tillämpas högst under tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slutits.

Om ett ändrings- eller tilläggsarbete inte uppfyller kraven i 4 kap. 8§ LOU är det följaktligen att definiera som en *direktupphandling*. Det kan då vidare betecknas som en otillåten direktupphandling vilket medför en risk för att det nya avtalet om ändrings- eller tilläggsarbete ogiltigförklaras samt att den upphandlande myndigheten kan påföras skadestånd och upphandlingsskadeavgift.<sup>353</sup>

---

<sup>347</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 238.

<sup>348</sup> 4 kap. 8§ 1 st. 1 p. LOU.

<sup>349</sup> 4 kap. 8§ 1 st. 2 p. LOU.

<sup>350</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 239.

<sup>351</sup> Artikel 31.4 i dir. 2004/18/EG.

<sup>352</sup> Prop. 2011/11:150, s. 327.

<sup>353</sup> Jfr avsnitt 2.4.3. i uppsatsen.

4 kap. 8§ 1 st. LOU har följande lydelse:

*”En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om*

*1. det gäller **kompletterande byggtreprenader** eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet, om kompletteringarna på grund av **oförutsedda omständigheter** krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, och under förutsättning att de ska utföras av den ursprungliga leverantören, och om*

*a) de **inte utan** stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller*

*b) de, även om de kan avskiljas, är **absolut nödvändiga** för att kontraktet ska kunna fullföljas, eller*

*2. det gäller en ny byggtreprenad eller tjänst som är en upprepning av tidigare byggtreprenader eller tjänster under förutsättning*

*a) att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande,*

*b) att arbetena tilldelas samma leverantör,*

*c) att det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,*

*d) att värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap., och*

*e) att det i samband med den ursprungliga upphandlingen **annonserats** att det nu avsedda förfarandet **kunde** komma att användas.*

*[Samtliga fetmarkeringar i texten är mina] ”<sup>354</sup>*

---

<sup>354</sup> 4 kap. 8§ 1 st. LOU.

#### 4.2.1.1 Kompletterande byggtreprenader

Jämfört med den tidigare bestämmelsen 3 kap. 15§ ÄLOU, har lagstiftaren ändrat lydelsen av 4 kap. 8§ 1 st. 1 p. LOU till att gälla ”kompletterande byggtreprenader”<sup>355</sup> i stället för den tidigare formuleringen ”tilläggsarbete”.<sup>356</sup> Det framgår varken i förarbete, bakomliggande EU-direktiv eller rättsfall från EU-domstolen hur denna skillnad ska uppfattas. Rent språkligt anser Hane att det torde föreligga en avgörande skillnad mellan *tilläggsarbeten* och *kompletterande byggtreprenader* men konstaterar att det inte finns någon rättskälla som definierar hur skillnaden ska förstås.<sup>357</sup> Det är således oklart om kompletterande byggtreprenader endast avser tillkommande ÄTA-arbeten eller om det även avser ändringsarbeten och i så fall i hur stor grad. Med andra ord är det oklart om ett ÄTA-arbete i form av ett ändringsarbete överhuvudtaget skulle kunna erhålla den *sköld* som 4 kap. 8§ 1 st. 1 p. LOU utgör.

Såsom tidigare nämnts framgår direkt av AB 04, ABT 06 och kommentarer till dessa, att ett ÄTA-arbete ska stå i ”omedelbart samband” med kontraktsarbetet och inte vara av väsentlig annan natur än kontraktsarbetena. Vidare ska med begreppet omedelbart samband betonas, att de tilläggsarbeten som avses skall vara så nära förknippade med kontraktsarbetena eller därav att de tillsammans utgör en teknisk helhet.<sup>358</sup>

Hane har konstaterat att det inte är ovanligt att kompletterande arbeten beställs på en entreprenad som rubriceras som ÄTA-arbeten men som egentligen inte kvalificeras som sådant arbete enligt AB 04 och ABT 06. Hane menar att entreprenören har ett naturligt intresse av att *sälja på* den upphandlande myndigheten mer arbeten och att myndigheten då *passar på* att utföra det när entreprenören är på plats. Hane poängterar att den här typen av arbeten troligen inte går att klassificera som kompletterande byggtreprenader enligt LOU och följaktligen kan de inte skyddas av 4 kap. 8§ LOU.<sup>359</sup>

Vad gäller den första undantagssituationen som regleras i 4 kap. 8§ 1 st. 1 p. LOU måste följande rekvisit vara uppfyllda för att detta undantag ska kunna tillämpas. För det första måste de omständigheter som tillkommit ha varit *oförutsedda*. Rosén Andersson m.fl. har kommenterat att med detta förstås att den upphandlande myndigheten har saknat möjlighet att beakta

---

<sup>355</sup> Jfr 4 kap. 8§ 1 st. 1 p. LOU.

<sup>356</sup> Jfr den föregående bestämmelsen 3 kap. 15§ 3 p. ÄLOU.

<sup>357</sup> Hane, *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – analys*.

<sup>358</sup> Jfr Hedberg, s. 43., Samuelsson, s. 122., och avsnitt 2.3.3. i uppsatsen.

<sup>359</sup> Hane, *Direktupphandlingar av ÄTA-arbete enligt LOU – analys*.

kompletteringarna i den ursprungliga upphandlingen. Vidare menar Rosén Andersson m.fl. att en oförutsedd omständighet inte får bero på den upphandlande myndigheten och att en upphandlande myndighet inte kan invända att en annan myndighets eller ett organs beslut lett till att kompletteringar är nödvändiga.<sup>360</sup>

KKV har i ett beslut från år 2010<sup>361</sup> angående Sundsvall Arena AB:s (Sundsvall Arena) upphandling av badhuset Himlabadet berört rekvisitet *oförutsedda omständigheter*<sup>362</sup>. Detta beslut har senare kommit att inkluderas i KKV:s ”Rapport 2011:2 om Fallgröpar vid entreprenadupphandling” varför Bergqvist m.fl. anser att det får anses ge uttryck för KKV:s syn på gällande rätt.<sup>363</sup>

Bakgrunden i ärendet var följande. Sundsvall Arena hade i ett ursprungligt kontrakt ingått ett avtal med ett antal entreprenörer om byggentreprenad av det så kallade Himlabadet. De preliminära riktpriserna i kontraktet hade ökat från cirka 210 mkr till 356,7 mkr då KKV fattade sitt beslut i ärendet. En av orsakerna till de ökade kostnaderna var tre stora tilläggsarbeten (ÄTA-arbeten). De tre tilläggsarbetena var utförandet av förlängning av en rutschkana för 1,8 mkr, en ny hiss med höjning av rutschkanetorn för 3,7 mkr och en surfanläggning för 28 mkr.<sup>364</sup>

Sundsvall Arena åberopade att de tre ändringarna var omöjliga att frigöra till en ny upphandling och argumenterade i sak varför. KKV poängterade emellertid att en upphandlande myndighet enligt lag var tvungen att kunna bevisa, att det varit fråga om oförutsedda omständigheter. KKV ansåg att Sundsvall Arena varken visat eller åberopat någras sådana omständigheter. I stället ansåg KKV att de argument som Sundsvall Arena anfört avseende tilläggsbeställningarna i stället föreföll vara hänförliga till *bristande planering/ och eller senare tillkomna önskemål* avseende badhusets attraktioner. KKV ansåg således att Sundsvall Arena inte haft rätt att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för något av de tre tilläggsarbetena.<sup>365</sup>

Hane menar att det är vanskligt att dra slutsatser om detta besluts principiella räckvidd då det inte underställts domstolsprövning. Vidare poängterar han att det inte framgår av KKV:s beslut hur pass väl Sundsvall

---

<sup>360</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 239.

<sup>361</sup> KKV:s beslut, *Dnr 582/2010*.

<sup>362</sup> Beslutet grundades på då gällande lagstiftning i 3 kap. 15§ LOU men torde enligt Hane även kunna tillämpas för de motsvarande reglerna i 4 kap. 8§ 1 st. 1 p. LOU. Jfr Hane, *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – analys*.

<sup>363</sup> Bergqvist m.fl., s. 74.

<sup>364</sup> KKV:s beslut, *Dnr 582/2010*.

<sup>365</sup> KKV:s beslut, *Dnr 582/2010*.

Arena argumenterade för sin sak. Hane har även skrivit att KKV:s enligt honom ”*ganska kärva*” formuleringar med avseende på bristande planering kan uppfattas som obehagliga tecken i skyn för byggbranschen som enligt honom sedan decennier tillbaka har vant sig vid att hantera smärre justeringar som krävs i varje under lång tid pågående byggprojekt, genom ÄTA-arbeten. Resultatet av en hård bedömning på denna punkt blir nämligen enligt Hane att många ÄTA-arbeten blir utan den skyddande sköld som ett uppfyllande av 4 kap. 8§ 1 st. 1 p. LOU utgör. Utan skölden betecknas justeringarna som direktupphandlande, vilket följaktligen innebär en stor risk för att ÄTA-arbetena klassificeras som otillåtna direktupphandlingar.<sup>366</sup>

Hane menar att om domstolarna skulle döma så kärvt som KKV anser skulle det i ett slag medföra en omvälvning för hela byggbranschen genom att varje innebörd av ett byggprojekt måste föregås av en minutiös planering in i minsta detalj och oändligt mycket mer tid och pengar läggas på utredning och projektering i tidigare skeden än vad som enligt Hane sker i dag. Vidare menar Hane att den upphandlande myndigheten skulle vara förhindrad att tillgodogöra sig kvalitetsförbättringar på grund av innovativ teknik som framkommer under projektets gång, eller kreativa lösningar och därav följande kvalitetsförbättringar som en duktig entreprenör kan föreslå. Hane menar därför att kvalitén på framtidens byggprojekt då följaktligen skulle äventyras.<sup>367</sup>

Det andra rekvisitet som måste föreligga för att undantaget i 4 kap. 8§ 1 st. 1 p. LOU ska kunna tillämpas är att kompletteringarna ska vara av sådant slag att de *krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras*. Således menar Rosén Andersson m.fl. att det inte får vara fråga om kompletteringar som endast förbättrar eller effektiviserar det ursprungliga projektet.<sup>368</sup> Det tredje rekvisitet som måste föreligga för att undantaget ska bli tillämpligt är att den som utför kompletteringarna ska vara *den entreprenör* som tilldelats det *ursprungliga kontraktet*.<sup>369</sup>

Förutsatt att ovan tre rekvisit är uppfyllda måste vidare förutsättningarna i 4 kap. 8§ 1 st. 1p. a., *alternativt* 4 kap. 8§ 1 st. 1p. b., vara uppfyllda för att den första undantagsbestämmelsen ska anses tillämplig. I det första fallet (a) ska det vara fråga om kompletteringar som inte utan stora *tekniska eller ekonomiska olägenheter* för den upphandlande myndigheten kan avskiljas

---

<sup>366</sup> Hane, *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – analys*.

<sup>367</sup> Hane, *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – analys*.

<sup>368</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 239 f.

<sup>369</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 240.

från det ursprungliga kontraktet.<sup>370</sup>

Arrowsmith har angett att det till exempel skulle kunna röra sig om en utökning av arbeten på en byggarbetsplats, på vilken den ursprungligen kontrakterade entreprenören redan är närvarande och utför de ursprungliga byggarbetena. Myndigheten skulle i exemplet vidare inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter kunna förflytta eller ersätta den på den nuvarande entreprenören.<sup>371 372</sup>

I det andra fallet (b), avses kompletteringar som även om de kan avskiljas från det ursprungliga kontraktet, är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas.<sup>373</sup>

Arrowsmith menar att en sådan situation skulle kunna föreligga om det till exempel före färdigställandet av en bro kommer säkerhetsrapporter som avslöjar att det finns ett behov av att ändra den ursprungliga strukturen och av säkerhetsskäl måste den befintliga entreprenören göra det. Vidare har Arrowsmith angett exemplet att ett oväntat jordskred under ett pågående arbete framtingar ett behov av schaktningstjänster som inte planerats i det ursprungliga kontraktet men som efter jordskredet krävs för att färdigställa byggnaden.<sup>374</sup>

Även Falk har konstruerat ett liknande exempel om ytterligare oförutsedda grundarbeten för att färdigställa ett broarbete som han menar skulle kunna utgöra en komplettering som är absolut nödvändig för att ett kontrakt ska kunna fullföljas.<sup>375</sup> Det ska dock tilläggas att varken Arrowsmith eller Falk bär upp sina exempel med stöd av någon rättspraxis. Deras exempel utgör således endast försök att identifiera situationer då undantagsreglerna i 4 kap. 8§ 1 st. 1 p. LOU skulle kunna vara tillämpliga.<sup>376</sup>

#### **4.2.1.2 Upprepningar**

Vad gäller den andra undantagssituationen som regleras i 4 kap. 8§ 1 st. 2 p. LOU, tillämpas denna när det rör sig om en upprepning av tidigare byggtreprenader såsom exempelvis tilläggsentreprenader.

---

<sup>370</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 240.

<sup>371</sup> Arrowsmith använder formuleringen *"it would be very troublesome and expensive to remove and replace that contractor"*.

<sup>372</sup> Arrowsmith, s. 620.

<sup>373</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 240.

<sup>374</sup> Arrowsmith, s. 620 f.

<sup>375</sup> Falk, s. 184. Observera att den bestämmelse som Falk kommenterat hade en annorlunda utformning men begreppet "absolut nödvändiga" hade samma innebörd som 4 kap. 8§ 1 st. 1 p. b) LOU.

<sup>376</sup> Hane, *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – analys*.

Bestämmelsen innehåller ett antal kumulativa rekvisit. Av rekvisiten är punkten e) mest centralt. I punkten e) anges att samtliga anbudsgivare i den ursprungliga upphandlingen ska ha fått information om att det tillkommande arbetet *kan komma att utföras*. Vidare måste informationen åsyfta det aktuella ÄTA-arbetet. I ett sådant fall har nämligen samtliga anbudsgivare fått möjlighet att utforma sitt anbud med hänsyn till den informationen.<sup>377</sup>

Vidare måste enligt punkten a) även byggentreprenaden som de nya arbetarna ingår i *tidigare* har varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande. Sålunda kan undantaget *inte* tillämpas om det rör sig om ett nytt och separat upphandlingsföremål, även om detta föremål är av samma typ som det ursprungliga. Det ska i dessa tidigare förfaranden redan i annonsen angetts att ett förhandlat förfarande utan tidigare föregående annonsering *kunde komma att ske* vid ett senare tillfälle för just det nu aktuella ändamålet.<sup>378</sup>

Vidare måste det nya kontraktet även enligt punkten c) stämma överens med det *ursprungliga projektet*. Detta för att se till att även om en myndighet i det ursprungliga projektet skapar förutsättningar för att senare kunna använda ett förhandlat förfarande, måste det nya kontraktet stämma överens med vad som annonserats rörande det ursprungliga.<sup>379</sup>

Enligt punkten d) ska dessutom *värdet* av det nya kontraktet ha ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap. LOU. Anledningen är för det första för att anbudsgivarna ska få en realistisk uppfattning av värdet och volymen på det arbete som kan komma att utföras, och för det andra för att förhindra ett kringgående av de tröskelvärden som anger vilket regelverk som ska tillämpas.<sup>380</sup> Slutligen framgår det av punkten b) att det nya kontraktet måste för uppfyllelse tilldelas samma leverantör som fått det ursprungliga kontraktet.

Rosén Andersson m.fl. har som exempel angivit att om det i en ursprunglig upphandling föreskrivits att en byggentreprenad ska avse en motorväg rörande en viss sträcka, är det legitimt att använda ett förhandlat förfarande för att handla upp en sträcka till förutsatt att de krav som genomgått är uppfyllda.<sup>381</sup>

---

<sup>377</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 240 f.

<sup>378</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 241.

<sup>379</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 241.

<sup>380</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 241.

<sup>381</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 40.

## 4.2.2 ÄTA-arbeten som väsentliga förändringar

Vad gäller de ÄTA-arbeten som rör avgående arbeten, det vill säga arbeten som avbeställs och inte ersätts med något annat, ger en lexikalisk tolkning vid handen att de aldrig kan inbegripas under undantaget i 4 kap. 8§ LOU. Anledningen är att ett avbeställt arbete i en lexikalisk mening inte torde kunna utgöra ”kompletterande byggentreprenader” och inte heller en ”uppreppning”. Därför tolkar jag det som att undantagsbestämmelsen i 4 kap. 8§ LOU aldrig kan tillämpas om det rör sig om ett *avgående arbete*.

Om ett ändrings- eller tilläggsarbete inte passerar nålsögat och inte anses vara ett tillåtet undantag enligt 4 kap. 8§ LOU kommer, som tidigare nämnts i framställningen<sup>382</sup>, det nya kontraktet sakna en *sköld* och därmed betecknas som en direktupphandling. Detta innebär att ändrings- eller tilläggsarbetet i normalfallet betecknas som en otillåten direktupphandling. Rosén Andersson m.fl. har rörande kompletterande byggentreprenader skrivit att 4 kap. 8§ 1 st. 1 p. LOU utgör en gränsdragning mot det principiella förbudet mot väsentliga förändringar. Vidare har Rosén Andersson m.fl. skrivit att en komplettering, som inte ingår i det ursprungliga kontraktet, i normalfallet skulle kunna utgöra en otillåten *ändring*.<sup>383</sup>

Eftersom en ändring endast kan ske av något som tidigare funnits med tolkar jag Rosén Andersson m.fl.:s uttalande som att de anser att en komplettering kan orsaka att hela byggentreprenadkontraktet (inklusive det befintliga kontraktet) utsätts för en väsentlig förändring vilken följaktligen medför att hela byggentreprenadkontraktet kan ogiltigförklaras. Även Bergqvist m.fl. får anses vara av den åsikten eftersom de skrivit att den typen av mycket betydande tilläggsarbeten, som surfanläggningen i KKV:s beslut om upphandling av Himlabadet<sup>384</sup> utgjorde (mer än tio procent av kontraktsvärdet), borde kunna rubriceras som en väsentlig ändring av det ursprungligen upphandlande kontraktet.<sup>385</sup>

Om en upphandlande myndighet som direktupphandlar ett ÄTA-arbete inte anses uppfylla rekvisiten i undantagsbestämmelsen 4 kap. 8§ LOU saknar myndigheten rätt att upphandla ÄTA-arbetet utan föregående annonsering. Det innebär att bestämmelsen 16 kap. 13§ 1 p. LOU som stadgar att en otillåten direktupphandling ska ogiltigförklaras, blir tillämplig. Följaktligen

---

<sup>382</sup> Jfr avsnitt 4.2.1. i uppsatsen, där hänvisning sker till Rosén Andersson m.fl., s. 238

<sup>383</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 239.

<sup>384</sup> Se referat av KKV:s beslut, *Dnr 582/2010* i avsnitt 4.2.1.1. i uppsatsen

<sup>385</sup> Bergqvist m.fl. s. 76.



tolkar jag det som att den praxis som redovisats i avsnitt 4.1. kan bli tillämplig i en sådan situation eftersom det inte finns någonting som skiljer ett ÄTA-arbete från andra ändringar, kompletteringar eller underlåtenhet att följa villkor i det ursprungliga offentliga byggtreprenadkontraktet.

Om den praxis som anges i avsnitt 4.1. kan tillämpas innebär det exempelvis att om ett ÄTA-arbete medför att det ursprungliga kontraktets tillämpningsområde utsträcks, så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs, kan en väsentlig förändring av hela kontraktet föreligga.<sup>386</sup> Bergqvist m.fl. har skrivit rörande surfanläggningen i KKV:s beslut i Himlabadet att enstaka ÄTA-arbeten, som i jämförelse med kontraktssumman har ett så pass betydande värde som surfanläggningen hade, borde löpa en större risk att ifrågasättas med stöd av rättspraxis rörande väsentliga förändringar än vad mindre förändringar torde göra.<sup>387</sup>

Bergqvist m.fl. menar att det hänger ihop med att det normalt finns en förväntan hos en upphandlande myndighet och byggtreprenörer att ÄTA-arbeten i viss omfattning kommer att behöva utföras. Vidare hävdar Bergqvist m.fl. att det inte sällan förekommer att ÄTA-arbeten redan på olika sätt prissatts i det ursprungliga kontraktet. Då det däremot handlar om ett större arbete som surfanläggningen menar Bergqvist m.fl. att det på ett helt annat sätt kan förutsättas att andra entreprenörer hade kunnat utföra arbetet till olika priser och att det således kan föreligga betydliga skillnader mellan dem.<sup>388</sup>

Om den praxis som anges i avsnitt 4.1. kan tillämpas, innebär det att ett ÄTA-arbete som medför en ändring i pris aktualiserar en bedömning om hela kontraktet utsatts för en väsentlig förändring.<sup>389</sup> Under normala förhållanden kostnadsregleras ett ändringsarbete eftersom det medför att något arbete avgår och ett annat tillkommer, vilket ofta resulterar i en ändring av pris.<sup>390</sup> EU-domstolen har såsom tidigare nämnts, uttalat att priset är ett uppenbart viktigt villkor i ett kontrakt.<sup>391</sup>

Vidare har EU-domstolen uttalat att en ändring av ett sådant villkor under kontraktets löptid, utan att det uttryckligen är tillåtet enligt villkoren i det ursprungliga kontraktet, innebär en risk för åsidosättande av principerna om likabehandling och öppenhet.<sup>392</sup> En myndighet kan i enlighet med praxis

---

<sup>386</sup> Jfr mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 36, samt avsnitt 4.1.1. och avsnitt 4.1.7. i uppsatsen.

<sup>387</sup> Bergqvist m.fl., s. 75.

<sup>388</sup> Bergqvist m.fl., s. 75.

<sup>389</sup> Jfr avsnitt 4.1.6. i uppsatsen.

<sup>390</sup> Bergqvist m.fl., s. 71.

<sup>391</sup> Jfr mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 59 och 60, samt avsnitt 4.16. i uppsatsen.

<sup>392</sup> Jfr mål nr C-454/06, *pressetext*, p. 59 och 60, samt avsnitt 4.16. i uppsatsen.

med förbehåll<sup>393</sup> motverka att ett ÄTA-arbete, som medför en prisändring, betecknas om en väsentlig förändring genom att såsom Bergqvist m.fl. föreslagit så som förebyggande åtgärd, skriver in att "*ÄTA-arbeten kan förekomma i tillägg till kontraktssumman*" i det ursprungliga kontraktet.<sup>394</sup>

Om ett ÄTA-arbete uppfyller undantagsbestämmelsen 4 kap. 8§ LOU har en upphandlande myndighet, såsom tidigare utretts ovan, en rätt att genomföra en direktupphandling. Det kan dock ifrågasättas om den sköld som 4 kap. 8§ LOU innebär även utgör ett skydd mot den praxis om väsentliga förändringar som redogjorts i avsnitt 4.1. Frågan blir således om skölden även utgör ett skydd i sådana situationer då en ett förfarande strider mot principerna om likabehandling och öppenhet på ett sådant sätt att det utgör en väsentlig förändring.

Rosén Andersson m.fl. har rörande undantaget i 4 kap. 8§ 1 st. 1 p. LOU uttryckt att det medger förekomsten av kompletteringar som annars skulle kunna ha betraktats som otillåtna. Vidare har Rosén Andersson m.fl. uttryckt att undantaget i 4 kap. 8§ 1 st. 2 p. LOU ska ses i förhållande till den upphandlingsrättsliga huvudregeln om väsentliga förändringar och dess konsekvenser. Det finns således *inget* som tyder på att Rosén Andersson m.fl. skulle vara av åsikten att det ändå går att penetrera skölden med stöd av att ett förfarande strider mot principerna om likabehandling och öppenhet och således utgör en väsentlig förändring.<sup>395</sup>

Inte heller Bergqvist m.fl. går in på ett sådant scenario då de diskuterar EU-domstolens praxis om väsentliga förändringar i förhållande till ÄTA-arbeten.<sup>396</sup> I analysen kommer det diskuteras huruvida detta scenario är en icke-fråga eller inte.

Avslutningsvis ska det poängteras som Bergqvist m.fl. understryker att LOU ger beställaren en rätt, men inte någon skyldighet, att direktupphandla enligt 4 kap. 8§ LOU. Det finns således ingenting som hindrar beställaren från att konkurrensutsätta ett större ÄTA-arbete genom en separat upphandling om myndigheten är osäker på om ett ÄTA-arbete kan utgöra en väsentlig förändring.<sup>397</sup>

---

<sup>393</sup> Jfr avsnitt 2.2.1.3. i uppsatsen.

<sup>394</sup> Bergqvist m.fl., s. 76.

<sup>395</sup> Jfr Rosén Andersson m.fl., s. 239 f.

<sup>396</sup> Jfr Bergqvist m.fl., s. 75.

<sup>397</sup> Bergqvist m.fl., s. 77.

# 5 Analys

## 5.1 Sammanfattande slutsatser

Jag ställde i uppsatsens inledning upp följande två huvudfrågor: – 1. Vad utgör en väsentlig förändring av en *pågående upphandling* av en byggtreprenad som medför att upphandlingen måste göras om? och 2. – Vad utgör en väsentlig förändring av ett efter offentlig upphandling ingånget *offentligt byggtreprenadkontrakt* som medför att en upphandlande myndighet anses ha genomfört en ny upphandling?

Beträffande den första huvudfrågeställningen anser jag mig efter den genomförda utredningen kunna dra följande slutsatser: För det första anser jag att det står klart att det finns en *presumption* för att en ändring och en komplettering av ett skall-krav i ett förfrågningsunderlag utgör en sådan väsentlig förändring, som avses i den första problemformuleringen. Jag anser vidare att min utredning ger vid handen att denna *presumption* är stark. Detta baserar jag på de många kammarrättsavgöranden där domstolarna använt sig av ordval som att en ändring eller komplettering *normalt bör* och *vanligtvis utgör* en sådan väsentlig förändring<sup>398</sup>. Jag menar vidare att rättsläget är sådant att *presumptionen* även gäller för situationer då en upphandlande myndighet *underlåter* att följa ett i ett förfrågningsunderlag uppsatt skall-krav.<sup>399</sup>

Jag vill dock betona att det av min utredning följer att rättsläget är sådant att det är en stark *presumption* men att det i formuleringarna öppnas för undantag. Emellertid menar jag att utredningen ger vid handen att om en justering på något av ovan beskrivna sätt medför en skillnad från det ursprungliga förfrågningsunderlaget som är så stor att det kan ha funnits *potentiella anbudsgivare*, som avhållit sig från att lämna anbud med anledning av den ursprungliga utformningen, men som om de haft kännedom om ändringen, eller kompletteringen, hade kunnat vara intresserade av att delta i anbudsgivningen, övergår *presumptionen* till att utgöra en *regel utan undantag*.

Vidare menar jag att min utredning visar att det inte finns mycket rättsligt stöd för att en upphandlande myndighet genom att vidta åtgärder skulle

---

<sup>398</sup> Jfr avsnitt 3.1.1. i uppsatsen.

<sup>399</sup> Jfr avsnitt 3.1.1.3. i uppsatsen.

kunna motverka eventuella negativa konsekvenser av ändringen och på så vis *läka den* till att inte längre utgöra en väsentlig förändring. Jag anser att det enda kammarrättsavgörande<sup>400</sup> som ger stöd åt en sådan uppfattning får räknas som en udda fågel baserat på de speciella omständigheter som förelåg i fallet såsom att skall-kravet ansågs oväsentligt (vilket jag menar bör räknas som sällsynt), att ändringen gjorts innan anbudstiden gått ut och att den upphandlande myndigheten annonserat kompletteringen på sin hemsida och haft möjlighet att meddela samtliga leverantörer som hämtat ut förfrågningsunderlaget. I mitt tycke hade det varit märkligt om myndigheter hade kunnat använda ett *läkande* eftersom ett frågående av principerna om likabehandling och öppenhet gentemot framförallt potentiella anbudsgivare, som avhållit från att lämna anbud, i synnerhet efter att anbudstiden gått ut, rimligtvis inte bör kunna läkas på annat sätt än att upphandlingen görs om. Denna tankegång finner jag också förenlig med den kammarrättspraxis<sup>401</sup>, som fastställer att även mindre förändringar av ett förfrågningsunderlag (inklusive andra krav än skall-krav) kan anses utgöra väsentliga förändringar om leverantörer efter ändringen får begränsad tid och möjlighet att justera sina anbud. Detta skulle på så vis förstärka inskränkningen på konkurrensneutraliteten.

Beträffande den första huvudfrågeställningen anser jag mig för det andra kunna dra slutsatsen att även ändringar och kompletteringar av samt underlåtenhet att följa bör-krav kan utgöra en sådan väsentlig förändring som avses i den första problemformuleringen. Jag menar att en sådan möjlighet ter sig logisk eftersom även justeringar av dessa krav borde genom att strida mot principerna om likabehandling och öppenhet kunna rubba konkurrensneutraliteten. Anledningen till detta är att även sådana justeringar torde kunna vara av den karaktären att anbudsgivare och potentiella anbudsgivare, som avhållit sig från att lämna anbud med anledning av den ursprungliga utformningen, men som om de haft kännedom om ändringen alternativt kompletteringen, hade kunnat vara intresserade av att delta i anbudsgivningen. Min utredning ger dock inte vid handen att det skulle finnas någon presumtion för att en ändring av ett bör-krav utgör en väsentlig förändring. Enligt min mening borde fallet snarare vara det motsatta eftersom ordvalet *bör* språkligt antyder att det rör sig om ett mindre väsentligt krav som inte i exempelvis lika stor utsträckning som *skall* torde vara en avgörande faktor för om en leverantör lämnar eller inte lämnar ett anbud.

Rörande den första huvudfrågeställningen anser jag mig för det tredje kunna dra slutsatsen att en ändring, som innebär en förlängning av den tid då

---

<sup>400</sup> Jfr avsnitt 3.1.1.2. i uppsatsen.

<sup>401</sup> Jfr avsnitt 3.1.2.3. i uppsatsen.

anbudsgivarna är bundna av sina anbud, *kan* utgöra en sådan väsentlig förändring som avses i den första problemformuleringen. Jag menar att det dock inte råder en sådan presumtion. Förvisso betonas i ett förarbete till LOU<sup>402</sup> vikten av att den upphandlande myndigheten överväger vilken anbudstid som är rimlig och i denna uppskattning även kalkylerar med att upphandlingen kan tänkas bli föremål för överprövning. Emellertid ger de det kammarätsfall som till viss del behandlar situationen<sup>403</sup> enligt min bedömning inte stöd för en så strikt tolkning, i synnerhet inte om förlängningen sker efter att anbudstiden gått ut och om förlängningen beror på överprövningar.

Jag anser mig beträffande den första huvudfrågeställningen slutligen kunna dra slutsatsen att en ändring eller komplettering av förfrågningsunderlaget under ett *förhandlat förfarande* enligt 4 kap. 2§ eller 4 kap. 5§ 1 st. 1 p. LOU utgör en väsentlig förändring om det medför en skillnad från det ursprungliga förfrågningsunderlaget som är så stor att det kan ha funnits *potentiella anbudsgivare*, som avhållit sig från att lämna anbud med anledning av den ursprungliga utformningen, men som om de haft kännedom om ändringen alternativt kompletteringen, hade kunnat vara intresserade av att delta i anbudsgivningen. Jag menar vidare, grundat på i utredningen redovisad kammarrättspraxis<sup>404</sup>, att ett återopande av att ett villkor i det ursprungliga förfrågningsunderlaget ändrats till fördel för alla förhandlande anbudsgivare inte är ett rättsligt hållbart argument för att legitimera en sådan väsentlig förändring, som avses i den första problemformuleringen. Anledningen till detta är att den återkommande och fundamentala idén om att det kan ha funnits potentiella leverantörer, som avhållit sig från att inge anbud med anledning av de ursprungliga villkoren och som, om ändringen varit med från början valt att vara med i det *exklusiva forum* som ett förhandlat förfarande utgör. Slutligen anser jag att i min utredning refererad praxis från EU-domstolen<sup>405</sup> ger stöd för att en ändring i ett ursprungligt villkor som sker under ett förhandlat förfarande enligt 4 kap. 2§ eller 4 kap. 5§ 1 st. 1 p. LOU inte utgör en väsentlig förändring om det endast beror på den tekniska eller ekonomiska utveckling, som skett under förhandlingens tidsrymd och ändringarna utgör en korrekt återspeglning av denna utveckling. Min bedömning är att detta är av stort värde vid upphandling av byggentreprenader eftersom det då finns en särskilt stor risk att sådana förhandlingar drar ut på tiden.

---

<sup>402</sup> Jfr avsnitt 3.1.2.2. i uppsatsen.

<sup>403</sup> Jfr avsnitt 3.1.2.2. i uppsatsen.

<sup>404</sup> Jfr avsnitt 3.2.2. i uppsatsen.

<sup>405</sup> Jfr avsnitt 3.2.3. i uppsatsen.

Vad gäller den andra huvudfrågeställningen om vad som utgör väsentliga förändringar av offentliga byggentreprenadkontrakt anser jag mig efter den genomförda utredningen kunna dra följande slutsatser:

För det första menar jag att följande generella slutsats kan dras utifrån det vägledande målet *pressetext*. Om ett offentligt byggentreprenadkontrakt ändrats på ett sådant sätt att det finns betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet, vilket följaktligen visar på en avsikt från parterna att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet, föreligger en väsentlig förändring. Således menar jag att det alltid går att falla tillbaka på denna bedömning. Jag skulle vidare vilja koppla bedömningen idémässigt till den återkommande hypotetiska frågeställningen om huruvida en justering kunnat medföra en så stor skillnad i de ursprungliga villkoren att det kan ha funnits *potentiella anbudsgivare* som avhållit sig från att lämna anbud med anledning av den ursprungliga utformningen men, som om de haft kännedom om ändringen alternativt kompletteringen, hade kunnat vara intresserade av att delta i anbudsgivningen. Enligt mig är essensen av *pressetext-målet* och denna frågeställning nämligen densamma.

Utifrån *pressetext-målet* menar jag för det andra att det går att dra slutsatsen att om en myndighet byter ut en *kontraherande entreprenör* till en annan utgör det som huvudregel en sådan väsentlig förändring, som avses i den andra problemformuleringen. De tillämpliga undantag, som jag kunnat utläsa från min utredning, ger endast stöd för undantag applicerbara vid *interna omorganisationer* hos den kontraherande entreprenören. Sålunda menar jag att det utifrån utredningen går att dra slutsatsen att en byggentreprenör inte kan överlåta det offentliga kontraktet till ett dotterbolag, vilket förutses bli förvärvat av en tredje man under kontraktets löptid, utan att det utgör en väsentlig förändring. Min utredning ger dock vidare vid handen att en sådan överlåtelse inte skulle betecknas som en väsentlig förändring om dotterbolaget är ett börsnoterat bolag eller en kooperativ förening och överförelsen inte görs i syfte att kringgå upphandlingsreglerna. Jag håller med Rosén Andersson m.fl. att detta är en rimlig tolkning då det annars skulle vara svårt att se att den offentliga sektorn, på lika villkor, skulle kunna ingå kontrakt med leverantörer, som är respektive inte är noterade på exempelvis en fondbörs.

För det tredje anser jag att det av utredningen klart framgår att en byggnadsentreprenörs byte av en underentreprenör som huvudregel *inte utgör* en sådan väsentlig förändring som avses i den andra problemformuleringen. Med stöd av EU-domstolens dom i målet *Wall* menar jag att ett undantag till denna huvudregel är om en användning av en

annan underentreprenör än den ursprungliga med hänsyn till den *aktuella prestationens särdrag* kunde ha varit en avgörande faktor vid avtalets tecknande. Det blir enligt min mening således återigen en hypotetisk fråga om en ändring medför att konkurrensneutraliteten inskränkts till en icke acceptabel nivå genom att de andra anbudsgivarna och potentiella anbudsgivarna hade kunnat agera annorlunda vid den ursprungliga upphandlingen om de nya spelregler, som ändringen medför, hade funnits med i det ursprungliga upphandlingsskedet.

För det fjärde menar jag att det utifrån min utredning går att dra slutsatsen att det föreligger en sådan väsentlig förändring, som avses i den andra problemformuleringen, om en myndighet *underlåter* att följa ett sådant krav i ett offentligt byggentreprenadkontrakt, som om det inte förekommit i de ursprungliga villkoren, hade kunnat påverka en annan entreprenörs möjlighet eller intresse av att delta i upphandlingen. Då det inte finns någon rättslig vägledning rörande vilka villkor i AMA AF 12 det skulle kunna röra sig om går det bara att spekulera utifrån den hypotetiska frågan om det kan tänkas att andra byggentreprenörer hade haft en annan möjlighet eller intresse av att delta i upphandlingen om detta krav inte var med.

Jag anser för det femte att det med fog går att dra slutsatsen utifrån EU-domstolens dom i *Succhi Frutta*, att en ändring av ett *betalningsvillkor* i ett offentligt byggentreprenadkontrakt utgör, om en sådan möjlighet inte är särskilt föreskrivet i det ursprungliga kontraktet, en sådan väsentlig förändring som avses i den andra problemformuleringen. Därför är min ståndpunkt följaktligen att en myndighet inte kan ändra något villkor under rubriken AFC.62 om det är fråga om en utförandeentreprenad eller under rubriken AFD.62 om det är fråga om en totalentreprenad. Resultatet blir i så fall att det betecknas som en sådan väsentlig förändring som avses i den andra problemformuleringen.

För det sjätte anser jag att min utredning ger vid handen att det kan *presumeras* att en *ändring av pris* utgör en sådan väsentlig förändring som avses i den andra problemformuleringen. Att EU-domstolen yttrat att priset är ett uppenbart viktigt villkor i ett offentligt kontrakt<sup>406</sup> menar jag styrker denna ståndpunkt. Att EU-domstolen dessutom ansett att ett åsidosättande av priset under kontraktets löptid, utan att det uttryckligen tillåts i de ursprungliga villkoren, innebär en risk att principerna om likabehandling och öppenhet åsidosätts<sup>407</sup>, torde vidare befästa min ståndpunkt angående denna presumtion. Anledningen till att jag endast anser det utgöra en presumtion och inte en regel utan undantag är de mindre prisjusteringar som

---

<sup>406</sup> Jfr avsnitt 4.1.6. i uppsatsen.

<sup>407</sup> Jfr avsnitt 4.1.6. i uppsatsen.

tillåtits i EU-domstolens dom i målet *pressetext*. Jag menar vidare att det är oklart om det kan finnas andra undantag på prisändringar orsakade av andra yttre omständigheter än valutabyten, som skulle kunna accepteras ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv. Baserat på utredningen anser jag emellertid att det går att slå fast att en ändring i ett byggentreprenadskontrakts villkor under rubrikerna AFC.6 eller AFD.6 åtminstone måste anses medföra en uppenbar risk för att en sådan väsentlig förändring, som avses i den andra problemformuleringen föreligger

För det sjunde menar jag mig efter utredningen kunna dra slutsatsen att en utvidgning av ett kontraktsföremål utgör en sådan väsentlig förändring, som avses i den andra problemformuleringen, om utvidgningen medför att kontraktet utvidgats i en väsentlig grad och omfattar tjänster som inte först avsågs. Mitt ställningstagande bygger framförallt på EU-domstolens dom i målet *kommissionen mot Tyskland*<sup>408</sup> i vilket EU-domstolen dessutom gav vägledning genom bedömningen att en utvidgning av ett kontrakt, som medförde att kontraktsvärdet ökade med cirka 18 %, utgjorde en väsentlig förändring.

Vad gäller de för de offentliga byggentreprenadkontrakten karakteristiska ÄTA-arbetena har jag i min utredning först utrett de två tillämpliga undantag som återfinns i LOU. Den första situationen som regleras är om det inträffat en oförutsedd omständighet, som medför att en myndighet behöver beställa kompletterande byggentreprenader. Den andra avsedda situationen är att det har uppstått ett behov av ytterligare utföranden i form av upprepningar av den byggentreprenad, som ingår i det ursprungliga kontraktet. Jag har funnit att om de rekvisit som uppställs i 4 kap. 8§ LOU uppfylls, innebär undantaget att den upphandlande myndigheten får en skuld, vilket gör att dessa ÄTA-arbeten inte betecknas som direktupphandlande. Jag vill dock poängtera att utredningen ger vid handen att rättsläget är oklart om ett ÄTA-arbete, även fast det uppfyller de krav som ställs upp i undantagsbestämmelsen, skulle kunna utgöra en väsentlig förändring av det offentliga byggentreprenadkontraktet.

Beträffande de ÄTA-arbeten som inte uppfyller de lagstadgade undantagen i 4 kap. 8§ LOU menar jag att min utredning ger stöd för att dessa i normalfallet utgör direktupphandlingar och dessutom otillåtna sådana. Vidare är det min bedömning att sådana ÄTA-arbeten på samma sätt som alla andra ändringar, kompletteringar och frångående av krav, kan utgöra sådana väsentliga förändringar, som avses i den andra problemformuleringen. Jag baserar denna slutsats på att det inte finns någon

---

<sup>408</sup> Jfr avsnitt 4.1.7. i uppsatsen.



undantagsregel, som medför att ett ÄTA-arbete bör särskiljas från sådana situationer om undantagsregeln 4 kap. 8§ LOU inte är uppfylld. Därför anser jag att sådana ÄTA-arbeten ska prövas utifrån den praxis som redogjorts på detta område för att avgöra om det föreligger någon väsentlig förändring.

Slutligen vad gäller olika sätt för en myndighet att minska risken för att ett agerande eller en underlåtenhet att agera ska definieras som en väsentlig förändring, som avses i den andra problemformuleringen, menar jag att min utredning ger vid handen att ett *förbehåll* normalt minskar eller till och med eliminerar en sådan risk. Jag baserar denna bedömning på att det i praxis uttryckts att en väsentlig förändring får vidtas om det särskilt föreskrivits i den anbudsinfordran som myndigheten själv upprättat, det vill säga normalt i förfrågningsunderlaget.<sup>409</sup> I min mening är det förenligt med övriga slutsatser att ett förbehåll får effekten att den minskar eller eliminerar en risk för en väsentlig förändring. Anledningen till min ståndpunkt är att ett förbehåll i ett förfrågningsunderlag gör att alla potentiella anbudsgivare i det konkurrensuppsökande skedet kan kalkylera med att en ett agerande eller en underlåtenhet kan tänkas komma att ske. Därför ter det sig i min mening logiskt att om den avsedda händelsen inträffar senare vid fullgörandet av kontraktet kan det inte utgöra en väsentlig förändring eftersom alla potentiella anbudsgivare fick information om att den kunde tänkas ske från början av upphandlingen. Ytterligare aspekter på förbehåll som förebyggande åtgärd diskuteras i nästa avsnitt 5.2.

## 5.2 Avslutande synpunkter

Min åsikt efter utredningen är att i princip alla bedömningar, som görs för att avgöra om en väsentlig förändring föreligger, i slutändan utmynnar i frågeställningen om det är tänkbart att förutsättningar i upphandlingen eller det tilldelade kontraktets villkor ändrats så mycket av förändringen att det finns en *möjlighet* att anbudsgivare eller potentiella anbudsgivare, på grund av ändringen, skulle kunna ha agerat annorlunda vid det ursprungliga upphandlingsskedet.

I mitt tycke är ett sådant tillvägagångssätt i väl överensstämmelse med upphandlingsrätten och dess fundamentala principer om likabehandling och öppenhet. Jag menar för det första att undersökningsmodellen kan härledas direkt tillbaka till likabehandlingsprincipen och kravet på att alla leverantörer, befintliga som potentiella, ska behandlas lika och ges lika

---

<sup>409</sup> Jfr avsnitt 2.2.1.3. och 4.1.5. i uppsatsen.

förutsättningar i alla skeden av upphandlingsförfarandet. Den hypotetiska frågeställningen gör i mitt tycke att rättstillämparen kan undersöka om de *spelregler* som den upphandlande myndigheten genom förfrågningsunderlaget satt upp från början, verkligen inte har ändrats, kompletterats eller underlåtit att följa dem till en sådan utsträckning att det inte längre kan anses råda konkurrensneutralitet.

För det andra menar jag att undersökningsmodellen också hjälper rättstillämparen att sålla ut och utreda just de omständigheter som kan påverka en bedömning om alla anbudsgivare och potentiella anbudsgivare fått information om spelreglerna och på så viss uppfyllt det krav på transparens genom hela upphandlingsförfarandet och genomförandet av kontraktet som öppenhetsprincipen ställer upp. Jag har därför inga invändningar mot denna undersökningsmodell i sig men jag menar dock att det som är problematiskt är att den är just hypotetisk och att det finns få konkreta exempel på annan vägledning. Det blir enligt min mening extra tydligt inom området upphandling av byggentreprenader. Min åsikt är därför att ett sådant rättsläge troligen medför en stor brist i förutsebarheten för upphandlande myndigheter att veta inom vilka ramar de kan utföra justeringar som de inte är förhindrade att göra. Jag vill återigen poängtera att upphandlande myndigheter är tillåtna att göra vissa justeringar, exempelvis i form av kompletteringar och förtydliganden, som handlar om att klargöra tveksamheter eller klargöra eventuella brister och otydligheter i förfrågningsunderlaget. Således finns det i min mening ett behov av mer rättslig vägledning eftersom en upphandlande myndighet faktiskt kan vidta vissa förändringar utan att det medför konsekvenser.

Jag håller med Vaxenbäck och Lapinska att den sedan 2010 existerande möjligheten för allmänna förvaltningsdomstolar, att ogiltigförklara otillåtna direktupphandlande avtal och besluta om upphandlingskadeavgift samt skadestånd, borde göra parterna och de potentiella parterna till ett offentligt byggentreprenadkontrakt mer uppmärksamma på vad som faktiskt utgör en väsentlig förändring. Det står helt enkelt mer på spel än tidigare. Jag menar att det sålunda givetvis är positivt att min utredning ger vid handen att det råder klarhet rörande huruvida justeringar såsom ändring av betalning, pris, medkontrahent och underentreprenörer utgör väsentliga förändringar.

I mitt tycke finns det dock ett klart behov av mer rättslig vägledning beträffande vad som utgör en väsentlig förändring, framförallt från den nationella rättstillämparen. Jag tolkar den nationella och unionsrättsliga lagstiftarens vilja, att inte ge mer vägledning på området, som att dessa överlämnar till rättstillämparen att genom praxis skapa mer nyanserade och detaljrika gränser rörande vad som utgör väsentliga förändringar. Därför är

jag av åsikten att det är problematiskt att HFD, i egenskap av prejudicerande nationell domstol på området inte ger prövningstillstånd till fler ärenden avseende vad som utgör väsentliga förändringar.

Den nuvarande osäkerheten på vad som utgör en väsentlig förändring menar jag vidare borde leda till att möjligheterna att tillämpa ett förhandlat förfarande på ett relativt riskfritt sätt är mycket begränsade. Bergqvist m.fl. har presenterat att det föreligger svårigheter att i praktiken använda 4 kap. 5§ 1 p. LOU. Enligt Bergqvist m.fl. gäller det inte minst vid komplicerade entreprenader när de förhandlade förfarandena föregås av öppna förfaranden i vilka den upphandlande myndigheten har större förväntningar på kontraktsvillkor än vad marknaden är beredd att acceptera och följaktligen endast mottar orena anbud.<sup>410</sup> Det ter sig i min mening uppenbart, att parterna i en sådan situation är så långt ifrån varandra, att risken är överhängande att en väsentlig förändring kommer att föreligga i det finala kontraktet. Kombinationen av att det råder viss osäkerhet om vad som utgör en väsentlig förändring (vilket lagstiftaren till viss del kunnat motverka genom att ge vägledning i förarbetet till denna bestämmelse) och ett utgångsläge där parterna befinner sig långt ifrån varandra gör att jag inte kan annat än instämma i Bergqvist m.fl.:s bedömning att det troligen många gånger är bättre att avbryta upphandlingen och göra ett nytt försök med till viss del ändrade krav. Det ter sig inte orimligt, utan snarare i mitt tycke, mer sannolikt, att den upphandlande myndigheten då sparar tid och pengar. Vidare menar jag att myndigheten dessutom minimerar risken för att ändringen ska betecknas som en väsentlig förändring och för de därtill efterföljande konsekvenserna.

Vad gäller olika sätt för en myndighet att *värja* sig från risken, att ett agerande eller en underlåtenhet att agera anses medföra, att en väsentlig förändring föreligger, menar jag att det i särklass mest effektiva sättet vara att den upphandlande myndigheten redan i förfrågningsunderlaget *förvarnar* alla anbudsgivare och potentiella anbudsgivare att olika typer av ändringar kan tänkas ske. Detta kan göras genom förbehåll om exempelvis eventuella prisförändringar, eventuellt byte av entreprenör och eventuella ÄTA-arbeten. Ändringar som jag anser annars klart skulle ligga i riskzonen för att utgöra väsentliga förändringar.

Det är enligt min bedömning tydligt att den upphandlande myndigheten genom att använda formuleringar såsom "*ÄTA-arbeten kan förekomma i tillägg till kontraktssumman*" effektivt kan parera den potentiella kollision som de strikta upphandlingsreglerna i ett möte med de mer flexibla

---

<sup>410</sup> Jfr avsnitt 3.2.4. i uppsatsen.

entreprenadrättsliga normerna annars kan orsaka. Dock är jag av åsikten att det bör höjas ett varningens finger till upphandlande myndigheter att inte lita blint på denna *gardering* och inte se det som ett universellt sätt att slippa upphandlingsrättsliga problem vid upphandling av byggentreprenader. Min åsikt baseras på att alltför långtgående och alltför vaga förbehåll torde kunna leda till att upphandlingen och sedermera kontraktet ändå anses strida mot principerna om likabehandling och öppenhet. Anledningen till detta menar jag vara att myndigheten i en för stor utsträckning kan ändra hur ett förbehåll ska utnyttjas efter eget godtycke. I rådande rättsläge, med strikta offentliga upphandlingsregler härrörande från de upphandlingsrättsliga principerna som i normhierarkin slår ut entreprenadrättsliga standardavtal, menar jag att upphandlande myndigheter troligen till följd av den praxis som utvecklats om väsentliga förändringar *måste vänja* sig vid att i högre utsträckning planera mer än vad de tidigare gjort för att nå upp till de upphandlingsrättsliga krav som ställs på likabehandling och öppenhet.

Beträffande förbehåll anser jag det vidare vara en intressant diskussion om det vid upphandling av ett byggentreprenadkontrakt alltid kan förutsättas att ÄTA-arbeten kommer att ske, om det på något sätt kan sägas utgöra ett indirekt förbehåll och om ett sådant kan få någon rättslig verkan. I mitt tycke vore en sådan generell bedömning alltför oprecis och domstolen skulle inte heller beakta de oerfarna aktörer som inte gör detta antagande. Vidare menar jag att det går stick i stäv med upphandlingsrättens likabehandlingsprincip då det skulle göra ett godtyckligt och i min mening ett alltför generellt sätt att *neutralisera* justeringar som annars utgjort väsentliga förändringar.

Min bedömning är att kollisionen mellan upphandlingsrätten med dess strikta krav på förutsebarhet, planering och insyn, och entreprenadrätten med dess betydligt mer öppna inställning till ändringar blir som störst när det kommer till ÄTA-arbeten. Jag anser därför det vara problematiskt att utredningen ger vid handen att rättsläget rörande väsentliga förändringar är som mest oklart vad gäller ÄTA-arbeten. Hane har beskrivit att det är vanligt förekommande i byggbranschen att justeringar löses efter hand i form av ÄTA-arbeten. Vidare har han skrivit att även arbeten som inte är att klassificera som ÄTA ibland då kastas in eftersom det av naturliga skäl är praktiskt för den upphandlande myndigheten att *passa på* att få ytterligare arbeten utförda<sup>411</sup>. Jag anser inte detta vara förenligt med upphandlingsrättens fundamentala principer. Jag kan förstå att det är praktiskt för den upphandlande myndigheten att inte upphandla ÄTA-arbetet eftersom den då kan placera allt ansvar, alla garantier, försäkringar

---

<sup>411</sup> Observera att detta inte återspeglar Hanes bedömning om huruvida detta är korrekt eller ej, utan endast utgör hans beskrivning av hur byggbranschen fungerar.

och besiktningskrav hos en och samma entreprenör. Det utgör enligt min mening också troligen ett incitament för upphandlande myndigheter att inte ta alltför seriöst på kraven att upphandla dessa arbeten. Men fortfarande menar jag att det är *oväsentligt* eftersom ett sådant agerande inte är förenligt med de lagstadgade upphandlingsrättsliga principer som står högre upp i normhierarkin och därför måste följas.

I min mening ter det sig inte som ett otänkbart scenario att domstolarna i framtiden kommer att gå på den mer hårdföra och restriktiva linjen som KKV uppvisade i beslutet *Himlabadet*; inte minst eftersom undantaget i 4 kap. 8§ LOU ju *de facto* ska tolkas restriktivt. Det torde enligt min personliga åsikt medföra att ett större antal ÄTA-arbeten inte *skyddas* av 4 kap. 8§ LOU, vilket följaktligen skulle innebära en uppenbar risk att hela byggtreprenadkontraktet kan anses ha utsatts för en sådan väsentlig förändring som avses i min andra problemformulering.

En intressant frågeställning, i vilken jag utifrån slutsatserna i min uppsats endast kan spekulera, är om ett ÄTA-arbete som uppfyller kriterierna i 4 kap. 8§ LOU och således får det skydd som denna lagstadgade *sköld* innebär, *ändå* skulle kunna definieras som en väsentlig förändring av byggtreprenadkontraktet. Vad gäller de fall som avses i 4 kap. 8§ 1 st. 2 p. LOU menar jag att det ter sig som en icke-fråga eftersom de kriterier som uppställs i bestämmelsen i princip innebär att den upphandlande myndigheten måste författa ett detaljerat förbehåll och således har den med största sannolikhet garderat sig även mot ett sådant scenario.

Emellertid, vad gäller 4 kap. 8§ 1 st. 1 p. LOU menar jag att det inte alls är en icke-fråga. Jag baserar denna åsikt på att bestämmelsen *saknar* krav på att kompletteringen måste vara av en sådan karaktär att den inte får medföra en skillnad från det ursprungliga förfrågningsunderlaget som är så stor att det kan ha funnits *potentiella anbudsgivare*, som avhållit sig från att lämna anbud med anledning av den ursprungliga utformningen, men som om de haft kännedom om ändringen alternativt kompletteringen, hade kunnat vara intresserade av att delta i anbudsgivningen. Därför kan den hypotetiska frågeställningen svaras jakande även om 4 kap. 8§ 1 s. 1 p. LOU uppfylls. Hur en domstol skulle bedöma en sådan normkollision anser jag därför vara av stort juridiskt intresse.

För att avsluta mina synpunkter vill jag återigen trycka på att oavsett hur man vrider och vänder på om en åtgärd utgör en väsentlig förändring verkar det i nuläget till syvende och sist landa i en bedömning om det är tänkbart att anbudsgivare eller aktuella anbudsgivare, som avhållit sig från att lämna anbud med anledning av den ursprungliga utformningen, men som om de

haft kännedom om förändringen, hade kunnat vara intresserade av att delta i anbudsgivningen. Jag menar sammanfattningsvis att det behövs insatser från den nationella lagstiftaren och från HFD:s sida att nyansera gränserna i denna hypotetiska frågeställning. I nuläget är enligt min mening upphandlande myndigheter alltför ofta utelämnade till att baserat på den generella frågeställningen göra avancerande gissningar beträffande vad som utgör en sådan väsentlig förändring som avses i den första alternativt andra problemformuleringen.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### *Europeiska unionen*

Fördrag om upprättande av Europeiska Ekonomiska Gemenskapen, *EEG-fördraget/ Romfördraget*, Undertecknat 25 mars 1957.

*Konsoliderad version av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt*, Europeiska unionens officiella tidning, C 83/199, 10 mars, 2010.

Direktiv 2004/18/EG, *Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster*.

### *Svenska förarbeten*

Prop. 2010/11:150, *Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet*.

Prop. 2009/10:180, *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet*.

Prop. 2006/07:128, *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*.

### *Konkurrensverket*

Konkurrensverkets granskningsrapport "Länsrätternas domar om offentlig upphandling", 2007:2.

## Litteratur

AMA AF 12, *Administrativa föreskrifter med råd och anvisningar för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, 2012*, AB Svensk Byggtjänst.

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement, andra upplagan*, Sweet & Maxwell, 2005.

Asplund, Anders; Ehn, Magnus; Johansson, Daniel; Olsson, Erik, *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012, Jure Förlag AB.

Bergman, Mats; Indén, Tobias; Lundberg, Sofia; Madell, Tom, *Offentlig upphandling – På rätt sätt och till rätt pris*, 2011, Studentlitteratur.

Bergqvist, Per-Ola; Hane, John; Johansson, Sten, *Offentlig upphandling av entreprenader inom byggsektorn*, 2012, AB Svensk Byggtjänst.

Bernitz, Ulf; Heuman, Lars; Leijonhufvud, Madeleine; Seipel, Peter; Warnling-Nerep, Wiweka; Vogel, Hans-Heinrich, *Finna rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, tolfte upplagan, 2012, Norstedts Juridik AB.

Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, åttonde upplagan, 2013, Nordstedts Juridik AB.

Deli, Robert, *Kommersiell byggjuridik i praktiken*, 2012, AB Svensk Byggtjänst.

Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, andra upplagan, 2011, Jure Förlag AB.

Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUFSS och LOV*, andra upplagan, 2013, Norstedts Juridik AB.

Gorton, Lars, *Recension av Per Samuelsson, Entreprenadavtal – särskilt om ändrade förhållanden, Karnov Group Sweden, 2011*, Juridisk Tidskrift, nr 3 2011/12, s. 696.

Hane, John, *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – analys*, (elektronisk utgåva), JP Infonet Förlag AB, senast ändrad 2012-02-21, Informationen hämtad 2013-06-14.

Hedberg, Stig, *Kommentarer till AB04, ABT06 och ABK09*, 2010, AB Svensk Byggtjänst.

Hellner, Jan; Hager, Richard; H. Persson, Annina, *Speciell avtalsrätt II – Kontraktsrätt*, Första häftet, Särskilda avtal, femte upplagan, 2010, Norstedts Juridik AB.

Hettne, Jörgen; Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, andra upplagan, 2011, Norstedts Juridik AB.

Höök, Rolf, *Entreprenadjuridik*, femte upplagan, 2008, Norstedts Juridik AB.

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, Svensk Juristtidning, 2004, s. 1.

Lavin, Rune, *Om förvaltningsrättslig forskning – en replik*, Förvaltningsrättslig tidskrift, s. 72, 1990.



Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, fjärde upplagan, 2001, Iustus Förlag AB.

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, sjätte upplagan, 2010, I.B.A. Institutet för Bank- och Affärsjuridik AB.

Linder, Fredrik; Dubois, Mikael, *Förändringar av förfrågningsunderlag – analys*, (elektronisk utgåva), JP Infonet Förlag AB, senast ändrad 2011-05-27. Informationen hämtad 2013-06-14.

Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, Svensk Juristtidning, 2005, s. 249.

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? – Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1995, Norstedts Juridik AB.

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, tredje upplagan, 2013, Jure Förlag AB.

Pedersen, Kristian, *Upphandlingskrönika*, Europarättslig tidskrift, nr 4, 2008, s. 1119.

Rosén Andersson, Helena; Mühlenbock, Eva-Maj; Willquist, Henrik; Svensson, Natalie, *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, 2013, Norstedts Juridik AB.

Sandgren, Claes, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, Tidskrift for Rettsvitenskap, 2005, nr. 04-05, s. 648.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*, 2006, Nordstedts Juridik AB.

Samuelsson, Per, *Entreprenadavtal – Särskilt om ändrade förhållanden*, 2011, Karnov Group Sweden AB.

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentlig kontrakt*, 2012, Jure Förlag AB.

Vaxenbäck, Sven; Lapinska, Anna, *Väsentliga ändringar i offentliga kontrakt*, Förvaltningsrättslig tidskrift, s. 89.

# Rättsfallsförteckning

## *EU-domstolen*

Mål C-91/08, Domstolens dom (stora avdelningen) den 13 april 2010. Wall AG mot La ville de Francfort-sur-le Main och Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH.

Mål C-160/08, Domstolens dom (tredje avdelningen) den 29 april 2010. Europeiska kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland.

Mål C-454/06, Domstolens dom (tredje avdelningen) den 19 juni 2008. presstext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH och APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung.

Mål C-532/06, Domstolens dom (första avdelningen) den 24 januari 2008. Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon och Nikolaos Vlachopoulos mot Dimos Alexandroupolis m.fl.

Mål C-458/03, Domstolens dom (första avdelningen) den 13 oktober 2005. Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen AG.

Mål C-496/99 P, Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 29 april 2004. Europeiska kommissionen mot CAS Succhi di Frutta SpA.

Mål C-448/01, Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 4 december 2003. EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republik Österreich.

Mål C-278/01, Domstolens dom den 25 november 2003. Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien.

Mål C-59/00, Domstolens beslut (andra avdelningen) den 3 december 2001. Bent Mousten Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab.

Mål C-19/00, Domstolens dom (femte avdelningen) den 18 oktober 2001. SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo.

Mål C-337/98, Domstolens dom den 5 oktober 2000. Europeiska kommissionen mot Franska republiken.

Mål C-324/98, Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 7 december 2000. Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG, i närvaro av: Herold Business Data AG.

### ***Högsta förvaltningsdomstolen***

RÅ 2005 ref. 62.

### ***Kammarrätterna***

Kammarrätten i Sundsvalls dom, 31 maj 2013, mål nr. 1156-13.

Kammarrätten i Göteborgs dom, 15 mars 2013, mål nr. 6952-12.

Kammarrätten i Jönköpings dom, 20 juni 2012, mål nr. 437-446-12.

Kammarrätten i Stockholms dom, 18 juni 2012, mål nr. 1589-12.

Kammarrätten i Jönköpings domar, 20 september 2011, mål nr. 1367-11 och 1399-11.

Kammarrätten i Stockholms domar, 5 juli 2011, mål nr. 2058-11 och 2059-11.

Kammarrätten i Jönköpings dom, 25 november 2010, mål nr. 1941-10.

Kammarrätten i Jönköpings dom, 11 oktober 2010, mål nr. 1706-10.

Kammarrätten i Stockholms dom, 4 oktober 2010, mål nr. 928-10.

Kammarrätten i Sundsvalls dom, 29 september 2010, mål nr. 1829-10.

Kammarrätten i Göteborgs dom, 2 juni 2010, mål nr. 1132-10.

Kammarrätten i Stockholms dom, 29 september 2009, mål nr. 1807-09.

Kammarrätten i Jönköpings dom, 10 juli 2009, mål nr. 953-09.

Kammarrätten i Jönköpings dom, 28 augusti 2008, mål nr. 2016-08.

### ***Förvaltningsrätt***

Förvaltningsrätten i Stockholms dom, 23 januari 2012, mål nr. 23807-11.

### ***Tingsrätt***

Tingsrätten i Ångermanlands dom, 31 mars 2006, mål nr. T 2621-04.

***Konkurrensverket***

Konkurrensverkets beslut av den 3 mars 2010, Dnr 456/2009, "*Överträdelse av upphandlingsreglerna – avtal rörande äldreomsorg i Söderköpings kommun*".

Konkurrensverkets beslut den 6 december 2010, Dnr 582/2010, "*Sundsvall Arena AB:s upphandling av Himlabadet*".

---

# Bilaga

## Utdrag ur AMA AF 12 och RA AF 12

*Valda utdrag ur RA AF 12, Tillhörande råd och anvisningar till AMA AF 12.*

### **AFB UPPHANDLINGSFÖRESKRIFTER**

#### **AFB.2. Förfrågningsunderlag**

##### **AFB.23 Kompletterande förfrågningsunderlag**

Ange om och hur kompletterande handlingar kommer att tillhandahållas under anbudstiden och när dessa kommer att distribueras.

Kompletterande förfrågningsunderlag bör systematiseras på samma sätt som övriga uppgifter och lämnas i så god tid att anbudsgivare hinner ta hänsyn till dem i anbudet.

Vid offentlig upphandling gäller särskilda regler för komplettering av förfrågningsunderlag.

### **AFC ENTREPRENADFÖRESKRIFTER VID UTFÖRANDEENTREPRENAD**

#### **AFC.6 Ekonomi**

##### **AFC.61. Ersättning**

Ange under AFB.22. vilka mät- och ersättningsregler som ska gälla.

##### **AFC.611 Ersättning för ÄTA-arbeten**

Enligt AB 04 kap 6 § 6 ska värdet av ÄTA-arbeten beräknas enligt avtalad à-prislista, prissatt mängdförteckning eller annan avtalad debiteringsnorm.

Avtala därför om à-priser för arbeten som kan antas komma att förändras till sin omfattning. Bifoga i förfrågningsunderlaget formulär till à-prislista. Fastställ de procentsatser som ska gälla vid ersättning enligt självkostnadsprincipen, se AB 04 kap 6 § 9 punkt 8a och b.

##### **AFC.612 Ersättning för reglerbara mängder**

I de fall det föreligger svårigheter att före utförandet bestämma mängd för visst arbete kan det vara lämpligt att för detta ange en beräknad mängd som görs reglerbar. För anläggningsarbeten är det vanligt att avtal om à-priser för samtliga arbeten som ingår i entreprenaden.

Ange mängd som ska vara reglerbar.

### **AFC.614 Ersättning för kostnadsändring (indexreglering)**

Ange om kontraktssumman ska indexregleras och vilka regler som i så fall ska tillämpas.

### **AFC.62 Betalning**

#### **ADC.621 Betalningsansvar**

Ange om särskilda föreskrifter ska gälla för betalningsansvar, till exempel för av beställaren förbeställd vara eller förbeställt arbete. Se kommentar under AFC.1521.

#### **AFC.622 Betalningsplan**

Ange föreskrifter för upprättande av betalningsplan med tidpunkter för fakturering av kontraktssumman samt mervärdesskatt. Se AB 04 kap 6 § 12.

#### **AFC.623 Förskott**

Se AB 04 kap 6 §§ 13 och 22.

Ange

- under AFC.631 – i de fall förskott medges – förskottets storlek.
- Typ av säkerhet som fordras och hur återbetalning ska ske.

#### **AFC.624 Fakturering**

Se AB 04 kap 6 §§ 15-17.

Ange

- regler för fakturering av mervärdesskatt. I de fall omvänd skattskyldighet för byggtjänster gäller, ange att entreprenören inte ska fakturera mervärdesskatt
- Föreskrifter för utställande av fakturor, till exempel antal exemplar, vem fakturan ska ställas till och faktureringsadress
- om elektronisk fakturering ska tillämpas och vilka föreskrifter som ska gälla för sådan fakturering.

## **AFD ENTREPRENADFÖRESKRIFTER VID TOTALENTREPRENAD**

### **AFD.6 Ekonomi**

#### **AFD.61 Ersättning**

Ange under AFB.22 vilka mät- och ersättningsregler som ska gälla.

#### **AFD.611 Ersättning för ÄTA-arbeten**

Enligt ABT 06 6§ 6 ska värdet av ÄTA-arbeten beräknas enligt avtalad à-prislista, prissatt mängdförteckning eller annan avtalad debiteringsnorm.

Avtala därför om à-priser för arbeten som kan antas komma att förändras till sin omfattning. Bifoga i förfrågningsunderlaget formulär till à-prislista. Fastställ de procentsatser som ska gälla vid ersättning enligt självkostnadsprincipen, se ABT 06 kap 6 § 9 punkt 8a och b.

#### **AFD.612 Ersättning för reglerbara mängder**

I de fall det föreligger svårigheter att före utförandet bestämma mängd för visst arbete kan det vara lämpligt att för detta ange en beräknad mängd som görs reglerbar. För anläggningsarbeten är det vanligt att avtala om à-priser för samtliga arbeten som ingår i entreprenaden.

Ange mängd som ska vara reglerbar.

#### **AFD.614 Ersättning för kostnadsändring (indexreglering)**

Ange om kontraktssumman ska indexregleras och vilka regler som i så fall ska tillämpas.

#### **AFD.615 Slutavräkning**

#### **AFD.62 Betalning**

##### **AFD.621 Betalningsansvar**

Ange om särskilda föreskrifter ska gälla för betalningsansvar, till exempel för av beställaren förbeställd vara eller förbeställt arbete. Se kommentar under AFD.1521.

##### **AFD.622 Betalningsplan**

Ange föreskrifter för upprättande av betalningsplan med tidpunkter för fakturering av kontraktssumman sam mervärdesskatt. Se ABT 06 kap 6 § 12.

##### **AFD.623 Förskott**

Se ABT 06 kap 6 §§ 13 och 22.

Ange

- under AFD.631, i de fall förskott medges, förskottets storlek
- typ av säkerhet som fordras och hur återbetalning ska ske.

##### **AFD.624 Fakturering**

Se ABT 06 kap 6 §§ 15-17.

Ange

- regler för fakturering av mervärdesskatt. I de fall omvänd skattskyldighet för byggtjänster gäller, ange att entreprenören inte ska fakturera mervärdesskatt
  - föreskrifter för utställande av fakturor, till exempel antal exemplar, vem fakturan ska ställas till och faktureringsadress
  - om elektronisk fakturering ska tillämpas och vilka föreskrifter som ska gälla för sådan fakturering.
-