



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Patrik Alfredsson

Att upphandla kakan och ÄTA den också
- Entreprenadrättsliga ÄTA-arbetens förhållande till
ändringsregler i offentlig upphandling

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: HT 2015

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	4
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte och frågeställning	7
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod och teori	9
1.5 Material	10
1.6 Forskningsläge	12
1.7 Disposition	12
2 ENTREPRENADRÄTT OCH ÄTA-ARBETEN	13
2.1 Entreprenadavtalet och Allmänna bestämmelser	13
2.1.1 Allmänt om entreprenadavtalet	13
2.1.2 Standardavtalssystemet – AB 04 och ABT 06	14
2.1.3 Allmänt om vissa begrepp	15
2.1.3.1 Entreprenör	15
2.1.3.2 Beställare	15
2.1.3.3 Kontraktsarbete	16
2.1.3.4 Entreprenadformer	16
2.1.3.5 Upphandlingsformer	17
2.2 ÄTA-arbeten	17
2.2.1 Föreskrivna ÄTA-arbeten	17
2.2.1.1 Undantag för annan författning	19
2.2.2 Föranledda ÄTA-arbeten	20

2.2.3	ÄTA-arbeten i praktiken	21
3	BEDÖMNING AV ÄNDRING UNDER AVTALETS LÖPTID ENLIGT GÄLLANDE UPPHANDLINGSRÄTT	22
3.1	Syftet med reglering av offentlig upphandling	22
3.1.1	Likabehandlingsprincipen	23
3.1.2	Öppenhetsprincipen	23
3.1.3	Definition av byggtreprenadkontrakt	23
3.2	Väsentliga ändringar	24
3.2.1	Inledning	24
3.2.2	Presstext-målet	25
3.2.3	Villkor som möjliggjort godkännande av andra anbudsgivare eller antagande av annat anbud	26
3.2.4	Utökning av kontrakt	28
3.2.5	Ändring av den ekonomiska jämvikten mellan parterna	29
3.2.6	Möjlighet till ändringsklausuler	30
3.2.7	Oförutsedda omständigheter	31
3.3	Undantagsregler i LOU	32
3.3.1	Förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 4 kap. 8 § LOU	32
3.3.1.1	Kompletterande byggtreprenader	33
3.3.1.2	Upprepningar	35
3.4	ÄTA-arbetens som kompletterande byggtreprenader och väsentliga ändringar	36
4	ÄNDRINGSREGLER I DET NYA UPPHANDLINGSDIREKTIVET	40
4.1	Motiv bakom införandet av ändringsregler	40
4.2	Huvudregeln i art. 72	41
4.2.1	Konkurrensutsättning av väsentliga ändringar	41
4.2.2	Väsentliga ändringar	42
4.3	Undantagen i art. 72	43
4.3.1	Art. 72(2) Ändringar av mindre värde	43
4.3.2	(1)(a) - Ändringsklausuler och optioner	45
4.3.3	(1)(b) – Kompletterande byggtreprenader	46
4.3.4	(1)(c) – Oförutsebara omständigheter	47

4.4	Svenska förarbeten	48
5	ANALYS OCH SAMMANFATTANDE SLUTSATSER	50
5.1	Uppsatsens frågeställning och generella utgångspunkter	50
5.2	ÄTA-arbeten och gällande rätt.	50
5.2.1	Förhållandet till undantagen i 4 kap. 8 LOU	50
5.2.2	Kan ÄTA-arbeten utgöra väsentliga ändringar?	53
5.2.3	Finns oklarheter avseende gällande rätt?	55
5.3	ÄTA-arbeten och regler om ändring i nya upphandlingsdirektivet.	56
5.4	Sammanfattning – rättsläget och kvarstående oklarheter	59
5.5	Avslutande kommentar	60
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	62
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	66

Summary

This thesis aims to investigate the relationship between rules regarding the possibility to amend a contract in civil construction law and public procurement rules regarding changes of a contract during its term. In Swedish standard-form contracts the constructor is given the right to order additional works or changes to the contract works, commonly abbreviated as ÄTA-works. According to the standard-form contracts the contractor has both a right and an obligation to perform ÄTA-works prescribed by the constructor. This principal freedom to amend the contract stands in stark contrast to laws regarding public procurement, where the scope of possible amendments to a contract is limited by the principle of equal treatment and the principle of transparency.

Since possibilities of modifying a contract during its term is not expressly regulated in the Swedish law of public procurement (LOU) or the procurement directive the main focus of thesis is case law from the European Court of Justice regarding material changes of a public contract and procurement of additional works using negotiated procedure without prior publication in Chapter 4 § 8 LOU. As well as the new rules concerning modification of contracts during their term in art. 72 of the new directive 2014/24/EU.

The conclusions that can be drawn regarding current law are that an amendment to a works contract can be made if the amendment does not constitute a material change. If the amendment constitutes a material change a new award procedure has to be made. That is, unless the circumstances allow for the use of a negotiated procedure without prior publication.

It is unclear, in relation to case law from the EU-court, under what circumstances ÄTA-works constitutes a material change to the contract. Additional works or changes of high value in relation to the total value of the contract or those that exceed thresholds for public works contracts could however generally be assumed to constitute a material change. Furthermore, ÄTA-works that introduce terms that, had they been included in the original contract, could have allowed the participation of additional candidates or acceptance of another tender should be deemed material. However, further case law is required to better answer this question.

The rules of the new public procurement directive expressly allow for changes that are not material to be made without a new award procedure. The directive seemingly allows for ÄTA-works to be carried out without a new award procedure if the value of the change is below 15% of the contract sum and the thresholds set out in the directive. This is however limited to changes that do not alter the overall nature of the contract. Furthermore, the exemptions provided seemingly allow for a greater possibility of prescribing ÄTA-works even though they are to be considered material.

Some uncertainties remain regarding how to interpret the directive. Chiefly, the circumstances under which ÅTA-works are to be considered material according to article 72(4) and the types of changes that can alter the “overall nature of the contract”. There is therefore a need for case law addressing these questions.

Sammanfattning

Denna uppsats utreder förhållandet mellan entreprenadrättsliga ÄTA-arbeten och upphandlingsrättsliga regler gällande ändringar i ett upphandlat kontrakt under dess löptid. I ett entreprenadavtal tillerkänns beställaren principiellt en vidsträckt ändringsbefogenhet. Denna ändringsbefogenhet tar sig i standardavtalen AB 04 och ABT 06 form av beställarens rätt att föreskriva tilläggsarbete, ändringsarbeten eller avgående arbeten(ÄTA-arbeten) vilka entreprenören både har en rättighet och skyldighet att utföra. Denna ändringsfrihet står i skarp kontrast till de upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och öppenhet vilka begränsar möjligheten till ändringar av ett offentligt upphandlat kontrakt under dess löptid.

Då ändringar under löptiden inte är uttryckligt reglerat i LOU fokuserar utredningen på ÄTA-arbetens förhållande till EU-domstolens praxis om väsentliga ändringar och förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap 8 § LOU. Dessa ställs därefter i relation till den nya regleringen om ändringar av kontrakt under löptiden i art. 72 i dir. 2014/24/EU.

Av utredningen framkommer att ÄTA-arbeten enligt gällande rätt bör kunna beställas utan ny upphandling om den ändring som ÄTA-arbetet innebär inte är väsentlig. För det fall ett ÄTA-arbete utgör en väsentlig ändring enligt EU-domstolens praxis måste detta omfattas av undantaget för kompletterande byggtreprenader i 4 kap 8 § LOU för att en ny upphandling inte ska vara nödvändig.

När ett ÄTA-arbete utgör en väsentlig ändring enligt EU-domstolens praxis är inte klart. Enskilda tilläggsarbeten eller ändringar i storlek av runt 10 % av kontraktssumman eller sådana vilka överskrider tröskelvärden för byggtreprenadkontrakt bör dock vara väsentliga. Så även om tilläggs- eller ändringsarbeten kan antas påverkat vilken anbudsgivare som godkänts, eller vars anbud antagits i det ordinarie upphandlingstillfället. Ytterligare praxis behövs dock för att ge närmare svar på denna fråga.

Det nya upphandlingsdirektivet klargör rättsläget genom en uttrycklig huvudregel med innebörden att icke-väsentliga ändringar alltid får genomföras utan nytt upphandlingsförfarande. Då ändringar vars värde understiger 15 % av kontraktsvärdet inte är väsentliga om de inte ändrar kontraktets övergripande karaktär bör många typer av mindre ÄTA-arbeten kunna genomföras utan ny upphandling. Vidare bör undantagen för kompletterande byggtreprenader och oförutsedda omständigheter medge en något större möjlighet att utan nytt upphandlingsförfarande föreskriva ÄTA-arbeten vilka utgör väsentliga ändringar. Dock kvarstår vissa oklarheter rörande tolkning av det nya direktivet. Framförallt avseende väsentlighetsbedömningen enligt art. 72(4) och vad som konstituerar ändring av kontraktets övergripande karaktär. Det finns därför ett stort behov av klargörande praxis på området.

Förord

Fem år vid universitet har gått snabbt och det är hög tid för nya äventyr. Tanken var att detta förord skulle vara kort, opretentiöst och inte innehålla humoristiska citat från fiktiva personer.

Men men, the best-laid schemes o' mice an' men gang aft agley...

Utan inbördes ordning utgår ett synnerligen stort tack till:

- Min uppsatshandledare Henrik Norinder för all hjälp, motivation och allt tålamod under arbetet med denna uppsats. Jag vill också tacka för en Inception-baserad föreläsning om avtalsstruktur på grundkursen i handelsrätt under hösten 2010. Denna föreläsning var något av ett juridiskt uppvaknande och övertygade mig att juristprogrammet ändå var värt att prova. Cirkeln är nu sluten!
- All släkt och alla vänner för att ni ger mig mer glädje, vänskap och stöd än vad någon enskild människa förtjänar.
- Min pappa Mats Alfredsson, min bror Emil Alfredsson och min syster Lisa Alfredsson för att ni alltid finns där för mig. Ni är min största förebilder. Emil föräras även ett särskilt stort tack för idogt arbete med korrekturläsning av denna och flera andra uppsatser.
- Min mamma, Maggan Alfredsson, för allt jag varit, är och kommer vara. Min arma gärning tillägnas dig. Jag hoppas du ser och jag hoppas du är nöjd.

Jag vill även tacka:

- Boelspexet för alla de sena kvällar jag inte ångrat en sekund, för alla fantastiska människor jag lärt känna och minnen för livet. I synnerhet vill jag tacka chefsgrupperna 2013 och 2015. Vi ses i DFS!
- Lundakarnevalen 2014 för ett år av lika delar glädje, stress, ångest och eufori. Ett år som lärde mig att viktigast av allt är att full-göra sitt uppdrag! Uppdraget fullgjordes och nu så även studierna.

Dig, käre läsare, lämnar jag som sig bör med ett citat från en av vår tids stora fäder. Huruvida det i någon mån anspelar på min studietid i Lund låter jag vara osagt. Nåväl, three cheers for five years! Hurra, hurra, hurra!

"Success is 1 % inspiration, 98 % perspiration and 2 % attention to detail." - Phil Dunphy

Nedtecknat av Patrik Alfredsson

Vildanden, Lund

den 4 januari 2016

Förkortningar

AB 04	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader
ABT 06	Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader
Art.	Artikel
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BKK	Byggandets Kontraktskommitté
Dir.	Direktiv
Dnr	Diarienummer
EU	Europeiska unionen
EUF	Fördraget om Europeiska unionen (EU-fördraget)
EUT	Europeiska unionens (officiella) tidning
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget)
HD	Högsta Domstolen
Kap.	Kapitel
KKV	Konkurrensverket
LUF	Lag (2007:1092) om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
NJA	Nytt Juridiskt arkiv avd. 1 (rättsfall från Högsta Domstolen)
S.	Sida
Dnr	Diarienummer
ÄLOU	Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling
ÄTA-arbete	Ändrings-, tilläggs- och avgående arbeten

1 Inledning

1.1 Bakgrund

När två rättsområden möts kan ibland uppstå konflikter. Det kan röra sig om grundläggande principiella skillnader eller lagregler vilka inte utan stort huvudbry kan förenas med varandra. Särskilt svårt kan det bli när svenska rättsregler påverkas av eller har sin grund i EU-rättslig lagstiftning och praxis. Vid en offentlig upphandling av byggtreprenader möts två rättsområden som inte i alla lägen är särskilt lätta att förena. Ett exempel på detta är entreprenadrättsligt reglerade ÄTA-arbeten (ändrings-, tilläggs- och avgående arbeten).¹

I Sverige har entreprenadavtal traditionellt sett inte reglerats genom särskilda lagregler. Termen entreprenadavtal har således ingen legaldefinition och förekommer inte i svensk lagstiftning.² Istället har byggbranschen själv genom gemensamt utformade och i stort sett allmängiltiga standardavtal reglerat entreprenadavtalens utformning. Dessa standardavtal går under namnet Allmänna Bestämmelser och utformas av Byggandets Kontraktskommitté (BKK). Idag är gällande versioner AB 04 avseende utförandeentreprenader och ABT 06 avseende totalentreprenader.³ Då byggtreprenader ofta karaktäriseras av att de pågår under betydande tidsperioder och att det under dessa tidsperioder ofta uppkommer behov av ändringar, antingen på grund av oförutsedda omständigheter eller genom önskingar från beställare, finns det i dessa avtal ett speciellt regelsystem för vad som kallas ÄTA-arbeten. Dessa regler ålägger entreprenören både en rättighet och en skyldighet att genomföra de ändrings-, tilläggs-, och avgående arbeten som beställaren vill få utförda.⁴ Sådana ändringar är såpass vanligt förekommande att det närmast kan sägas vara mer regel än undantag att entreprenörens åtagande förändras under projektets gång. Behovet av ÄTA-arbeten är också stort då det är mycket svårt att förutse problem som kan uppkomma under entreprenadavtalets löptid.⁵

De regler som styr rättsområdet offentlig upphandling ställer höga krav på en upphandlande myndighet. Den upphandlande myndigheten har att tillämpa både svensk lagstiftning och EU-rättsliga regler. Detta innefattar att upprätthålla upphandlingsrättens grundläggande principer om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande i alla skeden av en offentlig upphandling. För en

¹ Jfr AB 04 2 kap. 3 § och ABT 06 2 kap. 3 §.

² Samuelsson 2011, s. 13. LOU är den enda svenska lag som närmar sig en definition av entreprenadavtal genom det i 2 kap. 3 § definierade begreppet ”byggtreprenadkontrakt”. Se vidare avsnitt 3.2.1.

³ Samuelsson 2011, s. 23.

⁴ Jfr AB 04 2 kap. 3 § och ABT 06 2 kap. 3 §; se vidare kapitel 2.

⁵ Eriksson & Hane: *Entreprenadupphandlingar* 2014:4, sid 33 f.; Samuelsson 2011, s. 115.

upphandlande myndighet innebär dessa krav att ett förfrågningsunderlag ska innehålla allt som en anbudsgivare behöver för att ta ställning till huruvida denne ska lägga ett anbud. Detta inkluderar att upphandlingsföremålet ska vara klart definierat. Efter det att en upphandling genomförts och avtal ingåtts finns således begränsningar för vad som kan ändras utan att det innebär likabehandlingsprincipen eller principen om icke-diskriminering åsidosätts.⁶

I LOU finns inga särskilda regler angående hur kontrakt får ändras under löptiden. Istället är det reglerna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering och EU-domstolens praxis om väsentliga ändringar som utgör ramen för hur ändringar under löptiden kan genomföras.⁷ Hur entreprenadrättsliga ÄTA-arbeten förhåller sig till dessa regler är dock oklart. Det nya upphandlingsdirektivet, dir. 2014/24/EU, innehåller i art. 72 särskilda regler avseende ändring av upphandlade kontrakt. Detta direktiv ska vara implementerat senast våren 2016. Frågan uppkommer nu huruvida det nya direktivet innehåller några ändringar från gällande rätt som får inverkan på hur ÄTA-arbeten hanteras upphandlingsrätligt.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att utreda hur entreprenadrättsliga ÄTA-arbeten förhåller sig till gällande lagstiftning om ändring av upphandlade kontrakt under löptiden, samt att utreda huruvida de nya reglerna om ändring av kontrakt under löptiden i 2014-års upphandlingsdirektiv innebär några förändringar jämfört med gällande rätt.

Målet är att utifrån utredningen analysera huruvida några problemområden kvarstår, alternativt huruvida nya tolkningssvårigheter uppkommer i och med det nya direktivet.

För att uppfylla detta syfte utgår utredningen ifrån följande frågeställningar. Dessa kommer utgöra grunden för den fortsatta utredningen:

1. Hur förhåller sig entreprenadrättsliga ÄTA-arbeten till gällande rätt om ändringar av upphandlade kontrakt under löptiden?
2. Hur förhåller sig entreprenadrättsliga ÄTA-arbeten till reglerna artikel 72 i det nya upphandlingsdirektivet om ändring av upphandlade kontrakt under löptiden?
3. Medför det nya upphandlingsdirektivet några ändringar av rättsläget avseende förhållandet mellan ändringar av kontrakt under löptiden och entreprenadrättsliga ÄTA-arbeten?

⁶ Bergqvist m.fl. 2012, s. 30 f.

⁷ Sundstrand 2012, s. 295; Lagrådsremiss 2015, s. 745.

1.3 Avgränsningar

Denna uppsats är skriven för att utan svårighet kunna läsas av en person med en juridisk kunskap motsvarande en student på juristprogrammet. Då offentlig upphandling numera utgör ett obligatoriskt moment i grundutbildningen på juristprogrammet anser jag det motiverat att utgå ifrån att en läsare, oavsett specialisering, besitter en grundläggande kunskap om offentlig upphandling. Uppsatsen kommer därför inte innehålla en genomgång av upphandlingens olika faser, upphandlingsformer, tröskelvärden och så vidare. Dessa kommer beröras i detalj där uppsatsens syfte kräver det, exempelvis sker en grundläggande genomgång av förhandlat förfarande utan föregående annonsering, men i övrigt förutsätts läsaren redan besitta en grundläggande kunskap om och förståelse av rättsområdet.

Av ovan nämnda skäl kommer jag också endast i begränsad omfattning redogöra för de grundläggande principerna inom offentlig upphandling. De kommer endast att uppmärksammas för det fall att någon av dessa principer är direkt tillämplig eller ligger till grund för någon bedömning eller avgörande. Denna avgränsning motiveras av att uppsatsens syfte inte omfattar en närmare utredning av dessa grundläggande principer i annat fall än att de är av avgörande betydelse för frågeställningen. Då läsaren förutsätts ha en grundläggande förståelse av rättsområdet kan läsaren även förväntas ha en i vart fall yttlig förståelse av dessa grundläggande principers innebörd.

Denna uppsats berör både offentlig upphandling och entreprenadrätt och en del av framställningen utgör en genomgång av entreprenadrätten. Den kommer dock begränsas till en grundläggande genomgång av den entreprenadrättsliga regleringen med standardavtal samt en något djupare förklaring av ÄTA-arbetens roll och betydelse. Genomgången tjänar till att ge läsare som inte har tidigare erfarenhet av entreprenadrätt viss grund att stå på för den vidare utredningen, men ämnar inte vara heltäckande. Vissa intressanta gränsdragningsfrågor angående vilken typ av arbeten som utgör ÄTA-arbeten, när skyldighet inträder för beställare respektive entreprenör, och när ÄTA-arbeten anses beställda kommer inte beröras i annat fall än att de är av intresse för den upphandlingsrättsliga bedömningen. Detta motiveras dels av brist på utrymme och dels på grund av att denna framställning i huvudsak är upphandlingsrättslig. Syftet och frågeställningen är upphandlingsrättslig och entreprenadrätten berörs således som ett led i att besvara den grundläggande frågeställningen.

Här bör också poängteras att utredningen begränsas till entreprenader vilka lyder under AB 04 och ABT 06. Denna pragmatiska begränsning motiveras av att majoriteten av alla entreprenader i Sverige som upphandlas med anbudskonkurrens har Allmänna bestämmelser som avtalsgrund⁸, samt att dessa avtal utgör det närmaste vi kan komma en allmängiltig reglering av

⁸ Samuelsson 2011, s. 23.

ÄTA-arbeten, och därför utgör den naturliga jämförelsepunkten för utredningen.

Vid utredningen av gällande lagstiftning kommer LOU vara huvudsakligt föremål för genomgången. Det kommer inte att göras någon redogörelse för motsvarande bestämmelser i LUF då dessa regler är i det närmaste identiska med reglerna i LOU. En sådan genomgång skulle därför inte tillföra något väsentligt till utredningen. Förekommande skillnader kommer endast uppmärksammas för det fall att de är av intresse för framställningen.

Uppsatsen kommer också avgränsas mot ändringar av ramavtal under löptiden. Ändringar av ramavtal kommer lyda under det regelsystem uppsatsen berör, det vill säga art. 72 i det nya upphandlingsdirektivet.⁹ Frågor angående ändring av ramavtal faller dock utanför uppsatsens syfte och kommer därför endast att nämnas i den mån det är av värde för utredningen i övrigt.

Vidare avgränsas uppsatsen till upphandlingar vilka omfattas av direktivsreglerna. Således kommer inte redogöras för bland annat möjligheter till direktupphandling av mindre kontrakt i 15 kap. LOU. Denna avgränsning motiveras av att uppsatsens syfte är att utreda skillnader avseende hantering av ÄTA-arbeten i gällande rätt respektive det nya upphandlingsdirektivet. Upphandling som faller utanför direktivet omfattas således inte av uppsatsens syfte.

Även om det hade gett en intressant synvinkel på ett svenskt juridiskt problem kommer uppsatsen på grund av utrymmesskäl uppsatsen inte innehålla några komparativa moment.

1.4 Metod och teori

För att uppfylla ovan beskrivna syfte och frågeställningar kommer uppsatsens utredning i huvudsak ske med en rättsdogmatisk metod. Som stöd till denna metod kommer i vissa skeden användas en EU-rättslig metod. Ovan beskrivna metodval förklaras och motiveras på följande sätt.

Med rättsdogmatisk metod menas att tillämparen utifrån en konkret problemställning använder sig av enligt rättskälleläran givna rättskällor för att tolka gällande rätt.¹⁰ De rättskällor som här åsyftas är i första hand auktoritativa källor såsom lag, förarbeten och praxis, samt i andra hand doktrin, handelsbruk och sedvänja.¹¹ Den rättsdogmatiska metoden tar sikte på att analysera en rättsregel eller ett regelsystem utifrån givna rättskällor och därigenom utreda vad som utgör gällande rätt. Denna metod anser jag vara bäst lämpad för att besvara min angivna frågeställning d.v.s. hur ÄTA-arbeten hanteras i gällande rätt.

⁹ Jfr art. 72 dir. 2014/24/EU; Lagrådsremiss 2015, s. 744.

¹⁰ Korling & Zamboni 2013, s. 24 och s. 29.

¹¹ Lehrberg 2010, s. 87 ff.; Jareborg, SvJT 2004, s. 1 ff.

Det går dock inte att bortse från att rättsområdet offentlig upphandling härstammar ifrån EU-rätten.¹² Således kan en traditionell rättsdogmatisk metod, vilken endast tar hänsyn till svenska rättskällor, inte fullt uppfylla uppsatsens frågeställning. Därför måste EU-rättslig metodlära beaktas vid besvarandet av uppsatsens frågeställningar, i synnerhet vid besvarandet av dess andra frågeställning då denna uteslutande gäller EU-rätt. Först och främst måste beaktas bindande EU-rättskällor. Det vill säga primärrätten (de grundläggande fördragen), bindande sekundärrätt (förordningar och direktiv), rättighetsstadgan samt allmänna principen.¹³ Dessa tillsammans med EU-domstolens och tribunalens praxis är rättstillämparens skyldig att rätta sig efter. Ett särdrag från den svenska rätten är att oskrivna källor som rättspraxis och allmänna principer tillmäts en betydligt större betydelse.¹⁴ EU-domstolen innehar här också en större normgivande roll än svenska domstolar. EU-domstolen använder en ändamålsenlig tolkning av de EU-rättsliga regelverket för att lösa tillämpningsproblem vilka i många fall uppstår på grund av att bestämmelser kan vara vaga eller målinriktade.¹⁵

Den EU-rättsliga metoden innebär att tillämparen måste tolka och analysera EU-rätten efter ovan nämnda rättskällor. Det är här viktigt att betrakta EU-rätten som en autonom rättsordning som existerar dels på en gemensam nivå men också på en separat nationell nivå.¹⁶ När de EU-rättsliga rättskällorna analyseras måste det således göras med beaktande av att man rör sig i ett eget rättssystem och därmed detta systems särdrag. I denna uppsats ses inte den EU-rättsliga metoden som särskild ifrån den rättsdogmatiska metoden. Jag anser att EU-rättsliga metoden istället bör kunna ses som en metod för att hantera EU-rättsliga rättskällor inom ramen för en rättsdogmatisk metod.¹⁷

1.5 Material

Då entreprenadrätten i stort saknar lagstiftning utgår jag i uppsatsens entreprenadrättsliga avsnitt ifrån de på området centrala standardavtalen AB 04 och ABT 06.¹⁸ Allmänna Bestämmelser under en längre tid har varit närmast synonymt med svensk entreprenadrätt utgår all litteratur på området ifrån dessa. Förvånansvärt nog är den svenska litteraturen rörande entreprenadrätt inte särskilt omfattande. En stor del av litteraturen på området riktar sig till praktiker, varför den juridiska analysen i alla lägen inte är särskilt långtgående.¹⁹ Av den litteratur som använts i denna uppsats utgör de flesta kommentarer till AB 04 och ABT 06, vilka innehåller en mer allmän entreprenadrättslig del som inledning. Från denna skara särskiljer sig

¹² Tidigare gällande, nu gällande och kommande LOU utgör implementering av EU-direktiv. Jfr dir. 2004/18/EU och dir 2014/24/EU.

¹³ Hettne & Eriksson 2011, s. 40.

¹⁴ Hettne & Eriksson 2011, s. 40.

¹⁵ Hettne & Eriksson 2011, s. 49.

¹⁶ Korling & Zamboni 2013, s. 110 f.

¹⁷ Korling & Zamboni 2013, s. 109.

¹⁸ Jfr Gorton 2010, s.149; Samuelsson 2011, s. 13; Johansson 2005, s. 10.

¹⁹ Jfr Samuelsson 2011, s. 29 ff.; Gorton 2010; s. 158 f.

Samuelsson som på ett mer utförligt sätt analyserar entreprenadavtalets rättsliga ställning som sådant. Samuelssons *Entreprenadavtal – särskilt om ändrade förhållanden* har därför utgjort ett särskilt viktigt verk i den entreprenadrättsliga genomgången. Här får också nämnas Höök, Hedberg och Johansson vilka bidragit med mer omfattande kommentarer till AB 04 och ABT 06. Att en viss avsaknad av djupgående juridisk litteratur kan märkas anser jag inte påverkar uppsatsens utredning i stort, då den entreprenadrättsliga delen inte syftar till att göra några större djupdykningar i här förekommande juridiska spørsmål.

Vid utredningen av LOU utgår jag ifrån de primära rättskällorna lagstiftning och tillhörande förarbete. Ett genomgående problem har varit att rättspraxis avseende frågan om ändring av upphandlade kontrakt under löptiden och direktupphandling av ÄTA-arbeten är väldigt begränsad. Mig veterligen har frågan inte prövats av HFD. Vissa relevanta domar från underrätter kommer dock att tas upp. Vad gäller dessa domar ska beaktas att de har ett begränsat prejudicerande värde. Även beslut från Konkursverket kommer att beröras, här kan särskilt nämnas beslutet om *Himlabadet*.²⁰ Även om sådana besluts status som rättskälla kan diskuteras utgör detta ett av få fall där ÄTA-arbeten berörs.

Då den upphandlingsrättsliga lagstiftningen har sin grund i EU-direktiv kommer även praxis från EU-domstolen att vara av högt värde. EU-domstolens praxis om väsentliga ändringar har här särskild relevans för frågeställningen då denna i nuläget utgör den enda direkta regleringen av ändringar under kontraktets löptid.

Likt vad gäller för entreprenadrätten kan det sägas finnas en liten brist på doktrin angående offentlig upphandling. Något som möjligen kan bero på att rättsområdet är så pass nytt och utvecklats i snabb takt på grund av anpassning till EU-rätten. Avseende förhållandet mellan ÄTA-arbeten och offentlig upphandling är även denna fråga sparsmakat utredd.²¹ Den har dock i svensk doktrin uppmärksammats av Bergkvist m.fl. i *Offentlig upphandling av entreprenader* och i begränsad omfattning av Falk i dennes kommentarer till LOU. Även ett antal artiklar från vetenskapliga juridiska tidskrifter har berört frågan. Här kan särskilt nämnas Hane. I europeisk doktrin på området har frågan i begränsad omfattning uppmärksammats av både Treumer, Hartlev och Arrowsmith.

Utredningen av det nya upphandlingsdirektivet baseras uteslutande på EU-rättsligt material. Primärrätt i form av direktivtext utgör utgångspunkten för utredningen. Då direktivet, med juridiska mått mätt, är förhållandevis nytt finns, förutom Arrowsmith, ännu inte någon tryckt litteratur som berör det. Det har dock publicerats en rad vetenskapliga artiklar i europeiska juridiska tidskrifter, såsom *Public Procurement Law Review*. Införlivandet av direktivet i svensk lagstiftning genom en ny upphandlingslag har dessvärre

²⁰ Konkursverkets beslut 2010-12-06 dnr 582/2010 (Himlabadet).

²¹ Bergkvist m.fl. 2012, s. 71 ff.

inte kommit så långt som kanske önskats. I skrivande stund finns en statlig offentlig utredning samt en Lagrådsremiss publicerad. Dessa kommer beröras men får snarast ses som en vägledning om hur man från svensk sida tolkar direktivet i detta skede. Med beaktande av dessa handlingars ställning som rättskälla, vilken är osäker i nuläget, finns det dock vissa uttalanden vilka kan vara intressanta att belysa.

1.6 Forskningsläge

ÄTA-arbetens förhållande till regler om ändring av avtal i offentlig upphandling har endast berörts i liten omfattning och detta under de senaste fem åren. Att forskningsläget ser ut som det gör beror troligtvis på att offentlig upphandling har varit under snabb utveckling de senaste tio åren. Bland annat har EU-domstolens praxis om väsentliga ändringar har tillkommit under denna tidsperiod. Frågan har inte varit av stort intresse för den akademiska världen utan har berörts av branschaktiva jurister, exempelvis John Hane.

1.7 Disposition

Kapitel 2 innehåller en grundläggande genomgång av de nu gällande standardavtal som reglerar entreprenadavtal samt en genomgång av viss allmän entreprenadrätt. Utredningen övergår sedan i en genomgång av regleringen av entreprenadrättsliga ÄTA-arbeten. Detta kapitel ska ge läsaren en förståelse för vad som utgör ÄTA-arbeten enligt AB 04 och ABT 06, men även hur dessa passar in i entreprenadavtalets uppbyggnad.

I kapitel 3 utreds möjligheterna till ändring av kontrakt under löptiden i LOU och EU-rättslig praxis. Fokus ligger här på EU-domstolens praxis om väsentliga ändringar samt undantagsregler i LOU. Här identifieras de oklarheter som finns angående ÄTA-arbeten och gällande rätt.

Kapitel 4 berör det nya upphandlingsdirektivet och de nya reglerna om ändring under löptiden i art. 72. Fokus kommer här ligga på EU-rättsligt tolkningsmaterial, samt den doktrin som idag finns tillgänglig. Svenska lagförarbeten kommer i viss mån beröras. Utredningen identifierar hur ÄTA-arbeten borde hanteras enligt det nya direktivet samt identifierar vissa återstående problemområden.

I kapitel 5 analyseras utredningen för att besvara den i kapitel 1 uppställda frågeställningen. I slutet av analysen ges också en avslutande kommentar.

2 Entreprenadrätt och ÄTA-arbeten

2.1 Entreprenadavtalet och Allmänna bestämmelser

2.1.1 Allmänt om entreprenadavtalet

Inom svensk rätt finns ingen legaldefinition av vad som utgör ett entreprenadavtal.²² Traditionellt sett har entreprenadavtalet karaktäriseras som ett avtal som rör arbetsbeting.²³ Avtalet har en utförande part, entreprenören²⁴, som för beställarens räkning ska utföra visst arbete som kan vara av stort varierande karaktär. Oftast rör det sig om uppförande av byggnader eller anläggningar, men kan också omfatta reparationsarbeten eller installationer.²⁵ Då arbetsbetinget kan vara allt ifrån en ett mindre husbygge till ett avtal om överlämnande av en funktionsduglig fabrik kan avtalsstrukturen också skilja sig betydligt.²⁶ Särskiljande från köpeavtalet är att arbetsprestationen utgör den övervägande delen av åtagandet.²⁷ Entreprenadavtalet har också såpass många särskiljande drag att det inte heller kan inordnas under uppdragsavtalen.²⁸ Huruvida det kan sägas utgöra en egen avtalstyp är dock inte säkert.²⁹

Samuelsson definierar entreprenadavtalet på följande sätt:

”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).”³⁰

Denna principiella öppenhet för ändringar kan sägas vara den enskilt största särarten hos entreprenadavtalet.³¹ Den ändringsbefogenhet som beställaren

²² Samuelsson 2011, s. 13 f.; Gorton 2010, s. 150. Anledningen till att jag här inte nämner definitionen av byggentreprenadkontrakt enligt LOU är att denna definition endast är avsedd för lagens tillämpningsområde. Se mer härom i avsnitt 3.2.1.

²³ Jfr Höök 2008, s. 11, Gorton 2010, s. 150; Hedberg 2007, s. 5, Samuelsson 2011, s. 13 ff.

²⁴ Se vidare 2.1.3.

²⁵ Jfr Höök 2008, s. 11, Gorton 2010, s. 150; Hedberg 2007, s. 5.

²⁶ Höök 2008, s. 11, Gorton 2010, s. 151.

²⁷ Johansson 2005, s. 9.

²⁸ Samuelsson 2011, s. 16 f.

²⁹ Jfr oliktsägande ställningstaganden i bl.a. Samuelsson 2011, s. 62; Bergqvist m.fl. 2012., s. 17; Hellner m.fl. s. 136.

³⁰ Samuelsson 2011, s. 17.

³¹ Samuelsson 2011, s. 17.

traditionellt tilldelas är ett särdrag hos entreprenadavtalet som inte finns motsvarad i andra typer av avtal.³² Anledningen till denna ändringsrätt är bland annat att entreprenadavtalet och arbetsprestationen ofta löper över en lång tid samt att det finns ett löpande behov av att skräddarsy produkten efter beställarens särskilda ändamål.³³ Att beställaren tillerkänns denna ändringsrätt kan också anses visa att entreprenadavtalet ofta förutsätter en löpande samverkan mellan avtalsparterna.³⁴ Öppenheten för ändringar gör att Samuelsson beskriver entreprenadavtalet som ett *öppet ramavtal*. Det vill säga att den definitiva prestationen definieras under löptiden genom de kompletteringar och beslut som görs av beställaren.³⁵

2.1.2 Standardavtalssystemet – AB 04 och ABT 06

Det saknas särskild reglering av entreprenadavtal i Sverige. Det enda undantaget är vissa särskilda bestämmelser om småhusentreprenader i konsumenttjänstlagen (1985:716).³⁶ Denna reglering är dock begränsad till uppförande och tillbyggnad av bostadshus i det fall tjänsten utförs av en näringsidkare åt en konsument.³⁷ Att särskild reglering saknas betyder dock inte att entreprenadavtal är undantagna från exempelvis allmänna avtalsrättsliga regler om avtalsslut i annat fall än att därom särskilt avtalats.³⁸ Entreprenadavtal är uttryckligt undantagna från köplagens (1990:921) tillämpningsområde, vilket gör att dess regler endast analogivis kan ge vägledning vid tolkning av ett entreprenadavtal.³⁹

Bristen på särskilda lagregler har gjort det nödvändigt för branschens parter att själva sätta upp de spelregler som ska gälla mellan beställare och entreprenör.⁴⁰ Således har det i Sverige utvecklats en omfattande formulärrätt baserad på standardavtal som går under namnet Allmänna bestämmelser. Dessa avtal tas fram av BKK vilket är förening bestående av en rad olika beställare och entreprenörer inom byggsektorn. Bland dessa kan nämnas Trafikverket, Sveriges kommuner och landsting, Sveriges byggindustrier samt större fastighetsägare såsom HSB.⁴¹ Målet med Allmänna bestämmelser är att skapa en rimlig balans mellan skyldigheter och rättigheter för både beställare och entreprenör.⁴² Denna eftersträvan efter balans har gjort att avtalen innehåller en stor mängd kompromisser mellan olika intressen, vilket

³² Hedberg 2007, s. 44.

³³ Höök 2008, s. 17; Johansson 2005, s. 199.

³⁴ Johansson 2005, s. 199; Hellner m.fl. 2010, s. 140; Gorton 2010, s. 166 f.

³⁵ Samuelsson 2011, s. 115.

³⁶ Jfr 51-61 §§ konsumenttjänstlag (1985:716), Hedberg, 2007, s. 5

³⁷ 1 § konsumenttjänstlag (1985:716), Samuelsson 2011, s. 51.

³⁸ Jfr 1 § 2st avtalslag (1915:218).

³⁹ Jfr 2 § köplag (1990:931), Samuelsson 2011, s. 48 ff.

⁴⁰ Höök 2007, s. 5, Gorton 2010, s. 153.

⁴¹ Information om BKK hämtad på <http://www.foreningenbkk.org> (2015-10-12).

⁴² Jfr Förord till AB 04 och ABT 06.

i viss mån avspeglas genom en regelstruktur byggd på en tydlig huvudregel med flera undantag.⁴³

De idag gällande standardavtalen är AB 04 - för byggnads-, anläggnings-, och installationsentreprenader, samt ABT 06 – för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings-, och installationsentreprenader. AB 04 är avsett att användas vid utförandeentreprenader och ABT 06 avsett för totalentreprenader. Dessa avtal, med tillhörande dokument, har en sådan vid spridning och användning att de utgör det dominerande avtalsunderlaget för entreprenader inom Sverige.⁴⁴

2.1.3 Allmänt om vissa begrepp

2.1.3.1 Entreprenör

Nedan berörs några begrepp vilka är av mer central karaktär för en grundläggande förståelse av entreprenadrätt.⁴⁵

Entreprenör är ett vedertaget begrepp inom byggsektorn och entreprenadrätten.⁴⁶ Entreprenören kan i korthet sägas vara den som efter avslutad upphandling har fått uppdraget att utföra kontraktarbetet. Omfattningen av entreprenörens åtagande och ansvar varierar beroende på entreprenadform och enskilt avtal.⁴⁷ När man talar om offentlig upphandling av en entreprenad är entreprenören och leverantören i de allra flesta fall samma part. I den fortsatta framställningen används därför entreprenör och leverantör synonymt om inte annat påpekas.

2.1.3.2 Beställare

Även begreppet beställare är vedertaget inom byggsektorn och avser den som upphandlar en entreprenad, vara eller tjänst. I LOU och LUF används begreppet upphandlande myndighet på samma sätt.⁴⁸ För att undvika oklarheter kommer begreppet beställare användas vid den entreprenadrättsliga genomgången då det överensstämmer med hänvisad avtalstext. Men likt ovan sagt bör läsaren uppmärksamma att upphandlande myndighet enligt LOU också utgör beställare enligt AB 04 och ABT 06 vid upphandling av byggentreprenad.

⁴³ Jfr Hedberg 2007, s. 15 f.

⁴⁴ Samuelsson 2011, s. 23.

⁴⁵ Vid begreppsfrågor i övrigt hänvisas läsaren till begreppsbestämningar i AB04 s. 4 och ABT 06 s. 4, samt till Hedberg, 2007, s. 19 ff. Vidare hänvisas till Hedbergs ”*Entreprenadjuridik – Anvisningar och råd*” för en koncis och praktisk genomgång av entreprenadjuridik.

⁴⁶ Jfr exempelvis användandet av termen i AB 04 och ABT 06 samt dess föregångare.

⁴⁷ Bergqvist m.fl. 2012, s. 18; Se nedan om entreprenadformer.

⁴⁸ Bergqvist m.fl. 2012 s. 18.

2.1.3.3 Kontraktsarbete

Kontraktsarbeten är de arbeten som enligt kontraktshandlingarna ingår i entreprenörens åtagande.⁴⁹ Kontraktshandlingarna utgörs av kontrakt jämte handlingar som är fogade till dessa.⁵⁰ Exempel på sådana tillfogade handlingar kan vara ritningar eller beställningar av ÄTA-arbeten.⁵¹

2.1.3.4 Entreprenadformer

Inom svensk entreprenadrätt finns traditionellt två grundläggande entreprenadformer, utförandeentreprenad och totalentreprenad.⁵² Det är också mycket vanligt att ett större byggprojekt delas upp i olika delar varav en del kan genomföras som utförandeentreprenad och en andra del som totalentreprenad.⁵³ I AB 04:s begreppsbestämningar definieras en utförandeentreprenad som ”entreprenad eller del av entreprenad där beställaren svarar för projektering och entreprenören för utförande.”⁵⁴ I en utförandeentreprenad är det beställaren som tillhandahåller de tekniska lösningarna och entreprenören som utför arbetet utefter givna kontraktshandlingar(ritningar o.s.v.). Entreprenörens åtagande kan kort sagt begränsas till att fackmässigt utföra entreprenaden enligt de kontraktshandlingar denne blivit tilldelad.⁵⁵ I en utförandeentreprenad saknas således ett ansvar för att den färdiga produkten uppfyller beställarens önskade funktion så länge entreprenören fackmässigt följt givna anvisningar.⁵⁶

Begreppet totalentreprenad definieras i ABT 06 som ”entreprenad eller del av entreprenad där entreprenören i förhållande till beställaren ansvarar för projektering och utförande”⁵⁷. Vid upphandling av en totalentreprenad föreskriver beställaren en önskad funktion varefter entreprenören, som i detta fall benämns totalentreprenör, har att projektera och utföra arbetet.⁵⁸ I en totalentreprenad har entreprenören utöver ansvar för genomfört arbete även ett funktionsansvar, d.v.s. ett ansvar för att slutprodukten uppfyller den funktion som beställaren stipulerat i kontraktet.⁵⁹ Huruvida en entreprenad utgör totalentreprenad eller utförandeentreprenad avgörs inte av parternas benämning på avtalet, det är avtalets reella betydelse som är avgörande.⁶⁰

⁴⁹ Jfr begreppsbestämningar AB 04 och ABT 06, 1 kap. 1 § AB 04.

⁵⁰ Jfr begreppsbestämningar AB 04 och ABT 06, se också 1 kap. 2-3 § AB 04 angående kontraktshandlingars inbördes förhållanden.

⁵¹ Hedberg 2007, s. 21.

⁵² Deli 2012, s. 26 f.; Samuelsson 2011, s. 72.

⁵³ Deli 2012, s.26 f.; Samuelsson 2011, s. 74; se även NJA 2009 s. 388 om funktionsansvar i en utförandeentreprenad.

⁵⁴ Jfr Begreppsbestämningar i AB 04(Enligt förordet till AB 04 ska begreppsbestämningarna ses som vägledande vid tolkning och tillämpning av bestämmelser i avtalet).

⁵⁵ Samuelsson 2011, s. 72 f.; Andersson & Hedberg 2013, s. 17.

⁵⁶ Hedberg 2007, s. 13; Deli 2012, s. 27.

⁵⁷ Jfr Begreppsbestämningar i ABT 06.

⁵⁸ Samuelsson 2011, s. 72; Hedberg 2007, s. 13

⁵⁹ Jfr lydelsen i begreppsbestämningarna; Hedberg 2007, s. 13; Samuelsson 2011, s. 73, Berqkvist m.fl. 2007 s. 89.

⁶⁰ Andersson & Hedberg 2013, s. 17; Ossmer & Wollsn, s. 16.

2.1.3.5 Upphandlingsformer

De vanliga entreprenadrättsliga upphandlingsformerna kan sägas vara generalentreprenad, delad entreprenad, strimlad entreprenad och samordnad generalentreprenad.⁶¹ De utgör organisatoriska modeller för hur en byggentreprenad upphandlas och är ett hjälpmedel för att klargöra vilken administrativ position en entreprenör har.⁶² Upphandlingsformen kan variera oavsett om det är en utförandeentreprenad eller en totalentreprenad.⁶³

2.2 ÄTA-arbeten

Som framgår av den ovan nämnda definitionen av entreprenadavtalet är ändringar av arbetsbetinget en central del av detsamma och möjligen det som utgör det mest särskiljande draget mellan entreprenadavtalet och andra uppdragsavtal.⁶⁴ Johansson uttrycker det, om än enligt sin egen mening något tillspetsat, som att det inte är kontraktsarbetena som entreprenören åtar sig att utföra utan entreprenaden.⁶⁵ Ett uttalande som kan sägas klinga väl med definitionen av en entreprenad som kontraktsarbeten jämte förekommande ÄTA-arbeten.⁶⁶

Ändringsrätt regleras i AB 04 och ABT 06 genom särskilda regler om vad som utgör ÄTA-arbete och vilka skyldigheter som åläggs beställare och entreprenör vid beställning av dessa. ÄTA-arbeten är genom dessa regler ett väletablerat begrepp inom entreprenadrätten.⁶⁷ Det finns två typer av ÄTA-arbeten i AB 04 och ABT 06, föreskrivna ÄTA-arbeten och föranledda ÄTA-arbeten.⁶⁸

2.2.1 Föreskrivna ÄTA-arbeten

En entreprenör är både berättigad och skyldig att genomföra av beställaren föreskrivna ÄTA-arbeten.⁶⁹ Detta innebär att en entreprenör har rätt att få utföra alla ÄTA-arbeten. Entreprenören kan dock samtidigt inte neka utförandet av ett ÄTA-arbete, exempelvis på grund av brist på tid eller personal.⁷⁰ Föreskrivna ÄTA-arbeten ska skriftligen beställas innan de

⁶¹ Berqvist m.fl. 2007, s. 51 ff.; Deli 2012, s. 26 f.; Johansson 2005, s. 61. Det finns ytterligare variationer av dessa upphandlingsformer och vissa författare väljer att också definiera totalentreprenaden som en särskild upphandlingsform, jfr bl.a. Höök 2008, s. 37; Liman 1991, s. 33 ff.

⁶² Berqvist m.fl. 2007, s. 52 ff.; Johansson 2005 s. 61.

⁶³ Hedberg 2007, s. 12; Deli 2012, 26 f.

⁶⁴ Jfr Samuelsson 2011, s. 18.

⁶⁵ Johansson 2005, s. 199.

⁶⁶ Jfr begreppsbestämningar i AB 04.

⁶⁷ Bergkvist m.fl. 2007, s. 71.

⁶⁸ Föranledda ÄTA-arbeten benämns även som likställda ÄTA-arbeten. Jfr ordalydelsen i 2 kap. 4 § AB 04 resp. 2 kap. 4 § ABT 06.

⁶⁹ Jfr 2 kap. 3 § AB 04 och 2 kap. 3 § ABT 06.

⁷⁰ Hedberg 2007, s. 44.

påbörjas.⁷¹ Av beställaren föreskrivna ÄTA-arbeten måste överensstämma med definitionen som ges i begreppsbestämningarna för att entreprenörens skyldighet och rättighet avseende utförandet ska inträda.⁷²

I begreppsbestämningarna till AB 04 och ABT 06 definieras ÄTA-arbeten som:

*”Ändringsarbete, Tilläggsarbete som står i omedelbart samband med kontraktsarbetena och som inte är av väsentligt annan natur än dessa, samt Avgående arbete.”*⁷³

Denna definition utgör den primära gränsen för beställarens ändringsbefogenhet. En beställare som vill utöva sin ändringsbefogenhet måste alltså göra detta genom att beställa ett ÄTA-arbete.⁷⁴ Begreppen ändring, tillägg och avgående är komparativa i den mening att de får sin innebörd utifrån jämförelse med det ursprungliga uppdraget, d.v.s. kontraktsarbetena.⁷⁵

Avgående arbeten kan liknas vid en avbeställning från beställarens sida. Det rör sig om arbeten som ingick i kontraktsarbetena men som inte längre önskas av beställaren.⁷⁶ Det kan även gälla omfattande avbeställningar av arbete, exempelvis att minska storleken på en flygplats från två till en landningsbana under konstruktion.⁷⁷ Beställaren tillerkänns alltså här en stor avbeställningsrätt.

Ett ändringsarbete består i både ett avgående arbete och ett ersättande tilläggsarbete.⁷⁸ Det kan exempelvis röra sig om att beställaren väljer att ersätta ytmaterial(kakel, klinker o.s.v.) i ett badrum med ett dyrare sådant, att en dörröppning vidgas utifrån vad som gällde enligt ursprungliga kontraktshandlingar eller att en ny teknisk lösning önskas.⁷⁹ Ett ändringsarbete behöver inte i alla fall utgöra merarbete, vilket exempelvis är fallet då ändringen rör olika materialval.⁸⁰

Tilläggsarbeten är arbeten vilka alltid innebär att entreprenörens uppdrag utvidgas jämfört med det ursprungliga kontraktsarbetet.⁸¹ När det kommer till tilläggsarbeten inskränks dock beställarens ändringsrätt genom att tilläggsarbetena måste ha ett omedelbart samband till kontraktsarbetena och att dessa inte ska vara av väsentligt annan natur.⁸² Dessa rekvisit är

⁷¹ 2 kap. 5 § AB 04 och 2 kap. 5 § ABT 06.

⁷² Hedberg 2007, s. 44; Andersson & Hedberg 2013, s. 66 f.

⁷³ Jfr begreppsbestämningar i AB 04 respektive ABT 06.

⁷⁴ Samuelsson 2011, s. 118 f.

⁷⁵ Andersson & Hedberg 2013, s. 65.

⁷⁶ Andersson & Hedberg 2013, s. 71; Samuelsson 2011, s. 124.

⁷⁷ Hedberg 2007, s. 44; Samuelsson 2011, s. 132.

⁷⁸ Samuelsson 2011, s. 120; Anderson & Hedberg s. 68.

⁷⁹ Deli 2012, s. 66; Samuelsson s. 120; Andersson & Hedberg s. 68.

⁸⁰ Jfr Samuelsson 2011, s. 121.

⁸¹ Samuelsson 2011, s. 121; Andersson & Hedberg s. 66.

⁸² Jfr ovan angivna begreppsbestämning.

kumulativa, således måste båda två vara uppfyllda för att ett tilläggsarbete ska definieras som ett ÄTA-arbete.⁸³

Omedelbart samband föreligger om tilläggsarbetet är så nära förknippat med kontraksarbetet att de tillsammans utgör en teknisk helhet.⁸⁴ Exempelvis kan en tillkommande parkeringsficka på ett vägbygge anses ha ett omedelbart samband med kontraksarbetena. Men en ny delsträcka av samma motorväg, som inte ingick i kontraksarbetena, saknar omedelbart samband.⁸⁵ Om beställaren utan nackdel kan vänta med att utförandet av ett tilläggsarbete till dess att entreprenaden är färdig föreligger inget omedelbart samband.⁸⁶ I anslutning till ovan givna exempel borde den nya delsträckan utan svårigheter kunna genomföras efter att den grundläggande arbete färdigställts.

Arbeten av väsentligt annan natur kan exempelvis vara att en VVS-installatör inte kan åläggas att genomföra ett målningsarbete eller att en elektriker åläggs att utföra starkströmsarbeten för vilka denne inte har behörighet. Det är entreprenörens yrkeskompetens som troligtvis utgör gränsen för vad som utgör arbete av väsentligt annan natur.⁸⁷

2.2.1.1 Undantag för annan författning

Entreprenören har som sagt både en skyldighet och rättighet att utföra föreskrivna ÄTA-arbeten. Denna bestämmelse har dock ett, för offentlig upphandling viktigt, undantag i form av att skyldigheten och rättigheten endast inträder om inte annat följer av annan författning.⁸⁸

Ett exempel på när annat följer av annan författning specificeras i kommentaren till bestämmelsen i AB 04 på följande sätt:

”I lagen (1992:1528) om offentlig upphandling finns regler som i vissa situationer innebär att beställaren inte utan ny upphandling är berättigad att låta entreprenören utföra tillkommande arbeten.”⁸⁹

Detta undantag hänvisar till ÄLOU vilken är föregångare till LOU och LUF. Det faktum att ÄLOU sedermera ersatts av LOU och LUF innebär inget i sak för denna hänvisning.⁹⁰ I ABT 06 finns även samma hänvisning till reglerna om offentlig upphandling, här formuleras hänvisning dock inte direkt till ÄLOU.⁹¹ Det finns inga ytterligare exempel avseende vilka regler i offentlig

⁸³ Samuelsson 2011, s. 122.

⁸⁴ Kommentar till 2 kap. 3 § AB 04; Hedberg 2007, s. 44.

⁸⁵ Johansson 2005, s. 203.

⁸⁶ Kommentar till 2 kap. 3 § AB 04.

⁸⁷ Jfr Samuelsson 2011, s. 122; Johansson 2005, s. 204.

⁸⁸ Jfr 2 kap. 3 § AB 04 och 2 kap. 3 § ABT 06.

⁸⁹ Se sista stycket i kommentaren till 2 kap. 3 § AB 04.

⁹⁰ Se fotnot 64 i Bergqvist m.fl. 2012 s. 71.

⁹¹ Jfr kommentar till 2 kap. 3 § ABT 06 vilken endast hänvisar till regler vid offentlig upphandling. Troligen beror detta på att vetskapen om att ÄLOU vid avtalets skrivande snart skulle ersättas av ny lagstiftning.

rättslig lagstiftning som innebär att entreprenörens skyldighet och rättighet till utförande inte inträder. Det är en fråga som inte heller berörts i den entreprenadrättsliga doktrinen.⁹² Intressant är dock att BKK i kommentaren påpekar att det endast är tillkommande arbeten som omfattas av detta undantag. Någon särskild motivering till detta ställningstagande ges inte.⁹³ Bergqvist m.fl. finner dock detta undantag naturligt då en ändring både innebär ett tillkommande och ett avgående arbete vilket måste kostnadsregleras mellan parterna.⁹⁴

2.2.2 Föranledda ÄTA-arbeten

Utöver föreskrivna ÄTA-arbeten finns även föranledda ÄTA-arbeten. Det är fråga om merarbeten vilka i och för sig inte föreskrivs av beställaren men ändå är att likställa med dessa.⁹⁵

I AB 04 anges att föranledda ÄTA-arbeten utgörs av merarbete vilket föranleds av någon av där uppräknade grunder.⁹⁶ Den första grunden är oriktiga uppgifter enligt 1 kap. 6 § AB 04, för vilka beställaren ansvarar. Det kan röra sig om felaktiga ritningar, utsättningar eller tekniska lösningar.⁹⁷ Detsamma gäller om arbetsområdet eller andra förhållanden avviker från vad som ska förutsättas enligt 1 kap. 7 § AB 04. Bland annat kan så vara fallet om arbetsområdet avviker från det skick som förelåg vid anbudstidpunkten.⁹⁸ Den sista grunden är om förhållanden vid arbetsområdet, vid avsaknad av uppgifter, avviker från vad som vid anbudstillfället kan förutsättas vid en fackmässig bedömning enligt 1 kap. 8 § AB. Så kan exempelvis vara fallet om markförhållanden, så som förekomsten av berggrund, kraftigt avviker från vad som kunnat förutsättas enligt en fackmässig bedömning och att en föreslagen teknisk lösning därmed är ogenomförbar.⁹⁹

Föranledda ÄTA-arbeten härstammar inte så mycket från beställarens ändringsrätt som att de föranleds av brister i handlingar, tekniska lösningar eller ändrade förutsättningar på dennes sida. De är åtgärder som är nödvändiga och som får antas vara av karaktären att en beställare kunde ha föreskrivit korrigeringar genom reglerna för ÄTA-arbeten.¹⁰⁰

För föranledda ÄTA-arbeten gäller, med undantag av vissa formkrav för ersättning, samma regler som för föreskrivna ÄTA-arbeten.¹⁰¹ Enligt Andersson och Hedberg omfattas dock inte föranledda ÄTA-arbeten av

⁹² Hane - *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – en analys*.

⁹³ Hane - *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – en analys*.

⁹⁴ Bergqvist m.fl. 2012 s. 71.

⁹⁵ Deli 2012, s. 69.

⁹⁶ Jfr 2 kap. 4 § AB 04. Motsvarande regel finns i 2 kap. 4 § ABT 06 och här finns samma inbördes regelhänvisningar.

⁹⁷ Anderson & Hedberg 2013, s. 74; Samuelsson 2011, s. 126.

⁹⁸ Anderson & Hedberg 2013, s. 77; Samuelsson 2011, s. 126.

⁹⁹ Anderson & Hedberg 2013, s. 77; Samuelsson 2011, s. 126; angående fackmässighetsbedömning se vidare NJA 2015 s. 3.

¹⁰⁰ Anderson & Hedberg 2013, s. 74; Samuelsson 2011, s. 125.

¹⁰¹ Anderson & Hedberg 2013, s. 74; Deli 2012, s. 69.

kravet på omedelbart samband och väsentligt annan natur. Entreprenörens rättighet respektive skyldighet att utföra föranledda ÄTA-arbeten borde därför gälla utan undantag för det fall inga begränsningar föreligger enligt annan författning.¹⁰²

Avslutningsvis kan sägas att ersättning för ÄTA-arbeten ska bestämmas enligt en avtalad å-prislista, prissatt mängdförteckning eller annan avtalad debiteringsform. Alternativt ska ersättning av tillkommande arbete bestämmas enligt löpande räkning.¹⁰³

2.2.3 ÄTA-arbeten i praktiken

ÄTA-arbeten förekommer i alla entreprenader. Hane beskriver att det för beställare kan talas om en 80/20-princip. Med vilken menas att av den slutliga kostnaden för en byggentreprenad har 80 % utgjorts av den ursprungliga kontraktssumman och 20 % utgjorts av kostnaden för ÄTA-arbeten. Beställaren kan alltså i de flesta fall räkna med att en viss mängd ÄTA-arbeten kommer utföras.¹⁰⁴ Hedberg anser att en förväntan för tillkommande ÄTA-arbeten bör föreligga även hos entreprenören.¹⁰⁵ En förväntan till trots är det dock svårt att på förhand förutse vilka typer av ÄTA-arbeten som kan bli aktuella, både vad gäller deras art och omfattning. Bergqvist m.fl. beskriver situationen som att det finns en berättigad förväntan att ÄTA-arbeten tillkommer. Det är dock inte möjligt att förutse vad dessa förväntade ÄTA-arbeten kommer bestå i.¹⁰⁶ Detta beror på att det är svårt, om inte omöjligt, för en beställare att på förhand förutse och projektera för alla problem som kan uppkomma under en entreprenad, både avseende tekniska lösningar och yttre omständigheter. ÄTA-arbeten sker i praktiken ofta formlöst genom ritningsrevideringar och byggmöten. En stor mängd ÄTA-arbeten utgörs också ofta av mindre arbeten vilka beställaren eller av denne anställd konsult förbisett att inkludera i kontraktshandlingarna.¹⁰⁷

¹⁰² Anderson & Hedberg 2013, s. 74.

¹⁰³ Jfr 6 kap. 6-7 och 9 §§ AB 04; Samuelsson 2011, s. 142 f.

¹⁰⁴ Eriksson & Hane: *Entreprenadupphandlingar* 2014:4, s. 33 f.; Hane – *Direktupphandling av ÄTA-arbeten – en analys*. Ossmer och Wollén påpekar att totalentreprenader borde medföra färre ÄTA-arbeten, jfr Ossmer och Wollén 2007, s. 44.

¹⁰⁵ Hedberg 2007, s. 44.

¹⁰⁶ Hane - *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – en analys*; Bergqvist m.fl., s. 75; Eriksson & Hane: *Entreprenadupphandlingar* 2014:4, s. 32 ff.

¹⁰⁷ Bergqvist m.fl., s. 75; Eriksson & Hane: *Entreprenadupphandlingar* 2014:4, s. 32 ff.

3 Bedömning av ändring under avtalets löptid enligt gällande upphandlingsrätt

3.1 Syftet med reglering av offentlig upphandling

Den svenska regleringen av offentlig upphandling härstammar som bekant från EU-rätten.¹⁰⁸ Ett av unionssamarbetets grundläggande mål är att skapa en gemensam *inre marknad* i vilken gränsöverskridande handel mellan medlemsstaterna ska kunna ske utan hinder.¹⁰⁹ Denna inre marknad säkerställs genom principerna om fri rörlighet för varor, personer och kapital, friheten att tillhandahålla tjänster samt den fria etableringsrätten.¹¹⁰ De EU-rättsliga direktiven om offentlig upphandling har som huvudsyfte att genom ett samordnat förfarande för medlemsstaterna konkurrensutsättande av offentliga kontrakt uppfylla denna inre marknad och säkerställa ovan nämnda rättigheter.¹¹¹ I synnerhet gäller detta den fria rörligheten för varor och tjänster samt den fria etableringsrätten.¹¹² Detta samordnade upphandlingsförfarande ska ta bort hinder för ekonomiska aktörer, som exempelvis önskar sälja varor eller tjänster i en annan medlemsstat, genom att hindra att den upphandlade myndigheten ger företräde till nationella anbudsgivare eller låter sig styras av annat än rent objektiva skäl. På sådant sätt ska en öppen och fri konkurrensutsättning uppkomma inom hela unionen.¹¹³

Som ett utflöde ur det övergripande syftet att säkerställa en inre marknad och de grundläggande rättigheterna tillkommer de allmänna principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Dessa principer är centrala för att uppfyllandet ovan nämnda syfte.¹¹⁴ De är också av central betydelse för upphandlingsområdet och ska beaktas genom hela upphandlingsförfarandet. Principerna är likställda med primärrätt och deras betydelse för tolkning av båda nationell lagstiftning och direktiv kan inte nog understrykas.¹¹⁵ I LOU finns de allmänna principerna införlivade genom portalparagrafen i 1 kap 9 § LOU.

¹⁰⁸ LOU utgör införlivande av dir. 2004/18/EG.

¹⁰⁹ Pedersen 2013, s. 11; Sundstrand 2012, s. 34.

¹¹⁰ Art. 34 FEUF(fri rörlighet för varor), art. 45 EUF(personer), art. 63 FEUF(kapital), art 56 FEUF(frihet att tillhandahålla tjänster) och art. 49 FEUF(etableringsfriheten)

¹¹¹ Falk 2011, s. 35; Arrowsmith 2005, s. 181 ff.

¹¹² Falk 2011, s. 26; Poulsen m.fl. 2012, s. 28 f.

¹¹³ Sundstrand 2012, s. 60 f.; Falk 2011, s. 35 f.; Arrowsmith 2005, s. 183 ff.; Bovis 2012, s. 2 ff.

¹¹⁴ Sundstrand 2012, s. 42 f.; Rosén Andersson m.fl., *Lag om offentlig upphandling(1 juli 2015), kommentar till 1 kap. 9 §.*

¹¹⁵ 1 kap. 9 § LOU; Art. 2 i dir 2004/18/EG; Falk, 2011, s. 46; Sundstrand 2012, s. 42.

3.1.1 Likabehandlingsprincipen

EU-domstolen har uttalat att likabehandlingsprincipen utgör grunden för hela den gemensamma regleringen av offentlig upphandling.¹¹⁶ Principen innebär att alla leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt under hela upphandlingsförfarandet. Förutsatt att det inte finns objektiva skäl för särbehandling.¹¹⁷ Detta innefattar bland annat att ställda krav alltid ska upprätthållas, att regler ska tillämpas lika mot alla anbudsgivare och att alla anbudsgivare ska ges samma möjligheter till kompletteringar.¹¹⁸ Likabehandlingsprincipen innebär också att en upphandlande myndighet inte kan göra ändringar som innebär att olika villkor ställs upp mot olika anbudsgivare. Exempelvis kan inte ursprungliga kontraktsvillkor ändras under en förhandling på ett sätt som innebär att en anbudsgivare som avstått från att lämna anbud eller att ansöka skulle handlat annorlunda efter de nya förutsättningarna.¹¹⁹ Likabehandlingsprincipen gäller även ändringar efter tilldelning.¹²⁰

3.1.2 Öppenhetsprincipen

Öppenhetsprincipen återfinns likt likabehandlingsprincipen i LOU:s portalparagraf och benämns ibland som *transparensprincipen*.¹²¹ Öppenhetsprincipen utgör ett utflöde av och ett komplement till likabehandlingsprincipen. Principen säkerställer, genom krav på offentlighet, möjlighet till insyn i huruvida exempelvis likabehandlingsprincipen efterlevs.¹²² Bland annat förfaranderegler om annonsering, utformning av förfrågningsunderlag, utformning av specifikationer samt utvärderingskriterier finns till för att tillgodose kravet på transparens.¹²³ Principen innebär även det måste vara möjligt att uppfölja huruvida vinnande anbudsgivare följer de krav som har ställts upp.¹²⁴

3.1.3 Definition av byggtreprenadkontrakt

I LOU definieras ett byggtreprenadkontrakt på följande sätt:

”Med ett 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*

¹¹⁶ Se bl.a. C-243/89 *Stora Bältbron*, p. 33; C-470/99 *Universal Bau* p. 91-93; C-213/07 *Michaniki*, p. 45.

¹¹⁷ Prop. 2006/2007:128 s. 132; Bergqvist m.fl. 2013, s. 29; Sundstrand 2012, s. 43; C-21/03 och C-34/03 *Fabricom*, p. 27; C-210/03 *Swedish Match*, punkt. 70.

¹¹⁸ Falk 2011, s. 63 f.

¹¹⁹ Falk 2011 s. 64 f; Forsberg 2014 s. 209.

¹²⁰ Jfr Poulsen m.fl. 2012, s. 55 f. Se vidare avsnitt. 3.2.1.

¹²¹ 1 kap. 9 § LOU; Falk 2011 s. 65.

¹²² Jfr bl.a. C-92/00 *Hospital Inginiere* p. 45; C-275/98 *Unitron Scandinavia*, p. 31; C-324/98 *Telaustria och Telefonadress*, p. 60-62; Poulsen m.fl. 2012 s. 57 f.

¹²³ Falk 2011, s. 65 f; Poulsen m.fl. 2012 s. 57 f.

¹²⁴ Poulsen m.fl. 2012 s. 59.

2. *Medför att ett byggnadsverk realiseras, oavsett hur kontraktet utformas enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.*

*Med byggnadsverk avses det samlade resultat av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion.*¹²⁵

Undantaget ändringsbefogenhet finns klara likheter mellan denna definition och tidigare berörda civilrättsliga definition av byggtreprenadavtal.¹²⁶ Definitionen har i LOU betydelse för särreglering bland annat avseende tröskelvärden och undantagsbestämmelser.¹²⁷ Begreppet byggtreprenadkontrakt ska enligt EU-domstolen tolkas vidsträckt så att dess ändamålsenliga verkan säkerställs.¹²⁸ Då entreprenader vilka lyder under AB 04 och ABT 06 utgör utförande, eller både projektering och utförande av byggnadsverk, får här endast konstateras att det för uppsatsens utredning inte borde uppkomma några definitionsproblem.¹²⁹

3.2 Väsentliga ändringar

3.2.1 Inledning

Här är återigen värt att påminna läsaren om att utredningen rör genomförandefasen av ett offentligt tilldelat kontrakt. Det grundläggande upphandlingsförfarandet är således avslutat och ett tilldelningsbeslut har skett med beaktning av alla relevanta regler. Frågan är nu på vilket sätt kontraktet kan ändras under löptiden utan att det står i strid med det upphandlingsrättsliga regelverket. Varken LOU eller bakomliggande direktiv innehåller några uttryckliga regler avseende ändring av kontrakt under löptiden. Undantagsreglerna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan dock användas i vissa fall.¹³⁰

Det kan finnas många anledningar till att en upphandlande myndighet vill ändra förutsättningarna i ett upphandlat kontrakt. Detta gäller särskilt kontrakt av komplicerad natur och vilka ska löpa över lång tid.¹³¹ I många fall behövs ändringar på grund av nya tekniska lösningar, bristande handlingar eller omständigheter vilka gör att tekniska anpassningar behövs. Att så ofta är fallet vid entreprenader är tidigare konstaterat. I dessa projekt utgör ändringar ofta mer regel än undantag.¹³² Utanför offentlig upphandling utgör detta inte ett problem då avtalsfriheten gör att parterna i princip kan ändra avtalet hur som helst så länge de är överens. Ändringar av kontrakt vilket ingåtts genom

¹²⁵ 2 kap. 3 § LOU.

¹²⁶ Jfr avsnitt 2.1.1.

¹²⁷ Jfr exempelvis 3 kap. 1 § LOU.

¹²⁸ Bergqvist m.fl. 2012, s. 38.

¹²⁹ Jfr avsnitt 2.1.3.4.

¹³⁰ SOU 2014:51, s. 314 f. Se vidare under avsnitt 3.3.

¹³¹ Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 51 f.

¹³² Jfr Bergqvist m.fl. 2012, 74 f.; Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 51 f.

offentlig upphandling begränsas dock även efter tilldelning och under genomförandet av upphandlingsrättsliga principer och det är här EU-domstolens praxis om väsentliga ändringar blir av betydelse.¹³³

EU-domstolen har i sin praxis konstaterat att väsentliga ändringar i ett offentlig upphandlat kontrakt innebär att ändringen ska ses som en ny upphandling och ny kontraktstilldelning. Därmed riskeras att avtalet ogiltigförklaras och att den upphandlande myndigheten blir skadeståndsskyldig.¹³⁴ Bakom denna praxis ligger de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet. Att en upphandlande myndighet efter tilldelning skulle kunna ändra villkor och strukturer i det upphandlande avtalet utan begränsningar skulle göra upphandlingsförfarandet illusoriskt och därmed också inskränka dessa principer.¹³⁵

3.2.2 Pressetext-målet

Utgångspunkten för redogörelsen för EU-domstolens praxis om väsentliga ändringar måste ta avstamp i *Pressetext-målet*.¹³⁶ I korthet rörde målet ett långvarigt offentligt upphandlat avtal avseende nyhetsagenturtjänster vilket under kontraktperioden ändrats på flertalet olika sätt. I domen stadgade EU-domstolen innan sin bedömning i sak ett antal generella kriterier för när en ändring av ett kontrakt ska anses vara väsentlig.

Domstolen stipulerade till att börja med att ändringar av ett offentligt kontrakt under löptiden, i syfte att säkerställa insyn i förfaranden och likabehandling av anbudsgivare, ska anses utgöra en ny upphandling och ingående av ett nytt kontrakt om:

- I. De ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader¹³⁷ i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet, och
- II. följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet.¹³⁸

Vidare exemplifierades tre situationer vid vilka en väsentlig (eller betydande) ändring kan föreligga. Dessa var följande:

- I. om ändringen innebär att det förs in villkor som, om de funnits i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, hade gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes, eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs.¹³⁹

¹³³ Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 52; Treumer, P.P.L.R., 2012, 5, s. 153.

¹³⁴ Vaxenbäck och Lapinska - *Väsentliga ändringar i offentliga kontrakt*, FT 2013 nr 1.

¹³⁵ Jfr C-496/99 *Cas Fucchi di Frutta*, p. 119-121; Poulsen, P.P.L.R., 2012, 5, s. 170 f.

¹³⁶ C-454/06 *Pressetext*.

¹³⁷ ”materially different” i den engelska översättningen, jfr C-454/06 *Pressetext*, p. 34.

¹³⁸ Jfr C-454/06 *Pressetext*, p. 34; se också C-337/98 *Frankrike mot Kommissionen*, p. 44-46 vilket domstolen hänvisar till.

¹³⁹ Jfr C-454/06 *Pressetext*, p. 35.

- II. om ändringen medför att kontraktets tillämpningsområde väsentligen utsträcks så att det omfattar tjänster som inte först avsågs.¹⁴⁰
- III. om ändringen medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för anbudsgivaren på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet.¹⁴¹

Utgångspunkten för bedömningen får vara de kontraktsvillkor och den konkurrens som gällde vid upphandlingstillfället. Bedömningen ska således inte ske med utgångspunkt i förhållanden vid ändringstillfället.¹⁴² En följd av dessa kriterier blir att ändringar som inte är väsentliga är möjliga att göra utan att en ny upphandling behöver göras.¹⁴³

3.2.3 Villkor som möjliggjort godkännande av andra anbudsgivare eller antagande av annat anbud

Den första situationen som EU-domstolen berör i *Pressetext*-målet är när ett nytt villkor införs vilket, om det funnits med från början, hade kunnat påverka utgången eller vilken av anbudsgivarna som godkänts i det ursprungliga upphandlingsförfarandet. Ett exempel på ett sådant villkor är ändrad betalningsform i målet *CAS Fucchi di Frutta*.¹⁴⁴ Målet rörde en upphandling som genomfördes av Kommissionen i samband med en av Rådet antagen förordning om gratisleveranser av vissa jordbruksprodukter och livsmedel till bland annat Georgien, Armenien och Azerbadzjan. I upphandlingen fick anbudsgivarna lämna anbud på att leverera sex partier sylt. Som betalning skulle anbudsgivarna få äpplen och apelsiner ur EU:s interventionslager. Efter tilldelning upptäcktes att lagret av äpplen och apelsiner inte räckte varför betalning även utgick i form av persikor.¹⁴⁵

EU-domstolen ansåg att formen för betalning utgjorde ett väsentligt villkor i kontraktet.¹⁴⁶ Med hänsyn till likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen ansåg EU-domstolen att en ändring av ett sådant väsentligt villkor inte kunde göras utan uttryckligt stöd i kontraktet. Ändringsbestämmelser skulle då innehålla de omständigheter under vilka vissa kontraktsvillkor kan komma att ändras.¹⁴⁷ Ändringen ansågs vara sådan att den påverkade objektiviteten av förfarandet och därmed bedömningen av anbudsgivarna.¹⁴⁸

¹⁴⁰ Jfr C-454/06 *Pressetext*, p. 36.

¹⁴¹ Jfr C-454/06 *Pressetext*, p. 37.

¹⁴² Poulsen, P.P.L.R., 2012,5, s. 174 f.

¹⁴³ Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 54.

¹⁴⁴ C-496/99 CAS *Fucchi di Frutta*.

¹⁴⁵ C-496/99 CAS *Fucchi di Frutta*, se förstainstansrättens dom för fullständiga sakomständigheter.

¹⁴⁶ C-496/99 CAS *Fucchi di Frutta*, p. 117.

¹⁴⁷ C-496/99 CAS *Fucchi di Frutta*, p. 118-121.

¹⁴⁸ C-496/99 CAS *Fucchi di Frutta*, p. 121-122; jfr Arrowsmith, 2014, s. 581.

Ett ytterligare exempel är EU-domstolens dom i mål C-91/80 Wall. Målet rörde byte av underleverantör i ett koncessionsavtal. Företaget FES hade genom en av Frankfurt stad genomförd upphandling tilldelats ett koncessionsavtal rörande bland annat konstruktion och drift av två publika toaletter. Företaget Wall, som innehade flertalet patent avseende en viss typ av publika toaletter, hade först lämnat ett anbud på hela koncessionsavtalet. Detta anbud hade dock förkastats och Wall hade därefter ingått i FES vinnande anbud som underleverantör.¹⁴⁹ I koncessionsavtalet fanns uttryckliga bestämmelser om att underleverantör kunde bytas ut villkorat att det bytet godkändes av upphandlande myndighet.¹⁵⁰ Wall byttes sedermera ut mot en annan underleverantör som lämnat ett mer konkurrenskraftigt anbud till FES för konstruktionen av de två publika toaletterna.

EU-domstolen konstaterade att ändringar av väsentliga bestämmelser, med hänsyn till likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen, kan kräva ett nytt upphandlingsförfarande om ändrade bestämmelser visar upp en betydande skillnad och följaktligen visar på en vilja att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet. Vidare sades att en ändring i ett koncessionsavtal kan vara betydande om ett villkor införs vilket skulle gjort det möjligt att godkänna annan anbudsgivare eller anta ett annat anbud.¹⁵¹ Domstolen konstaterade att byte av underleverantör i undantagsfall kunde utgöra en väsentlig ändring trots att det i avtalet finns uttryckliga bestämmelser vilka tillåter sådana byten. Så var fallet när användningen av en underentreprenör eller annan var en avgörande faktor för tilldelning vid avtalets tecknande.¹⁵² Att så var fallet här framgick av den nationella domstolens utredning.

I doktrin har angetts att det vid prövning om ett villkor kunnat påverka upphandlingens utgång först måste prövas huruvida en ändring inneburit att en anbudsgivare som tidigare inte kunnat delta i upphandlingen, exempelvis på grund av högt ställda ekonomiska skall-krav, kunde varit med om de nya villkoren funnits med från början. Alternativt får prövas om ändringen av ett villkor hade kunnat påverka en anbudsgivares önskan att vara med i upphandlingen.¹⁵³ Sedan måste det prövas om ändringen är sådan att den påverkat upphandlingens utgång. Om ändringen inte medfört någon som helst påverkan på vilken av anbudsgivarnas anbud som var mest ekonomiskt fördelaktigt bör ändringen inte vara väsentlig. Det påpekas dock att denna bedömning är mycket svår, för att inte säga omöjlig, att göra flera år efter det ursprungliga upphandlingsförfarandet. Bedömningen i praktiken kan ofta förmodas bli spekulativ, exempelvis ”det kan inte uteslutas att ändringen påverkat resultatet”.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Jfr C-91/08 *Wall*, p. 12-17.

¹⁵⁰ Jfr C-91/08 *Wall*, p. 19-20.

¹⁵¹ C-91/08 *Wall*, p. 37-38; denna tolkning gjordes analogivis med hänvisning till C-454/06 *Presstext*.

¹⁵² C-91/08 *Wall*, p. 39.

¹⁵³ Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 54 f.

¹⁵⁴ Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 55.

3.2.4 Utökning av kontrakt

I ett mål mellan kommissionen och Tyskland hade EU-domstolen att ta ställning till huruvida ett utökande av ett kontrakt utgjorde en väsentlig ändring.¹⁵⁵ Bakgrunden var att Kommissionen mottagit klagomål från flera företag avseende upphandling av sjuktransporter i Tyskland.¹⁵⁶ De klagande hävdade att kontrakt rörande sjuktransporter i regel inte offentliggjordes på unionsnivå och att öppenhetsprincipen därmed inte beaktades. Vissa klagande gick så långt som att påstå att detta var ett uttryck för en allmän upphandlingspraxis i delstaten i fråga.¹⁵⁷ Detta ledde till en talan om fördragsbrott mot Tyskland.¹⁵⁸

Som en del av denna talan uppmärksammades ett avtal rörande sjuktransporter vilket upphandlats av kommunen Landkreis Uelzen år 1992. Detta avtal hade sedermera utvidgats till att omfatta driften av en ambulansstation i Bad Bevensen utan att denna ändring konkurrensutsatts.¹⁵⁹ Kontraktsvärdet för driften av ambulansstationen var cirka 673 720 euro, vilket i relation till kontraktets ursprungliga värde om 4,45 miljoner euro utgjorde 15% av det totala kontraktsvärdet, eller en ökning motsvarande cirka 18%.¹⁶⁰ Med hänvisning till domstolens motivering i *Pressetext*-målet konstaterades i fallet att ändringen i förevarande kontrakt, vars värde översteg då gällande gränsvärden i art. 7 i dir. 2004/18, var att anse som väsentlig.¹⁶¹ Hartlev och Wahl Liljenbøl påpekar att domstolen lägger emphasis på att kontraktsvärdet för tillägget vida översteg dåvarande gränsvärde och att tillägget var stort i relation till det värdet av det ursprungliga kontraktet.¹⁶²

Endast en väsentlig utsträckning av ett kontrakt är att anse som betydande och därmed utgörande av en väsentlig ändring. I doktrinen har framförts att den punkt varvid en utsträckning av kontraktet är att anses som väsentligt borde variera beroende på kontraktets värde. Vid ett större kontrakt skulle tillägg av högre värde men som i proportion till kontraktets storlek är små kunna vara tillåtna. Detta motiveras av att ändringar som är av liten storlek i förhållande till kontraktet kan förmodas inte märkvärt påverkat resultatet av den tidigare upphandlingen. Det förordas alltså en viss proportionalitetsbedömning.¹⁶³ Det anmärks dock att detta torde gälla så länge en ändring inte kan ge upphov till en egen upphandling i det att utökningens faktiska värde överskrider gällande gränsvärden i direktiven. Exakt hur bedömningen ska gå till framstår dock, baserat på EU-domstolens praxis, som något oklar.¹⁶⁴ Hartlev och

¹⁵⁵ C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland*.

¹⁵⁶ Jfr C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 18.

¹⁵⁷ Jfr C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 24-25.

¹⁵⁸ Jfr C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 1.

¹⁵⁹ Jfr C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 98.

¹⁶⁰ Jfr C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 32 och 100; Vaxenbäck och Lapinska - *Väsentliga ändringar i offentliga kontrakt*, FT 2013 nr. 1.

¹⁶¹ Jfr C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 100-101.

¹⁶² Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 56.

¹⁶³ Jfr Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 55; Arrowsmith 2014, s. 583.

¹⁶⁴ Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 55 f; jfr ovan nämnda C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 100; Arrowsmith, 2014, s. 583.

Liljenbøl menar vidare att om en utökning ryms inom det upphandlande kontraktet borde detta tala för att ändringen inte är väsentlig, exempelvis om en möjlig utökning är beskriven i förfrågningsunderlaget och därigenom konkurrensutsatts.¹⁶⁵

3.2.5 Ändring av den ekonomiska jämvikten mellan parterna

En ändring av kontraktets ekonomiska jämvikt kan enligt EU-domstolen utgöra en betydande ändring.¹⁶⁶ EU-domstolen konstaterar i *Pressetext*-målet att pris utgör ett viktigt villkor i ett offentligt kontrakt och att ändringar av detta utan uttryckligt stöd i det ursprungliga kontraktet utgör en betydande ändring.¹⁶⁷ Priset utgör också en viktig parameter för konkurrensen.

I *Pressetext*-målet tog domstolen bland annat ställning till huruvida en ändring av pris innebar en förändring av den ekonomiska jämvikten. I målet skedde under kontraktets löptid, i och med Österrikes inträde i EMU-samarbetet, en övergång av den valuta i vilken ersättning erlades till euro. I samband med övergången sattes vissa priser ned mellan 0,3 % och 3 % för att underlätta beräkningar.¹⁶⁸ Prisförändringen var till leverantörens nackdel, vilket denne samtyckt till och genomfördes bland annat för att underlätta fakturering. Beräkningen av prissänkningen skulle ske genom de bestämmelser för omräkning och indexering som normalt tillämdes för liknande kontrakt.¹⁶⁹

EU-domstolen konstaterade att pris utgör ett väsentligt villkor i offentligt upphandlade kontrakt. En ändring av ett sådant villkor innebär således att likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen inskränks om inte ändringen var uttryckligt tillåten enligt bestämmelser i kontraktet.¹⁷⁰ Domstolen medgav dock att en justering av priserna i ett kontrakt vid omräkning av valuta kan vara tillåtlig förutsatt att ändringen är ytterst liten och grundar sig på en objektiv förklaring. Att underlätta faktureringen ansågs utgöra en sådan objektiv förklaring. Att ändringar gjordes till den upphandlande myndighetens fördel och att de var baserade på normalt tillämpade omräknings- och indexeringsbestämmelser ansågs också avgörande för bedömningen.¹⁷¹

Detta avgörande kan ställas i kontrast till tidigare nämnda *Cas Fucchi di Frutta*, där utbytbarheten mellan de olika frukterna var att anse som en ändring vilken förändrade den ekonomiska jämvikten.¹⁷²

¹⁶⁵ Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 56. Se vidare nedan om möjliga undantag i avsnitt 3.2.5.

¹⁶⁶ Jfr C-454/06 *Pressetext*, p. 37.

¹⁶⁷ Jfr C-454/06 *Pressetext*, p. 59-60; se också C-496/99 *CAS Fucchi di Frutta*, p. 117-118.

¹⁶⁸ Jfr C-454/06 *Pressetext*, p. 62.

¹⁶⁹ Jfr C-454/06 *Pressetext*, p. 62.

¹⁷⁰ Jfr C-454/06 *Pressetext*, p. 60.

¹⁷¹ Jfr C-454/06 *Pressetext*, p. 60, 62 och 64.

¹⁷² Se under avsnitt 3.2.2.

Frågan har även prövats av kammarrätten i Göteborg.¹⁷³ I målet hade Trelleborgs kommun upphandlat byggnadstjänster av Erlandsson Bygg AB. I förfrågningsunderlaget var angivet att indexering av timpriser inte skulle ske under avtalet första två år. Avtalets påbörjande blev dock fördröjt på grund av överklaganden och efterföljande rättprocesser. På grund av denna fördröjning tillät den upphandlande myndigheten Erlandsson Bygg att, trots uttryckliga kontraktsvillkor, höja sina priser med mellan 2,73-5,52 %. Prishöjningen baserades på Erlandsson Byggs uppskattning av storleken på deras omkostnader.¹⁷⁴ Med hänvisning till EU-domstolens resonemang i *Pressetext*-målet fann kammarrätten att denna ändring innebar en ändring av den ekonomiska jämvikten och att den därmed var väsentlig. Avgörande för bedömningen var att justeringen endast gjordes på grundval av entreprenörens uppskattningar, varför ökningen var till dennes fördel.¹⁷⁵

Att ändringen är till fördel för leverantören förefaller vara avgörande för bedömningen.¹⁷⁶ I doktrin påpekas att exakt vad som utgör den ekonomiska jämvikten i ett kontrakt är svårbedömt. Men det borde innebära att jämvikten inte sätts ur spel i de fall den ökade ersättningen står i paritet till en ökning av omfattningen av exempelvis en utförd tjänst. Om priset höjs på grund av att leverantörens åtagande ökar i motsvarande omfattningen bör den ekonomiska jämvikten i avtalet vara densamma, något som då självklart måste göras med beaktning av övriga kriterier i *Pressetext*-domen.¹⁷⁷ Poulsen påpekar här att ersättningsberäkningen borde vara likadan som i det ursprungliga kontraktet.¹⁷⁸ Det borde också gälla att en prissänkning i regel inte utgör en ändring av den ekonomiska jämvikten. Att leverantören får mindre ersättning än avtalat borde inte påverka konkurrensen. Så bör vara fallet så länge en motprestation, exempelvis i form av en förlängning av kontraktet, inte ger leverantören en fördel.¹⁷⁹

3.2.6 Möjlighet till ändringsklausuler

I doktrin har diskuterats huruvida ändringsklausuler kan medge att en väsentlig ändring ska anses vara tillåten. I *Pressetext*-målet angav domstolen att huruvida en ändring ligger inom ramen för i kontraktet intagna ändringsbestämmelser kan ha betydelse för bedömningen om ändringen ska anses vara väsentlig.¹⁸⁰ Ett utnyttjande av i kontraktet införda ändringsklausuler borde således inte innebära en väsentlig förändring av

¹⁷³ Kammarrätten i Göteborg, mål nr. 6952-12.

¹⁷⁴ Jfr procentsatser angivna i skiljaktiga mening, Kammarrätten i Göteborg, mål nr. 6952-12.

¹⁷⁵ Ordföranden var dock skiljaktig. Se fotnot ovan.

¹⁷⁶ Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 56 f.

¹⁷⁷ Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 56 f.; Arrowsmith 2014, s. 585; Poulsen, P.P.L.R., 2012,5, s. 183.

¹⁷⁸ Poulsen, P.P.L.R., 2012,5, s. 183.

¹⁷⁹ Jfr Poulsen, P.P.L.R., 2012,5, s. 183.

¹⁸⁰ Jfr C-454/06 *Pressetext*, p. 84; se också diskussionen i C-496/99 CAS *Fucchi di Frutta*, p. 118; Arrowsmith 2014, s. 586 f.

avtalet, utan endast ett användande av tidigare överenskomna villkor. Detta borde dock inte innebära att alla sorters ändringar är tillåtna så länge risken för dessa på något sätt finns uttryckt i avtalet. En öppen ändringsklausul torde således inte innebära en rätt att utföra vilka ändringar som helst.¹⁸¹

Ett exempel på när en ändring ansågs väsentlig trots tydlig och uttrycklig ändringsklausul i avtalet var tidigare nämnda mål C-91/08 *Wall*. I målet innehöll avtalet en uttrycklig ändringsklausul som medgav byte av underleverantör. I målet framgick av utredningen att just den specifika underleverantören var en avgörande faktor i varför anbudet antagits. Således utgjorde en ändring på denna punkt en väsentlig ändring trots att kontraktets bestämmelser följts.¹⁸²

En faktor som bör vara av betydelse är hur specifik en ändringsklausul är avseende vilka typer av ändringar som kan komma i fråga och om den anger under vilka förhållanden dessa ändringar kan komma att ske. Om villkoren för när en ändringsklausul kan komma att användas är tydliga, förutsebara och objektivt försvarbara bör ett större utrymme att utnyttja sådana finnas. Om så är fallet kan förmodas att möjligheten till ändring varit klar för alla anbudsgivare och därför inte påverkas i lika hög utsträckning.¹⁸³ Arrowsmith anser att ändringar enligt en ändringsklausul föredragsvis borde ske genom en förutbestämd mekanism vilken är bindande för båda parter. Användandet av ändringsklausuler bör alltså inte kräva ytterligare förhandling mellan parterna.¹⁸⁴

Vidare anför Arrowsmith att om klausuler medger en utökning av tjänsterna i kontraktet bör de nya tjänsterna vara så lika de tidigare upphandlade tjänsterna som möjligt. Ju större skillnader mellan tillägg och tidigare tjänster, desto större risk att ändringen anses vara väsentlig. Vidare anser Arrowsmith att det här borde vara möjligt att ta hänsyn till viss branschpraxis avseende möjligheter till utökning av ett kontrakt samt hur dessa normalt brukar beställas. Detta bör ses i relation till EU-domstolen praxis om utökning av kontraktet.¹⁸⁵

3.2.7 Oförutsedda omständigheter

Argument har också framförts för att det i undantagsfall borde finnas en möjlighet för upphandlande myndighet att genomföra väsentliga ändringar även i fall då någon ändringsklausul inte finns i kontraktet. Argumentationen bygger här på den allmänna proportionalitetsprincipen inom EU-rätten vilken kan vara av särskild relevans vid inträffande av oförutsebara omständigheter. Om ändringar i ett upphandlat kontrakt blivit nödvändiga på grund av oförutsedda omständigheter och där en ny konkurrensutsättning innebär ett

¹⁸¹ Arrowsmith 2014, s. 586 f.

¹⁸² Jfr C-91/08 *Wall*, p. 37-39; se tidigare avsnitt 3.2.2.

¹⁸³ Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 73.

¹⁸⁴ Arrowsmith 2014, s. 586 f.; jfr också Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 73.

¹⁸⁵ Arrowsmith 2014, s. 588 f.; jfr C-454/06 *Pressetext*, p. 36.

avbrottet i den upphandlade tjänsten eller kostnaden för ett nytt förfarande blir oproportionerligt stora borde ett kontrakt kunna ändras i den mån det är nödvändigt. Huruvida denna möjlighet föreligger baserat på grundläggande principer är inte klart. Det kan dock noteras att en liknande regel finns i det nya upphandlingsdirektivet.¹⁸⁶

3.3 Undantagsregler i LOU

3.3.1 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 4 kap. 8 § LOU

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering regleras i LOU:s fjärde kapitel. Dessa regler ger en upphandlande myndighet möjligheten att i vissa specialfall genomföra en upphandling utan att annonsera.¹⁸⁷ I praktiken blir detta således att likställa med en direktupphandling.¹⁸⁸ Reglerna baseras på art. 31 i dir. 2004/18/EG och utgör enligt EU-domstolen en uttömmande lista avseende tillåtliga direktupphandlingssituationer.¹⁸⁹ Reglerna ska, i egenskap av undantagsregler, tolkas restriktivt. Det är alltid den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att de speciella omständigheter som krävs faktiskt förelåg i det aktuella fallet.¹⁹⁰ De krav som uppställs i dessa undantagsbestämmelser beskrivs som väldigt svåra att uppfylla i praktiken.¹⁹¹

För entreprenadrättsliga ÄTA-arbeten är förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 4 kap. 8 § LOU av särskilt intresse. Här regleras möjligheten för en myndighet att upphandla *kompletterande byggentreprenad* eller en ny byggentreprenad som utgör en upprepning.¹⁹² Här ges således en möjlighet för upphandlande myndighet att komplettera eller göra tillägg på grund av förhållanden som uppkommit under utförandet.¹⁹³ Bestämmelsen fick en ny lydelse 2011.¹⁹⁴ Ändringen genomfördes för att komma närmare

¹⁸⁶ Arrowsmith 2014, s.590.

¹⁸⁷ Arrowsmith 2005, s. 609; Rosén Andersson m.fl., *Lag om offentlig upphandling(1 juli 2015), kommentar till 4 kap. 5 §.*

¹⁸⁸ Jfr 4 kap. 5 – 8 §§ LOU; Bergqvist m.fl. 2012, s. 68; Rosén Andersson m.fl., *Lag om offentlig upphandling(1 juli 2015), kommentar till 4 kap. 5 §.*

¹⁸⁹ Prop. 2006/07:128 s. 327 ff.; jfr bl.a. C-84/03 *Kommissionen mot Spanien*, p. 44 och 47. Poulsen menar dock att dessa regler, inte kan antas utgöra en uttömmande lista över undantag, då det finns många andra situationer där ett offentligt tilldelat kontrakt kan behöva ändras, jfr Poulsen, P.P.L.R., 2012, 5, s. 171.

¹⁹⁰ Jfr mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, p. 22; Arrowsmith 2005, s. 608 f; Rosén Andersson m.fl., *Lag om offentlig upphandling(1 juli 2015), kommentar till 4 kap. 5 §.*

¹⁹¹ Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 73.

¹⁹² Jfr 4 kap. 8 § LOU. Se vidare om byggentreprenader vilka utgör en upprepning under avsnitt 3.3.1.2.

¹⁹³ Rosén Andersson m.fl., *Lag om offentlig upphandling(1 juli 2015), kommentar till 4 kap. 8 §.*

¹⁹⁴ Genom lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

direktivstexten och förtydliga att krav som ställdes var kumulativa och ej inte alternativa.¹⁹⁵

En kompletterande byggtreprenad eller en ny byggtreprenad som utgör upprepning får, om övriga krav är uppfyllda, upphandlas till sammanlagt max 50 % av det ursprungliga kontraktsvärdet.¹⁹⁶ En kompletterande byggtreprenad som omfattas av denna undantagsbestämmelse kan således utgöra en väsentlig ändring enligt ovan angiven praxis men likväl vara tillåten.¹⁹⁷ Som berörs nedan måste det dock föreligga mycket specifika undantagssituationer för att dessa undantagsregler ska vara möjliga att använda.¹⁹⁸

3.3.1.1 Kompletterande byggtreprenader

En kompletterande byggtreprenad som inte ingår i det ursprungliga projektet kan enligt 4 kap. 8 § 1 st. 1 p. LOU upphandlas när kompletteringarna på grund av **oförutsedda omständigheter krävs** för att kontraktet ska kunna fullgöras, att de ska utföras av den **ursprunglige leverantören**, samt att

- a) de inte utan **stora tekniska eller ekonomiska olägenheter** för upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet eller,
- b) de **kan avskiljas men är absolut nödvändiga** för att kontraktet ska kunna fullföljas.

För det första måste kompletteringen bero på för den upphandlande myndighet oförutsebara omständigheter. Huruvida bedömningen avseende vad som utgör oförutsedda omständigheter ska göras objektivt eller om subjektiva element kan vara avgörande är inte helt klart.¹⁹⁹ Omständigheten ska vara sådan att den upphandlande myndigheten inte kunnat beakta den vid det ursprungliga upphandlingstillfället.²⁰⁰ Vidare får inte omständigheten bero på den upphandlande myndigheten.²⁰¹

Här bör nämnas KKV:s beslut angående Sundsvall Arena AB:s byggnation av Himlabadet. Detta beslut finns medtaget i konkurrensverkets rapport *Fallgropar vid entreprenadupphandling*.²⁰² Beslutet avsåg ett

¹⁹⁵ Jfr prop. 2010/11:150, s. 327 f.

¹⁹⁶ 4 kap. 8 § 2 st. LOU.

¹⁹⁷ Rosén Andersson m.fl., *Lag om offentlig upphandling(1 juli 2015), kommentar till 4 kap. 8 §*; Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 67 f.; SOU 2014:51, s. 314 f.

¹⁹⁸ Arrowsmith 2014, s. 1077; Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 73.

¹⁹⁹ Arrowsmith 2014, s. 1078.

²⁰⁰ Rosén Andersson m.fl., *Lag om offentlig upphandling(1 juli 2015), kommentar till 4 kap. 8 §*

²⁰¹ Arrowsmith 2014, s. 591.

²⁰² Konkurrensverkets beslut, dnr 582/2010; *Fallgropar vid entreprenadupphandling*, 2011:2. Det bör uppmärksammas att bedömningen gällde motsvarande bestämmelse i 3 kap. 5 § ÄLOU. Detta borde dock inte innebära någon materiell skillnad, jfr Bergqvist m.fl. 2012, s. 74.

entreprenadkontrakt rörande konstruktionen av ett badhus som upphandlats med ett riktpreis omkring cirka 210 miljoner kronor. Det preliminära riktpriiset hade därefter ökat till 356,7 miljoner kronor och entreprenaden var vid tidpunkten för KKV:s beslut fortfarande inte färdig.

KKV tog i beslutet ställning till tre tilläggsarbeten som utgjorde den största delen av kostnadsökningen. Det rörde sig dels om en surfanläggning för 28 miljoner kronor. Dels en ny handikappanpassad hiss, som medförde höjning av en vattenrutschkana, för 3,7 miljoner kronor samt en förlängning av samma vattenrutschkana för 1,8 miljoner kronor. Sundsvall Arena AB argumenterade avseende hissen och ändringarna på rutschkanan att dessa tillkommit under arbetets gång efter en lång utredningsperiod och kontakter med olika handikapporganisationer och myndigheter. Vidare kunde tilläggsarbetena inte utföras av någon annan än nuvarande entreprenör då modellen på rutschkanan inte var förenlig med någon modell från andra leverantörer. Sundsvall Arena AB argumenterade vidare att tilläggen inte utan stora tekniska och ekonomiska olägenheter gick att särskilja då dessa tillkommit sent ur en planerings och produktionssynpunkt. Detsamma gällde även den tillkommande surfanläggningen, vilken inte varit en del av ordinarie upphandling.

KKV konstaterade att undantagsregler enligt praxis ska tolkas restriktivt samt att upphandlande myndighet har bevisbördan för att undantaget är tillämpligt. Vidare ansåg verket att Sundsvall Arena AB inte kunnat visa att det rörde sig om oförutsedda omständigheter då tilläggsbeställningarna snarare var att hänföra till bristande planering och/eller senare tillkomna funktionella önskemål. Av denna anledning kunde tilläggsarbetena inte anses omfattas av undantaget och utgjorde därmed otillåtna direktupphandlingar.²⁰³ Då detta endast är ett myndighetsbeslut bör det uppmärksammas att beslutet i stort sett saknar prejudicerande värde. Dock kan inkluderingen i ovan nämnda granskningsrapport tolkas som att beslutet i vart fall utgör KKV:s ståndpunkt i frågan.²⁰⁴

En kompletterande byggentreprenad måste krävas för kontraktets fullgörande för att kunna omfattas av undantaget i 4 kap. 8 § LOU. Det ska således inte vara kompletteringar som endast förbättrar eller effektiviserar projektet.²⁰⁵

Förutom att ovan givna förutsättningar måste föreligga krävs också att en kompletterande byggentreprenad inte kan skiljas utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter(a) eller att den kan avskiljas men är absolut nödvändig för kontraktets genomförande(b). Angående situation (a), att kompletteringen inte utan stora tekniska svårigheter går att särskilja, har Arrowsmith exemplifierat att det kan röra sig om att extra arbete behövs på en plats där en entreprenör redan är etablerad och att det inte utan stora

²⁰³ Jfr tredje stycket i KKV:s bedömning, Konkurrensverkets beslut, dnr 582/2010. Beslutets rättsliga värde berörs vidare under avsnitt 3.4.

²⁰⁴ Hane - *Direktupphandling av ÅTA-arbeten enligt LOU – en analys*.

²⁰⁵ Jfr 4 kap. 8 § 1 st. 1 p. (a); Rosén Andersson m.fl., *Lag om offentlig upphandling(1 juli 2015), kommentar till 4 kap. 8 §*.

kostnader och olägenheter skulle vara möjligt att flytta denne. Här påpekas också att ”stora tekniska och ekonomiska olägenheter” i regel bör tolkas strikt.²⁰⁶

Som exempel på situation (b), när kompletteringen kan avskiljas men är absolut nödvändig, ges exempelsituationen att det under konstruktion av en bro framkommer att fundamenten behöver ändras av säkerhetsskäl. Alternativt att ett jordskred framtvingar stora markarbeten vilka är absolut nödvändiga för att entreprenaden ska kunna fortskrida. Dessa arbeten torde kunna särskiljas men är absolut nödvändiga för att ordinarie kontraksarbete ska kunna fortskrida.²⁰⁷

Hartlev och Liljenbøl exemplifierar att en möjlig undantagssituation kan vara en reovering av en gammal byggnad, vid vilken en komplett projektering i förhand ofta inte är kostnadseffektiv, där omfattande mögelskador i bjälklag senare upptäcks och omfattande tilläggsarbeten måste genomföras. Det tilläggs dock att det beror på omständigheterna i det enskilda fallet.²⁰⁸

I svensk doktrin har liknade exempel gjorts. Falk exemplifierar att en kompletterande byggentreprenad enligt detta undantag kan vara tilläggsarbeten bestående i ytterligare oförutsedda grundarbeten för att färdigställa ett broarbete eller att den del av en platsgjuten konstruktion måste bytas ut mot en prefabricerad sådan. På vilket sätt dessa tilläggsarbeten skulle vara omöjliga att separera utan stora tekniska och ekonomiska olägenheter eller vara absolut nödvändiga för kontraktets fullgörande berörs ej. Det konstateras endast att kraven måste vara uppfyllda.²⁰⁹ Hane påpekar dock att inga av dessa exempel finner stöd i praxis, utan endast verkar utgöra välvilliga försök att exemplifiera undantagets tillämplighet.²¹⁰

Huruvida ÄTA-arbeten utgöra kompletterande byggentreprenader diskuteras nedan i avsnitt 3.4.

3.3.1.2 Upprepningar

I 4 kap. 8 § 1 st. 2 p. LOU anges att en ny byggentreprenad som är en upprepning av tidigare byggentreprenad får upphandlas utan föregående annonsering om:

- a. de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande,
- b. arbetena tilldelas samma leverantör,
- c. värdet av det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga kontraktet,

²⁰⁶ Arrowsmith 2014, s. 1078.

²⁰⁷ Arrowsmith 2014, s. 1078.

²⁰⁸ Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 72.

²⁰⁹ Falk 2011, s. 184.

²¹⁰ Hane - *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – en analys*

- d. det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap. samt
- e. att det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kan komma att användas.

Av bestämmelsen kan alltså utläsas att det här rör sig om en ny byggentreprenad vilken är förutsedd och som har annonserats på förhand. Det kan således liknas vid en ensidig option till förmån för den upphandlande myndigheten.²¹¹ Användandet av en sådan option är begränsad till en tidsperiod på tre år efter det att avtalet slöts.²¹² Arrowsmith exemplifierar att denna bestämmelse skulle kunna användas i en upphandling där en entreprenör får i uppdrag att bygga två bostadshus med en i förfrågningsunderlaget stadgad option om att i framtiden få bygga ett tredje likadant hus.²¹³

I svensk doktrin har exemplifierats situationen att en upphandlande myndighet vid upphandling av en sträcka motorväg kan använda sig av detta undantag för ytterligare en sträcka utan att genomföra en ny upphandling.²¹⁴ En upprepning skulle enligt Arrowsmith inte nödvändigtvis behöva vara identisk men endast mindre avvikelser bör vara tillåtna.²¹⁵ Det saknas här vägledande praxis.²¹⁶ Det har vidare uttalats att upprepningar är så gott som okända inom svensk entreprenadrätt och att det är osannolikt att denna undantagsregel faktiskt kommit till användning på sådant sätt som exemplifierats ovan.²¹⁷

3.4 ÄTA-arbetens som kompletterande byggentreprenader och väsentliga ändringar

I detta avsnitt redogörs för vilket sätt ÄTA-arbetens förhållande till undantagsreglerna i 4 kap. 8 § LOU har berörts i doktrin och för den begränsade omfattning i vilken ÄTA-arbeten som väsentliga ändringar har diskuterats. Anledningen till att denna diskussion inte förts i samband med särskilda avsnitt ovan är att den är så sammanflätad att den lämpligen kunde föras inom samma avsnitt. Det finns ett visst samband mellan ÄTA-arbeten enligt AB-avtalen och undantaget 4 kap. 8 § LOU om kompletterande byggentreprenader.²¹⁸ Rättsläget är dock oklart varför diskussionen kring

²¹¹ Falk 2011, s. 184.

²¹² Jfr 4 kap. 8 § sista st. LOU; C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, p. 39.

²¹³ Arrowsmith 2014, s. 1079.

²¹⁴ Rosén Andersson m.fl., *Lag om offentlig upphandling(1 juli 2015), kommentar till 4 kap. 8 §*

²¹⁵ Arrowsmith 2014, s. 1079. Detta kan antas följa av EU-domstolens restriktiva tolkning av undantagsregler; jfr även Falk 2011, s. 186.

²¹⁶ Bergqvist m.fl., s. 78.

²¹⁷ Eriksson & Hane: *Entreprenadupphandlingar* 2014:2, s. 38.

²¹⁸ Jfr 4 kap. 8 § 1 st. 1p (a); Rosén Andersson m.fl., *Lag om offentlig upphandling(1 juli 2015), kommentar till 4 kap. 8 §*

förhållandet däremellan är något spekulativ.²¹⁹ Den första av dessa oklarheter är huruvida ÄTA-arbeten utgör kompletterande byggentreprenader i den mening som avses i 4 kap. 8 § LOU.

I tidigare nämnda beslut angående *Himlabadet* konstaterade KKV att tilläggsarbetena vilka inte omfattades av då gällande undantagsbestämmelse i ÄLOU var att anse som otillåtna direktupphandlingar. I rapporten *Fallgropar vid entreprenadupphandlingar* berörs detta beslut och KKV ger här uttryck för att ÄTA-arbeten generellt är att likställa med kompletterande byggentreprenader och måste omfattas av undantaget i 4 kap. 8 § LOU för att inte behöva konkurrensutsättas genom en ny upphandling.²²⁰ Vidare utvecklas att det inte är standardavtalen, med vilka menas AB 04 och ABT 06, som avgör när ett tilläggsarbete kan beställas. Oavsett hur dessa är utformade är, enligt KKV, reglerna om kompletterande byggentreprenader som är avgörande för om ett tilläggsarbete kan beställas utan att en ny upphandling behöver genomföras.²²¹ I rapporten diskuteras inte ÄTA-arbetens förhållande till EU-domstolens praxis om väsentliga ändringar. Då inställningen till synes verkar vara att ÄTA-arbete som inte omfattas av 4 kap. 8 § LOU måste konkurrensutsättas kan det tolkas som att sådana per automatik utgör väsentliga ändringar. Om detta är vad KKV menar sägs det i vart fall inte uttryckligt och viss oklarhet avseende ståndpunktens innebörd föreligger.

Eriksson och Hane håller dock inte med om att ÄTA-arbeten måste omfattas av undantaget i 4 kap. 8 § LOU för att kunna direktupphandlas utan en ny konkurrensutsättning. Denna slutsats motiveras av att ÄTA-arbeten inte är att likställa med kompletterande byggentreprenader. Författarna hävdar att KKV:s ståndpunkt delvis skulle bero på en missuppfattning av tidigare gällande 3 kap. 15 § ÄLOU där direktivets ”additional works” översatts till ”tilläggsarbeten” i den svenska lagstiftningen. Nyansskillnaden mellan ”tilläggsarbeten” och kompletterande byggentreprenader” anses bland annat ha gått Falk förbi när han i kommentaren till LOU exemplifierar vissa tilläggsarbeten som kompletterande byggentreprenader. Denna doktrin ska vidare ha influera KKV:s ståndpunkt i frågan.²²² Enligt allmänt språkbruk borde en viss skillnad mellan begreppen föreligga, det finns dock varken förarbete eller praxis som klargör huruvida en förändring i terminologin var tänkt att medföra en förändring i sak.²²³

I jämförelse med begreppet kompletterande byggentreprenader anför Eriksson och Hanes vidare att ÄTA-arbeten enligt standardavtalen, som uppställer krav på ett sådant omedelbart samband med kontraktarbetena att de tillsammans utgör en teknisk helhet, är en snävare definition än det förstnämnda begreppet. ÄTA-arbeten ingår därigenom per definition i den

²¹⁹ Bergkvist m.fl. 2012, s. 77.

²²⁰ Jfr *Fallgropar vid entreprenadupphandling*, 2011:2, s. 35, 38 f. och 53 f.

²²¹ *Fallgropar vid entreprenadupphandling*, 2011:2, s. 36.

²²² Jfr Erikson och Hane, *Entreprenadupphandling* 2014:2, s. 190 f. Det kan här påpekas att även i art. 31(4)(a) i dir. 2004/18/EG är den engelska termen ”additional works”.

²²³ Hane - *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – en analys*

upphandlande entreprenaden och utgör inte något nytt eller annat i förhållande till denna.²²⁴ Vidare sägs att en språklig och ändamålsenligt tolkning av begreppet kompletterande byggentreprenad ger för handen att detta är något annat än den tekniska helheten och snarare åsyftar en ny entreprenad. Med andra ord, ett nytt kontrakt och inte en ändring av det tidigare upphandlade kontraktet.²²⁵ Slutsatsen som dras i denna rapport är att ett ÄTA-arbete enligt den snäva definition som återfinns i AB 04 och ABT 06 bör kunna beställas utan att dessa måste omfattas av undantaget i 4 kap. 8 § LOU. Men ett tilläggsbeställning vilken inte utgör ett ÄTA-arbete enligt definitionen AB 04 eller ABT 06, exempelvis om ett omedelbart samband saknas, måste prövas mot undantaget för att bedöma huruvida en direktupphandling kan ske.²²⁶

I denna slutsats får Eriksson och Hane medhåll av av Rosén Andersson m.fl. De anser också att ÄTA-arbeten inte generellt kan likställas med kompletterande byggentreprenader. Bland annat utpekas särskilt att ÄTA-arbeten måste vara nödvändiga för kontraktets fullgörande. Här delas också slutsatsen att kompletterande byggentreprenader snarare utgör ett undantag för när en upphandlande myndighet vill direktupphandla ett helt nytt kontrakt. Något som inte är detsamma som ett ÄTA-arbeten enligt definitionen i AB 04 och ABT 06.²²⁷

I ytterligare detalj drar Bergqvist m.fl. slutsatserna att likställda ÄTA-arbeten inte kan anses utgöra en kompletterande byggentreprenad då dessa snarare utgör en rätt för entreprenören att få kompensation för merarbete som är nödvändiga för entreprenadens färdigställande. Det skulle därför snarare röra sig om en mer kostsam metod att genomföra ordinarie kontraksarbete.²²⁸ Här konstateras dock att ett tilläggsarbete torde kunna rubriceras som kompletterande byggentreprenad i LOU:s mening. Det anses dock inte finnas stöd, vare sig i LOU eller EU-rätten, för en sådan strikt tolkning att tilläggsarbeten måste omfattas av undantaget för att kunna direktupphandlas.²²⁹ Det tål återigen upprepas att rättsläget inte är helt klart.

Vad gäller ÄTA-arbetens förhållande till väsentliga ändringar uppmärksammas att stora tilläggsarbeten kan ligga i riskzonen. Ett ÄTA-arbete av större storlek i förhållande till kontraktssumman skulle innebära en större risk än flertalet mindre ändringar.²³⁰ När det gäller mindre ÄTA-arbeten finns det en förväntan för alla parter i ett entreprenadkontrakt att sådana förekommer i viss utsträckning. Exempelvis prissätts dessa ofta i

²²⁴ Erikson och Hane, *Entreprenadupphandlingar* 2014:2, s. 195 f.

²²⁵ Erikson och Hane, *Entreprenadupphandlingar* 2014:2, s. 195 f.

²²⁶ Erikson och Hane, *Entreprenadupphandlingar* 2014:2, s. 196.

²²⁷ Rosén Andersson m.fl., *Lag om offentlig upphandling(1 juli 2015), kommentar till 4 kap. 8 §.*

²²⁸ Bergqvist m.fl. 2012, s. 75.

²²⁹ Bergqvist m.fl. 2012, s. 75-76. Det kan påpekas att Hane även är medförfattare till denna bok då ställningstaganden här verkar skilja sig något i jämförelse med ovan nämnda forskningsrapport.

²³⁰ Rosén Andersson m.fl., *Lag om offentlig upphandling(1 juli 2015), kommentar till 4 kap. 8 §;* Bergqvist m.fl. 2012, s. 75.

kontrakt med á-priser för olika typer av extraarbete. Mindre ÄTA-arbeten borde därför inte i hög utsträckning kunna vara sådana att de skulle påverkat utgången i den ursprungliga upphandlingen. Om det däremot rör sig om ett stort tilläggsarbete kan det tänkas att andra entreprenörer hade kunnat utföra arbetet till olika priser och att större skillnader mellan dem hade kunnat föreligga.²³¹

Enligt Eriksson och Hane är det snarast vad man, sett till art eller storlek, skulle kunna kalla ”extremfall” som hamnar i riskzonen för att utgöra väsentliga ändringar. Här exemplifieras surfanläggningen i *Himlabadet*. Det rörde sig här om ett tilläggsarbete motsvarande 10% av kontraktssumman och detta skulle kunna vara en sådan ändring som hade rubbat turordningen i det ordinarie upphandlingsförfarandet. Enligt författarna bör detta utgöra gränsen för när ett tilläggsarbete stöter på upphandlingsrättsliga problem.²³²

Rosén Andersson m.fl. uttalar i kommentaren till 4 kap. 8 § LOU att kompletterande anskaffning vilken inte ingår i det ursprungliga kontraktet och inte omfattas av undantaget i 4 kap. 8 § LOU i normalfallet bör utgöra en väsentlig ändring. Om detta uttalande även omfattar ÄTA-arbeten utvecklas dock inte.²³³

Slutligen kan nämnas att Bergqvist m.fl. rekommenderar att beställare vid annonsering av entreprenadupphandlingar regelmässigt bör inkludera en text av typ: ”ÄTA-arbeten kan förekomma i tillägg till kontraktssumman”. Något som också upphandlande myndigheter i de flesta fall också gör.²³⁴

²³¹ Bergqvist m.fl. 2012, s. 75.

²³² Eriksson och Hane, *Entreprenadupphandlingar* 2014:2, s. 196.

²³³ Rosén Andersson m.fl., *Lag om offentlig upphandling (1 juli 2015), kommentar till 4 kap. 8 §*.

²³⁴ Bergqvist m.fl. 2012, s. 76.

4 Ändringsregler i det nya upphandlingsdirektivet

4.1 Motiv bakom införandet av ändringsregler

Den EU-rättsliga regleringen har tidigare till största del utgjorts av förfaranderegler som ska säkerställa en fri och lika konkurrens på den inre marknaden. Att dessa regler skulle ha en påverkan även efter tilldelning av ett offentligt kontrakt, vilket EU-domstolens praxis om väsentliga ändringar fastställt, har av vissa beskrivits som en oförutsedd följd.²³⁵ Klart är att rättsläget, i synnerhet efter *Pressetext*-målet, präglats av en viss osäkerhet avseende vilka ändringar eller tillägg en upphandlande myndighet kan göra av ett kontrakt under löptiden utan att det innebär att ny upphandling behöver göras. Treumer beskriver det som ett akademiskt problem som blivit praktiskt relevant för alla parter i en offentlig upphandling.²³⁶

Då en upphandlande myndighet har ett stort behov av kunna förutse på vilka sätt man kan justera upphandlade kontrakt är denna osäkerhet långt ifrån ideal. I synnerhet när kontrakt både är av komplicerad natur och löper över lång tid. Även för en leverantör kan det vara av intresse att inte ovetande driva igenom väsentliga ändringar som riskerar att göra kontraktet ogiltigt.²³⁷ Ur ett effektivitetsperspektiv är det inte heller önskvärt att en upphandlande myndighet, vid osäkerhet angående huruvida en ändring är genomförbar, fortsätter att upphandla tjänster som är i behov av förändringar.²³⁸ Rättslägets oklarhet påpekades av flera medlemsstater under arbetet med det nya upphandlingsdirektivet. Det påpekades här att ett tydligare och mer lättöverskådligt regelverk ansågs vara behövligt.²³⁹

I det nya upphandlingsdirektivet införs därför genom art. 72 i dir. 2014/24/EU uttryckliga regler om när ändringar av kontrakt under löptiden är tillåtna. Dessa regler ska klargöra när en ändring är tillåten utan att det innebär skyldighet att genomföra en ny upphandling. Enligt skälen till direktivsreglerna består regelverket till stor del av en kodifiering av EU-domstolens praxis, något som kommer vara tämligen uppenbart i genomgången nedan.²⁴⁰ I de delar direktivet ämnar kodifiera EU-domstolens praxis bör den vara av visst värde för tolkning av direktivsreglerna.²⁴¹

²³⁵ Treumer, P.P.L.R., 2012, 5, s. 153.

²³⁶ Treumer, P.P.L.R., 2014, 3, s. 148; se även Brodec & Janecek, P.P.L.R., 2015, 3, s. 91 ff.

²³⁷ Vaxenbäck och Lapinska - *Väsentliga ändringar i offentliga kontrakt*, FT 2013 nr 1.

²³⁸ Hartlev & Wahl Liljenbøl, P.P.L.R., 2013, 2, s. 52.

²³⁹ Jfr Kommissionens grönbok, KOM(2011) 15 slutlig, s. 24 ff.

²⁴⁰ Jfr skäl (107) i dir. 2014/24/EU.

²⁴¹ Arrowsmith 2014, s. 597.

4.2 Huvudregeln i art. 72

4.2.1 Konkurrensutsättning av väsentliga ändringar

Artikel 72 är uppbyggd på sådant sätt att den i punktform först stadgar en rad undantagssituationer där ändringar kan göras utan att en ny upphandling behöver genomföras. Därefter stadgas följande i artikelns femte och sista punkt:

”Ett nytt upphandlingsförfarande i enlighet med detta direktiv ska krävas för andra ändringar av bestämmelser i ett offentligt kontrakt eller ett ramavtal under löptiden än de som avses under punkt 1 och 2.”²⁴²

Denna huvudregel måste dock läsas tillsammans med undantaget i art.72(1)(e). Här anges att kontrakt får ändras, oberoende av ändringens värde, så länge ändringen inte är väsentlig. Innebörden av huvudregeln blir således att väsentliga ändringar som inte omfattas av undantagen i art. 72(1) och (2) alltid innebär att en ny upphandling måste genomföras.²⁴³ Det följer av huvudregeln att en väsentlig ändring således inte automatiskt är otillåten. Det finns väsentliga ändringar som är tillåtna enligt EU-rätten, då de omfattas av art. 72(1) eller (2) och väsentliga ändringar som inte omfattas av undantagen. De sistnämnda är därmed otillåtna och innebär att en ny upphandling måste genomföras.²⁴⁴

Utifrån ordalydelsen i art. 72(5) förefaller bestämmelsen utgöra en uttömmande lista av undantagssituationer där väsentliga ändringar inte innebär en ny upphandling. Treumer menar dock att huvudregeln trots ordalydelsen bör läsas som ett principiellt ställningstagande och inte som en uttömmande regel. Som ett exempel sida på en situation där undantag från huvudregeln borde vara möjlig anger Treumer ändringar med syfte att avhjälpa avtalsbrott från leverantörens.²⁴⁵ Arrowsmith håller med om att huvudregeln inte bör ses som en uttömmande bestämmelse vilken utesluter alla upptänkbara situationer som ännu inte varit föremål för prövning. Detta med hänsyn till att art. 72 syftar till att kodifiera EU-domstolens praxis och klargöra rättsläget.²⁴⁶ I Lagrådsremissen med förslag till ny upphandlingslag uttrycks dock inställningen att listan över undantag är uttömmande.²⁴⁷ Existensen av ytterligare undantag lär bli en fråga för framtida rättspraxis.

²⁴² Jfr art. 72(5) i dir. 2014/24/EU

²⁴³ Jfr Treumer, P.P.L.R., 2014, 3, s. 148 f. Det kan noteras att huvudregeln i art. 72(1) i Kommissionens förslag till direktivtext, COM(2011) 896 hade denna lydelse.

²⁴⁴ Brodec & Janecek, P.P.L.R., 2015, 3, 94 f.; jfr Arrowsmith 2014, s. 597(fotnot . 874).

²⁴⁵ Jmf. Treumer, P.P.L.R., 2014, 3, s. 149. Min översättning från: ”changes with the aim of remedying a breach of contract”,

²⁴⁶ Arrowsmith 2014, s. 602.

²⁴⁷ Jfr Lagrådsremiss 2015, s. 745.

4.2.2 Väsentliga ändringar

Som tidigare nämnt anges i art. 72(1)(e) att ändringar, oberoende av deras värde, är tillåtna utan att en ny upphandling genomförs i den mån de inte är väsentliga. Kriterierna för bedömning av vad som utgör en väsentlig ändring i ett kontrakt listas i art. 72(4) och utgör en i det närmaste oförändrad kodifiering av EU-domstolens kriterier i *Pressetext*-målet. Skälen bakom regleringen känns också igen från EU-domstolens praxis. I skälen anges att nytt upphandlingsförfarande särskilt krävs vid väsentliga ändringar avseende omfattning av och innehållet i avtalsparternas rättigheter respektive skyldigheter enligt kontraktet. Sådana ändringar visar på en avsikt att omförhandla viktiga kontraktsvillkor, särskilt i de fall där ändringarna skulle påverkat resultat i den ursprungliga upphandlingen.²⁴⁸ Det finns dock vissa skillnader som bör uppmärksammas.

I art. 72(4) anges att en ändring av ett kontrakt under dess löptid är att anse som väsentlig om ändringen innebär att kontraktet till sin art skiljer sig väsentligt från det kontrakt som ursprungligen ingicks.²⁴⁹ Vidare anges fyra villkor där en ändring, vid uppfyllande av ett eller flera av dessa, i alla lägen ska anses vara väsentlig. De fyra villkoren i art. 72(4) (a-d) känns igen från *Pressetext*-målet och efterföljande praxis. Där EU-domstolen konstaterat att en ändring ”kan” anses väsentlig anger dock direktivtexten att en ändring ”ska” anses väsentlig om något av villkoren uppfylls. Det är därför möjligt att bedömningen enligt direktivet kan komma att vara något mer strikt än vad som följt av EU-domstolens praxis.²⁵⁰

Enligt art. 72(4)(a) är en ändring att anse som väsentlig om det, i och med ändringen, införs nya villkor som medför att andra anbudsgivare än de som ursprungligen valdes hade kunnat ges tillträde eller att andra anbud än de som ursprungligen godkänkts hade kunnat godkännas. Vidare anges att en ändring är att anse som väsentlig om de nya villkoren skulle ha medfört ytterligare deltagare i upphandlingsförfarandet.²⁵¹ Vid bedömning enligt denna punkt måste således även beaktas om de nya villkor som införs genom en ändring hade kunnat medföra att andra anbudsgivare än de ursprungliga skulle deltagit i det grundläggande upphandlingsförfarandet. Detta villkor togs inte upp av EU-domstolen i *Pressetext*-målet och utgör därmed en nyhet i förhållande till tidigare praxis.²⁵² Denna ändring bör dock varken anses vara särskilt kontroversiell eller omvälvande i förhållande till tidigare praxis.²⁵³

I punkt (b) stadgas att en ändring är väsentlig om kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för entreprenören på ett sätt som inte medgavs i det ursprungliga kontraktet. Punkt (c) anger att en ändring vilken medför att

²⁴⁸ Jfr skäl (107) dir. 2014/24/EU.

²⁴⁹ Jfr art. 72(4) dir. 2014/24/EU.

²⁵⁰ Jfr C-454/06 *Pressetext*, p. 34-36; Treumer, P.P.L.R., 2014, 3, s. 149.

²⁵¹ Jfr art. 72(4)(a) in fine dir. 2014/24/EU.

²⁵² Jfr C-454/06 *Pressetext*, p. 35.

²⁵³ Treumer, P.P.L.R., 2014, 3, s. 148 f.

kontraktets omfattning betydligt utvidgas utgör är väsentlig.²⁵⁴ Båda dessa villkor utgör en direkt kodifiering av EU-domstolens kriterier i *Pressetext*-målet.²⁵⁵ Som ovan konstaterats borde EU-domstolens praxis här vara vägledande vid tolkning av dessa bestämmelser.

Här bör också nämnas att det i art. 72(4)(d) anges att ett byte av entreprenör utgör en väsentlig ändring för det fall att ändringen inte omfattas av undantaget i art. 72(1)(d). Dessa bestämmelser utgör en viktig reglering av insolvenssituationer men kommer inte att beröras vidare då dessa ligger utanför uppsatsens syfte.²⁵⁶

Avslutningsvis bör påpekas att det av bestämmelsens ordalydelse inte helt tydligt framgår huruvida de fyra villkoren uppräknade i art. 72(4) utgör en uttömmande lista av villkor som innebär att en ändring är väsentlig eller om det finns andra situationer där en ändring av avtalet innebär att det väsentligen skiljer sig från det avtal som ursprungligen ingicks.²⁵⁷

4.3 Undantagen i art. 72

4.3.1 Art. 72(2) Ändringar av mindre värde

Nedan berörs de undantagssituationer i art. 72(1) och (2) som innebär att en väsentlig ändring inte kräver att en ny upphandling genomförs. Genom dessa bestämmelser introduceras tydliga regler avseende möjligheten att genomföra ändringar under löptiden vilka inte vara möjliga tidigare. Undantagen präglas av flexibilitet, vilket ligger i linje med det ovan diskuterade syftet.²⁵⁸

I skälen till direktivet anges att ändringar som leder till smärre förändringar av kontraktsvärdet upp till ett visst värde alltid bör kunna genomföras utan att nytt upphandlingsförfarande blir aktuellt.²⁵⁹ Möjligheten till ändringar av mindre värde regleras i art. 72(2). Här stadgas att ett kontrakt får ändras utan något nytt upphandlingsförfarande, utan någon kontroll av huruvida villkoren i art. 72(4)(a)-(d) är uppfyllda, om värdet av ändringen är lägre än både:

- i) tröskelvärdena i artikel 4, och

²⁵⁴ Jfr art. 72(4)(b) och (c) i dir. 2014/24/EU.

²⁵⁵ Jfr C-454/06 *Pressetext*, p. 37-38; se tidigare avsnitt 3.2.1.

²⁵⁶ Treumer, P.P.L.R., 2014, 3, s. 154 f.

²⁵⁷ Arrowsmith 2014, s. 597. I slutet av art. 72(4) första stycket anges att ”en ändring i alla händelser anses vara offentlig om ett eller flera villkor är uppfyllt.” Jag anser att denna formulering talar för att dessa angivna villkor utgör en uppräknad av särskilda situationer där en ändring alltid anses väsentlig och inte en uttömmande lista över alla situationer där en ändring är att anse som väsentlig. Enligt min mening bör det därmed finnas fler situationer vid vilka en ändring är att anse som väsentlig enligt art. 72(4).

²⁵⁸ Treumer, P.P.L.R., 2014, 3, s. 159 f.

²⁵⁹ Jfr skäl (107) i dir. 2014/24/EU.

- ii) lägre än 15 % av det ursprungliga kontraktets värde vad gäller byggtreprenadkontrakt.²⁶⁰

Denna regel var omdiskuterad under arbetet med direktivet och det kan noteras att värdebegränsningen i direktivet är märkbart förmånligare än vad den var i Kommissionens förslag till direktivtext.²⁶¹ För byggtreprenadkontrakt ligger tröskelvärdet på 5,186 miljoner euro, motsvarande cirka 47,6 miljoner kronor i dagens växelkurs.²⁶² Om värdet av en ändring understiger både denna summa och 15 % av kontraktsvärdet kan ändringen således göras utan en bedömning huruvida ändringen är väsentlig eller inte.

Om flera successiva ändringar görs är det deras samlade nettovärde som ska understiga dessa värdebegränsningar.²⁶³ Om fyra successiva ändringar om vardera 4 % av kontraktsvärdet genomförs omfattas de således inte av detta undantag, då det samlade värdet av dessa ändringar blir 16 % av det ursprungliga kontraktsvärdet. Ändringarna behöver dock inte nödvändigtvis vara väsentliga bara för att de överskrider denna värdebegränsning. Ändringar som inte omfattas av detta undantag måste bedömas utifrån ovan berörda kriterier i art. 72(4) och beroende på omständigheterna kan de anses vara väsentliga eller icke-väsentliga, och en icke-väsentlig ändring är tillåten enligt huvudregeln. Men ändringar ”räddas” så att säga inte från väsentlighetsbedömningen om då de inte omfattas av undantaget.²⁶⁴

Vidare får en ändring enligt denna bestämmelse inte medföra att kontraktets övergripande karaktär ändras.²⁶⁵ Härigenom klargörs att även en ändring av mindre värde kan ha en avgörande inverkan på konkurrensen i det enskilda fallet.²⁶⁶ Det är dock oklart exakt vad som utgör en ändring av kontraktets övergripande karaktär. Enligt Arrowsmith bör begränsningen gälla förändringar av det upphandlande arbetets, tjänstens eller produktens grundläggande natur. Exempel på detta kan möjligtvis vara en förändring av den produkt eller tjänst som ska levereras. En ändring som, trots att den är av mindre värde, förändrar den produkt som ska levereras skulle kunna medföra att andra anbudsgivare varit intresserade av att delta i det ursprungliga upphandlingsförfarandet. Så torde inte vara fallet om en ändring exempelvis endast innebär en mindre kvantitativ ökning.²⁶⁷ Enligt Treumer borde det dock vara möjligt för en leverantör att i enlighet med detta undantag leverera

²⁶⁰ Vad gäller tjänste- och varukontrakt ligger denna värdebegränsning på 10 %, jfr art. 72(2) i dir. 2014/24/EU.

²⁶¹ Jfr art. 72(4) i Kommissionens förslag till direktivtext, COM(2011) 896. Här var beloppsgränsen satt till 5 % av kontraktsvärdet både för varu- och tjänstekontrakt samt byggtreprenadkontrakt; se även Treumer, P.P.L.R., 2014, 3, s. 151 f.

²⁶² Jfr art. 4(a) dir. 2014/24/EU.

²⁶³ Art. 72(2) sista stycket dir. 2014/24/EU.

²⁶⁴ Arrowsmith 2014, s. 599.

²⁶⁵ Art. 72(2) sista stycket dir. 2014/24/EU.

²⁶⁶ Treumer, P.P.L.R., 2014, 3, s. 152.

²⁶⁷ Arrowsmith 2014, s. 599 f.

en uppdaterad produkt (exempelvis en dator) om detta sker till samma avtalade pris.²⁶⁸

4.3.2 (1)(a) - Ändringsklausuler och optioner

I art. 72(1) konstateras att ett kontrakt får ändras utan nytt upphandlingsförfarande om ändringen omfattas i punkterna (a)-(e). Nedan berörs undantagen i punkterna (a)-(c). Art. 72(1)(e), vilken berörts ovan, anger att ändringar vilka inte är väsentliga enligt punkten (4) är tillåtna, oberoende av deras värde.

I art. 72(1)(a) regleras möjligheten till att göra ändringar under löptiden genom ändringsklausuler eller optioner. Här anges att ändringar får göras, oberoende av deras penningvärde, om de angivits i de ursprungliga upphandlingsdokumenten genom klara, exakta och entydiga ändringsklausuler. En ändringsklausul ska ange omfattningen och arten av eventuella ändringar eller optioner och även ange villkoren för när de får tillämpas. Det anges uttryckligen att ändringsklausuler enligt denna bestämmelse även omfattar prisändringsklausuler.²⁶⁹ Enligt Arrowsmith överensstämmer denna bestämmelse i stort med vad som följer av EU-domstolens tidigare praxis.²⁷⁰

I skälen till direktivet anges att den upphandlande myndigheten genom tillräckligt tydligt utformade ändringsklausuler exempelvis bör kunna föreskriva att prisindexering eller att kommunikationsutrustning som ska levereras över en viss tidsperiod fortsätter vara lämplig om tekniska förändringar inträffar under perioden. Vidare anges att tillräckligt klara klausuler bör kunna användas för att föreskriva ändringar som blivit nödvändiga på grund av tekniska svårigheter, användning, eller underhåll.²⁷¹

Som framgår av bestämmelsen finns ingen begränsning avseende värdet av ändringar enligt en ändringsklausul. Ändringsrätten är dock inte obegränsad. Ändringar som förändrar kontraktets övergripande karaktär är inte tillåtna.²⁷² Detta villkor motsvarar det som ställs upp för ändringar av mindre värde enligt art. 72(2). Samma oklarhet kring vad som utgör en ändring av kontraktets övergripande karaktär återfinns således också här.²⁷³

Huruvida stora förändringar i kontraktets omfattning kan utgöra en ändring av dess övergripande karaktär är i nuläget också oklart. Det finns som sagt inga begränsningar av värdet på en ändring. Men om en ändring i enlighet med en ändringsklausul mångdubblar kontraktets omfattning bör det vara

²⁶⁸ Treumer, P.P.L.R., 2014, 3, s. 152.

²⁶⁹ Jfr art. 72(1)(a) dir. 2014/24/EU.

²⁷⁰ Arrowsmith 2014, s. 600.

²⁷¹ Jfr skäl (111) dir. 2014/24/EU.

²⁷² Art 72(1)(a) in fine dir. 2014/24/EU. Se också ovan nämnda skäl (111) vari anges att ändringsklausuler inte bör ge upphandlande myndighet en obegränsad frihet, utan att direktivet bör begränsa denna rätt.

²⁷³ Jfr diskussionen i avsnitt 4.3.1.

möjligt att ändringen ändå anses förändra kontraktets övergripande karaktär.²⁷⁴ Upphandlande myndighet ges här en omfattande möjlighet att genomföra ändringar, om dessa på ett klart och tydligt sätt kunnat klargöras genom en ändringsklausul i det ursprungliga upphandlingsdokumenten. Exakt hur långt ändringsbefogenheten sträcker sig förefaller dock vara en fråga som får avgöras genom praxis.²⁷⁵

4.3.3 (1)(b) – Kompletterande byggtreprenader

I art. 72(1)(b) återfinns ett undantag för kompletterande byggtreprenader. Bestämmelsen är starkt inspirerad av ovan nämnda art 31 i dir. 2004/18/EG, som utgör grunden för förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 4 kap. 8 § LOU. I det nya upphandlingsdirektivet finns inte möjligheten att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering för att upphandla kompletterande byggtreprenader.²⁷⁶ Istället har denna undantagsregel flyttats delvis till art. 72(1)(b) om kompletterande byggtreprenader och delvis till art. 72(1)(c) om oförutsedda omständigheter.²⁷⁷ Vad gäller möjligheten att beställa kompletterande byggtreprenader har undantaget också vidgats på flera punkter, vilket förtydligas nedan.²⁷⁸

Enligt art. 72(1)(b) får en kompletterande byggtreprenad som inte ingår i den ursprungliga upphandlingen och som blivit nödvändig beställas av den ursprunglige entreprenören i det fall ett byte av entreprenör:

- (i) ”inte kan ske på grund av ekonomiska eller tekniska skäl såsom krav på utbyttbarhet eller driftskompatibilitet med redan befintlig utrustning, tjänster eller installationer som upphandlats vid den ursprungliga upphandlingen, och
- (ii) skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande enheten.”²⁷⁹

I skälen exemplifieras att en ändring enligt denna bestämmelse i synnerhet kan vara motiverad då kompletterande leveranser behövs i syfte till att ersätta eller utvidga en befintlig tjänst eller anläggning och ett byte av leverantör skulle tvinga den upphandlande myndigheten att anskaffa material, byggtreprenader eller tjänster med andra tekniska egenskaper.²⁸⁰

Då detta är en undantagsregel är det den upphandlande myndigheten som ska visa att skälen i art. 72(b)(i)-(ii) föreligger. Myndigheten måste alltså visa att ett byte av entreprenör inte kan ske på grund av ekonomiska eller tekniska

²⁷⁴ Arrowsmith 2014, s. 600.

²⁷⁵ Treumer, P.P.L.R., 2014, 3, s. 150.

²⁷⁶ Jfr art 32(5) dir. 2015/24/EU.

²⁷⁷ Arrowsmith, 2014, s. 1082.

²⁷⁸ Jfr Treumer, P.P.L.R., 2014, 3, s. 150 f.

²⁷⁹ Jfr art. 72(1)(b)(i)-(ii) dir. 2014/24/EU.

²⁸⁰ Jfr skäl (108) dir. 2014/24/EU.

skäl och att ett byte av entreprenör skulle medföra betydande olägenhet eller betydligt större omkostnader.²⁸¹

Det kan konstateras att art. 72(1)(b), i jämförelse med 4 kap. 8 § LOU, inte uppställer ett krav på oförutsebarhet. Den kompletterande byggentreprenaden behöver endast ha blivit nödvändig under kontraktets löptid. De omständigheter som föranlett behovet av den kompletterande byggentreprenaden behöver därför inte varit oförutsedda. Således omfattas nödvändiga kompletterande byggentreprenader vilka var förutsebara men som den upphandlande myndigheten av någon anledning inte förutsett eller av annan anledning inte adresserat.²⁸²

Värdet för de kompletterande byggentreprenaderna får inte överstiga 50 % av det ursprungliga kontraktets värde och om flera successiva ändringar görs ska begränsningen tillämpas på varje enskild ändring.²⁸³ Till skillnad mot vad som gäller successiva ändringar av mindre värde enligt art. 72(2) gäller värdebegränsningen alltså inte det samlade nettovärdet av kompletterande byggentreprenader. Det är varje enskild ändring som ska ställas i relation till den värdebegränsningen. Två ändringar om vardera 30 % av det ursprungliga kontraktsvärdet är alltså tillåtna enligt detta undantag trots att den totala summan av ändringarna uppgår till 60% av kontraktsvärdet.²⁸⁴ Sådana successiva ändringar får dock inte användas i syfte att kringgå direktivet. En kompletterande byggentreprenad som uppdelas i flera successiva ändringar för att undkomma denna värdebegränsning är således inte tillåten.²⁸⁵

4.3.4 (1)(c) – Oförutsebara omständigheter

Även art. 72(1)(c) är märkbart inspirerad av art. 31 dir. 2004/18/EG. Till skillnad från detta undantag omfattar art. 72(1)(c) alla sorters ändringar och inte endast kompletterande byggentreprenader eller tjänster.²⁸⁶

I art. 72(1)(c) anges att en ändring får göras om den uppfyller tre kumulativa krav. Enligt punkt 72(1)(c)(i) ska behovet ha uppstått till följd av omständigheter som en omdömesgill upphandlande myndighet inte kunnat förutse. Oförutsebarhetskravet bör i stort vara detsamma som i 4 kap. 8 § LOU.²⁸⁷ Enligt Treumer innebär bristen på prövning att det är svårt att dra några generellaslutsatser rörande vilka krav som ställs på upphandlande myndighet.²⁸⁸

²⁸¹ Linder & Sigfridsson, *När får ingångna avtal ändras idag och framöver enligt nya EU-direktiven? – analys.*

²⁸² Arrowsmith 2014, s. 601 f.

²⁸³ Art. 72(1)(b) sista stycket dir. 2014/24/EU.

²⁸⁴ Treumer, P.P.L.R., 2014, 3, s. 150; jfr avsnitt 4.3.1. ovan.

²⁸⁵ Art. 72(1)(b) sista stycket dir. 2014/24/EU; Arrowsmith 2014, s. 601.

²⁸⁶ Treumer, P.P.L.R., 2014, 3, s. 151.

²⁸⁷ Jfr Arrowsmith 2014, s. 600; jfr avsnitt 3.3.1.1. ovan.

²⁸⁸ Treumer, P.P.L.R., 2014, 3, s. 151.

I skälen utvecklas dock begreppet oförutsebara omständigheter i viss mån. Här framgår att begreppet avser omständigheter som inte kunnat förutses av en upphandlande myndighet trots att denna visat skälig omsorg i förberedelserna till kontraktstilldelningen. Bedömningen får göras med hänsyn till tillgängliga medel, det berörda projektets beskaffenhet, god praxis på det berörda området samt behovet av att säkerställa ett lämpligt förhållande mellan de resurser som ägnas åt förberedelser och dess förutsebara värde.²⁸⁹ Treumer menar att denna motivering talar för att även vissa subjektiva element kan tas med i bedömningen av huruvida omständigheter var förutsebara i det enskilda fallet. Huruvida så är fallet är dock inte helt klart. Även detta borde vara en fråga som kan komma i fokus för framtida praxis.²⁹⁰

Till skillnad från i 4 kap. 8 1 st. 1p. § LOU krävs det enligt art 72(1)(c)(ii) inte att en ändring på grund av oförutsedda omständigheter inte går att särskilja eller är absolut nödvändig. Istället uppställs endast kravet att ändringen inte medför att kontraktets övergripande karaktär ändras. Detta krav har diskuterats ovan och samma oklarheter borde återigen föreligga även här. En upphandlande myndighet bör i vart fall inte kunna använda detta undantag för att låta en entreprenör utföra, utifrån det ursprungliga kontraktet, väsensskilda tjänster som uppkommit på grund av oförutsebara omständigheter.²⁹¹

Till sist krävs det att värdet av en ändring av kontrakt enligt 72(1)(c)(iii) inte överstiger 50 % utav värdet av det ursprungliga kontraktet. Precis som för kompletterande byggtreprenader ska varje ändring bedömas enskilt i förhållande till denna begränsning. På samma sätt gäller också att successiva ändringar inte får användas i syfte att kringgå direktivets regler.²⁹²

Ändringar på grund av oförutsedda omständigheter måste även dessa offentliggöras genom meddelande i EUT.²⁹³

4.4 Svenska förarbeten

I skrivandets stund har den svenska lagstiftaren inte kommit särskilt långt i lagstiftningsarbetet rörande implementeringen av dir. 2014/24/EU. Ett lagförslag ligger just nu på remiss hos Lagrådet och Lagrådets remissvar har låtit vänta på sig. Därför finns det ännu ingen proposition. Enligt det förslag till lagtext som ingår i Lagrådsremissen ske art. 72 i direktivet införlivas nästintill ordagrant.²⁹⁴ Avsikten är också att införlivandet ska vara så direktivsnära som möjligt.²⁹⁵

²⁸⁹ Jfr skäl (109) i dir. 2014/24/EU.

²⁹⁰ Jfr Treumer, P.P.L.R., 2014, 3, s. 151; Arrowsmith 2014, s. 1078.

²⁹¹ Arrowsmith 2014, s. 600.

²⁹² Jfr avsnitt 4.3.3. ovan.

²⁹³ Jfr art. 72(1) sista stycket i dir. 2014/24/EU.

²⁹⁴ Jfr Lagrådsremiss 2015, s. 969 ff.

²⁹⁵ Lagrådsremiss 2015, s. 748.

Det är vanskligt att i detta tidiga lagstiftningskede uttala sig om hur det svenska införlivandet av dir. 2014/24/EU kommer se ut, men en intressant observation går att göra i den Lagrådsremiss som nu är under utredning. Foyen Advokatfirma och Advokatfirman Lindahl har i sina remissvar avseende införlivandet av art. 72 i dir. 2014/24/EU uttryckt att klargörande behövs över ändringsreglernas förhållande till entreprenadrätten. Foyen Advokatfirma uttrycker särskilt att ÄTA-arbeten enligt standardavtal bör kunna genomföras utan tillämpning av dessa ändringsregler.²⁹⁶ Som svar på dessa frågor konstateras endast att regeringen i detta lagstiftningsärende, då det utgör införlivande av ett direktiv, inte har möjlighet att utveckla hur bestämmelser ska tolkas och tillämpas i särskilda situationer. Det konstateras även att någon analys avseende ÄTA-arbetens förhållande till dessa regler inte är möjlig i sammanhanget. Detsamma gäller vad som avses med termer som ”avtalets övergripande karaktär”. Vad regeringen i detta skede dock uttrycker är att det står klart att direktivets regler och de nya lagarna i alla lägen utgör en uttömmande reglering rörande de situationer ett kontrakt kan ändras utan att det innebär en ny upphandling.²⁹⁷

I nuläget verkar det därför osannolikt att någon ytterligare vägledning kommer ges av den nationella lagstiftaren. Klargöranden angående reglernas tillämpning kommer således bli föremål för rättspraxis. Av vidare intresse är även att regeringen i detta skede anser det lämpligt att de nya direktivsreglerna avseende möjlighet till ändring under löptiden även tillämpas på redan ingångna kontrakt.²⁹⁸ Exakt hur en sådan ordning skulle vara möjlig i förhållande till förbudet mot retroaktiv lagstiftning berörs inte.

²⁹⁶ Jfr Lagrådsremiss 2015, s. 745.

²⁹⁷ Jfr Lagrådsremiss 2015, s. 749.

²⁹⁸ Lagrådsremiss 2015, s. 749 f.

5 Analys och sammanfattande slutsatser

5.1 Uppsatsens frågeställning och generella utgångspunkter

Som inledning av analysen kan det vara på sin plats att repetera de frågeställningar som jag ämnar besvara. Följande frågor har i kapitel 1 formulerats för att uppfylla uppsatsens syfte:

1. Hur förhåller sig entreprenadrättsliga ÄTA-arbeten till gällande rätt om ändringar av upphandlade kontrakt under löptiden?
2. Hur förhåller sig entreprenadrättsliga ÄTA-arbeten till reglerna artikel 72 i det nya upphandlingsdirektivet om ändring av upphandlade kontrakt under löptiden?
3. Medför det nya upphandlingsdirektivet några ändringar av rättsläget avseende förhållandet mellan ändringar av kontrakt under löptiden och entreprenadrättsliga ÄTA-arbeten?

I detta kapitel analyseras resultat av undersökningen och dessa uppställda frågor kommer att besvaras i tur och ordning. Efter frågorna analyserats var för sig följer slutligen en kortare sammanfattning med några avslutande synpunkter.

5.2 ÄTA-arbeten och gällande rätt.

5.2.1 Förhållandet till undantagen i 4 kap. 8 LOU

I utredningen har framgått att det finns ett visst förhållande mellan ÄTA-arbeten och undantagsbestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 4 kap. 8 § LOU. Bristen på praxis, både nationell och EU-nivå, gör att diskussionen kring undantagens tillämplighet och väsentliga ändringar till viss mån är spekulativ. Enligt min mening kan dock följande slutsatser dras utifrån utredningen.

Den första frågan som måste beröras är huruvida ett ÄTA-arbete måste omfattas av något av undantagen i 4 kap. 8 § LOU för att kunna upphandlas utan en ny konkurrensutsättning. Det är då i första hand undantaget om kompletterande byggentreprenader i 4 kap. 8 § 1 st. 1 p LOU som åsyftas. Angående undantaget rörande nya entreprenader vilka utgör upprepningar i 4 kap. 8 § 1 st. 2 p LOU kan några saker konstateras. Detta undantag förefaller

snarast åsyfta ensidiga optioner till beställarens förmån. Det ska röra sig om förutsedda arbeten vilka utgör en repetition av en tidigare upphandlad entreprenad. Undantaget rör inte tillägg eller ändringar av det pågående projektet utan reglerar en möjlighet för beställaren att upphandla ett nytt likadant projekt utan en ny konkurrensutsättning. Det är alltså något väsensskilt ifrån ÄTA-arbeten enligt AB 04 och ABT 06. Ett ÄTA-arbete oavsett om det är ett tilläggs- eller ändringsarbete bör således inte kunna omfattas av detta undantag.

Av KKV:s beslut angående *Himlabadet* och rapporten *Fallgropar vid entreprenadupphandling* förefaller KKV:s inställning vara att ett ÄTA-arbete alltid måste omfattas av undantaget för kompletterande byggentreprenader för att inte utgöra en otillåten direktupphandling. Synen på frågan förefaller vara sådan att ÄTA-arbeten är detsamma som kompletterande byggentreprenader och då det finns särskilda undantagsbestämmelser avseende kompletterande byggentreprenader måste ÄTA-arbeten följaktligen omfattas av dessa för att inte utgöra otillåtna direktupphandlingar. Det går inte säkert att säga men det kan tänkas att KKV:s inställning, i vart fall delvis, funnit stöd i EU-domstolens uttalanden om att art. 31 i dir. 2004/18/EG utgör uttömmande lista över tillåtna direktupphandlingssituationer. Denna strikta tolkning angående möjligheten att beställa ÄTA-arbeten är dock enligt min mening felaktig. Jag anser dock inte att felaktigheten ligger i att ÄTA-arbeten inte är att likställa med kompletterande byggentreprenader, vilket i doktrin framförts som huvudsakligt motargument. Istället anser jag att ett ÄTA-arbete, oavsett om det består i ett tilläggs- eller en ändringsarbete, bör kunna genomföras om den ändring vilken arbetet innebär inte är väsentlig.

I *Pressetext*-målet konstaterar EU-domstolen att endast en väsentlig ändring ska anses utgöra en ny upphandling och ingående av nytt kontrakt. Av detta följer att en icke-väsentlig ändring inte utgör en ny upphandling och en sådan behöver därför inte konkurrensutsättas genom ett nytt upphandlingsförfarande. Vidare anges i *Pressetext*-målet att en väsentlig utsträckning av kontraktets omfattning kan innebära en väsentlig ändring. Följaktligen är även en icke-väsentlig utökning av ett kontrakt under vissa omständigheter tillåten utan att det anses som en väsentlig ändring. I mål C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland* ansågs inte utökningen av det upphandlade kontraktet till att omfatta nya tjänster per automatik utgöra en ny upphandling. Först fick prövas huruvida ändringen i detta fall var väsentlig med hänsyn till EU-domstolens kriterier. Oavsett att EU-domstolen bedömning avseende möjligheten till utökning av kontraktet är strikt så ges här ett visst utrymme för ändring och utökning utan att det ska anses utgöra en ny upphandling.

Min slutsats är därför att ett ÄTA-arbete, så länge arbetet inte utgör väsentlig ändring, inte behöver omfattas av undantaget i 4 kap. 8 § 1 st. 1 p. LOU för att inte utgöra en otillåten direktupphandling. Då en icke-väsentlig ändring inte är att anse som en ny upphandling föreligger således ingen direktupphandlingssituation. Denna slutsats ligger inte i konflikt med att EU-domstolen i mål C-84/03 *Kommissionen mot Spanien* stadgat att art. 31 i dir.

2004/18/EG utgör en uttömmande lista över tillåtna direktupphandlingssituationer. För det fall ett ÄTA-arbete utgör en väsentlig ändring och därmed en ny upphandling är de enda tillåtna direktupphandlingssituationerna sådana vilka omfattas av undantagen i 4 kap 8 1 LOU. Tolkningen får enligt min mening också stöd av både Hartlev & Liljebøl och Arrowsmith. Deras förhållningssätt till art. 31 dir. 2004/18/EG är att däri stadgade undantag ger en möjlighet att genomföra tillägg och ändringar utan nytt upphandlingsförfarande trots att dessa tillägg eller ändringar annars skulle vara väsentliga. Denna systematik förefaller vara mer logisk och ändamålsenlig än att ÄTA-arbeten, oavsett väsentlighet, ska utgöra otillåtna direktupphandlingar om det inte omfattas av de restriktiva undantagen i 4 kap. 8 § LOU, medan alla andra typer av ändringar och tillägg kan genomföras så länge de inte är väsentliga. Utifrån denna ståndpunkt utgör således undantaget i 4 kap. 8 § 1 st. 1 p. LOU inte den enda situation vid vilken ett ÄTA-arbete kan beställas utan ny konkurrensutsättning. Utan istället utgör paragrafen en reglering avseende de undantagssituationer vid vilka det är möjligt att använda detta speciella upphandlingsförfarande för att direktupphandla en kompletterande byggentreprenad vilken i sig utgör en väsentlig ändring av kontraktet.

Nästa fråga blir då i vilken mån ÄTA-arbeten kan omfattas av undantaget för kompletterande byggentreprenad i 4 kap. 8 § 1 st. 1 p. LOU, och ifall alla typer av ÄTA-arbeten kan utgöra en kompletterande byggentreprenad. Av utredningen framgår att det inte går att sätta något generellt likhetstecken mellan ÄTA-arbeten och kompletterande byggentreprenader. Därför bör denna diskussion särskiljas till de olika typerna av ÄTA-arbete.

Till en början kan konstateras att avgående arbeten knappast kan omfattas av undantaget för kompletterande byggentreprenader. Avgående arbeten utgör en avbeställning av kontraktsarbeten och utgör således inte något extra kompletterande arbete. Redan här bör det vara klart att avgående arbete knappast kan omfattas av undantaget i 4 kap. 8 § 1 st. 1 p. LOU.

När det kommer till tilläggsarbeten är dock situationen en annan. Det har påpekats i doktrin att tilläggsarbeten inte är detsamma som kompletterande arbeten då det för tilläggsarbeten ställs upp ett krav på omedelbart samband med kontraktsarbetena. Detta skulle tala för att tilläggsarbeten till skillnad från kompletterande byggentreprenader är en del av det upphandlade kontraktet och därmed inte kan omfattas av undantaget då en kompletterande byggentreprenad inte ska vara en del av det ursprungliga projektet. Huruvida ett tilläggsarbete rent upphandlingsrättsligt ska anses utgöra en del av det ursprungliga kontraktet genom att det uppställs krav på omedelbart samband är oklart. Jag finner det dock osannolikt att alla sorters tilläggsarbeten vilka har ett omedelbart samband med kontraktsarbetena ska anses utgöra en del av det upphandlade kontraktet. Det utgör ett allt för stort omfång av arbeten för att alla tänkbara tillägg ska anses vara konkurrensutsatta genom det ordinarie upphandlingsförfarandet och därmed ingå i det ursprungliga kontraktet. Vad gäller kompletterande byggentreprenader anges också att sådana krävas för kontraktets fullgörande. En kompletterande byggentreprenad är således inte

något som är skilt ifrån det ursprungliga kontraktsarbetet utan ska komplettera detsamma. Utifrån de exempel vilka givits i europeisk doktrin förefaller den gemensam åsikten där vara att ett tilläggsarbete kan utgöra en kompletterande byggentreprenad.

Min slutsats blir därför att ett tilläggsarbete bör kunna omfattas av undantaget för kompletterande byggentreprenader. Det gäller dock inte alla tilläggsarbeten vilka beställaren har rätt att beställa enligt AB 04 och ABT 06. Eftersom 4 kap. 8 § 1 st. 1 p. LOU uppställer krav på att tilläggsarbetet ska krävas på grund av oförutsedda omständigheter och inte utan stora ekonomiska eller tekniska olägenheter kan skiljas, alternativt att tilläggsarbetet är absolut nödvändigt. Dessa rekvisit ska tolkas restriktivt och det är upphandlande myndighet som har bevisbördan. Det torde således vara få situationer då ett tilläggsarbete kan uppfylla alla kriterier. Då oförutsebarhetskravet utesluter kompletterande byggentreprenader som krävs på grund av omständigheter beroende på beställaren, så som bristande planering eller senare tillkomna önskemål, och att tilläggsarbeten inte endast får innebära förbättringar av projektet lär många tilläggsarbeten, vilka normalt beställs enligt AB04 och ABT 06, bortfalla från undantaget tillämpningsområde. Exakt vad som krävs för att ett tilläggsarbete ska vara tillåtet att direktupphandla enligt detta undantag är dock svårt att dra slutsatser om i detta läge. Men med hänsyn till den restriktiva tolkningen av undantag och de högt ställda kraven i denna bestämmelse är det troligt att ÄTA-arbeten endast i utpräglade undantagsfall kan omfattas av undantaget i 4 kap 8 § LOU. Exempelvis av Falk beskrivna nödvändiga arbeten på ett brofundament.

Huruvida ett ändringsarbete kan omfattas av undantaget är också högst oklart. En ändring innebär som konstaterat ett tillkommande arbete och ett avgående arbete. Det kan spekuleras i huruvida fall där det tillkommande arbetet är stort i förhållande till det avgående arbetet och ändringen är nödvändig på grund ovan oförutsedda omständigheter kan tänkas omfattas av undantaget. Jag har dock svårt att tänka mig ett praktiskt exempel där detta skulle ske.

5.2.2 Kan ÄTA-arbeten utgöra väsentliga ändringar?

Till att börja med måste konstateras att det inte finns något upphandlingsrätligt stöd för att särskilja ÄTA-arbeten från andra sorters ändringar. Att beställaren enligt AB 04 och ABT 06 tillerkänns en vidsträckt ändringsrätt i är således inte något som kan tas i beaktning vid tillämpningen av upphandlingsrättsliga regler. Med andra ord, bara för att ett ÄTA-arbete är tillåtet enligt standardavtalen betyder det inte nödvändigtvis att samma ÄTA-arbete är tillåtet enligt upphandlingsrättsliga regler. ÄTA-arbeten bör således bedömas utifrån samma kriterier som alla andra typer av ändringar. Därmed blir det korta svaret på frågan huruvida ÄTA-arbeten kan utgöra väsentliga ändringar jakande. Att så är fallet har också uppmärksammats i doktrin.

Det långa svaret är dock att exakt när ett ÄTA-arbete kan komma att utgöra en väsentlig ändring inte är helt klart. Precis som i viss mån diskuterats i

doktrin bör stora ÄTA-arbeten, exempelvis i form av stora tilläggsarbeten, ligga i riskzonen för att utgöra väsentliga ändringar av kontraktet. Ett tilläggsarbete utgör en utsträckning av kontraktet. Av EU-domstolens praxis framgår en ökning av tjänster som överstiger gällande tröskelvärden och utgör ca 18% av det ursprungliga kontraktsvärdet är en väsentlig ändring. Det kan därmed sägas att tilläggsarbeten i denna storlek i regel bör utgöra väsentliga ändringar. En ökning vilken i sig överskrider tröskelvärden för byggentreprenadkontrakt utgör sannolikt också en väsentlig ändring. Då EU-domstolen generellt är restriktiv vad gäller ändringar vilka inte finns föreskrivna i kontrakt finner jag det troligt att även mindre utökningar anses vara väsentliga. En tilläggsarbete på ca 10% av kontraktsvärdet, vilket var fallet i *Himlabadet*, kan därmed också förmodas ligga i riskzonen för att utgöra en väsentlig ändring.

Enstaka större tilläggsarbeten torde också i större utsträckning vara sådana att de, om de funnits med vid det ordinarie upphandlingstillfället, gjort det möjligt att godkänna en annan entreprenör eller anta ett annat anbud. Tilläggsarbeten, som exempelvis surfmaskinen i *Himlabadet*, kan förmodas vara av sådan art att de kunnat påverka hur entreprenören beräknat sitt anbud och därmed påverkat vilket anbud som kunnat godkännas. Exakt var denna gräns går är dock svårt att säga utifrån den praxis som finns tillgänglig idag, men det borde vara väldigt beroende av förutsättningarna i det enstaka fallet. I mål C-91/08 *Wall* utgjorde ett byte av underleverantör en väsentlig ändring trots att det fanns uttryckliga ändringsklausuler vilka tillät ett sådant byte. Då just denna underleverantör var av avgörande för kontraktstilldelning i var bytet en väsentlig ändring. Förutsättningarna för just den aktuella kontraktstilldelningen bör således vara avgörande.

Utifrån ovan nämnda dom kan också diskuteras huruvida vissa av beställaren föreskrivna ändringar i det enstaka fallet kan vara väsentliga. Ett exempel på ett sådant fall skulle kunna vara en entreprenad där en dricksvattenledning ska dras från en höjd. Ur handlingarna i ordinarie upphandlingsförfarande framgår att den långhålsborrning kommer krävas och att tidigare erfarenhet av sådana arbeten är ett avgörande tilldelningskriterium. En entreprenör tilldelas kontraktet och under arbetet ändrar beställaren teknisk lösning då det visar sig vara billigare att dra vattenledningen över mark utan någon borrning. En sådan ändring omfattas, då en ändring bland annat kan avse teknisk lösning, av beställarens ändringsrätt men skulle enligt ovan givna kriterier kunna vara väsentlig då det kan tänkas att de nya villkoren kunnat möjliggjort antagande av ett annat anbud. Det borde således inte endast vara storleken av en ändring som är avgörande utan också vilken typ av ändring och vilka krav som ställts i det enskilda upphandlingsförfarandet. Detsamma bör gälla om ett avgående arbete innebär ett frångående av krav som hade kunnat påverka upphandlingens utgång. Det är här svårt att dra några allmänna slutsatser.

Huruvida en allmän förväntan avseende förekomsten ÄTA-arbeten kan påverka väsentlighetsbedömningen är inte heller helt klart. Oaktat ifall ”80/20” utgör en axiom visar utredningen i vart fall att ÄTA-arbeten i viss utsträckning förväntas både från entreprenör och beställare. Det kan tänkas

att en sådan allmän förväntan att ÄTA-arbeten tillkommer i viss mån skulle kunna påverka bedömningen om en ändring är väsentlig på grund av att den påverkat utgången av det ursprungliga upphandlingsförfarandet. Här skulle också branschpraxis möjligen kunna tas i beaktning vid bedömningen. Argumentationen skulle i sådant fall kunna vara att: ”Alla anbudsgivare var medvetna om att ÄTA-arbeten i allmänhet tillkommer och att dessa i regel brukar uppgå till X %. Att ÄTA-arbeten tillkommit i X utsträckning bör därför inte ha påverkat upphandlingens utgång.” Enligt denna argumentation är det först när mängden eller typen av ÄTA-arbeten avviker från normen som de skulle kunna utgöra en väsentlig ändring på grund av att de kunde påverkat upphandlingens utgång. Att en så klar förutsättning fanns vid upphandlingstillfället förefaller dock vara så svårt att föra i bevis och huruvida ett liknande resonemang hade kunnat vinna hävd hos en domstol är oklart.

Det framkommer av både praxis och doktrin att ett större utrymme för ändringar bör föreligga om möjligheterna för dessa finns föreskrivna i det ursprungliga kontraktet. Utrymmet för ändringar enligt ändringsklausuler borde också vara större om dessa är klara, entydiga och förutsebara för anbudsgivarna. En öppen och allmänt utformad ändringsklausul kan således inte medge att en upphandlande myndighet kan genomföra vilka ändringar som helst. Huruvida bestämmelserna om ÄTA-arbeten i AB 04 och ABT 06 är så tydliga och förutsebara att de medger ett större utrymme för ändringar av kontraktet är oklart. Förvisso ställs krav på omedelbart samband med kontraktsarbetena men i övrigt tillerkänns beställaren en väldigt öppen ändringsbefogenhet. Denna exakta innebörden av dessa ändringsregler är dock väldigt svåröverskådlig för en anbudsgivare vid upphandlingstillfället. Möjligheten till ändring är förvisso klar för alla anbudsgivare men omfattningen av de möjliga ändringarna är svåröverskådlig. Jag finner det därför osannolikt att EU-domstolen skulle anse bestämmelserna om ÄTA-arbeten i AB 04 och ABT 06 som så klara och entydiga att de medger ett utrymme för ändringar inom dess omfång.

Slutligen är det enligt min mening osannolikt att ÄTA-arbeten skulle kunna förändra den ekonomiska jämvikten i ett upphandlat kontrakt. Marginalen för prisökning till entreprenörens förmån förefaller enligt praxis i och för sig vara väldigt liten. ÄTA-arbeten prissätts ofta enligt separata å-prislistor och det skulle förvisso kunna tänkas att dessa kan vara något mer förmånliga än ersättningen för övriga kontraktsarbeten. Men ersättning för ÄTA-arbeten utgår i regel alltid för en motsvarande ökning i kontraktsarbetena varför det endast i undantagsfall skulle vara så ekonomisk fördelaktigt för entreprenören att kontraktets jämvikt förskjuts till dennes fördel.

5.2.3 Finns oklarheter avseende gällande rätt?

Det har med stor sannolikhet framgått att det finns betydande osäkerhet avseende rättsläget. Mycket av denna osäkerhet beror på att det inte finns uttryckliga regler avseende möjligheter till ändring av kontrakt under löptiden och att det föreligger en brist på vägledande praxis. Det är i min mening troligt

att ÄTA-arbeten vilka inte utgör väsentliga ändringar alltid kan beställas utan nytt upphandlingsförfarande. I vilken mån det är möjligt att direktupphandla ÄTA-arbeten vilka utgör väsentliga ändringar är inte heller säkert. Det är särskilt oklart i vilken mån tilläggsarbeten kan omfattas av undantaget i 4 kap. 8 § 1 st. 1p. LOU. Men det borde endast vara i speciella undantagssituationer.

Att ett ÄTA-arbete kan utgöra en väsentlig ändring är klart. Under vilka förutsättningar ett ÄTA-arbete utgör en väsentlig ändring är dock oklart för tillfället. Det är troligt att tilläggsarbeten vilka utökar kontraktet med värden vilka överskrider gällande tröskelvärden och i vart fall är så stora som 18 % av kontraktssumman är väsentliga ändringar. Huruvida mindre ändringar är väsentliga torde bero på omständigheter i det aktuella fallet men det är här svårt att dra några allmänna slutsatser. Vidare är det oklart i vilken mån reglerna om ÄTA-arbeten är att anse som ändringsklausuler vilka medger ett viss utrymme för ändring eller om en allmän förväntan avseende förekomsten av ÄTA-arbeten är något som påverkar bedömningen.

Det är viktigt att komma ihåg att möjligheten att genomföra ändringar efter kontraktstilldelning utgör ett undantag ifrån likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen. Överlag har EU-domstolen varit tämligen strikta i sin bedömning avseende vilka sorters ändringar som kan göras utan att dessa utgör väsentliga ändringar. En upphandlande myndighet bör därför noga överväga vilka typer av ÄTA-arbeten som beställs och framförallt då dessa inte endast utgör mindre korrigeringar.

5.3 ÄTA-arbeten och regler om ändring i nya upphandlingsdirektivet.

I och med det nya upphandlingsdirektivet tillkommer som sagt en uttrycklig reglering avseende möjligheter till ändring av kontrakt under löptiden. Den uttryckliga huvudregeln blir genom art. 72(5) att alla icke-väsentliga ändringar är tillåtna utan ett nytt upphandlingsförfarande. Om en ändring är väsentlig måste den omfattas av något undantag för att ett nytt upphandlingsförfarande inte ska bli nödvändigt. Detta ligger, likt ovan diskuterat, i min mening helt i linje med EU-domstolens praxis.

Vidare kan konstateras att kriterierna för vad som utgör en väsentlig ändring i stort är en direkt kodifiering av EU-domstolens praxis, med undantag för några skillnader. För det första tydliggörs att en ändring är väsentlig om det i och med ändringen införs nya villkor vilka, om ingått i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, hade kunna medföra att fler anbudsgivare deltagit i upphandlingen. Det är således inte längre endast villkor vilka kunnat medföra godkännande av annan leverantör eller godtagande av annat anbud som är att anse som väsentliga. Huruvida detta endast är ett förtydligande regelns innebörd eller om det kommer innebära en strängare syn på vilka typer av villkor som anses kunnat påverka upphandlingsförfarandets resultat är oklart. Det kan dock tänkas att det finns situationer vid vilka en ändringen av villkor hade medfört att fler anbudsgivare varit intresserade av att delta utan att det

för delen går att säga huruvida villkoren faktiskt påverkat huruvida en annan deltagare blivit godkänd eller inte. Av denna anledning kan detta tillägg tänkas medföra att flera typer av ändringar kan anses väsentliga på denna punkt än vad som följt av EU-domstolens praxis. Det har även noterats att den europeiske lagstiftaren anger att en ändring ”ska” vara väsentlig ifall något av kriterierna i art. 72(4). Huruvida detta ordval har någon betydelse i form av striktare tolkning är dock osäkert. I övrigt torde bedömningen enligt denna punkt överensstämma med vad som tidigare diskuterats avseende ÄTA-arbeten och väsentliga ändringar.

En nyhet enligt art. 72 (2) är att det i det nya direktivet finns en tydlig skiljelinje mellan ändringar av mindre värde och väsentliga ändringar. För ett byggtreprenadkontrakt är ändringar upp till 15% av kontraktssumman eller maximalt upp till tröskelvärdet i art 4 att anse som ändringar av mindre värde. Denna regel insinuerar att 15% av kontraktssumman eller 47,6 miljoner utgör någon form av brottgräns mot väsentliga ändringar. I jämförelse med EU-domstolens dom C-91/08 *Wall* ligger dessa värdebegränsningar förhållandevis högt. Genom detta undantag bör en stor mängd ÄTA-arbeten kunna beställas, oavsett om dessa är tilläggsarbeten, ändringsarbeten eller avgående arbeten, utan ett nytt upphandlingsförfarande och utan bedömning huruvida dessa utgör väsentliga ändringar. Det är dock oklart hur ÄTA-arbeten förhåller sig till begränsningen att ändringar av mindre värde inte får medföra att kontraktets övergripande karaktär ändras. Då det för tilläggsarbeten i AB 04 och ABT 06 uppställs ett krav på omedelbart samband med kontraktetsarbetena finner jag det osannolikt att mindre tilläggsarbeten skulle kunna förändra kontraktets övergripande karaktär annat än i undantagsfall. I doktrin har även framförts att avtalets övergripande karaktär bör ändras om ändringar avser tjänster av annan grundläggande natur. I AB 04 och ABT 06 uppställs ett liknande krav för tilläggsarbeten, det vill säga att de inte ska vara av väsentligt annan natur. Tilläggsarbeten ligger i och med kravet på omedelbart samband och väsentligt annan natur nära kontraktetsarbetena och det skulle krävas tämligen stora tillägg av annorlunda sort för att kontraktets övergripande karaktär skulle ändras. Detsamma borde gälla de flesta ändringar av mindre värde.

Frågan är dock om inte ett enskilt tilläggsarbete som är stort i förhållande till kontraktssumman och som avser en tjänst som skiljer från övriga kontraktetsarbeten skulle kunna förändra avtalets övergripande karaktär. Även en ändring av teknisk lösning, vilken inte är av sort monetärt värde, skulle möjligen kunna tänkas påverka avtalets övergripande karaktär. Det är oklart var denna gräns går och detta är något som kommer få utvisas i framtida praxis. Huruvida en ändring av mindre värde vilken medför att kontraktets övergripande karaktär ändras per automatik även ska anses vara väsentlig är något som inte är tydligt utifrån direktivtexten. Klart är dock att upphandlande myndighet här tillges en klar möjlighet att genomföra många former av ÄTA-arbeten utav mindre värde utan att dessa behöver konkurrensutsättas, under förutsättning att kontraktets övergripande karaktär ändras.

Det ges i art. 72(1)(a) en möjlighet för den upphandlande myndigheten att genom klara, exakta och entydiga ändringsklausuler genomföra ändringar oberoende av deras penningvärde. Enligt min mening kan dock ÅTA-arbeten som avtalsbestämmelserna i AB 04 och ABT 06 är utformade i idag inte utgöra sådana ändringsklausuler. Bland annat anges att ändringsklausuler ska ange i arten av och vilken omfattning eventuella ändringar kan förekomma. I 2 kap. 3 § AB 04 ges beställaren en närmast obegränsad rätt att föreskriva ÅTA-arbeten så länge ett omedelbart samband föreligger och arbeten inte är av väsentligt annan natur. Vidare definieras inte särskilt vilken typ av ändring ett ÅTA-arbete kan bestå i. Det är således inte fråga om en ändringsklausul i den snäva mening som avses i detta undantag.

Undantaget för kompletterande byggtreprenader i art. 72(1)(b) har blivit betydligt mer flexibelt än det i 4 kap. 8 § LOU. Bland annat på grund av att behovet måste uppkommit på grund av oförutsedda omständigheter. Innebörden av kravet på nödvändighet är inte helt tydligt. I skälen används ordet ”behövs” vilket knappast ger någon ytterligare vägledning. I undantaget för kompletterande byggtreprenader i 4 kap. 8 § LOU anges att den kompletterande byggtreprenaden ska krävas för kontraktets fullgörande. Om nödvändighetskravet ska ses på samma sätt torde en kompletterande byggtreprenad enligt art. 72(1)(b) vara nödvändig för kontraktets fullgörande. Således ska en kompletterande byggtreprenad inte blivit nödvändig endast på grund av nya önskemål från myndighetens sida. Det är i nuläget svårt att säga huruvida kravet på nödvändighet är tänkt att vara mer flexibelt än tidigare eller om ordvalet inte är tänkt att medföra någon ändring i sak. Eftersom undantagsregler ska tolkas restriktivt är det dock troligt att nödvändigheten måste bedömas utifrån någon form av objektiv måttstock så att det inte öppnas upp för godtycke från upphandlande myndighets sida.

Det är vidare troligt att många tilläggsarbeten kan uppfylla kravet på att byte av leverantör inte kan ske på grund av ekonomiska eller tekniska skäl. Då en entreprenör redan är etablerad på en arbetsplats borde det i de allra flesta fall finna övervägande ekonomiska skäl för att inte låta denne avlägsna sig från platsen för att släppa in en annan entreprenör. Denna bedömning blir dock högst beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. Vidare måste betydande olägenheter eller betydligt större kostnader uppstå för den upphandlande myndigheten. Med tanke på den restriktiva tolkningen av undantag torde detta krav vara tämligen strängt. Detta förefaller dock vara något som får utvisas i praxis. Det torde dock nu finnas en större möjlighet än vad som följt av LOU att som kompletterande byggtreprenad direktupphandla tilläggsarbeten vilka annars utgjort väsentliga ändringar.

Vidare bör också finnas en möjlighet att genom undantaget för oförutsebara omständigheter genomföra ÅTA-arbeten som behövs på grund av omständigheter vilka den upphandlande myndigheten inte kunnat förutse. Alla sorters ändringar omfattas av detta undantag så länge de beror på oförutsedda omständigheter. Således bör både ändringar, tilläggsarbeten och avgående arbeten omfattas. Utifrån skälen förfaller det som att bedömningen avseende vad som är oförutsett för en omdömesgill myndighet till viss del

kan ta subjektiva element i beaktning. Här anges även att en viss proportionalitetsbedömning får göras mellan kostnaden på förberedelse och förväntat värde samt att tillgängliga medel och god praxis på området kan utgöra relevanta hänsyn. Det kan tolkas som att för en myndighet oförutsedda omständigheter kan föreligga då ett ÄTA-arbete blir nödvändigt på grund av förhållanden som en upphandlande myndighet möjligen kunnat förutse genom en mer omfattande projektering. Men att en sådan projektering hade varit så omfattande och dyr att den inte stod i proportion till det förväntade värdet av genomförandet. Om så är fallet torde detta undantag omfatta en rad ÄTA-arbeten vilka uppkommer på grund av en inte heltäckande projektering. Oförutsebarhetskravet har dock inte prövats i någon stor utsträckning och här liksom tidigare är det värt att ha i åtanke att undantags ska tolkas restriktivt. Det är således inte säkert i vilken omfattning en upphandlande myndighet kan hänvisa till oförutsebara omständigheter för att upphandla ÄTA-arbeten. Här återfinns också begränsningen av ändringar vilka medför att kontraktets övergripande karaktär ändras. Även här måste konstateras att vilka gränser detta krav innebär i nuläget är högst oklart.

5.4 Sammanfattning – rättsläget och kvarstående oklarheter

Till viss del har denna fråga besvarats här i avsnitten ovan. Här följer dock en tydliggörande sammanfattning.

Gällande rätt präglas av en betydande osäkerhet. Dels avseende i vilken mån ÄTA-arbeten utgör väsentliga ändringar och dels i vilken mån ÄTA-arbeten kan omfattas av undantag för kompletterande byggentreprenader. Det nya upphandlingsdirektivet medför framförallt klagörande av rättsläget genom uttryckliga lagregler avseende ändringar under löptiden. Direktivet introducerar även en ytterligare flexibilitet för upphandlande myndighet att genomföra vissa ändringar. Något som framförallt blir tydligt när det kommer till undantagen för kompletterande byggentreprenader och oförutsedda omständigheter.

Enligt min mening bör gällande rätt tolkas som att ÄTA-arbeten vilka inte utgör väsentliga ändringar kan beställas utan ett nytt upphandlingsförfarande. Huvudregeln i direktivet förefaller också ha denna innebörd varför rättsläget på denna punkt kvarstår oförändrat. ÄTA-arbeten kan likt andra typer av ändringar utgöra väsentliga ändringar. Direktivet kodifierar EU-domstolens praxis men introducerar också möjligen en något striktare bedömning.

Kodifieringen av EU-domstolens praxis medför dock ingen ytterligare klarhet i när ett ÄTA-arbete utgör en väsentlig ändring. Men sannolikt är att i synnerhet större tilläggsarbeten och ändringar är sådana att de inför nya villkor som kunnat påverka utgången av den ursprungliga och ska därmed ska anses vara väsentliga. I förhållande till EU-domstolens praxis och i direktivet införda regler om mindre ändringar är det också troligt att tilläggsarbeten

vilka överskrider gällande tröskelvärden utgör väsentliga ändringar. Rättsläget på denna punkt är dock fortfarande oklart och det finns ett behov av vägledande praxis.

Av direktivet framgår ÄTA-arbeten vilka utgör mindre ändringar i regel bör vara oproblematiska att genomföra. ÄTA-arbeten enligt definitionen i AB 04 och ABT 06 torde ha ett sådant samband med kontraktens arbetena att de endast i undantagsfall kan ändra kontraktets övergripande karaktär. Så länge värdebegränsningarna beaktas torde därför ÄTA-arbeten vara möjliga att beställa utan ytterligare upphandlingsförfarande. Beroende på hur begreppet ”kontraktets övergripande karaktär” tolkas kan detta utrymme för ändringar dock inskränkas. Här finns därför också ett stort behov av vägledande praxis.

I jämförelse med gällande rätt är undantagen i direktivet vilka tillåter den upphandlande myndigheten att genomföra väsentliga ändringar något mer flexibelt formulerade. Det bör därför finnas ett större utrymme för utnyttjande av dessa undantag och ÄTA-arbeten vilka annars utgjort väsentliga ändringar torde därmed vara genomförbara under vissa förutsättningar. Det kvarstår dock även här tolkningsproblem vilka kräver ytterligare praxis. Det är inte helt klart huruvida tilläggsarbeten är att anse som kompletterande byggentreprenader, även om författarens mening är att så bör vara fallet. Det kvarstår också frågor angående hur nödvändighetskravet i art. 72(1)(b) ska tolkas och hur strängt kravet avseende oförutsebarhet enligt art. 72(1)(c) är.

I min mening står det också klart att reglerna om ÄTA-arbeten i AB 04 och ABT 06 inte utgör ändringsklausuler i den mening som avses i art. 72(1)(a). Detta är på grund av att varken omfattningen, arten eller villkoren för de typer av ändringar som kan bli aktuella är tillräckligt klara eller entydiga.

Sammanfattningsvis kan således sägas att det nya upphandlingsdirektivet bidrar med klargörande på många punkter. Särskilt vad gäller de fasta värdenivåer som nu är satta för mindre ändringar. Det kvarstår dock en hel del oklarheter vilka lämpligen besvaras genom praxis. I synnerhet vad som innebär en ändring av kontraktets övergripande natur. Det är därför min förhoppning att dessa tolkningsproblem snart blir föremål för prövning.

5.5 Avslutande kommentar

Jag skulle vilja avsluta denna uppsats med en iakttagelse som inte direkt omfattas av uppsatsens syfte och frågeställning. Varför rättsläget ser ut som det gör har inte varit fokus för denna uppsats. Men med vetskap om kommentarens spekulativa natur tror jag ändå att den kan vara intressant och relevant att så här i slutet av uppsatsen försöka nyansera rättsläget något.

Det är tydligt att rättsläget innan det nya direktivet varit något oklart och att en stor del av denna osäkerhet beror på att många tolkningsfrågor helt enkelt inte varit föremål för domstolsprövning. Det står också klart att det kommer behövas ytterligare praxis för att besvara tolkningsfrågor som uppkommit genom detta direktiv. Jag tror inte att denna brist på praxis beror på att det

inte tidigare funnits en rättslig problematik avseende ÄTA-arbeten och offentlig upphandling. Denna brist på praxis beror snarare på att frågan i praktiken sällan uppkommer därför att det inom branschen finns en mycket stor förståelse för att ÄTA-arbeten alltid ingår i ett entreprenadavtal. Att ett offentligt upphandlat kontrakt ändras genom ÄTA-arbeten är således inget ovanligt och alla branschens parter är införstådda med att detta sker. Jag misstänker därför att det finns en viss ovilja från entreprenörer att på upphandlingsrättsliga grunder ifrågasätta förekomsten av ÄTA-arbeten i ett offentligt upphandlat kontrakt annat än i vissa extrema fall. Eller snarare kan det kanske formuleras som en förståelse för att genomförandet av en entreprenad kräver ändringar och det är endast när dessa ändringar blir orimligt stora som det väcker frågan huruvida det är juridiskt riktigt. En avsaknad av uttryckliga regler och allmän osäkerhet kan säkert ha bidragit till att frågan inte prövats i någon större utsträckning. När det nu införs tydligare regler avseende möjliga ändringar av upphandlade kontrakt kommer det bli intressant att se hur de kommande årens rättsutveckling ser ut.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Offentligt tryck

Europeiska Unionen

Konsoliderade version av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt av den 26 oktober 2012/C 326/01, EUT C 326/47-199.

[Citeras: FEUF]

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

[Citeras: Dir. 2014/24 EU]

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster

[Citeras: Dir. 2004/18 EG]

Kommissionens grönbok, KOM(2011) 15 slutlig, om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, 27 januari 2011.

[Citeras: Kommissionens grönbok, KOM(2011) 15 slutlig]

Statens offentliga utredningar

SOU 2014:51 – Nya regler om upphandling

[Citeras: SOU 2014:51]

Propositioner

Prop. 2010/11:150 Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

[Citeras: Prop. 2011/11:150]

Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

[Citeras: Prop. 2006/07:128]

Lagrådsremiss

Nytt regelverk om offentlig upphandling, Lagrådsremiss, 2015

[Citeras: Nytt regelverk om offentlig upphandling, Lagrådsremiss 2015]

Litteratur

Andersson, Eilert & Hedberg, Stig: *ÄTA-arbeten och ekonomisk reglering enligt AB 04 och ABT 06*, Stockholm, 2012.

Arrowsmith, Sue: *The law of public and utilities procurement – in the EU and the UK*, second edition, London, 2005.

Arrowsmith, Sue: *The law of public and utilities procurement – in the EU and the UK*, third edition, London, 2014.

Bergqvist, Per-Ola, Hane, John & Johansson, Sture: *Offentlig upphandling av entreprenader inom byggsektorn*, Stockholm, 2012.

Bovis, Christopher H.: *EU Public procurement law*, second edition, Cheltenham, 2012.

Brodec, Jan & Janecek, Václav: "How does the substantial modification of a contract affect it's legal regime?", I: *Public Procurement Law Review*, 2015 no. 3, s. 90-105.

Falk, Jan-Erik: *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, andra upplagan, Stockholm, 2011.

Fallgropar vid entreprenadupphandling, Konkurrensverkets rapport 2011:2 [Citeras: *Fallgropar vid entreprenadupphandling 2011:2*]

Forsberg, Niclas: *Upphandling: enligt LOU, LUF, LUFS och LOV*, tredje upplagan, Stockholm, 2015.

Gorton, Lars: AB-kontrakten och den allmänna kontraktsrätten, I: *Festskrift till Torgny Håstad*, red. Lambertz, Göran, Lindskog, Stefan & Möller, Mikael, Uppsala, 2012.

Hartlev, Kristian & Wahl Liljenbøl, Morten: "Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review Clauses to avoid the need for a new tender", I: *Public Procurement Law Review*, 2013 no. 2, s. 51-73.

Hedberg, Stig: *Kommentar till AB 04 och ABT 06*, Stockholm, 2007.

Hettne, Jörgen & Otken, Ida (red.): *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, andra upplagan, Stockholm, 2011.

- Hellner, Jan, Hager, Richard, & Persson H., Annina: *Speciell avtalsrätt II – Kontraktsrätt*, femte upplagan – 1:a häftet. Särskilda avtal, Stockholm 2010.
- Jareborg, Nils: ”Rättsdogmatik som vetenskap”. I: *Svensk Juristtidning* 2004.
- Johansson, Sture: *Entreprenadrätt och praktik*, 2005, Stockholm.
- Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.): *Juridisk metodlära*, Lund, 2013.
- Lehrberg, Bert: *Praktisk Juridisk Metod*, sjätte upplagan, Uppsala, 2010.
- Liman, Lars-Otto, *Entreprenad- och konsulträtt – en introduktion*, 1991, Stockholm
- Ossmer, Per & Wollén, Magnus: *Totalentreprenader och ABT 06 – några kommentarer*, Stockholm, 2007.
- Pedersen, Kristian: *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling i försörjningssektorerna*, tredje upplagan, Stockholm, 2013.
- Samuelsson, Per: *Entreprenadavtal: Särskilt om ändrade förhållanden*, Stockholm, 2011.
- Sundstrand, Andrea: *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Stockholm, 2012.
- Treumer, Steen: ”Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission’s proposals of December 2011, I: *Public Procurement Law Review*, 2012 no. 5, s. 153-166.
- Treumer, Steen: ”Contract changes and the duty to retender the contract under the new EU public procurement Directive”, I: *Public Procurement Law Review*, 2014 no. 3, s. 148-155.
- Poulsen, Sune Troels: ”The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law”, I: *Public Procurement Law Review*, 2012 no. 5, s. 167-187.
- Poulsen, Sune Troels, Jakobsen, Peter Stig, & Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers: *EU Public Procurement Law – The Public Sector Directive, The Utilities Directive*, 2012, Köpenhamn.

Vaxenbäck, Sven & Lapinska, Anna: ”Väsentliga ändringar i offentliga kontrakt”, I: Förvaltningsrättslig Tidskrift, 2013 nr 1.

Elektroniska källor

Eriksson, Per-Erik & Hane, John: *Entreprenadupphandlingar – Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier*, Uppdragsforskningsrapport 2014:4 på uppdrag av Konkurrensverket.

Hämtad 2015 – 09 – 16:

<http://www.konkurrensverket.se/publikationer/entreprenadupphandlingar---hur-kan-byggherrar-framja-effektivitet-och-innovation-genom-lampliga-upphandlingsstrategier/>

[Citeras: Eriksson och Hane: *Entreprenadupphandlingar* 2014:4]

Linder, Fredrik och Sigfridsson, Erik – *När får ingångna avtal ändras idag och framöver enligt de nya EU-direktiven? – analys*, (elektronisk utgåva), JP Infonet Förlag AB, senast ändrad 2014-04-03

Hämtad 2015-10-01

Hane, John: *Direktupphandling av ÅTA-arbeten enligt LOU – analys*, (elektronisk utgåva), JP Infonet Förlag AB, senast ändrad 2012-02-21

Hämtad 2015-09-30

Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik och Piper Catharina: *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, i Zeteo, internet 2016 – 01 – 07.

Föreningen Byggandets kontraktskommitté, 12-10 – 2015,

<http://www.foreningenbkk.org>

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Mål C-160/08 Kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland, REG s. 2010 I-03713.

Mål C-91/08 Wall AG mot La ville de Francfort-sur-le-Main och Frankfurter Entsorgungs- und Services (FES) GmbH, REG s. 2010 I-02815.

Mål C-213/07 Michaniki AE mot Ethniko Symvoulío Radiotileorasis och Ypourgos Epikrateias, REG s. 2008 I-09999.

Mål C-454/06 presstext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH och APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, REG s. 2008 I-04401.

Mål C-210/03 Swedish Match AB och Swedish Match UK Ltd mot Secretary of State for Health, REG s. 2005 I-11893.

Mål C-84/03 Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien, REG s. 2005 I-00139.

Mål C-21/03 och C-34/03 Fabricom SA mot Belgien, REG s. 2005 I-01559.

Mål C-385/02 Europeiska kommissionen mot Italienska republiken, REG s. 2004 I-08121.

Mål C-496/99 Europeiska kommissionen mot CAS Succhi di Frutta SpA, REG s. 2004 I-03801.

Mål C-92/00 – Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Stadt Wien, REG s. 2002 I-05553-

Mål C-470/99 Universale-Bau m.fl. mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, REG s. 2002 I-11617

Mål C-324/98 Teleaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG, tillsammans med Herold Business Data AG, REG s. 2000 I-10745.

Mål C-337/98 Europeiska kommissionen mot Franska republiken, REG s. 2000 I-08377

Mål C-275/98 Unitron Scandinavia A/S och 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab mot Ministeriet för Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, REG s. 1999 I-08291.

Mål C-243/89 Kommissionen mot Danmark, REG s. 1999 I-03353.

Högsta Domstolen

NJA 2015 s. 3

NJA 2009 s. 388

Kammarrätten

Kammarrätten i Göteborg mål nr 6952-12

Myndighetsbeslut

Konkurrensverkets beslut, 2010-12-06, dnr 582/2010 - *Sundsvall Arena AB:s upphandling av Himlabadet*

