



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Laura Gashi

# Fyra olika betydelser av väsentliga ändringar

- Ändringar enligt entreprenadrättsliga ÄTA-arbetena i offentligt byggentreprenadskontrakt

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: Period 1 HT2016

# Innehåll

<b>Summary</b>	<b>1</b>
<b>Sammanfattning</b>	<b>2</b>
<b>Förord</b>	<b>3</b>
<b>Förkortningar</b>	<b>4</b>
<b>1 Inledning</b>	<b>5</b>
1.1 <i>Bakgrund</i>	5
1.2 <i>Syfte och frågeställning</i>	7
1.3 <i>Metod</i>	7
1.4 <i>Material</i>	9
1.5 <i>Forskningsläge</i>	11
1.6 <i>Avgränsningar</i>	11
1.7 <i>Disposition</i>	13
<b>2 Entreprenadavtal</b>	<b>14</b>
2.1 <i>Introduktion till entreprenadavtalen</i>	14
2.2 <i>De standardiserade entreprenadavtalen</i>	15
2.3 <i>Ändrade förhållanden</i>	17
2.4 <i>ÄTA-arbeten</i>	17
2.4.1 <i>Ändringsarbeten</i>	19
2.4.2 <i>Tilläggsarbeten</i>	19
2.4.3 <i>Avgående arbeten</i>	20
2.4.4 <i>Föranledda ÄTA-arbeten</i>	21
2.4.5 <i>ÄTA-arbeten i förhållande till LOU</i>	23
<b>3 Offentlig upphandling</b>	<b>24</b>
3.1 <i>Introduktion till upphandlingsrätten</i>	24
3.2 <i>Grundläggande principer i LOU</i>	25
3.3 <i>Byggentreprenadkontrakt i 2 kap. 3 § LOU</i>	26
3.4 <i>ÄTA-arbeten och reglerna kring direktupphandling</i>	27
3.5 <i>Undantaget i 4 kap. 8 § LOU</i>	28
3.5.1 <i>Kompletterande byggentreprenader</i>	28

3.5.2 Upprepningar	30
3.6 Förhållandet mellan ÄTA-arbeten och kompletterande byggentreprenader	31
<b>4 Väsentliga ändringar i offentligt kontrakt</b>	<b>34</b>
4.1 Introduktion	34
4.2 Praxis gällande väsentliga ändringar	35
4.2.1 Presstext-domen	35
4.2.2 Godkännande av annan anbudsgivare	37
4.2.3 Ändring av den ekonomiska jämvikten	38
4.2.4 Utvidgning av kontraktets omfattning	40
4.2.5 Byte av avtalspart	41
4.3 Nya direktivets klargörande av väsentliga ändringar	42
4.3.1 Väsentliga ändringar enligt art. 72.4	43
4.3.2 Ändringar i vissa specifika situationer	44
4.3.3 Ändringar av lägre kontraktsvärde	46
4.3.4 Kontraktets övergripande karaktär	47
4.4 ÄTA-arbeten och väsentliga ändringar	48
<b>5 Diskussion och slutsats</b>	<b>51</b>
5.1 Inledning	51
5.2 ÄTA-arbeten och upphandlingsrätten	51
5.2.1 ÄTA-arbeten och väsentliga ändringar	51
5.2.2 ÄTA-arbeten och kompletterande byggentreprenader	54
5.2.3 ÄTA-arbeten enligt ändringsklausuler	56
5.3 Typiska tvistefrågor vid ändringar av offentliga kontrakt	57
5.3.1 Likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen	57
5.3.2 Konsekvenser för parterna	58
5.4 Upphandlingsrättens påverkan på ÄTA-arbeten	59
5.5 Slutsats	60
<b>Käll-och litteraturförteckning</b>	<b>61</b>
<b>Rättsfallsförteckning</b>	<b>64</b>

# Summary

The possibility to change an existing contract is essential in construction contracts and ensures the fulfilment of the work. The possibility to modify constructions contracts makes these contracts different from other contracts in general. This modification can, however, sometimes stand in contrast to the public procurement legislation regarding material changes and a new procurement procedure must be considered. Within the construction contract the contractor has an obligation to perform ÄTA-works that occur due to changes, additions and cancelations according to AB 04. These modifications can also conflict with the principle of equal treatment and the principal of transparency in the public procurement rules.

Material changes and modifications to existing contracts may not be carried out without a new procurement procedure. A modification according to ÄTA-works generally involves substantial changes of the existing contract, which can cause difficulties in the public works contract. When assessing whether a change is substantial or just a small-scale modification the Preetext case and article 72 in directive 2014/24/EU becomes significant and important.

According to the Preetext case four elements can indicate that a substantial change has been carried out in a public contract. If a condition is introduced to an existing contract which, if this condition had been part of the contract from the beginning, would have allowed other than the winning tender to be accepted can this indicate that the change is material. An economic change of the balance of the contract in favour of the supplier also indicates a substantial change and also a change, which considerably extends the scope of the contract. A change of the contractual partner can also signify a material change according to the Preetext judgment. The scope of the changes in public contract is however uncertain and a request for clarification is needed.

# Sammanfattning

Ändringsbefogenheten i entreprenadavtalen utgör ett viktigt element i entreprenadrätten och säkerställer entreprenaders fullgörande. Entreprenadavtalen är särpräglade och skiljer sig från avtal i övrigt på grund av de förhållanden som råder i ett entreprenadavtal. Dessa avtal kan däremot ibland stå i konflikt till de upphandlingsrättsliga reglerna om väsentliga ändringar och otillåtna direktupphandlingar. En entreprenör måste alltid fullgöra sina skyldigheter genom att utföra ändrings- och tillägsarbeten som uppfyller sambands- och egenskapskravet i AB 04. Nämnda ändringar kan samtidigt strida mot likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen i de offentliga kontrakten.

I den upphandlingsrättsliga regleringen får inte väsentliga ändringar av ett kontrakt under löptiden vidtas. De ändringar som sker enligt de entreprenadrättsliga ÄTA-arbetena utgör ibland större förändringar vilket kan skapa svårigheter i de offentliga byggentreprenadskontrakten. Vid bedömningen av väsentliga ändringar i offentliga byggentreprenadskontrakt enligt ÄTA-arbeten förblir Presstext-domen och artikel 72 i direktiv 2014/24/EU vägledande och centrala.

Enligt de kriterier som ställs upp i domen leder ändringar som hade gjort det möjligt för annan anbudsgivare att godkännas än den som ursprungligen godkändes till att villkoren ändras väsentligt, och en väsentlig ändring sker också om den ekonomiska jämvikten mellan parterna ändras till förmån för anbudsgivaren. Betydlig utvidgning av kontraktets omfattning och byte av avtalspart innebär även de väsentliga ändringarna av kontraktet enligt domen. Avsaknaden av praxis gällande väsentlighetsbedömningen av ändringar enligt ÄTA-arbeten gör alltså artikel 72(4) i direktivet betydelsefull. Gränsen för när ett ÄTA-arbete utgör en väsentlig ändring är däremot svår att förutse i nuläget och rättsläget behöver klargöras ytterligare.

# Förord

Härmed avslutar jag mina 4,5 år på juristutbildningen i Lund och börjar på ett nytt kapitel i mitt liv. Jag vill därför ta mig tiden att tacka alla som har funnits där för mig med stöd och motivation genom alla dessa år. Jag vill speciellt tacka mina syskon och föräldrar för all hjälp och drivkraft som de har givit mig genom mina studier men även genom livet.

Ett speciellt tack till min handledare, Henrik Norinder, för all inspiration och vägledning jag har fått under uppsatsskrivningen. Genom din kloka rådgivning och input har jag fått möjligheten att utveckla mitt arbete oerhört mycket.

Lund den 3 januari 2017,

Laura Gashi

# Förkortningar

AB	Allmänna bestämmelser för byggands
ABK	Allmänna bestämmelser för konsultuppdrag inom arkitekt- och ingenjörsvksamhet
ABM	Allmänna bestämmelser för köp av varortill yrkesmässig byggverksamhet
ABS	Allmänna bestämmelser för småhusentreprenader
ABT	Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnadsanläggnings- och installationsentreprenader
AB-U	Allmänna bestämmelser för underentreprenad
AMA	Allmän material- och arbetsbeskrivning
AMA AF	Administrativa föreskrifter med råd och anvisningar för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader
BKK	Byggandets kontraktskommitté
LOU	Lagen om offentlig upphandling (2007:1091)
LUF	Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
NJA	Nytt juridisk arkiv avd. 1
Nya LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
ÄTA-arbeten	Ändrings-, tilläggs- och avgående arbeten

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Vissa gånger kan två lagstiftningar stå i konflikt med varandra. Den offentliga upphandlingen och entreprenadrätten är ett exempel på just detta. Entreprenadrättens syn på ändringar under kontraktets löptid och ändringar under kontraktstiden enligt regleringen om offentlig upphandling är inte alltid förenliga med varandra. Entreprenadavtal löper många gånger under en längre tidsperiod och eventuella förändringar är inte alltid förutsebara. Ovissheten kring hur en entreprenad i slutet av dagen kommer att se ut har lett till ett antal lösningar inom entreprenadrätten. Entreprenadrätten har löst detta genom att utvidga beställarens ändringsbefogenhet. Detta medför att det inte allt för sällan sker många ändringar under ett kontrakts löptid. Denna ändringsbefogenhet är central för entreprenader men kan samtidigt skapa problem i ett annat rättsområde. Inom den offentliga upphandlingen är dessa ändringar i vissa fall direkt otillåtna enligt regleringen.

Som upphandlande myndighet måste ett detaljerat regelverk alltid iakttagas vid en upphandling. Upphandlingsreglerna syftar till att tillgodose ett ekonomiskt och juridiskt syfte. Myndigheten ska alltid beakta skattebetalarnas och allmänhetens bästa och upphandlingsregleringen ger beslutsfattarna en begränsning i sitt beslutsfattande för att uppnå en ekonomisk och juridisk fördel. Lagstiftningen inom den offentliga upphandlingen innefattar krav på transparens, likabehandling, icke-diskriminering och ömsesidig erkännande. Varje upphandlande myndighet ska genomföra alla offentliga upphandlingar mot bakgrund av dessa principer.<sup>1</sup> Gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling har som främsta syfte att förhindra en snedvriden konkurrens samt vidmakthålla en

---

<sup>1</sup> Bergman (2011) s.37-42.

<sup>2</sup> C-454/06 Presstext. P. 31.



fri rörlighet i samtliga medlemsstater. Genom att alltid tillämpa de grundläggande principerna i den offentliga upphandlingen uppnås detta syfte enligt rättspraxis.<sup>2</sup>

Om det i ett offentligt kontrakt görs förändringar under kontraktets löptid som medför betydliga skillnader i kontraktet och parterna visar en avsikt att vilja omförhandla väsentliga villkor utgör detta en ny upphandling eller ett nytt ingående av kontrakt i den offentliga upphandlingen.<sup>3</sup> I dessa situationer är en direktupphandling inte tillåten enligt reglerna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och en ny upphandling med beaktande av principerna i 1 kap. 9 § LOU måste iakttas.

Inom entreprenadrätten är det inte alltid enkelt att påförhand förutse hur omfattande en entreprenad kommer att vara. Ofta fortlöper ett entreprenadavtal över en längre period och osäkerhet kring planering av entreprenaden blir därmed stor. Denna osäkerhet har medfört till ett antal bestämmelser om beställarens ändringsbefogenhet. Ändringsbefogenheten utgör en central del i entreprenadavtalen och optimerar entreprenadens slutresultat. Entreprenören har en skyldighet att utföra vissa ändringar och tillägg om dessa arbeten klassificeras som ÄTA-arbeten. För att ett arbete ska anses utgöra ett ÄTA-arbete måste ett samband- och egenskapskrav vara uppfyllt.<sup>4</sup> I AB 04 samt ABT 06 finner vi definitionen av ÄTA-arbeten under begreppsbenämningen. ÄTA-arbeten definieras som:

”Ändringsarbete, Tilläggsarbete som står i omedelbart samband med kontraktsarbetena och som inte är av väsentligen annan natur än dessa, samt Avgående arbete.”<sup>5</sup>

Dessa arbeten kan ibland stå i direkt motsats till den offentliga

---

<sup>2</sup> C-454/06 Presstext. P. 31.

<sup>3</sup> C-454/06 Presstext p 31 ff.

<sup>4</sup> Samuelsson (2011) s. 115- 116.

<sup>5</sup> Cit: Andersson & Hedberg (2013) s.21.

upphandlingsrätten och under denna studie ska denna problematik analyseras.

## 1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att klargöra hur stora ändringar enligt ÄTA-arbeten som får vidtas i ett offentligt byggtreprenadskontrakt innan förbudet mot väsentliga ändringar under kontraktets löptid aktualiseras. I uppsatsen ska även klargöras när direktupphandlingar av ändringar i ett offentligt byggtreprenadskontrakt är lagliga. Vidare ska i undersökningen analyseras vilken påverkan ÄTA-arbeten har på den offentlighetsrättsliga likabehandlingsprincipen samt öppenhetsprincipen. Genom studien kommer jag även undersöka huruvida syftet med de entreprenadrättsliga ÄTA-arbetena påverkas av förbudet mot väsentliga ändringar i offentliga byggtreprenadskontrakt.

Mina frågeställningar lyder:

- *När anses ett entreprenadrättsligt ÄTA-arbete utgöra en väsentlig ändring i ett offentligt byggtreprenadskontrakt och hur bör den upphandlingsrättsliga regleringen hantera dessa ändringar?*
- *Vilka typiska tvistefrågor kan uppstå vid ändringar av ett kontrakt i den offentliga upphandlingen?*
- *Vilken påverkan kan förbudet mot väsentliga ändringar i den offentliga upphandlingen få på de entreprenadrättsliga ÄTA-arbetena?*

## 1.3 Metod

För att besvara de uppställda frågeställningarna kommer främst den juridiska metoden att användas. Den juridiska metoden används för att undersöka och analysera juridiken. Genom den juridiska metoden utronas gällande rätt och metoden innebär en korrekt användning av

rättskällevärdet, den juridiska argumentationen, den juridiska begreppsbyggnaden och systematiken m.m. Metoden innefattar även Common-sense-grundande resonemang.<sup>6</sup> Genom att använda mig av den juridiska metoden kommer fakta att behandlas i relation till rättskällevärdet.<sup>7</sup> Genom den juridiska metoden kommer alltså rättskällorna inom området att studeras.

Även den rättsdogmatiska metoden kommer att användas för att studera, tolka samt systematisera gällande rätt. Den rättsdogmatiska metoden kommer att användas utifrån ett inomrättsligt perspektiv, vilket innebär att mina frågeställningar kommer att besvaras genom att jag studerar rätten utifrån lagtext, förarbeten, praxis och doktrin. Enligt Sandgren är definitionen av rättsdogmatiken inte självklar och det finns olika uppfattningar om hur denna närmare ska karakteriseras. Den rättsdogmatiska metoden brukar dock vanligtvis beskrivas som en metod som undersöker gällande rätt och utgår från rättskällevärdet.<sup>8</sup> Värderingar kan även enligt Sandgren sägas ingå i rättsdogmatiken. Gällande rätt och rättskällevärdet utgör kärnan i rättsdogmatiken men det finns enligt Sandgren även ett utrymme för värderingar i rättsdogmatiken. Värderingarna utgör ”materiell rättssäkerhet” vilket innebär att ”förnuftbara och etiskt godtagbara slutsatser”<sup>9</sup> ingår i rättsdogmatiken.<sup>10</sup>

Syftet med studien är att utreda och analysera förhållandet mellan entreprenadavtalen och den offentliga upphandlingen, därför kommer uppsatsen utgöra en studie av jämförande karaktär. Uppsatsen utgör en jämförande undersökningen och de entreprenadrättsliga standardavtalen som reglerar ÄTA-arbeten kommer att ställas mot väsentliga ändringar som finns reglerade i den upphandlingsrättsliga regleringen.

---

<sup>6</sup> Sandgren (1995-96) s. 727- 728.

<sup>7</sup> Sandgren (2007) s.38.

<sup>8</sup> Sandgren (2008) s. 648-653.

<sup>9</sup> Cit; Sandgren (2008) s. 652

<sup>10</sup> Sandgren (2008) s. 652.

Studien behandlar två olika rättsområden vilket leder till att metoderna skiljer sig åt beroende på vilket av områdena som behandlas. För den offentliga upphandlingens del är EU-rätten central därför kommer den EU-rättsliga metodläran ingå i metodvalet för att besvara mina uppställda frågeställningar. Den EU-rättsliga metoden innebär att rätten tolkas och analyseras utifrån de EU-rättsliga rättskällorna. Primärrätten (de grundläggande fördragen), bindande sekundärrätt (antagen enligt fördragen), de internationella avtalen samt de allmänna rättsprinciperna utgör bindande rättskällor inom EU-rätten därför kommer dessa att tolkas och analyseras. Även EU-domstolens och tribunalens rättspraxis kan ses som bindande rättskällor. Det finns även vägledande rättskällor inom EU-rätten och dessa utgör förarbeten, generaladvokatens förslag till avgörande, den EU-rättsliga doktrinen och ekonomiska teorier. Dessa kommer däremot inte beröras grundligt.<sup>11</sup>

För entreprenadrättens del utgörs den mest centrala rättskällan doktrin eftersom entreprenadrätten saknar lagstiftning. Juridisk litteratur inom området är knapphändig och eftersom tvisterna i största allmänhet avgjorts genom skiljeförfarande har vi väldigt få prejudicerande domar att utgå från.<sup>12</sup> Den särpräglade entreprenadrätten leder därför till att den rättsdogmatiska metoden kommer att tillämpas men utifrån en reviderad version.

## 1.4 Material

För framställningen kommer litteratur från entreprenadrätten och litteratur från upphandlingsrätten att användas. Den svenska förmögenhetsrättsliga litteraturen för entreprenadavtal är knapphändig och även lagstiftning saknas inom detta område.<sup>13</sup> Därför kommer kommentarerna till de allmänna bestämmelserna utgöra en viktig del i denna framställning, framförallt Stig Hedbergs kommentarer till AB 04, ABT 06 samt ABK 09.

---

<sup>11</sup> Hettne & Otken Eriksson (2011) s. 40.

<sup>12</sup> Ingvarson & Utterström (2015) s. 258- 259.

<sup>13</sup> Samuelsson (2011), s.13.

Vad gäller den svenska litteraturen är Samuelssons verk *”Entreprenadavtal- särskilt om ändrade förhållanden”* en viktig komponent i uppsatsen eftersom detta analyserar och redogör för entreprenadrätten på ett kompletterande sätt. För en grundläggande redogörelse av entreprenadrätten kommer Hööks *”Entreprenadjuridik”* användas. Boken *”Offentlig upphandling av entreprenader inom byggsektorn”* av Bergqvist, Hane samt Johansson är även central i studien, framförallt eftersom denna är ledande för upphandling inom byggsektorn. Arrowsmiths verk *”The Law of Public and Utilities Procurement”* kommer att användas för att redogöra för väsentliga ändringar i den offentliga upphandlingen. Även kommentarerna till lagen om offentlig upphandling kommer att användas i studien, både kommentarerna skrivna av Rosén m.fl. och kommentarerna skrivna till lagen av Falk. Vidare kommer även artiklar av analyserande karaktär bidra till redogörelsen utifrån mina frågeställningar.

Standardavtalen utgör viktigt material i arbetet och även tolkningen av dessa. Det finns endast ett fåtal fall där de allmänna domstolarna tagit ställning till entreprenadrättsliga frågor därför kommer inte praxis utgöra en större del av arbete för den entreprenadrättsliga delen. HD har i de fåtal domar som handlat om entreprenadrätten däremot uttryckt att BKK:s utlåtande ska utgöra en del av tolkningen. Dessa utlåtande har i entreprenadrättsliga tvister fått stor genomslagskraft därför är de också en viktig del av materialet för denna uppsats.<sup>14</sup>

Vid redogörelsen av den offentliga upphandlingen kommer de primära rättskällorna inom svensk rätt att tillämpas. Jag kommer även utgå ifrån EU-rättens primärkällor eftersom den offentliga upphandlingen härstammar från denna. De EU-rättsliga rättskällorna kommer att vara särskilt viktiga vid redogörelsen av väsentliga ändringar. Konkurrensverkets beslut kommer även att beröras eftersom

---

<sup>14</sup> Ingvarson & Utterström (2015) s. 259.

Konkurrensverket utgör tillsynsmyndighet för offentliga upphandlingar enligt 18 kap. 1 § LOU, även om besluten inte utgör en rättskälla.

Jag har vidare även hämtat inspiration från två examensarbeten som ligger nära mitt eget område. Den första uppsatsen är skriven av Patrik Alfredsson ”Att upphandla kaka och ÄTA den också - Entreprenadrättsliga ÄTA-arbetens förhållande till ändringsregler i offentlig upphandling”. Den andra uppsatsen är skriven av Sebastian Nessmar ”Ska vi ÄTA eller ska vi bråka - En studie över ÄTA-arbetets reglering och roll som tvistefråga inom entreprenadrätten”. Alfredssons examensarbete behandlar främst förhållandet mellan ÄTA-arbeten och ändringar av offentliga kontrakt samt nyheterna i det nya upphandlingsdirektivet. Nessmars studie analyserar istället regleringen av ÄTA-arbeten och de eventuella tvistefrågor som kan uppstå genom dessa ändringar i entreprenadrätten.

## 1.5 Forskningsläge

Analyser av dessa frågor är sparsamma i doktrin och uttalanden. Endast ett fåtal entreprenadsjurister har berört området. Framstående jurister inom området är bland annat Samuelsson som behandlat ändringar i entreprenadkontrakt, Bergqvist, Hane samt Johansson som behandlat offentlig upphandling inom byggsektorn samt Arrowsmith som behandlat ändringar i offentliga kontrakt.

## 1.6 Avgränsningar

Denna studie kommer endast behandla standardavtalet för utförandeentreprenader AB 04. Övriga standardavtal innehåller till stor del liknande bestämmelser och en redogörelse av de andra standardavtalen blir därmed inte påkallad. Vidare kommer lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transport och posttjänster (LUF) att avgränsas bort på grund av plats- och tidsbrist. LUF innehåller inga

väsentliga skillnader i förhållande till LOU och därmed kommer inte en redogörelse av LUF göras.

Likabehandlingsprincipen och principen om insyn utgör viktiga principer i studien och är de principer som praxis främst lyft fram i diskussionen om väsentliga ändringar, detta medför att de återstående principerna kommer att avgränsas bort. Konkurrensprincipen och principen om den fria rörligheten kommer däremot inte avgränsas bort eftersom dessa är grundläggande i den offentliga upphandlingen.

Ändring av ramavtal kommer vidare avgränsas bort i uppsatsen på grund av platsbrist. Ramavtalens hantering av väsentliga ändringar liknar många gånger upphandlingsrättens hantering av ändring i offentliga kontrakt därför kommer detta inte närmare beröras.

Uppsatsen är i främsta hand riktad till juriststudenter, verksamma jurister samt personer som besitter en viss juridisk kunskap, därför kommer inte en genomgående redogörelse av upphandlingsrätten och entreprenadrätten vidtas. Uppsatsen riktar främst in sig på entreprenadrättens ÄTA-arbeten och upphandlingsrättens undantag och en mer utförlig redogörelse av detta kommer göras. I viss mån kommer mer grundläggande fakta avseende entreprenadavtal studeras för att öka förståelsen av framställningen.

En grundläggande redogörelse för ÄTA-arbetenas reglering kommer vidare inte att utföras så som Nessmar i sin studie gjort. Inte heller kommer en djupare analys av vilka tvistefrågor som uppstår i entreprenadrätten vid ÄTA-arbeten behandlas. Nyheterna i det nya direktivet kommer att redogöras för i studien, däremot kommer inte en grundläggande redogörelse för varje ändring göras som i Alfredssons examensarbete. Istället kommer konsekvenserna av de olika lagstiftningarnas skillnader att redogöras för.

## 1.7 Disposition

Nedan följer en disposition och kort beskrivning av de olika kapitlen i studien för att underlätta förståelsen av studien och hanteringen av denna.

I kapitel 2 *Entreprenadavtal* ges en introduktion av de standardiserade entreprenadavtalen och de entreprenadrättsliga ÄTA-arbetena i AB 04. I kapitlet framgår även under vilka omständigheter ÄTA-arbetena brukas i entreprenadavtal.

Kapitel 3 *Offentlig upphandling* ger en introduktion till den offentliga upphandlingen och de offentliga byggentreprenadskontrakten. Kapitlet beskriver även under vilka förutsättningar ett offentligt byggentreprenadskontrakt får ändras.

*Kapitel 4 Väsentliga ändringar i offentligt kontrakt* beskriver när en ändring i offentliga kontrakt anses utgöra en otillåten ändring. I kapitlet framgår även under vilka förutsättningar en väsentlig ändring anses förekomma. I slutet av kapitlet redovisas artikel 72 i det nya direktivet 2014/24/EU.

Kapitel 5 *Diskussion* besvarar och analyserar de ställda frågeställningarna utifrån de tidigare kapitlen.



## 2 Entreprenadavtal

### 2.1 Introduktion till entreprenadavtalen

Termen entreprenadavtal har ingen direkt lagdefinition i svensk rätt.<sup>15</sup> Samuelsson har definierat entreprenadavtalen som:

”sådana avtal där den ena parten (entreprenören) åtar sig att inom angiven tid utföra vissa avtalade bygg- och anläggningsarbete och där den ena parten (beställaren) är tillförsäkrad en rättslig kompetens att fortlöpande ändra motpartens åtagande under avtalets löptid (ändringsbefogenhet).”<sup>16</sup>

Entreprenadavtalen brukar ibland jämföras med 1 § Konsumenttjänstlagen (1985:716) som reglerar uppförandet eller tillbyggnad av småhusentreprenad. Konsumenttjänstlagen är däremot väldigt snäv och reglerar endast de situationer då en näringsidkare utför uppförande eller tillbyggnad av bostadshus. Ett allmänt förekommande begrepp vid tal om entreprenadavtal brukar vara *arbetsting*. Begreppet arbetsting brukar användas för att karakterisera ett avtal som reglerar ett visst arbetsresultat mot ersättning. Centralt för entreprenadavtalen är beställarens ändringsbefogenhet. Denna ändringsbefogenhet gäller enligt entreprenadavtalen även om avtalsparterna inte uttryckligen avtalat om denna. Ändringsbefogenheten gör det möjligt för beställaren att i vid mening ändra och anpassa entreprenaden efter dennes önskan, enligt Samuelsson ska därför entreprenadavtalet beskrivas som ett öppet ramavtal. Parterna i ett entreprenadavtal strävar inte, så som i andra typer av avtal, efter ett på förhand bestämt slutresultat, utan ändringar och anpassningar sker hela tiden under kontraktets gång.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Samuelsson (2011) s. 13.

<sup>16</sup> Cit: Samuelsson (2011) s. 17.

<sup>17</sup> Samuelsson (2011) s. 17-18.

Bristen eller avsaknaden på entreprenadslagstiftning har lett till framtagande av diverse standardiserade avtalsbestämmelser på det entreprenadrättsliga området. Standardavtalen, allmänna bestämmelserna (AB), utgör *agreed document* och har utförts av parterna på byggmarknaden, nämligen Byggandets kontraktskommitté (BKK). De allmänna bestämmelserna har fått en stor genomslagskraft inom bygg- och anläggningssektorn och är därför grundläggande för entreprenadrätten. De standardiserade avtalsbestämmelser är dominerade på marknaden och kändedomen om dessa leder till att prissättning och riskfördelning förenklas. De allmänna bestämmelserna skräddarsys och anpassas efter marknaden allt eftersom.<sup>18</sup> Genom de upprättade standardavtalen anpassas avtalen till branschen och eventuella tvistekostnader minskar. Avtalen skapar även rättssäkerhet för parterna som ingår avtalen och risken för framtida tvister minimeras.<sup>19</sup>

## 2.2 De standardiserade entreprenadavtalen

För byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader finns det allmänna bestämmelser som har utarbetats av BKK.<sup>20</sup> Standardavtalen inom entreprenadbranschen innehåller administrativa föreskrifter samt tekniska beskrivningar av standardtyp. AB 04 samt ABT 06 är de standardavtal som är grundläggande för entreprenadbranschen och ur dessa standardavtal har AB-U 07 framställts. AB-U 07:s bestämmelser hänvisar till det ursprungliga standardavtalet AB 04 och förutsätter att detta används mellan parterna. Standardavtalet ABM 07 reglerar köp av varor till yrkesmässig byggverksamhet. Dessa bestämmelser har utarbetats av Byggandets Kontraktskommitté och byggmaterialindustrierna. Inom entreprenadmarknaden är även de Allmänna material- och arbetsbeskrivningarna (AMA) en del av standardavtalssystemet. Parterna i

---

<sup>18</sup> Samuelsson (2011) s.22-23.

<sup>19</sup> Bernitz (2008) s. 21 & 31.

<sup>20</sup> Hedberg (2010) s. 15.

entreprenadbranschen brukar referera till dessa som ”AMA-böckerna”. AMA AF innehåller det administrativa förfrågningsunderlaget som en beställare kan använda sig av för att få anbud av olika entreprenörer. Vid konsumententreprenader används ABS 05 istället. Utöver dessa standardvillkor som finns i de allmänna bestämmelserna brukar parterna för varje enskild entreprenad utarbeta mer specifika och karaktäristiska villkor för just den entreprenaden.<sup>21</sup> ABK 09 är också dominerande på marknaden och detta standardavtal reglerar bestämmelserna för konsultuppdrag mellan beställaren och arkitekten/konsulten.<sup>22</sup> AB 04 innehåller standardavtal för utförandeentreprenader medan ABT 06 istället innehåller villkor för totalentreprenader.<sup>23</sup> I en utförandeentreprenad åligger det beställaren ett projekterings- och funktionsansvar och entreprenören har ett utförandeansvar. I en totalentreprenad däremot är beställarens roll endast att uppställa ett funktionskrav och entreprenören ansvarar för projekteringen av entreprenaden, utförandet samt funktionen av denna.<sup>24</sup>

Tolkningen av de allmänna bestämmelserna brukar fyllas ut med allmänna principer och dispositiva rättsregler. Standardavtalen brukar kompletteras vid tvister med en ”objektiv” tolkning. När en objektiv tolkning görs brukar branschpraxis eller andra jämförbara avtalsförhållande vara utfyllande. Först ska dock avtalet mellan parterna och viljeförklaringarna utrönas och när detta inte ger tillräckligt med svar kan branschpraxis vara ledande i tolkningen. Entreprenadavtalen tolkas precis som andra typer av avtal utifrån sedvanliga tolkningsmetoder och tolkningsregler. I de allmänna bestämmelserna finns det även egna tolkningsregler så som till exempel AB 04 kap. 1 § 2 st 2 samt AB 04 kap. 1 § 3.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> Höök (2008) s. 63-64.

<sup>22</sup> Hedberg (2010) s. 9.

<sup>23</sup> Hedberg (2010) s. 10.

<sup>24</sup> Hedberg (2010) s. 13.

<sup>25</sup> Samuelsson (2011) s. 37-38.

## 2.3 Ändrade förhållanden

Eftersom entreprenader utgör komplexa och omfattande projekt har beställaren en rätt enligt de allmänna bestämmelserna att beställa ändringar och tillägg av diverse arbeten. Entreprenader är inte lätta att förutse därför är denna ändringsbefogenhet väl inkorporerade i entreprenadavtalen.<sup>26</sup> De eventuella ändringar som kan komma att ske under en entreprenad har gjort så att entreprenadavtalen beskrivs som öppna ramavtal. I ett entreprenadavtal blir ändringarna en viktig del av avtalet och beställarens behov och önskemål är det som utformar entreprenörens åtagande. Entreprenören är på så sätt mer intresserad av att optimera projektet än att utförandet sker efter vad som utgått från anbudshandlingarna. Kontraktarbetena bestäms huvudsakligen enligt AB 04 kap. 1 § 1 st 1 av kontraktshandlingarna men i en entreprenad kan aldrig entreprenörens åtagande på förhand helt preciseras utan detta sker under avtalets löptid.<sup>27</sup> Vid gränsdragningen mellan ett ÄTA-arbete och en ny entreprenad är beställarens gränser avgörande. Genom att ange entreprenörens åtagande avgör beställaren när ett arbete ska ses som ett ÄTA-arbete respektive ny entreprenad. Gränsdragningen mellan dessa två är således beroende av beställarens uppgifter, är dessa inte tillräckliga kan en beställare hävda att ett visst arbete utgör ett ÄTA-arbete även om entreprenören inte är överens om detta.<sup>28</sup>

## 2.4 ÄTA-arbeten

ÄTA-arbeten är grundläggande i entreprenadrätten. Genom de allmänna bestämmelserna som reglerar ÄTA-arbeten definieras beställarens ändringsbefogenhet och entreprenörens plikt att utföra eventuella ändringsarbeten. En beställare vill inte vara allt för låst av ett kontrakt utan denna vill i många fall kunna ändra entreprenaden för att anpassa och korrigera denna. Under vissa förutsättningar är en entreprenör förpliktad

---

<sup>26</sup> Ingvarson & Utterström (2015) s. 21.

<sup>27</sup> Samuelsson (2011) s.115.

<sup>28</sup> Rosén m.fl (2015), kommentaren till 4 kap. 8§.

att utföra vissa ändringar som uppstår under löptiden, de ändringar som en entreprenör är förpliktigad att utföra finns reglerade i AB 04. Det är endast ÄTA-arbeten som omfattas av beställarens ändringsbefogenhet och arbeten utanför detta är en entreprenör inte skyldig att utföra enligt AB 04.<sup>29</sup> ÄTA-arbeten definieras enligt begreppsbestämningarna som ändringsarbeten, tilläggsarbeten och avgående arbeten. Beställarens rättighet att beställa arbete som entreprenören är skyldig att utföra regleras i AB 04 kap. 2 § 3. Ett ändringsarbete och ett tilläggsarbete måste däremot stå i omedelbart samband med kontraktarbeten samt inte vara av väsentligen annan natur än dessa för att arbetet ska omfattas av beställarens ändringsbefogenhet.<sup>30</sup> En entreprenad ska alltid utföras i överensstämmelse med entreprenadhandlingarna enligt AB 04 kap. 2 § 1. Enligt kommentarerna till AB 04 ska en entreprenad utföras strikt enligt kontraktshandlingarna under beställningstiden och enligt ändringar som tillkommer enligt ÄTA-arbeten. Allt arbete som avviker från ovanstående bedöms utgöra fel i entreprenaden. Eventuella ändringar som inte omfattas av kontraktshandlingarna eller utgör en ändring enligt ÄTA-arbeten ska meddelas till beställaren av entreprenören enligt AB 04 kap. 2 § 9.<sup>31</sup> Av bestämmelserna i AB 04 följer att en entreprenör som utför ÄTA-arbeten efter beställarens önskemål och behov ska få kontraktstiden avkortad eller förlängd utifrån arbetens omfattning enligt AB 04 kap 4 § 2. Entreprenören har även rätt till reglering av kontraktssumman enligt AB 04 kap 6 § 1 vid ÄTA-arbeten. En entreprenör har ensamrätt att utföra ÄTA-arbeten, väljer beställaren en annan entreprenör som utför detta utgör detta ett kontraktsbrott som kommer att regleras enligt ersättningsregeln i AB 04 kap 6 § 2. Genom denna bestämmelse har entreprenören rätt att få ersättning för den inkomsttäckning, kostnadstäckning samt handelsvinst som denna går minste om på grund av kontraktsbrottet.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Samuelsson (2011) s.118.

<sup>30</sup> Bergqvist, Hane & Johansson (2012) s. 71.

<sup>31</sup> Hedberg (2010) s. 41.

<sup>32</sup> Hedberg (2010) s. 44.

## 2.4.1 Ändringsarbeten

Ändringsarbetet består av två moment både avgående arbeten och tilläggsarbeten, som sedan ska ersätta det avgångna arbetet. Ändringsarbeten föreligger exempelvis när en beställare vill ändra färg på kakel som beställts via kontraktshandlingarna. Om beställaren vill att kaklet ska utgå anses detta utgöra ett avgående arbete men om istället endast färgen ska ändras utgör detta ett ändringsarbete. Entreprenören har vid ändringsarbete som omfattas av ÄTA-arbeten en skyldighet och en rättighet att utföra detta enligt AB 04. Beställarens ändringsbefogenhet enligt AB 04 innebär även en rättighet för entreprenören att utföra eventuella ändringar. Om en entreprenör berövas denna rättighet blir AB 04 kap. 6 § 2 tillämplig. Ändringsarbeten kan ibland vara svåra att skilja från avgående arbete.<sup>33</sup>

## 2.4.2 Tilläggsarbeten

Ett tilläggsarbete som inte står i omedelbart samband med kontraktsarbetena utgör inte ett ÄTA-arbete och ska därmed inte omfattas av beställarens ändringsbefogenhet. Entreprenören är skyldig att utföra eventuella ÄTA-arbeten under entreprenadtiden. Efter entreprenadtiden återfinns inte denna skyldighet för entreprenören. Arbeten som kompletterar byggentreprenaden efter entreprenadtidens slut ska istället ses som nytt avtal som parterna ingått sinsemellan. Beställarens ändringsbefogenhet vad gäller tilläggsarbeten gäller under förutsättning att tillägget står i omedelbart samband med kontraktsarbetena samt inte är av väsentligen annan natur än kontraktsarbetena. Med omedelbart samband åsyftas ett så nära förknippat samband mellan tillägget och kontraktsarbetena att de tillsammans utgör en teknisk helhet. Om beställaren utan olägenhet kan utföra ett tillägg efter färdigställandet av entreprenaden föreligger inte ett sådant samband som ska föreligga för att arbetet ska utgöra ett ÄTA-arbete. Enligt Johansson utgör exempelvis en tillkommande parkeringsficka för ett vägbygge ett naturligt tillhörande

---

<sup>33</sup> Andersson & Hedberg (2013) s. 69- 72.

arbete, parkeringsfickan har ett omedelbart samband med vägbygget. Det faktum att en entreprenör inte har arbetskraften eller resurser att utföra tillägg utgör inte en rättighet för entreprenören att neka tilläggsarbeten som utgör ÄTA-arbeten. Arbeten som fodrar särskild eller annan behörighet utgör inte väsentligen samma natur som kontraktsarbetena.<sup>34</sup> För att ett arbete inte ska anses vara av väsentligen annan natur krävs det att tilläggsarbetet faller inom ramen för fackområdet för kontraktsarbetena. Arbetet ska falla inom entreprenörens normala kompetensområde för att kunna utgöra ett ÄTA-arbete. Som exempel nämns att en golvläggningsemprenör inte är skyldig eller berättigad till att utföra arbeten som har med golvvärme att göra när entreprenörens i sin verksamhet huvudsakligen sysslar med golvläggning. Golvvärmen ses som ett arbete av väsentligen annan natur även om detta arbete måste utföras före en golvläggning är för handen. Entreprenören är inte skyldig eller berättigad till att utföra arbeten inom andra fackområden. En entreprenör ska vara berättigad att utföra tilläggsarbeten som utgör ÄTA-arbeten för att denna ska ha en möjlighet att få kontroll över hela entreprenaden utan inblandning av andra entreprenörer. I litteraturen har däremot framhållits att entreprenörens skyldighet och rättighet att utgöra ÄTA-arbeten ska tolkas restriktivt. Vid bedömningen om ett tilläggsarbete är av väsentligen annan natur jämförs de tillkommande tilläggsarbetena med kontraktsarbetena. I undantagssituationer kan även en jämförelse utifrån övriga arbeten göras. När rekvisiten omedelbart samband samt väsentligen annan natur ska fastställas krävs det i många fall en helhetsbedömning.<sup>35</sup>

### **2.4.3 Avgående arbeten**

Avgående arbete innebär att beställaren avbeställer ett arbete som är med i kontraktshandlingarna. Beställarens rättighet att få avbeställa ett icke utfört arbete har sin grund i kontraktsrättsliga principer. Ett exempel som brukar nämnas är det faktum att en beställare ska ha rätt att avbeställa ett arbete som beställaren inte fått bygglov för, i de situationerna kan inte en

---

<sup>34</sup> Johansson (2007) s. 182-184.

<sup>35</sup> Andersson & Hedberg (2013) s. 69-71.

entreprenör kräva att få utföra arbetet. Vid en avbeställning ska dock beställaren stå för de konsekvenser som aktualiseras för entreprenören vid icke utfört arbete. När mängden avgående arbeten överstiger mängden ÄTA-arbeten har entreprenören enligt AB 04 kap 6 § 11 rätt till ersättning för de ekonomiska följder som de avgående arbeten har medfört. Sammanräkningen av avgående arbeten och ÄTA-arbeten ska dock göras mot slutet av entreprenaden när denna är helt färdigställd. Denna regel gäller inte vid ändringsarbeten utan gäller endast vid avgående arbeten. Regeln har däremot inte använts särskilt mycket eftersom de avgående arbeten inte brukar överstiga ÄTA-arbetena.<sup>36</sup>

#### **2.4.4 Föranledda ÄTA-arbeten**

Enligt AB 04 kap. 2 § 4 finns det vissa föranledda arbeten som kan likställas med föreskrivna ÄTA-arbeten. Med föranledda arbeten menas enligt AB 04 kap. 2 § 4 de arbeten som föranleds på grund av att beställaren lämnat oriktiga uppgifter som denna svarar för enligt AB 04 kap 1 § 6, arbeten som föranleds efter att arbetsområdet eller andra förhållanden avviker från vad som kunnat förutses enligt AB 04 kap 1 § 7 eller de arbeten som föranleds om förhållanden inte är sådana som ska förutsättas enligt AB 04 kap. 1 § 8.<sup>37</sup> Föranledda ÄTA-arbeten brukar ibland kallas för likställda ÄTA-arbeten och de föranledda ÄTA-arbeten syftar på de ytterligare arbeten som ibland uppstår för att färdigställa en entreprenad.

BKK har gett intrycket av att föranledda ÄTA-arbeten enligt AB 04 kap. 2 § 4 ska utgöra föreskrivna ÄTA-arbeten enligt AB 04 Kap. 2 § 3. Vissa skillnader mellan arbetena går däremot att finna. Bland annat gäller andra formkrav för ersättning vid föranledda ÄTA-arbeten och kravet på omedelbart samband samt väsentligen samma natur återfinns inte i de föranledda ÄTA-arbetena.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Andersson & Hedberg (2013) s.71 & 124.

<sup>37</sup> Söderberg (2011) s. 191.

<sup>38</sup> Andersson & Hedberg (2013) s.73-74.



Föranledda ÄTA-arbeten kan tillkomma på grund av oriktiga uppgifter som beställaren lämnat. Beställaren ansvarar enligt AB 04 kap. 1 § 6 för riktigheten av de uppgifter som lämnas till entreprenören. Parten ansvarar för riktigheten av de uppgifter som har tillhandahållits avseende undersökningsmaterial, tekniska lösningar och utsättning. De arbeten som tillkommer på grund av oriktiga uppgifter likställs med ÄTA-arbeten. Felaktiga uppgifter om tekniska lösningar faller dock endast i undantagsfall under föranledda ÄTA-arbeten.<sup>39</sup> Beställaren förutsätts även ha lämnat de uppgifter som kan erhållas vid en fackmässig undersökning enligt AB 04 kap. 1 § 6 st 3. Enligt denna bestämmelse blir beställaren ansvarig för eventuellt oriktiga uppgifter som lämnats vid en fackmässig undersökning men även för utelämnande av uppgifter som denna borde ha erhållit entreprenören.<sup>40</sup>

Entreprenören förutses ha besökt och införskaffat sig kännedom om det arbetsområde som kontraktarbetena behandlar. Arbetsområdets förhållanden förutses vara i liknande skick vid entreprenörens övertagande som vid inskaffandet av uppgifterna. Om förhållandena på arbetsområdet och andra förhållande som är av betydelse för entreprenaden avviker från de uppgifter som tidigare erhållits avseende bland annat oriktiga uppgifter avseende arbetsområdet anses detta utgöra föranledda ÄTA-arbeten.<sup>41</sup>

Om en anbudsgivare saknar uppgifter om arbetsområdets förhållande får denna vid anbudsgivningen utgå från uppgifter som kunnat förutses vid en fackmässig bedömning av området enligt AB 04 kap. 1 § 4. Finns det avvikelser från den fackmässiga bedömningen faller detta under föranledda ÄTA-arbeten.<sup>42</sup> I NJA 2015 s.3 förklarade HD att en entreprenör i sin fackmässiga bedömning ska betrakta troliga förhållanden.

---

<sup>39</sup> Andersson & Hedberg (2013), s.74.

<sup>40</sup> Hedberg (2010) s. 32-33.

<sup>41</sup> Andersson & Hedberg (2013) s.77.

<sup>42</sup> Andersson & Hedberg (2013) s.77.

## 2.4.5 ÄTA-arbeten i förhållande till LOU

I AB 04 kap. 2 § 3 stadgas även att en entreprenör är skyldig att utföra ÄTA-arbeten om inte annat följer av författning. För den offentliga upphandlingen är detta undantag väldigt viktigt och i kommentarerna till de allmänna bestämmelserna anger Hedberg att en beställare enligt LOU i vissa situationer inte får låta entreprenören utföra ÄTA-arbeten utan att en ny upphandling sker. Hedberg anger att regleringen enligt LOU i vissa fall inte tillåter en direktupphandling av ÄTA-arbeten i offentliga kontrakt.<sup>43</sup>

BKK har i sina kommentarer hänvisat till lag (1992:1528) om offentlig upphandling men detta innebär ingen förändring i sak eftersom denna lag är ersatt av LOU och LUF.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Hedberg (2010) s. 43-44.

<sup>44</sup> Bergqvist, Hane, & Johansson (2012) s. 71.

# 3 Offentlig upphandling

## 3.1 Introduktion till upphandlingsrätten

LOU är den lag som huvudsakligen reglerar den offentliga upphandlingen. Samma lag reglerar även entreprenader och byggkoncessioner. LOU ska tillämpas av varje upphandlande myndighet och enligt 2 kap. 19 § utgör alla statliga och kommunala myndigheter upphandlande myndigheter. Beslutande församlingar i kommuner och landsting jämställs med myndighet. Även offentligt styrda organ enligt 2 kap. 12 § LOU samt sammanslutningar av en eller flera myndigheter, församlingar eller sammanslutningar av ett eller flera organ.<sup>45</sup> Tröskelvärden i den offentliga upphandlingen är de som styr vilka regler som ska tillämpas av den upphandlande myndigheten. Avtal vars värde överstiger tröskelvärdet ska upphandlas enligt de direktivstyrda reglerna och de avtal som är under tröskelvärdet ska istället upphandlas enligt 15 kap LOU, som utgör de nationella bestämmelserna. Den upphandlande myndigheten ska för de avtal som överstiger tröskelvärdet tillämpa de olika förfaranden som finns reglerade i 4 kap. LOU. Det förfarande som används av den upphandlade myndigheten ska väljas med omsorg och med beaktande av upphandlingens behovsanalys. Alla upphandlingar ska som huvudregel enligt 4 kap. 1 § LOU föregås av annonsering enligt 7 kap. LOU genom antingen öppet förfarande enligt 2 kap. 22 § LOU eller selektivt förfarande enligt 2 kap. 16 § LOU. I undantagsfall kan förhandlat förfarande i 2 kap. 9 § LOU med annonsering och förhandlat förfarande utan annonsering brukas.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Bergqvist, Hane, & Johansson (2012) s. 25-26.

<sup>46</sup> Rosén m.fl., (2015) kommentaren till 4 kap. 1 § 1 st.

## 3.2 Grundläggande principer i LOU

I LOU finns det ett antal grundläggande principer i 1 kap. 9 § som upphandlande myndighet alltid måste iaktta vid en upphandling. Principerna utgör en central del av lagstiftningen och har tillkommit antingen ur EU-direktiv eller från EU-domstolens praxis. Principerna måste även tillämpas under tröskelvärdena.<sup>47</sup> Grundsytet med den upphandlingsrättsliga regleringen är enligt praxis att främja och säkerställa den fria rörligheten inom gemenskapsrätten och förhindra en snedvriden konkurrens.<sup>48</sup> Vad gäller väsentliga ändringar i offentliga byggtreprenadskontrakt har i praxis främst principen om likabehandling och principen om öppenhet varit relevanta.<sup>49</sup>

Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer ska behandlas likvärdigt under upphandlingens alla faser. En viktig del i likabehandlingsprincipen innebär att alla anbudssökande och anbudsgivare ska erhålla identisk information. I målet *Fabricom SA* framhöll EU-domstolen att likabehandlingsprincipen innebär att lika fall ska behandlas lika och olika fall ska behandlas olika.<sup>50</sup> Öppenhetsprincipen även kallad transparensprincipen innebär att upphandlingen ska föregås av förutsebarhet. Genom principen ska insyn för alla anbudsgivare tillförsäkras och alla anbudsgivare ska få tillgång till information kring vilka tjänster och varor som efterfrågas, vilka kvalificeringskrav som ställs upp samt vilka utvärderingskriterier som gäller. Genom principen stoppas även godtycklighet från upphandlande myndighet.<sup>51</sup>

Syftet bakom regleringen av den offentliga upphandlingen är precis som för de övriga EU:s regler att öka den fria rörligheten för bl.a. varor och tjänster. Genom att öka den fria rörligheten ökar konkurrensen vilket i sin

---

<sup>47</sup> Bergqvist, Hane, & Johansson (2012) s.29-37.

<sup>48</sup> Mål C-454/06, Presstext p.31.

<sup>49</sup> Mål C-454/06, Presstext p.34. Mål C-91/08, Wall p.1. Mål C-496/99, *Succhi di frutta* p.3. Mål C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland* p.14.

<sup>50</sup> Bergqvist, Hane, & Johansson (2012) s, 29-31.

<sup>51</sup> Bergqvist, Hane, & Johansson (2012) s, 34.

tur leder till bättre hushållning av resurserna. Konkurrensprincipen blir därmed central även för den offentliga upphandlingen och annonseringen i varje upphandling blir grundläggande för att kunna uppnå konkurrens i de offentliga kontrakten.<sup>52</sup> Även i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG art 18.1 återfinns konkurrensprincipen. Konkurrensprincipen ska förhindra att konkurrensen begränsas på ett konstgjort sätt. Enligt artikeln begränsas konkurrensen på ett konstgjort sätt om en eller flera ekonomiska aktörer favoriserats eller missgynnas i någon av upphandlingens faser.

### **3.3 Byggtreprenadkontrakt i 2 kap. 3 § LOU**

Definitionen av byggtreprenadkontrakt återfinns i 2 kap. 3 § LOU. Denna paragraf lyder enligt följande:

Med byggtreprenadkontrakt avses ett kontrakt som

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

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

Definitionen av byggtreprenadkontrakt härstammar från EU-direktiv och vid tolkningen av paragrafen ska en vidsträckt tolkning iakttas för att säkerställa ändamålet med direktivet. Den rättsliga etiketten som parterna väljer att sätta på sitt avtal är inte av avgörande betydelse utan avtalets uppbyggnad är det som avgör avtalets benämning.<sup>53</sup> Entreprenader enligt AB 04 utgör utförande eller både projektering och utförande av

---

<sup>52</sup> Liman (2007) s.51.

<sup>53</sup> Bergqvist, Hane, & Johansson (2012) s,38.

byggnadsverk vilket leder till att byggtreprenader enligt AB 04 hamnar under denna paragraf vid ett offentligt kontrakt.

### **3.4 ÄTA-arbeten och reglerna kring direktupphandling**

Vid upphandlingar under lagens tröskelvärde är som huvudregel inte alla LOU:s ställda krav obligatoriska.<sup>54</sup> Vid en direktupphandling behöver inte upphandlande myndighet annonsera upphandlingen och kravet på skriftliga anbud behöver inte iakttas.<sup>55</sup> Vid upphandlingar som uppgår till tröskelvärdet som finns i 3 kap. 1 § LOU ska däremot kraven på en korrekt upphandling med konkurrensutprägling iakttas. I lagen finns även särskilda undantag i 1 kap. 6 § LOU som inte lagen gäller för. I 1 kap. 6 § 1 p LOU återfinns exempelvis hyresundantaget. Utöver hyresundantaget finns där sex andra punkter när lagen inte är tillämplig. Direktupphandling är inte reglerad i LOU mer än i 2 kap. 23 § LOU där direktupphandling definieras som en upphandling utan krav på anbud i viss form. Direktupphandling får tillämpas i vissa särskilda situationer för kontrakt som både överstiger och understiger värdet av tröskelvärdet i LOU. Direktupphandlingen utgör ett undantag i den upphandlingsrättsliga regleringen och alla undantag från bestämmelserna ska enligt EU-domstolens praxis tolkas restriktivt. Bevisbördan för att det faktiskt föreligger omständigheter som möjliggör undantaget åligger den upphandlade myndigheten.<sup>56</sup>

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU är avsedda att användas vid vissa specialfall för kontrakt som överstiger tröskelvärdet. Vid fall där det finns tekniska eller konstnärliga

---

<sup>54</sup> Liman (2007) s. 53.

<sup>55</sup> Pedersen (2011) s. 73.

<sup>56</sup> EU-domstolens dom i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, punkt 58.

skäl, synnerlig brådska, tilldelning av vissa varukontrakt, ÄTA-arbeten och optioner får en direktupphandling användas.<sup>57</sup> Även vid kontrakt som understiger tröskelvärdet får direktupphandling företas enligt 15 kap. 3 § LOU. Direktupphandling enligt 15 kap. 3 § 2 st. LOU får tillämpas om värde uppgår till högst 28 procent av tröskelvärdet, om förutsättningarna enligt 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda samt om det finns synnerliga skäl.

### **3.5 Undantaget i 4 kap. 8 § LOU**

För entreprenadrättens ÄTA-arbeten är 4 kap. 8 § LOU närmast passande, bestämmelsen är däremot ett undantag vilket innebär att en restriktiv användning måste ske. Regeln härstammar från art 31 i direktiv 2004/18/EG och i bestämmelsen finns ett antal krav som måste uppfyllas för att en direktupphandling ska vara tillåten. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att förutsättningarna i bestämmelsen är uppfyllda och bestämmelsen är endast tillämplig när tjänsten inte ursprungligen ingått i kontraktet utan har tillkommit efter kontraktsingången. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering får enligt 4 kap 8 § LOU vidtas i två situationer. Den första situationen avser kompletterande byggentreprenader eller tjänster som beställs av upphandlande myndighet när en oförutsedd omständighet inträffat i ett redan pågående projekt och finns reglerad i punkten 1 i bestämmelsen. Den andra situationen finns reglerad i punkten 2 och avser upprepningar av tidigare upphandling.<sup>58</sup> Nedan framgår en tydlig redogörelse av de både undantagssituationerna.

#### **3.5.1 Kompletterande byggentreprenader**

För att undantaget ska vara tillämpligt i 4 kap. 8 § p.1 krävs det att kompletteringen direktupphandlas på grund av oförutsedda omständigheter och kompletteringen är nödvändig för att kontraktet ska slutföras,

---

<sup>57</sup> Bergqvist, Hane, & Johansson (2012) s.68.

<sup>58</sup> Rosén m.fl. (2015), kommentaren till 4 kap. 8§.

dessutom ska denna komplettering utföras av den redan etablerade entreprenören.<sup>59</sup> Som huvudregel gäller det att väsentliga ändringar av det ursprungliga kontraktet inte får ske i en pågående entreprenad men undantaget i 4 kap. 8 § 1 p tillåter en sådan ändring om förutsättningarna är uppfyllda. För att omständigheterna som har uppkommit ska kvalificeras som oförutsedda ska den upphandlade myndigheten inte haft möjlighet att beakta dessa när det ursprungliga kontraktet ingicks. De omständigheter som en myndighet borde ha kunnat förutse när kontraktet ingicks ska inte räknas som oförutsedda.<sup>60</sup> I Mål C-601/10 Kommissionen mot Grekland ansåg domstolen att Republiken Grekland inte uppfyllde rekvisiten för kompletterande byggentreprenad enligt bestämmelsen eftersom de kompletteringar som skedde efter det ursprungliga kontraktet borde ha kunnat förutses av myndigheten. De ytterligare tjänster som avsåg tjänster för fastighetsregistrering och stadsplanering borde ha kunnat förutses av myndigheten i det ursprungliga kontraktet.<sup>61</sup> Om oförutsedda omständigheter beror på den upphandlade myndigheten själv är undantagsbestämmelsen i 4 kap. 8 § 1 p inte heller tillämplig. I Konkurrensverkets beslut, dnr 582/2010, vid upphandlingen av Himlabadet ansåg Konkurrensverket att de oförutsedda omständigheterna som uppkom i upphandlingen berodde på myndighetens bristande planering samt myndighetens tillkommande önskemål för att göra badhuset mer attraktivt, därför ansågs inte kompletteringarna omfattas av undantaget. I beslutet hade tre tillägsarbeten stått för de ökade kostnaderna och dessa var tillägg av en surfanläggning för 28 miljoner kronor, höjning av rutschkanetornet för 3,7 miljoner kronor samt en förlängning av rutschkana för 1,8 miljoner kronor.<sup>62</sup> Ändringarna i kontraktet utgjorde ca 10 procent av kontraktsarbetena och enligt författarna är detta ett extremt fall då ändringarna ansågs otillåtna. Trots att ändringen endast utgjorde 10 procent av kontraktsarbetena ansågs

---

<sup>59</sup> Bergqvist, Hane, & Johansson (2012) s.72.

<sup>60</sup> Rosén m.fl. (2015), kommentaren till 4 kap. 8§.

<sup>61</sup> Mål C-601/10 Kommissionen mot Grekland,

<sup>62</sup> konkurrensverkets beslut, dnr 582/2010, S. 1-2.



ändringarna ha påverkat turordningen mellan anbudsgivarna.<sup>63</sup> Kompletteringarna får vidare inte utgöra effektivisering eller förbättring av den ursprungliga entreprenaden utan måste utgöra en nödvändighet för att direktupphandlingen ska vara tillåten.

Utöver ovan nämnda omständigheter ska någon av punkterna a) eller b) i 4 kap. 8 § 1 p vara uppfyllda för att direktupphandling ska vara möjlig. Punkterna a) och b) är alternativa och endast en av dem behöver uppfyllas för att undantaget ska vara tillämpligt. För att punkten a) ska uppfyllas ska det inte vara möjligt för den upphandlade myndigheten att avskilja kompletteringen från det ursprungliga kontraktet utan att stora tekniska eller ekonomiska olägenheter uppstår. Även om kontraktarbetena kan avskiljas från det ursprungliga kontraktet kan dock direktupphandlingen vara för handen om punkten b) är uppfylld. Enligt denna punkt ska ett arbete utgöra en kompletterande byggentreprenad om detta är nödvändigt för att kontraktet ska fullgöras. Detta kan vara fallet när till exempel tillägget kan urskiljas från det ursprungliga kontraktet men att den ursprungliga entreprenören av säkerhetsskäl ska utföra tillägget.<sup>64</sup>

Enligt EU-domstolen får vidare inte de kompletterande byggentreprenaderna, även om förutsättningarna i övrigt är uppfyllda, överstiga det ursprungliga kontraktets värde med mer än 50 procent. Om detta är fallet får inte undantagsregeln i 4 kap 8 § 1 p tillämpas.<sup>65</sup>

### **3.5.2 Upprepningar**

Bestämmelsen i 4 kap. 8 § 2 p reglerar arbeten som utgör upprepningar av tidigare byggentreprenader eller tjänster. Upprepningarna ska tillgodose behov av tidigare upphandling. Genom undantagsbestämmelsen kan upphandlande myndighet täcka vissa behov genom exempelvis tilläggsentreprenader. Även om ett visst arbete som huvudregel ska föregå

---

<sup>63</sup> Entreprenadupphandlingar – Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier?, 2014:4 s.196

<sup>64</sup> Rosén m.fl. (2015), kommentaren till 4 kap. 8§.

<sup>65</sup> Mål C-601/10 Kommissionen mot Grekland.

en ny upphandling kan detta förbises om de restriktiva förutsättningarna som nämns i punkten a)- f) uppfylls. Dessa upprepningar av byggtreprenader har i doktrin benämnts som optioner till myndighetens fördel.<sup>66</sup>

Arbeten som utgör upprepningar ska beaktas i ljuset av bestämmelserna som reglerar väsentliga ändringar i kontrakt. Om upprepningen utgör en väsentlig ändring av kontrakt ska arbetet anses utgöra ett nytt kontrakt och en direktupphandling är inte möjlig. För att en upprepning inte ska behöva föregå en ny konkurrensutsättning krävs det att upprepningen varit transparent under de tidigare upphandlingsfaserna för samtliga anbudsgivare. Anbudsgivarna ska redan vid anbudsgivningen ha fått möjlighet att beakta upprepningarna i sina anbud och kunna utforma anbuden efter detta. Samtliga anbudsgivare ska även få information om hur det tillkommande arbetet kommer att anskaffas.<sup>67</sup> Den ursprungliga upphandlingen ska tidigare ha varit föremål för öppet eller selektivt förfarande och om upprepningen utgör ett nytt upphandlingsföremål som inte tidigare varit föremål för detta ska undantaget inte vara möjligt.<sup>68</sup>

### **3.6 Förhållandet mellan ÄTA-arbeten och kompletterande byggtreprenader**

Förhållandet mellan entreprenadrättslig ÄTA-arbeten och kompletterande byggtreprenader i den offentliga upphandlingen har många gånger diskuterats. I Konkurrensverkets rapport ”*Fallgropar vid entreprenadupphandlingar*” jämför Konkurrensverket kompletterande byggtreprenader med de entreprenadrättsliga ÄTA-arbetena. Konkurrensverket vidhåller även i rapporten att frågan kring genomförandet av kompletterande byggtreprenader alltid måste

---

<sup>66</sup> Falk (2014) s. 184.

<sup>68</sup> Rosén m.fl. (2015), kommentaren till 4 kap. 8§.

bedömas utifrån LOU:s regelverk.<sup>69</sup> Konkurrensverket har i nämnda fall fått kritik av flera på området och bland annat Rosén m.fl. har i kommentarerna till LOU kritiserat denna jämförelse. Enligt Rosén m.fl. är det felaktigt att utgå från denna syn eftersom det inte är rimligt att ett ÄTA-arbete alltid ska behöva uppfylla de krav som ställs på kompletterande byggentreprenader. Enligt författarna ska ett ÄTA-arbete enligt standardavtalen utgöra en del av kontraktet vilket inte behöver vara detsamma för en kompletterande byggentreprenad.<sup>70</sup>

I Konkurrensverkets rapport *”Entreprenadupphandlingar- Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier”*, delar Eriksson och Hane samma tanke som Rosén m.fl. Enligt Eriksson och Hane har Konkurrensverket i sin tidigare rapport från 2011 jämfört de entreprenadrättsliga ÄTA-arbetena med kompletterande byggentreprenader genom att hämta vägledning från Falk.<sup>71</sup> Enligt författarnas mening är det svårt att hitta stöd för att ÄTA-arbeten ska likställas med kompletterande byggentreprenader. Även Eriksson och Hane menar ett ÄTA-arbete utgör en del av entreprenaden och utgör inte en ny eller egen entreprenad. Enligt författarna är det inte självklart att ÄTA-arbeten och kompletterande byggentreprenader utgör samma sak eftersom olika rekvisit behöver uppfyllas för de olika arbetena.<sup>72</sup> Författarna menar vidare att Konkurrensverkets förväxling av begreppet ÄTA-arbeten och kompletterande byggentreprenader grundar sig i en felaktig översättning av begreppet ”additional works” i art 4(2) i Direktiv EEC 93/38. I den föregående lagstiftningen, lag (1992:1528) om offentlig upphandling (ÄLOU), översattes begreppet ”additional works” till tilläggsarbeten.<sup>73</sup> Även Hane har analyserat förhållandet mellan ÄTA-arbeten och kompletterande byggentreprenader i sin artikel

---

<sup>69</sup> *Fallgropar vid entreprenadupphandling*, 2011:2, s. 35-36.

<sup>70</sup> Rosén m.fl. (2015), kommentaren till 4 kap. 8§.

<sup>71</sup> *Entreprenadupphandlingar – Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier?*, 2014:4 s. 192

<sup>72</sup> *Entreprenadupphandlingar – Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier?*, 2014:4 s. 198-197.

<sup>73</sup>, *Entreprenadupphandlingar – Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier?*, 2014:4 s.36.

”Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU”. I sin analys menar Hane att kompletterande byggentreprenader alltid ska ses som ett nytt kontrakt som ingås av parterna medan ÄTA-arbetena regleras genom antingen timarvode eller enligt självkostnadsprincipen. ÄTA-arbetena är enligt Hane formlösa vilket kompletterande byggentreprenader inte är. ÄTA-arbetena ingås ibland muntligen på plats utan att de föregått någon som helst planering. Kompletterande byggentreprenader är mer förutbestämda medan ÄTA-arbeten är effektiva vilket gör ÄTA-arbeten svåra att jämföra med kompletterande byggentreprenader. Hane påpekar även i sin analys att Konkurrensverkets beslut i Himlabadet är felaktigt då Konkurrensverket jämför ÄTA-arbeten med kompletterande byggentreprenader.<sup>74</sup> Även Bergqvist m.fl. anser att kompletterande byggentreprenader och ÄTA-arbeten inte kan likställas. Enligt Bergqvist ska ÄTA-arbeten ses som en garanti för entreprenören att få ersättning för merarbete som uppstår under entreprenaden och samma syfte återfinns inte vid kompletterande byggentreprenader.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> Hane (2016) - Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – en analys

<sup>75</sup> Bergqvist, Hane, & Johansson (2012) s,75.

# 4 Väsentliga ändringar i offentligt kontrakt

## 4.1 Introduktion

ÄTA-arbeten leder till att ett kontrakt ändras under kontraktets löptid och för den offentliga upphandlingen kan detta system leda till ett antal problem. Myndigheterna i ett offentligt kontrakt måste i alla upphandlingsfaser betrakta de grundläggande principerna<sup>76</sup> och ändring av redan ingående kontrakt kan behöva genomgå en ny upphandling.<sup>77</sup> Om väsentliga ändringar av ett kontrakt sker under ett kontrakts löptid och en ny upphandling skulle ha ägt rum riskerar myndigheten att få kontraktet ogiltigförklarat. Myndigheten kan även behöva betala ut en upphandlingsskadeavgift samt skadestånd. EU-domstolens mål C-454/06 Presstext har i bedömningen av väsentliga ändringar i offentliga kontrakt fått stor genomslagskraft och denna dom utgör en viktig och vägledande dom inom området. I domen presenteras ett antal generella kriterier för när en ändring utgör en väsentlig ändring. Presstexttestet härstammar från dessa kriterier och har använts flitigt i diskussionen om väsentliga ändringar i offentliga kontrakt.<sup>78</sup> Det finns många faktorer som kan leda till att en myndighet önskar ändra ett kontrakt under löptiden, ibland kan stora byggentreprenader från början inte vara tillräcklig förutsebara och ibland kan myndigheter känna sig tvungna att ändra kontraktet för att byggentreprenaden ska kunna färdigställas. Vid ändring av ett offentligt kontrakt måste däremot alltid likabehandlingsprincipen och principen om insyn iakttas.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Bergqvist, Hane, & Johansson (2012) s.29-37.

<sup>77</sup> C-454/06 Presstext.

<sup>78</sup> Vaxenbäck & Lapinska (2013) s, 89.

<sup>79</sup> Hartlev & Wahl Liljenbøl (2013) s. 1-2.

## 4.2 Praxis gällande väsentliga ändringar

### 4.2.1 Pressetext-domen

I mål C-454/06 begärde den nationella domstolen Bundesvergabeamt (Österrike) ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Den nationella domstolen ville få klarhet kring frågorna om ett byte av medkontrahent, ändring av pris som angetts i förfrågningsunderlaget samt ändring av rabatt i ett befintligt kontrakt utgjorde en väsentlig ändring. I målet hade en österrikisk myndighet ingått kontrakt med bolaget APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mitbeschränkter Haftung (APA) rörande tillhandahållande av nyhetsagenturtjänster. Kontraktet mellan parterna löpte under en längre period och under kontraktets löptid skedde ett antal ändringar. I målet hade bland annat medkontrahenten APA byts ut mot dotterbolaget APA-OTS Originaltext-Service GmbH (APA-OTS). Den nationella domstolen frågade sig därför ifall bytet av medkontrahenten utgjorde en väsentlig ändring. EU-domstolen ansåg inte att ändring av medkontrahenten i just det här specifika fallet utgjorde en väsentlig ändring på grund av att dotterbolaget APA-OTS till 100 procent ägdes av den ursprungliga medkontrahenten APA och på grund av att det mellan APA och APA-OTS fanns kontrakt om överföringar av vinster och förluster. Enligt domstolen utgjorde bytet endast en intern omorganisation och en ny upphandling behövde inte upptas. EU-domstolen framförde vidare att ett faktiskt byte av medkontrahent i vanliga fall utgör en väsentlig ändring.<sup>80</sup> I målet hade även ett antal prisändringar skett i kontraktet mellan APA och den österrikiska myndigheten. Prisändringarna hade gjorts i samband med Österrikes övergång till euro och myndigheten ansåg att anpassningen var nödvändig. I kontraktet hade en nedsättning av det årliga avgiftsbeloppet nedsatts med 0,3 procent vid omräkningen av priser till euro. Myndigheten hade även satt ner priset när omräkningen till euro gjordes för att underlätta fakturahantering samt omformulerat prisindexeringsklausulen efter valutaändringen. EU-domstolen ansåg inte

---

<sup>80</sup> Mål C-454/06, Pressetext p. 45-47.

att omräkningen av priser till euro utgjorde en väsentlig ändring utan endast en nödvändig anpassning. Justeringen av priserna vid omräkningen kunde nedsättas enligt domstolen om justeringen var ytterst liten och utfördes på ett objektiva sätt samt om anpassningen av indexklausulen inte utgjorde en väsentlig ändring vid en uppdatering. Den sista frågan i målet avsåg ändring av rabatt i kontraktet mellan myndigheten och bolaget APA. I målet hade det skett en rabathöjning vilket lett till en prisnedsättning som inte tidigare fanns inkorporerad i kontraktet. EU-domstolen fann inte att detta utgjorde en väsentlig ändring eftersom konkurrensen inte kan snedvridas av nämnda ändring. Trots utfallet av målet i Presstext konstaterade domstolen ändå att priset i ett offentligt kontrakt utgör ett viktigt villkor och en ändring av priset kan leda till att den ekonomiska jämvikten mellan parterna ändras.

Ur Presstext domen har även, som ovan nämnts, Presstext-testet vuxit fram. I målet lade EU-domstolen fram generella kriterier för när en ändring i ett offentligt kontrakt ska utgöra en väsentlig ändring.<sup>81</sup> Enligt domstolen ska följande ändringar ses som väsentliga ändringar:

- a) om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och
- b) följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet.<sup>82</sup>

En ändring kan även vara betydande i ett offentligt kontrakt under vissa givna situationer som EU-domstolen har ställt upp i målet. Följande åtgärder ska anses vara betydande:

- (a) Det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna

---

<sup>81</sup> Vaxenbäck & Lapinska (2013) s, 90.

<sup>82</sup>Cit: Vaxenbäck & Lapinska (2013) s, 90. Mål C-454/06, Presstext. P.34.

andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs.

(b) Ändringen medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig omfattning utvidgas så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs.

(c) Ändring kan anses vara betydande om den medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet.<sup>83</sup>

Ur Presstext-målet kan sammanfattningsvis en väsentlig ändring anses förekomma i ett offentligt kontrakt om (i) ändringen innebär att en annan anbudsgivare skulle kunnat godkännas än den som ursprungligen godkändes (ii) ändringen ändrar den ekonomiska jämvikten mellan parterna till anbudsgivarens förmån (iii) ändringen utvidgar kontraktets tillämpningsområde betydligt eller (iv) ett byte av avtalspart sker.

#### **4.2.2 Godkännande av annan anbudsgivare**

I Kammarrätten i Jönköping mål nr 953-09 (Läkarleasing-målet) hade landstinget i Östergötland genom förenklad upphandling tecknat ett ramavtal rörande bemanningstjänster av vårdpersonal inom olika yrkeskategorier. Av förfrågningsunderlaget till upphandlingen framgick att myndigheten skulle utvärdera anbuden utifrån 70 procent kvalitet och 30 procent kostnad. I kvalitetsbedömningen utgjorde leveranssäkerheten 40 procent av bedömningen. Vid frångående av kraven som myndigheten ställt skulle ett vite erläggas. Eftersom Bolaget LäkarLeasing Sverige AB inte kunde uppfylla kravet på leveranssäkerhet som ställts upp antogs bolagets anbud endast avseende en tjänstedefinition. Efter ingåendet av ramavtal frångick däremot den upphandlade myndigheten det uppställda kravet avseende leveranssäkerhet. Den upphandlade myndigheten skulle därmed inte heller erlægga vite avseende leveranssäkerheten. Med

---

<sup>83</sup>Cit: Vaxenbäck & Lapinska (2013) s, 90, C-454/06 Presstext.p.35-37.



anledning av detta ansökte LäkarLeasing om överprövning av upphandlingen. Kammarrätten fann frångåendet av kravet om leveranssäkerhet som en väsentlig ändring och därmed hade myndigheten gjort sig skyldiga till otillåten direktupphandling. Kammarrätten förtydligade även det faktum att ett tilldelat kontrakt inte kan omförhandlas eller väsentligen ändras eftersom detta kan leda till att leverantörens möjlighet att delta i upphandlingen kan påverkas. Frångåendet av kravet skulle ses som en väsentlig ändring.

Bedömning om ändringen hade gjort det möjligt att godkänna annan anbudsgivare än den som ursprungligen godkändes blir i realiteten spekulativ och präglad av uppskattningar. Frågorna som ställs i bedömningen är exempelvis, ”hade det varit möjligt för annan anbudsgivare att bli godkänd?” och ”kan det inte uteslutas att annan anbudsgivare hade kunnat bli godkänd?”. Enligt Hartlev och Liljenbøl kan den här bedömningen ytterligare kompliceras om den ursprungliga anbudsgivaren under upphandlingen av tjänsten lämnat ett mycket mer konkurrenskraftigt anbud än de övriga anbudsgivarna. I dessa fall kan det finnas en möjlighet för den upphandlande myndigheten att ändra i ett kontrakt väsentligt men ändå hävda att annan anbudsgivare inte hade kunnat godkännas. Myndigheten kan hävda att ingen annan anbudsgivare uppnår kravet även efter ändringen vilket leder till att den ursprungliga anbudsgivaren är den enda passande kandidaten.<sup>84</sup>

### **4.2.3 Ändring av den ekonomiska jämvikten**

I mål C-496/99 kommissionen mot CAS Succhi di Frutta prövade domstolen om ändringen av betalningsformen utgjorde en väsentlig ändring. I anbudsinfordran angavs en viss betalningsform som efter kontraktstilldelningen ändrades. Efter kontraktstilldelningen valde myndigheten att byta ut de frukter som skulle utgöra en del av betalningen mot andra sorters frukter eftersom frukten som angavs i kontraktet tog slut.

---

<sup>84</sup> Hartlev & Wahl Liljenbøl (2013) s. 4-5.

Bolaget CAS Succhi di Frutta överprövade beslutet om ändring och målet hamnade i EU-domstolen. EU-domstolen fann i målet att villkor som framgått i målet så som betalningsformen i detta fall inte får ändras utan att en ny upphandling är för handen eftersom den ekonomiska jämvikten mellan parterna ändras. Enligt domstolen är det den upphandlande myndighetens skyldighet att efterfölja de villkor som ställts upp i anbudsfordran samt följa principen om insyn och likabehandling. EU-domstolen tydliggjorde även att en ändring som leder till att en anbudsgivare hade kunnat lämna ett väsentligen annorlunda anbud om villkoret ursprungligen ingått i anbudsfordran ska utgöra en väsentlig ändring. Vill en upphandlande myndighet ändra villkor efter tilldelningsbeslutet kan detta endast ske om den upphandlande myndigheten tydligt angett detta i anbudsfordran, även tillvägagångssättet måste tydligen beskrivas från början.

Vad som exakt menas med ändring av den ekonomiska jämvikten mellan parterna är inte helt klargjort.<sup>85</sup> Enligt Arrowsmith ska inte varje prisändring leda till att den ekonomiska jämvikten ändras till förmån för anbudsgivaren och inte heller ska de prisändringar som sker till förmån för den upphandlande myndigheten ses som en ändring av betydelse för den ekonomiska jämvikten mellan parterna. Små prisförändringar får dessutom ske trots att den ekonomiska jämvikten påverkas till förmån för anbudsgivaren som tilldelats kontraktet om det finns ett objektiva skäl till detta.<sup>86</sup> Enligt Hartlev och Liljenbøl ska däremot en ökning av leverantörens prestation som ökar i samma omfattning som den ekonomiska ersättningen till leverantören inte anses ändra den ekonomiska jämvikten mellan parterna. Ändringar som dessutom leder till att den ekonomiska jämvikten ändras till förmån för myndigheten ska vidare inte ses som en väsentlig ändring. När det ska bedömas om en ändring innebär att den ekonomiska jämvikten ändras till förmån för anbudsgivaren ska en

---

<sup>85</sup> Hartlev & Wahl Liljenbøl (2013) s. 7.

<sup>86</sup> Arrowsmith (2014) s.585-586.

helhetsbedömning av den ekonomiska ändringen göras.<sup>87</sup>

#### **4.2.4 Utvidgning av kontraktets omfattning**

I mål C-160/08 kommissionen mot Tyskland avgjorde EU-domstolen huruvida en utökning av kontraktets föremål utgjorde en otillåten direktupphandling. I målet hade delstaten Landkreis Uelzen tilldelat det tyska Röda korset Deutsche Rote Kreuz (DRK) kontrakt avseende driften av ambulansstationen i Bad Bevensen. Kommunen och DRK hade innan tilldelningen av nämnda kontrakt ingått kontrakt rörande offentliga sjuktransporter. Kontraktet som rörde sjuktransporterna hade genomgått en offentlig upphandling i enlighet med regleringen kring offentliga upphandlingar medan avtalet gällande driften av ambulansstationen tilldelats utan ett offentliggörande. Det nya kontraktet som ingåtts med DRK utökade kontraktets föremål med 15 procent och enligt domstolen skulle denna ökning innebära en väsentlig ändring. Utökningen av kontraktets föremål skulle därför ses som en väsentlig ändring eftersom ändringen ledde till att kontraktets omfattning utvidgades betydligt enligt domstolen.<sup>88</sup> Ändringen skulle genomgå en ny upphandling för att uppnå principen om insyn.

Om en utvidgning av ett kontrakt framgått i avtalet eller upphandlingsförfarandet är utvidgningen tillåten även om kontraktets omfattning utvidgas betydligt.<sup>89</sup> Kammarrätten i Stockholm avgjorde i mål nr 6784-09 ifall en förlängning av ett kontrakt utgjorde en väsentlig ändring. I målet hade Stockholms läns landsting och Huddinge sjukhus som ingått ett kontrakt med bolaget Omnison AB (Omnison) förlängt kontraktet om leveranser av elektronisk remiss- och svarssystem. Kammarrätten konstaterade att förlängningen av kontrakt inte innebar en väsentlig ändring eftersom ändringen var tillåten enligt avtalet och detta hade även framkommit under annonseringen.

---

<sup>87</sup> Hartlev & Wahl Liljenbøl (2013) s. 7.

<sup>88</sup> Mål C-160/08 p.101.

<sup>89</sup> Hartlev & Wahl Liljenbøl (2013) s. 7.

Enligt Hartlev och Liljenbøl kan en utökning av ett kontrakt som innebär att fler produkter eller tjänster upphandlas i ett pågående kontrakt leda till att omfattningen av kontraktet utökar. När utökningen uttryckligen leder till att kontraktets omfattning utvidgas betydligt ska däremot avgöras utifrån det ursprungliga kontraktets omfång. Om ändringen är omfattande i jämförelse med det ursprungliga kontraktet kan det tyda på att kontraktets omfattning utvidgas betydligt.

#### **4.2.5 Byte av avtalspart**

Generellt anses ett byte av en avtalspartner utgöra en väsentlig ändring.<sup>90</sup> I mål C-91/08 Wall avgjordes frågan kring om ett byte av underleverantör i ett befintligt kontrakt utgjorde ett nytt ingående av kontrakt. I målet hade underleverantören till Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH efter ingåendet av kontraktet med staden Frankfurt-am-Main byts ut. FES hade i sitt anbud rörande drift, underhåll, service och rengöring av elva toalettanläggningar angett WALL AG (Wall) som sin underleverantör. FES angav Wall som sin underleverantör men valde tillslut att inte tilldela Wall avtalet. Även för avtalet om leverans av toaletter ersattes underleverantören Wall med annan leverantör eftersom anbudssökanden hade fått in nya mer konkurrenskraftiga anbud från andra leverantörer. Bytet av underleverantör godkändes av myndigheten vilket ledde till att Wall väckte talan vid nationell domstol. Målet vilandeförklarades och frågan kring om byte av underleverantör kunde innebära att likabehandlingsprincipen frångåtts samt att insynen åsidosatts ställdes. EU-domstolen ansåg att insynsmöjligheterna är grundläggande för den offentliga upphandlingen. Genom att lämna insyn möjliggörs en kontroll av myndigheternas tilldelningsbeslut och konkurrensprincipen främjas. Vidare menade domstolen att väsentliga ändringar i ett befintligt kontrakt kan innebära ett nytt ingående av kontrakt som kräver en ny upphandling. Domstolen hänvisade här till Pissetext-målet. Enligt domstolen kunde ett byte av leverantör utgöra en sådan väsentlig ändring om det vid tilldelningen av kontraktet varit en avgörande faktor till fördelningen.

---

<sup>90</sup> Hartlev & Wahl Liljenbøl (2013) s. 17.

Bedömningen av detta skulle enligt domstolen göras av den nationella domstolen.

### **4.3 Nya direktivets klargörande av väsentliga ändringar**

Regleringen kring väsentliga ändringar i offentliga kontrakt behövde i flertal fall klargöras ytterligare. EU-domstolens praxis avseende väsentliga ändringar gav endast en viss vägledning och rättsläget behövde förtydligas enligt de upphandlande myndigheterna.<sup>91</sup> Det nya direktivet 2014/24/EU har därför uttryckligen stadgat regleringen kring väsentliga ändringar i offentliga kontrakt. Regleringen kring väsentliga ändringar i kontrakt är i stora delar en kodifiering av rättspraxis från EU-domstolen och enligt skäl 107 i direktivet är det nödvändigt att tydligt reglera under vilka förutsättningar en ny upphandling ska göras och när en direktupphandling är tillåten.<sup>92</sup>

Artikel 72 i direktiv 2014/24/EU fastställer under vilka förutsättningar en ändring utgör en otillåten ändring som ska föregås av en ny upphandling. I artikel 72.5 framgår huvudregeln vad gäller otillåtna ändringar. Enligt artikel 72.5 ska alla de ändringar som inte omfattas av undantagen som återfinns i punkterna 1 och 2 i samma artikel alltid föregå en ny upphandling. Artikeln 72.4 anger under vilka omständigheter en ändring i ett kontrakt ska betraktas som en väsentlig ändring och i artiklarna 72.1 och 72.2 anges under vilka förutsättningar ett kontrakt får ändras utan nytt upphandlingsförfarande. Det nya direktivet anger inte om artikel 72 är uttömmande eller om det finns fler ändringar som ska ses som otillåtna ändringar.<sup>93</sup> Från och med 2017-01.01, kommer Lag (2016:1145) om offentlig upphandling träda i kraft och direktiv 2014/24/EU ligger till

---

<sup>91</sup> Kommissionens grönbok, KOM(2011) s.26.

<sup>92</sup> Direktiv 2014/24/EU skäl (107), prop. 2015/16:195 s. 845.

<sup>93</sup> Arrowsmith (2014) s. 597: fotnot 874.

grund för lagstiftningen.<sup>94</sup> Ändringar av kontrakt finns reglerade i 17 kap. 8-14 §§ i nya LOU.

### **4.3.1 Väsentliga ändringar enligt art. 72.4**

En ändring ska alltid anses vara väsentlig om ändringen medför att kontraktet eller ramavtalet väsentligen skiljer sig till sin art från det ursprungliga kontraktet eller ramavtalet. Enligt artikel 72.4 ska en ändring utgöra en väsentlig ändring om ett av villkoren i 72.4 a-d) eller flera av dem är uppfyllda. Villkoren är följande:

a) I och med ändringen införs nya villkor som, om de hade ingått i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha medfört att andra anbudssökande getts tillträde än de som ursprungligen valdes eller att andra anbud än de som ursprungligen godkändes skulle ha godkänts eller skulle ha medfört ytterligare deltagare i upphandlingsförfarandet.

b) Ändringen innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för entreprenören på ett sätt som inte medgavs i det ursprungliga kontraktet eller ramavtalet.

c) Ändringen medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt.

d) Om den entreprenör som den upphandlande myndigheten ursprungligen hade tilldelat kontraktet byts ut mot en ny entreprenör i andra fall än de som avses i punkt 1 d.<sup>95</sup>

Villkoren som uppställs i artikel 72.4 finns även i 17 kap. 14 § i nya LOU och är kodifiering av EU-domstolens tidigare praxis. I mål C-454/06 Presstext framkommer liknande villkor.<sup>96</sup> Av artikel 72.1 e) framgår även

---

<sup>94</sup> Nya upphandlingsregler från och med 1 januari  
<[http://www.sabo.se/aktuellt/nyheter\\_s/2016/dec/Sidor/Nya-upphandlingsregler-fran-1-januari.aspx](http://www.sabo.se/aktuellt/nyheter_s/2016/dec/Sidor/Nya-upphandlingsregler-fran-1-januari.aspx)>, besökt 2016-12-20

<sup>95</sup> Direktiv 2014/24/EU Artikel 72.4 a-d)

<sup>96</sup> Jmf. I mål C-454/06 Presstext p.35-37.

att kontrakt och ramavtal får ändras om ändringarna inte är väsentliga enligt artikel 72.4.

### **4.3.2 Ändringar i vissa specifika situationer**

I artikel 72.1 a-d) anges vissa specifika situationer för när ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras under löptiden, utan beaktande av art 72.4 i direktivet. Samma regler återfinns i 17 kap. 9-13 §§ i nya LOU. Den första situationen finns reglerad i artikel 72.1 a) samt 17 kap. 10 § i nya LOU och anger att ett kontrakt eller ramavtal får ändras genom exakta och entydiga ändringsklausuler. Enligt bestämmelsen får ändringar vidtas, oberoende av deras penningvärde, om ändringarna tydlig och exakt framgår genom ändringsklausuler i anbudsinfordran. Ändringarna kan omfatta prisändringsklausuler eller optioner. Ändringsklausulerna i anbudsinfordran ska tydligt ange omfattningen och arten av ändringarna eller optionerna samt villkoren för när dessa får tillämpas i kontraktet. Om ändringarna eller optionerna ändrar kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär är dessa inte tillåtna ändringar enligt bestämmelsen.

Artikel 72.1 b) och 17 kap. 11 § i nya LOU reglerar istället ändringar av kontrakt utan nytt upphandlingsförfarande genom kompletterande byggtreprenader. Enligt artikeln får kompletterande ändringar i form av byggtreprenader, tjänster och varor beställas från den ursprungliga leverantören om dessa är nödvändiga. Byte av den ursprungliga leverantören ska inte vara möjlig på grund av (i) ekonomiska eller tekniska skäl och ett byte av leverantör skulle (ii) medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för myndigheten. Vidare får de kompletterande byggtreprenaderna inte utgöra 50 % av värdet på det ursprungliga kontraktet. Tillämpningen av denna begränsning ska ske på värdet av varje ändring om successiva ändringar vidtas. Den upphandlande myndigheten ska enligt artikeln inte kunna vidta successiva ändringar i syfte att kringgå bestämmelserna i direktivet. Kompletterande byggtreprenader kan inte föregås av förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt artikel 32.5 i direktiv 2014/24/ EU.

Kompletterande byggtreprenader regleras istället enligt artikel 72.1.b) samt artikel 72.1.c) om oförutsebara omständigheter.<sup>97</sup> Många gånger behöver kompletterande byggtreprenader utföras på grund av oförutsebara omständigheter som finns reglerade i artikel 72.1.c).<sup>98</sup> Artikel 72.1.b) om kompletterande byggtreprenader får däremot till skillnad från tidigare reglering om kompletterande byggtreprenader användas även när omständigheterna som bidrar till att dessa ändringar var förutsebara för den upphandlande myndigheten.<sup>99</sup>

Om oförutsebara omständigheter uppstår, som upphandlande myndighet inte kunnat förutse, får en ändring till följd av dessa omständigheter ske enligt artikel 72.1 c) och 17 kap. 12 § i nya LOU. Den nämnda ändringen får däremot inte bidra till att kontraktets övergripande karaktär ändras och inte heller får prisökningen vara högre än 50 % av värdet på det ursprungliga kontraktet. Även här ska vid successiva ändringar begränsningen tillämpas på varje ändring för att förhindra kringgående av direktivets bestämmelser.

I artikel 72.1 d) och 17 kap. 13 § i nya LOU regleras möjligheten för en myndighet att byta leverantör efter kontraktstilldelningen. Den upphandlande myndigheten får göra ett leverantörsbyte om (i) detta framgår tydligt enligt en ändringsklausul eller option som framgår i 72.1 a), om (ii) annan leverantör, som uppfyller kriterierna i anbudsinfordran, träder in i den ursprungliga leverantörens ställe på grund av omorganisation i den ursprungliga leverantörens verksamhet så som uppköp, sammanslutningar osv. Leverantörsbytet får inte ske till syfte att kringgå reglerna i direktivet. Vidare får leverantörsbyte ske enligt (iii) om den upphandlande myndigheten, i enlighet med nationell lagstiftning och artikel 71 åtar sig huvudleverantörens skyldigheter gentemot dennes underleverantör.

---

<sup>97</sup> Arrowsmith (2014) s.1082.

<sup>98</sup> Arrowsmith (2014) s.601.

<sup>99</sup> Arrowsmith (2014) s. 602.



### 4.3.3 Ändringar av lägre kontraktsvärde

Av artikel 72.2 och 17 kap. 9 § i nya LOU framgår att ett kontrakt får ändras utan att ett nytt upphandlingsförfarande ska ske om värdet på ändringen är lägre än:

- i) tröskelvärdena i artikel 4, och
- ii) 10 % av det ursprungliga kontraktets värde för tjänste- och varukontrakt och lägre än 15 % av det ursprungliga kontraktets värde för byggentreprenadkontrakt.

Om villkoren i artikel 72.2 är uppfyllda behöver inte artikel 72.4 beaktas. En ändring får däremot aldrig innebära att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras<sup>100</sup> och successiva ändringar ska bedömas efter det samlade nettovärdet av ändringarna.<sup>101</sup> Enligt Arrowsmith ska ändringar som är lägre än i) och ii) i artikel 72.2 alltid ses som tillåtna ändringar även om en ändring skulle medföra att andra leverantörer skulle ha lämnat anbud om ändringen framgått i det ursprungliga kontraktet. Författaren menar att ändringar som hamnar under denna artikel inte vidare behöver behandlas, däremot är större ändringar än de som stadgas i artikel 72.2 inte tillåtna. Arrowsmith menar även att direktivet inte angett huruvida alla ändringar som har ett högre kontraktsvärde än de som stadgas i artikel 72.2 automatiskt ska anses medföra att kontraktet väsentligen ändras enligt Pressetext-testet. Enligt Arrowsmith är detta inte fallet eftersom artikeln inte uttryckligen fastställer detta. Enligt författaren bör däremot upphandlade myndighet alltid överväga om ändringar som utgör större ändringar än de som återges i artikel 72.2 medför att kontraktet väsentligen ändras. Vidare är det värt att nämna att om en ändring enligt artikel 72.2 medför att kontraktet väsentligen ändras ska denna anses tillåten när ändringen är av lägre kontraktsvärde som stadgas i artikeln.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> Prop. 2015/16:195 s.846.

<sup>101</sup> Prop. 2015/16:195 s.849-850.

<sup>102</sup> Arrowsmith (2014) s. 598-599.

#### 4.3.4 Kontraktets övergripande karaktär

Förbudet mot ändring av ett kontrakts övergripande karaktär återkommer i artiklarna 72.1.a), 72.1.c) samt 72.2. Entydigt svar på vad som exakt menas med formuleringen går inte att hitta.

Enligt proposition 2015/16:195 ska skäl 107 i direktivet ge en fingervisning om vad som specifikt menas med kontraktet övergripande karaktär.<sup>103</sup> Enligt skäl 107 ska ändringar som framförallt resulterar i ändringar i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter, inbegripet fördelningen av de immateriella rättigheterna, ses som väsentliga ändringar. Ändringar av nämnda slag tyder på att parterna har för avsikt att omförhandla viktiga villkor i kontraktet. Om ändringarna i kontraktet dessutom skulle ha lett till ett annat slutresultat för ett upphandlingsförfarande ska ändringen innebära att kontraktets övergripande karaktär ändras. Ändringen behöver vidare inte vara stor i ekonomiskt hänseende för att kontraktets övergripande karaktär ska ändras. Enligt propositionen anses dramatiska förändringar av förpliktelseerna som ställs upp i ett offentligt kontrakt ändra kontraktets övergripande karaktär. En upphandling får dessutom inte ändras enligt skäl 109 så att den övergripande upphandlingen får en annan karaktär. De efterfrågade varorna och tjänsterna får exempelvis inte ersättas med andra sorters varor och tjänster. Enligt propositionen är däremot rekvisitet övergripande karaktär i direktivet inte helt utrett och det är vidare inte avgjort hur begreppet ska tolkas och tillämpas i olika situationer.<sup>104</sup>

Enligt Arrowsmith ska en ändring av ett kontrakts eller ramavtals övergripande karaktär anses ske om medkontrahentens förpliktelser ändras på ett sådant sätt att denna till exempel ska leverera andra sorters tjänster eller varor än de som ursprungligen framgår av kontraktet. En ändring som innebär en liten ökning i kvantiteten som ska levereras menar författaren inte kan leda till att fler leverantörer hade kunnat lämna ett anbud och

---

<sup>103</sup> Prop. 2015/16:195 s. 849-850.

<sup>104</sup> Prop. 2015/16:195 s. 850.

därför ska nämna ändring inte innebära att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras. Ändringar som däremot leder till att förpliktelser för leverantören ändras så att den produkt som ska levereras ersätts med annan produkt eller att tjänsten får en annan karaktär ska däremot ses som en ändring som inte får direktupphandlas enligt Arrowsmith även om vi talar om mindre värdeförändringar.<sup>105</sup> Enligt författaren är det i nuläget inte helt klart hur stora värdeförändringar som ska anses ändra ett kontrakt övergripande karaktär men däremot ska ändringar som mångfaldigar omfattningen av detta vara förbjudet enligt bestämmelsen.<sup>106</sup>

## 4.4 ÄTA-arbeten och väsentliga ändringar

I rättspraxis och lagtext framgår inte hur ändringar enligt ÄTA-arbeten ska förhålla sig till väsentliga ändringar i offentliga byggentreprenadskontrakt. Trots att en kodifiering av tidigare rättspraxis har inget förtydligande av rättsläget skett. Enligt Hane, i artikeln ”*Oklara direktiv för byggentreprenader*”, brukar inte ÄTA-arbeten ändra ett kontrakt och inte heller omfattningen av entreprenörens åtagande. Hane menar att AB 04 utgår från konkurrensens princip eller lägsta kostnadens princip enligt AB 04 1 kap 4 § vilket leder till att alla motstridiga uppgifter eller föreskrifter som föreligger i tekniska beskrivningar, ritningar eller liknande handlingar ska tolkas utifrån denna princip.<sup>107</sup> Entreprenören ska alltid räkna med att vid motstridiga uppgifter ska det arbete som medför lägst kostnad brukas.<sup>108</sup> En åtgärd enligt nämnda slag innebär därför enligt Hane inte att kontraktet ändras på ett otillåtet vis som stadgas i förbudet mot väsentliga ändringar av offentliga byggentreprenadskontrakt.<sup>109</sup>

---

<sup>105</sup> Arrowsmith (2014) s.599.

<sup>106</sup> Arrowsmith (2014) s. 600.

<sup>107</sup> Hane (2016) <<https://inkopsradet.se/expert/oklara-direktiv-for-byggentreprenad/>>, besökt 2016-12-15.

<sup>108</sup> Andersson & Hedberg (2013) s.38.

<sup>109</sup> Hane (2016) <<https://inkopsradet.se/expert/oklara-direktiv-for-byggentreprenad/>>, besökt 2016-12-15.

Hane menar vidare att ÄTA utgör en kalkylregel. Även om merarbete uppkommer i en entreprenad utförs detta endast för att entreprenaden ska färdigställas och fungera som den är avsedd. Hane ger exempel på att det ibland inte är möjligt att montera ett fläktaggregat enligt tidigare beskrivningar på grund av att det råder platsbrist i fläktrummet och därmed uppstår merarbete för entreprenören. Den ursprungliga entreprenören har en skyldighet att utföra detta men får även ta betalt för detta som ett ÄTA-arbete. I nämnda situationer menar Hane att likabehandlingsprincipen inte frångås vilket leder till att en otillåten direktupphandling uppstår eftersom alla anbudsgivare om de hade tilldelats kontraktet hade fått utföra detta, oberoende av vem som faktiskt hade vunnit upphandlingen. Reglerna om förbud mot väsentliga ändringar kan däremot enligt Hane aktualiseras om beställaren till exempel ändrar ett golvmaterial från linoleum till ekparkett.

Hane menar även att förbudet mot väsentliga ändringar inte ska gälla för ÄTA-arbeten eftersom omfattningen och villkoren för dessa ändringar framgår av kontraktet. Således anges ändringarna i form av en klar och entydig ändringsklausul som tillåter dessa ändringar. Kontraktets övergripande karaktär får däremot inte ändras genom ÄTA-arbetena. Hane menar även att beställaren i en del situationer redan från början vet när ett ÄTA-arbete kommer att behövas därför torde det inte vara svårt att ange detta i förfrågningsunderlaget för de delar som ännu inte har projekterats färdigt eller där oklarheter råder. Författaren menar vidare att ÄTA-arbeten inte ska begränsas till att endast ändra ett kontrakts värde med 15 % eftersom ÄTA-arbeten både i Sverige och internationellt utgör mer än 15 % av kontraktsvärdet. Byggprojekt är både komplicerade och osäkra samt utförs under en längre tidsperiod och vid omfattande byggprojekt finns det ingen möjlighet att begränsa ÄTA-arbeten till endast 15 %. Hane menar därför att ÄTA-arbeten istället alltid ska ingå i det ursprungliga kontraktet och inte ses som ändringar i det ursprungliga kontraktet.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> Hane (2016) <<https://inkopsradet.se/expert/oklara-direktiv-for-byggentreprenad/>>, besökt 2016-12-15.

Olovsson och Kristofersson diskuterar även de väsentliga ändringar i artikeln ”*EU-domstolen klargör när kontrakt får ändras*”. I artikeln redogör de för när EU-domstolen tillåtit ändringar i ett offentligt kontrakt och ändrings- eller optionsklausuler diskuteras särskilt. Enligt EU-praxis ska ändringar specificeras, klart anges och entydigt beskrivas i upphandlingsdokumentet för att dessa ska vara tillåtna. Olovsson och Kristofersson menar att dessa omfattande krav kan få negativa konsekvenser i ett offentligt kontrakt. Genom att ställa så specifika krav på ändringar kan förfrågningsunderlagen och avtalen bli omfattande, svåröverblickande, tidskrävande samt mer kostsamma. Enligt författarna kan däremot de specifika detaljerna skapa mer förutsebarhet för leverantörerna om villkoren för avtalet framgår tidigt.<sup>111</sup>

I Konkurrensverkets rapport ”*Entreprenadupphandlingar- Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier?*” framgår det enligt respondenterna, som utgör olika aktörer från bygg- och anläggningssektorn, att ÄTA-arbeten och förbudet mot väsentliga ändringar inte brukar leda till några problem i branschen. Enligt respondenterna utgör ÄTA-arbeten väletablerade spelregler för branschens olika aktörer och är kända för parterna sedan många år tillbaka.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> Olovsson & Kristofersson (2016) <<http://upphandling24.se/eu-domstolen-klargor-nar-kontrakt-far-andras/>>, besökt 2016-12-05.

<sup>112</sup> *Entreprenadupphandlingar – Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier?*, 2014:4 s. 37.

# 5 Diskussion och slutsats

## 5.1 Inledning

Syftet med studien var att utreda förhållandet mellan de entreprenadrättsliga ÄTA-arbeten och de offentligrättsliga reglerna kring väsentliga ändringar och direktupphandlingar. Studiens frågeställningar löd därmed enligt följande:

- *När anses ett entreprenadrättsligt ÄTA-arbete utgöra en väsentlig ändring i ett offentligt byggentreprenadskontrakt och hur hanterar den upphandlingsrättsliga regleringen dessa ändringar?*
- *Vilka typiska tvistefrågor kan uppstå vid ändringar av ett kontrakt i den offentliga upphandlingen?*
- *Vilken påverkan kan förbudet mot väsentliga ändringar i den offentliga upphandlingen få på de entreprenadrättsliga ÄTA-arbetena?*

I detta kapitel ska en redogörelse av dessa frågor framställas och en återkoppling av framställningen genomföras. Kapitlet är uppdelat i tre huvudrubriker utifrån de tre frågorna som ska besvaras och den sista rubriken innehåller slutsatser om rättsläget kring problematiken som uppstår vid användningen av ÄTA-arbeten i offentliga kontrakt.

## 5.2 ÄTA-arbeten och upphandlingsrätten

### 5.2.1 ÄTA-arbeten och väsentliga ändringar

Det finns inga rättsfall som i nuläget hanterar problematiken kring ÄTA-arbeten och offentlig upphandling. Problematiken kring detta har främst behandlats i doktrin och uttalanden. Även om det enligt AB 04 kap. 2 § 3 framgår att en entreprenör måste iaktta annan författning så som LOU har

problemet aldrig riktigt ställts på sin spets. Även om ÄTA-arbeten är väl etablerade inom entreprenadrätten och utgör branschpraxis för parterna finns det ingenting i den upphandlingsrättsliga regleringen som direkt särskiljer dessa. I entreprenadavtalen är beställarens ändringsbefogenhet central och gäller även om parterna inte uttryckligen avtalat om denna. Parterna inom entreprenadbranschen är införstådda med att ett avtal kan komma att ändras under löptiden och ser dessa ändringar som en del av avtalet. Bristen på en uttrycklig undantagsregel i den offentliga upphandlingsrätten gör däremot så att dessa ändringar inte beaktas i offentliga byggentreprenadskontrakt.

I doktrin har framförallt Presstext-målet varit avgörande vid bedömningen av väsentliga ändringar i offentliga kontrakt och även numera artikel 72.4 i direktiv 2014/24/EU. Om en ändring innebär att en annan anbudsgivare hade kunnat godkännas än den ursprungliga anbudsgivaren, den ekonomiska jämvikten ändras, kontraktets omfattning utvidgas betydligt eller ett byte av avtalspart sker ska en sådan ändring innebära en väsentlig ändring av kontraktsvillkoren. När en väsentlig ändring skett av ett offentligt byggentreprenadskontrakt ska en ny upphandlingsfas påbörjas för dessa ändringar. ÄTA-arbeten i form av tilläggsarbeten är särskilt intressanta att diskutera i ljuset av reglerna kring direktupphandling i den offentliga upphandlingen. Eftersom ett tilläggsarbete alltid måste stå i omedelbart samband med kontraktsarbetena och dessa inte får vara av väsentligen annan natur kan detta tyda på att ändringar enligt tilläggsarbetena inte visar betydliga skillnader i förhållande till det ursprungliga kontraktet och således inte utgör en väsentlig ändring. Tillägget och de ursprungliga kontraktsarbetena uppnår kravet på omedelbart samband om tillägget och kontraktsarbetena tillsammans utgör en teknisk helhet vilket kan tyda på att ändringarna som sker enligt ÄTA-arbetena i form av tilläggsarbete inte får vara allt för omfattande. Om tilläggsarbetena har ett omedelbart samband med kontraktsarbetena och inte är av väsentligen annan natur än dessa kan ändringen innebära att kontraktets omfattning inte utvidgats betydligt.

Ändringen behöver inte heller ha påverkat andra anbudsgivares möjlighet att tilldelas kontraktet. Om ett tillägg utvidgar kontraktets omfattning betydligt torde det peka på att sambandet mellan tillägget och kontraktsarbetena inte tillsammans utgör en teknisk helhet. Det som bör uppmärksammas är däremot kravet på att ändringen inte får ändra den ekonomiska jämvikten mellan parterna till förmån för anbudsgivaren. Vad som exakt ändrar den ekonomiska jämvikten är svårt att avgöra med små prisförändringar torde tillåtas. Tilläggsarbeten brukar vara till förmån för leverantören vilket leder till att denna punkt blir särskild betydelsefull. Ändring av betalningsform har målet *Succhi di Frutta* ansett ändra den ekonomiska jämvikten mellan parterna och även i *Presstext*-målet konstaterade EU-domstolen att ändring av pris ändrar den ekonomiska jämvikten mellan parterna. För att ett tillägg ska ändra den ekonomiska jämvikten mellan parterna torde det krävas stora ändringar särskilt eftersom även leverantörens prestation ökar i samband med tillägget och detta gör enligt *Arrowsmith* att jämvikten inte påverkas.

I kommissionen mot Tyskland ansåg EU-domstolen att ett kontrakts omfattning utvidgats betydligt efter att kontraktet utökades med 15 procent och i fallet *Himlabadet* ansågs en komplettering av ett byggtreprentkontrakt på 10 procent även det utgöra en väsentlig ändring. Dessa begränsningar kan ge viss vägledning när ett offentligt byggtreprentkontrakt ändras. Ändringar som omfattas av artikel 72.2 ska inte ses som väsentliga ändringar och så som tidigare nämnts ska enligt *Arrowsmith* ändringar som utökar ett kontrakt med 15 procent eller mindre inte anses utgöra en väsentlig ändring. Det kan därför diskuteras om den 10 procentiga ökningen i fallet *Himlabadet* verkligen utgjorde en väsentlig ändring av ett offentligt byggtreprentkontrakt. Enligt artikel 72.2 får en ändring inte innebära att kontraktets övergripande karaktär ändras och kanske ändrade tillägget i fallet kontraktets övergripande karaktär. Det är inte givet hur stora värdeförändringar som ändrar kontraktets övergripande karaktär men en mångfaldigande ökning torde göra detta.



Ett exempel som är intressant att diskutera i samband med ändringar enligt ÄTA-arbeten och ändringar enligt offentliga byggentreprenadkontrakt är Johansson exempel om tillkommande parkeringsficka i samband med ett vägbygge. Enligt ÄTA-arbetena ska parkeringsfickan ha ett omedelbart samband med vägbygget och inte anses vara av väsentligen annan natur än kontraktsarbetena. Frågan är om förbudet mot väsentlig ändring skulle bli tillämpligt om kontraktet utgjort ett offentligt byggentreprenadskontrakt. För att tillägget ska anses utgöra ett ÄTA-arbete enligt entreprenadavtalen ska arbetet kunna utföras inom ramen för entreprenörens fackområde men samma krav gäller inte för ändringar i offentliga kontrakt. Om parkeringsfickan utgör en icke-väsentlig ändring enligt artikel 72.4 och således uppfyller kraven som Pressetext-målet uppställer för tillåtna ändringar kan en sådan ändring anses laglig enligt upphandlingsrätten. En tillkommande parkeringsficka torde inte ändra villkoren på så sätt att annan anbudsgivare hade kunnat godkännas om parkeringsfickan ingått i det ursprungliga kontraktet. Kontraktets omfattning kan inte heller utvidgas betydligt av ett sådant tillägg. Jämvikten lär inte heller påverkas av ändringen enligt ovan nämnda kriterier. Ändringen kan anses falla under artikel 72.2 som reglerar ändringar av lägre kontraktsvärde om ändringen är lägre än tröskelvärdet i artikel 4 eller lägre än 15 % av det ursprungliga kontraktets värde. Om däremot ändringen utgör mer än 15 % av det ursprungliga värdet är det svårt att veta om denna ändring automatiskt ska ses som en väsentlig ändring, tydliga svar finns inte.

### **5.2.2 ÄTA-arbeten och kompletterande byggentreprenader**

Det som framförallt har diskuterats är huruvida ÄTA-arbeten kan utgöra en kompletterande byggentreprenad vilket därmed innebär att ändringarna inte behöver föregå en ny upphandling enligt undantaget i 4 kap. 8 § LOU. Att jämställa ÄTA-arbeten och kompletterande byggentreprenader har däremot kritiserats av framgående författare i upphandlingsrätten och enligt min mening ska en upphandlande myndighet inte utgå från att ett

ÄTA-arbete kan utgöra en kompletterande byggtreprenad. Som tidigare har framhållits innehåller undantaget för kompletterande byggtreprenader vissa specifika krav som inte alltid kan uppfyllas av ÄTA-arbetena. I debatten om jämförelsen av ÄTA-arbeten och kompletterande byggtreprenader har vidare angetts att en kompletterande byggtreprenad ska ses som ett nytt kontrakt medan ÄTA-arbeten är en integrerad del av ett och samma kontrakt. Redan formen och syftet med kompletterande byggtreprenader pekar på att ÄTA-arbeten inte kan likställas med dessa arbeten. ÄTA-arbeten ska bidra till flexibilitet och anpassning av entreprenader medan kompletterande byggtreprenader ska ge en möjlighet för myndigheten att åtgärda problem som uppstår vid oförutsedda omständigheter. De olika bestämmelsernas syfte är så pass annorlunda och kriterierna för arbetena skiljer också sig åt vilket enligt min mening leder till att det blir problematiskt att göra nämnda jämförelse. En del tilläggsarbeten kan däremot beställas enligt reglerna för kompletterande byggtreprenader eftersom tillägg är möjliga enligt bestämmelsen i 4 kap. 8 § 1p. LOU. För att dessa ska vara tillåtna måste däremot kravet på oförutsedda omständigheter och kravet på nödvändighet uppfyllas. ÄTA-arbetena brukar ofta inte beställas av nämnda orsaker vilket leder till att ÄTA-arbeten som utgör tillägg är tillåtna i den offentliga upphandlingen men med en viktig modifikation. Vad gäller de avgående arbetena utgör detta en avbeställning medan kompletteringar alltid måste innebära en ny beställning, därför passar sig avgående arbeten sig mindre väl i undantaget. Ändringsarbetet innebär som tidigare nämnt två moment, både avgående arbete och tilläggsarbete. För ändringsarbeten gäller därför det som ovan nämnts om de olika arbetena.

Direktiv 2014/24/EU har medfört en viss ändring i reglerna om kompletterande byggtreprenader. Enligt artikel 72.1.b) i direktivet behöver inte en komplettering ske på grund av oförutsebara omständigheter utan endast uppfylla de övriga kraven och vara nödvändig.

Vidare har artikel 72.1.c) tillkommit vilket gör så att kompletterande byggtreprenader ändå kan ske genom oförutsebara omständigheter.

### **5.2.3 ÄTA-arbeten enligt ändringsklausuler**

I vissa fall har även diskuterats om ÄTA-arbeten ska anses ingå i det ursprungliga kontraktet och således inte anses utgöra en väsentlig ändring och kunna direktupphandlas enligt upphandlingsrätten. Enligt till exempel Hane är ÄTA-arbeten så välkända inom branschen att ÄTA-arbeten ses som en del av kontraktet. Hane menar även att likabehandlingsprincipen inte frångås genom tillkommande ÄTA-arbeten eftersom dessa arbeten tillkommer utöver oavsett vem som vinner upphandlingen, således är det ingen anbudsgivare som behandlas annorlunda. De problem som däremot kan uppstå när ÄTA-arbeten ses som en ändringsklausul är det faktum att ÄTA-arbeten inte alltid anges i enlighet med regleringen i artikel 72.1.a). ÄTA-arbetena måste anges tydligt och exakt i en ändringsklausul för att dessa ska kunna direktupphandlas enligt regleringen. Arten och omfattningen av ändringarna måste tydligt anges och även villkoren för när dessa ska ske. Att endast hänvisa till att byggsektorns parter är införstådda med att ändringar kommer att ske enligt ÄTA-arbeten torde inte kunna uppfylla dessa krav. ÄTA-arbetens etablering inom branschen borde däremot göra så att kravet på exakta och tydliga ändringsklausuler inte är lika omfattande. Att ÄTA-arbetena är allmänt kända för parterna på området kan kanske göra så att de ses som en kalkylregel av parterna. Aktörerna från bygg- och anläggningssektorn ansåg till exempel att ÄTA-arbetena utgjorde väletablerade spelregler. Genom att se ÄTA-arbetena som en del av kontraktet utgör de aldrig en ändring av detta. Standardavtalen ser ÄTA-arbeten som en del av kontraktet och de allmänna bestämmelserna är grundläggande för entreprenadrätten därför kan vägledning från dessa även hämtas i de offentlighetsliga reglerna om ändring av offentliga byggtreprenadskontrakt.

## **5.3 Typiska tvistefrågor vid ändringar av offentliga kontrakt**

### **5.3.1 Likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen**

Genom att ändra ett kontrakt enligt entreprenadrättens ÄTA-arbeten utan att beakta likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen tillförsäkras inte alla anbudsgivare samma rättigheter. Det är inte allmänt känt för alla parter på marknaden hur omfattande ÄTA-arbetena brukar vara och vad de exakt innebär i ett offentligt kontrakt. Parterna på marknaden har olika erfarenheter och kunskaper om ÄTA-arbetenas omfattning och många gånger är de väletablerade leverantörerna mer insatt i ÄTA-arbetenas innebörd. De leverantörer som inte vidhåller samma information och kunskaper kan välja att inte lämna anbud på grund av missberäkning av kontraktets värde och detta kan snedvrída konkurrensen. Förutsebarhet och likabehandling är ledande inom den offentliga upphandlingen och ÄTA-arbeten är inte förutsebara. ÄTA-arbetena tillkommer under kontraktets löptid vilket kan göra det svårt för en leverantör att på förhand förutse hur kontraktet kommer att se ut. Vissa aktörer kan även sedan tidigare ha mer kännedom om ÄTA-arbetenas omfattning vilket leder till att lika aktörer konkurrerar med olika förutsättning. Genom att inte ange tydligt och precist vad en upphandling avser kommer konkurrensen förvridas eftersom de anbudssökande som hade haft en reell möjlighet att lämna ett anbud kan välja att inte göra detta eftersom alla villkoren inte framgått av anbudsinfördran. Genom att inte följa dessa principer i den offentliga upphandlingen används inte resurserna på ett korrekt sätt och myndigheten kan riskera att inte behandla en leverantör likvärdigt genom att alla villkor inte framgår av förfrågningsunderlaget.

### 5.3.2 Konsekvenser för parterna

Upphandlingsrättsliga regleringen härstammar vidare från EU-rätten och att inte iaktta EU-rätten som medlemsstat innebär ett fördragsbrott. Det är inte bara den nationella rätten som måste beaktas utan även EU-rätten vilket pekar på hur viktig den offentliga upphandlingen är för svensk rätt. Att de standardiserade entreprenadavtalen vuxit fram genom branschpraxis kan inte göra så att EU-rätten frångås. Konsekvenserna av att inte upphandla en ändring enligt reglerna för upphandlingsrätten kan även leda till att kontraktets ändringar ogiltigförklaras. Ett ogiltighetsförklarande av ett avtal kan innebära stora olägenheter för parterna framförallt om ändringarna redan har utförts. I en sådan situation ska prestationerna gå tillbaka och detta kan vara ytterst ogynnsamt för både parterna. ÄTA-arbetena kan i många fall vara väldigt omfattande och specifika och ogiltighetsförklaring av detta kan innebära stora kostnader för parterna. Även reglerna om upphandlingsskadeavgift kan bli aktuella och skadestånd kan behövas utgå till de parter som inte vunnit upphandlingen. I upphandlingsfall är det även svårt att avgöra vem som faktiskt är berättigad till skadestånd vilket kan leda till att utredningskostnaderna blir omfattande. Konsekvenserna av att inte följa upphandlingen kan alltså bli stora. Att inte beakta likabehandlingsprincipen och principen om insyn leder även till att syfte som regleringen ska uppfylla åsidosätts.

Reglerna kring väsentliga ändringar av offentliga kontrakt kan däremot även få negativa konsekvenser på offentliga kontrakt. Om en myndighet väljer att inte ändra i till exempel ett byggentreprenadskontrakt på grund av den osäkerhet som ibland kan råda kring ändringar i offentliga kontrakt kan detta leda till att en myndighet fortsätter använda sig av ett kontrakt som inte är anpassat efter myndighetens krav och behov. Ett kontrakt som inte är anpassat efter myndighetens önskemål kan få påverkan på effektiviteten och ekonomin eftersom resurserna inte används på bästa möjliga mån. Om dessutom en myndighet väljer att exakt och entydigt ange vilka ändringar som kommer företas enligt ÄTA-arbeten för att inte en otillåten direktupphandling ska ha skett kan konsekvenserna av detta bli

omfattande och väldigt detaljerade förfrågningsunderlag. Omfattande och detaljerade förfrågningsunderlag blir många gånger dessutom kostsamma för myndigheten att upprätta och krångliga för anbudsgivarna att uttyda.

## **5.4 Upphandlingsrättens påverkan på ÄTA-arbeten**

I den upphandlingsrättsliga regleringen finns det inget generellt undantag för ändringar som tillkommer av de entreprenadrättsliga ÄTA-arbetena. Reglerna kring ändring av offentliga byggentreprenadskontrakt under kontraktets löptid framstår som relativt stelbenta för de flexibla och anpassade ÄTA-arbetena. Om ÄTA-arbetena måste anpassa sig efter de ändringsreglerna i den offentliga upphandlingen som återfinns kommer planeringen av entreprenader blir omöjlig och slutresultatet inte optimerat. ÄTA-arbetena har vuxit fram genom parterna på området och genom branschpraxis för att optimera entreprenader och uppnå flexibilitet inom området. Byggprojekt är ofta komplicerade projekt och det förekommer ofta stor osäkerhet kring hur projektet ska genomföras och slutföras. ÄTA-arbetena blir därför betydelsefulla för projekten eftersom många ändringar blir centrala under projektet för att detta ska optimeras. Genom att införa en ändringsbefogenhet för beställaren uppnås en flexibilitet för projektet och entreprenaden kan anpassas efter beställarens behov. Flexibiliteten är ledande inom entreprenadavtal och ÄTA-arbetena förhindrar även framtida tvister mellan parterna. Genom att på förhand bestämma att viss osäkerhet kring entreprenaden åligger kan parterna från början planera inför detta och tvister förebyggs.

Om ändringar enligt ÄTA-arbetena i offentliga kontrakt måste anpassa sig efter reglerna i den offentliga upphandlingen om ändring av kontrakt kan detta innebära att entreprenader i offentliga kontrakt inte upprätthåller samma standard och kvalitet som andra entreprenader på marknaden. ÄTA-arbetena har vuxit fram i entreprenadrätten eftersom de har ett viktigt syfte och upphandlingens bestämmelser kan förhindra att detta syfte

upprätthålls. Reglerna för när ett arbete ska kvalificeras som ett ÄTA-arbete och därmed måste utföras sammanfaller inte med bestämmelserna om ändringar som får vidtas i den offentliga upphandlingen. Den offentliga upphandlingen tillåter endast vissa förändringar under detaljerade bestämmelser och ÄTA-arbetens flexibilitet hejdas av dessa olika villkor som ställs upp. Entreprenader är oförutsebara vilket leder till att ÄTA-arbetena tar hänsyn till detta, ÄTA-arbetena blir därmed oförutsebara i egentlig mening och i den offentliga upphandlingen är just förutsebarheten viktig. Den offentliga upphandlingen är inte lämpad för ÄTA-arbetena samtidigt som ÄTA-arbetena utgör en viktig funktion i alla entreprenader. Rättsläget för ÄTA-arbetena i den offentliga upphandlingen måste anses vara oklart och detta kan leda till ett antal framtida tvister. Entreprenörer och myndigheter ser ÄTA-arbetena som en självklarhet medan dessa i själva verket inte är det i den offentliga upphandlingen. Förvirringen kring det oklara rättsläget kan leda till ett antal tvister och problem som kan få stora konsekvenser för alla inblandade parter, speciellt om parterna inte haft de detaljerade bestämmelserna om upphandling i åtanke när anbud lämnades, arbete utfördes och betalning erlagts.

## 5.5 Slutsats

Problematiken kring väsentliga ändringar av offentliga byggentreprenadskontrakt enligt de entreprenadrättsliga ÄTA-arbetena har inte behandlats i praxis. Flexibiliteten och oförutsebarheten som präglar ÄTA-arbeten kan skapa problem i den förutsebara och detaljerade offentliga upphandlingen. ÄTA-arbetena ses som en självklar ändring i entreprenadrätten men i den offentliga upphandlingen är de inte lika självklara. Tydliga undantagsregler för nämnda ändringar återfinns inte i reglerna kring ändringar av offentliga byggentreprenadskontrakt och reglerna kring direktupphandling i offentliga byggentreprenadskontrakt förblir därför oklara.

# Käll- och litteraturförteckning

## Litteratur

Arrowsmith, Sue, The law of public and utilities procurement. [Volume 1], regulation in the EU and UK, 3. ed., Sweet & Maxwell, London, 2014.

Andersson, Eilert & Hedberg, Stig, ÄTA-arbeten: och ekonomisk reglering enligt AB 04 och ABT 06, Svensk byggtjänst, Stockholm, 2013.

Bergman, Mats, Offentlig upphandling: på rätt sätt och rätt pris, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2011.

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

Bernitz, Ulf, Standardavtalsrätt, 7., [omarb.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2008.

Falk, Jan-Erik, Lag om offentlig upphandling: en kommentar, 3., [rev.] uppl., Jure, Stockholm, 2014.

Hedberg, Stig, Kommentarer till AB 04, ABT 06 och ABK 09, Svensk byggtjänst, Stockholm, 2010.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011.

Höök, Rolf., Entreprenadjuridik [förvaltning, garantitid, byggperiod, upphandling, projektering], TPB, Johanneshov, 2010.

Johansson, Sture, Entreprenadrätt och praktik, 2., rev. utg., Svensk byggtjänst, Stockholm, 2007.

Liman, Lars-Otto, Entreprenad- och konsulträtt, 8., rev. utg., Svensk Byggtjänst, Stockholm, 2007.

Pedersen, Kristian, Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, 2. uppl., Jure, Stockholm, 2011.

Samuelsson, Per, Entreprenadavtal: särskilt om ändrade förhållanden, Karnov Group, Stockholm, 2011.

Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation, 2. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2007.



Söderberg, Jan, Att upphandla byggprojekt, 6., [rev.] uppl., Studentlitteratur, Lund, 2011

## Artiklar

Hane, John: Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – analys, (elektronisk utgåva), JP Infonet Förlag AB, senast ändrad 2012-02-21 Hämtad 2016-10-25.

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.

Ingvarson, Anders , Utterström, Marcus, Högsta domstolens intåg i entreprenadrättens slutna rum, SvJT 2015, s. 258- 278.

Sandgren, Claes, Om empiri och rättsvetenskap, del I, Juridisk tidskrift, Nr 3 1995-96.

Sandgren, Claes, Är rättsdogmatiken dogmatisk?, TfR 2008, s. 648.

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

## Elektroniska källor

Hane, John: Oklara direktiv för byggentreprenader, <https://inkopsradet.se/expert/oklara-direktiv-for-byggentreprenad/>, senast ändrad 2016-04-20, Hämtad 2016-12-15.

Olovsson, Sara-Li, Kristofersson, Madeleine: EU-domstolen klargör när kontrakt får ändras, <http://upphandling24.se/eu-domstolen-klargor-nar-kontrakt-far-andras/>, senast ändrad 2016-09-22, Hämtad 2016-12-05.

Nya upphandlingsregler från 1 januari 2017, [http://www.sabo.se/aktuellt/nyheter\\_s/2016/dec/Sidor/Nya-upphandlingsregler-fran-1-januari.aspx](http://www.sabo.se/aktuellt/nyheter_s/2016/dec/Sidor/Nya-upphandlingsregler-fran-1-januari.aspx), senast ändrad 14 december, hämtad 2016-12-20.

Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik och Svensson, Natalie, Lagen om offentlig upphandling: en kommentar, Version den 1 Juli 2015.

## Offentligt tryck

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.

Proposition 2015/16:195- Nytt regelverk om upphandling.

## Övrigt

Konkurrensverkets rapport, *Fallgropar vid entreprenadupphandling*, 2011:2.

Konkurrensverkets rapport, *Entreprenadupphandlingar – Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier?*, 2014:4.

# Rättsfallsförteckning

## EU-domstolen

Förenade målen C-20/01 och C-28/01 Europeiska kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland, EU:C:2003:220

Mål C-496/99 Europeiska kommissionen mot CAS Succi di Frutta SpA, EU:C:2004:236

Mål C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mitbeschränkter Haftung, EU:C:2008:351.

Mål C-205/07 Europeiska kommissionen mot Grekland, EU:C:2008:730.

Mål C-91/08 Wall AG mot Staden Frankfurt am Main och Frankfurter Entsorgung- und Service (FES) Gmb, EU:C:2010:182.

Mål C-160/08 Europeiska kommissionen mot Förbundsrepubliken, Tyskland EU:C:2010:230.

Mål C-601/10 Europeiska kommissionen mot Grekland, EU:C:2011:709.

## Högsta domstolen

NJA 2015 s.3

## Kammarrätterna

Kammarrätten i Stockholm mål nr 6784-09

Kammarrätten i Jönköping mål nr 953-09

## Myndigheter

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

