

Konkurrensverket
konkurrensverket@kkv.se

31 maj 2024

Synpunkter från Setterwalls Advokatbyrå på Konkurrensverkets förslag till ställningstagande om ändringar enligt ÄTA-bestämmelserna, dnr 651/2023

Setterwalls Advokatbyrå är en av Sveriges ledande affärsjuridiska fullservicebyråer och har bland annat ett stort entreprenadrättsteam med lång erfarenhet av upphandling av offentliga entreprenader.

Setterwalls har tagit del av Konkurrensverkets förslag till ställningstagande där Konkurrensverket kommer fram till att ÄTA-bestämmelserna i AB 04 inte uppfyller kraven på ändrings- och optionsklausuler i lagen om offentlig upphandling (LOU). Setterwalls entreprenadrättsliga team (inklusive team för offentlig upphandling) har stor erfarenhet av bygg- och anläggningsbranschen och arbetar dagligen med de entreprenadrättsliga standardavtalen. På grund av de orimliga konsekvenserna som Konkurrensverkets ställningstagande skulle kunna få och riskera att motverka en fungerande konkurrens i upphandlingskedet, inkommer därför Setterwalls Advokatbyrå härmed med sina synpunkter på Konkurrensverkets förslag.

Sammanfattning

Setterwalls Advokatbyrå anser att ÄTA-bestämmelserna i AB 04, när de åberopas i ett entreprenadkontrakt, inte kan tolkas enskilt vid en bedömning om bestämmelserna uppfyller kriterierna enligt LOU Kap. 17 § 10, utan att bedömningen måste göras i kombination med övriga villkor och kontraktshandlingar i den enskilda situationen. Inte minst gäller detta för att se om kontraktets övergripande karaktär har ändrats såsom Konkurrensverket påpekar.

Med tanke på den omfattande och orimliga påverkan Konkurrensverkets ställningstagande kan få på bygg- och anläggningsbranschen i Sverige anser vi inte att Konkurrensverket har gjort en tillräckligt grundlig utredning till stöd för sitt ställningstagande att generellt säga att ÄTA-bestämmelserna i AB 04 inte kan anses uppfylla kriterierna i LOU.



ÄTA-bestämmelsen måste läsas i sitt sammanhang

Setterwalls har tagit del av, och delar BKK:s uppfattning om att ÄTA-bestämmelserna i AB 04 uppfyller de krav på ändrings- och optionsklausuler som uppställs i LOU.

Liksom BKK menar även Setterwalls att ÄTA-bestämmelserna i 2 kap. AB 04 måste sättas in i sitt sammanhang och tolkas och bedömas i sin rätta kontext. En generell bedömning eller en bedömning där bestämmelserna bryts ut ur sitt sammanhang kan inte göras eftersom det vid en sådan bedömning bortses från de förhållanden som råder vid byggentreprenader, standardavtalens syfte och deras praktiska funktion.

Syftet med att tillåta ändringsklausuler i upphandlade avtal är för att tillåta en viss grad av flexibilitet. En upphandling är ofta en stor och tidskrävande process. Ändringar som genomförs med stöd av en ändringsklausul anses ha blivit konkurrensutsatta i samband med upphandlingen. Det är därför av vikt att en ändringsklausul är så pass tydlig att potentiella anbudsgivare kan förstå i vilken omfattning och under vilka förutsättningar ett avtal kan ändras.

Med det sagt, så är BKK:s standardformulär AB 04 och ABT 06 de överlägset mest använda villkoren vid kommersiella byggentreprenader i Sverige idag. Frågan om ett arbetsmoment utgör ett ÄTA-arbete uppkommer i nästan varje projekt, inte sällan flera gånger. En god kännedom om AB-systemet är en förutsättning för att klara av de åtaganden en part åtagit sig i en entreprenad där AB 04 gäller, såvitt avser exempelvis krav på underrättelser och andra formaliakrav vid olika typer av händelser i projektet. På samma sätt måste vardera parten ha kännedom om och ha satt sig in i de övriga skyldigheter (och rättigheter) som finns i det kontrakt som ingås. Att påstå att det kan stå i strid mot transparensprincipen om bara välinformerade anbudsgivare kan förutse vilka ändringar som kan aktualiseras i en entreprenad, är därför svår att förstå. Setterwalls skulle vilja anföra motsatsen, att det är förenligt med de upphandlingsrättsliga grundprinciperna att ha krav på leverantörers erfarenhet och kvalifikationer samt att syftet med kalkylreglerna i AB 04 är att skapa just förutsebarhet och transparens för anbudsgivarna samt att möjliggöra jämförbara anbud. Det är sedan utifrån vad anbudsgivaren borde ha räknat med enligt dessa kalkylregler samt kontraktshandlingarna i övrigt som bedömningen sker om en ändring i det enskilda fallet utgör ett ÄTA-arbete.

Frågan om ÄTA-bestämmelsen i AB 04 tillräckligt klart, exakt, och entydigt beskriver förutsättningarna för ändringar kan inte besvaras genom en diskussion om gängse språkbruk. Det är – som angetts ovan - nödvändigt att bedöma ÄTA-bestämmelsen i kombination med övriga kontraktshandlingar för att avgöra om det är klart, exakt, entydigt att ett arbete utgör ett ÄTA-arbete. Dessutom måste det beaktas och tas vägledning av de tolkningar som gjorts i praxis, i skiljedomar, i doktrin och övrig branchpraxis. Dessa aspekter är något som inte nog behandlas i Konkurrensverkets förslag till ställningstagande.

Konkurrensverket skriver i sitt utkast att ÄTA-bestämmelserna i AB 04 innebär en obegränsad omfattning och obegränsat utrymme för olika typer av ändringar, vilket, enligt Konkurrensverket inte är förenligt med LOU. Det ska noteras att LOU inte har satt någon begränsning avseende hur många eller hur omfattande ändringar som får göras med stöd av 17 kap. 10 § LOU. Inte heller ställs det krav på att det måste vara ändringar av samma art. När ÄTA-bestämmelsen sätts i sin kontext så finns det fullgoda ramar i AB 04 genom hänvisningen till omedelbart samband, teknisk helhet och att arbetena inte ska vara av väsentligen annan natur. Parterna är bundna av dessa ramar. Även



om ramarna inte är definierade, så anser Setterwalls att det i de allra flesta fall är tillräckligt tydligt var ramarna går vid en tolkning och tillämpning av det enskilda kontraktet och den aktuella situationen.

Vi tror inte heller att det är en rimlig lösning att försöka utforma en mer exakt, klar och entydig ändringsklausul i varje enskilt entreprenadavtal, då det är omöjligt för en upphandlande myndighet eller entreprenören att beakta samtliga situationer och förändringar som kan förekomma under pågående projekt. Hade detta varit möjligt, hade det specifika arbetet ingått som ordinarie kontraksarbete. Det är också en stor skillnad på om det är fråga om en beställd ÄTA eller om det inträffar en situation i projektet som inte har varit möjlig för någon att förutse, oaktat att den upphandlande myndigheten låtit utföra omfattande utredningar, och som ger upphov till en likställd ÄTA. Konkurrensverket skiljer dock inte på de olika typerna av ÄTA (likställd eller beställd) i sitt ställningstagande, trots att det är fråga om två helt skilda situationer.

Konsekvenserna av Konkurrensverkets ställningstagande

Konkurrensverket har valt att ta fram ett generellt ställningstagande avseende just ÄTA-bestämmelsen i AB 04. Setterwalls ifrågasätter om det finns ett behov av ett sådant kategoriskt ställningstagande.

Konsekvenserna av Konkurrensverkets ställningstagande riskerar att bli väldigt långtgående och kostnadsdrivande - innebärande såväl orimliga byggherrekostnader i förprojektering som riskpremier från anbudsgivarna - med stora risker för stillestånd och problem i pågående projekt. Det är Setterwalls förhoppning att Konkurrensverket drar tillbaka sitt förslag till ställningstagande eller, såsom BKK rekommenderar, i annat fall genomför en konsekvensanalys för att utreda om Konkurrensverkets förslag gynnar en sund konkurrens.

Setterwalls Advokatbyrå,

genom advokaterna Helena Colliander och Henrik Trölle