



Synpunkter från Föreningen Byggnadets Kontraktsskommitté (BKK) på Konkurrensverkets förslag till ställningstagande om ändringar enligt ÄTA-bestämmelserna, dnr 651/2023

BKK är en ideell förening med olika organisationer inom byggsektorn som medlemmar. BKK:s huvuduppgift är att ta fram och ge ut bestämmelser och publikationer med anknytning till juridiken vid entreprenad- och konsultavtal. Allmänna bestämmelser AB 04 är en publikation utgiven av BKK som förhandlats fram av företrädare för bygg-, anläggnings- och installationsbranschens parter. Bestämmelserna bygger på en rimlig balans mellan rättigheter och skyldigheter som syftar till en ändamålsenlig och förutsebar riskfördelning mellan parterna samt en ekonomiskt optimal balans som tillgodoser en god ekonomisk hushållning för de resurser – privata och allmänna – som avsätts för branschen. BKK:s allmänna bestämmelser är väl kända och etablerade i branschen, och är nästan undantagslöst del av förfrågningsunderlag och kontraktshandlingar för kommersiella entreprenader i Sverige.

BKK har tagit del av Konkurrensverkets förslag till ställningstagande om kraven på ändrings- och optionsklausuler i lagen om offentlig upphandling (LOU) i förhållande till ÄTA-bestämmelserna i AB 04. Eftersom förslaget direkt hänför sig enskilda bestämmelser i de standardavtal som tagits fram och förvaltas av BKK inkommer BKK härmed med sina synpunkter på Konkurrensverkets tolkning av hur bestämmelserna ska tillämpas.

Sammanfattning

BKK anser att de aktuella bestämmelserna i AB 04 möjliggör en fungerande konkurrens i upphandlingsskedet. BKK anser att ÄTA-bestämmelserna är förutsebara för branschen och att Konkurrensverkets bedömning av hur 17 kap 10 § LOU ska tillämpas varken är ändamålsenlig eller tar hänsyn till bestämmelsens syfte.

BKK delar inte Konkurrensverkets uppfattning, utan anser att AB 04 uppfyller de krav på ändrings- och optionsklausuler som uppställs i LOU. Förhållandena måste bedömas vid tolkning och tillämpning av det enskilda kontraktet och i den situation där bedömningen är aktuell.

BKK anser att ett ställningstagande inte kan göras på det kategoriska sätt som uttrycks i Konkurrensverkets utkast. Bedömningen måste göras i varje enskilt fall med beaktande av dels det specifika avtalsinnehållet, dels det ÄTA-arbete som är aktuellt.

Skillnaden mellan beställda (föreskrivna) och likställda (föranledda) ÄTA-arbeten behöver belysas tydligare.

ÄTA-bestämmelserna möjliggör en fungerande konkurrens

Bruket av standardavtal är inte begränsat till entreprenadbranschen. I många andra branscher förekommer också standardavtal. Som angetts inledningsvis är de bestämmelser och den riskfördelning som framgår av AB 04 framförhandlade av företrädare för branschens olika parter och intressen och ska tillgodose behovet av ett regelverk som är balanserat och ändamålsenligt.

Det framstår som en självklarhet att standardavtal i respektive bransch måste anpassas till de grundförutsättningar som gäller för branschen. I detta sammanhang kan det för entreprenadbranschens räkning särskilt framhållas följande:

- resultatet av entreprenaden utgörs ofta av en byggnad eller anläggning som är kapitalkrävande och avsedd att ha en mycket lång livslängd,
- entreprenörens åtagande utgör en komplex kombination av arbetsprestation, som innefattar material och varor, ett större eller mindre mått av planering, samordning av tid och resurser, anskaffande av maskiner och hjälpmedel,
- entreprenaderna pågår ofta under en betydande tidsrymd, ofta under flera år, och innefattar en stor mängd olika arbetsmoment av skilda slag,
- arbetet utförs inte under samma förutsättningar som ostörd fabriksproduktion utan avser ofta arbeten utomhus samt i och under mark och terräng med därtill hörande faktorer som med nödvändighet är okända, såsom exempelvis förhållanden i jord, berg, ytvatten och grundvatten, samt ofta under påverkan från annan verksamhet,
- arbetena är ofta påverkade av årstider-och väder,
- stillestånd i entreprenaden är i allmänhet förenat med stora kostnader utan nytta, så är givetvis även fallet – i än högre grad – vid ett totalt avbrytande av entreprenaden.

Högsta domstolen har i flera domar beskrivit att ett entreprenadavtal i regel avser ett ”omfattande, komplicerat och långsiktigt arbete med flera inblandade parter” (se tex NJA 2013 s 271 ”Skadorna på Läckebys arbeten” och NJA 2015 s 862 ”Den uteblivna slutbesiktningen”).

Det är såväl praktiskt som teoretiskt omöjligt för en beställare att beskriva samtliga situationer och förhållanden som kan uppstå i entreprenaden på ett fullständigt och entydigt sätt. Denna omöjlighet är inte att betrakta som ”brister i upphandlingsdokumenten” i betydelsen att beställaren varit nonchalant, okunnig, slarvig eller vårdslös i något avseende som kan läggas beställaren till last.

För att konkurrens ska kunna åstadkommas under anbudstävlingen, och rätt leverantör kunna väljas med hänsyn till upphandlingskriterierna, måste gälla

- att de förutsättningar och förhållanden som beställaren beskrivit i förfrågningsunderlaget gäller fullt ut,
- att entreprenören under anbudstiden kan göra iakttagelser om arbetsområdet som kan antas gälla under entreprenaden och som därmed kan läggas till grund för den kalkyl som anbudet baseras på, samt
- att de förhållanden som inte låtit sig beskrivas, men som har betydelse för entreprenörens kalkyl och därmed för anbudet, får bedömas med ledning av anbudslämnarens fackmässighet.

Det är med andra ord ett stort antal antaganden som behöver göras kring förfrågningsunderlaget för en entreprenad – både av beställaren och anbudsgivarna. Dessa antaganden läggs sedan till grund för anbud som lämnas. Att samtliga förhållanden under entreprenadtiden inte faller ut enligt antagandena i anbudsskedet är ofrånkomligt. Om de bedömningar som anbudsgivarna har att göra i kalkylskedet skulle göras godtyckligt och fritt, och helt utan någon måttstock eller norm, skulle anbuden inte bli jämförbara.

Att det finns en norm för hur bedömningarna enligt ovan ska ske i anbudsskedet är en förutsättning för att anbuden ska bli jämförbara. Detta är också en grundförutsättning för konkurrens på lika villkor. Den norm som används inom entreprenadområdet benämns ”fackmässighet” och kräver givetvis yrkeskunnande för att uppnås. Ett tydligt stöd för resonemanget finns i gällande rätt (se NJA 2015 s 3). BKK anser att det är olämpligt att i detta sammanhang underkänna yrkeskunnandets berättigade betydelse för avgivande av anbud, på sätt som görs i punkterna 50 – 52 i utkastet.

BKK har uppfattningen att om hänsyn inte tas till ovanstående förutsättningar, kommer offentligt upphandlad entreprenadverksamhet att avsevärt försvåras, fördröjas och försenas. Utebliven hänsyn till de grundläggande premisserna för jämförbara anbud och förutsättningarna för entreprenader kommer också medföra en negativ påverkan på konkurrensen. De principer som beskrivits ovan är nödvändiga för att åstadkomma konkurrens vid upphandling av entreprenader, och det i konkurrens ingångna kontraktet måste givetvis fullföljas i enlighet med dessa principer (jfr NJA 2015 s 3). Resonemanget är således en förutsättning för en fungerande konkurrens vid såväl offentlig upphandling som genomförande av entreprenader.

Alternativet att vart och ett av de ÄTA-arbeten som uppkommer i en entreprenad får upphandlas separat leder till betydande svårigheter i ett flertal avseenden (exempelvis stillestånd, svåröverblickbart felansvar, samordningsproblem och ökade arbetsmiljörisker).

AB 04 är del av ett system av handlingar och ska inte läsas ensamt

AB 04 utgör just *allmänna* bestämmelser. Det innebär att bestämmelserna inte skrivits specifikt för exempelvis husbyggnadsentreprenader, anläggningsentreprenader eller installationsentreprenader. Bestämmelserna är heller inte skrivna specifikt för offentlig upphandling. Däremot är bestämmelserna avsedda att vara ändamålsenliga i olika typer av entreprenader, såväl offentligt som privat upphandlade. Som framgår av förordet i AB 04 har parterna möjlighet att anpassa det objektspecifika avtalet genom kompletteringar och avsteg i förhållande till standardavtalets bestämmelser.

AB 04 gäller inte i byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader utan att villkoren återopats i någon annan kontraktshandling. AB 04 fastställer exempelvis inte entreprenadens närmare innehåll och omfattning; för detta krävs kompletteringar genom andra kontraktshandlingar. Detta framgår direkt av AB 04. Av kap 1 § 1 framgår att omfattningen av kontraktsarbetena bestäms av kontraktshandlingarna. I kap 1 § 2 anges att kontraktshandlingarna kompletterar varandra och i kap 1 § 3 finns en uppställning av olika typer av handlingar som ingår i ett entreprenadkontrakt, där det kan noteras att standardavtalet AB 04 anges som en av tretton olika kontraktshandlingstyper. AB 04 är alltså del i ett omfattande system av handlingar. För att kunna fungera som avtalsinnehåll behöver AB 04 kompletteras med exempelvis bestämmelser om kontraktstid och ersättning, beställarens tekniska beskrivningar, ritningar och andra kravställningar på entreprenaden. AB 04 är tillsammans med övriga kontraktshandlingar avtalsinnehåll för den objektspecifika entreprenaden. AB 04 är aldrig ensamt avtalsinnehåll i en enskild entreprenad, utan tolkas och tillämpas tillsammans med övriga kontraktshandlingar.

BKK har uppfattningen att Konkurrensverkets utkast till ställningstagande inte i tillräcklig omfattning tar hänsyn till att ÄTA-bestämmelserna kräver en tolkning och tillämpning tillsammans med bestämmelserna i det enskilda kontraktet, d v s att bedömningen måste ske med hänsyn till den tekniska kravställningen i entreprenaden (tekniska beskrivningar, ritningar, konstruktionsberäkningar, geotekniska undersökningar och andra för bedömningen relevanta kontraktshandlingar). Ett ÄTA-arbete ska bedömas med hänsyn till ÄTA-arbetets omedelbara samband med kontraktsarbetena, kontraktsarbetenas natur samt kontraktsarbetenas och ÄTA-arbetenas tekniska helhet. BKK delar inte uppfattningen att ÄTA-bestämmelserna inte uppfyller de krav på ändrings- och optionsklausuler som uppställs i LOU eftersom bestämmelserna inte är avsedda att tillämpas på det sättet som Konkurrensverket förutsatt i utkastet. BKK anser att bedömningen bör göras i varje enskilt fall och inte generellt.

ÄTA-bestämmelserna är förutsebara för branschen

BKK delar inte Konkurrensverkets uppfattning att ett ”stort och oförutsebart utrymme för olika bedömningar” lämnas (jfr punkterna 42 och 43 i utkastet). Bestämmelserna ger genom

- ÄTA-begreppets definition i begreppsbestämningarna med anmärkningar,
- kraven i kommentaren till kap 2 § 3,
- kraven i kap 2 § 4,
- rättspraxis,

betydande avgränsningar som inte lämnar det utrymme för sådan godtycklighet som Konkurrensverket beskriver. BKK har uppfattningen att bestämmelserna är väl ägnade att utgöra ändringsbestämmelser för upphandling och genomförande av entreprenader, där kraven i 17 kap 10 § LOU är uppfyllda vid en rimlig och ändamålsenlig lagtolkning. I detta sammanhang bör uppmärksammas Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:4 ”Ändringar av kontrakt och ramavtal – möjligheterna i den nya upphandlingslagstiftningen”, där det på sid 24 anges följande:

”Enligt sin ordalydelse förefaller kravet för att en ändringsklausul ska kunna tillämpas vara högt ställt. Lagrådet angav i sitt yttrande att *”[d]et säger sig självt att en tolkning av kravet enligt ordalydelsen skulle medföra att endast få ändringsklausuler skulle uppfylla kravet. Avsikten kan dock inte vara att bara klausuler som uppfyller dessa mycket högt ställda krav ska få användas utan ny upphandling.*” EU-domstolen har i sin praxis intagit en till synes mer praktisk inställning till hur tydliga ändringsklausuler måste vara för att vara tillåtna.”

Upphandlingsmyndigheten har goda skäl för sitt uttalande. I LOU-direktivets skäl 111, framgår att ändringsklausuler kan tillåta anpassningar på grund av att tekniska förändringar inträffar. Det bör enligt samma skäl också vara möjligt att föreskriva anpassningar av kontraktet som har blivit nödvändiga på grund av tekniska svårigheter som har framkommit vid användning eller underhåll. Kontrakten kan exempelvis både inbegripa ordinarie underhåll och föreskriva extraordinära underhållsåtgärder som kan visa sig vara nödvändiga för att säkra ett fortsatt tillhandahållande av en offentlig tjänst. Bestämmelsen i 17 kap 10 § LOU måste, för att få avsedd effekt tolkas i enlighet med detta. Det vore i sammanhanget orimligt att kräva att upphandlande myndigheter ska förutse vilka tekniska svårigheter som kommer att uppkomma eller vilka extraordinära underhållsåtgärder som kan komma att krävas.

I det här sammanhanget förtjänas det återigen att påminna om att standardavtalets bestämmelser inte ensamt utgör avtalsinnehåll; AB 04 måste införlivas med andra kontraktshandlingar i ett skarpt förfrågningsunderlag eller kontrakt för att förenligheten med upphandlingslagstiftningen ska kunna bedömas. BKK har uppfattningen att det inte är lämpligt eller möjligt att upphandlingsrättsligt underkänna bestämmelser i ett standardavtal som är avsett att tolkas och tillämpas tillsammans med övriga kontraktshandlingar utan att samtidigt analysera övriga kontraktshandlingar.

Skillnaderna mellan likställda och beställda ÄTA-arbeten behöver belysas

BKK noterar att Konkurrensverket i utkastet till ställningstagande inte gör en analys av de principiellt stora skillnaderna mellan beställd (föreskriven) ÄTA (AB 04 kap 2 § 3) respektive

likställd (föranledd) ÄTA (AB 04 kap 2 § 4). BKK anser att dessa situationer inte kan bedömas lika utan att det bör ske separata bedömningar av de båda bestämmelserna.

Medan beställd ÄTA är sådan ändring som beställaren ensidigt bestämmer, är den likställda ÄTA:n av en helt annan natur. Som beskrivits ovan uppkommer den likställda ÄTA:n av den såväl teoretiska som praktiska omöjligheten – för såväl beställaren som entreprenören – att förutse alla variationer som kan förekomma under entreprenadtiden, såsom exempelvis oväntade föroreningar i ett jordlager under mark, lokala variationer i bergkvaliteten eller oväntade grundvattenvariationer. Principerna om kalkylerbarhet och likabehandling medför att anbudslämnarna måste ges möjlighet att lämna sina anbud under samma förutsättningar.

Bestämmelserna om likställd ÄTA är till sin karaktär snarare ekonomiska kalkylregler för entreprenaden än en ändringsbestämmelse och hanterar en annan situation än bestämmelsen om beställd ÄTA.

Avslutande kommentarer

BKK är medvetet om förekomsten av övriga ändringsbestämmelser i 17 kap LOU, och att någon av dessa kan finnas till hands för beställaren –vid däri angivna situationer. Konkurrensverkets utkast till ställningstagande avser dock specifikt ÄTA-bestämmelserna i AB 04 och deras förenlighet med 17 kap 10 § LOU. Som BKK redovisat ovan finns inte grund för ett reservationslöst och generellt uttalande med innebörd att ÄTA-bestämmelserna inte uppfyller de krav på ändrings- och optionsklausuler som uppställs i LOU (punkterna 1 och 56 i utkastet). Det kan i sammanhanget noteras att rekvisiten i flertalet av de alternativa bestämmelserna i 17 kap LOU, som medger ändringar av kontrakt, synes mer allmänt hållna än de krav som uppställs för ÄTA-arbeten i AB 04.

BKK anser vidare att förslaget till ställningstagande inte i tillräcklig omfattning analyserar hur förslaget påverkar konkurrensen inom branschen eller hur det förhåller sig till den praxis som finns på området. Mot bakgrund av Konkurrensverkets uppdrag att verka för effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet samt en effektiv offentlig upphandling, föreslår BKK att – för det fall Konkurrensverket överväger att gå vidare i arbetet med att ta fram ett ställningstagande – Konkurrensverket genomför en konsekvensanalys för att utreda om dessa mål gynnas vid en vidhållen syn på ÄTA-bestämmelserna i enlighet med utkastet. I samband med en sådan konsekvensanalys bör en bedömning göras av andra EU-länders regelverk för entreprenad jämte implementeringar av upphandlingsdirektivet. BKK deltar gärna i en dialog med Konkurrensverket för att bidra med den kompetens som BKK besitter.

Styrelsen för BKK