

ÄTA-arbeten

– En otillåten direktupphandling?

Variation orders

– An illegal direct award of contract?

Författarens Namn: Moa Heinefeldt

Handledare: Harald Ullman

Examinator: Harald Ullman

Sammanfattning

Huvudregeln när staten, landstinget eller kommunen vill få ett arbete utfört för deras räkning är att arbetet ska upphandlas i konkurrens mellan ett antal entreprenörer i enlighet med LOU:s regelverk. LOU och det nya upphandlingsdirektivet har dock vissa undantagsregler som medger att en direktupphandling av kompletterande byggentreprenader är tillåten under förutsättning att de i bestämmelserna stadgade rekvisiten är uppfyllda. Om ett tillkommande arbete som beställs av den upphandlande myndigheten inte faller in under dessa undantagsbestämmelser kan myndigheten gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling.

Ett ÄTA-arbete är ett entreprenadrättsligt begrepp som dels ger entreprenören en rätt och skyldighet att utföra tillkommande arbeten, dels ger beställaren en vid ändringsbefogenhet i den bemärkelsen att denne kan göra ändringar från de ursprungliga kontraktshandlingarna. Just möjligheten att kunna göra ändringar från det ursprungliga kontraktet är en av de mest särskiljande egenskaperna hos entreprenadavtalet.

Det går följaktligen att urskilja att det å ena sidan föreligger ett regelverk, LOU, som verkar för att samtliga arbeten ska upphandlas och att ändringar av redan upphandlade byggentreprenader i största möjliga mån ska motverkas. Det föreligger å andra sidan ett annat regelverk, AB 04, enligt vilket det anses nödvändigt för parterna att kunna göra ändringar från redan ingånget avtalet varför BKK föreskrivit detta som en rättighet och skyldighet som är skadeståndssanktionerad.

I den fortsatta framställningen redogörs närmare för innebörden av begreppen ÄTA-arbete och kompletterande byggentreprenader, vilka ändringar som åsyftas med regelverken samt hur kompatibla regelverken de facto är. Det kommer efter den företagna redogörelsen och analysen påvisas att det finns fler aspekter som visar att LOU:s undantagsregler om direktupphandling tar sikte på andra ändringar än ÄTA-arbeten. Det kommer också visa sig att om LOU är tillämplig i fråga om ÄTA-arbeten medför detta en rad olägenheter för parterna i entreprenadavtalet som kan leda till att entreprenaden aldrig färdigställs.

Förkortningar och förklaringar

AB 04	Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader 04
ABT 06	Allmänna bestämmelser för totalentreprenader 06
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
ÄLOU	Lag (1992:1528) om offentlig upphandling
NLOU	Kommande lag om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
KtjL	Konsumenttjänstlag (1985:716)
Nya upphandlingsdirektivet	EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.
BKK	Föreningen Byggandets Kontraktskommitté
SOU	Statens offentliga utredningar
Prop	Proposition
SvJT	Svensk Juristtidning
VVS	Ventilation, värme och sanitet

Innehållsförteckning

1. INLEDNING.....	1
1.1 PROBLEMBAKGRUND	1
1.2 PROBLEMFORMULERING	3
1.3 SYFTE.....	4
1.4 METOD.....	5
1.5 AVGRÄNSNINGAR	5
1.6 DISPOSITION.....	6
2. ALLMÄNNA BESTÄMMELSER AB 04	8
2.1 ENTREPRENADAVTAL.....	8
2.2 ALLMÄNT OM AB 04.....	10
2.3 KONTRAKTSARBETE.....	11
2.4 ÄTA-ARBETEN.....	13
2.4.1 Innebörden av ändringsarbete, tilläggsarbete och avgående arbete	16
2.4.2 Rekvisiten ”omedelbart samband”, ”annan natur” och ”teknisk helhet”	18
2.5 LIKSTÄLLDA ÄTA-ARBETEN.....	21
3. LAG OM OFFENTLIG UPPHANDLING.....	23
3.1 ALLMÄNT OM LOU	23
3.2 UPPHANDLING UTAN FÖREGÅENDE ANNONSERING	25
3.2.1 Väsentliga ändringar	26
3.2.2 Oförutsedda händelser.....	26
3.2.3 Tekniska/ekonomiska olägenheter och absolut nödvändiga kompletteringar	27
3.3 NYA UPPHANDLINGSDIREKTIVET	27
3.3.1 Ändring av kontrakt under löptiden.....	28
3.3.2 Oförutsedda händelser.....	29
3.3.3 Ändringsklausul	29
3.4 SAMBANDET MELLAN BEGREPPEN KOMPLETTERANDE BYGGENTREPRENADER OCH ÄTA-ARBETEN	30

4. PRAXIS	32
4.1 BEVISBÖRDA	32
4.2 VÄSENTLIGA ÄNDRINGAR	32
4.3 OFÖRUTSEDDA OMSTÄNDIGHETER	33
5. KONFLIKTER	36
5.1 ÄTA-ARBETE SOM KONKURRENSMEDEL	36
5.2 ÄTA-ARBETE SOM LÄKANDE FÖR BRISTER OCH OFULLSTÄNDIGHETER	37
6. ANALYS	38
6.1 NÄR UTGÖR ETT TILLKOMMANDE ARBETE ETT ÄTA-ARBETE?	38
6.1.1 Omedelbart samband och teknisk helhet	39
6.1.2 Väsentligt annan natur	42
6.2 NÄR BÖR ETT TILLKOMMANDE ARBETE BETRAKTAS SOM EN NY ENTREPRENAD?	44
6.3 INNEBÖRDEN AV 8 KAP. 4 § 1 P. LOU OCH ART. 72 I DET NYA UPPHANDLINGSDIREKTIVET	49
6.3.1 Syftet med regelverken	49
6.3.2 8 kap. 1 § 1 p. LOU	50
6.3.3 Artikel 72	52
6.3.4 Kompletterande byggentreprenader	53
6.4 ÄR ÄTA-ARBETEN ATT LIKSTÄLLA MED KOMPLETTERANDE BYGGENTREPRENADER?	55
6.5 ÄR ETT ÄTA-ARBETE EN KLAR OCH TYDLIG ÄNDRINGSKLAUSUL?	59
6.6 HAR ÄTA-ARBETET UPPHANDLATS I KONKURRENS?	61
6.7 KONFLIKTER MELLAN AB 04 OCH LOU	62
6.7.1 Entreprenörens rättighet och skyldighet att utföra ÄTA-arbeten i förhållande till LOU:s krav på upphandling	62
6.7.2 Konkurrensverkets syn på ÄTA-arbeten	64
7. SLUTSATS	67
8. KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	69
LITTERATUR	69
OFFENTLIGT TRYCK	69
RÄTTSPRAXIS	70

KONKURRENSVERKETS RAPPORTSERIE	70
INTERNETKÄLLOR	70
DIREKTIV	71
STANDARDBESTÄMMELSER	71
ARTIKLAR	71
ÖVRIGA KÄLLOR	71

1. Inledning

1.1 Problembakgrund

Ett entreprenadavtal är normalt ett kontrakt som fullgörs under lång tid. Vid upprättande av entreprenadhandlingar och förfrågningsunderlag är det svårt att förutse olika problem parterna kan komma att stöta på och likaså kan det vara svårt att värja sig mot dessa problem innan de faktiskt inträffar. Det största och mest förekommande problemet brukar dock grunda sig i fel och brister i beställarens handlingar vilket ofta innebär att kompletteringar och ändringar är ett måste för entreprenadens utförande. Det ligger således i entreprenörens och beställarens intresse att kunna göra olika ändringar av de ursprungliga kontraktarbetena och därmed utvidga entreprenörens åtagande.

I de flesta större entreprenader föreskrivs i kontraktet, både mellan beställare och entreprenör samt mellan entreprenör och underentreprenör, att AB 04 ska tillämpas. Enligt 2 kap. 3 § AB 04 är en entreprenör, om inget annat följer av författning, *berättigad* och *skyldig* att under entreprenadtiden utföra sådana ÄTA-arbeten som föreskrivs av beställaren. Enligt begreppsbestämningarna i AB 04 definieras ÄTA-arbete såsom ”Ändringsarbete, Tilläggsarbete som står i omedelbart samband med kontraktarbetena och som inte är av väsentligt annan natur än dessa, samt Avgående arbete”. Genom att använda uttrycket ”omedelbart samband” betonas att de tilläggsarbeten som avses ska vara så nära förknippade med kontraktarbetena eller del därav att de tillsammans utgör en teknisk helhet.¹ Vad som menas med ”omedelbart samband” och ”teknisk helhet” är dock oklart och hur denna bedömning görs kan variera, bl.a. beroende på parternas entreprenadrättsliga kunskaper. Gränsdragningen mellan vilka arbeten som utgör en ny entreprenad och vilka arbeten som utgör ett ÄTA-arbete är därmed inte heller självklar. Enligt Hedbergs kommentar till 2 kap. 3 § AB 04 kan frågan huruvida ett arbete utgör ett tilläggsarbete eller en ny entreprenad stundom ”...lösas genom att beställaren angett gränser för åtagandet, entreprenadgränser, eller genom att på annat sätt markera att eventuell fortsättning,

¹ AB 04, kommentar till 2 kap. 3 §.

eventuella nya etapper etc. är ny(a) entreprenad(er).”² Frågan hur gränsdragningen ska göras kvarstår dock om sådan precisering saknas. En ytterligare möjlighet för entreprenören att erhålla ersättning för tillkommande arbeten är genom arbeten som är att likställa med ÄTA-arbeten, s.k. likställda ÄTA-arbeten, 2 kap. 4 § AB 04. Med ÄTA-arbeten föreskrivna av beställaren likställs arbeten som föränleds av att uppgifter m.m. enligt 1 kap. 6 § för vilka beställaren svarar, inte är riktiga, att arbetsområdet eller andra förhållanden av betydelse avviker från vad som kan förutsättas enligt 1 kap. 7 § eller att förhållandena som avses i 1 kap. 8 § inte är sådana som de kan förutsättas vara.

När en entreprenad ska utföras och beställaren är staten, landsting eller kommun ska upphandling ske i enlighet med LOU.³ Som ovan nämnts finns ofta, om inte alltid, behovet av att på ett smidigt sätt göra vissa kompletteringar under pågående utförande av uppdraget. LOU ger vissa möjligheter för beställaren att undgå det sedvanliga upphandlingsförfarandet genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, s.k. direktupphandling över tröskelvärdet⁴, som tar sikte på bl.a. kompletterande byggentreprenader. Enligt 4 kap. 8 § 1 p. LOU får en upphandlande myndighet använda sig av ett direktupphandlingsförfarande om det gäller kompletterande byggentreprenader som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet, om kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras. Vad som ytterligare krävs är att kompletteringarna inte kan skiljas från det ursprungliga kontraktet utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten, eller, om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas.

I det nya upphandlingsdirektivet⁵, art. 72, berörs ändring av kontrakt under löptiden. Enligt denna artikel får kontrakt och ramavtal ändras utan nytt upphandlingsförfarande bl.a. om

² Hedberg, Stig, Kommentarer till AB 04, ABT 06 och ABK 09, 2010, s. 45.

³ Jfr. 1 kap. 2 § LOU.

⁴ I fortsättningen kallat direktupphandling, trots att den korrekta benämningen är förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

⁵ I april år 2016 ska de nya EU-direktiven för offentlig upphandling vara införlivade i svensk lagstiftning.

ändringarna anges i de ursprungliga upphandlingsdokumenten genom klara, exakta och entydiga ändringsklausuler. Artikeln föreskriver även att undantag från upphandlingsplikten får göras för kompletterande byggtreprenader under vissa förutsättningar. Enligt art. 73 ska dock medlemsstaterna se till att de upphandlande myndigheterna har möjlighet att säga upp ett offentligt kontrakt under dess löptid när kontraktet har varit föremål för en väsentlig ändring som skulle ha krävt ett nytt upphandlingsförfarande enligt art. 72.

Sammanfattningsvis föreskriver AB 04 att en entreprenör är *berättigad* och *skyldig* att utföra ÄTA-arbeten, något som är en nödvändighet för beställaren, när sådana kompletteringar och ändringar krävs. LOU och det nya direktivet ger beställaren möjlighet att undgå det sedvanliga upphandlingsförfarandet genom direktupphandling – bestämmelser som dock ska tillämpas restriktivt. Var gränsdragningen för ÄTA-arbeten går, vad arbetet innebär och vilka ändringar LOU samt det nya direktivet tar sikte på är frågor som till fullo inte är klarlagda, likväl frågan hur ÄTA-arbeten förhåller sig till undantagen som ovan nämnts. De två olika intressena, dvs. att kunna göra ändringar från det ursprungliga kontraktet under kontraktets löptid samt att motverka att upphandlingsreglerna frångås, ställer också problemet på sin spets.

1.2 Problemformulering

Utifrån problembakgrunden går det att utläsa vissa oklarheter vad gäller innebörden av de olika bestämmelserna samt hur de olika bestämmelserna står i samklang. Det föreligger även motstridiga intressen mellan å ena sidan vikten av att kunna utföra ÄTA-arbeten på ett smidigt sätt, å andra sidan att upphandling ska ske när det föreligger en ny entreprenad. Detta utmynnar i följande frågeställningar:

- Vad innebär rekvisiten för att ett arbete ska klassas som ett ÄTA-arbete? När bör ett tillkommande arbete betraktas som en ny entreprenad?
- Vad innebär det nya direktivets art. 72 och LOU:s undantag om direktupphandling samt vilka typer av ändringar tar dessa bestämmelser sikte på?

- Kan ÄTA-arbeten likställas med kompletterande byggentreprenader och är det möjligt att tillämpa LOU i fråga om ÄTA-arbeten?
- Är ÄTA-arbeten som beställs med stöd av 2 kap. 3 § AB 04 att se som en klart och tydligt angiven ändringsklausul som enligt det nya upphandlingsdirektivet, art. 72, är tillåten att direktupphandla?

1.3 Syfte

Till en början är syftet att utreda vad som faktiskt faller inom ramen för ett ÄTA-arbete, vad som menas med att tilläggsarbetet ska stå i omedelbart samband med kontraktsarbetena samt vad som avses med att tilläggsarbetet och kontraktsarbetena ska utgöra en teknisk helhet. Denna utredning syftar till att tydliggöra gränsdragningen som i dagsläget är svår att göra och därmed förenkla bedömningen huruvida en ny entreprenad föreligger samt när ny upphandling bör göras.

Vidare är syftet att utreda vilka typer av ändringar 4 kap. 8 § 1 p. LOU och art. 72 i nya upphandlingsdirektivet tar sikte på samt vad dessa bestämmelser faktiskt innebär. Syftet med denna utredning är att senare i uppsatsen kunna göra en jämförelse med 2 kap. 3 § AB 04 för att se hur pass kompatibla dessa bestämmelser är samt se om upphandlingsreglerna är tillämpliga i fråga om ÄTA-arbeten.

Sammanfattningsvis kommer en stor del av denna uppsats ha till syfte att försöka utröna ÄTA-arbetets innebörd och syftet med de olika undantag som LOU och dess direktiv har att tillgå. Detta inkluderar även en analys av eventuella intressekonflikter som kan uppstå vid en sådan placering och även konflikterna som föreligger mellan de två regelverken i syfte att utröna huruvida det finns en lösning på dessa problem.

1.4 Metod

För att kunna besvara ovanstående problemformuleringar använder jag mig av flera metoder i syfte att möjliggöra en så bra analys som möjligt av problemen som föreligger.

I ett första skede använder jag mig av en rättsdogmatisk metod i syfte att fastställa och analysera gällande rätt i enlighet med lagstiftning, direktiv, förarbeten och relevant praxis. Denna metod kommer främst att appliceras på de frågor som rör upphandlingsförfarandet. Vad gäller ÄTA-arbeten är detta en företeelse som inte förekommer i lagtext utan används som ett vedertaget begrepp inom entreprenadbranschen vilket innebär att själva standardavtalet blir föremålet för utredning.

För att analysera LOU och AB 04 kommer en teleologisk tolkning göras för att fastställa ändamålet och syftet med bestämmelserna. Det kommer även att förekomma vissa de lege ferenda-resonemang för att fastställa hur man *bör* tolka dessa regelverk och hur man *bör* se på deras kompatibilitet.

För att senare i uppsatsen kunna utreda hur bestämmelserna i AB 04, LOU och det nya upphandlingsdirektivet förhåller sig till varandra kommer jag använda mig av en jämförande metod för att kunna utröna skillnader och likheter hos de olika bestämmelserna.

Med anledning av att det inom området, och mer specifikt just otillåten direktupphandling av kompletterande byggtreprenader samt ÄTA-arbete, inte finns en uppsjö av praxis har fokus legat på att finna relevanta och intressanta delar från övriga rättskällor samt rapporter etc. från bl.a. Konkurrensverket. Vissa delar av Konkurrensverkets rapporter 2011:2 och 2014:4 kommer att analyseras i kapitel 6 utan att beröras vidare i tidigare kapitel.

1.5 Avgränsningar

LOU gäller för offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Denna uppsats behandlar inte offentlig upphandling av varor, tjänster och byggkoncessioner eftersom endast upphandling av byggtreprenader är av största

intresse i förhållande till AB 04 och ÄTA-arbeten.

Både LOU och LUF har bestämmelser om kompletterande byggtreprenader. Båda dessa regelverk är intressanta ifråga om ÄTA-arbetens omfattning, dock behandlar inte denna uppsats reglerna i LUF. Samma förhållande råder mellan AB 04 och ABT 06 där båda dessa standardavtal har bestämmelser som rör ÄTA-arbeten. Denna uppsats kommer inte att behandla ABT 06. Anledningen till föregående avgränsningar beror till stor del på tids- och omfattningsbegränsningar.

En ytterligare avgränsning i arbetet gäller de olika partsförhållandena. Det finns flera förhållanden där AB 04 ofta är tillämpligt; förhållandet mellan beställaren och entreprenören samt förhållandet mellan entreprenör och underentreprenör. Jag kommer inte beröra det senare nämnda förhållandet, som förvisso är intressant, men av anledningen att LOU i detta led inte är tillämplig. Jag kommer således endast beskriva förhållandet mellan beställaren och entreprenören där beställaren är staten, landsting eller kommun.

Vad gäller viss utländsk rätt och internationella standardavtal såsom FIDIC och ORGALIME finns där regleringar som är snarlika våra svenska regleringar av ÄTA-arbeten. Eftersom upphandlingsdirektivet är gällande för samtliga EU-länder är det möjligt att samma problematik föreligger även där. Av tids- och omfattningsbegränsningar har detta inte varit möjligt att undersöka, även om det möjligen varit av stort intresse.

1.6 Disposition

Kapitel 2 kommer inledningsvis i avsnitt 2.1 att beskriva entreprenadavtalets utformning och de utmärkande särdragen för avtalet som primärt ligger i beställarens ändringsbefogenheter och möjligheterna till att ändra avtalsvillkoren under kontraktets löptid. Vidare i avsnitt 2.2 sker en mer allmän redogörelse av AB 04 för att sedan i avsnitt 2.3, 2.4 och 2.5, men framförallt i avsnitt 2.4, närmare granska begreppen kontraktsarbete, ÄTA-arbete och likställda ÄTA-arbeten samt de rekvisit som uppställs och vad dessa innebär. Kapitel 3 kommer inledningsvis i avsnitt 3.1 ge en översiktlig bild av LOU, vad

dess syfte är samt hur lagen ska tolkas. I avsnitt 3.2 och 3.3 granskas noggrannare de olika rekvisiten som stadgas i undantagsbestämmelserna i LOU och det nya upphandlingsdirektivet. I kapitel 4 redogörs för de relativt få intressanta rättsfall som rör ändringar av pågående offentliga kontrakt för att utröna vilka ändringar som inte möjliggör en direktupphandling enligt undantagsreglerna. Kapitel 5 berör de konflikter som uppstår mellan de två regelverken när det ena kräver föränderlighet medan det andra i hög grad verkar för att motverka detta i den mån att ändringar ska föregås av en ny upphandling. Kapitel 6 består av en analys av de tidigare kapitlen. I avsnitt 6.1 och 6.2 besvaras den första frågan i problemformuleringen, nämligen när ett tillkommande arbete är ett ÄTA-arbete enligt AB 04:s definition samt när ett tillkommande arbete är att se som en ny entreprenad. Avsnitt 6.3 analyserar undantagsbestämmelserna i syfte att utröna vilka typer av ändringar som bestämmelserna tar sikte på, för att därefter kunna besvara den andra frågan i problemformuleringen. Analysen i 6.4 bygger på en jämförelse mellan avsnitten 6.1, 6.2 och 6.3 för att besvara frågan huruvida ÄTA-arbeten och kompletterande byggentreprenader är att likställa, samt om det är möjligt att tillämpa LOU i fråga om ÄTA-arbeten. Huruvida det är möjligt att se ett ÄTA-arbete som en ändringsklausul analyseras i avsnitt 6.5 vilket ger svar på den sista frågan i problemformuleringen. I avsnitt 6.6 analyseras den möjlighet att ett ÄTA-arbete kan ha upphandlats i konkurrens redan i samband med kontraktshandlingarna och i sista avsnittet i kapitel 6 analyseras de konflikter som föreligger mellan regelverken samt förslag på hur dessa problem kan lösas. Avslutningsvis i kapitel 7 framför jag de slutsatser jag gjort utifrån analysen.

2. Allmänna bestämmelser AB 04

2.1 Entreprenadavtal

Entreprenadavtal avser alltid *unika* fysiska objekt. Även om en arkitektoniskt eller tekniskt identisk byggnad eller anläggning ska uppföras eller utföras på annan plats vid en senare tidpunkt finns det faktorer som påverkar utförandet i den graden att objektet blir unikt. Dessa faktorer kan vara organiska och geografiska skillnader samt inverkan av yttre omständigheter såsom väderlek och markförhållanden.⁶

Termen entreprenadavtal förekommer inte i någon lagstiftning eller författning varför det saknas en legaldefinition av begreppet.⁷ Det finns i Sverige inte heller någon särskild lagstiftning⁸ som reglerar kommersiella entreprenader eller entreprenadavtal. Istället har branschens parter genom centrala förhandlingar utvecklat allmänna bestämmelser som detaljerat reglerar avtalsförhållandet. Dessa bestämmelser måste dock åberopas av parterna i avtalet för att bli gällande.⁹ Ett entreprenadavtal skiljer sig i fler hänseenden från andra avtal. Mellqvist uttrycker det som att ”entreprenadrätten har framlevt, och framlever, sitt eget liv” samt att ”i det ligger att den skiljer ut sig från övriga områden inom den egna familjen, nämligen kontraktsrätten.”¹⁰ Han menar vidare att detta kan bero på att entreprenadrätten byggt och utvecklat sina egna regelverk.

Vad gäller beställarens rätt att göra ändringar av redan ingånget avtal, dvs. beställarens ändringsbefogenhet, är detta en av de mest särskiljande egenskaperna hos entreprenadavtalet. Samuelsson uttrycker det till och med som att entreprenadavtalet

⁶ Samuelsson, Per, Entreprenadavtal – särskilt om ändrade förhållanden, 2011, s. 26 f.

⁷ Ibid., s. 13.

⁸ Det bör i sammanhanget nämnas att KtjL är tillämplig när en näringsidkare utför ett arbete åt en konsument. I 51-61 §§ finns särskilda bestämmelser om tjänster som avser småhusentreprenader. Dessa bestämmelser är dock inte relevanta i denna framställningen varför de endast uppmärksammas här.

⁹ Liman, Lars-Otto, Entreprenad- och konsulträtt, 2007, s. 15.

¹⁰ SvJT 2013 s. 233, Entreprenadrätten och kontraktsrättens finrum, s. 233.

förutsätter en öppenhet för föränderlighet och fortlöpande justeringar av entreprenörens huvudförpliktelse.¹¹ Denna befogenhet ger således beställaren rätt att ställa krav på anpassning av utförandet efter sina behov och önskemål. Samuelsson poängterar dock att ändringsbefogenheten avtalsvis kan inskränkas, men omöjligt elimineras helt. ”En anledning är att starka rättspolitiska skäl talar för att den vidmakthålls.”¹²

Möjligheten att kunna ändra redan ingånget avtal vad gäller just entreprenader, som inte sällan sträcker sig över en lång tidsperiod, är av central betydelse, inte minst när förhållandena ändras. Uttrycket ”ändrade förhållanden” beskriver Samuelsson som en särskild betydelse i entreprenadavtalet, nämligen att något inträffat som gjort att betingelserna för genomförandet blivit annorlunda än vad parterna dittills räknat med.¹³

Hur och var man ska placera entreprenadavtalet finns inget tydligt svar på i doktrinen, men många författare är av den uppfattningen att det bör ses som ett avtal som skiljer sig från resterande av den anledningen att de förutsättningar som gäller för uppförande av byggnader och anläggningar är så unika och särpräglade.¹⁴ Samuelsson skriver att ”entreprenadavtalet framträder i praktiskt hänseende som en självständig avtalsform och kan även rättsteoretiskt behandlas som en sådan. Alternativet vore att nedvärdera olika särdrag och uteslutande förlita sig på en mer generell rättslig nivå i form av obligationsrätt, allmän förmögenhetsrätt och förekommande avgöranden i rättspraxis etc.”¹⁵ Källenius beskriver det som att ”entreprenadavtalet har utbildats till en särskild avtalstyp, som på många och avgörande punkter skiljer sig såväl från det vanliga arbetsbetinget som från

¹¹ Samuelsson, 2011, s. 28.

¹² *Ibid.*, s. 18.

¹³ *Ibid.*, s. 26.

¹⁴ Källenius, Sten, *Entreprenadjuridik: kommentar till svenska teknologföreningens allmänna bestämmelser för entreprenader inom husbyggnads- samt väg- och vattenbyggnadsfacken*, 1960, s. 13-14 och Samuelsson, 2011, s. 13.

¹⁵ Samuelsson, 2011, s. 17.

köpet.”¹⁶ Han menar vidare att vare sig de allmänna obligationsrättsliga principerna eller köplagens regler bör tillämpas vad gäller entreprenadavtal.¹⁷

2.2 Allmänt om AB 04

Ett av de entreprenadavtal som i stor utsträckning används är AB 04. AB 04 är ett standardavtal utarbetat av BKK, som framförallt arbetar med att ta fram och utge bestämmelser och publikationer med anknytning till juridiken vid entreprenad- och konsultavtal samt avger också utlåtanden och förtydliganden rörande frågor om tolkning av villkoren i de Allmänna bestämmelserna.¹⁸ Standardavtalet utgör ett resultat av förhandlingar mellan medlemmarna¹⁹ och utgör därmed ett så kallat agreed document. Avsikten med avtalet är att det ska finnas en rimlig balans mellan rättigheter och skyldigheter som syftar till en ekonomiskt optimal riskfördelning mellan parterna. BKK menar därför att ändringar av bestämmelserna bör undvikas.²⁰ Källenius är av uppfattningen att AB 04 i princip ska tolkas allsidigt och inte restriktivt,²¹ med undantag för vissa bestämmelser.²²

Vid tolkning av bestämmelserna i AB 04 kan parterna behöva ta hjälp av erkända tolkningsregler – partsorienterad och uttrycksorienterad tolkning. Den förstnämnda principen innebär att man ser till den gemensamma partsavsikten. Denna princip är dock ofta bristfällig vad gäller tolkning av AB 04 eftersom det sällan föreligger någon gemensam partsavsikt när det rör sig om ett standardavtal som inte är utformat av parterna själva. Den uttrycksorienterade tolkningen innebär att man fastställer betydelsen med stöd av de

¹⁶ Källenius, 1960, s. 13.

¹⁷ Ibid., s. 13.

¹⁸ BKK:s hemsida.

¹⁹ Medlemmarna i BKK finns uppräknade i AB 04.

²⁰ AB 04, förord, Andersson, Eilert & Hedberg, Stig, ÄTA-arbeten: och ekonomisk reglering enligt AB 04 och ABT 06, 2013, s. 13 och Källenius, 1960, s. 15.

²¹ Källenius, 1960, s. 15.

²² Jfr. avsnitt 2.4.

handlingar i vilka viljeförklaringar kommit till uttryck, vilket i detta fall mer preciserat rör sig om innehållet i kontraktshandlingarna.²³

AB 04 är i första hand avsedd att användas vid utförandeentreprenader, dvs. entreprenader där beställaren svarar för projektering och entreprenören svarar för utförandet i enlighet med de handlingar som beställaren tillhandahåller. När entreprenören sedan lämnar anbud på kontraktsarbetena ska anbudet enligt huvudregeln avse ett fast pris. Denna huvudregel, dvs. fast pris, framgår inte av texten i de allmänna villkoren. Den innebär dock att en klumpsumma ska anges för alla kontraktsarbeten.²⁴

2.3 Kontraksarbete

När parterna har föreskrivit i avtalet att AB 04 ska tillämpas gäller att utröna vilket åtagande entreprenören har enligt bestämmelserna. Enligt begreppsbestämningarna i AB 04 definieras kontraksarbete såsom ”arbete som enligt kontraktshandlingarna ingår i entreprenörens åtagande”. Enligt 1 kap. 1 § 1 st. AB 04 bestäms omfattningen av kontraktsarbetena av kontraktshandlingarna. Enligt andra stycket omfattas dock detaljarbeten som, utan att vara särskilt angivna i kontraktshandlingarna, uppenbarligen är avsedda att utföras utan tillägg till kontraktssumman²⁵. Kontraktshandlingarna definieras såsom ”kontrakt jämte handlingar som är fogade till detta eller som i någon av dessa är angivna som gällande för kontraktsarbetena. Om parterna inte har ett kontrakt är de handlingar som utvisar parternas överenskommelse att betrakta som kontraktshandlingar.”²⁶ 1 kap. 1 § AB 04 innebär således att entreprenörens åtagande *begränsas* till sådana arbeten som uttryckligen angetts på ritningar, i beskrivningar eller i övriga handlingar.²⁷

²³ Källenius, 1960, s. 13 f.

²⁴ Höök, Rolf, Entreprenadjuridik, 2008, s. 46.

²⁵ Enligt begreppsbestämningarna i AB 04 definieras kontraktssumma såsom ”i kontraktshandlingarna angiven ersättning för kontraktsarbetena, exklusive mervärdesskatt”.

²⁶ AB 04, Begreppsbestämningar med anmärkningar, s. 4.

²⁷ Liman, 2007, s. 74.

Entreprenadarbeten i sin tur innebär de arbeten som under entreprenadtiden utförts, dvs. kontraksarbeten plus tillägg och ändringar minus avgående arbeten.²⁸

Villkoret att omfattningen av entreprenörens åtagande bestäms av kontraktshandlingarna är ett av de mest grundläggande villkoren i AB 04.²⁹ Detta innebär e contrario att arbeten som inte redogjorts för i kontraktshandlingarna inte heller omfattas av entreprenörens åtagande. Regeln ger överhuvudtaget inte utrymme för någon subjektiv bedömning utan svaret på frågan om vad som omfattas av kontraksarbetena ska sökas bland kontraktshandlingarna.³⁰ Sådant arbete som fordras för att byggnaden ska bli fullt färdig och funktionsduglig, men som inte specificerats i kontraktshandlingarna, ingår följaktligen inte i entreprenörens åtagande. Det faktum att entreprenören borde ha förstått att kontraktshandlingarna var ofullständiga har ingen avgörande betydelse.³¹ Observeras ska dock 1 kap. 6 §, 7 § och 8 § AB 04 som kan komma att påverka kontraktarbetets omfattning och entreprenörens åtagande.³²

Bestämmelsen i 1 kap. 1 § AB 04 kompletteras med en tolkningsregel i 1 kap. 2 § AB 04 som föreskriver att kontraktshandlingarna kompletterar varandra, om inte omständigheterna föranleder annat. Detta innebär att arbete som ska omfattas av entreprenörens åtagande endast behöver redovisas på ett ställe i kontraktshandlingarna.³³

²⁸ När man nämner begreppet entreprenad utifrån AB 04 inkluderas ÄTA-arbeten, se begreppsbestämningar.

²⁹ AB 04, Kommentar till 1 kap. 1 §.

³⁰ Andersson & Hedberg, ÄTA-arbeten och ekonomisk reglering enligt AB 04 och ABT 06, 2013, s. 23.

³¹ Liman, 2007, s. 74.

³² Paragraferna föreskriver att parterna ska tillhandahålla riktiga handlingar, att entreprenören ska skaffa sig information genom besök på platsen samt om det saknas uppgifter ska en fackmässig bedömning göras. Se avsnitt 2.5.

³³ Samuelsson, 2011, s. 75.

2.4 ÄTA-arbeten

Trots att 1 kap. 1 § AB 04 föreskriver att entreprenörens åtagande inte sträcker sig längre än vad som går att utläsa ur kontraktshandlingarna, så stadgas i 2 kap. 3 § AB 04 en *rätt* och *skyldighet* för entreprenören att utföra arbeten, s.k. ÄTA-arbeten, på beställarens begäran trots att dessa inte finns föreskrivna i kontraktshandlingarna. Bestämmelsen ger således beställaren en omfattande rätt att förändra det avtalade åtagandet genom att ändra, utvidga eller inskränka det. Denna rätt är enligt Hedberg närmast oinskränkt och går därför mycket längre än den rätt som tillkommer beställaren av en vara eller ett arbetsbeting i övrigt.³⁴ Ändringsbefogenheten är med andra ord en väsentlig del av entreprenadförhållanden och en nödvändighet för beställaren som fortlöpande vill optimera projektet under utförandefasen.³⁵ Källenius menar dock att beställarens rätt inte kan vara helt obegränsad i den meningen att ändringarna inte får resultera i ett helt nytt objekt eftersom de allmänna förutsättningarna för kontraktet, dvs. det entreprenören åtagit sig, rubbas.³⁶

Ändringsbefogenhetens omfattande karaktär leder till att entreprenörens valmöjlighet att utföra ett ÄTA-arbete eller ej blir begränsad, nästintill obefintlig. Entreprenören kan således inte vägra att utföra av beställaren begärda arbeten med exempelvis hänvisning till att de är alltför omfattande. I AB 04 finns ingen begränsning av entreprenörens skyldighet att utföra föreskrivna ändringar och tilläggsarbeten utöver vad som följer av 2 kap. 3 § AB 04. Detta innebär att om de föreskrivna arbetena står i omedelbart samband med kontraktsarbetena i övrigt och att de dessutom är av väsentligt samma natur som dessa, ”...saknar entreprenören i princip avtalsstöd för en sådan vägran, även om de föreskrivna arbetena är alltför omfattande enligt entreprenörens förmenande.”³⁷ Källenius ser *skyldigheten*, som hänger ihop med ändringsbefogenheten, som en garanti för beställaren att alltid få de önskade ändringarna utförda. ”Denna regel är av väsentlig betydelse för en

³⁴ Hedberg, 2010, s. 44.

³⁵ Samuelsson, 2011, s. 115.

³⁶ Källenius, 1960, s. 48.

³⁷ Samuelsson, 2011, s. 123.

byggherre, eftersom det icke alltid i förväg med absolut säkerhet kan fastställas, huru ett objekt slutligen skall se ut.”³⁸

Det faktum att ÄTA-arbeten enligt 2 kap. 3 § AB 04 är en entreprenörs *rättighet* beskriver Liman som en ”monopolrätt” som ibland upplevs som besvärande för beställaren då denne är rädd att entreprenören utnyttjar situationen och tar överpris för tillägsarbetet.³⁹ Rättigheten innebär att beställaren inte kan anlita en annan entreprenör för att utföra arbetet utan denna rättighet åvilar entreprenören som påbörjat arbetet. Priset för ÄTA-arbeten ska enligt 6 kap. 6 § AB 04 bestämmas enligt avtalade Å-priser eller efter särskild överenskommelse. Om parterna inte kan enas om priset ska vederlaget enligt 6 kap. 7 § 1 p. AB 04 beräknas enligt självkostnadsprincipen – dvs. löpande räkning. Enligt Samuelsson innebär detta att avtalet är ”...utformat på ett sådant sätt att det knappast kan uppkomma någon oenighet om priset. Tvistefrågan kommer närmast att uteslutande röra kontraktarbetenas omfattning, eftersom det är här frågan om ersättningsberäkningen avgörs.”⁴⁰

Det finns flera anledningar till varför entreprenören har rätt att utföra ÄTA-arbeten och därmed har företrädesrätt till dessa. Om en annan entreprenör eller beställaren själv utför ÄTA-arbeten inom entreprenadgräns kan det exempelvis medföra att bedömningen av ansvarsförhållanden försvåras, såväl i fråga om fel och förseningar som garantiansvar. Ett annat problem är att den ursprungliga entreprenörens planering kan försvåras om flera entreprenörer tillåts utnyttja arbetsområdet.⁴¹ Samuelsson är av uppfattningen att man i allmänhet bör inta en restriktiv syn till att ”...beställaren tillerkänns rätt att gå utanför det existerande avtalsförhållandet när ändrings- och tillägsarbeten krävs”⁴². Trots att mycket tyder på att entreprenörens rättighet och skyldighet att utföra ÄTA-arbeten är mycket

³⁸ Källenius, 1960, s. 48.

³⁹ Liman, 2007, s. 87.

⁴⁰ Samuelsson, 2011, s. 124.

⁴¹ Källenius, 1960, s. 47.

⁴² Samuelsson, 2011, s. 136 f.

omfattande och långtgående, anføres dock i viss litteratur uppfattningen att regeln om entreprenörens rättighet och skyldighet att utföra ÄTA-arbeten bör tolkas restriktivt.⁴³ Exempelvis är det enligt Källenius uteslutet för en entreprenör att med stöd av bestämmelsen hävda en rätt att få uppföra ytterligare ett hus inom en gruppbebyggelse, om detta skulle vara aktuellt.⁴⁴

I det fallet en beställare bortser från entreprenörens rätt att utföra ett ÄTA-arbete och anlitar en annan entreprenör att utföra dessa arbeten eller själv utför dessa, leder detta enligt 6 kap. 2 § AB 04 till påföljden att entreprenören är berättigad ersättning för därigenom uppkomna kostnader jämte ersättning för utebliven vinst.

Att ett behov av ÄTA-arbeten uppstår beror på flera olika orsaker. Det kan röra sig om mänsklig okunskap (såsom väder, markförhållanden osv.), slarv och försummelse, att beställaren av ren vilja vill ändra avtalet etc. I de flesta fall rör det sig dock de facto om fel och brister i beställarens handlingar. Faktorer som kan komma att påverka beställarens rena vilja att utföra tilläggsarbeten, dvs. önskade arbeten som inte beror på fel eller brister, är exempelvis ändrade behov under en lång byggtid eller att det uppkommit ny teknik under entreprenadtiden då denna kan sträcka sig under många år. Flera författare är av den uppfattningen att ÄTA-arbetens förekomst snarare är en regel än ett undantag.⁴⁵ I Konkurrensverkets rapport 2014:4 talar författarna om en 80/20-regel, vilken innebär att 20 % av den slutliga entreprenadsumman avser ÄTA-arbeten och att denna regel är någon som beställaren normalt bör vara beredd på. Exemplet som ges är att 20 % av den slutliga entreprenadsumman om 100 Mkr har gått till ÄTA-arbeten vid en ursprunglig kontraktssumma om 80 Mkr, varav bortemot hälften avser rena fel i beställarens handlingar och endast en mindre procent avser beställarens rena vilja.⁴⁶

⁴³ Andersson & Hedberg, 2013, s. 70, Motiv 72, 1973, s. 82 och Källenius, 1960, s. 49.

⁴⁴ Källenius, 1960, s. 49.

⁴⁵ Se exempelvis Höök, 2008, s. 69 och Samuelsson, 2011, s. 25.

⁴⁶ Konkurrensverket, rapport 2014:4, s. 34.

Vissa typer av arbeten är till sin art svårare att i förväg bedöma omfattningen av i detalj. Sådana arbeten är exempelvis att uppföra en ny byggnad, till skillnad mot ombyggnad av en befintlig byggnad. Ytterligare exempel är arbeten som rör mark och grundläggning, sprängning, tunneldrivning, brofundament i vatten och muddring.⁴⁷ Utöver ovan nämnda omständigheter som kan orsaka ÄTA-arbetets uppkomst så är det även möjligt att ÄTA-arbetet kan uppstå för att beställaren, utifrån dennes perspektiv, kan göra en tidsbesparing genom att använda samma entreprenör för arbete som beställaren kommer på under arbetets gång. Hane och Eriksson skriver i Konkurrensverkets rapport att de av erfarenhet inte kan förneka att risken att beställare använder sig av ÄTA-arbeten för att undgå ett nytt upphandlingsförfarande trots allt är möjlig.⁴⁸ I sista stycket i kommentaren till 2 kap. 3 § AB 04 står dock föreskrivet att beställaren i vissa situationer inte är berättigad att låta entreprenören utföra tillkommande arbete utan att ha utfört en ny upphandling. Det rör sig således om en hänvisning till LOU:s regler.

2.4.1 Innebörden av ändringsarbete, tilläggsarbete och avgående arbete

ÄTA-arbete står som ovan nämnt i avsnitt 1.1 för ändringsarbete, tilläggsarbete som står i omedelbart samband med kontraktarbetena och som inte är av väsentligt annan natur än dessa, samt avgående arbete.

Följande exempel konkretiserar innebörden av de tre olika begreppen:

”Om beställaren – efter avtalsslutet men innan aktuellt arbete utförts – föreskriver att i kontraktshandlingarna redovisat vitt kakel ska avgå och ersättas med grått kakel, föreligger ett ändringsarbete. Om beställaren först efter tidpunkten då kakelarbetet utförts föreskriver utförande med grått kakel, föreligger i stället ett tilläggsarbete, vilket består i att riva redan uppsatt kakel och ersätta det med senare föreskriven grå kakel. Om beställaren – efter avtalsslutet men innan vitt kakel monterats – föreskriver att vitt kakel ska utgå utan att ersättas med annat ytskikt, föreligger ett avgående arbete.”⁴⁹

⁴⁷ Rapport 2014:4, s. 34.

⁴⁸ Ibid., s. 37.

⁴⁹ Andersson & Hedberg, 2013, s. 21.

Av betydelse för bedömningen huruvida det rör sig om ändrings-, tilläggs- eller avgående arbete är *när* i tiden ”föreskriften” sker, dvs. före eller efter ”ändring” gjorts, och *vilken typ* av ”arbete” som ska utföras. Frågan huruvida det föreligger ett ändrings-, tilläggs- eller avgående arbete brukar dock normalt inte vara några större problem för parterna.⁵⁰

För att ytterligare särskilja de tre begreppen beskriver Samuelsson begreppen på följande vis:

”En ändring kan avse kontraktarbetenas omfattning eller utförande. Kontraktarbetenas omfattning kan i sin tur antingen ökas (tilläggsarbete) eller minskas (avgående arbete). Ändringar av utförandet kan i språkligt hänseende innebära ändring av sådant som rör funktion, material, produktionsmetod, teknisk lösning, placering, dimension m.m.”⁵¹

För att kunna avgöra om det föreligger ett ÄTA-arbete överhuvudtaget (exempelvis ett tilläggsarbete), vilket är en av de första förutsättningarna, förutsätts enligt Samuelsson en tolkning av kontraktshandlingarna. ”Finns arbetena inte med där, och inte heller tolkningsvis kan anses omfattande av dessa, och beställaren trots detta vill ha dem utförda, kan de föreskrivna arbetena vara att klassificera som tilläggsarbete.”⁵² Huruvida tilläggsarbetet faktiskt kan klassificeras som tilläggsarbete i enlighet med 2 kap. 3 § AB 04:s definition fordrar dock ytterligare krav. Ett ytterligare sätt att avgöra huruvida det föreligger ett ÄTA-arbete är genom att se till tidsaspekten, dvs. arbetet ska ha utförts *efter* avtalsslutet men *före* färdigställandet.

Ändringsarbete, som dels består av avgående arbete, dels tillkommande arbete vilket ersätter det avgående arbetet, är inte förbunden med något sambands- eller egenskapskrav likt tilläggsarbeten. Ändringsarbete och begreppet ändring kan därför ges en juridisk-

⁵⁰ Höök, 2008, s. 69.

⁵¹ Samuelsson, 2011, s. 119 f.

⁵² Ibid., s. 116 f.

teknisk innebörd. AB 04 omfattar endast materiella ändringar vilket innebär att ett specifikt föremål eller motsvarande *faktiskt* ändras. En sådan ändring behöver inte betyda merarbete för entreprenören utan kan i vissa fall innebära mindre arbete.⁵³

Vad gäller avgående arbete har beställaren en mycket vidsträckt ändringsbefogenhet likt ändringsarbete och tilläggsarbete, och denna avbeställningsrätt är i princip obegränsad – med reservation för att de avbeställda arbetena ännu inte har utförts. Anledningen till detta är att det inte kan motiveras ekonomiskt att arbeten utförs som enligt beställaren är onödiga, vilket enligt Samuelsson är ett ytterst ”samhällsekonomiskt argument.”⁵⁴

2.4.2 Rekvisiten ”omedelbart samband”, ”annan natur” och ”teknisk helhet”

När det kommer till tillkommande arbeten innefattas inte *alla* arbeten i begreppet ÄTA-arbeten utan det är endast sådant arbete som ryms i begreppsbestämningen. Detta innebär att det *dels* krävs att arbetet inte är av väsentligt annan natur än kontraktsarbetena, *dels* att arbetet står i omedelbart samband med kontraktsarbetena.⁵⁵ För att tilläggsarbetet inte ska falla utanför vad som kan anses utgöra ett ÄTA-arbete krävs således att sambands- och egenskapskraven är uppfyllda. Höök menar att det är just vad gäller begreppen ”omedelbart samband” och ”av väsentligt samma natur” som gränsdragningsproblem kan uppstå.⁵⁶ När entreprenören åläggs att utföra ett tilläggsarbete innebär detta alltid att denne får utföra mer arbete än vad som ursprungligen föreskrivits.

Genom att i 2 kap. 3 § AB 04 använda begreppet ”omedelbart samband” betonas, att tilläggsarbetena ska vara så nära förknippade med kontraktsarbetena eller del därav att de tillsammans utgör en teknisk helhet. Ett exempel på vad som inte kan anses som ett sådant samband är om beställaren utan nackdel kan vänta med utförandet till dess entreprenaden

⁵³ Samuelsson, 2011, s. 119-121.

⁵⁴ Ibid., s. 131.

⁵⁵ Liman, 2007, s. 86.

⁵⁶ Höök, 2008, s. 70.

blivit färdigställd.⁵⁷ Ytterligare exempel på när sådant samband inte föreligger är om de tillkommande arbetena inte kan utföras inom entreprenadområdet eller om de tillkommande arbetena i övrigt är fristående från kontraktsarbetena.⁵⁸ För att ge ett exempel på när ett sådant samband faktiskt föreligger är Samuelsson av den uppfattningen att begreppet omedelbart samband ger uttryck för ”något slags tekniskt samband”⁵⁹.

Enligt kommentaren till 2 kap. 3 § AB 04 kan gränsdragningsproblem uppstå vid bedömningen av huruvida arbetena är av väsentligt annan natur än kontraktsarbetena. Härmed avses att arbetet ska falla inom ramen för fackområdet/-områdena för kontraktsarbetena.⁶⁰ Hedberg ger som exempel, på vad som inte kan ses som ”samma natur”, en VVS-entreprenör som åläggs att utföra målningsarbeten eller el-installationer.⁶¹ För att kunna göra en bedömning av huruvida ett tillkommande arbete är av väsentligt annan natur ska en jämförelse göras med kontraktsarbetena. Undantagsvis bör också en jämförelse kunna göras med övriga arbeten.⁶² Det är således *ändringens art* som ska bedömas.⁶³

För att utveckla kriteriet ”väsentligt annan natur” menar Hedberg att det endast är mycket grova avvikelser som kan inskränka beställarens ändringsbefogenhet.⁶⁴ Samuelsson vidareutvecklar Hedbergs exempel enligt ovan genom att gränsdragningen ska ske så att allt som ingår i entreprenörens formella yrkeskompetens avgränsar kriteriet. Exemplet han hänvisar till, dvs. Hedbergs ursprungliga exempel, är en VVS-entreprenör som anlitas för att installera ett nytt värmesystem, och som senare åläggs att utföra även en kylinstallation. Om företaget har erforderligt yrkeskunnande för kylinstallationer är sambands- och

⁵⁷ AB 04, Kommentar till 2 kap. 3 §.

⁵⁸ Hedberg, 2010, s. 44.

⁵⁹ Samuelsson, s. 122.

⁶⁰ Andersson & Hedberg, 2013, s. 70.

⁶¹ Hedberg, 2010, s. 44.

⁶² Andersson & Hedberg, 2013, s. 70.

⁶³ Samuelsson, 2011, s. 122.

⁶⁴ Ibid., s. 122 – med hänvisning till Hedberg, Kommentar till AB 04, 2006, s. 44.

egenskapskravet uppfyllt. Om detta yrkeskunnande saknas faller detta utanför ÄTA-arbetets bestämmelse då kravet på ”väsentligt samma natur” inte är uppfyllt.⁶⁵

Som ovan nämnts ges i AB 04 ett konkret exempel på vad som inte kan ses som ”omedelbart samband”. Något exempel på ”väsentligt annan natur” lämnas dock inte. Rådberg menar att avsaknaden av exempel beror på att rekvisiten ”språkligt ger intryck av att vara samma sak. Om det tillkommande arbetet inte står i omedelbart samband med kontraktsarbetena torde det också vara av väsentligt annan natur.”⁶⁶

Hane beskriver i Konkurrensverkets rapport 2014:4 att ”kommentartextens krav på teknisk helhet och att arbetena inte skall vara av väsentligen annan natur, avser per definition tilläggsarbeten. En sådan teknisk helhet får mer eller mindre med automatik anses föreligga ifråga om ändringsarbeten.”⁶⁷ Han menar vidare att eftersom ÄTA-arbete *per definition* utgör samma entreprenad som kontraktsarbetena och den kontraktssumma de ansluter till utgör inte detta någon ny eller egen entreprenad med egen slutbesiktning och garantitid. ”Någon förhandling att tala om i samband med beställning av ÄTA-arbete brukar heller inte behöva förekomma, utan ÄTA-arbetet inryms i kontraktet som en integrerad del i detta vad gäller ansvar och tider.”⁶⁸

Vad gäller parternas bedömning av huruvida rekvisiten enligt 2 kap. 3 § AB 04 är uppfyllda, är Samuelsson av den uppfattningen att parterna enas om tilläggsarbeten allteftersom, oberoende av juridiska analyser. ”Är parterna överens om att det ena eller det andra är att klassificera som tilläggsarbete – trots att en sådan bestämning inte är juridiskt hållbar – vållar det inga problem utan omfattas av parternas fria dispositionsrätt.”⁶⁹ Samuelsson framhåller dock att han i sin bok bortser från konkurrens- och

⁶⁵ Samuelsson, 2011, s. 122 – med hänvisning till Hedberg, Kommentrar till AB 04, 2006, s. 44.

⁶⁶ Rådberg, Åke, Entreprenören och entreprenaden: några centrala frågor i AB 04, 2011, s. 37.

⁶⁷ Rapport 2014:4, s. 193.

⁶⁸ Ibid., s. 195 f.

⁶⁹ Samuelsson, 2011, s. 117.

upphandlingsrättsliga aspekter. Hane menar dock att både beställaren och entreprenören vid kontraktstecknandet är väl medvetna om att ÄTA-arbeten kommer att förekomma, dock inte i vilken omfattning eller när under kontraktstiden.⁷⁰

2.5 Likställda ÄTA-arbeten

Medan 2 kap. 3 § AB 04 talar om ändringar och tilläggsarbeten som beställaren *uttalat* beställt, tar 2 kap. 4 § AB 04 sikte på betydelsen av bristfälliga handlingar, tekniska lösningar och ändrade förutsättningar med avseende på arbetsområdet m.m.⁷¹ Denna paragraf har en påverkan på kontraktarbetets omfattning och entreprenörens åtagande i den mån att de kan komma att utvidgas, jfr. avsnitt 2.3.

Innebörden av bestämmelsen är att vissa arbeten är att likställa som ÄTA-arbeten i enlighet med 2 kap. 3 § AB 04, utan att rekvisiten som uppställs i 3 § behöver vara uppfyllda vad gäller likställda ÄTA-arbeten. De arbeten som åsyftas är arbeten som föranletts av felaktiga uppgifter för vilka beställaren svarar enligt 1 kap. 6 §, att arbetsområdet avviker från vad som kan förutsättas enligt 1 kap. 7 § samt att vid avsaknad av uppgifter om arbetsområdet ska en fackmässig bedömning göras. 2 kap. 4 § AB 04 behandlar således det *merarbete* som entreprenören tvingas utföra för att färdigställa entreprenaden på grund av fel i handling eller andra avvikelser mellan förhållandena på entreprenaden och vad entreprenören räknat med.⁷² Ett exempel på ett likställt ÄTA-arbete är ”...att beställaren föreskrivit fläktaggregat som inte ryms inom den yta som inritats som fläktrum och entreprenören på beställarens bekostnad helt i onödan tvingas riva och flytta ett par innerväggar som inte behövs om ritningarna varit korrekt samordnade och rättade från början.”⁷³

⁷⁰ Rapport 2014:4, s. 193.

⁷¹ Samuelsson, 2011, s. 125.

⁷² Rapport 2014:4, s. 33.

⁷³ *Ibid.*, s. 33.

Samuelsson beskriver entreprenörens initiativrätt (befogenhet) att själv företa vad han bedömer vara erforderliga ändringar som ytterst begränsad.⁷⁴ Enligt 2 kap. 7 § AB 04 ska entreprenören utan dröjsmål inhämta beställarens synpunkter om han gör bedömningen att omständighet som avses enligt bestämmelsen om likställda ÄTA-arbeten föreligger. Om arbetena inte överstiger ett halvt prisbasbelopp, så till vida att inget annat avtalats, krävs endast att beställaren underrättas om arbetena för att entreprenören ska kunna erhålla ersättning. Entreprenörens rätt till ersättning baseras således på huruvida beställarens synpunkter inhämtats eller att en underrättelse lämnats.⁷⁵

⁷⁴ Samuelsson, 2011, s. 126.

⁷⁵ Ibid., s. 126.

3. Lag om offentlig upphandling

3.1 Allmänt om LOU

Varje år utförs ett stort antal upphandlingar av olika slag till stora värden. År 2012 hade de upphandlingspliktiga inköpen ett sammanlagt värde om drygt 625 miljarder kronor exkl. moms.⁷⁶ LOU trädde i kraft den 1 januari 2008 och ersatte då ÄLOU. I lagen regleras förfaranden m.m. för offentlig upphandling som görs dels av myndigheter, kommuner och landsting, dels av s.k. offentligt styrda organ. Med offentligt styrda organ avses enligt 2 kap. 12 § LOU i huvudsak organ som tillgodoser behov i det allmännas intresse och som till största del finansieras eller kontrolleras av staten, kommun eller landsting.

Regelverken för offentlig upphandling bygger på EU-direktiv och är till stor del likadana inom hela EU.⁷⁷ Nyligen kom ett nytt direktivet om offentlig upphandling som innebär vissa ändringar⁷⁸ från nuvarande lagstiftning och dåvarande direktiv, och detta ska vara införlivat i svensk lagstiftning senast den 1 april 2016. Eftersom den svenska upphandlingslagstiftningen bygger på EU-direktiv ska lagstiftningen *tolkas* och *tillämpas* i enlighet med direktivens syfte och lydelse samt i enlighet med EU-domstolens praxis.⁷⁹

Syftet med de svenska upphandlingslagarna är främst att förhindra att offentliga medel, dvs. i praktiken medborgarnas skattepengar, används på ett otillbörligt sätt, t.ex. för att diskriminera eller gynna vissa leverantörer, skapa handelshinder eller på annat sätt ta ovidkommande hänsyn, exempelvis till följd av korruption. Ett sekundärt syfte är att se till att den offentliga sektorn gör bra affärer vid bland annat byggentreprenader⁸⁰ samt att lagstiftningen ska se till att grundprinciperna om icke-diskriminering, likabehandling,

⁷⁶ Konkurrensverket, rapport 2015:9.

⁷⁷ Upphandlingsmyndigheten – om upphandlingsreglerna.

⁷⁸ De ändringar som är av intresse för denna uppsats kommer att beröras löpande i uppsatsen.

⁷⁹ Beslut 2010-12-06, Dnr 582/2010, Sundsvall Arena AB.

⁸⁰ Pedersen, Kristian, Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorena, 2013, s. 15.

proportionalitet, öppenhet och ömsesidigt erkännande upprätthålls⁸¹. Genom att öppna upphandlingsområdet för konkurrens i alla medlemsstater och dra nytta av denna konkurrens kan upphandlande myndigheter använda de offentliga medel som finansierar upphandlingar på bästa sätt.⁸²

Med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader, 2 kap. 13 § LOU. För att upprätthålla upphandlingsdirektivets syfte och garantera de grundläggande principerna som gäller för all offentlig upphandling har LOU enligt 7 kap. 1 § som huvudregel att samtliga offentliga upphandlingar ska annonseras.⁸³ Annonseringen är en väsentlig del i förverkligandet av den inre marknaden och även för att alla tänkbara leverantörer, oavsett nationalitet, ska kunna få information om kommande kontrakt.⁸⁴ Upphandlingsreglerna medger dock ett antal omständigheter då kravet på annonsering frångås. De två förfarandena som inte kräver annonsering är direktupphandling och förhandlat förfarande utan föregående annonsering (direktupphandling). Det först nämnda förfarandet gäller vid upphandling *under* tröskelvärdena och det senare nämnda förfarandet gäller som tidigare nämnts i avsnitt 1.1 vid upphandling *över* tröskelvärdena.⁸⁵ Skulle en beställare göra en upphandling utan föregående annonsering som står i strid med undantagsbestämmelserna i LOU, har denne gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling.

År 2010 infördes regler i LOU som bland annat syftar till att skapa effektiva rättsmedel mot otillåten direktupphandling. Det finns ingen legaldefinition av otillåten direktupphandling, men ”Konkurrensverket anser att en otillåten direktupphandling är ingående av avtal som rätteligen borde ha föregåtts av en annonserad upphandling i enlighet med

⁸¹ Upphandlingsmyndigheten – upphandlingsprinciperna.

⁸² Konkurrensverket, rapport 2011:2, sammanfattning.

⁸³ Rapport 2011:2, s. 31.

⁸⁴ Asplund m.fl., Överprövning av upphandling: och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, 2012, s. 47.

⁸⁵ Konkurrensverket – upphandling utan annonsering.

upphandlingsreglerna.”⁸⁶ I förarbetet till bestämmelserna anges att begreppet ”avtal” ska tolkas vidsträckt och omfatta diverse former av avtal.⁸⁷

3.2 Upphandling utan föregående annonsering

Enligt 4 kap. 8 § 1 p. LOU får en upphandlande myndighet använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det gäller kompletterande byggtreprenader som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet, om kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras och under förutsättning att de ska utföras av den ursprungliga leverantören. Vad som ytterligare krävs är att kompletteringarna inte kan skiljas från det ursprungliga kontraktet utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten, eller, om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas. Undantaget i 4 kap. 8 § 1 p. LOU bygger således på att en upphandling gjorts tidigare och att det rör sig om ett *tillägg* till vad som tidigare upphandlats.⁸⁸

Undantaget från det sedvanliga upphandlingsförfarandet ska tillämpas restriktivt, och det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att undantaget är tillämpligt.⁸⁹ Enligt 4 kap. 8 § 1 p. 2 st. begränsas möjligheten att tillämpa bestämmelsen i första stycket genom att värdet av det kontrakt, som kan tilldelas med stöd av undantagsregeln, inte sammantaget får överstiga hälften av det ursprungliga kontraktsvärdet.⁹⁰ I den fördjupande lagkommentaren sägs att ”vad avser kravet på kompletterande entreprenader eller som krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras ligger det i sakens natur att ett sådant tilläggsköp inte kan avse en helt ny byggtreprenad eller vara, t.ex. en separat skola som inte har något som helst samband med en pågående skolbyggnation.”⁹¹

⁸⁶ Dnr 582/2010, s. 4.

⁸⁷ Prop. 2009/10:180, s. 360.

⁸⁸ Lagkommentar till 4 kap. 8 § LOU, Karnov, 2016.01.20.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Falk, Jan-Erik, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2014, s. 184.

⁹¹ Djup lagkommentar, Lexino, 2016.01.18.

3.2.1 Väsentliga ändringar

Väsentliga ändringar av kontrakt under pågående arbete är normalt inte tillåtet och utgångspunkten enligt LOU är att alla entreprenadarbeten ska upphandlas, inklusive väsentliga ändringar. Någon motsvarande rätt i AB 04 för entreprenören att utföra ÄTA-arbeten återfinns inte i LOU.⁹² Undantaget i 4 kap. 8 § 1 p. LOU medför dock att *kompletteringar*, även sådana som är av väsentlig karaktär, är tillåtna under förutsättning att samtliga rekvisit är uppfyllda.⁹³ Exempel på vad som kan ses som väsentliga ändringar är förlängning av avtalstiden utan att någon option om detta föreligger i det ursprungliga avtalet, anskaffningar som går utöver vad som ursprungligen avtalats, förändringar av ersättningsnivåer till förmån för leverantör, betydande förändringar av leverantörsvillkor samt partsbyte.⁹⁴ Ytterligare ändringar som kan ses som väsentliga vidareutvecklas under avsnitt 4.2.

3.2.2 Oförutsedda händelser

Ett av kriterierna är, som ovan nämnts i avsnitt 3.2, att kompletteringarna föranleds av *oförutsedda omständigheter*. Detta innebär att den upphandlande myndigheten ska ha saknat möjligheten att beakta dessa omständigheter vid den ursprungliga upphandlingen. Ytterligare krävs att de oförutsedda händelserna inte beror på den upphandlande myndigheten. Dock kan den upphandlande myndigheten inte invända att en annan myndighets eller organs beslut lett till att kompletteringarna är nödvändiga.⁹⁵ Ett annat kriterium, som sammanhänger med de nyss nämnda, är att kompletteringarna, som uppkommit till följd av objektivt sett oförutsedda omständigheter, måste vara av sådant slag att de är nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullgöras. Det får med andra ord inte röra sig om kompletteringar som endast förbättrar eller effektiviserar det ursprungliga projektet.⁹⁶ Falk ger som exempel på nödvändigt arbete ytterligare oförutsedda

⁹² Rådberg, 2011, s. 37.

⁹³ Lagkommentar till 4 kap. 8 § LOU, Zeteo, 2016.01.18.

⁹⁴ Asplund m.fl., 2012, s. 257.

⁹⁵ Lagkommentar till 4 kap. 8 § LOU, Zeteo, 2016.01.18.

⁹⁶ Ibid.

grundarbeten, för att färdigställa ett broarbete, eftersom genomförandet av byggprojektet inte kan fullföljas enligt ursprungligt förslag.⁹⁷ Kriteriet om oförutsedda händelser vidareutvecklas under avsnitt 4.3.

3.2.3 Tekniska/ekonomiska olägenheter och absolut nödvändiga kompletteringar

Att kompletteringarna inte ska kunna skiljas från det ursprungliga kontraktet utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter, kan tydliggöras med exempelvis att byggarbeten måste utökas på en byggarbetsplats där en ”...kontrakterad entreprenör alltjämt utför de ursprungliga byggarbetena och som inte utan stora olägenheter och kostnader kan förflyttas eller ersättas.”⁹⁸

Om kompletteringarna *kan* avskiljas är undantaget fortfarande tillämpligt under förutsättning att övriga rekvisit är uppfyllda samt under förutsättning att kompletteringarna är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullgöras. I lagkommentaren fortsätter författarna exemplet enligt stycket ovan. Det kan tänka sig att det på byggarbetsplatsen

”... uppstår avgörande behov av förändringar i utförd byggnation som visserligen skulle kunna avskiljas från det ursprungliga kontraktet men som av säkerhetsskäl inte motiverar utförande av annan än den befintliga entreprenören. När det är absolut nödvändigt för fullgörandet av kontraktet att ett arbete genomförs, och det rör sig om ett tilläggsarbete, dvs. en typ av ÄTA-arbete, behöver den upphandlande myndigheten inte kunna påvisa stora tekniska eller ekonomiska olägenheter.”⁹⁹

3.3 Nya upphandlingsdirektivet

År 2016 ska Sverige implementera det nya upphandlingsdirektivet 2014/24/EU som därmed upphäver det tidigare direktivet 2004/18/EG. I LOU och direktiv 2004/18/EG anges inga regler som uttryckligen tar sikte på ändringar av kontrakt under dess löptid.¹⁰⁰ I det

⁹⁷ Falk, 2014, s. 184.

⁹⁸ Lagkommentar till 4 kap. 8 § LOU, Zeteo, 2016.01.23.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ SOU 2014:51, s. 314.

nya direktivets art. 72 finns däremot en bestämmelse som uttryckligen beskriver förhållandet vid ändringar av kontrakt under löptiden. Denna bestämmelse innehåller en detaljerad förteckning över i vilka sammanhang det är tillåtet att göra en direktupphandling. I SOU 2014:51 sägs att ”den närmare innebörden av bestämmelserna om ändring av kontrakt under löptiden i art. 72 i LOU-direktivet och art. 89 i LUF-direktivet är enligt utredningens mening något oklar.” Uppfattningen är dock att EU-lagstiftaren önskat att få till stånd en kodifiering av rättspraxis, inte minst EU-domstolens mål C-454/06,¹⁰¹ jfr avsnitt 4.2.

I skäl 107 till direktivet betonar man ytterligare att ”det är nödvändigt att klargöra under vilka omständigheter ändringar av ett kontrakt under dess fullgörande kräver ett nytt upphandlingsförfarande, med hänsyn till relevant rättspraxis från Europeiska unionens domstol.” Vidare stadgas att ett nytt upphandlingsförfarande krävs om väsentliga ändringar görs av det ursprungliga kontraktet ”...särskilt ifråga om omfattningen av och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter... Sådana ändringar visar att parterna har för avsikt att omförhandla viktiga kontraktsvillkor.”¹⁰² Vad man särskilt bör beakta är om de ändrade villkoren skulle ha påverkat resultatet av förfarandet om de hade ingått i det ursprungliga förfarandet.¹⁰³

3.3.1 Ändring av kontrakt under löptiden

I skäl 108 till direktivet konstateras att den upphandlande myndigheten kan ställas inför situationer där kompletterande byggtreprenader behövs, och att en ändring av det ursprungliga kontraktet utan ett nytt upphandlingsförfarande kan vara motiverat. Utredningen anser att det i art. 72 kan urskiljas fyra huvudmoment, nämligen en huvudregel och tre grupper av undantagsbestämmelser. Huvudregeln i art. 72 p. 5 innebär att ett kontrakt inte får ändras utan att det genomförs en ny upphandling. Den första undantagsgruppen i art. 72 p. 2 tar sikte på ändringar av mindre värde och den andra

¹⁰¹ SOU 2014:51, s. 315.

¹⁰² Skäl 107 till direktiv 2014/24/EU.

¹⁰³ Ibid.

undantagsgruppen i art. 72 p. 1 första stycket a-d tar sikte på specifika situationer såsom a) ändringsklausuler, b) kompletterande inköp, c) oförutsebara omständigheter och d) byte av leverantör. Den tredje undantagsgruppen i art. 72 p. 1 första stycket e och 72 p. 4 medger att undantag får göras från huvudregeln trots att förhållandena är sådana att de mer specifika undantagssituationerna enligt undantagsbestämmelserna i de första och andra grupperna inte föreligger. Den tredje gruppen riktar sig således mot övriga situationer. En förutsättning för att kunna göra undantag med stöd av dessa bestämmelser är att ändringarna inte är att anse som väsentliga.¹⁰⁴

3.3.2 Oförutsedda händelser

I skäl 109 till direktivet konstateras att den upphandlande myndigheten kan ställas inför yttre omständigheter som de inte kunnat förutse när de tilldelade kontraktet, ”...särskilt när fullgörandet av kontraktet sker under en längre tid.” Av denna anledning får den upphandlande myndigheten enligt art. 72 frångå upphandlingsförfarandet om det rör sig just om oförutsebara händelser. Med begreppet oförutsebara omständigheter avses enligt skäl 109 omständigheter som inte hade kunnat förutses trots att den upphandlande myndigheten visat skälig omsorg i förberedelserna av den ursprungliga kontraktstilldelningen. Trots att det uppstått en oförutsebar händelse får dock inte undantagsbestämmelsen tillämpas om ändringen medför att den övergripande upphandlingen får en annan karaktär, exempelvis genom att de byggtreprenader som ska upphandlas ersätts med något annat eller genom att typen av upphandlingen förändras i grunden, eftersom man i en sådan situation kan anta att resultatet skulle ha påverkats.¹⁰⁵

3.3.3 Ändringsklausul

En nyhet i det nya upphandlingsdirektivet är att ett kontrakt får ändras utan nytt upphandlingsförfarande ”om ändringarna, oberoende av deras penningvärde, anges i de ursprungliga upphandlingsdokumenten genom klara, exakta och entydiga

¹⁰⁴ SOU 2014:51, s. 315 f.

¹⁰⁵ Skäl 109 till direktiv 2004/24/EU.

ändringsklausuler, som kan omfatta prisändringsklausuler, eller optioner. Sådana ändringsklausuler ska ange omfattningen och arten av eventuella ändringar eller optioner samt villkoren för när de får tillämpas. Ändringar eller optioner som skulle medföra en ändring av kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär är inte tillåtna”. Det föreskrivs inte i bestämmelsen vilka specifika ändringar som kan utgöra en ändringsklausul, varför man bör kunna tolka detta brett. I skäl 111 till direktivet sägs dock att dessa klausuler *inte* bör ge den upphandlande myndigheten obegränsad frihet.

3.4 Sambandet mellan begreppen kompletterande byggentreprenader och ÄTA-arbeten

I 3 kap. 15 § 3 p. ÄLOU, den tidigare motsvarigheten till 4 kap. 8 § LOU, användes uttrycket ”tilläggsarbeten”. Detta begrepp kom från en översättning av EU-direktivets begrepp ”additional works”.¹⁰⁶ I LOU valde lagstiftaren att istället göra om översättningen från tilläggsarbeten till kompletterande byggentreprenader. Just på grundval av begreppet tilläggsarbete som användes i ÄLOU har det ”...legat nära till hand att anta att detta avsetts vara synonymt med tilläggsarbeten som dessa definierats i AB och ABT.”¹⁰⁷ Vissa oklarheter har därmed uppstått till följd av ordvalen i lagtexten.

I Konkurrensverkets rapport 2011:2 är författarna av uppfattningen att det föreligger en språklig skillnad mellan tilläggsarbeten enligt 3 kap. 15 § ÄLOU och kompletterande byggentreprenader enligt 4 kap. 8 § LOU, men författarna likställer dessa begrepp genom att säga att ”en vanlig benämning på kompletterande byggentreprenader är ändrings- och tilläggsarbeten, så kallade ÄTA-arbeten.”¹⁰⁸ Hane menar dock att författarna inte reflekterat över skillnaderna som föreligger begreppen emellan och att författarna hämtat vägledning från Falk som skrivit kommentarerna till LOU. Falk har i sin tur, enligt Hane ”...förbigått

¹⁰⁶ DIRECTIVE 2014/24/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, Art. 72.

¹⁰⁷ Rapport 2014:4, s. 190.

¹⁰⁸ Rapport 2011:2, s. 35.

den betydande nyansskillnaden mellan tilläggsarbeten som lagtexten löd i ÄLOU och kompletterande byggentreprenader som den numera lyder i LOU...”¹⁰⁹ Även Bergqvist m.fl. likställer begreppen genom att uttrycka att ”...det sammanlagda värdet av de kompletterande byggentreprenader (dvs. ÄTA-arbeten) som direktupphandlas till en pågående entreprenad, inte får uppgå till mer än 50 procent av kontraktssumman.”¹¹⁰ Oklarheter uppstår således också i fråga om att vissa författare likställer begreppen.¹¹¹

EU-direktiv är utformade utan hänsyn till hur begrepp är formulerade och förstås i nationell rätt hos de olika medlemsstaterna.¹¹² Hane är av uppfattningen att när BKK införde kommentartexten till 2 kap. 3 § AB 04 och närmare bestämt sista stycket som säger att det i vissa situationer inte är tillåtet att utföra *tillkommande arbeten* utan ny upphandling, tycks BKK ha exkluderat ändringsarbete.¹¹³ Vad gäller komparabiliteten mellan ”tillkommande arbete” såsom beskrivs i kommentaren till 2 kap. 3 § AB 04 och ”ändringsarbete” är Hane av den uppfattningen att ”ett ändringsarbete kan vara väl så omfattande som ett tilläggsarbete och ett tilläggsarbete väl så integrerat med kontraktsarbetena som ett ändringsarbete. Med ändringsarbete avses normalt en kombination av ett avgående och ett tillkommande arbete, typiskt sett ett utbyte från ett föreskrivet material mot ett annat.”¹¹⁴

¹⁰⁹ Rapport 2014:4, s. 191.

¹¹⁰ Bergqvist m.fl, 2012, s. 72.

¹¹¹ Författarna till Konkurrensverkets rapport 2011:2, s. 35 och Bergqvist m.fl, 2012, s. 72.

¹¹² Rapport 2014:4, s. 190.

¹¹³ Ibid., s. 190.

¹¹⁴ Ibid., s. 192.

4. Praxis

Som flera författare¹¹⁵ har konstaterat har EU-domstolen i ett flertal avgöranden berört frågan om otillåten direktupphandling och de undantagsregler där en direktupphandling är tillåten. Däremot är det få rättsfall som berör just direktupphandling av *kompletterande byggentreprenader*.

4.1 Bevisbörda

I bland annat EU-domstolens mål C-20/01 och C-28/01¹¹⁶ har domstolen uttalat att de undantagsregler som finns i direktivet, och däribland undantaget om direktupphandling, ska tillämpas snävt och tolkas restriktivt, samt att den upphandlande myndigheten har den fulla bevisbördan för att förutsättningarna för direktupphandling föreligger. Eftersom den svenska upphandlingslagstiftningen ska tolkas och tillämpas i enlighet med direktivets syfte och lydelse samt i enlighet med EU-domstolenspraxis råder samma rättsläge vad gäller undantagsreglerna om direktupphandling enligt LOU.¹¹⁷ Detta innebär således att även 4 kap. 8 § LOU ska tillämpas restriktivt samt att den upphandlande myndigheten även enligt svensk rätt har bevisbördan för att förhållandena är sådana att undantaget kan tillämpas.

4.2 Väsentliga ändringar

I domen C-454/06 Priesstext Nachrichtenagentur har EU-domstolen uttalat generella kriterier för bedömningen om huruvida ändringar i ett offentligt kontrakt är att anse som väsentliga eller ej. Kortfattat ingick staten Österrike ett avtal med Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung om tillhandahållande av nyhetsagenturtjänster. Ett flertal ändringar kom att göras från det ursprungliga kontraktet och målet gick därför upp till EU-domstolen för bedömning av huruvida undantagsreglerna

¹¹⁵ Se bl.a. rapport 2014:4, s. 194.

¹¹⁶ C-20/01 och C-28/01, p. 58.

¹¹⁷ Konkurrensverkets beslut dnr 582/2010, s. 2 f.

enligt direktivet var tillämpliga eller ej. Domstolen kom fram till att följande ändringar i ett offentligt kontrakt är att anse som väsentliga och därmed ska utsättas för en ny upphandling:

- Ändringarna som genomförts visar *betydande* skillnader jämfört med det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet.¹¹⁸

Ytterligare ändringar som *kan* röra sig om väsentliga ändringar är:

- Om ändringen innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs.¹¹⁹
- Om ändringen medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs.¹²⁰
- Om ändringen medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet.¹²¹

Observeras bör dock att målet i fråga rörde upphandling av tjänster och inte kompletterande byggtreprenader.

4.3 Oförutsedda omständigheter

Enligt 4 kap. 8 § 1 p. LOU krävs att kompletteringarna skett på grund av oförutsedda omständigheter för att undantaget ska vara tillämpligt, dvs. den upphandlande myndigheten

¹¹⁸ C-454/06, p. 34.

¹¹⁹ Ibid., p. 35.

¹²⁰ Ibid., p. 36.

¹²¹ Ibid., p. 37.

ska ha saknat möjligheten att beakta dessa omständigheter i den ursprungliga handlingen.

I mål C-601/10 Kommissionen mot Grekland, har EU-domstolen tagit ställning till huruvida Grekland uppfyllt rekvisitet om kompletteringarna skett på grund av *oförutsedda omständigheter*. Avgörande för fallet var att domstolen fann att de upphandlande myndigheterna borde ha kunnat förutse behovet av att inkludera vissa kompletterande tjänster i de ursprungliga kontrakten. EU-domstolen konstaterar också att de oförutsedda händelserna inte får bero på den upphandlande myndigheten.

I Konkurrensverkets beslut dnr 582/2010 behandlades frågan huruvida Sundsvall Arena AB:s upphandling av Himlabadet varit förenligt med ÄLOU:s undantagsregler. Kortfattat utfördes, utöver 700 mindre ändringsarbeten till en sammanlagd summa av drygt 100 mkr, tre större tilläggsarbeten – en surfanläggning för 28 mkr, ny hiss med höjning av rutschkanetornet för 3,7 mkr och förlängning av en rutschkana för 1,8 mkr. De avtalade riktpriserna om 210 mkr ökade således markant med dessa tilläggsarbeten, och sammanlagt med övriga kostnader ökade dessa riktpriset till omkring 356,7 mkr. Beställaren motiverade direktupphandlingen av förlängningen av rutschkanan med att en annan entreprenör inte hade kunnat utföra detta arbete på grund av tekniska skäl. Vidare motiverade de direktupphandlingen av hissen och surfanläggningen med att dessa tillägg utgjorde integrerade delar av hela anläggningen och att det därför inte var möjligt att utan stora eller tekniska olägenheter skilja dessa arbeten. Konkurrensverket anförde att Sundsvall Arena AB varken visat eller åberopat några omständigheter som styrkte att det rört sig om oförutsedda omständigheter utan att det istället ”förefaller sig hänföra till bristande planering och/eller senare tillkomna önskemål avseende badhusets attraktioner.”¹²²

Som Hane påpekar talade lagtexten vid tidpunkten för uppförandet av Himlabadet om *tilläggsarbeten* och inte *kompletterande byggentreprenader* – såsom lagtexten lyder numera. Vidare menar Hane att det inte är fullt förvånande att Konkurrensverket ansåg att

¹²² Dnr 582/2010, s. 5.

beställning av ÄTA-arbeten var tvunget att motiveras lagligen med stöd av undantagsregeln i 3 kap. 15 § AB 04 eftersom begreppet tilläggsarbete fanns i både ÄLOU och AB 04.¹²³

¹²³ Rapport 2014:4 s. 191.

5. Konflikter

Som framkommit i uppsatsen är en av de mest särskiljande egenskaperna hos ett entreprenadavtal att ändringar ska kunna göras under arbetets gång för att få ett fullgott resultat. LOU verkar för att bland annat se till att offentliga medel inte används på ett otillbörligt sätt, att uppnå en sund konkurrens och en väl fungerande marknad inom EU. Då LOU enligt 7 kap. 1 § har som huvudregel att i princip varje arbete ska upphandlas och annonseras, och AB 04 föreskriver en rättighet och skyldighet för entreprenören att utföra ÄTA-arbeten, uppstår en konflikt mellan de två regelverken. Svensk lag har företräde framför standardavtal såsom AB 04, varför AB 04 får ge vika för LOU:s bestämmelser i de fall LOU faktiskt är tillämplig på AB 04:s bestämmelser. Varför Sverige inte har en lag som reglerar entreprenader motiverar vissa författare med att lagstiftaren möjligen inte ansett det nödvändigt i och med de väl utarbetade standardavtalen från BKK, eller som Källenius säger, nämligen att ”AB utgör så att säga byggnads- och anläggningsindustrins lagbok.”¹²⁴

5.1 ÄTA-arbete som konkurrensmedel

Det mest betydelsefulla dokumentet i en upphandling är förfrågningsunderlaget, och i och med att förfrågningsunderlaget beslutats och skickats ut har ramen för upphandlingen, dvs. de förutsättningar som ska gälla, fastställts. Denna ram kan efter utskick inte ändras i något väsentligt avseende, och om sådana väsentliga ändringar behövs, ska upphandlingen normalt avbrytas och göras om.¹²⁵ I Konkurrensverkets projektplan som utmynnade i rapport 2014:4 specificeras ett antal konkurrensrelaterade problem inom byggbranschen. Ett av dessa problem är enligt Konkurrensverket ”...att anbudsgivare medvetet lämnar för låga anbud för att sedan i stället kompensera sig genom att dammsuga förfrågningsunderlaget på tvetydigheter och oklarheter för att försöka utkräva ersättning för ÄTA-arbeten.”¹²⁶ I Konkurrensverkets rapport 2013:6 beskrivs vidare ”...att det finns

¹²⁴ Källenius, 1960, s. 14.

¹²⁵ Pedersen, 2013, s. 79.

¹²⁶ Projektplan, 2013-09-22, s. 1.

problem med att tillämpa upphandlingslagstiftningen vad gäller möjligheten att utesluta anbudsgivare som upplevs som oseriösa från deltagande i offentliga upphandlingar.”¹²⁷ Det sägs dock att upphandlande myndigheter har ett särskilt ansvar att så långt som möjligt förhindra att avtal ingås med leverantörer som konkurrerar genom lagöverträdelser.¹²⁸

Vad gäller problematiken kring uteslutning av leverantör föreskrivs numera i det nya direktivets art. 69 p. 1 att den upphandlande myndigheten ska begära förklaring av aktörerna om priset som föreslås i anbudet förefaller onormalt lågt i förhållande till byggentreprenaderna. Enligt p. 3 ska den upphandlande myndigheten förkasta anbudet om förklaringen inte är tillfredställande. En liknande bestämmelse kommer att finnas i NLOU med i stort sett samma innehåll.¹²⁹ Det nya direktivet erbjuder således en möjlighet att motverka medvetet låga anbud för att senare kompensera detta med ÄTA-arbeten.

5.2 ÄTA-arbete som läkande för brister och ofullständigheter

Man får lätt uppfattningen, inte minst från Konkurrensverket, att ÄTA-arbete är något som utnyttjas av både beställaren och entreprenören, dels för att undgå upphandlingsförfarandet, dels för att konkurrera med för låga anbud och att tillskansa sig pengar utöver kontraktssumman.

I rapport 2014:4 är författarna av uppfattningen att beställare i allmänhet inte lägger ner den tid, kraft och kostnader som krävs för att få ett felfritt underlag. Istället snålas det enligt författarna i många fall in i tidiga skeden vilket straffar sig både i form av ÄTA-arbeten på entreprenaden och med påverkan ytterst på kvaliteten i byggobjektet. Uppfattningen är således att problemet inte beror på bristande etik och moral hos entreprenörerna, utan snarare på grund av beställarnas och konsulternas bristande arbete med förfrågningsunderlaget.¹³⁰

¹²⁷ Konkurrensverket, rapport 2013:6, förord.

¹²⁸ Rapport 2013:6, s. 18.

¹²⁹ Dnr 510/2014, s. 17.

¹³⁰ Rapport 2014:4, s. 34.

6. Analys

6.1 När utgör ett tillkommande arbete ett ÄTA-arbete?

Vad gäller ändringsarbete, tilläggsarbete och avgående arbete har fokus i denna uppsats legat på tilläggsarbete av den anledningen att det främst är tilläggsarbeten som kan komma att påverkas av LOU. Anledningen till detta är att omfattningen av kontraktsarbetena, dvs. de arbeten som upphandlas i konkurrens, alltid utökas genom tilläggsarbetet. Ett avgående arbete påverkas överhuvudtaget inte av LOU:s regelverk i och med att kontraktsarbetenas omfattning endast minskar. Ett ändringsarbete i sin tur är en ändring av redan föreskrivet arbete som dels resulterar i ett avgående arbete, dels ett tillkommande arbete som ersätter det avgående arbetet. Ändringsarbetet kan förvisso leda till att kostnaderna ökar, exempelvis genom att ett annat kakel är dyrare än det i förfrågningsunderlaget föreskrivna, men ändringsarbetet kan även leda till att kostnaderna minskar. Det är inte heller omöjligt att även omfattningen av kontraktsarbetena ökar genom ändringsarbetet, men det kan åter igen även minska. Att utreda ändringsarbetet i förhållande till LOU borde därmed inte vara av samma relevans som utredningen av tilläggsarbetet, varför fokus mestadels kommer att ligga där.

Ett ÄTA-arbete skulle kunna uttryckas som ett led i beställarens rätt att kunna anpassa avtalet under tidens gång och som tidigare nämnts är beställarens ändringsbefogenhet en viktig och särskiljande del av entreprenadavtalet. Hedberg menar att det endast är mycket grova avvikelser som kan inskränka beställarens ändringsbefogenhet.¹³¹ Jag tolkar detta som att det endast är arbeten som mycket grovt avviker från kontraktsarbetena som kan inskränka beställarens ändringsbefogenhet, och att det således ska röra sig om mycket betydande avvikelser för att ett arbete inte ska kunna klassas som ett ÄTA-arbete i AB 04:s mening. Jag instämmer i Hedbergs uppfattning, dels med argumentet att beställarens ändringsbefogenhet de facto är en viktig del av entreprenadavtalet med tanke på den ofta långa kontraktstiden, dels med argumentet att en inskränkning av *entreprenörens rättighet*

¹³¹ Samuelsson, 2011, s. 122 – med hänvisning till Hedberg, Kommentar till AB 04, 2006, s. 44.

att utföra dessa ÄTA-arbeten bör kräva betydande avvikelser. Sammantaget bör det i första hand röra sig om grova avvikelser för att ett ÄTA-arbete inte ska kunna klassas som ett faktiskt ÄTA-arbete och därmed inskränka beställarens ändringsbefogenhet samt entreprenörens rättighet och skyldighet. Detta sammanhänger också enligt min mening med *angelägenheten* av att faktiskt kunna göra vissa ändringar från det ursprungliga kontraktet. Som tidigare nämnts kan både planeringen av entreprenaden och utförandet av densamma pågå under flera år, varför det borde vara av stor betydelse att framförallt beställaren har möjlighet att kunna anpassa avtalet mot bakgrund av eventuella fel och brister i handlingarna.

Utöver det faktum att det ska röra sig om grövre avvikelser, så krävs vidare en analys av de två rekvisit som uppställs för att ett tillkommande arbete ska klassas som ett faktiskt ÄTA-arbete. Dels stadgas kravet på tilläggsarbetets omedelbara samband med kontraktsarbetena, dels kravet att tilläggsarbetet inte ska vara av väsentligt annan natur än kontraktsarbetena. Sammantaget har kontraktsarbetena stor betydelse för vad som kan klassas som ett tilläggsarbete i enlighet med AB 04:s definition av ett ÄTA-arbete.

6.1.1 Omedelbart samband och teknisk helhet

En entreprenörs åtagande bestäms i enlighet med det arbete som föreskrivs i kontraktshandlingarna. Kontraktshandlingarna kan därmed ses som den absoluta *yttre gränsen* för entreprenörens åtagande, och det är också just det som upphandlas i konkurrens mellan olika entreprenörer. Det åtagande och arbete som faller in under kontraktsarbetena är *allt* som går att utläsa ur kontraktshandlingarna. Att det kan förekomma otydligheter och motstridiga uppgifter är ingen ovanlighet, men dessa kan till viss del lösas med hjälp av de tolkningsregler¹³² som återfinns i AB 04.

Att ett tilläggsarbete ska stå i omedelbart samband med kontraktsarbetena innebär till synes fler saker. Det faktum att arbetet i någon form ska vara nödvändigt för entreprenadens

¹³² Se 1 kap. 2 §, 3 § 4 § och 5 § AB 04.

slutförande kan utläsas e contrario till det exempel som ges i kommentaren till AB 04, nämligen att omedelbart samband *inte* föreligger om beställaren utan nackdel kan vänta med utförandet till dess att entreprenaden blivit färdigställd. Första kravet är således att arbetet ska vara nödvändigt att utföra under entreprenadtiden, innan slutbesiktning, för att det ska kunna ses som ett omedelbart samband med kontraktsarbetena.

Vidare är Samuelsson av uppfattningen att ett omedelbart samband "...ger uttryck för att det är fråga om något slags tekniskt samband och att de föreskrivna tilläggsarbetena ska vara så nära förknippade med kontraktsarbetena, eller del därav, att de tillsammans utgör en teknisk helhet."¹³³ Vad han menar med "något slags tekniskt samband" framgår dock inte. Att tilläggsarbetena och kontraktsarbetena ska vara så nära förknippade att de tillsammans utgör en teknisk helhet skulle enligt min mening kunna innebära att det är svårt att särskilja arbetena, dvs. de sammanhänger rent teknisk och är därmed inte möjliga att skilja på. Ett exempel som konkretiserar detta tekniska samband är när en el-entreprenör ska installera ett tillkommande elkablage som ligger på samma kabelstegar som tidigare installerade elkablage. Att kunna skilja dessa två arbeten skulle kanske förvisso vara möjligt, men inte utan svårighet och olägenhet både för entreprenören och beställaren.

Man skulle också kunna se kravet på teknisk helhet ur en ansvarssynpunkt. För att konkretisera problematiken kan man tänka sig att en ny byggnad ska uppföras och att det efter upphandlingsprocessen står klart att målerifirman A ska utföra målningsarbetena i entreprenaden. I första scenariot påbörjar målerifirman A målningsarbetena. Under entreprenadens gång, dvs. innan färdigställande och slutbesiktning, beställer beställaren tilläggsarbeten av målerifirman B. Vid slutbesiktningen finner besiktningsmannen ett X antal besiktningspunkter som behöver åtgärdas. I andra scenariot utför målerifirman A samtliga arbeten under entreprenadens gång. Entreprenaden färdigställs, arbetena besiktas och entreprenaden godkänns. Efter två år ska garantibesiktning ske. Någon gång under dessa två år, dvs. efter färdigställande men innan garantibesiktning, beställer beställaren

¹³³ Samuelsson, 2011, s. 122.

måleriarbeten av målerifirma B. Vid garantibesiktningen finner besiktningsmannen ett X antal besiktningspunkter som måste åtgärdas. I båda fallen hävdar målerifirman A att felet beror på målerifirma B och vice versa. Frågan som uppkommer då är vem av målerifirmorna som bär ansvaret för dessa fel? Gäller garantierna trots att två olika firmor utfört måleriarbeten på samma ytor?

Om det rent faktiskt skulle vara möjligt att låta en annan entreprenör utföra tilläggsarbetet utan att det skulle kunna uppkomma några oklarheter kring vem som bär ansvaret om ett fel inträffar, såsom ovan beskrivet i exemplet, kan detta enligt min mening tyda på att kontraksarbetena och tilläggsarbetena inte är så nära förknippade att de utgör en teknisk helhet. Detta innebär således att om arbetena är så pass särskiljaktiga att felansvaret lätt kan härledas till var och en av de olika entreprenörerna, är kravet möjligen inte uppfyllt. För att kunna härleda felansvaret till varje entreprenör är det enligt min uppfattning viktigt att dessa entreprenörer inte ”är i kontakt” med varandras arbeten. Att en utomstående entreprenör utför ett tilläggsarbete innanför entreprenadgräns kan i mångt och mycket tyda på att denne faktiskt är ”i kontakt” med den ursprunglige entreprenörens arbete, varför det till synes är svårt att hävda att en teknisk helhet (och därmed ett ÄTA-arbete) inte föreligger så länge arbetena ska genomföras inom entreprenadgräns.

Om man följaktligen ska se kravet på omedelbart samband och teknisk helhet ur en ansvarssynpunkt, och att det möjligen är entreprenadgränsen som avgör när det kan uppkomma oklarheter i fråga om vem som bär ansvaret, tyder detta enligt min mening på att det inte behöver röra sig om ”något slags tekniskt samband” såsom Samuelsson beskriver, dvs. det behöver inte röra sig om komplicerade lösningar eller dylikt. Enligt min mening borde det i praktiken endast krävas att arbetena är inom entreprenadgräns för att ett omedelbart samband och teknisk helhet ska föreligga, oavsett om det föreligger komplicerade lösningar eller inte.

6.1.2 Väsentligt annan natur

Att tilläggssarbetet inte ska vara av väsentligt annan natur innebär enligt flera författare¹³⁴ att arbetet ska falla inom ramen för fackområdet/-områdena för kontraktsarbetena. Enligt min mening skulle detta innebära att en entreprenör har rätt att utföra ett ÄTA-arbete oavsett vad det rör sig om för arbete så länge det ligger inom entreprenörens fackområde, och under förutsättning att ovanstående rekvisit är uppfyllt. Om en entreprenör är skolad inom såväl måleri och VVS och anlitas för att utföra arbeten inom båda områden, vilket troligtvis inte ofta förekommer, har denne entreprenör rätt att utföra tilläggssarbeten som rör både måleri och VVS. Att kravet innebär och syftar på att arbetet ska vara inom ramen för fackområdet för kontraktsarbetena är enligt min uppfattning ett helt korrekt sätt att tolka rekvisitet. Det tyder om inte annat på att det ska röra sig om ett liknande arbete, och man skulle då utifrån detta kunna dra slutsatsen att ett ”liknande arbete” föreligger så länge arbetet ligger just inom ramen för fackområdet för kontraktsarbetena. För att ge ett exempel kan man tänka sig att entreprenören X är anlitas för att utföra måleriarbeten i en entreprenad. Under entreprenadens gång vill beställaren ändra kulör på samtliga köksluckor, vilket innebär att luckorna måste omlackeras. Det ligger inte inom entreprenören X:s fackområde att lackera snickerier utan enbart platsmåla snickerier. Entreprenör X hänvisar därför beställaren till att anlita ett lackeringsföretag. Slutsatsen är således att om entreprenören inte har kompetens att utföra arbetet eftersom detta inte ligger inom fackområdet, så är det inte heller av samma natur eftersom entreprenören i princip inte kan utföra arbetet utan att anlita ett annat företag. Det borde därför vara korrekt att tolka rekvisitet ”väsentligt *samma* natur” med att arbetena ska ligga inom fackområdet eftersom den ursprunglige entreprenören alltid har kompetens att utföra dessa.

Rådberg är av uppfattningen att rekvisiten ”väsentligt annan natur” och ”omedelbart samband” språkligt ger intryck av att vara samma sak, vilket han baserar på avsaknaden av exempel på ”väsentligen annan natur” i kommentaren till AB 04.¹³⁵ Att dra slutsatsen att rekvisiten ger intryck av att vara samma sak enbart på grund av avsaknaden av exempel är

¹³⁴ Se avsnitt 2.4.2.

¹³⁵ Rådberg, 2011, s. 37.

enligt min mening tämligen oförståelig. Vidare är jag av uppfattningen att det mellan rekvisiten föreligger både en språklig och innebördsmässig skillnad i enlighet med analysen ovan. Rådberg beskriver vidare att om ett tillkommande arbete inte står i omedelbart samband med kontraktsarbetena torde det också vara av väsentligt annan natur. Detta uttalande är enligt min mening inte heller korrekt. Om ett tillkommande arbete ska utföras utanför entreprenadgräns och därmed inte uppfyller kravet på omedelbart samband, kan fortfarande arbetet falla inom ramen för fackområdet för kontraktsarbetena och därmed uppfylla kravet på ”väsentligt samma natur”. Detta innebär således att ett av rekvisiten kan vara uppfyllt men inte det andra, varför Rådbergs argument inte är hållbart.

Hane menar att kravet på teknisk helhet och att arbetena inte ska vara av väsentligt annan natur per definition avser ÄTA-arbeten. Han menar vidare att en sådan teknisk helhet mer eller mindre per automatik får anses föreligga i fråga om *ändringsarbeten*.¹³⁶ Jag tolkar det som att Hane baserar sitt påstående på att ändringsarbetet kan vara väl så omfattande som ett tilläggsarbete och väl så integrerat med kontraktsarbetena som ett tilläggsarbete.¹³⁷ Att BKK valt att endast ställa upp rekvisit för tilläggsarbeten ser jag överhuvudtaget inte någon problematik i då jag är av uppfattningen att det är betydligt lättare att kunna konstatera huruvida ett ändringsarbete står i omedelbart samband med kontraktsarbetena samt att detta inte är av väsentligen annan natur än kontraktsarbetena i jämförelse med ett tilläggsarbete. Precis som Hane konstaterar kan omfattningen de facto öka i förhållande till kontraktsarbetena, men enligt min mening kan omfattningen likväl minska. För att utgå från exemplet i avsnitt 2.4.1, som visserligen är av enklare art, förefaller det enkelt att konstatera att rekvisiten är uppfyllda när beställaren ändrar sig och föreskriver grått kakel istället för vitt. Jag är av uppfattningen att ett ändringsarbete oftast avser samma sak, dvs. det är ingen större ändring i den bemärkelsen att det inte rör sig om helt annat arbete. Ändringsarbetet bör därmed *i princip* gå att utläsa ur kontraktshandlingarna dock med mindre ändringar, exempelvis i form av färgval. Tilläggsarbetet däremot står för det första inte föreskrivet i kontraktshandlingarna – det rör sig helt enkelt om ett tillkommande arbete, och det kan för

¹³⁶ Rapport 2014:4, s. 193.

¹³⁷ Ibid., s. 192.

det andra röra sig om ett helt fristående arbete (som dock har ett samband med kontraktsarbetena). Det är därmed enligt min mening viktigt att rekvisiten är uppställda just för tilläggsarbeten och inte ändringsarbeten. Vidare tycker jag att åtskillnaden är viktig då ett ändringsarbete kan medföra att kontraktsarbetenas omfattning minskar, medan ett tilläggsarbete alltid medför att omfattningen ökar.

Sammanfattningsvis, för att utröna huruvida ett arbete är ett ÄTA-arbete i *faktisk* mening, gäller att i ett första skede alltid utgå från kontraktsarbetena. Först efter konstaterandet att arbetet inte ingår i kontraktshandlingarna blir det aktuellt att se om arbetet uppfyller de rekvisit som stadgas för att ett tillkommande arbete kan klassas som ett ÄTA-arbete. Ligger arbetet inom entreprenörens fackområde och yrkeskompetens bör kravet på att tilläggsarbetet inte ska vara av väsentligen annan natur än kontraktsarbetena alltid vara uppfyllt. För att kravet på omedelbart samband ska vara uppfyllt krävs för det första att det rör sig om ett arbete som är nödvändigt för entreprenadens slutförande. För det andra krävs att arbetena är så pass sammankopplade att dessa är svåra att särskilja, och att det även skulle ställa till problem i fråga om felansvar om man skiljde dessa åt. Det alternativa sättet att se på saken är att samtliga tillkommande arbeten uppfyller kravet på omedelbart samband så länge arbetet utförs inom entreprenadgräns. Trots dessa rekvisit bör dock många arbeten falla in under definitionen då det som konstaterats krävs grövre avvikelser för att inskränka den rättighet och skyldighet som 2 kap. 3 § AB 04 ger upphov till.

6.2 När bör ett tillkommande arbete betraktas som en ny entreprenad?

Efter att ha klargjort de rekvisit som uppställs för att ett tilläggsarbete ska klassas som ett ÄTA-arbete i enlighet med AB 04:s definition inställer sig nästa fråga, nämligen *när* bör ett tillkommande arbete betraktas som en ny entreprenad?

Som Hedberg konstaterar kan denna fråga stundom lösas genom att den upphandlande myndigheten angett gränser för åtagandet, entreprenadgränser eller på annat sätt markerat

om eventuella fortsättningar ska innebära en ny entreprenad.¹³⁸ Vad gäller att ange *gränser för åtagandet* så är denna problemlösning enligt min mening sällan användbar då det i regel är svårt att förutse dels i vilken omfattning ÄTA-arbeten kommer att uppkomma, dels vilken typ av ÄTA-arbeten det kommer att röra sig om. I stora entreprenader som löper under en lång tid är det oerhört svårt att fastställa vad som kan ha missats i förfrågningsunderlaget och det är därmed inte möjligt att ange gränser för åtagandet som Hedberg nämner. Ett ytterligare problem jag kan se med Hedbergs lösning är att entreprenören de facto är skyldig att utföra ÄTA-arbeten på beställarens begäran. Att beställaren skulle inskränka sin ändringsbefogenhet genom att ange gränser för entreprenörens åtagande och därmed inte kunna beställa ÄTA-arbete i den utsträckningen som krävs har jag svårt att se. För det första kommer beställaren med stor sannolikhet behöva få ÄTA-arbeten utförda med kort varsel. För det andra kommer beställaren, i det fallet åtagandet är begränsat, behöva anlita en annan entreprenör om den ursprunglige entreprenören motsätter sig beställningen med hänvisning just till begränsningen av åtagandet, vilket kommer att leda till oklarheter i fråga om ansvarsfrågor och garantitider. Detta kan således resultera i att ingen entreprenör vill utföra arbetet och att ingen entreprenör heller har skyldighet att utföra arbetet. Resultatet blir en icke slutförd entreprenad.

Vad som däremot bör vara möjligt, som Hedberg nämner, är att beställaren anger en klar och tydlig *entreprenadgräns*. I enlighet med analysen i avsnitt 6.1 kan entreprenadgränsen vara avgörande för bedömningen huruvida ett arbete är ett ÄTA-arbete eller ej, och därmed även om ett tillkommande arbete är att se som en ny entreprenad.

Sist nämner Hedberg att frågan kan lösas genom att den upphandlande myndigheten, i det ursprungliga avtalet som jag tolkar det, "...på annat sätt markerat om eventuella fortsättningar ska innebära en ny entreprenad."¹³⁹ Enligt min mening finns det fler skäl som talar emot denna lösning. För det första är det svårt att förutse vilka typer av

¹³⁸ Hedberg, 2010, s. 45.

¹³⁹ Ibid., s. 45.

”fortsättningar” som kan behövas. Om beställaren vill uppföra två skolor varav den ena skolan ska byggas av entreprenören X, kan parterna naturligtvis föreskriva att *om* entreprenören X även ska uppföra den andra skolan ska detta vara en ny entreprenad. Detta är dock enligt min mening redan en självklarhet eftersom den nya skolan inte klassas som ett ÄTA-arbete i enlighet med AB 04:s definition. För det andra är jag av uppfattningen att om parterna inte vet vilken typ av ”fortsättning” det kan röra sig om, kan de inte heller veta om ”fortsättningen” är ett ÄTA-arbete eller ej. Följaktligen är det inte möjligt att på förhand säga om ett arbete ska ses som en ny entreprenad eller inte. Detta kan parterna avgöra först när behovet av arbetet uppkommer och efter en utredning av huruvida arbetet är ett ÄTA-arbete eller ej.

Hane menar å sin sida att eftersom ÄTA-arbete per definition utgör samma entreprenad som kontraktsarbetena och den kontraktssumma de ansluter till så utgör inte detta någon ny eller egen entreprenad med egen slutbesiktning och garantitid.¹⁴⁰ Slutsatsen av Hanes argument är att en ny entreprenad inte uppkommer så länge det rör sig om ett faktiskt ÄTA-arbete enligt AB 04:s definition. Som jag ser det finns det två sätt att tolka Hanes uttalande.

Om Hane, genom att säga att ”ÄTA-arbete per definition utgör samma entreprenad som kontraktsarbetena”, bygger sitt argument på att kraven i sig, dvs. ”omedelbart samband med kontraktsarbetena” och ”inte av väsentligt annan natur än kontraktsarbetena”, leder till att arbetet per definition utgör samma entreprenad som kontraktsarbetena är jag av följande uppfattning. Om man ska se strikt till definitionen av kontraktsarbete och ÄTA-arbete så definieras ett kontraktsarbete enligt begreppsbestämningarna såsom ”arbete som enligt kontraktshandlingarna ingår i entreprenörens åtagande”. Kontraktshandlingarna i sin tur definieras såsom ”kontrakt jämte handlingar som är fogade till detta eller som i någon av dessa är angivna som gällande för kontraktsarbetena”. Ett ÄTA-arbete innebär per definition ”ändringsarbete, tillägsarbete som står i omedelbart samband med kontraktsarbetena och som inte är av väsentligt annan natur än dessa, samt avgående

¹⁴⁰ Rapport 2014:4, s. 195.

arbete”. Vid en *bokstavstolkning* av definitionerna står det enligt min mening inte klart att dessa arbeten utgör samma entreprenad. Kontraktsarbetena innefattar de facto *inte* ÄTA-arbeten och definitionen av ÄTA-arbete nämner ordagrant inget om att dessa skulle utgöra samma entreprenad. Däremot, mot bakgrund av tidigare analys av rekvisitens innebörd, är det mer tydligt att ÄTA-arbetet tillhör samma entreprenad som kontraktsarbetena. Att definitionen kräver ett omedelbart samband mellan tilläggsarbetena och kontraktsarbetena samt att dessa ska vara av samma natur innebär att dessa inte kan ses som två olika entreprenader.¹⁴¹

Om Hane istället bygger sitt argument på att AB 04 de facto definierar begreppet *entreprenad* såsom ”kontraktsarbeten jämte förekommande ÄTA-arbeten” är argumentet både självklart och logiskt. Utifrån definitionen kan man lätt konstatera att entreprenaden dels består av kontraktsarbetena, dels eventuella ÄTA-arbeten. Den mest korrekta formuleringen i detta fall skulle dock enligt min mening vara att *entreprenaden* per definition utgör kontraktsarbetena och eventuella ÄTA-arbeten.

ÄTA-arbeten har, precis som Hane skriver, ingen egen slutbesiktning eller garantitid. Jag är av uppfattningen att anledningen till att ÄTA-arbeten inte har en egen slutbesiktning eller garantitid beror på att ÄTA-arbetet är till för att dels kunna slutföra entreprenaden, dels uppnå det resultat beställaren önskade. ÄTA-arbeten är således inte ett ” eget ” arbete i den bemärkelse utan är endast till entreprenaden kopplade arbeten för att nå ett slutresultat. Att arbetena de facto ska utföras *under* entreprenadtiden och inte efter för att kunna klassas som ett ÄTA-arbete borde också motivera varför dessa arbeten inte har en egen slutbesiktning och garantitid. Slutbesiktningen sker därmed just av den slutförda entreprenaden, som förhoppningsvis är det beställare ville uppnå, och det finns då inget som motiverar en egen slutbesiktning eller garantitid. ÄTA-arbeten är endast arbeten som är nödvändiga för att nå ett avlämnande och därmed slutbesiktning.

¹⁴¹ Jfr. analysen i avsnitt 6.1.

En möjlighet att undersöka är huruvida det är möjligt att påstå att ÄTA-arbetena ingår i de ursprungliga kontraktsarbetena trots att detta inte är möjligt utifrån en bokstavstolkning av begreppsdefinitionen. I och med att beställaren redan vid anbudsinfördran är väl medveten om att ÄTA-arbeten kommer att förekomma, skulle detta möjligtvis kunna innebära att dessa räknas till kontraktsarbetena. Exempel: Beställaren skickar ut förfrågningsunderlag till olika entreprenörer. Entreprenörerna lämnar sina anbud som beställaren värderar. Trots att det inte står något föreskrivet om ÄTA-arbete, exempelvis i fråga om pris, är beställaren vid accept av anbud, likväl entreprenören, medveten om att ÄTA-arbeten med stor sannolikhet kommer att förekomma.¹⁴² Skulle denna vetskap kunna innebära att ÄTA-arbetet ingår i kontraktsarbetena? Enligt begreppsbestämningarna i AB 04 definieras kontraktshandlingarna såsom ”kontrakt jämte handlingar som är fogade till detta eller som i någon av dessa är angivna som gällande för kontraktsarbetena. Om parterna inte har upprättat ett kontrakt är de handlingar som utvisar parternas överenskommelse att betrakta som kontraktshandlingar”. Först kan konstateras att endast *vetskapen* om att ÄTA-arbeten kommer att förekomma inte kan likställas som en handling, såsom förutsätts enligt definitionen. Det lär inte heller vara något uttalat från parternas sida vid avtalsslut. För att då se till begreppet ”kontrakt” definieras detta enligt AB 04 såsom ”handling som undertecknas av parterna och som utvisar deras överenskommelse”. Handlingen kommer därmed inte att utvisa en medvetenhet om att ÄTA-arbeten kommer att förekomma såtillvida att det inte står skriftligen. Detta innebär enligt min mening att det inte är möjligt att säga att ÄTA-arbeten ingår i kontraktsarbetena utan utgör en ändring av dessa.

Då min uppfattning är att ett faktiskt ÄTA-arbete tillhör samma entreprenad som kontraktsarbetena, så kan arbetet inte utgöra en ny entreprenad. Detta beror på flera saker. Eftersom ändringsarbetet, tilläggsarbetet och det avgående arbetet är så pass sammanfogade med entreprenaden och kontraktshandlingarna i sin helhet, och att det ur en ansvarssynpunkt medför ett flertal olägenheter för både beställaren och entreprenören, visar detta att arbetena tillhör samma entreprenad. Även entreprenadavtalets särskiljande

¹⁴² Jfr. 80/20-regeln i avsnitt 2.4.

egenskaper, dvs. den vidsträckta ändringsbefogenheten samt entreprenörens rättighet och skyldighet, tyder på att ÄTA-arbeten tillhör den ursprungliga entreprenaden. Att ÄTA-arbetet inte heller har en egen slutbesiktning med egna garantitider visar också att det inte kan röra sig om en ny entreprenad. Sist men inte minst, sett ur AB 04:s perspektiv och definitionen av begreppet entreprenad, föreligger de facto ingen ny entreprenad i fråga om ÄTA-arbeten.

Sammanfattningsvis, utifrån avsnitt 6.1 och 6.2, är jag av uppfattningen att det är kontraktsarbetena som utgör de ursprungliga kontraktet. Att ett faktiskt ÄTA-arbete inte kan utgöra en ny entreprenad borde vara tämligen utrett och slutsatsen har även stöd av delar av rapporten 2014:4. Den mest korrekta formuleringen enligt min mening är att *entreprenaden* per definition utgör kontraktsarbetena och eventuella ÄTA-arbeten. Först när ett arbete inte uppfyller de rekvisit som stadgas för ett ÄTA-arbete rör det sig om en ny entreprenad, av den anledningen att arbetena inte tillhör den ursprungliga entreprenaden.

6.3 Innebörden av 8 kap. 4 § 1 p. LOU och art. 72 i det nya upphandlingsdirektivet

LOU bygger på direktiv 2004/18/EG, dvs. det numera äldre upphandlingsdirektivet och 4 kap. 8 § 1 p. och är således en implementering från detta direktiv. I nu gällande upphandlingsdirektiv 2014/24/EU ser bestämmelsen om kompletterande byggentreprenader lite annorlunda ut, varför det är av intresse att i vissa delar analysera dessa bestämmelser var för sig, se avsnitt 6.3.2 och 6.3.3, samt i vissa delar analysera dessa tillsammans, se avsnitt 6.3.1 och 6.3.4.

6.3.1 Syftet med regelverken

Av vikt för analysen är att först och främst se till det syfte som upphandlingsreglerna har. Som tidigare nämnts i avsnitt 3.1 är syftena med de svenska upphandlingslagarna främst att förhindra att offentliga medel används på ett otillbörligt sätt samt att se till att den offentliga sektorn ska göra bra affärer vid byggentreprenader. Detta tyder på att undantaget i 4 kap. 8 § 1 p. LOU syftar till att ändringar av kontrakt som *inte* medför att offentliga

medel används på ett otillbörligt sätt är tillåtna att direktupphandla under förutsättning att dessa ändringar inte bidrar till en dålig affär för den upphandlande myndigheten. Vidare är syftet att de fem grundprinciperna som nämnts i avsnitt 3.1 upprätthålls. Dessa innebär kortfattat att ingen entreprenör får diskrimineras på grund av nationalitet, att alla entreprenörer ska ges samma förutsättningar, att kraven och villkoren i upphandlingen ska stå i rimlig proportion till det som upphandlas, att upphandlingen präglas av öppenhet och förutsebarhet samt att intyg och certifikat som utfärdats av en medlemsstats myndigheter också ska gälla i övriga EU.¹⁴³ Sammanfattningsvis kan konstateras att 4 kap. 8 § och art. 72 påverkas av dessa syften i den grad att en ändring av ett kontrakt inte får medföra att dessa syften inskränks.

Att lagstiftaren år 2010 införde vissa regler i LOU som bland annat syftar till att skapa effektiva rättsmedel mot otillåtna direktupphandlingar tyder på att de rättsmedel som tidigare fanns inte var fullgoda och att det finns en stor angelägenhet att i så stor utsträckning som möjligt förebygga otillåtna direktupphandlingar.

6.3.2 8 kap. 1 § 1 p. LOU

Undantaget innebär som nämnts att beställaren har rätt att frångå det sedvanliga upphandlingsförfarandet när det gäller kompletterande byggentreprenader som inte ingår i det ursprungliga projektet/kontraktet, under förutsättning att dessa kompletteringar på grund av oförutsedda händelser är nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullgöras. Vidare krävs att kompletteringarna inte kan skiljas från det ursprungliga kontraktet utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten. Om kompletteringarna kan avskiljas måste de vara *absolut nödvändiga* för att kontraktet ska kunna fullgöras. Vidare stadgas i paragrafens andra stycke att det sammanlagda värdet av kontrakt som avses enligt första stycket inte får överstiga hälften av det ursprungliga kontraktets värde. Ordalydelsen och beloppsgränsen tyder enligt min mening på att det kan

¹⁴³ Upphandlingsmyndigheten – upphandlingsprinciperna.

röra sig om ganska betydande tillägg, så länge samtliga rekvisit är uppfyllda. Undantaget om beloppsgränsen är inte begränsat till en komplettering, utan det är tillåtet att göra fler kompletteringar där varje komplettering kan motsvara maximalt 50 % av kontraktssumman.

För att undantagsbestämmelsen ska vara tillämplig krävs för det första att det rör sig om tillägg från vad som tidigare upphandlats. Detta går att utläsa ur begreppet *kompletterande*. Att bestämmelsen ska tolkas restriktivt och att kompletteringarna ska vara nödvändiga (till och med absolut nödvändiga om kompletteringarna går att avskilja) tyder enligt min mening på att lagstiftaren velat begränsa antalet situationer där en direktupphandling är tillåten.

Som tidigare nämnts i avsnitt 3.2 uttrycker den fördjupande lagkommentaren att det ligger i sakens natur att ett tilläggsköp inte kan avse en helt ny byggtreprenad.¹⁴⁴ Enligt min mening förefaller det självklart att ett tillkommande arbete som i själva verket utgör en ny entreprenad inte kan direktupphandlas utan vidare, utan måste i detta fall uppfylla de krav som uppställs i 4 kap. 8 § 1 p. Vidare ger den fördjupande kommentaren exemplet att en separat skola som inte har något som helst samband med en pågående skolbyggnation inte kan klassas som en kompletterande byggtreprenad. Att exemplet de facto nämner en situation som påvisar en ändring som ger upphov till en ny entreprenad tyder enligt min mening på att det just är sådana typer av ändringar som avses i undantagsbestämmelsen, dvs. ändringar som inte har något som helst samband till pågående entreprenad och som därmed är att klassas som en ny sådan.

I princip går det att utifrån bestämmelsen utröna att en direktupphandling aldrig kan göras till följd av fel och brister i förfrågningsunderlaget. I avsnitt 3.2.3 beskrivs ett av rekvisiten som innebär att kompletteringarna måste ha föranletts av oförutsedda omständigheter och att dessa omständigheter inte får bero på den upphandlande myndigheten. Eftersom eventuella fel och brister beror på beställaren innebär detta således att om den

¹⁴⁴ Djup lagkommentar, Lexino, 2016.01.18.

upphandlande myndigheten de facto har missat viktiga saker i sitt förfrågningsunderlag så kan dessa missar inte räddas upp av direktupphandlingar i form av ÄTA-arbeten. Detta i sig borde ge upphov till att upphandlande myndigheter i största möjliga mån försöker undvika fel och brister i förfrågningsunderlaget, men fortfarande kvarstår det faktum att en stor del av de ÄTA-arbeten som uppkommer under en entreprenad är att hänföra just till dessa fel och brister.

6.3.3 Artikel 72

I det nya upphandlingsdirektivet har EU-lagstiftaren troligtvis önskat få till stånd en kodifiering av rättspraxis som rör väsentliga ändringar och lagstiftaren har därför infört en artikel som ordagrant behandlar ändring av kontrakt under löptiden.¹⁴⁵ Vid första anblick är artikeln relativt omfattande med många olika punkter som i sin helhet är något oklar. Som ovan nämnts i avsnitt 3.3.1 innebär dock artikeln i korthet att kontrakt som huvudregel inte får ändras utan att det genomförs en ny upphandling, art. 72.5. Art. 72.2 behandlar ändringar av mindre värde, art. 72.1 första stycket a-d berör ändringsklausuler, kompletterande inköp, oförutsedda omständigheter och byte av leverantör. Art 72.1 första stycket e tar sikte på övriga situationer och medger att undantag får göras från huvudregeln trots att förhållandena är sådana att de mer specifika undantagssituationerna enligt undantagsbestämmelserna i de första och andra grupperna inte föreligger. En förutsättning är dock att ändringarna inte får vara väsentliga.¹⁴⁶ Vad man kan konstatera är att artikeln täcker många olika situationer, dels genom de mer specifika punkterna, dels genom punkten e som täcker övriga situationer.

Att EU-lagstiftaren de facto önskat få till stånd en kodifiering av rättspraxis som rör *väsentliga ändringar* visar enligt min mening att både en språklig och ändamålsenlig tolkning leder till att det ska röra sig om större och grövre ändringar som i sin helhet ändrar det ursprungliga kontraktets karaktär. För att exempelvis se till den praxis som redogjorts

¹⁴⁵ SOU 2014:51, s. 315.

¹⁴⁶ Ibid., s. 316.

för i kapitel 4, och främst i Presstextmålet där det preciseras vilka typer av ändringar som är att se som väsentliga, ger detta stöd för min uppfattning. Bland annat nämner EU-domstolen att om ändringarna genom införandet visar *betydande* skillnader mot det ursprungliga kontraktet är dessa ändringar att se som väsentliga. Min uppfattning är e contrario att ändringar som fortfarande har ett samband med det ursprungliga kontraktet inte är att anse som betydande. De skillnader som EU-domstolen nämner visar istället att det ska vara svårt att kunna hänföra ändringarna till det ursprungliga kontraktet samt se sambandet mellan dem.

I skäl 107 till upphandlingsdirektivet sägs att man vid bedömningen av huruvida en ändring är väsentlig eller ej ska särskild hänsyn tas till omfattningen av och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter. Anledningen till detta är att sådana ändringar visar att parterna har för avsikt att omförhandla viktiga kontraktsvillkor. E contrario innebär detta att ändringar som varken ändrar omfattningen av parternas rättigheter och skyldigheter eller innehållet av dessa rättigheter och skyldigheter tyder på att det inte handlar om en väsentlig ändring. Ett exempel som *inte* ändrar omfattningen av och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter är enligt min mening just ÄTA-arbeten. Eftersom skyldigheten och rättigheten att utföra ett ÄTA-arbete i princip är obegränsad innebär detta att oavsett i vilken omfattning som ÄTA-arbeten uppkommer, har omfattningen inte ökat i förhållande till vad som avtalats från första början.

6.3.4 Kompletterande byggtreprenader

Vad som egentligen avses med begreppet kompletterande byggtreprenader är inte helt självklar likväl vilka ändringar lagtexten tar sikte på. Man borde emellertid kunna dra slutsatsen att det ska röra sig om ett tillägg från vad som tidigare upphandlats.

En fråga som är av stort intresse, som har uppkommit i flera avseenden i uppsatsen, är huruvida reglerna riktar sig mot ändringar som ger upphov till att en ny entreprenad uppkommer, eller om det gäller samtliga ändringar oavsett om de ger upphov till en ny entreprenad eller inte. För att ta ett exempel på ett arbete som torde innebära en ny

entreprenad och inte ett ÄTA-arbete: En entreprenör vinner en upphandling som består av renovering av tre våningar i ett sexvåningshus. Beställaren kommer under arbetets gång på att han även vill få de resterande tre våningarna renoverade. Det tillkommande arbetet, dvs. de tre resterande våningarna, skulle inte kunna motiveras med undantaget varken i direktivet eller i LOU – det rör sig helt enkelt om en ny entreprenad som enligt upphandlingslagstiftningen ska annonseras på nytt. Frågan blir därmed om det är denna typ av situation art. 72.1 b och 4 kap. 8 § 1 p. tar sikte på, eller om det även tar sikte på ÄTA-arbeten som enligt avsnitt. 6.2 tillhör kontraktshandlingarna som redan upphandlats. Enligt min mening, utifrån avsnitt 6.2.1 och 6.2.2 tyder det mesta på att det är ändringar som är så pass omfattande att en ny entreprenad uppkommer som måste kunna motiveras i enlighet med undantagsreglerna (speciellt i fråga om art. 72) för att det inte ska röra sig om en otillåten direktupphandling.

Både direktivet och LOU använder sig av begreppet kompletterande byggentreprenader och man tänker då lätt automatiskt att dessa har samma innebörd och åsyftar samma typ av ändringar. Vad man dock bör ha i åtanke är att EU-direktiven är utformade utan hänsyn till hur begrepp är formulerade och förstås i nationell rätt hos de olika medlemsstaterna.¹⁴⁷ Trots att mycket tyder på att båda bestämmelserna tar sikte på ändringar som ger upphov till en ny entreprenad, så kan man inte utesluta att direktivet tar sikte på just sådana ändringar och LOU samtliga ändringar.

¹⁴⁷ Rapport 2014:4, s. 190.

6.4 Är ÄTA-arbeten att likställas med kompletterande byggentreprenader?

Huruvida det finns något stöd för att tillämpa bestämmelserna i LOU i fråga om ÄTA-arbeten som upphandlats i enlighet med LOU har som framkommit enligt ovan till viss del utretts i Konkurrensverkets rapport 2014:4. Rapporten är till synes en förlängning av den tidigare rapporten 2011:2, som blev kritiserad av Hane i artikeln ”Konkurrensverket förstår inte byggentreprenader.”¹⁴⁸ Det finns dock enligt min mening fler intressanta aspekter att väga in vid bedömningen av huruvida det finns något stöd för att tillämpa regleringen om direktupphandling på ÄTA-arbeten, samt att det i vissa delar går att vidareutveckla argumenten.

I rapport 2014:4 besvaras frågan huruvida det enligt författarna finns något stöd att applicera LOU:s bestämmelser om förhandlat förfarande med föregående annonsering på ÄTA-arbeten. Svaret på frågan är nekande med argumentet att ”både en språklig och ändamålsenlig lagtolkning anger att kompletterande byggentreprenader utgör något artskilt mot den snäva avgränsning av ÄTA-arbeten till en och samma tekniska helhet som AB och ABT bygger på.”¹⁴⁹ Jag håller med författarna om att det i första hand föreligger en språklig skillnad mellan kompletterande byggentreprenader och ÄTA-arbeten. Likaså håller jag med författarna om att det föreligger skillnader i fråga om ändamålet med bestämmelserna, vilket kommer att behandlas nedan.

Vid en jämförelse mellan de rekvisiten som uppställs i de två olika bestämmelserna så krävs enligt 4 kap. 8 § LOU 1 p. att kompletteringarna beror på *oförutsedda omständigheter*, att dessa är *nödvändiga* för kontraktets fullgörande, att dessa utförs av den *ursprunglige entreprenören* samt att kompletteringarna *inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter kan skiljas* från det ursprungliga kontraktet eller om de kan avskiljas, är *absolut nödvändiga* för kontraktets fullföljande. De rekvisit som uppställs för

¹⁴⁸ Upphandling 24 – debattartikel, ”konkurrensverket förstår inte byggentreprenader”.

¹⁴⁹ Rapport 2014:4, s. 36.

ett arbete ska klassas som ett ÄTA-arbete är dels att arbetet ska stå i *omedelbart samband* till kontraktsarbetet, dels att arbetet inte är av *väsentligt annan natur* än kontraktsarbetet. Av dessa rekvisit kan urskiljas att vissa överensstämmer, vissa inte. ÄTA-arbeten förutsätter exempelvis inte ordagrant att arbetet är nödvändigt för att kontraktet ska kunna fullgöras såsom stadgas i fråga om kompletterande byggtreprenader. Däremot, om man gör en tolkning *e contrario* till exemplet som ges i kommentaren till 2 kap. 3 § AB 04, så går det ändå att urskilja att viss nödvändighet, dock inte absolut nödvändighet, förutsätts även vad gäller ÄTA-arbete. Vad gäller ÄTA-arbetet så behöver inte detta bero på oförutsedda händelser likt kompletterande byggtreprenader. Vad gäller att kompletteringarna inte ska kunna skiljas från det ursprungliga kontraktet utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter finns inte samma rekvisit uppställt för ett ÄTA-arbete. Däremot, som anförts i avsnitt 6.1, så är det möjligt att kunna använda sig av en sådan situation för att undersöka huruvida rekvisitet om omedelbart samband och teknisk helhet är uppfyllt. Två andra likheter med bestämmelserna är att det i båda fallen förutsätts att det rör sig om ett tillägg från vad som tidigare upphandlats samt att samma entreprenör utför detta arbete.

Vidare har som nämnts LOU och upphandlingsdirektivet till syfte att förhindra att offentliga medel används på ett otillbörligt sätt samt att se till att de grundläggande principerna ska upprätthållas. AB 04 i sin tur har till syfte att uppnå en optimal riskfördelning mellan parterna. Syftena mellan regelverken skiljer sig med andra ord markant åt.

I kommentaren till 2 kap. 3 § AB 04 hänvisar BKK *de facto* till lagen om offentlig upphandling. Värt att notera är dock att AB 04 hänvisar till ÄLOU, och därmed även 3 kap. 15 § 3 p. som då hade en annan lydelse än nu gällande 4 kap. 8 § 1 p. Detta innebär att BKK i kommentaren till 2 kap. 3 § AB 04 i princip hänvisade till LOU:s dåvarande begrepp ”tilläggsarbeten” och inte nödvändigtvis nuvarande begreppet ”kompletterande byggtreprenader”. Bergqvist m.fl. är dock av uppfattningen att detta, dvs. att AB 04

skrevs när ÄLOU var gällande, i sak inte medför någon skillnad.¹⁵⁰ Jag är av uppfattningen att man inte kan utesluta att det faktiskt kan vara av betydelse. När två regelverk använder sig av samma begrepp får man lätt uppfattningen att dessa åsyftar samma sak. Att 3 kap. 15 § 3 p. ÄLOU använde begreppet tillägsarbete kan ha påverkat BKK i den bemärkelsen att de kände att de var tvungna att göra en hänvisning till LOU.

För att fortsätta på analysen i avsnitt 6.3.2 om vilka ändringar som art. 72.1 b, dvs. en av de många artiklar som Sverige ska implementera i svensk lagstiftning år 2016, tar sikte på så står det enligt min mening klart att denna reglering är tänkt att främst motverka väsentliga ändringar av kontrakt som i princip ger upphov till en helt ny entreprenad. Eftersom jag i avsnitt 6.1 har kommit fram till att ett faktiskt ÄTA-arbete aldrig ger upphov till en ny entreprenad, så borde detta innebära att en beställare egentligen inte ska behöva se till den upphandlingsrättsliga regleringen för att avgöra om entreprenören får utföra ett ÄTA-arbete eller ej. Samma slutsats bör kunna dras i i fråga om 4 kap. 8 § 1 p. LOU. I avsnitt 6.3.1 analyseras vilka situationer som faller in under bestämmelsen och även där tyder mycket på att det är större ändringar som ger upphov till en ny entreprenad som inte får direktupphandlas utan vidare, så till vida att ändringarna inte uppfyller de stadgade rekvisiten.

Bergqvist m.fl. är av uppfattningen att det föreligger en rätt att direktupphandla om det rör sig om ett faktiskt ÄTA-arbete i AB 04:s mening, dock med den begränsningen att värdet av ÄTA-arbetena inte får uppgå till mer än 50 procent av kontraktssumman. De beskriver vidare att om det är

”...fråga om arbeten som behöver utföras i anslutning till men utanför arbetsområdet eller ett arbete som den upphandlande myndigheten eller enheten av andra skäl utan nackdel kan vänta med till dess entreprenaden färdigställts, dvs. inte ÄTA-arbeten i egentlig mening, föreligger inte

¹⁵⁰ Bergqvist m.fl., Offentlig upphandling av entreprenader inom byggsektorn, 2012, s. 71.

heller någon rätt att direktupphandla, även om det trots allt är ganska vanligt att så sker i praktiken.”¹⁵¹

Denna uppfattning stämmer väl överens med med den analys som hitintills gjorts. Möjligen hänförs tankarna till att LOU är tillämplig i fråga om ÄTA-arbete när författarna uttrycker att det föreligger en rätt att direktupphandla. Enligt min mening rör det sig nödvändigtvis inte om en rätt att direktupphandla, utan snarare en rätt för beställaren att beställa ÄTA-arbeten, och en rätt för entreprenören att utföra dessa ÄTA-arbeten. Om LOU inte är tillämplig i fråga om ÄTA-arbeten finns ingen anledning att använda upphandlingsrättsliga begrepp såsom direktupphandling. LOU har de facto företräde framför standardavtal såsom AB 04, men som framgått så finns inget direkt stöd för att LOU faktiskt är tillämplig på ändringar i form av ÄTA-arbeten som i sig inte ger upphov till en ny entreprenad. Om en ny entreprenad inte har uppkommit, måste man kunna dra slutsatsen att de till kontraksarbetena tillhörande ÄTA-arbetena i princip har blivit upphandlade, åtminstone bör det inte varken föreligga ett krav på en ny upphandling eller ett krav på att ÄTA-arbetena ska uppfylla rekvisiten som stadgas i undantagsregeln.

Vidare är jag av uppfattningen att 4 kap. 8 § och art. 72 i mångt och mycket vill förhindra att ändringar som ändrar det ursprungliga kontraktets karaktär direktupphandlas. För att se till ÄTA-arbeten står det klart att dessa typer av ändringar inte ändrar det ursprungliga kontraktets karaktär då tilläggsarbetet står i omedelbart samband med kontraksarbetena och då dessa inte är av väsentligt annan natur än kontraksarbetena. Det verkar således även i detta hänseende som att art. 72.1 b tar sikte på väsentliga ändringar som ger upphov till en ny entreprenad, och detta i sin tur leder till att ÄTA-arbeten faller utanför regleringen om direktupphandling.

¹⁵¹ Bergqvist m.fl., Offentlig upphandling av entreprenader inom byggsektorn, 2012, s. 72 f.

6.5 Är ett ÄTA-arbete en klar och tydlig ändringsklausul?

I det fallet man faktiskt skulle behöva motivera ett ÄTA-arbete i enlighet med upphandlingsreglerna för att inte göra sig skyldig till en otillåten direktupphandling kan det vara av intresse att undersöka en ny möjlighet. Som ovan nämnts i avsnitt 3.3.2 innehåller art. 72 en nyhet i förhållande till tidigare upphandlingsdirektiv. Art. 72.1 a innebär att ett kontrakt får ändras utan nytt upphandlingsförfarande om det i upphandlingsdokumenten finns en klart och tydligt angiven ändringsklausul. Frågan är om det skulle vara möjligt att hävda att ett ÄTA-arbete skulle kunna ses som en ändringsklausul?

För det första kan konstateras att den klara, exakta och entydiga ändringsklausulen ska anges i de ursprungliga upphandlingsdokumenten. Detta innebär e contrario att om ändringarna inte står föreskrivna i de ursprungliga upphandlingsdokumenten måste dessa istället kunna motiveras med de rekvisit som uppställs i artikeln för att kunna direktupphandlas. För det andra får kontraktets övergripande karaktär inte ändras genom ändringsklausulen. Att kontraktets ”övergripande karaktär” inte får ändras tyder enligt min mening på att det ska röra sig om större ändringar för att kunna rubba den övergripande karaktären. Eftersom det i artikeln inte står föreskrivet vilka typer av ändringar som avses, torde detta innebära att man kan göra en bred tolkning, och därmed även kunna inkludera ändringar såsom i form av ÄTA-arbeten. Det står förvisso att ändringsklausulerna *kan* omfatta prisändringsklausuler¹⁵² eller optioner, men inget tyder på att det endast är sådana ändringar som avses utan är snarare att ses som en exemplifiering.

Om man då utgår ifrån att samtliga entreprenörer i sina anbud prissatt ÄTA-arbeten, vilket i praktiken ofta sker, så måste detta innebära att en del av det första rekvisitet är uppfyllt – dvs. kravet att ändringen ska *anges* i de ursprungliga upphandlingsdokumenten. Genom att prissätta ÄTA-arbetet så klargörs att ändringsarbeten, tilläggsarbete och avgående arbeten kan förekomma samt till ett specificerat pris. Vidare krävs att ändringen ska anges klart,

¹⁵² Undantagsregeln kan ha ett visst samband med mål C-454/06 och C-337/98 och som rörde just en prisändringsklausul.

exakt och tydligt. Vad detta innebär i praktiken framgår dessvärre inte av direktivet. Att ÄTA-arbetet de facto är prissatt måste till viss del uppfylla kravet på klarhet, exakthet och tydlighet. Problemet ligger dock enligt min mening i att det inte går att förutse i vilken omfattning eller exakt vad dessa tilläggsarbeten kommer att bestå av. Det man dock kan vara säker på är att om det gäller tilläggsarbeten så kommer dessa att stå i omedelbart samband med kontraktsarbetena och att tilläggsarbetena inte kommer vara av väsentligen annan natur än dessa. Eftersom det finns ett starkt samband mellan kontraktsarbetena och tilläggsarbetena så kan man försäkra sig om att ändringarna i sin helhet ligger inom ramen för entreprenaden och det i sig borde resultera i att ändringarna kan ses som klara, tydliga och exakta.

Om endast prissättningen av ÄTA-arbeten inte uppfyller kravet på ändringens klarhet, tydlighet och exakthet så borde det vara möjligt att kunna uppnå detta genom att mycket kort i upphandlingsdokumenten beskriva ändringar som kan komma att ske. Eftersom ett av de största problemen som ger upphov till ÄTA-arbeten ligger i fel och brister i förfrågningsunderlagen, borde man i samband med prissättningen av ÄTA-arbeten kunna föreskriva att dessa bland annat ska gälla för just dessa fel och brister som upptäcks under entreprenadens utförande. Parterna har således i det ursprungliga upphandlingsdokumentet dels prissatt ÄTA-arbetet, dels klargjort att ändringar kan komma att erfordras i det fall fel och brister upptäcks. Förvisso är dessa fel och brister inte konkretiserade i den bemärkelsen att parterna inte detaljerat beskriver felen och bristerna, men detta är trots allt en omöjlighet innan de faktiskt uppmärksammas. I princip så borde man därmed kunna uppnå klarhet, tydlighet och exakthet genom att parterna i någon mån i upphandlingsdokumenten anger omfattningen och arten av eventuella ändringar.

Oavsett om ändringarna uppfyller ovanstående krav får de aldrig rubba kontraktets övergripande karaktär. Detta torde dock inte vara några problem i fråga om ÄTA-arbeten eftersom de utgör en teknisk helhet med kontraktsarbetena och den övergripande karaktären torde därmed inte kunna ändras så länge det rör sig om ett faktiskt ÄTA-arbete. Att klausulerna inte bör ge den upphandlande myndigheten obegränsad frihet torde inte heller

vara något problem. Eftersom tilläggsarbetet begränsas genom dess definition, dvs. genom kravet på omedelbart samband och samma natur, så innebär detta att inte alla ändringar kan ses som klart, tydliga ändringsklausuler utan endast de som faller in under definitionen för ÄTA-arbetet.

6.6 Har ÄTA-arbetet upphandlats i konkurrens?

En ytterligare intressant fråga att analysera är huruvida ÄTA-arbeten upphandlats i samband med den ursprungliga entreprenaden eller inte. Om ÄTA-arbetena de facto har upphandlats innebär detta således att parterna inte behöver se till den upphandlingsrättsliga regleringen för att avgöra huruvida ÄTA-arbetet är en tillåten direktupphandling eller ej.

I rapport 2014:4 skriver författarna att

”medan kontraksarbetena upphandlas i konkurrens, är det långt ifrån alltid priser för ÄTA-arbeten de facto konkurrensutsätts vid upphandlingen, vilket heller inte alla gånger låter sig göras i praktiken. Eftersom ÄTA-arbeten per definition utgör en och samma tekniska helhet som kontraksarbetena är det, på grund av entreprenörens ansvar för entreprenaden, normalt inte heller möjligt att låta andra entreprenörer konkurrera om ett ÄTA-arbete som skall utföras med den på byggarbetsplatsen etablerade entreprenören.”¹⁵³

Att priset för ÄTA-arbetena inte alltid konkurrensutsätts stämmer i de fall då entreprenören i sitt anbud inte prissätter ÄTA-arbetena. En enkel lösning på detta är att helt enkelt i förfrågningsunderlaget föreskriva att samtliga entreprenörer ska prissätta dessa. Svårigheten ligger dock i hur beställaren de facto ska värdera prissättningen av ÄTA-arbetena i förhållande till kontraktssumman. Om man utgår ifrån att, som nämnts i avsnitt 2.4, 20 % av den slutliga entreprenadsumman avser ÄTA-arbeten och att det är något som beställaren normalt bör vara beredd på, så borde en lösning kunna vara att beställaren gör ett fiktivt påslag på kontraktssumman i form av att varje entreprenörs pris för ÄTA-arbetet multipliceras med ett X antal timmar som adderas med respektive anbud. Genom denna

¹⁵³ Rapport 2014:4, s. 33-34.

lösning kommer det inte heller råda några frågetecken kring huruvida ÄTA-arbetena är upphandlade i konkurrens eller ej. Ett skäl som talar emot lösningen är i det fallet entreprenör 1 har lägst kontraktssumma, men entreprenör 2 vinner upphandlingen trots sin högre kontraktssumma av den anledningen att det fiktiva påslaget blivit mindre. Om det i slutändan visar sig att inga ÄTA-arbeten uppkommit har beställaren således antagit fel anbud då entreprenör 1 hade ett lägre anbud. Trots detta är jag av uppfattningen att ett fiktivt påslag kan vara en bra lösning då uppkomsten av ÄTA-arbeten i regel alltid förekommer.¹⁵⁴

Om en fiktiv summa inte adderats till kontraktssumman, och om entreprenörerna inte heller prissatt ÄTA-arbetena i anbudet, kvarstår frågan huruvida ÄTA-arbetena har upphandlats i konkurrens eller inte. För att se till analysen i avsnitt 6.2 har jag kommit till slutsatsen att så länge det rör sig om ett ÄTA-arbete i enlighet med AB 04:s definition så kan ett tillkommande arbete aldrig ses som en ny entreprenad. Med detta konstaterande kan man dock inte dra slutsatsen att ÄTA-arbetena har upphandlats. Att ÄTA-arbetena de facto inte finns föreskrivna i kontraktshandlingarna – som är föremålet för upphandlingen – tyder till viss del på att dessa inte upphandlats i konkurrens.

6.7 Konflikter mellan AB 04 och LOU

Som framgått enligt ovan sker en kollision mellan AB 04 och LOU i vissa hänseenden, dels i form av att reglerna inte samspelar till fullo, dels i form av att det föreligger motstridiga intressen. Dessa problem kommer att analyseras nedan.

6.7.1 Entreprenörens rättighet och skyldighet att utföra ÄTA-arbeten i förhållande till LOU:s krav på upphandling

Som konstaterats har entreprenören både en skyldighet och rättighet att utföra ÄTA-arbeten medan LOU verkar för att varje byggentreprenad ska upphandlas. En kollision sker således mellan entreprenörens ovillkorliga avtalsreglerade rätt att utföra ÄTA-arbeten och

¹⁵⁴ Se även Rapport 2014:4, s. 193, där författarna är av samma uppfattning.

myndigheternas skyldighet att på nytt upphandla entreprenadarbeten som inte kan direktupphandlas i enlighet med 4 kap. 8 § 1 p.¹⁵⁵ I det fallet ett ÄTA-arbete måste motiveras i enlighet med undantagsregeln för att kunna direktupphandlas, och det visar sig att en sådan direktupphandling inte kan ske, sker en inskränkning av entreprenörens rättighet och skyldighet enligt AB 04. Att beställaren de facto kan bli skadeståndsskyldig jämt emot entreprenören för sådana inskränkningar är ytterligare ett problem.

I lagkommentaren till 4 kap. 8 § 1 p. LOU sägs att det är oklart hur de två regelverken samspelar på denna punkt i fråga om myndighetens eventuella ersättningsskyldighet. Ett enligt kommentaren sätt att lösa detta problem är genom att den upphandlande myndigheten ändrar texten i den fasta bestämmelsen 2 kap. 3 § AB 04 så att entreprenören inte är berättigad att utföra ÄTA-arbeten utan enbart har en skyldighet att utföra sådana. Denna lösning leder till att den upphandlande myndigheten inte kan bli ersättningsskyldig i det fallet ÄTA-arbetet upphandlas för sig och en annan entreprenör vinner upphandlingen och senare utför det tillkommande arbetet, men problemet kvarstår fortfarande i fråga om felansvar. Om beställaren endast föreskriver en skyldighet för entreprenören att utföra ÄTA-arbeten så innebär detta e contrario att vilken entreprenör som helst kan få i uppdrag att utföra detta arbete. Detta leder i sin tur till att det kan uppstå oklarheter om vem som bär felansvar och huruvida garantier är gällande. Dessa oklarheter innebär en väldigt stor risk för beställaren i den bemärkelsen att det blir svårigheter i att härleda ansvaret till rätt entreprenör. Även om följande argument är långsökt, går det dock inte att utesluta risken för att den ursprungliga entreprenören, vid en upphandling av dessa ÄTA-arbeten, helt enkelt väljer att inte lämna anbud på dessa i förhoppning att kunna undgå ett eventuellt felansvar. Att ta bort rättigheten att utföra ÄTA-arbetet är därmed enligt min mening ingen bra lösning på problemet.

Om man istället utgår ifrån att regeln i 4 kap. 8 § har för avsikt att motverka direktupphandlingar av tillkommande arbeten som egentligen utgör en ny entreprenad så

¹⁵⁵ Lagkommentar i till 4 kap. 8 § LOU, Zeteo, 2016.02.08.

uppkommer inte den ovan nämnda problematiken, dvs. det kan inte uppkomma några frågetecken kring felansvar eftersom det tillkommande arbetet inte kommer att vara innanför entreprenadgräns, samt att en ersättningskyldighet inte kommer att förekomma då det inte rör sig om ett faktiskt ÄTA-arbete enligt AB 04:s definition.

6.7.2 Konkurrensverkets syn på ÄTA-arbeten

Det verkar vara en vedertagen uppfattning att ett av det största problemen, som i sig ger upphov till ÄTA-arbeten, är beställarens bristfälliga förfrågningsunderlag. Att det uppkommer frågetecken, både *vid* kalkylering på förfrågningsunderlaget och *under* arbetets gång, är snarare en regel än ett undantag vilket onekligen ställer till vissa problem, inte minst vid diskussion huruvida ÄTA-arbeten måste upphandlas eller ej.

Konkurrensverket menar att entreprenörer medvetet lämnar för låga anbud för att sedan ”dammsuga” förfrågningsunderlaget på oklarheter för att sedan kompensera sig detta genom ÄTA-arbeten och att detta leder till konkurrenshämmande effekter. I denna mening förstår jag det problem som Konkurrensverket beskriver – i de fall detta faktiskt förekommer. Med detta sagt är jag inte av uppfattningen att en upphandling av ÄTA-arbeten skulle lösa problemet då det uppstår många olägenheter för beställaren och entreprenören.

Om man vänder på hela argumentet om att ÄTA-arbeten skulle kunna leda till konkurrenshämmande effekter så förekommer som ovan nämnts ofta oklara och tvetydiga förfrågningsunderlag. Dessa oklarheter och tvetydigheter innebär en risk för entreprenören i den bemärkelsen att denne dels inte kan övertyga sig om att bli fullt kompenserad för arbetet, dels att det kan uppkomma dispyter mellan entreprenören och beställaren vilket kan resultera i att entreprenören inte får fler förfrågningar. Den senare nämnda risken kan därför leda till att entreprenören väljer att inte ta upp ett ÄTA-arbete överhuvudtaget – vilket inte heller är önskvärt.

Risken som entreprenören bär skulle bli oerhört mycket större om det fanns restriktioner och återhållsamhet vad gäller ÄTA-arbeten samt om dessa under vissa förutsättningar måste upphandlas. Eftersom upphandling ska ske i konkurrens med andra entreprenörer är det inte alls en självklarhet att det är den ursprunglige entreprenören som får utföra dessa ÄTA-arbeten. Detta skulle i sin tur kunna leda till att entreprenörer inte lämnar anbud överhuvudtaget vilket resulterar i att konkurrensen påverkas negativt. Denna lösning skulle således också kunna leda till konkurrenshämmande effekter vilket inte är önskvärt varken från Konkurrensverkets sida eller samhället i stort.

En lösning enligt min mening är att istället ställa större krav på de upphandlande myndigheternas förfrågningsunderlag – dvs. källan där ÄTA-arbeten ofta uppstår ifrån. I dagsläget framgår det bland annat av praxis att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en entreprenör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen.¹⁵⁶ Enligt min mening är dock inte kravet på förfrågningsunderlagets tydlighet tillräckligt. Om man skulle lagstifta ett högre krav på den upphandlande myndighetens förfrågningsunderlag och eventuellt även införa en sanktion mot otydliga och tvetydliga förfrågningsunderlag så är jag av den uppfattningen att de upphandlande myndigheterna skulle lägga mer tid på dessa underlag och därmed skulle få fram ett mer tydligt, genomtänkt och fullständigt förfrågningsunderlag. Detta skulle i sin tur få effekten att ÄTA-arbeten i samma utsträckning som idag inte skulle förekomma. För att ge ett exempel som konkretiserar problemet så kan det förekomma att det i rums-, ram- eller byggbeskrivningen (som är en del av förfrågningsunderlaget) står föreskrivet att en viss kvalitetsnivå ska uppnås för ett visst måleriarbete på en viss yta. I en annan beskrivning står det föreskrivet att en *annan* kvalitetsnivå ska uppnås för nyss nämnda måleriarbete och yta. Här föreligger motstridiga uppgifter som inte kan göras gällande i olika ordningar i enlighet med 1 kap. 3 § AB 04. Dessa typer av oklarheter ska inte behöva räknas in i ett anbud till fast pris varför ett ÄTA-

¹⁵⁶ RÅ 2002 ref. 50.

arbete uppstår. Om mer tid hade lagts på förfrågningsunderlaget hade möjligtvis dessa fel av uppmärksamhets, och ett ÄTA-arbete hade därmed inte uppkommit.

Problemet som beskrivs, dvs. att entreprenörer använder ÄTA-arbeten som ett konkurrensmedel vid anbudsgivning, är självklart något som måste motverkas för att kunna upprätthålla en bra och nyttig konkurrens. Däremot får man inte glömma att alla entreprenörer räknar på samma underlag, dvs. alla entreprenörer skulle i princip kunna ”dammsuga” förfrågningsunderlaget och därmed kunna lämna ett lägre anbud i förhoppningen att kunna kompensera sig med ÄTA-arbeten. Alla entreprenörer har samma förutsättningar, men inte nödvändigtvis samma kompetens. Problemet som jag ser det är inte nödvändigtvis att entreprenören utnyttjar ÄTA-arbete för tex. oklara handlingar. Problemet ligger istället i, enligt min mening, att det faktiskt finns möjlighet att ”dammsuga” underlaget från första början, dvs. om det inte fanns några oklarheter så skulle det inte ge upphov till några ÄTA-arbeten. En bättre reglering av krav på förfrågningsunderlaget skulle vara ett alternativ till att undgå detta problem.

Att lagstifta ett krav på beställaren att kontrollera ”för låga anbud” och även begära en förklaring av entreprenören är en lösning som enligt min mening kommer att förebygga uppkomsten av vissa ÄTA-arbeten. I de fall ett lågt anbud beror på att entreprenören missat något i förfrågningsunderlaget, alternativt uppfattat vederlaget på ett felaktigt sätt, kan entreprenören korrigera priset istället för att i ett senare skede kräva ersättning i form av ÄTA-arbeten. Om det låga anbudet istället beror på en oseriös entreprenör, kan denna genom lagstiftningen uteslutas från upphandlingen vilket i sig förhindrar ”dammsugning” av förfrågningsunderlaget och därmed uppkomsten av ÄTA-arbeten.

7. Slutsats

Efter att i ett första skede ha analyserat innebörden av de två rekvisiten som stadgas i 2 kap. 3 § AB 04 har jag kommit till slutsatsen att vad gäller att det tillkommande arbetet inte ska vara av väsentligt annan natur än kontraktsarbetena så innebär detta att det tillkommande arbetet ska falla inom ramen för fackområdet/-områdena för kontraktsarbetena. Vad gäller kravet på omedelbart samband har jag kommit till slutsatsen att så länge de tillkommande arbetena ska utföras inom entreprenadgräns så uppfyller dessa kravet på omedelbart samband. När det kommer till frågan om när ett tillkommande arbete utgör en ny entreprenad är slutsatsen att så länge det inte föreligger ett ÄTA-arbete enligt AB 04:s definition så föreligger en ny entreprenad. När det rör sig om ett faktiskt ÄTA-arbete så tillhör detta entreprenaden, dvs. kontraktsarbetena jämte förekommande ÄTA-arbeten.

I fråga om vilka ändringar som LOU och det nya upphandlingsdirektivet tar sikte på har jag kommit till slutsatsen att bestämmelserna riktar sig mot ändringar som inte utgör ÄTA-arbeten enligt AB 04 och därmed utgör nya entreprenader. Detta innebär således att om ett arbete inte utgör ett ÄTA-arbete så måste beställaren se om LOU tillåter en direktupphandling i enlighet med 4 kap. 8 § 1 p. Om arbetet de facto utgör ett ÄTA-arbete, så torde LOU inte vara tillämplig och arbetet borde därmed kunna beställas av beställaren utan att se till det upphandlingsrättsliga regelverket. Frågan huruvida ÄTA-arbeten och kompletterande byggentreprenader kan likställas är enligt min slutsats nekande. Utifrån analysen i 6.1, 6.2 och 6.3 går att urskilja att både begreppen och regelverken skiljer sig åt och att kompletterande byggentreprenader har för avsikt att förhindra direktupphandlingar av nya entreprenader, vilket e contrario inte innebär ÄTA-arbeten.

Huruvida ett ÄTA-arbete skulle kunna ses som klart och tydligt angiven ändringsklausul så har jag kommit till slutsatsen att detta torde vara möjligt under förutsättning att ÄTA-arbetena är prissatta i det ursprungliga upphandlingsdokumentet. Om parterna utöver prissättning gör en kortare beskrivning av vad dessa ändringar kan komma att avse ökar möjligheterna att se ÄTA-arbeten som en klart och tydligt angiven ändringsklausul.

Vad gäller frågan huruvida ett ÄTA-arbete kan anses ha upphandlats i konkurrens i samband med kontraktshandlingarna är min slutsats att svaret är nej så till vida att ÄTA-arbetet inte har prissatts i förfrågningsunderlaget. Först när ÄTA-arbetet är prissatt, och ett fiktivt påslag har gjorts, kan kravet på upphandling i konkurrens anses uppfyllt.

8. Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

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

Asplund, Anders, Ehn, Magnus, Johansson, Daniel & Olsson, Erik, Överprövning av upphandling: och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Jure, Stockholm, 2012.

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

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.

Höök, Rolf, Entreprenadjuridik: [förvaltning, garantitid, byggperiod, upphandling, projektering], 5. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2008.

Källenius, Sten, Entreprenadjuridik: kommentar till svenska teknologföreningens allmänna bestämmelser för entreprenader inom husbyggnads- samt väg- och vattenbyggnadsfacken, Byggnadsindustrins förl. (distr.), Stockholm, 1960.

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, 3., [utök.] uppl., Jure, Stockholm, 2013.

Rådberg, Åke, Entreprenören och entreprenaden: några centrala frågor i AB 04, Svensk byggtjänst, Stockholm, 2011.

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

Offentligt tryck

Proposition 2009/10:18

SOU 2014:51

Rättspraxis

Mål C-454/06

Mål C-20/01

Mål C-28/01

Mål C-601/10

Mål C-337/98

RÅ 2002 ref. 50

Konkurrensverkets rapportserie

Rapport 2011:2

Rapport 2013:6

Rapport 2014:4

Rapport 2015:9

Internetkällor

Föreningen BKK

[Http://foreningenbkk.org](http://foreningenbkk.org) (03.12.15)

Upphandlingsmyndigheten – om upphandlingsreglerna

[Http://upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/](http://upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/) (10.12.15)

Upphandlingsmyndigheten – upphandlingsprinciperna

[Http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/upphandlingsprinciperna/](http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/upphandlingsprinciperna/) (23.12.15)

Konkurrensverket – upphandling utan annonsering

[Http://www.konkurrensverket.se/upphandling/utan-annonsering/](http://www.konkurrensverket.se/upphandling/utan-annonsering/) (23.12.15)

Upphandling 24 – debattartikel, *konkurrensverket förstår inte byggentreprenader*

Hane, John, 07.08.13.

[Http://upphandling24.se/konkurrensverket-forstar-inte-byggentreprenader/](http://upphandling24.se/konkurrensverket-forstar-inte-byggentreprenader/) (23.01.16)

Direktiv

2004/18/EG

2014/24/EU

Standardbestämmelser

Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader: AB 04, Svensk byggtjänst, Solna, 2004

Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, AB 72, samt kontraktsformulär och anbudsformulär, Svenska Teknologföreningens formulär 18/72, 19/72, 20/72 och 21/72: Motiv AB, STF, Stockholm, 1973.

Artiklar

SvJT 2013 s. 233

Övriga källor

Projektplan 2013-09-22

Beslut 2010-12-06 Dnr 582/2010 Sundsvall Arena AB

Konkurrensverket, yttrande 2014-09-25, Dnr 510/2014.