

Dnr 651/2023

Konkurrensverket  
[konkurrensverket@kkv.se](mailto:konkurrensverket@kkv.se)

## Synpunkter på ställningstagande om ändringar enligt ÄTA-bestämmelserna

*Byggherrarna är en intresseförening för professionella byggherrar som arbetar för att stärka och utveckla byggherrerollen och det svenska samhällsbyggandet. Föreningens medlemmar är långsiktiga byggherrar och beställer årligen byggprojekt för mer än 100 miljarder kronor.*

*Byggherrarna lämnar härmed följande synpunkter på remissen.*

### YTTRANDE

Offentlig upphandling är en lagreglerad inköpsprocess som ska se till att offentliga inköp öppnas för konkurrens och att offentliga medel används så effektivt som möjligt. Konkurrensverket har i sitt utkast till ställningstagande två principiella invändningar mot AB 04 och ÄTA-bestämmelserna, dels att *ÄTA-bestämmelserna inte uppfyller de krav som finns för ändrings- och optionsklausuler i 17 kap. 10 § LOU*, vilket Konkurrensverket menar är ogynnsamt för konkurrensen, dels att *endast hänvisning till AB 04 därför kan leda till otillåten direktupphandling*.

Byggherrarna delar inte Konkurrensverkets bedömningar och slutsatser.

### Uppfyller ÄTA-bestämmelserna kraven i LOU 17 kap. 10§?

**Konkurrensverket gör bedömningen** att bestämmelserna i 2 kap. 3–4 §§ AB 04 inte uppfyller kraven på ändrings- och optionsklausuler i 17 kap. 10 § LOU. Konkurrensverket menar att bestämmelserna i 2 kap. 3–4 §§ AB 04 med tillhörande kommentar och begreppsbestämningar *”inte klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas”*. Konkurrensverket menar vidare att bestämmelsen inte heller anger *”omfattningen och arten”* av ändringen som kan komma att göras.

**Byggherrarna anser** att Konkurrensverkets ställningstagande bygger på en isolerad läsning och tolkning av ÄTA-bestämmelserna, lyft ur sin kontext. Det följer av 1 kap. 2 § AB 04 att kontraktshandlingarna kompletterar varandra med följden att flera kontraktshandlingar behöver läsas tillsammans för att fullständigt klarlägga entreprenörens åtagande. Byggherrarna vill understryka att ÄTA-bestämmelserna inte är avsedda att läsas och tolkas isolerat och att Konkurrensverket därför inte kan dra en generell slutsats att bestämmelsen inte uppfyller kraven i 17 kap. 10 § LOU.

**Byggherrarna menar vidare** att ÄTA-bestämmelserna inte är behäftade med en så stor osäkerhet som Konkurrensverket gör gällande. När de läses tillsammans med övrigt upphandlingsunderlag, såsom teknisk beskrivning, ritningar och konstruktionsberäkningar ger begreppen "*omedelbart samband*", "*teknisk helhet*" och "*väsentlig annan natur*" i 2 kap. 3–8 §§ AB 04 med kommentar och begreppsdefinition, en fullgod ledning för anbudsgivare om i vilka fall, i vilken omfattning och vilken art av ändringar som kan komma att bli aktuella.

Här bör också påpekas att det inte är specifikt för de svenska standardkontrakten att entreprenadkontrakt förutsätter ett visst mått av flexibilitet för att säkerställa att beställaren faktiskt får den produkt som upphandlats. Liknande skrivningar återfinns internationellt.

**Konkurrensverket menar vidare** att ÄTA-bestämmelserna lämnar ett stort utrymme för oförutsebar tillämpning och att en anbudsgivare med större erfarenhet av hur ÄTA-bestämmelserna tillämpas i praktiken kan, genom att vara mer van att "*identifiera brister i upphandlingsdokumenten*" och därigenom potentiella ÄTA-arbeten, få en otillbörlig konkurrensfördel gentemot andra leverantörer med mindre erfarenhet (se p. 49–51).

**Byggherrarna menar** att byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader är komplexa och behäftade med en påtaglig svårighet att förutse alla situationer som kan uppstå, såsom nya myndighetskrav eller avvikande markförhållanden under pågående entreprenad. Som påtalats ovan förutsätter entreprenader en viss mån av flexibilitet. Det handlar således inte om "*brister i upphandlingsdokumenten*".

**Byggherrarna menar vidare** att en anbudsgivares fackmässiga bedömning i de här frågorna är viktig för konkurrensen. En fackmässig bedömning bör inte reduceras till att betraktas som en anbudsgivares förmåga att "*identifiera brister i upphandlingsdokumenten*". Det handlar om en yrkesmässig förmåga att dra korrekta slutsatser från tillhandahållet material och förhållandena inom arbetsområdet. Att

vissa entreprenörer är mer yrkesmässigt kunniga än andra kan inte tas till intäkt för att ÄTA-bestämmelserna lämnar ett stort utrymme för oförutsebar tillämpning.

Byggherrarna vill upplysa Konkurrensverket om att det i vissa fall inte är skäligt att se ÄTA-bestämmelserna som en ändrings- och optionsklausul utifrån 17 kap. 10 § LOU. Exempelvis när det kommer till förarledda (likställda) ÄTA-arbeten kan det hävdas att ÄTA-bestämmelserna snarare bör ses som kostnadsreglering för kontraktsevenliga arbeten. Byggherrarna anser dock att oavsett diskussionen huruvida ÄTA-arbeten bör ses som en ändring av kontrakt eller inte, kan ÄTA-bestämmelserna anses uppfylla 17 kap. 10 § LOU.

#### **Leder ÄTA-bestämmelserna till otillåten direktupphandling?**

**Konkurrensverket menar** att genomförandet av en ändring av ett kontrakt eller ramavtal med endast hänvisning till ÄTA-bestämmelserna kan utgöra en otillåten direktupphandling.

**Byggherrarna anser** att så inte är fallet. När ÄTA-arbeten aktualiseras görs en bedömning av om arbetet har ett omedelbart samband med kontaktarbetet, att arbetet inte är av en väsentlig annan natur och utgör en del av en teknisk helhet. Vid en sådan bedömning kontrolleras vad som framgår av bl.a. tekniska beskrivningar och andra kontraktshandlingar. Därutöver görs en bedömning av beställaren hur arbetet förhåller sig till de upphandlingsrättsliga principerna (AB04 innehåller en hänvisning till LOU). Det innebär att beställaren analyserar om ÄTA-arbetena verkligen är ÄTA-arbeten i enlighet med kontraktshandlingarna eller bör vara föremål för ny upphandling.

**Byggherrarna vill därför igen understryka** att ÄTA-bestämmelserna inte är avsedda att läsas och tolkas isolerat. I praktiken är det inte möjligt att endast hänvisa till 2 kap. 3 § AB 04 utan hänsyn till kompletterande kontraktshandlingar. Vår bedömning är därför att ÄTA-bestämmelserna i AB 04 hanterar riskerna för otillåten direktupphandling.

#### **Avslutande kommentarer**

**Byggherrarna konstaterar** att Konkurrensverkets ställningstagande saknar en redogörelse för vilket problem som utlåtandet avser lösa. Det framgår exempelvis inte om det överhuvudtaget är ett utbrett problem med otillåten direktupphandling i samband med ÄTA-arbeten. Om otillåten direktupphandling sker under täckmantel av ÄTA-arbeten så bör problemet givetvis adresseras. Dock ser vi att det i de fallen snarare sker genom en felaktig tillämpning av ÄTA-bestämmelserna i AB 04.

**Vidare anser Byggherrarna** att det saknas en djupare konsekvensanalys av ställningstagandets påverkan på offentligt upphandlade byggtreprenader eller på vilket sätt ställningstagandet gynnar konkurrensen och effektiva upphandlingar. Byggherrarna saknar även praktiska exempel och en europeisk utblick, vilket kan ge förståelse för den generella problematiken och hur behovet av ÅTA-arbeten hanteras i andra länder.

**Vidare vill Byggherrarna understryka** att remissprocessen varit bristfällig. Tidsramen har varit allt för snäv och saknat ett strukturerat remissmissiv för att inhämta remissvar av berörda aktörer, trots de konsekvenser ställningstagandet kan få för offentliga upphandlare.

Vänliga hälsningar,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Tommy Lenberg'. The signature is fluid and cursive, with a large loop at the beginning and a long tail extending to the right.

Tommy Lenberg  
VD

Enligt uppdrag,  
Lilly Rosander, expert branschutveckling