

Till: EU-kommissionen

Från: Foyen Advokatfirma

Saken: Direktiven om offentlig upphandling – utvärdering

Ort och datum: Malmö och Stockholm den 7 mars 2025

1. INLEDNING

1.1 Foyen Advokatfirma ("Foyen") är en advokatbyrå som är verksam på den svenska marknaden. Foyen är nischad mot samhällsbyggnad med utgångspunkt i främst entreprenadrätt, upphandlingsrätt, fastighetsrätt, mark- och miljö rätt samt energi- och innovationsrätt. Inom dessa rättsområden företräder Foyen klienter i hela Sverige i både beställar- och leverantörsledet. Byråns jurister har mycket god erfarenhet av tillämpningen av upphandlingsdirektiven och nationell rätt i en svensk kontext.

1.2 Foyen vill inledningsvis tacka för möjligheten att lämna synpunkter på de nuvarande upphandlingsdirektiven. I den följande skriften lämnas synpunkter på ett flertal artiklar vilka Foyen anser bör vara föremål för översyn och revidering i förtydligande syfte eller ändring för att uppnå ändamålsenlighet.

2. ARTIKEL 10 I LOU-DIREKTIVET OCH ARTIKEL 21 I LUF-DIREKTIVET – UNDANTAG VID HYRA

2.1 Regelverket för undantag vid hyra måste förtydligas. I synnerhet vad som gäller vid blandade kontrakt, där upphandlande myndigheter genom konkurrensutsättning upphandlar en byggentreprenad separat och sedan hyr lokalen. Det är alltså otydligt vilken typ av konkurrensutsättning som måste ske för att kunna hyra en lokal.

2.2 Det krävs även tydliggörande avseende vilka anpassningar en hyresvärd kan göra utan att det krävs en konkurrensutsättning. Sedvanliga anpassningar bör snarast rikta sig till typ av anpassningar än typ av

verksamhet. Exempelvis kan det vara tillåtet att göra enklare anpassningar medan ändringar av bärande konstruktioner inte bör kunna ändras.

3. ARTIKEL 12 I LOU-DIREKTIVET – INTERN UPPHANDLING

3.1 Regelverket behöver förenklas och tydliggöras. Såväl strukturellt som hur kriterierna för verksamhetskriteriet som kontrollkriteriet ska beräknas och tillämpas i praktiken.

4. ARTIKEL 26 OCH ARTIKEL 29 I LOU-DIREKTIVET - FÖRHANDLAT FÖRFARANDE UNDER KONKURRENS

4.1 Förhandlat förfarande under konkurrens ska alltid vara tillåtet och ha samma status som öppet och selektivt förfarande. Som förfarandet är utformat tillvaratas konkurrensen fullt ut genom detta förfarande och något undantag krävs därför inte.

5. ARTIKEL 26.4 B OCH 32.2 A I LOU-DIREKTIVET SAMT ARTIKEL 50 I LUF-DIREKTIVET – ÖVERGÅNG TILL FÖRHANDLAT FÖRFARANDE MED RESPEKTIVE UTAN FÖREGÅENDE MEDDELANDE OM UPPHANDLING

5.1 Den nuvarande utformningen av LOU-direktivet är begränsande när det gäller möjligheterna att övergå till ett förhandlat förfarande med respektive utan annonsering. De begränsade möjligheterna gör att sådana övergångar leder till onödiga förseningar och merkostnader i upphandlingsprocessen.

5.2 Ett av de största problemen är den praktiskt svåra gränsdragningen mellan begreppen "olämpliga", "oacceptabla" och "ogiltiga" anbud. Denna oklarhet kan leda till felaktiga tolkningar och beslut om övergång till förhandlat förfarande, vilket i sin tur resulterar i överprövningar och onödiga förseningar av upphandlingsprocesserna. Foyen noterar att EU-domstolen har uttalat att ett oacceptabelt anbud också är att anse som olämpligt (C-376/21 Obshtina Razlog, punkt 62), men det saknas fortfarande klargöranden kring skillnaden mellan ett olämpligt och ett ogiltigt anbud. Denna oklarhet försvårar ytterligare de upphandlande myndigheternas möjligheter att fatta välgrundade beslut om övergång till förhandlat förfarande. Begreppen bör som minst tydliggöras i förhållande till deras respektive innebörd men allra helst bör LOU-direktivet, liksom LUF-direktivet, enbart använda ett begrepp (olämpliga anbud), av de skäl som redogörs för nedan.

5.3 En annan aspekt som Foyen vill lyfta fram är att den nuvarande utformningen av bestämmelserna i LOU-direktivet inte tydligt anger under

vilka omständigheter en upphandlande myndighet får göra en övergång till förhandlat förfarande jämfört med situationen att upphandlingen måste göras om, när det är frågan om övergång från ett annat förfarande än ett öppet eller selektivt sådant. Är det till exempel möjligt att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering från ett selektivt förfarande som genomförs i ett dynamiskt inköpssystem? Eller vid ett avrop från ett ramavtal genom förnyad konkurrensutsättning? Möjligheterna att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering bör i detta avseende förtydligas och även utvidgas.

5.4 Slutligen bör bestämmelserna om förutsättningar för övergång till förhandlat förfarande utan föregående annonsering i LOU- och LUF-direktiven göras enhetliga. LUF-direktivet ger upphandlande enheter större flexibilitet att hantera komplexa upphandlingssituationer än upphandlande myndigheter, då LOU-direktivet är mer restriktivt. Avsikten med de olika regleringarna är oklar. Foyen anser att reglerna i LUF-direktivet är mer ändamålsenliga och borde tillämpas i båda direktiven av följande skäl. Reglerna i LUF-direktivet ger upphandlande myndigheter större möjlighet att anpassa sig till komplexa upphandlingssituationer, där de upphandlande myndigheternas förväntningar på anbuden inledningsvis varit för höga. Genom att ta bort kravet på en ny annonsering kan upphandlingsprocessen påskyndas och byråkratin minskas och medlemsstaternas skattemedel kan nyttjas mer effektivt, särskilt i ett land som Sverige där antalet överprövningar av upphandlingar är högst i hela EU. Att ensa direktiven så att de motsvarar de nuvarande reglerna i LUF-direktivet skulle vidare främja en bättre konkurrens, eftersom fler leverantörer kan delta vid en övergång till förhandlat förfarande utan att vara bundna av ett anbud kopplat till en tidigare annonsering.

5.5 Mot bakgrund av ovanstående anser Foyen att det är nödvändigt att revidera upphandlingsdirektivens bestämmelser om övergång till förhandlat förfarande med respektive utan föregående annonsering. En sådan revidering bör syfta till att:

- Tydliggöra gränserna mellan begreppen "olämpliga", "oacceptabla" och "ogiltiga" anbud.
- Klargöra under vilka omständigheter en upphandlande myndighet får göra en övergång till förhandlat förfarande.
- Göra direktiven enhetliga så att bestämmelserna om övergång till förhandlat förfarande tillämpas på samma sätt.

6. ARTIKEL 42 I LOU-DIREKTIVET OCH ARTIKEL 60 I LUF-DIREKTIVET – TEKNISKA SPECIFIKATIONER

- 6.1 Utrymmet för att kräva ett särskilt fabrikat/varumärke/modell/o. dyl. bör utvidgas. Dagens högt ställda krav på tekniska beskrivningar och tillåtlighet av likvärdiga alternativ försvårar upphandlande myndigheters och enheters möjligheter att göra tillägg, utvidgning eller delutbyte av till exempel ett befintligt ventilationssystem. Prestanda- och funktionskrav borde alltid få ställas utifrån ett befintligt system. Det bör bedömas tillräckligt att kontraktet konkurrensutsatts vid den ursprungliga anskaffningen genom en annonserad upphandling.
- 6.2 Dagens krav medför en onödig och icke ändamålsenlig begräsning för upphandlande myndigheter och enheter samt ett onödigt komplicerat upphandlings- och anbuds-förfarande där kraven är omotiverat höga och skulle tjäna på större tillåtlighet av hänvisning till exempelvis ett särskilt fabrikat.

7. ARTIKEL 57 I LOU-DIREKTIVET – UTESLUTNING

- 7.1 Det blir allt vanligare att kriminella element och anbudsgivare som missköter sig kan vinna offentliga kontrakt. Uteslutningsgrunderna måste därför ändras. De fakultativa uteslutningsgrunderna kan göras obligatoriska och det bör tydliggöras att det är en vid personkrets som ska prövas i förhållande till dessa uteslutningsgrunder. Om någon anställd, eller annan företrädare för ett bolag, gjort sig skyldig till missförhållande i egenskap av anställd eller företrädare ska det finnas skäl att utesluta.
- 7.2 Det ska inte gå att kringgå uteslutningsgrunderna genom att lämna anbudet i ett annat bolag med anknytning till bolaget som är föremål för uteslutning.
- 7.3 Förklaringsbördan vid självsanering behöver utökas samt tidsfristerna i förhållande till självsanering måste kopplas till datum för när någon sanktion utfallit.

8. ARTIKEL 59 I LOU-DIREKTIVET – EUROPEISKT ENHETLIGT UPPHANDLINGSDOKUMENT

- 8.1 Det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet (ESPD) är en del av EU:s strävan att förenkla och harmonisera den offentliga upphandlingen inom unionen. Grundtanken var att minska den administrativa bördan för både leverantörer och upphandlande myndigheter genom att tillåta leverantörer att lämna en preliminär försäkran om sin lämplighet i stället

för att direkt inkomma med omfattande dokumentation. Detta system är i grunden positivt eftersom det minskar den administrativa bördan för både upphandlande myndigheter och leverantörer, samt underlättar för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar och bidrar därmed till ökad konkurrens.

- 8.2 Trots att ESPD-systemet upprättats av goda intentioner har det visat sig vara svårt att implementera effektivt i Sverige. En av de främsta anledningarna är att Sverige, till skillnad från många andra EU-länder, har en privatiserad marknad för upphandlingsverktyg. I flera andra medlemsstater har staten tagit fram och tillhandahåller centrala upphandlingsverktyg som säkerställer att ESPD-formuläret används enhetligt och enkelt av alla upphandlande myndigheter. I Sverige finns däremot ingen statligt framtagen plattform för ESPD, utan det är upp till de olika privata leverantörerna av upphandlingsverktyg att integrera ESPD-verktyget i sina system.
- 8.3 Detta har lett till en splittrad tillämpning där olika leverantörer av upphandlingsverktyg hanterar ESPD på olika sätt, vilket skapar problem för både leverantörer och upphandlande myndigheter. Leverantörer kan behöva hantera ESPD på olika sätt beroende på vilket upphandlingssystem som används i en viss upphandling, vilket ökar den administrativa bördan snarare än att minska den. Dessutom har det uppstått tekniska hinder för användning av ESPD, eftersom de upphandlande myndigheterna utformar sina kravställningar i kvalificeringsmomentet på så olika sätt. Det är därför också svårt för en leverantör att kunna återanvända tidigare inlämnade försäkringar, trots att detta är en av grundidéerna med systemet.
- 8.4 Både upphandlande myndigheter och anbudsgivare i Sverige upplever vidare ESPD-systemet som förvirrande, då texterna i ESPD-modellen följer direktivens bestämmelser och inte motsvarar reglerna i den nationella upphandlingslagstiftningen i det land som upphandlingen genomförs. Att vidare beskriva vad som gäller enligt båda regelverk leder till ofantligt omfattande upphandlingsdokument, där leverantörer behöver ta till sig stora mängder text för att förstå vad som efterfrågas för respektive krav i kvalificeringsmomentet. Detta kan avskräcka framför allt små och medelstora företag från att delta i upphandlingar.
- 8.5 För att ESPD ska fungera bättre skulle det krävas en mer flexibel och anpassningsbar lösning, exempelvis genom att möjliggöra för upphandlande myndigheter fortsatt använda preliminär försäkran men där denna kan justeras utifrån innehållet i nationell lagstiftning och kravställningen i respektive upphandling. Förslagsvis kunde verktyget också

göras lättare att använda med en sammanhållen digital lösning eller databas där leverantörer kan upprätthålla en uppdaterad profil i ett centralt register, och bara behöver komplettera detta med information om sin verksamhet vid förändringar, där upphandlande myndigheter kan granska informationen om leverantörerna i realtid.

9. ARTIKEL 56.3 I LOU-DIREKTIVET OCH ARTIKEL 76.4 I LUF-DIREKTIVET – FÖRTYDLIGANDEN OCH KOMPLETTERINGAR

- 9.1 De nuvarande bestämmelserna om förtydliganden och kompletteringar är i Foyens mening alltför restriktiva. I Sverige har likabehandlingsprincipen tolkats så strikt att även bagatellartade brister i anbud kan leda till förkastande. Bestämmelserna i direktiven i kombination med likabehandlingsprincipen har i Sverige lett till en begränsning av upphandlarnas handlingsutrymme. De tvingas välja mellan att anta ett bristfälligt anbud eller förkasta det utan möjlighet till dialog eller förtydligande. Ett onödigt förkastande av smått bristfälliga anbud, som i övrigt är affärsmässiga, kan resultera i onödiga merkostnader och förlorade affärsmöjligheter, vilket inte är i linje med syftet att främja konkurrens och innovation inom offentlig upphandling. Upphandlingarna blir inte så tids- och kostnadseffektiva som de skulle kunna vara och den offentliga sektorn går miste om potentiellt bra affärer och effektivt utnyttjande av skattemedel.
- 9.2 En annan aspekt som Foyen vill lyfta fram är hur den nuvarande bestämmelsen kan hindra mindre och ovana leverantörer från att delta i upphandlingar. Leverantörer som är vana vid privata avtalsförhandlingar är också vana vid att man i privata affärsrelationer har möjlighet att förtydliga och komplettera med information om sin verksamhet eller sitt anbud löpande. De strikta reglerna kan skrämja bort dessa aktörer från offentlig sektor, som inte har samma resurser eller erfarenhet för att navigera i komplexa upphandlingsprocesser. Även detta riskerar att begränsa konkurrensen och innovationen, vilket är negativt för såväl den offentliga sektorn som samhället i stort.
- 9.3 Den yttersta gränsen för vilka uppgifter som kan förtydligas och kompletteras borde, mot bakgrund av likabehandlingsprincipen, vara att uppgifterna inte får leda till att en anbudsgivare i själva verket lämnar in ett nytt anbud. Det innebär att det till exempel borde vara möjligt att förtydliga uppgifter om en produkts egenskaper utan att en ändring av produkten sker i anbudet. Det borde också vara möjligt att komplettera ett i anbudet beskrivet referensuppdrag med kontaktperson för kontroll av referensuppdraget, även om denna uppgift skulle saknas i anbudet. Samma

sak borde gälla ett byte av kontaktperson för referensuppdraget, då det kan hända att den angivna personen avslutat sin anställning eller är sjukskriven. Det bör förtydligas eller exemplifieras i direktiven att dessa typer av förtydliganden och kompletteringar av anbud är tillåtna, under förutsättning att offererade produkter eller tjänster byts ut eller ändras, att offererade priser eller mervärden ändras och att de nya uppgifterna inte motsäger tidigare lämnade uppgifter. Foyen anser därför att

- Regelverket bör tillåta mer omfattande förtydliganden och kompletteringar, särskilt om det kan ske utan att ge anbudsgivaren en oskälig fördel.
- Regelverket bör innehålla en tydlig definition eller exemplifiering av vad som är ett "otillåtet" respektive "tillåtet" i förhållande till förtydliganden och kompletteringar, då detta skulle minska osäkerheten och undvika att upphandlande myndigheter är överdrivet restriktiva vid sina bedömningar.

10. ARTIKEL 69 I LOU-DIREKTIVET OCH ARTIKEL 84 I LUF-DIREKTIVET – ONORMALT LÅGA ANBUD

10.1 Regelverket avseende onormalt låga anbud måste förändras. Som regelverket fungerar nu så urholkas den sunda konkurrensen genom att aktörer har stor möjlighet att dumpa sina priser i upphandlingen på bekostnad av sina konkurrenter för att sedan tvista om ersättning i kontraktet i efterhand. I teorin är bestämmelsen logisk men i praktiken gynnas leverantörer som utnyttjar möjligheten att försöka ta igen kostnader under kontraktstiden. Detta gäller i synnerhet vid ramavtal och byggentreprenadkontrakt där de yttre förutsättningarna ändras över tid och inte går att förutse vid upphandlingstillfället.

10.2 Leverantörer som lämnat ett onormalt lågt pris ska få en högre förklaringsbörda för att kunna tilldelas ett offentligt kontrakt.

10.3 Upphandlande myndigheter ska dessutom kunna styra prissättning genom angivelse av golvpriser respektive takpriser, i synnerhet om utvärdering sker med tillämpning av kvalitet i förhållande till pris eller kostnad.

11. ARTIKEL 72 I LOU-DIREKTIVET OCH ARTIKEL 89 I LUF-DIREKTIVET – ÄNDRING AV KONTRAKT UNDER LÖPTIDEN

11.1 Regleringen i artikel 71 punkt 1 a) hänvisar till klara, exakta och entydiga ändringsklausuler. Det stadgas vidare att sådana kan avse optioner (i vår tolkning tilläggsleverans av något slag) eller prisförändringsklausuler. Det

anges vidare att både arten och omfattningen av sådana ändringar samt att villkoren för när de får tillämpas ska anges i det upphandlade kontraktet. Vår tolkning i ett osäkert rättsläge är att direktivtexten avsetts, såsom också angivits, för tydliga optioner eller prisjusteringar. Det finns dock åtskilliga exempel på kontrakt som löper under lång tid och som av olika skäl har behov av ventiler för att balansera risk för oförutsedda händelser. Det gäller i viss mån komplexa och omfattande tjänster med därtill hörande köp av och installation av systemleveranser av olika slag. Framför allt gäller det dock sannolikt för entreprenadkontrakt.

- 11.2 Den svenska entreprenadrätten är i huvudsak oreglerad i lag och regleras i stället av i första hand två helt dominerande standardavtal, Allmänna bestämmelser för byggnads- anläggnings och installationsentreprenader – AB 04 respektive Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads- anläggnings och installationsentreprenader – ABT 06. Standardavtalen som har getts ut i flera utgåvor får sägas ha "kodifierat" den svenska entreprenadrätten sedan i vart fall 1950-talet och företer i sin tur många likheter med internationella motsvarigheter till standardavtal för multinationella stora projekt såsom Orgalime eller FIDIC.¹ En av många gemensamma nämnare är att dessa standardkontrakt alla innehåller ett antal ventiler i ersättningsreglerna ägnade åt att balansera risken i ett sådant kontrakt.
- 11.3 För det första är den avtalade färdigställandetiden av hela byggprojektet något entreprenören av olika skäl kan få förlängd. För det andra medför normalt en sådan tidsförlängning merkostnader för en förlängd etableringstid för entreprenören. Vidare finns regler som ger entreprenören rätt till mer ersättning i en rad olika situationer. Det kan vara fråga om överraskningar i marken eller bakom väggarna vid en ombyggnad som ger upphov till betydande merarbete som inte kunnat förutses vid upphandlingen, eller behov av att sätta in mer resurser (forcering) för att komma i kapp en försening av hela projektet. Det kan även vara fråga om ersättning vid hinder eller stillestånd som entreprenören inte bär ansvar för, som inhiberade tillstånd, tillfälliga myndighetsbeslut eller bara en obeslutsam hyresgäst i den kontorsbyggnad beställaren vill få uppförd. En samlingsterm i de svenska standardavtalen över merparten sådana ändringar är "Ändrings- och tilläggsarbete" (förkortat ÄTA-arbete) vilket i de internationella motsvarande avtalen närmast rubriceras *variations*. Dessa avser till viss del rena kalkylregler som kan avse både att arbetsmoment på oförutsebart sett försvåras och

¹ Orgalime Turnkey Contracts for industrial Works – General Conditions 2013, respective FIDIC Conditions of Contract for Construction for building and engineering works designed by the Employer.

fördyras men också oklarheter eller otydligheter i förfrågningsunderlagets omfattande tekniska beskrivningar och ritningar som typiskt sett beskriver exakt vad entreprenören ska kalkylera med och sedan utföra. Oklarheter och otydligheter som till viss del är ofråkomliga i stora projekt.

- 11.4 En betydande del ÄTA-arbeten avser normalt också faktiska och under projektets gång beslutade förändringar i entreprenadens omfattning. Det kan röra ändrade behov hos en hyresgäst som visar sig under projektets gång, det kan röra nya myndighetskrav för nödutrymningsvägar eller tillskott till budgeten som möjliggör mer hållbara och underhållsfria innergolv i ett sjukhus bara för att ge några exempel. Den totala mängden ÄTA-arbeten i större bygg- och anläggningsprojekt kan röra allt mellan endast 5 – 10 procent och upp emot 50 procent jämfört med kontraktssumman. Det kan ibland avse ännu större beloppsmässiga ändringar i förhållande till kontraktssumman utan att det är något i sig anmärkningsvärt med detta. Därvid föreligger stora skillnader mellan tämligen enkla projekt som nybyggnad av mindre komplexa hus – t.ex. bostäder, skolor och kontor och mer komplexa projekt som ombyggnad. Inte minst ombyggnad med kvarvarande verksamhet igång och/eller arbete i mark, vatten eller berg. Att anlägga större tunnlar genom urberget är bara som exempel urtypen av ett projekt med osäkra kalkylförutsättningar, liksom renoveringen av Notre Dame bara för att göra en extrem jämförelse.
- 11.5 Ovan redogjorda nedslag i problematiken för bygg- och anläggningsentreprenade utmynnar i att det såväl nationellt i Sverige som – vågar vi påstå – internationellt anses svårt för en beställare att i sin projektering före upphandling och/eller vid kontraktstecknande bestämma exakt hur det färdiga byggobjektet ska utformas. Det har också uttalats att det inte går att förutse alla moment som kan aktualiseras under den tid ett komplext bygg- och anläggningsprojekt pågår och att entreprenadkontraktet därmed är en avtalstyp man i förväg vet kan komma att ändras i viss mån under avtalstiden. Detta brukar generellt kallas beställarens suveräna ändringsdispens som uttrycks i standardavtalet så att den kontrakterade entreprenören inte bara har ensamrätt till att utföra de ÄTA-arbeten som det må uppstå behov av under kontraktstiden utan också har en skyldighet till detta. ÄTA-arbeten vilka som regel också har prissatts i kontraktet genom en ersättningsmodell rubricerad självkostnadsprincipen. Det kan också uttryckas så att den beställare som ska äga och förvalta låt säga ett sjukhus under åtskilliga decennier, måste känna trygghet i att slutprodukten verkligen överensstämmer med beställarens önskemål på detaljnivå.

- 11.6 Det finns också regler i de svenska standardavtalen som ger båda parter rätt att säga upp och omförhandla enstaka à-priser vid så kallat mängdkontrakt vid mer väsentliga mängdökningar eller mängdminskningar. Det är då fråga om att entreprenaden har prissatts efter i förväg uppmätta fiktiva mängder avseende ett stort antal arbetsmoment som bedöms ingå, där vare enskilt arbete åsätts ett fast à-pris per löpmeter eller kubikmeter eller motsvarande. Ersättningen utgår sedan efter de faktiska mängder som behövt utföras.
- 11.7 Ett större bygg- eller anläggningsprojekt pågår inte sällan under många år, de största infrastrukturprojekten ibland uppemot tio år eller mer. Att konkurrensutsätta mindre delar inom en och samma större tekniska helhet i ett pågående projekt är i praktiken för det mesta inte möjligt på grund av oklara ansvarsgränser för felansvar och arbetsmiljö m.m. som det ger upphov till. Mot denna bakgrund är den de minimi regel som också återfinns i direktiven av innebörd att man fritt kan lägga till motsvarande 15 procent av kontraktssumman inte användbar för de behov bygg- och anläggningsbranschen har i långa projekt för den typen av ändringar, eller ventiler om man så vill, som ovan beskrivits. Det må vara att 15 procent i vissa typer av enkla projekt ger förhållandevis stor rörelsefrihet, medan det i andra inte är i närheten av att räcka till.
- 11.8 Vägledande rättsfall saknas i Sverige. Många praktiskt verksamma jurister med erfarenhet av stora bygg- och anläggningsprojekt skulle närmast säga att den beskrivning som gjorts ovan av faktiska behov av flexibilitet inte utgör någon ändring av ett upphandlat kontrakt överhuvudtaget. Utan enbart en tillämpning av dess redan från början angivna avtalsvillkor. Det har också i internationell doktrin framförts att man i entreprenadkontrakt fritt borde kunna beställa ändringar så länge dessa för sig inom "the ordinary cause of business". Foyen instämmer i den bedömningen. Problemet är att den svenska lagtexten utformats i nära samklang med direktivtexten och tagit fasta på att ändring av ett kontrakt bara får göras med ledning av ändrings- eller optionsklausul som dels angivits i upphandlingsdokumenten, dels klart, exakt och entydigt anger under vilka förutsättningar den kan tillämpas men också anger både omfattningen och arten av de ändringar som kan komma att göras.
- 11.9 Det som beskrivits ovan är att ett bygg- och anläggningsprojekt av det mer komplexa slaget inrymmer ett stort antal oförutsedda moment som inträffar under en som regel flera år lång kontraktstid. Att då ange omfattningen av det som från början är oförutsett är varken tekniskt eller mänskligt möjligt. Det medför i sin tur – vilket också Lagrådet påtalat vid remissbehandlingen av den svenska lagen – att den ifrågavarande regelns

tillämpningsområde i princip måste begränsas till i förväg klart avgränsade optioner, dvs sådan som kunnat förutses. På senare tid har också Konkurrensverket gjort gällande att de svenska standardavtalen strider mot upphandlingsdirektiven och därmed även varje bygg- och anläggningsprojekt som genomförs i Sverige på just den grunden i huvudsak att omfattningen av ÄTA-arbetena inte preciserats i förväg.

- 11.10 Sammanfattningsvis behöver regelverket ändras så att det tydliggörs att vissa typer av kontrakt måste bygga på en annan grad av flexibilitet för det oförutsedda än t.ex. varuleveranser. Särskilt för entreprenadkontrakt finns det ett sådant behov. En åtskillnad bör också göras tydlig mellan vad som är en ändring av ett upphandlat kontrakt och en tillämpning av samma kontrakt. Med nuvarande ordalydelse – i vart fall enligt dess svenska uttolkning – förhindras alla ändringar som inte kunnat förutses och det är just för det oförutsedda man normalt behöver göra ändringar i affärlivet för att upprätthålla en sund konkurrens och välbalanserade kontrakt.
- 11.11 Bestämmelsens krav att en ändringsklausul ska vara klar, exakt och entydig ger alltså utifrån en strikt tolkning av ordalydelsen ett alltför begränsat handlingsutrymme inom offentligt upphandlade bygg- och anläggningskontrakt. Att kräva att upphandlande myndigheter och enheter ska reglera varje potentiell ändring är inte förenligt med hur bygg- och anläggningsentreprenader behöver hanteras utifrån bl.a. frågor om förutsebarhet, framdrift och ansvarsfördelning. Motsvarande argument borde gälla även för andra branscher där standardavtal är vanligt förekommande, som till exempel IT-branschen.
- 11.12 Nationella standardiserade branschavtal borde tillmätas betydelse vid tolkning av tillåtligheten av en ändring i ett upphandlat kontrakt när standardavtalet utgör avtalsinnehåll. Ett förtydligande i detta avseende bör föras in, alternativt föras in som ett tillägg till den nuvarande bestämmelsen i artikel 72 punkt 1b).
- 11.13 Reglerna om leverantörsbyte (artikel 72 punkt 1 d) ii (skäl 110)) är inte anpassade till upphandlade bygg- och anläggningsentreprenader och bör ses över för möjligheterna att införa ett undantag från upphandling vid konkurs. Vad avser möjligheten att byta leverantör är det otydligt om det enligt regelverket är möjligt för en ny entreprenör att ta över när den ursprungliga entreprenören går i konkurs under en pågående bygg- eller anläggningsentreprenad. Eftersom det är mycket ovanligt att ett konkursbo träder in för att fullgöra kontraktet och färdigställa entreprenaden, och det är tal om stora kostnader för denna typ av upphandlingar, är det viktigt att direktiven öppnar för möjligheten för en

ny entreprenör att träda in, utan att en helt ny upphandling ska behöva genomföras.

- 11.14 Det finns en betydande artskillnad mellan upphandling av varor och bygg- och anläggningsentreprenader. Vid konkursutbrott under en pågående entreprenad krävs oftast omedelbara åtgärder för att säkra arbetsplatsen och det är viktigt att framdriften säkerställs för att inte stora värden ska gå förlorade, till exempel på grund av väderförhållanden. Uppförandet av exempelvis en skola är anpassat efter ett verksamhetsbehov och framdrift är ytterst viktigt. Vid konkursutbrott hos entreprenören är riskerna för försening ett faktum och begränsande i många led för den kommunala skolverksamheten. Det finns därutöver många komplicerade gränsdragningar kring garanti- och ansvarsfrågor att ta hänsyn till om en ny annonserad upphandling ska genomföras. Genom en översyn av reglerna om leverantörsbyte skulle de kunna anpassas bättre för bygg- och anläggningsentreprenader så att undantag är tillämpligt även vid konkurs.
- 11.15 Avslutningsvis är det önskvärt med ett förtydligande i anslutning till ändringsbestämmelserna i artikel 72 i LOU-direktivet och artikel 89 i LUF-direktivet om hur bestämmelserna i punkt 1-5 förhåller sig till varandra vid tillämpning. Den nationella tillämpningen skulle även tjäna på att begreppet "övergripande karaktär" utvecklas och förtydligas.

12. AVSLUTNING

- 12.1 I kommissionens utvärderingsarbete är det önskvärt med en ansats att tydliggöra för medlemsstaterna att det finns en nationell frihet att utforma de nationella reglerna. I en svensk kontext är många bestämmelser, till exempel reglering om ändrings- och optionsklausuler, utformade enligt en mycket sträng tolkning av vad direktiven föreskriver. Ett förtydligande om hur direktiven ska tillämpas hade varit ett viktigt led i att utveckla ändamålsenlig nationell lagstiftning.

Dag och orter som ovan,

FOYEN ADVOKATFIRMA KB