



Samhällsbyggnadsförvaltningen
Emanuel Olofsson
0171-62 66 32
emanuel.olofsson@enkoping.se

Tekniska nämnden

Överenskommelse gällande onormal prisutveckling för nya Westerlundska gymnasiet

Förslag till beslut

Förslag till nämnden

Tekniska nämnden beslutar att:

1. Delegera till fastighetschefen att besluta om en överenskommelse med PEAB gällande ersättning för onormal prisutveckling på 28 miljoner kronor gällande byggentreprenaden för kommunens nya gymnasieskola, under förutsättning att kommunfullmäktige beslutar om en utökning av budgetram.
2. Föreslå kommunfullmäktige att utöka budgeten för investeringsprojektet Westerlundska gymnasiet från beslutad budget på 530 miljoner kronor till 555 miljoner kronor.

Beskrivning av ärendet

Under pågående byggentreprenad för kommunens nya gymnasieskola Westerlundska gymnasiet har omvärlden med storskaligt krig i Ukraina samt pandemi medfört en onormal prisutvecklingen för projektet.

Kontraktet med PEAB utgår från en branschstandard som kallas för ABT som står för allmänna bestämmelser för totalentreprenader. Kontraktet möjliggör för leverantören att få ersättning för dom kostnader som kan hänföras till en onormal prisutveckling. Branschen har konstaterat att det som hänt i omvärlden har resulterat i en skenande kostnad för byggbranschen. Det innefattas av kontraktets benämning av onormal prisutveckling vilket medför att leverantören har rätt till ersättning.

Under året har en förhandling pågått mellan kommunen och PEAB och har nu enats om vad som ryms inom begreppet onormal prisutveckling som leverantören har rätt till ersättning för. Förutsättningen för att överenskommelsen ska kunna göras är att transaktionen mellan parterna genomförs under 2024.

Oavsett om överenskommelsen genomförs eller inte så finns det potentiella risker att ta hänsyn till. Vid en överenskommelse om ersättning för en onormal prisutveckling kan Konkurrensverket komma att granska ärendet. Det har blivit allt vanligare på den senaste tiden att Konkurrensverket granskar branschen där det är vanligt med kontrakt som möjliggör för leverantören att få ersättning för de kostnader som kan hänföras till en onormal prisutveckling. Konkurrensverkets inställning är att denna typ av avtal inte uppfyller målsättningen att alla parter som lämnat anbud för projektet ska ha samma förutsättningar. Det föreligger en risk att Konkurrensverket kan ställa en upphandlingsskadeavgift som max kan uppgå till 20 miljoner kronor.

Utan överenskommelsen om ersättning för onormal prisutveckling kan PEAB välja att ta ärendet vidare i en civilrättslig process vilket medför kostnader som inte går att förutse idag.

I enighet med styrdokumentet Regler för investeringar, beslutad av kommunfullmäktige 2021-11-15, beskrivs att om behov av utökat anslag blir aktuellt ska tilläggsbudget beslutas av kommunfullmäktige.

Samhällsbyggnadsförvaltningens bedömning

Samhällsbyggnadsförvaltningens bedömning är att ersättningen för en onormal prisutveckling för projektet på 28 miljoner kronor är skälig. Jämför vi med kommunens egna investeringsprojekt inom lokalförsörjningen ser vi en mycket högre prisutveckling. I underlagen som ligger till grund för överenskommelsen kan man konstatera att differensen mellan en normal prisutveckling samt prisutvecklingen enligt byggprisindex i projektet ligger på 36 miljoner kronor. I förhandlingen med PEAB har kommunen hävdats att PEAB ska ta risken för normala prishöjningar och att kommunen inte ska täcka upp deras minskade vinstmarginal. Dessa aspekter ligger till grund för aktuell överenskommelse.

Det finns en risk att Konkurrensverket kommer att ansöka om upphandlingsskadeavgift med anledning av överenskommelsen. Rättsläget vad gäller möjligheterna att åberopa 17 kap. 10 eller 12 §§ lagen om offentlig upphandling i den här typen av kontrakt och utifrån de i det här fallet gällande omständigheterna får anses oklart. Konkurrensverket har ansökt om att Trafiknämnden inom Region Stockholm ska betala en upphandlingsskadeavgift om 10 miljoner kronor, vilket vid tiden för ansökan var det högsta beloppet för en upphandlingsskadeavgift. Den ekonomiska omfattningen i det fallet är betydligt större och ändringarna omfattar mer än rena prisökningar. Detta indikerar att vi troligtvis kan förvänta oss ett lägre vitesbelopp om detta skulle bli aktuellt.

Vi rekommenderar inte att driva målet i tingsrätten då ärendet kommer resultera i höga domstolskostnader där risken för att kommunen tvingas betala ett högre

belopp än det som nu överenskommit är stor. Branschen har stort intresse för utfallet från både byggbolagen och fastighetsägarna.

Ekonomi

Nytt investeringsbeslut: 555 miljoner kronor

Befintligt investeringsbeslut: 530 miljoner kronor

Kostnad för onormal prisutveckling: 28 miljoner kronor

Procentuell ökning av projektet till följd av en onormal prisutveckling: 5 procent.

Ökningen från det befintliga investeringsbeslutet är 25 miljoner och kostnaden för den onormala prisutvecklingen är 28 miljoner kronor. Skillnaden på 3 miljoner kronor hanteras inom tidigare beslutad budget för projektet.

Den ekonomisk avvikelser från den ursprungliga projektbudgeten kommer att beskrivas i slutredovisningen av projektet.

Hyreskostnaden bedöms inte överskrida beslutad hyresnivå på 32 miljoner kronor per år som är beslutad i utbildningsnämnden. Anledningen till att hyran ligger inom beslutad ram är att man beräknat hyra på ursprunglig budget på 550 miljoner kronor samt att driftkostnaderna för förvaltningsuppdraget samt media bedöms vara lägre än kalkylerat underlag från tidigare. Då hyresnivån är oförändrad kommer beslut inte tas upp i utbildningsnämnden.

Bilaga 1: Skrivelse, Ändringar av kontrakt – möjligheter enligt upphandlingslagstiftningen, daterad 2024-09-18

Danielle Littlewood Larsson
Tf förvaltningschef
Enköpings kommun

Emanuel Olofsson
Fastighetschef
Enköpings kommun

Kopia till:
Kommunstyrelsen för åtgärd



Kommunledningsförvaltningen
Maria Ekblad
maria.ekblad@enkoping.se

Ändringar av kontrakt – möjligheter enligt upphandlingslagstiftningen

Inledning

I 17 kap. lagen om offentlig upphandling (2016:1145) (LOU) regleras ett flertal situationer där ändringar av kontrakt är tillåtna under kontraktets löptid. Om en ändring saknar stöd i någon av bestämmelserna i 17 kap. LOU anses ändringen medföra att ett nytt avtal har ingåtts som skulle ha upphandlats. Om inget direktupphandlingsundantag föreligger medför ändringen att det blir fråga om en otillåten direktupphandling.

I det följande görs en genomgång av vilka bestämmelser som kan vara aktuella att tillämpa sig av gällande överenskommelsen mellan kommunen och PEAB.

Ändringar av mindre värde

Ändringar som är av begränsat värde är enligt 17 kap. 9 § LOU tillåtna i vissa fall. För att sådana ändringar ska vara tillåtna krävs att kontraktets övergripande karaktär inte ändras och att värdet på ändringen, i ökande eller minskande riktning, är lägre än:

- i) de tröskelvärden som gäller för upphandlingsdirektivens tillämplighet och
- ii) 10 procent av kontraktets värde, om det är fråga om varuupphandling, upphandling av tjänst eller upphandling av koncession, eller 15 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om upphandling av byggtreprenad.

Görs flera ändringar efter varandra ska värdet bedömas utifrån det samlade nettovärdet av dessa ändringar. Det finns inte något krav på inbördes samband mellan ändringarna för att deras värde ska läggas ihop utan så ska ske oavsett när i tiden ändringarna sker och vad de avser.¹ I här förevarande fall har det under kontraktets löptid skett så kallade ÄTA-arbeten till motsvarande 13,8 % av

¹ Se prop. 2015/16:195, s. 847.

kontraktets värde. Lägg det ihop med värdet för överenskommelsen överstiger det 15 % av kontraktets värde och bestämmelsen i 17 kap. 9 § LOU är därmed inte tillämplig.

Ändringsklausuler

En ändring av ett upphandlat kontrakt kan enligt 17 kap. 10 § LOU vara tillåten om ändringen omfattas av en option eller en ändringsklausul som angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten. Exempel på ändringsklausuler kan t.ex. vara prisjusteringsklausuler. För att ändringen ska vara tillåten måste ändringsklausulen vara "klar, exakt och entydig" samt ange omfattningen och arten av möjliga ändringar eller optioner och villkoren för när de får tillämpas. Det anges inget maximalt värde som ändringar till följd av options- eller ändringsklausuler får överstiga, men ändringen får inte medföra en ändring av kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär.

I upphandlingsdokumentet, ABT 06 kap. 6 § 3, anges att:

Avtalat pris skall ändras med hänsyn till dels kostnadsändring på grund av myndighets åtgärd, dels kostnadsändring som är förorsakad av krig eller annat krisförhållande med liknande effekt och som avser förnödenhet eller tjänst som är nödvändig för entreprenaden, dels kostnadsändring som beror på onormala prisförändringar avseende material som ingår i entreprenaden. Ändring av det avtalade priset skall dock ske endast om kostnadsändringen varit oförutsebar och det väsentligt påverkar hela kostnaden för entreprenaden.

Konkurrensverket verkar anse att denna ändringsklausul inte uppfylla kriterierna i 17 kap. 10 § LOU.² Konkurrensverket menar att ordalydelsen i 17 kap. 10 § LOU talar för att en ändringsklausul måste uppfylla högt ställda krav på klarhet, exakthet och tydlighet för att få tillämpas, och att ABT 06 kap. 6 § 3 inte uppfyller de kraven. Konkurrensverket hävdar att regleringen inte är klar, precis och entydig och att den i stället baseras på subjektiva och vaga begrepp som saknar klar definition och vedertagen innebörd. Det framgår till exempel inte vilken måttstock och vilket tidsperspektiv som ska ligga till grund för bedömningen av om en prisförändring avseende material är "onormal" utifrån de "generella priser som gäller på den ... relevanta marknaden". Det framgår inte heller hur stora prisändringar som kan göras, det vill säga ändringarnas omfattning.

Lagrådet angav i sitt yttrande över lagrådsremissen inför det nya upphandlingsregelverket att "[d]et säger sig självt att en tolkning av kravet enligt ordalydelsen skulle medföra att endast få ändringsklausuler skulle uppfylla kravet. Avsikten kan dock inte vara att bara klausuler som uppfyller dessa mycket högt

² Se t ex Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift, dnr 876/2023.

ställda krav ska få användas utan ny upphandling.”³ EU-domstolen har också i sin praxis intagit en till synes mer praktisk inställning till hur tydliga ändringsklausuler måste vara för att vara tillåtna.⁴ EU-domstolen framhåller att det ska framgå att en ändring kan komma att göras och på vilka villkor så kan ske, men förefaller inte anse det nödvändigt att arten eller omfattningen av ändringen ska specificeras exakt. I avsaknad av prejudikat får rättsläget anses oklart vad gäller om en användning av ABT 06 kap. 6 § 3 strider mot 17 kap. 10 § LOU eller inte.

Oförutsebara omständigheter

Enligt 17 kap. 12 § LOU är det tillåtet att ändra i ett upphandlat kontrakt om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten inte förutsåg eller borde ha förutsett vid tidpunkten för tilldelningen av kontraktet. Vid bedömningen utgår man från vad en normalt omdömesgill myndighet borde ha förutsett. För att en ändring på grund av oförutsedda omständigheter ska vara tillåten krävs också att ändringen inte:

- i) medför att kontraktets övergripande karaktär ändras, eller
- ii) innebär att värdet av kontraktet ökar med mer än 50 procent.

Sker flera på varandra följande ändringar ska begränsningen av värdet tillämpas på varje enskild ändring. Värdet på de olika ändringarna behöver alltså inte slås ihop vid bedömningen av hur mycket värdet på kontraktet eller ramavtalet ökat. Det är dock inte tillåtet att dela upp en större ändring i flera mindre i syfte att komma under beloppsgränsen och på så sätt kringgå bestämmelsen.

I skälen till direktivet⁵ framgår att begreppet oförutsebara omständigheter tar sikte på sådana yttre omständigheter som inte kunnat förutses vid tilldelningen, trots att det vidtagits skälig omsorg i förberedelserna inför tilldelningen. Det är alltså en objektiv bedömning som ska göras utifrån vad en normal omdömesgill upphandlande myndighet rimligtvis borde kunnat förutse. En upphandlande myndighet kan inte skylla på inre omständigheter som till exempel bristande kunskap eller bristande planering för att göra en ändring enligt 17 kap. 12 § LOU.

I EU-domstolens praxis har kravet på oförutsebarhet ställts högt och omständigheterna ska i princip ha karaktären av force majeure, som exempelvis naturkatastrofer eller epidemier, för att anses som oförutsebara. Även Kammarrätten i Sundsvall har i mål nr 3208-14 och 3209-14 uttalat att kravet att en

³ Lagrådets yttrande över lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling, s 205.

⁴ Se exempelvis EU-domstolens dom av den 29 april 2004, kommissionen/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkt 118, och dom av den 7 september 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punkt 37.

⁵ Se skäl 109 till LOU-direktivet.

omständighet inte kunnat förutses innebär att omständigheten närmast ska ha karaktären av force majeure.

Rysslands invasion av Ukraina den 24 februari 2022 är i sig inte en omständighet som en upphandlande myndighet har kunnat förutse.⁶ Den upphandlande myndigheten behöver dock kunna visa på ett orsakssamband mellan invasionen och prisökningen. Varje del av ersättningen måste kunna härledas till den oförutsebara omständigheter, det vill säga invasionen. Det är normalt att prisändringar sker över tid till följd av förändringar i omvärlden, det har därför inte varit oförutsebart att priserna ökat under kontraktstiden. Ett av syftena med en fastprismodell är just att entreprenören ska ta risken för prishöjningar, det finns ingen lagstadgad rätt att göra vinst i offentliga affärer. Det som är oförutsebart i det här fallet är den extra ökningen, den utöver en normal prishöjning, som invasionen inneburit.

Ändringen av kontraktet får inte innebära att kontraktets övergripande karaktär ändras. Vad som avses med en ändring av kontraktets övergripande karaktär är inte klart från direktiven eller lagtexten. I skälen till upphandlingsdirektiven anges att en ändring inte är tillåten om den leder till att upphandlingen får en annan karaktär "exempelvis genom att de byggtreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas ersätts med något annat eller genom att typen av upphandling förändras i grunden, eftersom man i en sådan situation kan anta att resultatet skulle ha påverkats".⁷ De exempel på när den övergripande karaktären anses ha ändrats som räknas upp i skälen får anses utgöra stora och grundläggande ändringar av en upphandling. Det anges exempelvis att de ursprungliga byggtreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas ersätts med något annat. Användandet av ordet ersätts tyder på att man avsett situationer där upphandlingsföremålet helt eller delvis byts ut. Andra exempel på när en upphandling förändrats i grunden är att ett upphandlingskontrakt omvandlas till ett koncessionsavtal eller tvärtom, eller att ett köp ändras till en leasing.

Utifrån skälen och exemplen ovan kan det inte anses att överenskommelsen om ersättning för onormal prisutveckling är en ändring av kontraktets övergripande karaktär. Överenskommelsen innebär att värdet av kontraktet ökar med cirka 5 % och 17 kap. 12 § LOU är därför tillämplig, under förutsättning att delarna i ersättningen kan härledas till de åberopade oförutsedda omständigheterna.

En upphandlande myndighet som har ändrat ett kontrakt med stöd av 17 kap. 12 § LOU ska upplysa om detta i en annons enligt 17 kap. 16 § LOU. Eftersom

⁶ Se till exempel Förvaltningsrätten i Härnösand, dom den 16 juni 2023 i mål nr 782-23, där rätten inte ansåg att invasionen är en sådan omständighet som myndigheten hade kunnat förutse när den tilldelade avtalet.

⁷ Se skäl 109 i LOU-direktivet.

kontraktet ändrats enligt ändringsbestämmelse i LOU har inte något nytt avtal ingåtts, och bestämmelserna för avtalsspärr gäller inte.