



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

**DOM**  
2018-01-11  
Meddelad i Stockholm

Mål nr  
25000-17

**SÖKANDE**



KONKURRENSVERKET	
20180326	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**MOTPART**

Statens Konstråd, 202100-1033

Ombud: Advokat Peter Forsberg och Advokat Julia Tavaststjerna  
Hannes Snellman Advokatbyrå AB  
Box 7801  
103 96 Stockholm

**SAKEN**

Offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avvisar [redacted] yrkande om att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ogiltigförklaring av ingånget avtal.

Dok.Id 917832

<b>Postadress</b>	<b>Besöksadress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Telefax</b>	<b>Expeditionstid</b>
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag-fredag 08:00-16:30
		E-post: <a href="mailto:forvaltningsrattenistockholm@dom.se">forvaltningsrattenistockholm@dom.se</a> <a href="http://www.domstol.se/forvaltningsratt">www.domstol.se/forvaltningsratt</a>		

**YRKANDEN M.M.**

Statens Konstråd ingick den 13 oktober 2017 ett avtal med [REDACTED] om utförande av konstnärlig gestaltning.

[REDACTED] yrkar dels att upphandlingen ska göras om, dels att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara de avtal om utförande av konstnärlig gestaltning som Statens konstråd ingått. Vidare yrkar [REDACTED] att förvaltningsrätten inhämtar ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Som skäl anförs bl.a. följande.

Direktupphandlingar får genomföras så länge upphandlingar av samma slag gjorda under räkenskapsåret inte överstiger 15 procent av tröskelvärdet. Statens konstråd har inte rätt att enligt LOU generellt undanta alla offentliga gestaltningar från kravet på utannonsering. Undantaget ska användas restriktivt och sällan enligt EU-kommissionen.

Samtliga avtal överstiger gränsvärdet för direktupphandling och skulle därför ha utannonserats av konstrådet. Statens konstråd har tecknat avtal utan föregående annonsering när det inte varit tillåtet att använda direktupphandling. Inget i de konstprogram, kravbeskrivning som framlagts av konstrådet redovisar att uppdragen skulle handla om ensamrätt eller att de anlidade konstnärerna är de enda som kan utföra uppdraget. Inte heller motiveras varför myndigheten återigen väljer direktupphandling, trots de höga arvodeskostnaderna, eller varför man anser sig använda sig av en undantagsregel. Förvaltningsrätten ska därför även med stöd av tiodagarsfristen ogiltigförklara avtalen eftersom staden underlåtit att informera att avtal slutits med leverantörerna. Det har därför inte funnits möjlighet för leverantörer att hemställa om överprövning av de avtal som tecknats, eftersom myndigheten valt att inte meddela detta offentligt.

Den upphandlande myndigheten, Statens konstråd, måste visa att de skäl som anges för att motivera förhandlat förfarande utan annonsering gör det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas en särskild leverantör. Undantaget från annonseringsplikten ska tillämpas restriktivt och endast i undantagsfall. Undantaget får enbart användas när myndigheten kan visa att inga likvärdiga konstverk eller konstnärer existerar. Det framgår inte av konstrådets beskrivning att det handlar om ensamrätt eller att myndigheten kunnat bevisa att uppdraget inte skulle kunna tilldelas en annan leverantör.

Av konstrådets beslutsunderlag gällande projekt Hanaholmen och dess projektledare framgår bl.a. följande. För det första kan konstateras att när man tar del av hela 2016 års kravbeskrivningar över antalet tecknade kontrakt med uppdragstagare och de som hittills tecknats under 2017, så kommer alltid den aktuella projektledaren fram till att man ska använda sig av direktupphandling – inte utannonsera gestaltungsuppdraget. Detta är helt unikt och går stik i stäv med samtliga principer i lagen om offentlig upphandling. Att en myndighet har förutsatt att man inte över huvudtaget kommer att utannonsera eller konkurrensutsätta ett enda uppdrag, trots att dessa i de flesta fall överstiger 1 miljon kronor.

Gällande det aktuella uppdraget för humanisten påstås att man ”tittat på en mängd olika konstnärliga gestaltningar och gestaltungsformer som underlag för denna kravspecifikation.” I processen har särskild uppmärksamhet riktats mot att finna ett konstnärskap som har en erfarenhet av att arbeta med skulpturala gestaltningar... Efter all brödtext har man kommit fram till att endast en konstnär uppfyller den högt ställda kravspecifikationen som man tagit fram. Återigen påstås att man endast har hittat en enda konstnär som passar. Inga konkreta bevis för detta finns att ta del av.

Mycket av denna text man publicerat i kravbeskrivningen är rent allmänna hållningar om att man avser att ställa krav på kvalitet och erfarenhet m.m.

Det finns alltså inga andra tydliga parametrar eller bevisuppgifter som talar för att den utvalda konstnären är den enda som man utföra uppdraget, något sådant underlag finns inte i konstrådets underlag.

Konstrådet har sitt egna "kontaktnät" bl.a. genom samarbetet med konstkonsulter som man anlitar och det finns därför risk för att dessa kan betraktas som jäviga, eftersom man vid samtliga konstprojekt vägrar att utannonsera och på så sätt konkurrensutsätta projekten så att alla potentiella leverantörer får möjlighet att inkomma med anbud, och inte ställas utanför denna möjlighet. På så sätt begränsar konstrådet alltid konkurrensen, när man envisas och på olika sätt vilseleder förvaltningsrätten med sitt krav om att göra undantag mot upphandlingsprinciperna. Konstrådet skulle mycket väl hitta likvärdiga konstverk och konstnärer på den öppna marknaden, genom information/inbjudan till konstnärssammanslutningar, KC, Skulptörförbundet, Konstpool, KRO med flera.

**Statens Konstråd** anser att yrkandet om att överprövning av upphandlingen ska avvisas och att yrkandet om ogiltigförklaring av avtalet ska avslås. Som skäl anförts bl.a. följande.

Statens Konstråds arbete med upphandlingen påbörjades före ikraftträdandet av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, NLOU, och därför är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, LOU.

Avtal om skissuppdrag tecknades den 2 februari 2017 och slutligt avtal om utförande av den konstnärliga gestaltningen ingicks den 13 oktober 2017. Överprövning av en upphandling får inte ske efter att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. Eftersom avtal således har ingåtts ska [REDACTED] yrkande om överprövning av upphandlingen avvisas.

Konstverk och konstnärligt skapande utgör s.k. B-tjänster enligt Bilaga 3 till LOU. Detta innebär att 15 kap. LOU är tillämpligt oavsett upphandlingens värde. Statens konstråd ingick avtal med stöd av undantaget för konstnärliga skäl enligt 15 kap 3 § jämfört med 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU. Avtalet är således resultatet av en s.k. tillåten direktupphandling. Vad Tony Roos anför om andra bestämmelser är således irrelevant.

LOU innehåller ingen närmare vägledning angående begreppet ”konstnärliga skäl”. I doktrinen har det dock gjorts gällande att detta undantag från annonsering bör vara tillämpligt när rent konstnärliga och estetiska hänsyn ligger till grund för valet av leverantör, dvs. när upphandlingsföremålet är unikt och myndigheten därför kan peka ut den konstnär som är ensam om att kunna utföra det konstnärliga gestaltungs-uppdraget.

Förvaltningsrätten har en skyldighet att göra en direktivkonform tolkning av undantaget från annonsering med hänsyn till konstnärliga skäl mot bakgrund av det LOU-direktivet.

Avtalet som är föremål för prövning rör en konstnärlig gestaltning i form av byggnadsanknuten konst. Upphandlingen genomfördes för Hanaholmen, som är ett kultur- och konferenscentrum med syfte att utveckla samarbetet mellan Sverige och Finland. Den konstnärliga byggnadsanknutna gestaltning som upphandlingen avser är en gåva från svenska staten med anledning av nyinvigningen av Hanaholmen 2017. Syftet med gåvan är att stärka samarbeten och kulturella band mellan Sverige och Finland. I och med detta ställs höga krav på konstgestaltningens permanens, representativitet och funktion. Valet av konstnär har gjorts av en samrådsgrupp bestående av representanter för bl.a. Hanaholmen, kulturfonden, fastigheten, Statens konstråd och arkitekt.

Samrådsgruppen har beaktat en mängd olika gestaltningar och gestaltningsformer som underlag för den kravspecifikation som samrådsgruppen utarbetat, och som är väl anpassad till behoven och förutsättningarna för det specifika projektet. I denna process har särskild uppmärksamhet riktats mot att finna ett konstnärskap som har en erfarenhet av att arbeta med skulpturala gestaltningar som kan bära ett mångbottnat narrativt uttryck. Vidare har samrådsgruppen utformat krav på att konstnären ska kunna hantera den specifikt bilaterala situationen.

I kravspecifikationen framhålls att den byggnadsanknutna gestaltningen ska göras i det befintliga naturområde som omger Hanaholmen, och ska utföras med lång hållbarhet och med tekniker och material som kräver ett långt underhåll. Dessutom ska den konstnärliga gestaltningen fungera under årets alla årstider. Den ska ta särskild hänsyn till platsens speciella villkor, omständigheter och förutsättningar: den unika naturmiljön, platsens unika och egenartade kulturhistoriska värde samt de representativa krav som finns på den kommande gestaltningen.

Det konstnärliga uttrycket ska vara en enhetlig gestaltning som uppstår i en sammansmältning mellan skulptur, plats och situation. Situationen här innebär att en av utgångspunkterna för den kommande gestaltningen ska utgå från den kroppsliga erfarenheten som uppstår som en effekt av den fysiska förflyttningen mellan olika medium t.ex. hetta, luft, is och kyla. Önskvärt är också att gestaltningen på olika sätt ska synliggöra samband och kopplingar mellan den finska och den svenska kulturen. Den sökta konstnären ska enligt kravspecifikationen uppfylla flera kriterier.

Framtagandet av den detaljerade kravspecifikation som legat till grund för avtalet med konstnären har föregåtts av ett omfattande arbete där samrådsgruppen har tagit del av en mängd olika gestaltningar, utarbetat kravspecifikationen och fattat beslut om konstnär utifrån denna. Efter att ha

beaktat sex olika konstnärskap har samrådsgruppen enigt kommit fram till att endast en konstnär motsvarar den uppställda kravspecifikationen.

Konstnären besitter de speciella kvaliteter och egenskaper som efterfrågas i kravspecifikationen och kan på ett nyskapande sätt skapa en komplex byggnadsanknuten konstnärlig gestaltning i samverkan med den unika naturmiljön, platsens unika och egenartade kulturhistoriska värde samt de representativa krav som finns på den kommande gestaltningen. Mot denna bakgrund förordade både samrådsgruppen och nästa instans i beslutsprocessen, produktionsmötet, att konstnären skulle utses för att utföra skissupdrag. Utifrån dessa två sakkunniga kommittéers bedömningar, beslutade Statens konstråds direktör att uppdra åt konstnären att utföra ett förslag till konstnärlig gestaltning. Efter att ha tagit del av skissförslaget ingicks sedermera avtal om konstnärlig gestaltning.

Samrådsgruppen har gjort bedömningen att konstnärens konstnärskap intar en särställning. Hennes konstnärliga prestation har bedömts vara unik utifrån de förutsättningar som är aktuella i projekt Hanaholmen. Här kan särskilt framhållas att konstnären tydligt uppfyller ställda krav på bl.a. förmåga att problematisera den mänskliga kroppen, mycket stor erfarenhet av skulptural gestaltning och tredimensionella uttryck i rumsliga installationer, förmåga att tolka mytologiska samband och ett egensinnigt konstnärligt uttryck. Allt detta visar dels på konstnärens särställning och unika förmåga att uppfylla avtalsuppdraget, dels att samrådsgruppen på ett tydligt sätt utgått ifrån den detaljerade kravspecifikationen och noga beaktat konstnärskapen i förhållande till denna.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (NLOU) trädde ikraft den 1 januari 2017 och ersatte då den tidigare lagen om offentlig upphandling. Av övergångs- bestämmelserna framgår att för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet, gäller fortfarande den upphävda lagen. Det är därmed LOU som ska tillämpas i målet.

### Yrkandet att upphandlingen görs om

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. (16 kap. 6 § andra stycket LOU)

Statens Konstråd tecknade det aktuella avtalet den 13 oktober 2017. Eftersom [REDACTED] ansökan om överprövning av upphandlingen, och yrkandet att upphandlingen görs om, kom in till förvaltningsrätten den 26 oktober 2017, det vill säga efter det att avtalet hade tecknats, kan förvaltningsrätten inte överpröva upphandlingen. Yrkandet därom ska därför avvisas.

### Förhandsavgörande från EU-domstolen

Förvaltningsrätten konstaterar att EU-domstolen (mål C- 20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, punkten 58) har uttalat att undantag från grundläggande regler i fördraget ska tolkas restriktivt och att den som avser att åberopa en undantagsbestämmelse har bevisbördan för att det föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs.

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i ett mål (RÅ 2008 ref. 79) om konstnärlig gestaltning i ett konsert- och kongresshus uttalat att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärliga tjänster. Kommunen



hänvisade till anskaffningens särskilda karaktär och till att det slutliga beslutet föregåtts av bedömningar av en större krets av konstnärer och att detta urval gjorts av en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté. HFD fann att det aktuella undantaget hade tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de principer som upphandlingsreglerna bygger på, varför upphandlingen hade genomförts i enlighet med LOU.

HFD har i ett senare mål (RÅ 2009 not. 134) ansett att det i utredningen var en tämligen tunn uppdragsbeskrivning där det endast framgick att den upphandlande myndigheten ville köpa en konstnärlig gestaltning som skulle utgöra ett minnesmärke över Förintelsens offer. Av uppdraget framgick inte några omständigheter kring det tänkta minnesmärket som skulle kunna göra undantaget tillämpligt och kommunen ansågs därför ha brutit mot LOU.

Mot bakgrund av aktuell praxis anser förvaltningsrätten att det inte är nödvändigt att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Yrkandet därom ska därför avslås.

#### **Ogiltighetsförklaring av avtalet**

Direktupphandling får användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ är uppfyllda (jfr 15 kap. 3 § andra stycket andra meningen LOU).

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt om det som ska upphandlas av bl.a. konstnärliga skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör (4 kap. 5 § första stycket 2 LOU).

Fråga i målet är om Statens Konstråd haft förutsättningar att i upphandlingen använda sig av direktupphandling av gestaltungsuppdraget med hänvisning till att det som ska upphandlas av konstnärliga skäl endast kan fullgöras av viss leverantör.

Kammarrätten i Stockholm har i dom den 27 juni 2017 i mål nr 6434-16 uttalat bl.a. följande.

Vid upphandling av konstnärliga verk är det i huvudsak konstnärliga eller estetiska värderingar som styr valet av leverantör. Den upphandlande myndigheten måste dock på ett objektivt sätt kunna visa att det som ska upphandlas, på grund av konstnärliga skäl, endast kan fullgöras av en viss leverantör. Detta görs ofta genom att upphandlande myndighet på förhand fastställer upphandlingsföremålet i en kravbild som visar vad det är för typ av konstverk man vill förvärva. Därefter görs en urvalsprocess av något slag. Enligt det nya LOU-direktivet får undantag från annonseringsskyldigheten på grund av konstnärliga skäl göras om syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation. Detta innebär att konstnärens identitet i sig kan avgöra konstföremålets unika art och värde. Enligt kammarrätten medför detta att den upphandlande myndighetens subjektiva uppfattning får avgöra vilken konstnär som är bäst lämpad att utföra uppdraget. Myndigheten behöver därmed inte, på ett objektivt sätt, visa att det inte finns någon annan leverantör som haft möjlighet att utföra uppdraget. Kammarrätten anser att den nuvarande undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § LOU ska tolkas i enlighet med detta (direktivkonform tolkning).

Statens konstråd har haft för avsikt att anskaffa ett konstföremål i överensstämmelse med en detaljerad kravspecifikation. Genom kravspecifikationens utformning och innehåll är det visat att syftet med upphandlingen har varit att producera ett unikt konstnärligt verk utifrån ett övergripande tema. Konstnärens, [REDACTED], identitet har då på ett avgörande sätt påverkat konstföremålets art och värde. Uppdraget har därför endast kunnat fullgöras av henne. Förvaltningsrätten anser därför att Statens konstråd har visat att undantaget i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU har varit

tillämpligt och att Statens konstråd därmed har haft rätt att ingå avtal med [REDACTED] utan föregående annonsering.

Eftersom förvaltningsrätten har kommit fram till att det funnits förutsättningar för att tillämpa undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU är bestämmelserna om tröskelvärden i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket LOU inte tillämpliga. [REDACTED] [REDACTED] invändning beträffande detta föranleder därför ingen annan bedömning.

Sammanfattningsvis ska överklagandet avslås.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU)

Lars-Åke Johansson  
Chefsrådman

Tobias Fredriksson har handlagt målet.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

*Forts. nästa sida*

## **Avtal före laga kraft i vissa mål**

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

## **Ytterligare information**

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

