

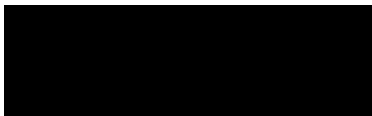


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**  
2012-04-12  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
5183-12  
5298-12  
Enhet 15

**SÖKANDE**

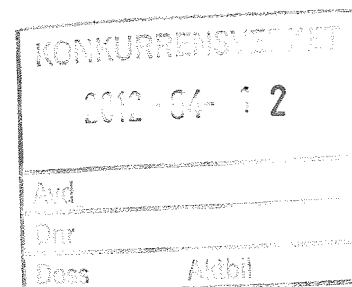


**MOTPART**

Statens Konstråd, 202100-1033  
Box 45134  
104 30 Stockholm

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.



**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 230939

**Postadress**

115 76 Stockholm

**Besöksadress**

Tegeluddsvägen 1

**Telefon**

08-561 680 00

**E-post:**

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

**Telefax**

08-561 680 01

**Expeditionstid**

måndag – fredag

09:00-15:00

**BAKGRUND, YRKANDEN M.M.**

Statens konstråd genomför två upphandlingar av konstnärlig gestaltning i samband med uppförandet av dels ett nytt studenthus vid Stockholms universitet, dels en ny utbildnings- och forskningsbyggnad för Malmö högskola. Enligt beslut den 8 december 2011 har [REDACTED] erbjudits att utföra ett skissupdrag avseende den konstnärliga gestaltningen i studenthuset vid Stockholms universitet. Enligt ett beslut samma dag har [REDACTED] erbjudits att utföra ett skissupdrag av den konstnärliga gestaltningen för Malmö högskola. [REDACTED] har åtagit sig att utföra skissupdraget enligt ett avtal daterat den 22 december 2011. [REDACTED] har åtagit sig att utföra skissupdraget enligt ett avtal undertecknat den 3 januari 2012.

[REDACTED] ansöker om överprövning av besluten att tilldela [REDACTED] respektive [REDACTED] de aktuella skissupdragen och yrkar att upphandlingarna ska göras om. Till stöd för sin talan anför han i huvudsak följande. Statens konstråd har inte rätt att generellt direktupphandla alla gestaltningsupdrag. Huvudregeln enligt LOU är att en upphandling ska annonseras på en databas, vilket följer av ett flertal domar av dels Högsta förvaltningsdomstolen, dels kammarrätterna. Förutsättningarna för att tillämpa undantaget för konstnärliga skäl enligt LOU är inte uppfyllda. Statens konstråds tillvägagångssätt, d.v.s. att använda sig av en konstkonsult med uppdrag att föreslå andra konstnärer till olika uppdrag, strider mot LOU och dess krav på öppenhet och icke-diskriminering. Konstrådet har inte kunnat visa att man har konkurrensutsatt uppdragen och kan heller inte bevisa att det inte finns andra konstnärer som är likvärdiga i sitt kunnande. Det finns en mängd olika konstnärer och konstnärsnätverk som Statens konstråd inte har kontaktat och som därmed ställs utanför upphandlingarna.

Statens konstråd motarbetar aktivt LOU genom att inte vilja ändra sin praxis. Undantaget ska tillämpas restriktivt, vilket Statens konstråd inte följer. Flera andra myndigheter har valt att utannonsera gestaltungsuppdrag i enlighet med LOU. Konkurrensverket har konstaterat att för att undantaget för konstnärliga tjänster enligt LOU ska vara tillämpligt ska det finnas endast en leverantör som kan leverera utifrån en specifik kravbild. Undantaget är inte tillämpligt enbart för att det är fråga om en konstnärlig tjänst. Bevisbördan för att ett undantag är tillämpligt ligger på den upphandlande myndigheten. Detta har bekräftats av prejudicerande rättspraxis samt av dåvarande Nämnden för offentlig upphandling (NOU).

I en utredning om Statens konstråd som Statskontoret gjorde för några år sedan, ”nya former för Statens konstråds verksamhet, 2005:9”, framfördes kritik mot myndighetens tillämpning av det aktuella undantaget.

Statens konstråd använder sig alltid av samma motiveringar till varför man använder sig av endast en konstnär och inte följer huvudprincipen om utannonsering och konkurrensutsättning, vilket förtjänar stark kritik. Det är angeläget för förvaltningsrätten att studera konstrådets handlingssätt i dessa mål. Konstrådet tillåts vara en stängd institution och bestämmer helt själv vad som ska pryda de statliga myndigheterna, den statliga offentliga konsten.

**Statens konstråd** bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför till grund för sin talan i huvudsak följande.

#### Studenthuset vid Stockholms universitet

Den aktuella upphandlingen sker i samband med uppförandet av ett nytt studenthus som ska ge studenterna på Stockholms universitet en ny samlingspunkt. Upphandlingen avser en byggnadsanknuten gestaltning

som kommer att vara placerad i och omkring ett genombrutet ljusschakt som finns i direkt anslutning till huvudentrén. Gestaltningen ska ha en rumslig och skulptural dimension i ljusschaktet och i angränsande partier på övre plan, och det ställs därför krav på att konstnären har stor erfarenhet från just rumsliga och skulpturala gestaltningar där det konstnärliga uttrycket uppstår i en konceptuell idétradition med stor poetisk och intellektuell rörlighet. Praktisk kunskap av liknande platsspecifika gestaltningar är därmed av stor vikt. Gestaltningens placering medför krav på konstnärens förmåga att kunna utnyttja de vertikala och horisontella rörelserna som finns i byggnaden för att på så sätt skapa ett uttryck som gestaltar olika mentala och rumsliga transformationsprocesser. Verket ska även ha en intellektuell dimension och konceptuell skärpa för att på så sätt bidra till en stimulerande och kreativ student- och universitetsmiljö. Det är av stor betydelse att konstnären kan ta tillvara på och förmedla idén och konceptet av gestaltningen, snarare än att endast skapa ett traditionellt konstobjekt.

Inom projektet har det även uttalats önskemål om att det kommande verket ska inbegripa en ljusgestaltning i någon form, vilket kräver att konstnären har kunskap om hur detta ska genomföras på bästa sätt i den aktuella byggnaden. Erfarenhet av att konstnärligt ha arbetat med ljus och belysning som form, metod eller innehåll är därmed en förutsättning. Förståelse krävs även för de särdrag som präglar de material som återfinns i studenthuset. Materialet utgörs huvudsakligen av sten, glas och trä.

Statens konstråd har i upphandlingen samarbetat med flera olika parter och en kommitté har satts samman med representanter från dessa parter inklusive Statens konstråd. Kommittén har enats om riktlinjer för uppdraget och har utifrån dessa riktlinjer gått igenom ett urval av 12 konstnärer, däribland ansökningar från konstnärer som söker uppdrag av Statens konstråd. Efter en samlad bedömning av riktlinjerna har en konstnär erbjudits att utföra ett skissuppdrag. Efter en konstnärlig och

estetisk bedömning av skissuppdraget kan det bli aktuellt att tilldela honom uppdraget i fråga.

#### Malmö högskola

Den aktuella upphandlingen sker i samband med uppförandet av en ny utbildnings- och forskningsbyggnad för Malmö Högskola. Upphandlingen avser en konstnärlig gestaltning koncentrerad till två hörsalar som ligger utmed en större gata samt längs med en cykelbana, vilka omfattar glaspartier om cirka 2\*180 kvm. Gestaltningen kan även komma att omfatta andra glaspartier i byggnaden och ska integreras i fasaden, på eller i anslutning till glaset, och ska kunna betraktas både utifrån och inifrån samt vara återskapningsbart. Med hänsyn till gestaltningens placering och funktion som en form av avskärmning mellan ute och inne krävs att konstnären är väl förutrogen med hur dagsljus och belysning påverkar konstverkets uttryck oavsett tid på dygnet och årstid, för att på bästa sätt kunna arbeta med glaset och uppnå olika uttryck av gestaltningen beroende på hur ljuset kommer in eller lyser upp inifrån på kvällen.

Konstnärens förståelse för samt kunskap om och erfarenhet av det material som ska användas är av stor betydelse för att kunna anpassa detta till glasunderlaget och gestaltningen som sådan, inte minst då gestaltningen inte får medföra några extra drifts- och underhållskostnader utöver normal belysning och skötsel. Konstnären ska därför ha erfarenhet av att arbeta med textilier och kunskap om traditionella tekniker och material såväl som "hightech-material", som t.ex. optiska fibrer, kompositer och termokroma pigment är en förutsättning. Det krävs även att konstnären behärskar både det textila hantverket och industriell tillverkning, samt att konstnären, med hänsyn till glaspartiernas stora omfattning, kan arbeta i stora format.

Verksamhetens art ställer krav på konstnärens förmåga att skapa en intellektuell och stimulerande miljö med en väl avvägd balans mellan estetik och funktionalitet.

Statens konstråd har i upphandlingen samarbetat med flera olika parter och en kommitté har satts samman med representanter från dessa parter inklusive Statens konstråd. Kommittén har enats om riktlinjer för uppdraget och har utifrån dessa riktlinjer gått igenom ett urval av 10 konstnärer, däribland ansökningar från konstnärer som söker uppdrag av Statens konstråd. Efter en samlad bedömning av riktlinjerna har en konstnär erbjudits att utföra ett skissuppdrag. Efter en konstnärlig och estetisk bedömning av skissuppdraget kan det bli aktuellt att tilldela henne uppdraget i fråga.

Högsta förvaltningsdomstolen har i ett avgörande den 18 december 2008 (mål nr 1596-06) slagit fast att ett sådant förfarande, med hänsyn till de speciella förhållanden som råder vid upphandling av konstnärliga tjänster, innebär att undantaget avseende konstnärliga skäl enligt LOU är tillämpligt. Detta förfarande har godtagits i ett flertal senare avgöranden av de lägre instanserna.

Det bestrids att myndigheten gör en generell tolkning och tillämpning av det aktuella undantaget i LOU. Statens konstråd tar i varje enskilt fall ställning till om undantaget är tillämpligt bl. a. med hjälp av den kravspecifikation som gjorts i varje enskild upphandling och utifrån den rättspraxis som gäller. Förutsättningarna för en tillämpning av undantaget för konstnärliga skäl enligt LOU är därför uppfyllda i båda upphandlingar.

### **DOMSKÄL**

Det är ostridigt i båda målen att Statens konstråd köper en konstnärlig gestaltning. Det är därför fråga om en offentlig upphandling som ska göras i enlighet med LOU och de grundläggande principer enligt 1 kap. 9 § som lagen bygger på, bl. a. öppenhet och konkurrens. Principen om öppenhet

förutsätter att upphandlingen annonseras offentligt så att alla intresserade leverantörer får möjlighet att lämna anbud.

Enligt en undantagsbestämmelse i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör.

Detta innebär att den upphandlande myndigheten får begära anbud genom att skriftligen kontakta endast en leverantör, om t.ex. konstnärliga skäl gör att endast den leverantören kan leverera det som myndigheten vill köpa. Eftersom det är fråga om ett undantag måste myndigheten kunna visa att förutsättningarna för undantaget föreligger.

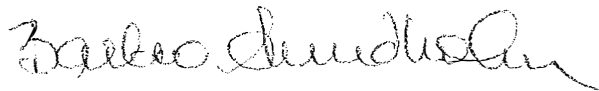
Högsta förvaltningsdomstolen har i två olika avgöranden diskuterat undantagsbestämmelsens tillämplighet vid upphandling av konst. I RÅ 2008 ref. 79 uttalade Högsta förvaltningsdomstolen att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärliga tjänster. Upphandlingen handlade om en konstnärlig gestaltning i ett konsert- och kongresshus och kommunen hänvisade till anskaffningens särskilda karaktär och till att det slutliga beslutet föregåtts av bedömningar av en större krets av konstnärer som valts ut av en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté. Högsta förvaltningsdomstolen 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. I RÅ 2009 not. 134 fann Högsta förvaltningsdomstolen att utredningen innehöll en allmän och tunn uppdragsbeskrivning där det framgick att kommunen 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.

I de aktuella målen handlar det om en konstnärlig gestaltning i ett nytt studenthus på Stockholms universitet respektive i en ny utbildnings- och forskningsbyggnad på Malmö högskola. Statens konstråd har i båda målen tillämpat den aktuella undantagsbestämmelsen för konstnärliga skäl genom att välja ut en konstnär och erbjuda honom respektive henne skissupdrag med möjlighet till tilldelning av kontrakt. Frågan i målen är om den aktuella undantagsbestämmelsen är tillämplig. Förvaltningsrätten har inte till uppgift att granska Statens konstråds tillvägagångssätt eller tillämpning av undantagsbestämmelsen i andra upphandlingar.

Förvaltningsrätten finner att konstrådet, mot bakgrund av de beskrivningar som lämnats avseende uppdragets särskilda karaktär och den urvalsprocess som skett, har visat att undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU är tillämplig i båda upphandlingarna och att undantaget har tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU. Upphandlingarna har således genomförts i enlighet med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som lagen bygger på. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1A LOU).



Barbro Lundholm

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Catharina Nordler.





# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

### **Skrivelsen med överklagande ska innehålla**

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU