

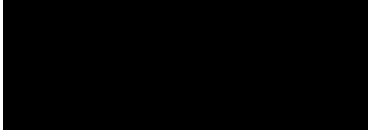


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2013-01-11  
Meddelad i  
Linköping

Mål nr  
6558-12  
Enhet 2

**SÖKANDE**



**MOTPART**

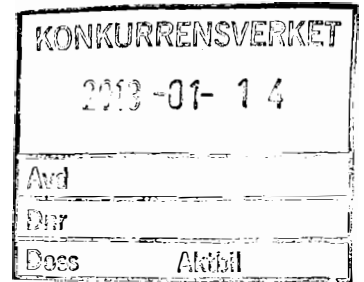
Östergötlands läns landsting  
581 91 Linköping

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.



Dok.Id 100108

**Postadress**  
Box 406  
581 04 Linköping

**Besöksadress**  
Brigadgatan 3

**Telefon**  
013-25 10 00

**E-post:**  
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

**Telefax**  
013-25 11 40

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Östergötlands läns landsting (Landstinget) har tilldelat ett konstnärligt gestaltungsuppdrag till ett antal konstnärer med ett förfarande utan föregående annonsering enligt LOU (upphandlingen).

██████ ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan.

**VAD PARTERNA ANFÖRT**

██████

Landstinget beslutade på sammanträde i maj 2012 att tilldela konstnärligt gestaltungsuppdrag avseende nya Universitetssjukhuset i Linköping utan att följa LOU:s huvudprincip om föregående annonsering på databas. Landstinget har inte uppfyllt förutsättningarna för tillämpning av undantaget för konstnärliga skäl enligt LOU och har inte heller rätt att generellt direktupphandla alla gestaltungsuppdrag. Det finns inget i protokollet/konstprogrammet som säger att uppdraget endast kan utföras av en enda konstnär, utan det framstår som att ett flertal konstnärer kan konkurrera kring denna kravbild. Det bästa sättet är då att utannonsera och konkurrensutsätta uppdraget för att få fram bästa möjliga förslag att ta ställning till. Landstinget redovisar inte heller varför man generellt ska direktupphandla gestaltungsuppdrag. Undantaget ska enligt lagen utnyttjas restriktivt. Det finns inga skäl att fastslå att det handlar om ensamrätt till att utföra uppdraget.

Av Högsta förvaltningsdomstolens (f.d. Regeringsrätten) dom den 18 september 2009 mål nr 8272-08, vilken är den senaste domen angående prövning avseende upphandling av konstnärliga tjänster, framgår det att huvudregeln om annonsering alltid gäller och den regeln har Landstinget inte följt. I nämnda dom skrivs bl.a. följande.

*"I målet är det ostridigt att kommunen köper en konstnärlig gestaltning. Det är då fråga om en offentlig upphandling som ska göras i enlighet med LOU, vilket innebär att kommunen ska öppna sin anskaffning för den konkurrens som finns. Detta förutsätts ske med tillämpning av något av de i lagen angivna förfarandena, vilket innebär olika grad av öppenhet, avvägd i förhållande till vad upphandlingen avser. Den största öppenheten uppnås genom det förfarande som innebär att den upphandlande myndigheten genom en annons berättar om upphandlingen och tar emot anbud från envar leverantör som anser sig kunna leverera".*

I mål nr 5353-08 uttalar Kammarrätten i Göteborg följande.

*"Avgörande för om undantaget i 15 kap. 5 § 3 (nuvarande 4 kap. 5 § 2) får tillämpas är enligt kammarrättens mening att det rör sig om en specifik situation där det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt endast kan levereras av en viss leverantör. Det måste således röra sig om en konstnärlig tjänst som av olika anledningar endast kan utföras av en viss leverantör och ingen annan. Det måste vidare på något sätt framgå varför just denna leverantör är den enda leverantör som kan utföra uppdraget".*

Vid bedömning av om en icke annonserad upphandling är tillåten eller otillåten aktualiseras ofta frågan om det föreligger undantag från annonseringsplikten. Av Konkurrensverkets beslut Dnr 334/2010 den 15 september 2010, Halmstads kommun/Konkurrensverket, framgår bl.a. följande. Enligt

EU-domstolens rättspraxis ska alla undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingar tolkas restriktivt och det är den myndighet som åberopar undantaget som har bevisbördan (jfr mål C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*). Förhandlad upphandling utan föregående annonsering med hänvisning till tekniska skäl som grund kan endast tillämpas om den upphandlande myndigheten på objektiva grunder kan visa att endast en viss leverantör kan utföra kontraktet (jfr mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*). Två kumulativa villkor ska vara uppfyllda, dels ska de arbeten som är föremål för upphandlingen vara av teknisk karaktär, dels ska det därför vara absolut nödvändigt att tilldela en viss leverantör kontraktet. Endast den omständigheten att arbeten påstås vara komplicerade och vanskliga räcker inte för att visa att arbetet uteslutande kan anförtros en enda leverantör (jfr mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*). Med ensamrätt avses att ett kontrakt som av legala skäl enbart kan utföras av en leverantör, som i praktiken har ett monopol (se Prop. 1992/93 s. 96), vilket innebär att leverantören i realiteten är den enda som kan utföra beställningen (se Prop. 1992/93:88 s. 77). Det ska således röra sig om en produkt eller specialitet för vilken det i princip inte föreligger någon konkurrens på marknaden för att undantaget ska kunna göras gällande (jfr mål C-328/92 *Kommissionen mot Spanien*). Exempel på när undantaget kan vara tillämpligt är om det som ska upphandlas skyddas av intellektuella rättigheter som patent, varumärkesskydd m.m. Tilldelning av ett kontrakt till en viss leverantör på grund av konstnärliga skäl kan göras gällande bl.a. då en upphandlande enhet införskaffar tjänster avseende konstnärlig gestaltning (jfr Högsta förvaltningsrättens domar i mål 8272-08 och 1595-06). Liksom i ovan redovisade fall måste den upphandlande myndigheten visa på omständigheter som gör det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas till den särskilda leverantören ifråga.

På sin hemsida konstaterar Konkurrensverket att för att undantaget beträffande konstnärliga tjänster i 15 kap. 5 § 3 LOU (nuvarande 4 kap. 5 § 2)

ska vara tillämpligt krävs att det endast finns en viss leverantör som kan leverera utifrån en specifik kravbild. Enbart det faktum att det är fråga om en konstnärlig tjänst innebär inte att undantaget blir tillämpligt. Det ska vidare tydligt framgå varför just denna leverantör är den enda som kan utföra uppdraget. Vidare skriver Konkurrensverket att enligt EU-domstolens fasta rättspraxis (se bl.a. C-157/06 *Kommissionen mot Italien*) ska alla undantagsbestämmelser tolkas restriktivt. Bevisbördan för att ett undantag är tillämpligt ligger hos den upphandlande enheten.

██████████ vill slutligen hänvisa till Förvaltningsrättens i Luleå dom i mål nr 2166-11 mellan Luleå kommun och Konkurrensverket gällande otillåten direktupphandling. Luleå kommun valde en tidigare leverantör istället för att utannonsera avtalet/tjänsten och förvaltningsrätten utdömde då ett vite på 100 000 kr för Luleå kommun. I domen framkommer bl.a. följande.

*"Såväl unionsrätten som den svenska lagstiftaren betraktar otillåtna direktupphandlingar som en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet".*

*"Av förarbetena framgår att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling (se prop. 2001/02:142 s. 99)".*

*"Konkurrensverket har i sin ansökan särskilt framhållit att även om en myndighet tar in anbud från andra leverantörer kan detta inte ersätta den konkurrensutsättning som en annonserad upphandling innebär där alla potentiella leverantörer bereds möjlighet att delta."*

### Landstinget

Landstinget hävdar utifrån vad som uppgivits i målet och till förvaltningsrätten ingivna handlingar att upphandlingen genomförs med iakttagande av LOU med tillämpning av den undantagsbestämmelse som anges i 4 kap. 5 § i nämnda lag. Framtidens US är Landstingets enskilt största nybyggnads-satsning. Landstingets önskemål med den konst som ska finnas på Framtidens US framgår av det konstprogram som tagits fram. Detta innebär en analys och beskrivning av konstens roll i rumsfunktionsplanering i en sammansatt och framåtblickande bemärkelse, om konst som en sjukhusmiljöfråga, om konst som kan bidra till att generera konstnärlig kvalitet, mötesplatser och skapa unika värden. Konsten ska bidra till att skapa en identitet och ett mervärde för Framtidens US som inte enbart är visuellt tilltalande utan som är dynamiskt och integrerat i den pågående byggprocessen och på så sätt mera hållbart över tiden.

Landstinget har för upphandlingen tillsatt en sakkunnig konstreferensgrupp för att bedöma projektets förutsättningar och ta ställning till för sammanhanget relevanta referensprojekt och konstnärskap inom konstområdet, från både internationella och nationella sammanhang. Den sakkunniga konstreferensgruppen har utifrån estetiska, konstnärliga, arkitektoniska, platshistoriska och produktionstekniska hänsyn som följer av anskaffningens särskilda karaktär enats om riktlinjer för uppdraget. I upphandlingsförfarandet har alla konstnärer haft möjlighet att presentera sig genom att skicka in presentationsmaterial till Landstinget. Efter presentation och genomgång av olika konstnärer har den sakkunniga konstreferensgruppen tagit ställning till val av konstnär och konstnärskap som på ett avgörande sätt skulle kunna tillgodose de kravspecifikationer på konst som finns hos beställaren. Inledningsvis presenterades en genomgång av ett omfattande antal referensprojekt och konstnärskap, därefter gjordes ett urval av sammanlagt 15 20 konstnärer som diskuterades i varje delprojekt. I nästa steg har den sak-

kunniga konstreferensgruppen i dialog med arbetsgruppen för konst enats om att tre konstnärer ska få arbeta vidare. Dessa konstnärer, som av den sakkunniga konstreferensgruppen bedömts vara kvalificerade och intressanta mot bakgrund av uppdragets särskilda karaktär, har erbjudits att utföra skissuppdrag. Efter bedömning av inlämnade skissförslag och efter samråd med och godkännande av Landstinget, avser den sakkunniga referensgruppen att, på basis av konstnärliga bedömningar och estetiska hänsyn, erbjuda de utvalda konstnärerna uppdrag.

Eftersom det vid upphandling av konst främst rör sig om en estetisk bedömning som ligger till grund för valet av leverantör, föreligger svårigheter med att avgöra om ett anbud är ekonomiskt mer fördelaktigt än ett annat om ett öppet förfarande med anbud skulle tillämpas. Huruvida det finns ett likvärdigt konstverk kan inte bestämmas annat än utifrån myndighetens subjektiva uppfattning. Med anledning därav måste tillvägagångssättet att Landstinget först bestämmer utifrån ett urval av konstnärer vilka konstnärer som kan komma ifråga som leverantörer accepteras. När så har skett kan konstverket endast levereras av denna konstnär. Landstinget anser således att undantagsregeln i 4 kap. 5 § 2 LOU medger Landstinget att upphandla konst utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandlingen. Landstinget anser att det tillvägagångssätt man använt vid upphandling av nu aktuell konst följt de grundläggande principerna om icke-diskriminering, likabehandling, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och transparens.

Med anledning av att konstprojekten är direkt länkade till byggprocessen och byggentreprenad genom att de är integrerade i och inplanerade i tidigt skede i den framväxande nya arkitekturen, krävs att den konstnärliga insatsen planeras mycket tidigt i byggprocessen för att möjligheten till byggnadsintegrering av konstverket inte ska gå förlorad.

Med tanke på att Landstinget satsar flera miljoner kronor på gestaltungs-  
uppdrag i nya länssjukhuset ska dessa skattemedel användas på bästa sätt  
genom att man utannonserar gestaltungsuppdragen för att få fram bästa  
möjliga anbud/förslag till miljögestaltning. Flera kommuner och landsting  
använder sig av projekttävlingar eller urvalsupphandling enligt LOU, som  
exempel kan nämnas Stockholms landsting, SL, Region Skåne, Västra Gö-  
tlands län samt Göteborgs kommun. Där är det klart att utannonsering  
gäller i första hand och skulle det finnas skäl att göra undantag ska detta  
dokumenteras och bevisas mycket noggrant. Det är vanligtvis så att alla  
kommuner och landsting som beställer större gestaltungsuppdrag tillsätter  
en konstkommitté (partsammansatt) där olika expertis ingår eller sakkun-  
niga samt att det finns ett konstprogram för detta. Detta oavsett om förfä-  
randet sker genom annonsering eller inte. Det är alltså inget unikt med den  
arbetsgrupp som tillsatts av Landstinget i förevarande fall. Det framgår inte  
alls varför man har valt en konstnär som konstkonsult eller hur man upp-  
handlat denna tjänst. Det framgår inte heller om denne konstkonsult kan  
anses vara opartisk i sitt förhållande till inblandade konstnärer och presum-  
tiva uppdragstagare. Det är oklart vilken relation konstkonsulten har till de  
konstnärer som handplockats för uppdrag. Konstkonsulten är medlem av  
konstnärsföreningen ALKA i länet och det är troligtvis därifrån man in-  
hämtat ett antal konstnärer som fått anmäla sitt intresse för uppdrag. Ingen-  
ting i den beskrivning som Landstinget anför ger stöd för beslutet att inte  
konkurrensutsätta eller utannonsera gestaltungsuppdragen. Landstinget  
beskriver inte heller varför man hänvisar till en paragraf som ger stöd för  
att handplocka konstnärer istället för att följa huvudregeln om utannonser-  
ing. Vidare uttalar Landstinget att alla konstnärer haft möjlighet att pre-  
sentera sig genom att skicka in presentationsmaterial, vilket inte är korrekt.  
Ingen öppen utannonsering har skett i förevarande fall (ingen projekttäv-  
ling). Det framgår tydligt i Landstingets yttrande att man överlämnat åt



konstkonsulten att handplocka namn till olika uppdrag. Landstinget framhåller dessutom att man har gått igenom ett omfattande antal referensprojekt och att konstkonsulten presenterade 15-20 konstnärer, men det framgår inte hur man hittat dessa konstnärer eller på vilket sätt dessa konstnärer inbjudits. I yttrandet framkommer därutöver att Landstinget först bestämmer utifrån ett urval av konstnärer vilka konstnärer som kan komma ifråga som leverantörer, men Landstinget hänvisar inte till något underlag för varför just dessa konstnärer och inte andra fått chansen att visa upp sig.

██████ anser att Landstinget brutit mot de grundläggande principerna i LOU och då främst mot principerna om ickediskriminering, likabehandling och transparens. Det är uppenbart att handplockningen av uppdragstagare legat helt på konstkonsulten och ingen annan. Varken brukare eller anställda har haft möjlighet att bredda upphandlingen eller låta utannonsera gestaltningarna. Landstinget hänvisar till att det framförallt är en estetisk fråga att avgöra vilka konstnärer/gestaltningar som ska beställas. Det är givetvis så, men det är inte enbart en estetisk bedömning utan utvärderingskriterierna ska som regel viktas inbördes. Bedömningen handlar även om miljöpåverkan, hållbarhet, teknisk funktion och ekonomi där priset har en viktning om 30 procent.

I Landstingets konstprogram finns rubriken "Riktlinjer för uppdraget", där man i första stycket har kopierat tre meningar från Statens konstråds skrivningar till förvaltningsrätten i Stockholm. Det är ord som *estetiska, konstnärliga, platsbyhistoriska och produktionstekniska hänsyn samt anskaffningens karaktär*. Dessa meningar har dock ingen betydelse för vilken upphandlingsmetod som man använder. Detta är något som borde funnits med i ett förfrågningsunderlag för en korrekt upphandling med utannonsering, men Landstinget har inte tagit fram något förfrågningsunderlag. Landstinget har ställt upp en s.k. kravspecifikation för val av konstnär som man uttrycker det. Inget i den uppställningen ger dock Landstinget rätt att di-

rektupphandla gestaltningsuppdragen. Det finns inget som säger att just de tre konstnärer som Landstinget väljer är de enda som kan utföra gestaltningsuppdragen. Kravspecifikationen är mycket allmänt hållen och det skrivs om bl.a. hållbart material, platsens identitet, väcka tankar och idéer, associera till liv, intressant och iögonfallande.

Principerna om varors och tjänsters fria rörlighet enligt Romfördraget för skapandet av en inre marknad hindrar de upphandlande enheterna att ta nationella, regionala och lokala hänsyn vid upphandlingar. EU-domstolen har också i ett antal domar behandlat frågan om särbehandling av geografiska skäl och funnit att detta förfarande strider mot fördraget.

Konkurrensverket har uttalat att marknadsekonomi bygger på att det finns konkurrens mellan företag på marknaden. Konkurrensen stärker det svenska näringslivets förmåga att hävda sig på internationella marknader och stimulerar en bättre användning av samhällets resurser. För att kunna utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns och för att det ska ske på lika villkor krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Detsamma följer av principen om förutsebarhet och öppenhet i unionsrätten. Förfrågningsunderlaget bör vidare så långt som möjligt öppna för konkurrens och får enligt LOU inte riktas mot en viss leverantör. Vad gäller skyldigheten som föreligger för en upphandlande enhet att undersöka och tillvarata den konkurrens som kan finnas mellan leverantörer inom och utom landet är det rimligt att man försöker anpassa anbudsgivarkretsen efter upphandlingens storlek och karaktär. Detta innebär att ju större värde upphandlingen representerar desto mer angeläget är det att vända sig till ett större antal potentiella anbudsgivare.

Slutligen hänvisas till Örebro läns landstings skrivelse till Konstnärsförbundet Alliansen, daterad den 3 juni 2010, där landstinget uttalar följande. ”Det föreligger inga skillnader vid upphandling av konst förutom konkreta

upphandlingstekniska frågeställningar. Regeringsrättens (Högsta förvaltningsdomstolen) dom som kommande rättsmedel är väl kända för upphandlingsenheten”.

### Landstinget

██████████ har i yttrande ifrågasatt hur Landstinget har upphandlat den konstkonsult som deltagit i urvalet av konstnärer för Framtidens US.

Landstinget kan konstatera att den frågan inte omfattas av nu aktuell prövning eftersom den tjänsten inte ingår i upphandlingen av konst, utan i en tidigare genomförd upphandling gällande arkitekttjänster.

Det faktum att deltagare i den sakkunniga referensgruppen är medlemmar i olika konstnärsföreningar har av Landstinget inte bedömts utgöra någon jävsituation. Det finns ett antal olika konstnärsföreningar i landet som har olika inriktning. Allt ifrån ateljéföreningar, där medlemskapet innebär tillgång till en eller flera gemensamma ateljéer, till fackliga föreningar som bistår med råd och stöd till konstnärer i olika sammanhang. Konstnärsföreningen ALKA i Linköping är en ateljéförening. Landstinget har i nu aktuell upphandling inte vänt sig till några konstnärer alls för att efterfråga presentation, och det finns heller inte några Östgötakonstnärer som har valts ut för skissuppdrag. Landstinget tillbakavisar således påståendet att upphandlingen skulle ha genomförts på ett sätt som gynnat lokala konstnärer och därmed brutit mot de grundläggande reglerna i LOU.

Landstinget vitsordar att någon annonsering av upphandlingen inte har gjorts. Det undantag som Landstinget åberopar gällande konstupphandlingen gäller dock möjligheten att använda förhandlat förfarande utan annonsering. Något annat undantag gällande konstupphandlingar finns inte. Att upphandlingen inte annonseras innebär enligt Landstinget inte att den upphandlande myndigheten inte på andra sätt kan tillvarata konkurrensen. I

nu aktuell upphandling har det inte inneburit att någon särskild konstnär eller grupp av konstnärer har uteslutits från möjligheten att delta i upphandlingen. Av Landstingets konstprogram framgår hur den sakkunniga konstreferensgruppen har bedömt ett stort antal konstnärer utifrån den kravspecifikation som framtagits för konsten vid Framtidens US. Landstinget anser sig ha tillvaratagit konkurrensen på det sätt som krävs enligt LOU.

Landstinget har vid urvalet av konstnärer till Framtidens US tagit del av konstpresentationer som lämnats till Statens konstråd, utställningar på gallerier samt presentationer som skickats direkt till Landstinget. Statens konstråd bedriver verksamhet uppdelat på tre verksamhetsgrenar. Konstnärlig gestaltning av den gemensamma miljön som innefattar byggnadsanknuten konst, samverkan om gestaltning av offentliga miljöer och konstansökningar (myndigheternas ansökan om konstkollektioner). Förmedling som innefattar konstpedagogik, press/media, publikationer och webb samt tillsynsverksamhet i enlighet med förordning SFS 1990:195 om vård av statens konst. Till Statens konstråd lämnar konstnärer som har intresse av offentliga uppdrag intresseanmälningar som bevaras och finns tillgängliga för de offentliga aktörerna, t.ex. kommuner och landsting. I konstnärsvärlden är detta förfaringssätt väl känt och ett mycket stort antal konstnärer finns presenterade vid Statens konstråd. De intresseanmälningar som lämnas in är omfattande och beskriver på ett tydligt sätt konstnärens inriktning och kompetens. Landstingets bedömning är att de intresseanmälningar som lämnas till Statens konstråd är likvärdiga de som lämnats direkt till Landstinget.

Vad avser det [REDACTED] anförts om viktning konstaterar Landstinget att det i LOU inte finns några krav på vilka utvärderingskriterier en upphandlande myndighet ska använda eller hur dessa ska viktas inbördes.

När det gäller förfrågningsunderlag har Landstinget tidigare pekat på att en kravspecifikation finns framtagen för konst till Framtidens US och det är den som använts vid bedömning av vilka konstnärer som ska tilldelas skissuppdrag. Landstinget menar att den presentation av konstnärer som finns på Statens konstråd och de intresseanmälningar som lämnats till Landstinget i sig beskriver den aktuella konstnärens kompetens och inriktning. Det faktum att något sedvanligt förfrågningsunderlag inte finns framtaget medför enligt Landstinget inte att Landstinget brutit mot kraven på likabehandling eller transparens, eftersom branschen fungerar så att presentationerna inte ändras utifrån uppdragets utformning utan varje konstnär har sin kompetens och inriktning oavsett vad som efterfrågas i det enskilda fallet. Den konst som är aktuell i denna överprövning är s.k. byggnadsanknuten konst. Det rör sig alltså inte om fristående konstverk och skulpturer utan kan handla om att utforma en del av markytan, sittfunktioner, del av fasad eller liknande i samband med en ny- eller ombyggnation. Konstnären jobbar i dessa fall med sina skisser parallellt med byggprojektet, och utan att i början veta exakt hur projektet kommer att se ut. Därför måste konstnären väljas ut utifrån de grundläggande förutsättningarna för platsen samt aktuell kravspecifikation, men utan att den aktuella platsen är slutligt beskriven. Det är inte möjligt att genomföra någon tävling eller annonsera om färdiga skissuppdrag när projektet startar eftersom inte ens den upphandlande myndigheten vet exakt hur den slutliga utformningen kommer att bli. När skissuppdragen är klara beslutas om utförandekontrakt ska tecknas. Av de fem konstnärer som tilldelats skissuppdrag har ett skissuppdrag ännu inte påbörjats, ett genomfört skissförslag avvisats, två skissförslag är godkända och inväntar utförandekontrakt.



Landstinget erkänner att man inte följt lagen när man valt att inte följa huvudprincipen om utannonsering – konkurrensutsättning när dessa omfat-

tande och påkostade gestaltungsuppdrag har handlagts. Landstinget har istället valt handplockning eller direktupphandling genom en konsult. Insynen i denna verksamhet är obefintlig för presumtiva uppdragstagare och egenföretagande konstnärer. Att Landstinget påstår sig ha tillvaratagit konkurrensen när man valt att inte utannonsera är obegripligt, eftersom det bästa sättet att främja konkurrensen är att ha en öppen upphandling där alla leverantörer behandlas lika. Det är mycket anmärkningsvärt att se att Landstinget, istället för utannonsering, har valt att kontakta Statens konstråd när man söker leverantörer. Det är naturligtvis mycket provocerande för de flesta yrkesutövande konstnärer som söker uppdrag att Landstinget springer till den statliga myndigheten Konstrådet och tror att man hittar de bästa leverantörerna där. Landstinget påtalar att hos Statens konstråd lämnar konstnärer som har intresse av offentliga uppdrag in intresseanmälningar som bevaras. [REDACTED] ifrågasätter varför Landstinget inte istället vänder sig till de regionala konstnärscentra som är uppdragsförmedlingar för aktiva konstnärer. Vad avser det faktum att Konstrådet tar emot intresseanmälningar så utgör inte detta en upphandling. Det är inte något som Konstrådet är förpliktigt att vidarebefordra. Han själv och flera andra yrkeskonstnärer har skickat in intresseanmälningar under de senaste 30 åren utan att Konstrådet har hört av sig. Han anser att det är tydligt att Landstinget brutit mot bl.a. kraven på likabehandling och transparens. Landstinget anför felaktigt att det inte skulle vara möjligt att genomföra någon tävling eller annonsera om färdiga skissuppdrag när projektet startar. Han hänvisar till de större konstupphandlingarna som görs/gjorts av SL, Stockholms läns landsting, Västra Götalands regionen, Göteborgs kommun, Västmanlands landsting, Jönköpings kommun, Örebro läns landsting m.fl. Där görs alltid öppna upphandlingar (urvalsupphandling/projekt-tävling) där steg ett är att alla leverantörer inbjuds genom annonsering att inkomma med intresseanmälningar och steg två är att några av leverantörerna (konstnärerna) erbjuds, mot ersättning, att komma in med skissförslag.

## SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

### *Lagtext*

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att vid offentlig upphandling ska öppet eller selektivt förfarande användas. Förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering får dock användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 2 9 §§.

Enligt 4 kap. 5 § 2 LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser bygghandlingar, 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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

### *Framtidens US Konstprogram*

I dokument med detta namn har angetts följande. Alla konstnärer har möjlighet att presentera sig genom att skicka presentationsmaterial till Landstinget. Dessutom har länets konstnärer erbjudits möjligheten att presentera

sig vid en dag på Norrköpings konstmuseum som anordnades i samarbete mellan Landstinget, museet och Statens konstråd.

*Förvaltningsrätten gör följande bedömning.*

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser konstnärliga tjänster får endast användas om förutsättningarna i 4 kap. 5 § 2 LOU är uppfyllda.

I förevarande mål ska Landstinget köpa konstnärliga gestaltningsuppdrag till byggnationen av Framtidens Universitetssjukhus. Det är således fråga om en offentlig upphandling som ska göras i enlighet med LOU. Landstinget har i den aktuella upphandlingen tillämpat undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § 2 LOU och eftersom det är fråga om ett undantag ankommer det på den upphandlande myndigheten att visa att förutsättningar för undantaget föreligger (jfr RÅ 2009 not. 134).

Landstinget har i målet gjort gällande att då det vid upphandling av konst främst rör sig om en estetisk bedömning så föreligger svårigheter med att avgöra om ett anbud är ekonomiskt mer fördelaktigt än ett annat om ett öppet förfarande med anbud skulle tillämpas. Vidare anför Landstinget att det i aktuell upphandling är fråga om s.k. byggnadsanknuten konst vilket innebär att konstnären arbetar med sina skisser parallellt med byggprojektet och utan att i början veta exakt hur projektet kommer att se ut. Därför måste konstnären väljas ut utifrån de grundläggande förutsättningarna för platsen samt aktuell kravspecifikation, men utan att den aktuella platsen är slutligt beskriven. Det är därför enligt Landstinget inte möjligt att genomföra någon tävling eller annonsera om färdiga skissuppdrag när projektet startar eftersom inte ens den upphandlande myndigheten vet exakt hur den slutliga utformningen kommer att bli.

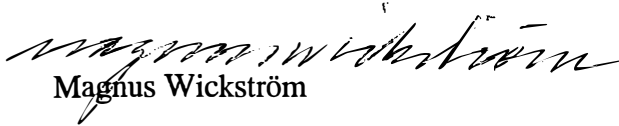


I Kammarrättens i Göteborg dom den 3 december 2008 i mål nr 5353-08 uttalar rätten att det vid upphandling av konstnärliga tjänster föreligger speciella förhållanden på så sätt att det kan vara estetiska bedömningar som får en avgörande betydelse för valet av leverantör. Trots detta ger lagen enligt kammarrätten inte utrymme för att generellt undanta upphandlingar av konstnärliga tjänster från kravet på konkurrensutsättning enligt LOU. Frågan om konkurrensutsättning genom annonsering inte behöver ske måste således bedömas från fall till fall. Avgörande för om undantaget i 15 kap. 5 § 3 (nuvarande 4 kap. 5 § 2) får tillämpas är enligt kammarrättens mening att det rör sig om en specifik situation där det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt endast kan levereras av en viss leverantör. Det måste således röra sig om en konstnärlig tjänst som av olika anledningar endast kan utföras av en viss leverantör och ingen annan. Det måste vidare på något sätt framgå varför just denna leverantör är den enda leverantör som kan utföra uppdraget.

Mot bakgrund av vad som framkommit i målet finner förvaltningsrätten att Landstinget inte har visat att förutsättningarna för att tillämpa 4 kap. 5 § 2 LOU är uppfyllda. Det kan inte anses framgå att de aktuella gestaltungs-uppdragen skulle ha sådana särskilda kravspecifikationer att endast viss konstnär kan utföra dem. Rätten anser att det i förevarande fall varit möjligt att annonsera ut gestaltungs-uppdragen för att sedan utifrån inkomna intresseanmälningar välja ut ett antal konstnärer som får komma in med skissförslag i ett senare skede av byggprojektet. Landstinget har därmed handlat i strid med LOU när det underlåtit att annonsera. Under förfarandet har Landstinget dessutom vänt sig till konstnärer från ett geografiskt avgränsat område, Östergötlands län, något som också får anses oförenligt med LOU. Det faktum att Landstinget har brutit mot bestämmelserna i LOU på angivet sätt kan anses ha medfört eller komma att medföra att [REDACTED] lidit eller kommer att lida skada. Det finns därmed skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU.

Rätten har i förevarande situation att välja mellan att upphandlingen ska göras om eller rättas (jfr RÅ 2005 ref. 47). Eftersom felet har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede är en rättelse inte möjlig och upphandlingen ska därför göras om.

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

  
Magnus Wickström

Föredragande har varit Andrea Ritzer.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 3109/1D LOU