



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**  
2011-03-25  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
4791-11  
Enhet 13

**SÖKANDE**



**MOTPART**

Statens Konstråd, 202100-1033  
Box 45134  
104 30 Stockholm

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011-03-30	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 114880

**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, YRKANDE M.M.**

Statens konstråd genomför en upphandling av konstnärlig gestaltning i ett trapphus i form av en större målning i samband med en planerad om- och tillbyggnad av Gymnastik- och Idrottshögskolan i Stockholm (GIH).

██████████ ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför han bl.a. följande. Av 1 kap. 9 § nya LOU följer att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Statens konstråd beslutade i sitt projektledarmöte den 19 december 2010 att tilldela ovanstående gestaltungsuppdrag utan att följa huvudprincipen i LOU om annonsering på en databas. Statens konstråd har inte uppfyllt förutsättningarna för tillämpning av undantaget i LOU för konstnärliga skäl. Statens konstråd har inte rätt att generellt direktupphandla alla gestaltungsuppdrag.

Enligt Högsta förvaltningsrättens dom den 18 september 2009, vilken är den senaste domen angående prövning gällande upphandling av konstnärliga tjänster, gäller huvudregeln alltid och den regeln har inte följts. Vidare hänvisas till Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 december 2008 i mål nr 5353-08. Det är rent felaktigt och vilseledande när Statens konstråd hänvisar till en kammarrättsdom från 2001, när det inom perioden 2008 till 2010 har kommit nya domar som måste följas.

Konkurrensverket har konstaterat att för att undantaget beträffande konstnärliga tjänster i 15 kap. 5 § 3. LOU ska vara tillämpligt så krävs det 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 har Konkurrensverket skrivit att enligt EG-domstolens fasta rättspraxis (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. Statens konstråd har i sitt protokoll inte visat att de konkurrensutsatt uppdragen, de kan inte bevisa eller redovisa att det inte finns andra konstnärer/leverantörer som är likvärdiga i sitt kunnande, de har inte visat att uppdragens karaktär rör sig om ensamrätt eller kompletteringar av tidigare inköpt verk eller att det bara är denna konstnär som kan utföra uppdraget. Han hänvisar till konstnärer och organisationer som inte har kontaktats och ger in och åberopar bl a inbjudningar till olika konsttävlingar.

**Statens konstråd** bestrider bifall till ansökan och anför i yttrande bl.a. följande.

#### *Bakgrund*

Upphandlingen sker i samband med en planerad om- och tillbyggnad av GIH. Byggnaderna invigdes 1945 och har klassificerats som särskilt kulturhistoriskt värdefulla av Stockholms stadsmuseum. Kraven på anpassning av tillbyggnaden är också stora då omgivningarna runt GIH är en del av Nationalstadsparken och tillbyggnaden därmed ska, i likhet med den befintliga skolbyggnaden, smälta in i landskapet och knappt synas. Tillbyggnaden kommer att ligga i en brant skogsbeklädd slänt bakom skolan och kommer att vara sammanlänkad med en av de befintliga byggnaderna. Avvikande i projektet är trapphuset som arkitekterna beskriver som en slits genom huskroppen. Detta är en smal passage som löper genom alla våningsplan och som har ljusinsläpp från ovan.

Upphandlingen avser en konstnärlig gestaltning av trapphuset i form av en större målning. Trapphuset förväntas utgöra en central del av huskroppen och den stora väggytan kräver att konstnären har kunskap inom väggmåleri samt erfarenhet av det material som underlaget utgör (betong) samt ett må-

leriskt språk som kan aktivera och spänna över den stora väggytan. Med hänsyn till det hinder som trappan och det trånga utrymmet utgör krävs det att den för uppdraget utsedda konstnären kan utnyttja detta på ett bra och effektivt sätt, samt att denne kan anpassa sig efter den stil som om- och tillbyggnaden tillför huskroppen avseende färg och ljus, och som är representativt för GIH:s verksamhet.

Statens konstråd genomför upphandlingen i samarbete med GIH, Akademiska Hus och Wingårdhs arkitektkontor. En särskild kommitté har sammansatts med representanter från Statens konstråd, GIH och arkitektkontoret. Denna kommitté har främst utifrån konstnärliga och estetiska men även utifrån den arkitektoniska och produktionstekniska hänsyn som följer av anskaffningens särskilda karaktär enats om riktlinjer för uppdraget. Statens konstråds projektledare har utifrån dessa riktlinjer gått igenom ett större urval av konstnärer, däribland ansökningar från konstnärer som söker uppdrag av Statens konstråd. Denna förberedande process har resulterat i att elva olika konstnärskap granskats av den sakkunniga kommittén. Därefter har en konstnär, som av kommittén bedömts vara kvalificerad och intressant mot bakgrund av uppdragets särskilda karaktär, en konstnär med stor erfarenhet av att arbeta med ett suggestivt måleri på betong såsom underlaget utgjorde en duk, erbjudits att utföra skissuppdrag avseende konstnärlig gestaltning av trapphuset. Efter en bedömning av detta kan kommittén och Statens konstråd, på basis av konstnärliga bedömningar och estetiska hänsyn, komma att erbjuda konstnären uppdraget.

#### *Konstnärliga skäl*

I förevarande upphandling har en särskilt sammansatt sakkunnig kommitté och Statens konstråd, mot bakgrund av uppdragets särskilda karaktär, och efter en genomgång av elva konstnärskap, valt ut en konstnär som anses kvalificerad och intressant för att utföra skissuppdrag. Efter en konstnärlig och estetisk bedömning av detta kan det bli aktuellt att tilldela konstnären

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

**DOM**

uppdraget. Högsta förvaltningsdomstolen har i tidigare avgörande (mål nr 1596-06, 18 december 2008) slagit fast att ett sådant förfarande, med hänsyn till de ovan nämnda speciella förhållanden som råder vid upphandling av konstnärliga tjänster, dvs. när rent konstnärliga och estetiska hänsyn ligger till grund för valet av leverantör, innebär att undantaget avseende konstnärliga skäl är tillämpligt. Detta har även fastslagits av Kammarrätten i Stockholm i ovan nämnda mål samt av Kammarrätten i Göteborg (mål nr 4476-08, 20 januari 2009) som anfört att ett sådant förfarande, inom ramen för vad som är möjligt när det gäller upphandling av konst, innebär att en godtagbar konkurrensutsättning skett.

Statens konstråds uppfattning är att det förfarande som tillämpats inom ramen för denna upphandling uppfyller förutsättningarna för tillämpning av undantaget för konstnärliga skäl enligt 15 kap 3 § med hänvisning till 4 kap 5 § p. 2 LOU såsom Högsta förvaltningsdomstolen i tidigare prejudicerande avgörande konstaterat.

██████████ tillägger i huvudsak följande. Statens konstråd använder sig av "undantagsregeln" vid varje beställning (direktupphandling) vid gestaltungsuppdrag oavsett vilken gestaltning och vilken budget som gäller för utsmyckningen. Enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) kan en myndighet som Statens konstråd inte, vid varje upphandling, använda sig av direktupphandling (handplockning) utan att konkurrensutsätta uppdragen. Det är mycket anmärkningsvärt att förvaltningsrätten i Stockholm, vid varje mål gällande Statens konstråds upphandlingar av gestaltungsuppdrag, har rätt att göra undantag från huvudprincipen om utannonsering. Eftersom detta strider mot LOU-lagens olika principer. Det finns heller ingen som helst bevisning från Statens konstråd som gör att, det alltid, har rätt att använda sig av undantag. Flera förvaltningsrätter i södra Sverige gör en annan tolkning än Förvaltningsrätten i Stockholm, t.ex. i Kammarrätten i Göteborgs tydliga dom från december 2008, mål nr: 5353-08.

██████████ hänvisar vidare till en rapport från Nämnden för offentlig upphandling (NOU), "offentlig upphandling av arkitektur, formgivning och design", 2006, ang. förutsättningarna för att använda förhandlad upphandling utan föregående annonsering.

### DOMSKÄL

I 15 kap. 3 § LOU anges bl.a. följande. En offentlig upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.

Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

4 kap. 5 § 2. LOU har följande lydelse. En upphandlande myndighet får 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.

16 kap. 5 § LOU har följande lydelse. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Av 4 kap. 5 § 2. LOU framgår att en upphandlande myndighet kan inskränka sig till att begära anbud genom att skriftligen kontakta endast en leverantör, bl.a. om konstnärliga skäl eller ensamrätt gör att bara denna leverantör kan leverera det som myndigheten vill köpa. I praxis har uttalats att det är den upphandlande enheten som ska visa att det finns förutsättningarna för att tillämpa undantagsbestämmelsen.

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

**DOM**

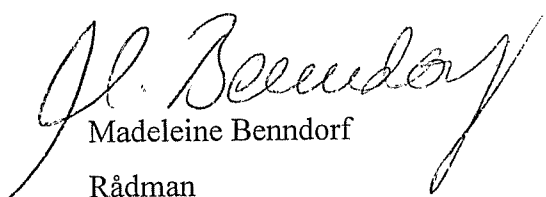
Det är ostridigt i målet att Statens konstråd köper en konstnärlig gestaltning. Det är då fråga om en offentlig upphandling som ska göras i enlighet med LOU, vilket innebär att Statens konstråd ska öppna sin anskaffning för den konkurrens som finns. I detta fall aktualiseras ovanstående undantagsbestämmelse. Högsta förvaltningsdomstolen har i två olika avgöranden diskuterat undantagsbestämmelsens tillämplighet vid upphandling av konst. I RÅ 2008 ref. 79 framhöll Högsta förvaltningsdomstolen att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärliga tjänster. Därefter uttalade Högsta förvaltningsdomstolen att kommunen genom att hänvisa till anskaffningens särskilda karaktär, till att det slutliga beslutet föregåtts av bedömningar av en större krets av konstnärer och att urvalet gjorts av en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté, visat att undantagsbestämmelsen tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna bygger på varför upphandlingen gjorts i enlighet med reglerna i LOU. I RÅ 2009 not. 134 fann domstolen att undantagsbestämmelsen inte var tillämplig med hänvisning till att den upphandlande enheten lämnat en tunn och allmän beskrivning av uppdraget och inte angett några omständigheter kring det tänkta konstverket som skulle kunna göra undantagsregeln tillämplig.

Upphandlingen avser i detta fall en konstnärlig gestaltning i form av en större målning som ska placeras i ett trapphus i samband med en om- och tillbyggnad av GIH. Statens konstråd har lämnat en beskrivning av om- och tillbyggnaden och trapphuset samt anfört att den konstnärliga gestaltningen ska anpassa sig efter den stil som om- och tillbyggnaden tillför huskroppen. Statens konstråd har vidare anfört att det vid upphandlingen gjorts en bedömning av en särskild kommitté. Denna kommitté har främst utifrån konstnärliga och estetiska men även utifrån den arkitektoniska och produktionstekniska hänsyn som följer av anskaffningens särskilda karaktär enats om riktlinjer för uppdraget enats om riktlinjer för uppdraget och elva olika konstnärskap har granskats av den kommittén, innan kommittén

valde ut en konstnär, som erbjudits att utföra skissupdrag avseende konstnärlig gestaltning av trapphuset.

Förvaltningsrätten finner att Statens konstråd genom den beskrivning som lämnats i målet avseende uppdragets särskilda karaktär och den urvalsprocess som skett visat att undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § 2. LOU är tillämplig vid aktuell upphandling och att undantaget har tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU. Upphandlingen har således skett i enlighet med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som lagen bygger på. Ansökan om överprövning ska således avslås

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

  
Madeleine Benndorf  
Rådman

Föredragande har varit Johanna Isaksson Norlén.





## 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 var till 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 nå 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 uppge 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