



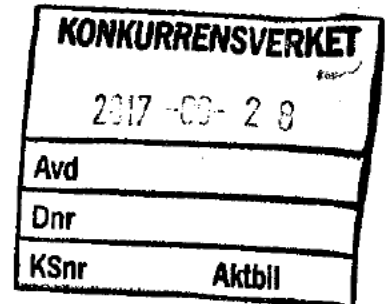
**KLAGANDE**



**MOTPART**

Kulturnämnden i Stockholms stad

Ombud: Stadsadvokat Gustaf Swedlund  
Stadsledningskontoret  
Juridiska avdelningen  
105 35 Stockholm



**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 6 oktober 2016  
i mål nr 16929-16, se bilaga A

**SAKEN**

Offentlig upphandling

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

1. Kammarrätten avvisar [redacted] yrkande om att upphandlingen ska göras om.
2. Kammarrätten avslår överklagandet i övrigt.

Dok.Id 400795

**Postadress**  
Box 2302  
103 17 Stockholm

**Besöksadress**  
Birger Jarls Torg 5

**Telefon**  
08-561 690 00  
**E-post:** kammarrattenistockholm@dom.se  
www.kammarrattenistockholm.domstol.se

**Telefax**  
08-14 98 89

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

**YRKANDEN M.M.**

██████████ yrkar att upphandlingen ska göras om och att avtalet ska förklaras ogiltigt. Till stöd för sin talan anför han i huvudsak följande. Den aktuella upphandlingen strider mot 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Direktupphandlingar får enligt 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket LOU genomföras så länge upphandlingar av samma slag gjorda under räkenskapsåret inte överstiger 15 procent av tröskelvärdet, dvs. 284 631 kr. Det måste stå klart för domstolen att alla de upphandlingar om konstnärlig gestaltning som Stockholms stad gör, handlar om samma direktupphandlingar och att dessa överstigit 15 procent av tröskelvärdet.

Stockholms stad har inte rätt att generellt undanta alla offentliga gestaltningar från kravet på utannonsering. Undantag från annonseringsplikten ska enligt EU-domstolen och EU-kommissionen tillämpas restriktivt och endast i undantagsfall. Myndigheten måste kunna visa att inga likvärdiga konstverk eller konstnärer existerar. Den objektiva bedömning som ska göras ska vara saklig och opartisk. Regeringsrätten anser att en subjektiv bedömning ska göras. Oavsett om en subjektiv eller objektiv bedömning ska göras, ska den vara saklig och bevisbördan ligger på upphandlande myndighet. EU-domstolen har även slagit fast att den upphandlande myndigheten måste visa att de skäl som anges för att motivera ett förhandlat förfarande utan annonsering, gör det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas den särskilda leverantören ifråga. Tillämpningsgrunden konstnärliga skäl har ännu inte varit föremål för EU-domstolens prövning. Däremot har EU-kommissionen, i riktlinjer avseende offentlig upphandling, angett att undantagets tillämpningsområde, då konstnärliga skäl föreligger, är mycket smalt och att det endast är tillämpligt då det bara finns en leverantör som kan tillhandahålla det efterfrågade uppdraget. Det finns inget i den s.k. kravbeskrivningen som säger att det aktuella uppdraget endast kan utföras av en enda konstnär eller att det handlar om en ensamrätt. Det framstår som att flertalet konstnärer kan

konkurrera kring denna kravbild. Flera olika förvaltningsrätter har i avgöranden kommit fram till att upphandlingar av konstnärlig gestaltning ska göras om eftersom uppdragen inte har utannonserats.

Stockholms stad har inte på något sätt meddelat att man avser teckna kontrakt och därmed gjort det möjligt för anbudsgivare att ansöka om överprövning inom tiodagarsfristen. Vid otillåten direktupphandling krävs det inte att leverantören lidit eller riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens överträdelse av LOU för att avtalet ska kunna ogiltigförklaras. Det ligger därför nära till hands att dra slutsatsen att lagstiftaren har presumerat att skada alltid föreligger vid otillåten direktupphandling. Om inte för någon enskild leverantör, så i vart fall för marknaden i stort.

**Kulturnämnden i Stockholms stad** bestrider bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande. Överklagandet ska i första hand avvisas eftersom [REDACTED] inte är en leverantör i LOU:s mening. För det fall [REDACTED] har talerätt ska yrkandet om överprövning av upphandlingen avvisas eftersom avtal har tecknats. Stockholms stad bestrider yrkandet om att avtalet med [REDACTED] ska ogiltigförklaras.

#### *Talerätt*

För att talerätt ska föreligga krävs att den som ansöker om överprövning av en upphandling eller ett avtals giltighet, har ställning som leverantör i den mening som avses i LOU samt att denne anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Begreppet leverantör har prövats i flera avgöranden från olika kammarrätter. I dessa mål har domstolarna ställt upp tydliga krav, att begreppet leverantör förutsätter att det är fråga om någon som åtminstone haft för avsikt att lämna anbud i den upphandling som överprövas och därför haft ett intresse av att få ett kontrakt i upphandlingen. I de fall talerätten på goda grunder kan ifrågasättas, måste det krävas av

klaganden att denne redogör för och åberopar de omständigheter som klaganden anser medför att talerätt föreligger. [REDACTED] måste därför visa att han tillhandahåller, eller har förmåga att tillhandahålla, varor och tjänster på den för upphandlingen aktuella marknaden och att han således kan utföra den prestation som upphandlas, samt att han personligen anser sig ha lidit skada. Han måste därigenom visa att han har ett berättigat, och av lagstiftaren, erkänt intresse av det aktuella kontraktet. [REDACTED] är starkt identifierad med Konstnärsförbundet Alliansen (KFA) och det intressearbete som föreningen driver. Föreningen vill bl.a. åstadkomma att gestaltningsuppdrag genomförs som förenklad upphandling eller projekttävling. Den här typen av intresseföreningar är inte taleberättigade enligt LOU och kan därför inte begära överprövning av en upphandling eller av ett avtals ogiltighet. [REDACTED] har i mer än tjugo års tid drivit en stor mängd överprövningar avseende offentliga gestaltningar. Det uttalade syftet med överprövningarna har varit att få till stånd ändringar som ska komma konstnärskollektivet i stort till del. [REDACTED] överprövningar får snarast anses vara baserade på principiell grund. Att en privatperson anser att en upphandling har gått fel till och menar att det har haft en allmän negativ påverkan på den aktuella marknaden utgör inte en grund för talerätt.

Den aktuella upphandlingen måste definieras som "skulpturer avsedda för offentlig plats". För att [REDACTED] ska anses vara leverantör på den marknaden ska han visa att han har kapacitet och förmåga att leverera en eller flera skulpturer av viss konstnärlig höjd. [REDACTED] har varken i förvaltningsrätten eller i kammarrätten påstått att han hade kunnat utföra det uppdrag som Stockholms stad upphandlat, eller på något annat sätt förklarat på vilket sätt han avsett att lämna anbud i upphandlingen. Den enda indikation som finns är att [REDACTED] i överklagandeskriften titulerar sig som "bildkonstnär". Precis som inom det tekniska området finns det inom det konstnärliga området olika specialiteter och marknader. En person som utger sig för att vara "konstnär" är inte per automatik att anse som leverantör inom alla konstnärliga discipliner. Det har ålegat [REDACTED] att

förklara på vilket sätt han hade kommit i fråga som leverantör av ett skulpturerat konstverk och visa att han har ett konkret och berättigat intresse av att erhålla ett uppdrag. Någon sådan förklaring har hittills inte lämnats. [REDACTED] är inte verksam på den marknad som upphandlingen avser och kan inte heller utföra den prestation som Stockholms stad upphandlat. Han kan inte anses uppfylla kriterierna för att vara en leverantör i LOU:s mening i förhållande till den aktuella upphandlingen.

#### *Upphandlingen*

Stockholms stad har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Stockholms stad har använt sig av direktupphandling med hänvisning till att det som ska upphandlas av konstnärliga skäl endast kan fullgöras av viss leverantör. I förvaltningsrätten har Stockholms stad utförligt beskrivit de unika förutsättningarna som råder på den plats där det eftersökta konstverket skulle placeras och de omständigheter som visar att [REDACTED] har en särställning inom hela den samtida konsten samt att det upphandlande konstverket verkligen är unikt och saknar likvärdiga alternativ.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2008 ref. 79 anfört att speciella förhållanden råder vid upphandling av konstnärliga tjänster och det ges i avgörandet en indikation om vilken typ av omständigheter som på detta vis kan föranleda undantagets tillämpning, liksom förhållanden som innebär att undantaget tillämpas med den urskillning som erfordras enligt LOU. Vidare framgår av skrivningar i det nya upphandlingsdirektivet, vilka i stor utsträckning får anses återspegla vad som gäller idag, att specifika förutsättningar knutna till den utvalda konstnärens identitet i sig kan medföra att det konstverk som produceras/upphandlas får en unik särställning som gör att inga likvärdiga alternativ är möjliga (jfr skälstext 50 i det nya LOU-direktivet). Motsvarande åsikter har också förts fram i doktrinen. Stockholms stad har visat att [REDACTED] uppfyller kraven för

att vara en sådan unik och framstående konstnär. Det står därmed klart att den i målet aktuella upphandlingen avser konstnärlig anskaffning av sådan särskild karaktär att den motiverar tillämpningen av undantagsbestämmelsen om direktupphandling under åberopande av konstnärliga skäl och att Stockholms stad har tillämpat undantaget med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna vilar på.

### SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (NLOU) trädde ikraft den 1 januari 2017 och ersatte då den tidigare lagen om offentlig upphandling. Genom den nya lagen införlivades Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet). Av övergångsbestämmelserna framgår att för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet, gäller fortfarande den upphävda lagen. Det är därmed LOU som ska tillämpas i målet.

### Talerätt

██████████ har varken i förvaltningsrätten eller i kammarrätten visat på något personligt intresse för det aktuella kontraktet. Han har inte förklarat på vilket sätt han avsett att lämna anbud i upphandlingen. Han har heller inte visat att han har kapacitet att leverera en eller flera skulpturer eller klargjort på vilket sätt han skulle ha kunnat komma i fråga som leverantör. ██████████ argumentation utgår istället från en generell åsikt om att upphandling av konstverk och konstnärlig gestaltning inte kan undantas från kravet på annonsering.

För att talerätt ska anses föreligga vid ansökan om överprövning ska, enligt 16 kap. 4 § LOU, två rekvisit vara uppfyllda. Sökanden ska dels vara

leverantör, dels anse sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Mot bakgrund av att begreppen "leverantör" och "marknad" i 2 kap. 11 § LOU ska ges en vid tolkning instämmer kammarrätten i förvaltningsrättens bedömning att [REDACTED] är att betrakta som en leverantör i LOU:s mening. När det gäller det andra rekvisitet är det upp till leverantören att själv avgöra om någon risk för skada föreligger eller inte. Det faktum att en leverantör ansöker om överprövning får därför anses innebära en presumtion att denne anser sig ha lidit skada av en påstådd överträdelse, oavsett om leverantören i objektiv mening har fog för sin uppfattning eller inte. Tröskeln för när en leverantör har rätt att få en ansökan om överprövning prövad är därmed mycket låg. Mot denna bakgrund får [REDACTED] anses ha talerätt i målet och att hans ansökan om överprövning ska prövas i sak.

### **Överprövning av upphandlingen**

Kammarrätten anser, av samma skäl som förvaltningsrätten, att [REDACTED] yrkande om att upphandlingen ska göras om ska avvisas. Frågan i målet är därmed om avtalet i den aktuella upphandlingen ska förklaras ogiltigt på den grunden att kulturmämnden har genomfört en otillåten direktupphandling.

### *Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Förvaltningsrätten har redogjort för de bestämmelser som är aktuella i målet. Den centrala bestämmelsen är 4 kap. 5 § LOU. Av paragrafens första stycke 2 framgår att 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.

Det nya LOU-direktivet innehåller också en möjlighet att göra undantag från annonseringsplikten på grund av konstnärliga skäl.

Undantagsbestämmelsen har dock fått en ny utformning. I artikel 32.2 anges bl.a. att ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling får tillämpas för offentliga kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster om byggtreprenaden, varorna eller tjänsterna endast kan tillhandahållas av en viss ekonomisk aktör av skälet att syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation. Artikel 32.2 har införlivats i svensk rätt genom 6 kap. 14 § första stycket 1 NLOU, som i stor utsträckning överensstämmer med direktivets lydelse.

Av förarbetena till NLOU (prop. 2015/16:195) framgår inte om det finns något bakomliggande syfte med undantagsbestämmelsens ändrade lydelse. Det finns heller inget resonemang om, och i så fall hur, den nya lydelsen kommer att påverka rättstillämpningen. Ledning för hur undantagsbestämmelsen ska tillämpas framöver återfinns istället i LOU-direktivets skälstext 50 där det bl.a. anges följande. Undantaget bör begränsas till fall då offentliggörande antingen är omöjligt, på grund av synnerlig brådska till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse eller som inte kan tillskrivas den, eller där det redan från början står klart att offentliggörandet inte kommer att leda till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat, inte minst därför att det objektivt sett endast finns en ekonomisk aktör som kan fullgöra kontraktet. Detta gäller för konstverk, när konstnärens identitet i sig avgör konstföremålets unika art och värde.

För att säkerställa att EU-direktiv som inte har införlivats på ett korrekt sätt eller i rätt tid ändå ska få genomslag i medlemsstaternas nationella rätt har EU-domstolen utvecklat en princip om direktivkonform tolkning. Det innebär att domstolar och myndigheter, från och med det datum ett direktiv träder ikraft och i den utsträckning det är möjligt, är skyldiga att tolka



nationell rätt i ljuset av de nya direktivens ordalydelse och syfte för att uppnå det resultat som avses i direktiven. Om en konflikt uppstår mellan de nya direktiven och förarbetena till den lagstiftning som är gällande, ska de nya direktiven ges företräde i tolkningen (se EU-domstolens dom i bl.a. mål C-212/04). En sådan direktivkonform tolkning kan leda till att domstolen måste bortse från vägledande svensk rättspraxis som innebär att en befintlig bestämmelse ska tolkas på ett annat sätt än vad som föreskrivs i de nya direktiven.

#### *Kammarrättens bedömning*

LOU:s bestämmelse om undantag från annonseringsplikten på grund av konstnärliga skäl har varit föremål för prövning av förvaltningsdomstol många gånger. Bestämmelsen är förhållandevis öppen för tolkning och det saknas vägledande avgöranden från EU-domstolen. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har emellertid kommit med två avgöranden. I RÅ 2008 ref. 79 uttalade HFD att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärliga tjänster och att det måste framgå att det handlar om ett specifikt upphandlingsföremål med konkret kravbild för att undantaget ska vara tillämpligt. HFD lade särskild vikt vid att det slutliga beslutet om val av konstnär hade föregåtts av bedömningar av en större krets av konstnärer och att detta urval hade gjorts av en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté. Under dessa förhållanden ansåg HFD att upphandlande myndighet hade visat att undantaget hade tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna bygger på. I ett senare avgörande från HFD var uppdragsbeskrivningen tämligen tunn och det framgick endast att den upphandlande myndigheten ville köpa en konstnärlig gestaltning som skulle utgöra ett minnesmärke över Förintelsens offer. Undantaget ansågs då inte vara tillämpligt (RÅ 2009 not. 134).

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).

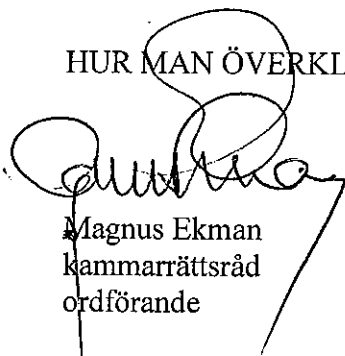
Det nya LOU-direktivet ger stöd för att en upphandlande myndighet kan välja ut en konstnär utifrån hans eller hennes särställning/identitet om syftet med upphandlingen är att köpa ett unikt konstverk/konstnärlig prestation från den konstnären. Kammarrätten anser därför att kulturnämnden har visat att undantaget i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU har varit tillämpligt och att kulturnämnden därmed har haft rätt att ingå avtal med [REDACTED] utan föregående annonsering.

Eftersom kammarrätten 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] invändning beträffande detta föranleder därför ingen annan bedömning.


Sammanfattningsvis ska överklagandet avslås.

---

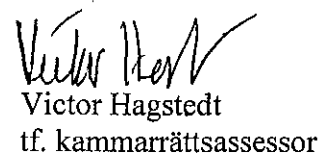
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



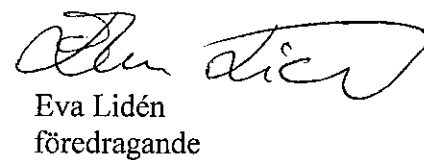
Magnus Ekman  
kammarrättsråd  
ordförande



Carin Jahn  
kammarrättsråd  
referent



Victor Hagstedt  
tf. kammarrättsassessor



Eva Lidén  
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM  
Avdelning 30

DOM  
2016-10-06  
Meddelad i Stockholm

Mål nr  
16929-16

A

1

### SÖKANDE



### MOTPART

Kulturnämnden i Stockholms Stad  
Stockholm konst

Ombud: Stadsadvokaten Gustaf Swedlund  
Stockholms stad  
Stadsledningskontoret  
Juridiska avdelningen  
Hantverkargatan 3 A  
105 35 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 770494

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

### YRKANDEN M.M.

Kulturmämnden, Stockholm konst, i Stockholms stad (Staden) har genomfört en direktupphandling avseende konstnärlig gestaltning av Slussen (Dnr. 3.2/1567/2010). Staden tecknade avtal med konstnären [REDACTED] den 14 april 2016.

[REDACTED] ansöker om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och yrkar dels att avtalet förklaras ogiltigt, dels att upphandlingen ska göras om. [REDACTED] yrkar även att förvaltningsrätten ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

Staden anser i första hand att [REDACTED] talan ska avvisas då han saknar talerätt eftersom han inte uppfyller kriterierna för att vara en leverantör i LOU:s mening i förhållande till den aktuella upphandlingen. Om [REDACTED] anses ha talerätt anser staden att ansökan om ogiltighet ska avslås. Staden anser att den inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

#### Talerätt

Den första frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om [REDACTED] är att anse som leverantör i den mening som avses i LOU.

Enligt 2 kap. 11 § LOU avses med leverantör den som på marknaden tillhandahåller varor, tjänster eller utför byggentreprenader. Begreppen leverantör och marknaden ska ges en vid tolkning.

Staden anser att [REDACTED] inte uppfyller kriterierna för att vara en leverantör eftersom han inte är en skulptör och inte har kapacitet och

förmåga att leverera en eller flera skulpturer av viss konstnärlig höjd som den typ av skulpturer som staden upphandlar, dvs. förvärv av sex befintliga skulpturer av [REDACTED]

Mot bakgrund av att både begreppen leverantör och marknaden ska ges en vid tolkning, anser förvaltningsrätten att [REDACTED] är att betrakta som leverantör i LOU:s mening. [REDACTED] utför konstnärlig gestaltning och det faktum att han inte visat att han tillhandahåller skulpturer innebär enligt förvaltningsrätten inte att han inte ska ses som leverantör. [REDACTED] talan ska därmed inte avvisas pga. bristande talerätt enligt 2 kap. 11 § LOU.

#### **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)

Staden tecknade avtal med [REDACTED] avseende konstnärlig gestaltning av Slussen den 14 april 2016. Eftersom [REDACTED] ansökan om överprövning av upphandlingen, och yrkandet att upphandlingen görs om, kom in till förvaltningsrätten den 3 augusti 2016, dvs. efter att avtalet hade tecknats, kan förvaltningsrätten inte överpröva upphandlingen. Yrkandet därom ska därför avvisas.

#### **Förhandsavgörande från EU-domstolen**

[REDACTED] yrkar även att förvaltningsrätten ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen och anför följande. Både EU-domstolen och kommissionen har konstaterat att undantaget från annonseringsplikten ska tillämpas restriktivt och endast i undantagsfall. Undantaget får enbart användas då myndigheten kan visa att inga likvärdiga konstverk eller konstnärer existerar. En objektiv bedömning av om

likvärdiga konstnärer finns tillgängliga ska vara saklig och opartisk. EU-domstolen har inte tidigare prövat tillämpningsgrunden ”konstnärliga skäl”, varför förhandsavgörande ska inhämtas.

Förvaltningsrätten konstaterar att EU-domstolen 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. (mål C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, punkten 58)

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i ett mål 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. (RÅ 2008 ref. 79)

HFD har i ett senare mål 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. (RÅ 2009 not. 134)

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

Förvaltningsrätten går vidare till att pröva om avtalet i upphandlingen ska förklaras ogiltigt på den grunden att Staden har genomfört en otillåten direktupphandling.

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. (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 Staden 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.

██████████ menar att ingenting i den så kallade kravbeskrivningen säger att uppdraget endast kan utföras av en enda konstnär, utan det framstår som att ett flertal konstnärer kan konkurrera kring den aktuella kravbild. Det bästa sättet att få fram förslag att ta ställning till är att utannonsera och konkurrensutsätta uppdraget. Staden har inte redovisat varför den generellt ska direktupphandla alla uppdrag, konstnärliga tjänster. Det strider även mot LOU när man ställer krav på att konstnären ska ha lokal anknytning. Det finns inte heller något stöd i lagstiftningen för att konstnären ska vara internationellt känd. Det finns för övrigt ett antal mycket mer internationellt kända skulptörer än ██████████ Direktupphandlingar får endast



genomföras så länge upphandlingar av samma slag gjorda under räkenskapsåret inte överstiger 15 procent av tröskelvärdet. Staden har inte utannonserat uppdraget enligt huvudregeln i LOU utan gjort ett undantag och utnyttjat direktupphandling i strid mot lagstiftningen.

Staden invänder att syftet med konstprogrammet för "Nya Slussen" som antogs hösten 2013 var att etablera Slussen som mötesplats och bidra till att göra Slussen till en befolkad, trygg och säker plats under ombyggnadsperioden. Under våren 2016 följde Stockholm konst byggprocessen. Stockholms konst vill med ett mobilt skulpturalt verk ge stockholmarna en försmak om konsten på det framtida Slussen. Utgångspunkt för det tillfälliga projektet var att införa något högkvalitativt och figurativt i mindre skala under det mångåriga byggkaoset. Tillsammans med projektgruppen för Slussen satte Stockholm konst upp följande kriterier för konstverket:

- En väletablerad konstnär verksam i skulptural traditionell anda, gärna brons.
- En kvinnlig konstnär med lokal anknytning.
- En konstnär med gedigen erfarenhet av offentligt gestaltungsarbete.
- En konstnär som redan har befintliga verk i lägre skala, eftersom visionen är att sjösätta projektet tidig vår 2016.
- En konstnär som kan vara med och arrangera en grupp skulpturer tillsammans med Stockholm konst.

Mot denna kravprofil och efter studier av inkomna konstnärsmappar samt i dialog med projektledaren vid Stockholm konst, fann Stockholm konst en given kandidat: [REDACTED] är en av Sveriges absolut främsta konstnärer, både som målare och skulptör med ett otal utställningar och gestaltungsuppdrag bakom sig. Stockholm konst rekommenderade Staden att köpa in sex befintliga skulpturer av [REDACTED] och att producera ett organiskt fat som skulpturerna skulle arrangeras på för mobilitet. [REDACTED] är en av Sveriges främsta konstnärer vars oeuvre i skulptur och måleri har haft en enorm betydelse för både en bred publik och för en yngre

generation kvinnliga konstnärer. [REDACTED] har genom sitt konstnärskap och sitt mod visat att man kan ta plats, att man kan arbeta stort och att man kan visuellt levandegöra svåra existentiella frågor. För Slussen, av många sedd som Sveriges mittpunkt, föreföll det naturligt för Stockholm konst att välja just skulptur av [REDACTED] då geografisk position och laddning krävde en ytterst erfaren och respekterad konstnär vars verk i kvalitet motsvarar platsens laddning. Stockholm konst ville också arbeta i en lägre figurativ mänsklig skala, samt med en koncentrerad grupp av skulpturer som en kontrast till Stockholms alla solitära kungliga skulpturer dvs. idel herrar uppsatta högt ovan folket. [REDACTED] fem skulpturer av barn var det enda alternativet eftersom skulpturerna i skala och organisation skapar sitt eget revir samtidigt som de just inbjuder till direkt deltagande i ett barnperspektiv. Med skulpturerna införs värme och ett mänskligt perspektiv under byggaaset. För att uppnå denna konstnärliga effekt krävs konst av extremt hög konstnärlig kvalitet; alltså en konst som trots lyriska förtecken kan ta för sig i sitt rum. Redan idag fungerar skulpturerna genom att barn är framme och kramar dem, och Stockholm konst har fått många positiva kommentarer av förbipasserande. En extremt svår plats har berikats med ett sammanhållet skulpturalt verk som fungerar utmärkt pga. dess exceptionellt höga konstnärliga kvalitet. [REDACTED] har tilldelats Nordens största konstpris, Carnegie Art Award 2002, och utsågs 2013 till årets konstnär av tidningen Konstvärlden genom en jury som består av åtta av Sveriges främsta konstkritiker. Sedan 1977 är hon ledamot av Kungliga Konstakademien. [REDACTED] verk betingar regelmässigt priser som väl överstiger vad verksamma svenska konstnärers verk får idag. Detta är en tydlig indikation på hennes unika anseende och särställning på konstmarknaden i Sverige. [REDACTED] verk finns också representerade på flera svenska museer och institutioner, inklusive Nationalmuseum och Moderna Museet. Ett konstverk av [REDACTED] som tydligt ligger på en egen nivå inom svensk samtida konst har inga rimliga likvärdiga alternativ.

Förvaltningsrätten konstaterar att Staden har gett en detaljerad beskrivning av det aktuella gestaltningsuppdraget och dess specifika karaktär och kravbild. Staden har tydligt förklarat syftet med uppdraget och hur platsens unika förutsättningar har inneburit en specifik kravbild. Förvaltningsrätten finner att Staden, mot bakgrund av de beskrivningar som lämnats avseende uppdragets särskilda karaktär och den urvalsprocess som skett i samband med att kravprofilen upprättades, har visat att undantaget i 15 kap. 3 § LOU har tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna bygger på. Förvaltningsrätten bedömer därför att avtalet inte ska ogiltigförklaras på grund av att det ingåtts utan föregående annonsering. Det som [REDACTED] har anfört och vad som i övrigt har framkommit föranleder ingen annan bedömning. [REDACTED] ansökan om överprövning av avtalets giltighet ska därför avslås.

#### HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Haike Degenkolbe  
Rådman

Charlotte Wallberg har föredragit målet.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att *avtal inte får ingås*, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.