



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Avdelning 31

**DOM**  
2016-04-15  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
27505-15

**SÖKANDE**



**MOTPART**

Stockholms Stad, Kulturnämnden  
Stockholm konst  
Box 27806  
115 93 Stockholm

**SAKEN**

Offentlig upphandling

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen och ansökan om överprövning av avtalets giltighet.

Dok.Id 709679

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

**YRKANDEN M.M.**

*Kulturnämnden i Stockholms stad*, Stockholm konst (Stockholms stad) tecknade den 22 oktober 2015 ett avtal med [REDACTED] gällande utförande av konstnärlig gestaltning av Nybohovsbacken i Stockholm (dnr 3.2/4287/2011).

[REDACTED] yrkar att upphandlingen ska göras om och att förvaltningsrätten ska överpröva avtalets giltighet samt att förvaltningsrätten ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Till stöd för sin talan anför [REDACTED] bl.a. följande.

Direktupphandlingar omkring 10 miljoner kronor har genomförts av Stockholm konst under 2015. Stockholm konst har inte rätt att generellt undanta alla offentliga gestaltningar från kravet på utannonsering. Starka skäl talar för av Stockholm stads val av direktupphandling som upphandlingsförfarande är olagligt. Både EU-domstolen och kommissionen har konstaterat att undantaget från annonseringsplikten ska tillämpas restriktivt. EU-domstolen har även konstaterat att den som avser att åberopa undantagsbestämmelsen har bevisbördan för att det föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att ett undantag görs. EU-domstolen har ännu inte prövat tillämpningsgrunden ”konstnärliga skäl”. Trots Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2008 ref. 79 har förvaltningsrätten och kammarrätter sedan dess behandlat frågan om myndighets rätt till undantag och direktupphandling vad avser konstgestaltning, och då beslutat att den aktuella myndigheten måste göra om sin upphandling eftersom man avstått från kravet på utannonsering i enlighet med huvudprincipen i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

En upphandlande myndighet ska besluta om riktlinjer för användning av direktupphandlingar. Stockholms stad struntar i denna regel. Stockholm konst har inte en enda gång lagt fram sådan bevisning där man kan presen-

tera att det bara är den tillfrågade konstnären som kan utföra det aktuella uppdraget.

I detta ärende har Stockholms stad inte följt regelverket som ska syfta till att tillvarata konkurrensen. Protokoll från projektmöten läggs inte ut på hemsidan utan går bara att beställa via e-post eller som vanligt brev. I protokoll från projektmöten går inte heller att läsa sig till hur upphandlingsprocessen går till, när den startar och när den slutar. Stockholm konstns beställningar av gestaltungsuppdrag är inte transparenta.

I Stockholm konstns protokoll från den 3 november 2011 framgår bl.a. att konstkonsulten [REDACTED] presenterat fyra konstnärer för samrådsgruppen. Det framgår inte hur dessa handplockats, om internt arkiv används eller varför Stockholm konst inte utannonserar enligt huvudregeln. Det är inte bevisat att [REDACTED] är den enda konstnären som kan utföra uppdraget, inte heller om ensamrätt eller komplettering av tidigare gestaltning. Inget i kravbeskrivningen säger att uppdraget endast kan utföras av en enda konstnär eller att det handlar om ensamrätt, utan det framstår som att ett flertal konstnärer kan konkurrera kring denna kravbild. Stockholms stad har inte uppfyllt förutsättningarna för tillämpning av undantaget för konstnärliga skäl.

Stockholm konst har inte utannonserat gestaltungsprojektet, vilket skulle ha gett ett större urval av leverantörer att ta ställning till. Han är i huvudsak yrkesverksam konstnär, bildkonstnär och grafiker med eget företag. Han är leverantör, antingen som företagsställare eller i samarbete med annan leverantör. Då otillåtna direktupphandlingar av EU-domstolen utpekats som den enskilt mest allvarliga överträdelsen av upphandlingslagstiftningen, ligger nära till hands att dra slutsatsen att lagstiftaren presumerat att skada alltid föreligger vid otillåten direktupphandling, om inte för någon enskild leverantör så i vart fall för marknaden i stort.

*Stockholms stad* anser i första hand att talan ska avvisas för att [REDACTED] inte uppfyller kriterierna för att vara en leverantör i LOU:s mening i förhållande till den aktuella upphandlingen. I andra hand anser *Stockholms stad* att ansökan om överprövning av upphandlingen ska avvisas på grund av att avtal tecknats den 22 oktober 2015, samt bestrider att avtalet ska ogiltigförklaras då *Stockholms stad* inte brutit mot de grundläggande principerna eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Till stöd för sin talan anför *Stockholms stad* bl.a. följande.

För att talerätt ska föreligga krävs att den som ansöker om överprövning har ställning som leverantör i den mening som avses i 2 kap. 11 § LOU. För att [REDACTED] ska kunna anses vara en leverantör och därmed taleberättigad enligt LOU krävs att han på ett konkret sätt förklarat att han tillhandahåller eller har förmåga att tillhandahålla varor och tjänster på den för upphandlingen aktuella marknaden, kan utföra prestationen och därigenom visat att han har ett berättigat intresse av att tilldelas kontraktet. Av [REDACTED] hemsida och intresseanmälan framgår att han utför målningar på vägg och duk samt har utbildning i måleri och litografi. Han besitter inte sådana kunskaper som krävs för utförande av de komplexa konstnärliga gestaltningar som upphandlats i det nu aktuella fallet. Han är således inte heller verksam på den marknad som upphandlingen avser och kan inte heller utföra den prestation som upphandlas. Han kan därför inte anses uppfylla kriterierna för att vara en leverantör i LOU:s mening i förhållande till den aktuella upphandlingen.

I *Stockholms stad* gäller den så kallade enprocentsregeln som innebär att en procent av byggprojektkostnaden vid om-, till- och nybyggnation i kommunens egen regi ska avsättas för konstnärligt gestaltungsarbete. Arbetsprocessen inleds då beställaren kontakter *Stockholm konst* med en förfrågan om gestaltungsarbete enligt enprocentsregeln. Om parterna finner det motiverat att arbeta aktivt med konsten tillsätter *Stockholm konst* en konstnärlig projektledare. För projektet tillsätts en samrådsgrupp som alltid har en majo-

ritet konstnärligt sakkunniga och, om projekten överskrider 500 000 kr, också två politiker ur Stockholms konstråd. Detta garanterar en öppen och demokratisk insyn i projekten. Graden av öppenhet är mycket hög och det står envar fritt att anmäla intresse för offentliga konstgestaltungsopdrag. Stockholm konst använder ett dubbelt sökforfarande genom dels genom hemsidans annonsering, dels de konstnarliga projektledarnas samlade erfarenheter och kontaktnät. Stockholm konstns tolv projektledare, elva konstnarer och en specialistutbildad konstcurator representerar tillsammans både bred och djup konstnarlig kompetens.

Stockholm konst kontaktades i enlighet med enprocentregeln redan 2011 av Stadens Exploateringskontor i samband med forestående stadsutveckling av Nybohovsbacken. Stockholm konst tillsatte i enlighet med sin arbetsmetod och i samrad med bestallarna som konstnarlig projektledare [REDACTED], som har gedigen erfarenhet som utovande konstnar och mangarig konstnarlig projektledare. Vidare tillsattes och en samradsgrupp med representanter fran bestallarna, konstnarligt sakkunniga arkitekter varav en landskapsarkitekt, samt tre konstnarligt sakkunniga fran Stockholm konst. Eftersom budgeten for projektet forvantades overskrida 500 000 kr ingick också två politiker ur Stockholms konstråd i samradsgruppen. Den konstnarliga projektledaren inledde, efter arbetsmoten med Expolateringskontoret, arbetet i dialog med dess projektledare och dari fanns en onskan om en konstnarlig gestaltning av den nya strakbildningen i området. Nybohovsbacken inbjuder till ett flertal konstnarliga gestaltningsmojligheter och den kuperade omgivningen utgor ett komplext sammanhang. Området kraver något som binder samman den dramatiska topografin. Det fanns tidigt ett onskemål om att se en identitetsmarkor mellan det ovre och nedre området, något som är lekfullt och energigivande for omradets barn i deras väg fran skolan upp till lekplatsen, och att etablera ett samband mellan skola och trappa. Den eftersokta konsten skulle kunna forstarka strakbildningar och skapa nya platser, verka for integration och skapa identitet i området.

█ gjorde ett konstnärsurval efter en noggrann analys av platsen och dess behov, funktion och estetik. Av kravspecifikationen framgår att den konstnärliga gestaltningen kräver en konstnär med gedigen erfarenhet samt unika konstnärliga färdigheter, väl synliga i det kvaliteten i det färdiga, integrerade verket. Följande kriterier har använts: ett avancerat samtida konstnärligt uttryck, dokumentation av tidigare utförda konstverk och genomförda komplexa konstprojekt, kunskap om material och förmåga att genomföra hållbara tekniska lösningar, erfarenhet att med konst förhålla sig till en specifik kontext, erfarenhet av samarbete med andra inom projekt och med bibehållen hög konstnärlig kvalitet, samt att konstnärskapet ska kunna relatera till den aktuella miljön för en tänkt helhet. Med denna kravspecifikation har ett urval vaskats fram ur en vidare grupp och från en större mängd konstnärsmaterial inskickat till Stockholm konst och i dialog med Stockholm konsts tolv konstprojektledare. Till slut valdes fyra konstnärer vars särpräglade uttryck bedömdes göra dem väl lämpade för uppdraget utifrån analys av platsen och dess behov. Av de fyra ansågs █ unika konstnärliga kvaliteter bäst motsvara specifikationen. Hon gick ut Konsthögskolan 2002 och har sedan dess i ett otal galleri- och museiutställningar i Sverige och utomlands arbetat fritt och poetiskt, inspirerad av arabisk kultur och ofta lekfullt repetitivt i mosaik och i flöden med ljud, ljus och rörlig bild. Hon har i ett antal större gestaltningsprojekt runt om i landet visat sig kunna samordna sina konstnärliga visioner i nära samarbete med arkitekter. Därtill har hon, bl.a. i gestaltningen av Uppsala nya konsert- hus, visat hur en genomförd konstnärlig gestaltning kan inrymma en praktisk funktion, i detta fall ljus. Efter beslut den 28 februari 2012 bjöds █ in att lämna ett skissförslag. Efter en längre skissperiod godkände samrådsgruppen vid beslutsmöte den 21 oktober 2015 förslaget och beslutade att genomföra det via ett formellt kontrakt. Grund för godkännande var, förutom verkets konstnärliga kvaliteter, att █ beaktat projektets komplexa förutsättningar och med sin prefabricerade gula ledstång löst ett antal problem. Ledstången blir till en gul blixtn som ger om-

rådet en signalgivare, lär locka barnen till lek och lust under deras väg från skola till lekplats, kan integreras i SISAB:s byggnation samt tar på ett synnerligen intelligent och lustfyllt sätt tag i helheten och i betraktarnas ögon. [REDACTED] var med sina konstnärliga erfarenheter av liknande projekt och sina unika bildspråk den mest lämpade för uppdraget.

Upphandlingen avser konstnärlig anskaffning av sådan särskild karaktär att den motiverat tillämpningen av undantagsbestämmelsen om direktupphandling under åberopande av konstnärliga skäl och Stockholms stad har tillämpat undantaget med den urskiljning som förutsätts i LOIU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principerna som upphandlingsreglerna bygger på.

#### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

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.

I 15 kap. 3 § andra stycket andra meningen LOU anges att 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.

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

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 omstän-

digheter som motiverar att undantag görs, se mål C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 58.

Högsta förvaltningsdomstolen har i två avgöranden belyst undantagsbestämmelsernas tillämplighet vid upphandling av konst. I RÅ 2008 ref. 79 uttalas att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärliga tjänster. Upphandlingen handlade om en konstnärlig gestaltning i ett konsert- och kongresshus. 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. Högsta förvaltningsdomstolen fann att det aktuella undantaget hade tillämpats med den urskiljning som förutsätts i LOU i enlighet med de principer som upphandlingsreglerna bygger på, varför upphandlingen hade genomförts i enlighet med LOU. I RÅ 2009 not. 134 ansåg Högsta förvaltningsdomstolen 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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Den första frågan i målet är om [REDACTED] är att anse som leverantör i LOU:s mening. Enligt 2 kap. 11 § LOU avses med *leverantör* den som på marknaden tillhandahåller varor, tjänster eller utför byggentreprenader. Leverantörsbegreppet bör ges en vid tolkning och förvaltningsrätten anser att [REDACTED] är att betrakta som leverantör i LOU:s mening. Hans talan ska därmed inte avvisas på denna grund.

Stockholms stad har ingått avtal med [REDACTED] om gestaltning av Nybohovsbacken. Förvaltningsrätten kan därför enligt 16 kap. 6 § andra stycket LOU inte överpröva upphandlingen. [REDACTED] yrkande om att



upphandlingen ska göras om ska därför avvisas. Frågan om giltigheten av avtalet mellan Stockholms stad och [REDACTED] kan däremot prövas i sak. Härvid anser förvaltningsrätten att det med hänsyn till ovan redovisad praxis inte är nödvändigt att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen, varför yrkandet om detta ska avslås.

Stockholms stad har redovisat vilka krav och kriterier som angavs i kravspecifikationen. Stockholms stad har utifrån kravspecifikationen valt ut fyra konstnärer från en vidare grupp och från en större mängds konstnärsmaterial. Stockholms stad har gett in mötesprotokoll, vari framgår hur valet av [REDACTED] förslag har förankrats. Stockholms stad har också beskrivit de särskilda överväganden som måste göras när konst ska läggas till ett byggprojekt av den omfattning som är fråga om i detta mål, och de speciella omständigheter som förelegat inför gestaltningen av Nybohovsbacken. Förvaltningsrätten anser att Stockholms stad har visat att undantaget i 15 kap. 3 § LOU har tillämpats med den urskiljning som förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna bygger på. Vad [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).

Anneli Berglund Creutz

Rådman

David Munck har föredragit målet.



# 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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

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

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.