



**SÖKANDE**

[Redacted]

Ombud för 2 och 3: [Redacted]

**MOTPART**

Östergötlands läns landsting, 232100-0040

Ombud: Advokat Walter Sköldstam  
ANNOT Advokatbyrå AB

**SAKEN**

Överprövning av avtalsgiltighet enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2019-02-04	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avvisar [Redacted]  
[Redacted] yrkande om att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår yrkandena om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen och av yttrande från Konkurrensverket.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ogiltigförklaring av ingånget avtal.

**ANSÖKAN M.M.**

Östergötlands läns landsting (Regionen) har den 25 juni 2018 tecknat ett utförandeavtal (Avtalet), dnr UC-2018-184, med [Redacted] berg) avseende ett uppdrag att genomföra en serie av fyra skulpturer i enlighet med antaget konstprogram och ett skissförslag som presenterats på

Konststyrgruppsmöte den 8 februari 2018. Avtalet har föregåtts av ett skissuppdrag enligt ett kontrakt den 26 april 2017 mellan Regionen och [REDACTED] (Kontraktet). [REDACTED] har därefter av Konststyrgruppen valts ut för utförandet av de konstverk (serien av fyra skulpturer) som skissen avsett.

[REDACTED] (Sökandena) ansöker om överprövning av Avtalet och yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara Avtalet och förordna att upphandlingen ska göras om. Vidare yrkar Sökandena att förvaltningsrätten inhämtar ett förhandsavgörande från EU-domstolen och ett yttrande från Konkurrensverket.

Regionen (i) bestrider bifall till yrkandet om att Avtalet ska ogiltigförklaras, (ii) begär att yrkandet om att upphandlingen ska göras om ska i första hand avvisas och i andra hand avslås samt (iii) begär att yrkandena om att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen och ett yttrande från Konkurrensverket ska avslås, alternativt avvisas i och med att de inte är motiverade.

#### VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

##### Sökandena

Regionen har tecknat Avtalet utan att utannonsera det konstnärliga uppdraget och istället åter nyttjar en direktupphandling och hävdar en undantagsregel.

Det är Regionen som måste kunna lägga fram bevisunderlag och visa de skäl som motiverar förhandlat förfarande utan annonsering. Undantaget från annonseringsplikten ska tillämpas restriktivt och endast i undantagsfall. Undantaget får enbart användas när myndigheten kan visa att inga likvärdiga konstverk eller konstnärer existerar.

Med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande användas under mycket exceptionella omständigheter. Undantaget ska begränsas till fall då utannonsering är omöjligt på grund av synnerligen brådska eller till omständighet myndigheten inte förutsett, där det från början står klart att annonsering ej leder till ökad konkurrens, därför att det objektivt sett finns en ekonomisk aktör som kan fullgöra uppdraget. Gäller för konstverk, när identiteten avgör föremålets unika art. Exklusivitet kan uppstå av andra skäl, endast objektivt exklusiva situationer kan motivera nyttjandet av direktupphandling utan föregående meddelande om upphandling.

Likabehandlingsprincipen ska beaktas under hela upphandlingsprocessen och principen även kräver likabehandling av potentiella leverantörer som inte fått chans att delta i upphandlingen. En sådan situation kan uppstå då upphandlingen genomförs utan annonsering. De leverantörer som inte har fått vetskap om upphandlingen har då diskriminerats. Just detta har skett vid åtskilliga tillfällen då de krävt att få delta i en öppen upphandling men där konstrådet vägrat att följa upphandlingsprinciperna, vilket i sig är ett allvarligt brott mot lagstiftningen.

Konstrådet medverkar aktivt till att diskriminera sökandena samt utanförstående leverantörer genom att vid varje enskilt gestaltningsuppdrag välja direktupphandling och s.k. handplockning av enskild konstnär efter eget godtycke på ett mycket otillbörligt sätt. Till sin hjälp har man anställt andra konstnärer som konstkonsulter vilka ofta kan betraktas som jäviga då de kan ha ett vänskapsförhållande till de konstnärer som de inbjuder till olika uppdrag. Detta strider mot EU:s principer om fri rörelse för egenföretagare och den etablerade likställighetsprincipen.

Enligt artikel 32.2 i direktiv 2014/24/EU ska den upphandlande myndigheten noggrant underbygga varje enskilt fall varför den valda aktören är den enda som kan utföra uppdraget. Enligt EU-kommissionen kan undantaget exempelvis användas i situationer då den upphandlande myndigheten eller enheten redan har beställt ett konstverk av en viss konstnär och önskar beställa ett exakt likadant för att uppnå ett enhetligt resultat.

Undantaget förutsätter att den upphandlande myndigheten på objektiva grunder kan visa att endast en leverantör kan utföra kontraktet. Två rekvisit måste vara uppfyllda, dels ska det som upphandlas vara av teknisk karaktär, dels ska det vara absolut nödvändigt att tilldela en viss leverantör kontraktet. Att upphandlingsföremålet påstås vara komplicerat räcker inte för att visa att arbetet uteslutande kan anförtros en enda leverantör.

Av EU-domstolens rättspraxis följer att ett undantag från upphandlingsreglerna som görs med hänvisning till tekniska skäl ska vara förenligt med de grundläggande EU-rättsliga principerna, i synnerhet principen om ickediskriminering. EU-domstolen har konstaterat att "risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens". För att få tilldela kontrakt utan föregående annonsering är det alltså inte tillräckligt att det kan styrkas att den leverantör som direkttilldelats kontraktet har den mest effektiva förmågan och kapaciteten att leverera det som kontraktet avser, utan det ska vara styrkt att endast denna leverantör överhuvudtaget har förmåga och kapacitet att leverera det som efterfrågas.

Såvitt något i LOU inskrivet undantag inte kan göras tillämpligt ska upphandling genomföras med iakttagande av lagens bestämmelser. Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag (inte heller detta har Regionen låtit sig göras) samt, enligt 15 kap. 4 § LOU, offentliggöra sina upphandlingar

genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller genom annons i annan form som möjliggör en effektiv konkurrens. Enligt 15 kap. 3 § andra stycket jämförd med 4 kap.

Regionen som myndighet uppfyller ej kraven på transparens, proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen, när man generellt använder sig av direktupphandling och struntar i annonseringskravet.

Sökandena är sedan många år yrkesaktiva konstnärer och har rätt att få delta i en offentlig upphandling av aktuellt slag. De har enskilda företag och befinner sig i en konkurrensutsatt verksamhet och har därför rätt att delta i upphandlingar av gestaltningsuppdrag av detta slag. Om de förbjuds att delta är detta diskriminering i lagens mening. Att de som konstnärer lidit skada är självklart då de getts möjlighet att i en regelrätt öppen upphandling få konkurrera på lika villkor, vilket gör att de utestängs och diskrimineras som konstnärer. Det är ju just detta som är hela grunden för att myndigheter ska göra korrekta upphandlingar genom en utannonsering så att hela processen blir öppen och objektiv tills dess att ett slutligt val av uppdragstagare ska göras.

Regionen hänvisar till att "konstnärundantaget" gör det möjligt att alltid göra ett undantag ifrån kravet på utannonsering, och påstår att detta är ett generellt undantag som kan användas. Detta är helt felaktigt ställningstagande och i så fall ett missbruk av lagstiftningen. Undantag ska enligt LOU och EU-domstolens praxis nyttjas sällan. Undantaget från annonseringsplikten ska tillämpas restriktivt och endast i undantagsfall. Undantaget får enbart användas när myndigheten kan visa att inga likvärdiga konstverk eller konstnärer existerar.

Unik betyder: *"Unik. den enda i sitt slag; något som det bara finns en av. – I vanligt språkbruk brukar unik betyda "sensationell", "enastående". Men*

*det finns också en trivial betydelse av unik: till exempel är alla personnummer unika, eftersom det inte finns två personer som har samma personnummer.”*

Att påstå att Regionen i detta fall har en transparent process är helt felaktigt. Direktupphandlingar med godtyckliga val är ingen transparent verksamhet. Endast en regelrätt utannonsering av uppdraget kan fullfölja kravet på att upphandlingen är transparent och objektiv.

Till stöd för talan hänvisas till svensk rättspraxis, EU-domstolens rättspraxis, regler i direktiv 2014/24/EU samt till svar från EU-kommissionen angående tolkning av EU-direktiv.

### **Regionen**

Sökandenas yrkanden om inhämtande av förhandsavgörande och yttrande från Konkurrensverket ska avslås alternativt avvisas i och med att de inte är motiverade och dessa kan inte heller anses bidra till målets utredning.

Sökandena har inte lidit eller riskerat att lida någon skada. Ansökan är allmänt hållen och synes avse ett generellt önskemål om att konstinköp hos den offentliga sektorn alltid ska föregås av annonserat upphandlingsförfarande. Sökandena har inte konkretiserat närmare hur skada lidits eller riskerats. De har haft möjlighet att delta i enlighet med konstprogrammet och anmäla intresse, vilket inte gjorts såvitt saken uppfattas rätt.

Avtalet utgör inget brott mot LOU. Det s.k. konstnärundantaget är tillämpligt jämlikt 6 kap 14 § 1 st. 1 p. LOU varvid LOU inte görs gällande i övrigt. Angående förvärv av unika konstverk i praxis; jmf. exempelvis RÅ 2008 ref 79 och 2009 not 134 samt den underrättspraxis som följt därefter, se exempelvis Förvaltningsrättens i Stockholms dom i mål nr 895-15.

Kontraktet avser skapandet av unika konstverk till Finspångs vårdcentrum i enlighet med antaget konstprogram. Av Avtalets punkt 26 framgår att det inte kan överlåtas utan ska utföras unikt av [REDACTED]. Avtalet avser skapande av unika konstverk i enlighet med Avtalets punkt 4. Avtalet har föregåtts av ett skissuppdrag där [REDACTED] därefter på grundval av skisserna valts ut för utförandet av skapandet av skisserade unika konstverk åt Regionen.

Den process som föregått kontraktet följer Regionens antagna konstprogram för Finspångs Vårdcentrum från 2016. Processen för detta skapande av unika konstverk som enbart utvalda konstnärer kan utföra beskrivs i konstprogrammet under punkt 4.1–2. Den process som beskrivs har följts och föregått kontraktet. Regionen har en konststyrgrupp som väljer ut unika konstnärer utifrån de som till Regionen anmält intresse i Regionens konstnärsbank, det står var och en fritt att anmäla intresse. Därefter görs val av konstnärer för skisser och utförande utifrån gestaltningsprogram i syfte att skapa och möjliggöra inköp av unika konstverk till det blivande vårdcentrumet i Finspång som för närvarande är full byggproduktion. Färdigt konstverk invigs och överlämnas till Regionen av konstnären, i det här fallet [REDACTED]. Konstnären behåller sin upphovsrätt till konstverk/en, se punkt 22 i Avtalet.

Sammanfattningsvis har Regionen en transparent process som innebär att Regionen kan säkerställa Regionens publika verksamheter får tillgång till unikt utvalda konstnärer och deras unika verk. Detta är helt i enlighet med väl etablerad praxis i svensk rätt och i överensstämmelse med att ”upphandling” av unika konstverk inte behöver föregås av annonsering i enlighet med såväl ordalydelse som syftet i 6 kap 14 § 1 st. 1 p. LOU. Någon avgörande ändring i sak avseende bestämmelsen i förhållande till äldre lagar om offentlig upphandling inom den s.k. klassiska sektorn har inte skett.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Yrkandet om att upphandlingen ska göras om

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör (20 kap. 6 § andra stycket LOU). Regionen har tecknat Avtalet den 25 juni 2018. Eftersom avtal har slutits i upphandlingen får överprövning av upphandlingen inte ske. Sökandenas yrkanden att upphandlingen ska göras om ska därför avvisas.

### Inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen och av yttrande från Konkurrensverket

Förvaltningsrätten konstaterar att sökandena inte har anfört varför eller i vilken fråga förhandsavgörande från EU-domstolen och yttrande från Konkurrensverket är nödvändiga att hämta in. Mot denna bakgrund samt utifrån vad sökandena i övrigt anfört finner förvaltningsrätten att det inte har framkommit skäl som påvisar att det är nödvändigt att hämta in dessa i målet. Yrkandena därom ska därför avslås.

### Ogiltighetsförklaring av Avtalet

Förvaltningsrätten konstaterar att Sökandena ansöker om överprövning av Avtalets giltighet. Avtalet avser utförande av en serie av fyra skulpturer i Finspång Vårdcentrum enligt ett skissförslag som [REDACTED] presenterat på Konsstyrgruppsmöte den 8 februari 2018. Själva skissförslaget var föremål för Kontraktet av vilket framgår bl.a. att reproduktionsrätten till konstverket förblir [REDACTED] egendom (punkten 7 Äganderätt) och att, för det fall Regionen beslutar att gå vidare och beställa konstverket efter skissuppdraget, ett utförandekontrakt kommer att skrivas mellan beställare och utförare (punkten 8 Genomförande).



Huruvida Regionen haft rätt att sluta Kontraktet utan att dessförinnan genomföra en annonserad upphandling är inte föremål för förvaltningsrättens prövning då Sökandena inte begär överprövning av Kontraktet. Härvid kan även konstateras att då Kontraktet slöts redan i april 2017 så har tidsfristen för att ansöka om överprövning av Kontraktets giltighet löpt ut (jfr 20 kap. 17 § första stycket LOU).

Vad sedan beträffar Avtalets giltighet kan följande sägas.

Utifrån vad Sökanden anfört blir fråga i målet om Regionen genom att ingå Avtalet medelst direktupphandling har överträtt 19 kap. 9 § LOU. För det fall att en sådan överträdelse bedöms föreligga krävs inte att densamma också åsamkat sökande leverantör skada för att påföljd ska förordnas.

Av 19 kap. 7 § LOU framgår att en direktupphandling får ske om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering i bl.a. 6 kap. 14 § LOU är uppfyllda. I sistnämnd paragraf anges att en upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation.

Med beaktande av det som anges i Kontraktet avseende äganderätten över konstverket och dess genomförande följer det enligt förvaltningsrätten att det uppdrag som Avtalet avser gäller utförande av ett unikt konstverk som endast kan utföras av en viss leverantör, nämligen konstnären som har skapat konstverket enligt det skissförslag som var föremål för Kontraktet, dvs. ██████████

Mot denna bakgrund får Regionen anses ha visat att uppdraget endast kunnat fullgöras av [REDACTED]. Det förhållande att Avtalet föregåtts av en bedömning av andra utförda skissuppdrag, i enlighet med ett konstprogram, förändrar inte denna bedömning eftersom vare sig en förnyad konkurrensut-sättning riktad till den krets av leverantörer som deltagit i denna process eller i förhållande till andra okända potentiella leverantörer kan garantera att Regionen erhåller konstverk som motsvarar det som [REDACTED] har skissat fram.

Förvaltningsrätten finner således vid en samlad bedömning att Regionen har visat att undantagsbestämmelsen i 6 kap. 14 § första stycket punkten 1 LOU har varit tillämplig och att bestämmelsen har tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna bygger på. Förvaltningsrätten anser därför att Regionen har haft rätt att ingå Avtalet utan föregående annonsering jämlikt 19 kap. 7 § LOU. Sökandenas yrkande om ogiltigförklaring av Avtalet ska därmed avslås.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Tomas Kjellgren

Rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Stefka Bokmark.



## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

#### Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.