



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Charlotta Johansson

Upphandling av konst

Undantag av konstnärliga skäl

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Bengt Lundell

Förvaltningsrätt

VT 2010

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR OCH FÖRKLARINGAR	4
1 INLEDNING	6
1.1 Introduktion	6
1.2 Definition av konst	8
1.3 Syfte och frågeställningar	8
1.4 Metod och material	9
1.5 Avgränsning	10
1.6 Disposition	11
2 UPPHANDLINGSLAGSTIFTNING INOM EU	12
2.1 Översikt	12
2.2 Bestämmelser i fördragen	13
2.3 Grundläggande EU-rättsliga principer	14
2.3.1 Icke-diskrimineringsprincipen	14
2.3.2 Likabehandlingsprincipen	15
2.3.3 Transparensprincipen	15
2.3.4 Proportionalitetsprincipen	16
2.3.5 Principen om ömsesidigt erkännande	16
2.4 Upphandlingsdirektiven	17
2.4.1 Bakgrund	17
2.4.2 Direktivens syfte	17
2.4.3 Tillämpningsområde och innehåll	18
2.4.4 Implementering i svensk rätt	19
3 UPPHANDLINGSPROCESSEN	20
3.1 Introduktion	20
3.2 Annonsering	20
3.3 Förfrågningsunderlag	21

3.4	Kvalificering och utvärdering	22
3.5	Estetiska hänsyn	23
3.6	Upphandlingsförfaranden	24
3.6.1	Över respektive under tröskelvärdena	24
3.6.2	Över tröskelvärdena	24
3.6.3	Under tröskelvärdena	25
3.6.4	Projekttävling	26
4	UNDANTAG FRÅN KRAVET PÅ ANNONSERING VID UPPHANDLING AV KONST	29
4.1	Introduktion	29
4.2	Förhandlat förfarande utan föregående annonsering	29
4.2.1	Tillämpningsgrunder	29
4.2.2	Restriktiv tillämpning	30
4.2.3	Bevisbörda	31
4.2.4	Likvärdigt konstverk	32
4.2.5	Konstnärliga tjänster är B-tjänster	33
4.3	Förenklat förfarande	33
4.3.1	Tillämpningsgrunder	33
4.3.2	EU-rättens inflytande	34
4.3.3	Tolkning och tillämplighet	34
5	AKTUELLA RÄTTSFALL	36
5.1	Konserthus i Uppsala	36
5.1.1	Bakgrund och parternas yrkande	36
5.1.2	Beslut	36
5.2	Utsmyckning av sjukhusbyggnader	37
5.2.1	Bakgrund och parternas yrkande	37
5.2.2	Beslut	38
5.3	Minnesmärke över förintelsens offer	39
5.3.1	Bakgrund och parternas yrkande	39
5.3.2	Beslut	39
6	ANALYS OCH DISKUSSION	41
6.1	Inledning	41
6.2	Domstolarnas tolkning av undantaget	41
6.3	Förenlighet med EU-rätten	43
6.3.1	Olika tolkningar	43
6.3.2	Subjektiv tolkning	44
6.3.3	Objektiv tolkning	44
6.3.4	Restriktivitet	46

6.4 Reflektioner	46
6.4.1 Risk för diskriminering	46
6.4.2 Avvägning mellan undantagets för- och nackdelar	47
7 SLUTSATS	50
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	52
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	55

Summary

The regulations of public procurement in the European Union (EU) consist primarily of two directives, 2004/18/EG and 2004/17/EG. These directives are principally based on the internal market provisions of the EC Treaty (now the Treaty on the Functioning of the European Union) and are aiming to guarantee competition within the EU. The directives prescribe in detail how a procurement process should be performed and how the procuring public authority or entity is allowed to act. According to the aim of guaranteeing competition the principle of equal treatment and non-discrimination should be taken into consideration within all procurements. This implies that all potential suppliers within the member states in the EU should be treated equally and should be given the same conditions within each procurement process. All procurements should also be characterized by transparency. This implies for example that all procurements in general should be made public through a contract notice, in order to enable for all potential suppliers to show their interests of participating in the procurement process.

In certain cases the directives provide exceptions from the procurement regulations. The requirement of publishing a contract notice can for example be ignored due to *artistic reasons*. This exception can only be used when the authority can show that only one supplier can meet the demands. The authority is under such circumstances allowed to contact the current supplier without performing a regular procurement process. During the last few years this exception has been object for trial both within the Administrative Court of Appeal and the Supreme Administrative Court. Common for the cases where the exception was accepted were that the authority had shown *adequate reasons* for using the exception.

The exception has also been object for trial within the EU court. Though not in consideration of artistic reasons but in consideration of other reasons admitting the same exception. In these cases the EU court stated that the exception should be applied *restrictively* and only in exceptional cases. The fact that the Swedish courts require reasonable grounds for using the exception is probably an expression for the restrictiveness stated by the EU-court. Due to that matter the interpretation of the Swedish courts seems to be compatible with the EU regulations. Despite of this theoretical compatibility it can be discussed whether these situations where the exception was accepted really are meant to be covered by the exception or if the Swedish courts in this aspect have made an interpretation that can be criticized.

Sammanfattning

Det upphandlingsrättsliga regelverket inom EU består framförallt av två direktiv, 2004/18/EG och 2004/17/EG. Dessa direktiv är i huvudsak baserade på EG-fördragets (numera EUF-fördraget) bestämmelser om förverkligandet av den gemensamma marknaden och syftar till att säkerställa en sund konkurrens inom hela Europeiska unionen. Direktiven styr i detalj hur en upphandlingsprocess ska genomföras och hur den upphandlande myndigheten eller enheten får agera. I enlighet med direktivens syfte att säkerställa konkurrens ska principen om likabehandling och icke-diskriminering beaktas i alla upphandlingar. Detta innebär att samtliga potentiella leverantörer inom medlemsstaterna ska behandlas lika och ges samma förutsättningar i varje upphandling. Alla upphandlingar ska även präglas av transparens och öppenhet, vilket bland annat kommer till uttryck genom det krav på annonsering som uppställs av upphandlingslagstiftningen. Detta krav innebär att alla upphandlingar som huvudregel ska offentliggöras genom annons innan själva upphandlingsprocessen påbörjas i syfte att möjliggöra för samtliga potentiella leverantörer att visa sitt intresse och delta i upphandlingen.

I vissa situationer, som specifikt anges i upphandlingsdirektiven, är det möjligt att göra undantag från dessa principer. Direktiven medger exempelvis att kravet på annonsering åsidosätts om det av *konstnärliga skäl* inte är möjligt eller lämpligt att annonsera upphandlingen. Enligt lagtexten föreligger en sådan situation då det enbart finns en möjlig leverantör som kan utföra uppdraget i fråga. Den upphandlande myndigheten kan då istället direkt kontakta den aktuella leverantören utan att göra en formell upphandling. Under senare år har flera konstupphandlingar, där detta undantag har använts, varit föremål för prövning i både kammarrätten och Regeringsrätten. I vissa fall har undantagets användning godtagits medan det i andra fall har saknats tillräckliga skäl för att tillämpa undantaget. Gemensamt för de fall där undantaget har godtagits är att det har ställts krav på att myndigheten ska visa *sakliga skäl* för att undantaget ska få tillämpas.

Undantaget från annonseringsplikten har även varit föremål för EU-domstolens prövning, dock inte med tillämpningsgrunden konstnärliga skäl utan med hänsyn till andra situationer som medger samma undantag. I dessa mål har EU-domstolen konstaterat att undantaget ska tillämpas *restriktivt* och endast i undantagsfall. Det krav på saklighet som de svenska domstolarna har slagit fast är troligtvis ett uttryck för den restriktivitet som enligt EU-domstolen ska präglade undantagets användning. Av den anledningen kan de svenska domstolarnas tolkning av undantaget anses vara förenlig med hur undantaget ska tolkas enligt EU-rätten. Trots denna teoretiska förenlighet kan det diskuteras om de situationer där undantaget har godtagits verkligen är avsedda för undantaget eller om de svenska domstolarnas tolkning i detta hänseende kan kritiseras.

Förord

Denna uppsats är inte bara det sista steget mot en jur. kand., den symboliserar även avslutningen på en tid fylld av glädje, studentikosa festligheter, nya erfarenheter och förberedelser inför mitt kommande yrkesliv som praktiserande jurist. Jag vill tacka alla som gjort denna tid oförglömlig!

Jag vill även tacka min handledare Bengt Lundell vid juridiska fakulteten i Lund för intressanta synpunkter på uppsatsen. Ett varmt tack riktas även till upphandlingsgruppen på advokatfirman Delphi för en lärarik och inspirerande uppsatspraktik.

Avslutningsvis vill jag framföra ett stort tack till min stora, härliga familj för att de är min outtömliga energikälla och för att de alltid finns där som stöd. En extra stor eloge förtjänar min mor som inte bara korrekturläst denna uppsats utan även varit min mentor under hela studietiden. Till sist vill jag tacka Jonathan för att han under skapandeprocessens gång stundtals har fått mig att tänka på annat än offentlig upphandling.

Lund, juni 2010

Charlotta Johansson

Förkortningar och förklaringar

Anbud	Dokument från anbudsgivare till upphandlande enhet vilket beskriver de varor och tjänster som leverantören offererar
Art.	Artikel
Dir.	Direktiv
EG-fördraget	Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, även kallat Romfördraget
EUT	EU: s officiella tidning
EUF-fördraget	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Förfrågningsunderlag	Dokument från upphandlande enhet till anbudsgivare innehållande bl.a. beskrivning av krav på leverantören, krav på föremålet för upphandlingen, utvärderingsgrund och utvärderingskriterier
Försörjningsdirektivet	Direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.
GPA	WTO: s avtal om lojal internationell konkurrens vid offentlig upphandling
Klassiska direktivet	Direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster
Leverantör	Den som tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
NOU	Nämnden för offentlig upphandling (numera ersatt av Konkurrensverket)
RF	Regeringsformen (SFS 1974:152)

TED	Tenders Electronic Daily
Undantaget	Undantag från annonseringsplikten
WTO	World Trade Organization (Världshandelsorganisationen)

1 Inledning

1.1 Introduktion

”Vid upphandling av konst är det främst en estetisk bedömning som ligger till grund för valet av leverantör. Det föreligger svårigheter att avgöra om ett anbud är ekonomiskt mer fördelaktigt än ett annat. Huruvida det finns ett likvärdigt konstverk kan inte bestämmas annat än utifrån myndighetens subjektiva uppfattning. Med hänsyn härtill måste man acceptera att undantag görs från upphandlingsreglerna.”

Ur Uppsala kommuns yttrande
i mål nr 1595-06

All införskaffning av varor, tjänster och byggentreprenad som görs inom den offentliga sektorn ska föregås av offentlig upphandling. Upphandling kan definieras som en urvalsprocess, som sträcker sig från behovsidentifiering och beslutet att upphandla, över val av upphandlingsförfarande, och annonsering, till utvärdering av inkommande anbud och tilldelning av kontrakt. Målet är att tilldela kontrakt till den leverantör som är bäst lämpad utifrån bland annat pris och kvalitet. Begreppet leverantör är vidsträckt och svarar i princip mot vilken ekonomisk aktör som helst. Den leverantör som tilldelas kontraktet ska tillhandahålla varan, tjänsten eller byggentreprenaden i fråga. Upphandlingslagstiftningen inom EU bygger framförallt på två direktiv, 2004/18/EG (klassiska direktivet)¹ och 2004/17/EG (försörjningsdirektivet)². I Sverige har dessa direktiv implementerats genom lag (2007:1091) om offentlig upphandling och lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Inom EU utgör den offentliga sektorns inköp ca 16 % av unionens bruttonationalprodukt. På grund av denna betydande volym ses den offentliga upphandlingen som en viktig del i genomförandet av den inre marknaden. De normer som reglerar offentlig upphandling syftar därför i huvudsak till att öppna upp den inre marknaden och säkerställa en god och rättvis konkurrens. Mot bakgrund av detta syfte ska den offentliga sektorn vid upphandling exempelvis följa principerna om likabehandling och icke-diskriminering, vilket i upphandlingssammanhang i korthet innebär att leverantörer inte får diskrimineras eller särbehandlas under en upphandlingsprocess. Alla leverantörer ska bedömas objektivt och i enlighet med på förhand fastställda kriterier och därmed konkurrera på lika villkor. Dessutom ska hela upphandlingsprocessen präglas av öppenhet och

¹ Dir. 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

² Dir. 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

transparens. Detta följer av den s.k. transparensprincipen, som syftar till att ge alla potentiella leverantörer vetskap och information om upphandlingen. Av denna princip följer att alla upphandlingar som huvudregel ska föregås av annonsering.

Upphandlande myndigheter och enheter, som är benämningen på de offentliga organ som har en skyldighet att upphandla, har ett relativt komplext regelverk att följa och det ställs omfattande krav på hur en upphandlingsprocess ska genomföras. Vid de flesta inköp är det, under förutsättning att den upphandlande myndigheten eller enheten har kunskap om och vilja att följa regelverket, fullständigt möjligt att genomföra en tillfredsställande upphandling som samtidigt följer lagens alla regler. På grund av det breda tillämpningsområde som reglerna tillämpas på är det dock ofrånkomligt att det uppstår svårigheter. Vissa varor och tjänster som den offentliga sektorn förvärvar är exempelvis av sådan speciell karaktär att det är problematiskt att till fullo beakta det upphandlingsrättsliga regelverket.

Upphandling av konstnärlig gestaltning är exempel på ett sådant område som på grund av dess speciella karaktär medför svårigheter i upphandlingssammanhang. Som Uppsala kommun hävdar i det inledande citatet ligger det i sakens natur att konst ofta bedöms utifrån subjektiva och skönsmässiga kriterier. Detta påstående, som snarare är ett faktum, riskerar dock att kollidera med likabehandlings- och ickediskrimineringsprincipens krav på att alla potentiella leverantörer ska bedömas objektivt och utifrån fastställda utvärderingsgrunder.

För att underlätta upphandling av konst i vissa fall, har det i upphandlingslagstiftningen införts ett *undantag* från kravet på annonsering. Undantaget möjliggör för upphandlande myndigheter och enheter att direkt kontakta en konstnär, utan att i enlighet med transparensprincipen först ha offentliggjort upphandlingen genom annons. Vid tillämpning av undantaget sker av naturliga skäl ingen urvalsprocess, eftersom inga andra leverantörer har givits möjlighet att visa intresse. Undantaget får dock enbart tillämpas då den upphandlande myndigheten eller enheten kan visa att endast en leverantör kan komma ifråga för uppdraget, vilket innebär att ingen likvärdig konstnär får finnas tillgänglig.

Begreppet *likvärdig* kan i konstnärliga sammanhang vara svårtolkat. En osäkerhet finns framförallt kring frågan om den upphandlande myndigheten, vid tillämpning av undantaget, *objektivt eller subjektivt* ska visa att inga likvärdiga konstnärer finns tillgängliga. Sveriges förvaltningsdomstolar har under de senaste åren tvingats ta ställning till hur undantaget vid upphandling av konst ska tolkas och framförallt hur begreppet likvärdig ska uppfattas. Det har varit en ostadig resa med spretande resultat beroende på vilken domstol och vilken instans som har handlagt målen. På senare tid verkar det dock som om Regeringsrätten har tagit ställning i tolkningsfrågan.

1.2 Definition av konst

Det kan vara svårt att definiera konst och det finns säkert lika många definitioner som det finns konstnärer. Som vägledning har Statens konstråd har valt att använda den definition som återfinns i utredningen *Arbete åt konstnärer* (SOU 1997:183).³ Där består begreppet av fyra olika konstområdena ton, ord, bild och form samt scen. En sådan definition skulle innebära att konstupphandling omfattar såväl den sedvanliga konstnären som arbetar med bild och form, som musiker, författare och skådespelare.⁴

Ett återkommande begrepp i konstupphandlingar är *konstnärlig gestaltning*. Detta begrepp kan ses som ett samlingsnamn för all form av konstnärlig utsmyckning i offentliga miljöer, såväl inköpt konst som olika former av fasta installationer. Rent konkret kan det handla om skulpturer, väggmålningar, helhetsgestaltning, måleri, grafik, konsthantverk och fotografi. Skillnad kan göras mellan beställd konst och inköpt konst. *Beställd konst* skapas för specifika miljöer och är ofta i form av fasta installationer. Denna typ av konst är generellt sett en tjänst och omfattas vanligtvis inte av upphandlingsdirektiven utan enbart av 15 kap. LOU respektive LUF. *Inköpt konst* är redan producerad av konstnärer och köps exempelvis in via gallerier, vilket innebär att den kan ses som en vara. För upphandling av konst i bemärkelsen vara är upphandlingsdirektiven och därmed hela LOU respektive LUF tillämpliga.⁵

1.3 Syfte och frågeställningar

Det huvudsakliga syftet med denna uppsats är att utreda under vilka förutsättningar det är tillåtet för en myndighet eller enhet som ska införskaffa konst, att direkt kontakta en leverantör, utan en formell upphandling. Utifrån detta huvudsyfte har uppsatsen ett antal delsyften, dels sådana som är en förutsättning för att kunna uppnå huvudsyftet och dels sådana som är en naturlig följd av detta syfte.

Som nämnts får undantag från annonseringsplikten göras om det som ska upphandlas av konstnärliga skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör. Undantaget har under senare tid varit föremål för ett antal domstolsprövningar. Tre särskilt intressanta rättsfall, varav två från Regeringsrätten och ett från kammarrätten, behandlas i uppsatsen. I detta sammanhang ligger tyngdpunkten på hur domstolarna har tolkat undantaget och om denna tolkning är förenlig med EU-rätten.

Baserat på det framförda uppställs följande frågeställning samt delfrågor:

³ Statskontorets rapport *Nya former för Statens konstråds verksamhet* (2005:9), s. 17.

⁴ SOU 1997:183, *Arbete åt konstnärer*, s. 59.

⁵ Statskontorets rapport *Nya former för Statens konstråds verksamhet* (2005:9), s. 17.

Under vilka förutsättningar kan en upphandlande myndigheten eller enhet frångå kravet på annonsering vid upphandling av konst?

- Hur har Regeringsrätten tolkat undantaget?
- Hur ska den upphandlande myndigheten visa att det som ska upphandlas endast kan fullgöras av en specifik leverantör?
- Är Regeringsrättens tolkning av undantaget förenlig med principen om restriktivitet som EU-domstolen har fastställt i samband med undantagets tillämpning?

1.4 Metod och material

Mot bakgrund av att upphandlingsregleringen är direktivstyrd tar uppsatsen sin utgångspunkt i samspelet mellan EU-rätten och den svenska nationella rätten. För att utreda gällande rätt inom såväl EU som i Sverige har en traditionell juridisk metod använts. Begreppet *gällande rätt* beskrivs i allmänhet som problematiskt eftersom det inte existerar som ett oberoende fenomen. För att undvika den förvirring som begreppet ger upphov till bör gällande rätt inte definieras som ett faktum, utan snarare som ett resultat som nås av den som följer allmänt accepterade regler för juridisk argumentation.⁶

Ur ett *EU-rättsligt perspektiv* innebär den traditionella juridiska metoden att hänsyn tas till fördragen, EU-domstolens praxis samt doktrin. Inom EU-rätten utgörs de bindande källorna av primärrätt (fördragen), bindande sekundärrätt i form av direktiv, förordningar, beslut, allmänna rättsprinciper, internationella avtal samt EU-domstolens praxis.⁷ Kännetecknande för EU-rätten är betydelsen och omfattningen av oskrivna rättskällor, d v s rättspraxis och allmänna principer.⁸ Detta innebär att utredningen av gällande rätt inom EU till stor del är baserad på EU-domstolens praxis.

Traditionell juridisk metod ur ett *nationellt perspektiv* innebär att rättsläget ska analyseras med beaktande av lagstiftning, praxis, förarbeten samt doktrin. I denna uppsats har metoden utvidgats till att även omfatta myndighetsrapporter, bland annat från *Nämnden för offentlig upphandling* (NOU). Vad gäller urvalet av svensk praxis har det i denna uppsats begränsats till de rättsfall som avgjorts på senare tid och som har ett visst prejudikatvärde.

Utöver att utreda gällande rätt, är avsikten med uppsatsen även att kritiskt granska rättsläget. Olika tänkbara tolkningar av den nationella rätten vägs

⁶ Claes Sandgren, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?* TfR 4-5/2005, s. 650 f.

⁷ Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, 2005, Nordstedts Juridik AB, Stockholm, s. 24

⁸ *Ibid.*, s. 24.

mot varandra och mot EU-rätten. För att hålla isär resonemang *de lege lata* och *de lege ferenda* innehåller uppsatsens deskriptiva del varken kritik eller personliga värderingar utan den kritiska analysen återfinns enbart i uppsatsens sista del.

För att analysen av domstolarnas tolkning och dess förenlighet med EU-rätten ska anses trovärdig, krävs för det första en omfattande utredning av syftet med upphandlingslagstiftningen och de EU-rättsliga principer som genomsyrar hela regelverket. För det andra krävs det en genomgång av den praxis från EU-domstolen som är relevant för undantagets tolkning. Det som är problematiskt, men som ändå gör ämnet intressant, är att det inte finns något rättsfall från EU-domstolen som exakt behandlar undantagets tillämpning vid konstnärliga skäl. De rättsfall som används i uppsatsen för att underbygga argumentationen i detta sammanhang avser samma undantag men med andra skäl. Andra skäl kan exempelvis vara tekniska skäl, ensamrätt eller synnerlig brådska.

1.5 Avgränsning

Offentlig upphandling är en komplex process som är reglerad i detalj. Varje fas i processen skulle kunna avhandlas för sig. En uppsats som rör ämnet skulle därför kunna bli oändligt lång. För att få ett helhetsperspektiv är det dock nödvändigt att vara medveten om varför upphandling görs och hur själva processen ser ut. I syfte att ge läsaren ett sådant helhetsperspektiv behandlar uppsatsen både upphandlingsregleringens bakgrund och de viktigaste faserna i processen mycket grundläggande. Denna genomgång har inte för avsikt att vara heltäckande eller komplett utan endast tillräcklig för att läsaren ska förstå uppsatsens frågeställning.

EU:s medlemsstater ska inte bara följa upphandlingsdirektiven utan är även bundna av Världshandelsorganisationens (WTO) avtal om lojal internationell konkurrens vid offentlig upphandling. Detta avtal har till stor del inarbetats i upphandlingsdirektiven och kommer därför inte att behandlas vidare i denna uppsats. Uppsatsen behandlar inte heller upphandling av ramavtal eftersom sådana kontrakt inte borde vara aktuella för konst.

Utöver de två nämnda EU-direktiven – det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet – finns det ytterligare EU-direktiv på upphandlingsområdet. Dessa är de s.k. rättsmedelsdirektiven, vilka innehåller bestämmelser om överprövning och skadestånd i samband med offentlig upphandling.⁹ Eftersom fokus i denna uppsats ligger på själva upphandlingsprocessen kommer rättsmedelsdirektiven inte att behandlas.

⁹ Dir. 89/66/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten och dir. 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna

Denna uppsats innehåller ingen redogörelse för utländsk rätt. Det hade visserligen varit intressant att studera i sammanhanget eftersom en sådan studie eventuellt hade kunnat ge vägledning till hur undantaget från annonseringsplikten skulle kunna tolkas. Enligt Sue Arrowsmith, professor i upphandlingsrätt, finns inga rättsfall angående undantaget i Storbritannien. Inte heller har Arrowsmith vetskap om några andra utländska rättsfall,¹⁰ vilket kan vara en indikator på att det är brist på vägledning angående det aktuella undantaget i praxis.

Slutligen ska betonas att denna uppsats inte har för avsikt att vara filosofisk. Trots detta har en genomgång av vissa filosofiska begrepp såsom exempelvis objektivitet varit nödvändig i sammanhanget. För att behålla fokus på den juridiska argumentationen är de filosofiska bitarna mycket grundläggande.

1.6 Disposition

I *kapitel 2* presenteras upphandlingslagstiftningen på EU-nivå. Kapitlet inleds med en genomgång av de bestämmelser i EUF-fördraget som ligger till grund för upphandlingsdirektiven. Därefter följer en redogörelse för de EU-rättsliga principer som påverkar upphandlingsbestämmelserna följt av en kortare genomgång av upphandlingsdirektivens innehåll och tillämpningsområde.

I *kapitel 3* görs en genomgång av upphandlingsprocessen. De viktigaste stadierna under processen presenteras liksom vilka olika upphandlingsförfaranden som den upphandlande myndigheten kan använda sig av samt hur val av förfarande påverkar upphandlingsprocessen.

I *kapitel 4* behandlas det undantag som möjliggör för en upphandlande myndighet att av konstnärliga skäl direkt kontakta en leverantör utan att genomföra en formell upphandling.

I *kapitel 5* presenteras tre viktiga upphandlingar som på grund av tillämpning av det aktuella undantaget varit föremål för domstolsprövning i Regeringsrätten och kammarrätten. Domstolsbesluten kommer med största sannolikhet att ha stor betydelse för undantagets fortsatta tillämpning och refereras därför grundligt.

I *kapitel 6* förs en diskussion kring Regeringsrättens tolkning av undantaget och hur denna tolkning förhåller sig till EU-rätten.

I *kapitel 7* presenteras avslutningsvis mina slutsatser.

¹⁰ Mailkontakt med Sue Arrowsmith den 3 maj 2010.

2 Upphandlingslagstiftning inom EU

2.1 Översikt

Det upphandlingsrättsliga regelverket inom EU består av två direktiv – det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet. Det klassiska direktivet reglerar upphandlingar inom den klassiska sektorn. Begreppet *klassiska sektorn* används som samlingsnamn på de organisationer (upphandlande myndigheter) som utgör del av, eller står under väsentligt inflytande av, offentlig sektor. Försörjningsdirektivet reglerar upphandlingar inom försörjningssektorn. Begreppet *försörjningssektorn* omfattar alla organisationer som bedriver viss verksamhet inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Upphandlingsdirektiven är i huvudsak uppbyggda med utgångspunkt i EG-fördragets bestämmelser om den gemensamma marknaden.¹¹ Den gemensamma marknaden, även kallad den ”inre marknaden”, kan beskrivas som ett område utan interna hinder där fri rörlighet av varor, personer, tjänster och kapital ska råda. Förverkligandet av den gemensamma marknaden med en *sund och rättvis konkurrens* är ett av unionens mål¹² och det är Europaparlamentets och rådets uppgift att besluta om åtgärder för att upprätta en sådan fungerande marknad¹³.

I samband med Lissabonfördragets ikraftträdande den 1 december 2009 har EG-fördraget ersatts med fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). EUF-fördraget innehåller i stora delar identiskt med EG-fördraget och utgör tillsammans med fördraget om Europeiska unionen det dokument som unionen grundar sig på.¹⁴

Detta kapitel innehåller en genomgång av de, för upphandlingslagstiftningen, relevanta bestämmelserna i EUF-fördraget följt av en redogörelse av de gemenskapsrättsliga grundprinciper som genomsyrar upphandlingsprocessen. Kapitlet avslutas med en kort genomgång av upphandlingsdirektiven.

¹¹ Arrowsmith, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, 2 uppl., Sweet & Maxwell, London, s. 120 f.

¹² Art. 3 i fördraget om Europeiska unionen (art. 2 i EG-fördraget).

¹³ Art. 114 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (art. 95 EG-fördraget).

¹⁴ Art. 1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

2.2 Bestämmelser i fördragen

EUF-fördraget saknar bestämmelser som specifikt reglerar offentlig upphandling. Däremot är de två upphandlingsdirektiven i huvudsak baserade på fördragets bestämmelser om förverkligandet av den gemensamma marknaden. I detta sammanhang uppställer EUF-fördraget vissa skyldigheter som ska beaktas av EU:s organ och medlemsstater. Utgångspunkten är artikel 26 i EUF-fördraget (artikel 14 i EG-fördraget) som anger att den inre marknaden ska omfatta ett område utan gränser, där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital ska säkerställas i enlighet med bestämmelserna i fördraget. Inom den gemensamma marknaden är alla åtgärder som syftar till eller resulterar i att konkurrensen hindras, begränsas eller snedvrids förbjudna.¹⁵

En viktig bestämmelse för den gemensamma marknads förverkligande är artikel 28 i funktionsfördraget (artikel 23 i EG-fördraget) som reglerar den *fria rörligheten av varor*. Artikeln stadgar att unionen ska innefatta en tullunion, som ska omfatta all handel med varor och som ska innebära att tullar på import och export samt alla avgifter med motsvarande verkan ska vara förbjudna mellan medlemsstaterna. Vidare uppställer artikel 34 och artikel 35 i EUF-fördraget (artikel 28 och artikel 29 i EG-fördraget) *förbud mot kvantitativa import- respektive exportrestriktioner* samt åtgärder med motsvarande verkan. Enligt EU-domstolens avgörande i *Dassonvilledomen*¹⁶ ska åtgärder som direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, hindrar handeln mellan medlemsstater vara förbjudna. Att uppställa diskriminerande krav i en upphandling kan vara en sådan åtgärd som hindrar den fria rörligheten.

Även bestämmelsen om etableringsrätt enligt artikel 49 i EUF-fördraget (artikel 43 i EG-fördraget) och bestämmelsen om fri rörlighet för tjänster enligt artikel 56 i EUF-fördraget (artikel 49 i EG-fördraget) är viktiga för förverkligandet av den inre marknaden. Bestämmelserna har haft stor inverkan på upphandlingsdirektiven och inbegriper bland annat ett indirekt förbud mot att ställa krav på att en leverantör ska vara etablerad i en viss stat eller att en tjänsteutövare ska vara av en viss nationalitet. Slutligen är förbudet mot diskriminering i artikel 18 i EUF-fördraget (artikel 12 i EG-fördraget) högst aktuellt för det upphandlingsrättsliga regelverket eftersom det innebär ett direkt förbud mot att diskriminera en leverantör på grund av nationalitet.

De upphandlingsrättsliga direktiven är inte enbart influerade av reglerna om den gemensamma marknaden, utan är även viktiga verktyg för själva förverkligandet av den gemensamma marknaden.¹⁷ EU-domstolen har vid ett flertal tillfällen, beträffande syftet med upphandlingsdirektiven uttalat att "... samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig

¹⁵ Se bl.a. art. 101 EUF-fördraget.

¹⁶ Mål C-8/74, *Procureur du Roi mot Dassonville*.

¹⁷ Arrowsmith, s. 120 ff.

upphandling avser att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat”.¹⁸

Ur dessa ovan redovisade fördragsbestämmelser har det genom EU-domstolens praxis utvecklats ett antal grundläggande rättsprinciper som ska iakttas i alla upphandlingar.¹⁹ Dessa beskrivs i följande avsnitt.

2.3 Grundläggande EU-rättsliga principer

2.3.1 Icke-diskrimineringsprincipen

Icke-diskrimineringsprincipen har en direkt koppling till diskrimineringsförbudet i artikel 18 i EUF-fördraget (artikel 12 i EG-fördraget) och innebär i upphandlingssammanhang att upphandlande myndigheter och enheter inte får diskriminera leverantörer på grund av nationalitet (medborgarskap, etablerings- eller verksamhetsland). Oavsett om den upphandlande myndigheten eller enheten inte förväntar sig några utländska anbud får den vid utformningen av förfrågningsunderlaget inte ställa krav som enbart svenska företag känner till eller kan utföra.²⁰

Principen är även tillämplig på nationell nivå på så vis att den inbegriper en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att behandla leverantörer från andra orter likvärdigt med leverantörer från t.ex. den egna kommunen. Detta har EU-domstolen behandlat i *Beentjesdomen*²¹ och *Storabältdomen*²² där domstolen ansåg att de krav som uppställs i ett förfrågningsunderlag inte får gynna någon som kommer från orten eller som representerar ett visst område. Ett sådant förfarande leder till diskriminering av övriga leverantörer och strider mot principen om icke-diskriminering.

Förbudet mot diskriminering är en stark EU-rättslig princip och ska beaktas i alla sammanhang. Vid bedömning av om en åtgärd strider mot diskrimineringsförbudet ska hänsyn inte bara tas till syftet med åtgärden, utan även de faktiska effekterna av åtgärden ska tillmätas betydelse.²³

¹⁸ Se bl.a. mål C-380/98, *The Queen mot H.M. Treasury, Ex parte: The University of Cambridge* och mål C-19/00, *SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo*.

¹⁹ Beaktandesats 2 och art. 2 i dir. 2004/18/EG.

²⁰ Prop. 2006/07:128, s. 131.

²¹ Mål C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV mot Nederländska staten*.

²² Mål C-243/89, *Kommission mot Danmark*.

²³ Trepte, Peter: *Public Procurement in the EU – A Practitioner’s Guide*, 2007, 2 uppl., Oxford University Press, s. 15.

2.3.2 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen är nära besläktad med ickediskrimineringsprincipen och innebär i korthet att alla leverantörer ska behandlas lika. Begreppet likabehandling består av två innebörder – formell likabehandling och faktisk likabehandling. Formell likabehandling föreskriver likhet inför lagen. I upphandlingstermer innebär detta att alla leverantörer åtnjuter samma skydd av upphandlingsdirektiven och har samma möjligheter att åberopa direktivbestämmelserna. Faktisk likabehandling betyder att lika fall ska behandlas lika. Detta innebär i upphandlingssammanhang att alla leverantörer, och deras produkter, ska behandlas lika om de är lika och olika om de är olika.²⁴ I praktiken medför likabehandlingsprincipen att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla ska exempelvis ges samma information vid samma tillfälle och det är förbjudet att gynna eller missgynna vissa leverantörer genom att ställa diskriminerande krav. Vidare ska valet av leverantör baseras på en objektiv bedömning. Det är således i strid med likabehandlingsprincipen att göra skönmässiga och subjektiva bedömningar vid val av leverantörer.²⁵

I målet *Kommissionen mot Frankrike*²⁶ konstaterade domstolen att likabehandlingsprincipen ska beaktas under hela upphandlingsprocessen och att principen även kräver likabehandling av potentiella leverantörer som inte fått chans att delta i upphandlingen. En sådan situation kan uppstå exempelvis då upphandlingen genomförts utan annonsering. De leverantörer som inte har fått vetskap om upphandlingen har då diskriminerats.

2.3.3 Transparensprincipen

Transparensprincipen, även kallad *öppenhetsprincipen*, innebär att upphandlingar ska präglas av öppenhet och förutsebarhet. Detta förutsätter att uppgifter som gäller upphandlingsförfarandet inte hemlighålls och att leverantörer ges den information kring upphandlingen som behövs. Transparensprincipen tjänar framförallt två syften. För det första är den ett instrument som möjliggör kontroll av upphandlingens laglighet.²⁷ För det andra ger den upphov till en ökad jämlikhet mellan upphandlare och leverantör genom att leverantören i detalj får vetskap om vad upphandlaren efterfrågar. Detta undanröjer risken för godtycklighet vid val av leverantör och tilldelning av kontrakt.²⁸

Av transparensprincipen följer att upphandlande myndigheter och enheter som huvudregel ska annonsera och publicera sina upphandlingar samt att myndigheten eller enheten inte får ändra upphandlingens förutsättningar

²⁴ Trepte, s. 13f.

²⁵ Arrowsmith, s 425 f.

²⁶ Mål C-16/98, *Kommissionen mot Frankrike*.

²⁷ Se t.ex. mål C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S*, p. 31.

²⁸ Bovis, Christopher H: *EU Public Procurement Law*, 2007, 1 uppl., Edward Elgar Publishing Limited.s. 65 f.

under processens gång.²⁹ För mer information om annonsering se avsnitt 3.2. Skyldigheten att lämna insyn gäller varje upphandlande myndighet och syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen genomsyras av sådan offentlighet att tillräcklig konkurrens uppnås samt att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska.³⁰

2.3.4 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen hör till en av unionsrättens allmänna principer³¹ och nationella myndigheter måste när de tillämpar den EU-rättsliga lagstiftningen följa proportionalitetsprincipen även om de har en vidsträckt bedömningsfrihet.³² Principen innebär i upphandlingssammanhang att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen.³³ Upphandlingens art och värde skall därför beaktas t.ex. när villkoren i upphandlingen fastställs.³⁴ Av EU-domstolens praxis framgår att åtgärden ska vara lämplig och effektiv i förhållande till det eftersträvade syftet med upphandlingen. Åtgärden ska även vara nödvändig och det ska inte finnas något mindre ingripande alternativ. Slutligen ska det bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.³⁵ Det är den praktiska tillämpningen och de faktiska effekterna som ska ha betydelse vid proportionalitetsbedömningen.³⁶

2.3.5 Principen om ömsesidigt erkännande

Principen om *ömsesidigt erkännande* innebär att intyg och certifikat som har utfärdats av en medlemsstats behöriga myndigheter skall anses som gällande också i andra medlemsstater.³⁷ I upphandlingsärenden blir principen bland annat aktuell då upphandlande myndigheter och enheter kräver intyg för anbudsgivarens ekonomiska och tekniska kapacitet.

²⁹ Arrowsmith, 430 f.

³⁰ Mål C-324/98, *Teleaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG*.

³¹ Mål C-265/87, *Schröder*, p. 21.

³² Mål 127/92, p. 27 samt de förenade målen 41/79, 121/79 och 796/79, *Testa et al.*, p. 21.

³³ Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (2000/C 121/02).

³⁴ Prop. 2006/07:128, s. 155.

³⁵ Se t.ex. mål 15/83, *Denkavit Nederland* eller mål T-260/94, *Air Inter mot kommissionen*, p. 14.

³⁶ NOU:s yttrande dnr 2005/0138-21, Michael Slavicek.

³⁷ Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (2000/C 121/02).

2.4 Upphandlingsdirektiven

2.4.1 Bakgrund

Den 31 mars 2004 antog EU nya direktiv på upphandlingsområdet. Anledningen var att de gamla direktiven³⁸ ansågs vara för komplicerade och svåröverskådliga. I takt med samhällets framväxt och ökande privatisering växte behovet av modernisering, förenkling och flexibilitet fram. De tre direktiv som tidigare reglerat upphandling av tjänster, varor och byggtreprenad strukturerades om och ersattes med ett enda direktiv – det klassiska direktivet.³⁹ Det gamla direktivet inom sektorerna vatten, energi, transport och telekommunikation genomgick också vissa förenklingar och omstruktureringar för att bli tydligare.⁴⁰ Telekommunikation frångavs direktivets tillämpningsområde samtidigt som posttjänster lades till.⁴¹

EU-domstolen har slagit fast principen om EU-rättens företräde.⁴² I upphandlingssammanhang innebär denna princip att medlemsstaterna har en skyldighet att tillämpa direktiven och att direktivens bestämmelser har företräde framför nationell rätt. EU-domstolen har vidare konstaterat att de flesta av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven har direkt effekt.⁴³ Direkt effekt innebär att enskilda kan åberopa bestämmelserna inför nationella domstolar och myndigheter i medlemsstaterna. Det står således enskilda, dvs. leverantörer, fritt att åberopa direktiven om de svenska upphandlingslagarna skulle ha regler som står i strid med direktiven.⁴⁴

2.4.2 Direktivens syfte

Upphandlingsdirektiven syftar till att bidra till en sund och rättvis konkurrens på den gemensamma marknaden. En väl fungerande konkurrens är ett kriterium för att för att samhällets resurser ska kunna utnyttjas så effektivt som möjligt. Genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på en aktuell marknad har upphandlande myndigheter och enheter möjlighet att

³⁸ Dir. 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av tjänster, dir. 93/36/EEG av den 14 juni om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor, dir. 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten samt dir. 93/38/EEG om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna

³⁹ KOM (2000) 275 slutlig, avsnitt I p. 1.1 och avsnitt II p. 1.1. och KOM (2000) 276 slutlig, avsnitt I p. 1.1

⁴⁰ KOM (2000) 276 slutlig, avsnitt II.

⁴¹ Ibid., avsnitt III p. 2.2.

⁴² Se bl.a. mål 6/64, *Costa mot ENEL*.

⁴³ Se bl.a. mål C-76/97, *Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse* och mål C-258/97, *Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft*.

⁴⁴ Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders: *Introduktion till EU*, 2008, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, s. 49 f.

använda de offentliga medel som finansierar upphandlingar på bästa sätt. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörer möjlighet att tävla på samma villkor i varje upphandling.⁴⁵

2.4.3 Tillämpningsområde och innehåll

Upphandlingsdirektivens bestämmelser ska tillämpas på den process som görs av upphandlande myndigheter respektive enheter vid ingående av kontrakt med en leverantör. Kontrakt som omfattas av det klassiska direktivet avser i korthet alla slags anskaffanden av varor, tjänster och byggtreprenad, som myndigheten gör inom ramen för sin verksamhet. Även kontrakt som omfattas av försörjningsdirektivet avser alla typer av anskaffanden. Skillnaden är att försörjningsdirektivet är begränsat till anskaffanden som görs inom ramen för verksamhetsområdena vatten, energi, transport eller posttjänst. I båda direktiven är det utan betydelse hur anskaffningen sker och hur den betalas, vilket innebär att såväl köp som leasing, hyra och hyrköp innefattas.⁴⁶

Definitionen av upphandlande myndighet respektive upphandlande enhet framgår av respektive direktiv. *Upphandlande myndigheter* inom den klassiska sektorn är statliga myndigheter, kommuner, landsting och vissa offentlighetsorgan. Huruvida ett offentlighetsorgan utgör en upphandlande myndighet bestäms utifrån syftet med verksamheten. Syftet skall vara att tillgodose ett behov i det allmännas intresse.⁴⁷

Upphandlande enheter inom försörjningssektorn är samtliga upphandlande myndigheter som omfattas av det klassiska direktivet samt vissa offentliga och privata företag. Det avgörande vid bedömningen av om ett organ omfattas av försörjningsdirektivet är om organet bedriver verksamhet inom något av områdena vatten, energi, transporter eller posttjänster. För att privata företag ska omfattas av försörjningsdirektivet ska de bedriva sin verksamhet med någon typ av särskilt eller exklusivt tillstånd.⁴⁸

Alla upphandlingar som överstiger de s.k. tröskelvärdena omfattas av direktiven och dess bestämmelser. Tröskelvärdet är, förenklat beskrivet, det totala värdet av det kontrakt som ska upphandlas. Metoder för beräkning av tröskelvärde anges i respektive direktiv.⁴⁹ De tröskelvärden som anges i direktiven ändras emellertid av Europeiska gemenskapernas kommission vartannat år genom en förordning.⁵⁰ För upphandlingar som understiger dessa tröskelvärden finns inga EU-direktiv utan regleringen är i större utsträckning förbehållen den nationella lagstiftaren. Hänsyn ska dock tas till

⁴⁵ Informationsbroschyr från Konkurrensverket, september 2009, *Upphandlingsreglerna – en introduktion*, s. 6.

⁴⁶ Art. 1.2 (c) dir. 2004/18/EG resp. dir. 2004/17/EG.

⁴⁷ Art. 1 p. 9 dir. 2004/18/EG.

⁴⁸ Art. 2 dir. 2004/17/EG.

⁴⁹ Art. 7-9 dir. 2004/18/EG och art. 16-17 dir. 2004/17/EG.

⁵⁰ Art. 78 dir. 2004/18/EG och art. 69 dir. 2004/17/EG.

EU-domstolens rättspraxis och relevanta bestämmelser och principer i fördragen.⁵¹ EU-domstolen har i ett förhandsavgörande konstaterat att upphandlingar under tröskelvärdena faller inom unionsrättens tillämpningsområde, även om de inte omfattas av upphandlingsdirektivens noggrant reglerade förfaranden.⁵²

Upphandlingsdirektiven innehåller detaljerade bestämmelser om hur en upphandlingsprocess ska genomföras, framförallt vad gäller annonsering, kommunikering och val av leverantör. Upphandlingsprocessen ser olika ut beroende på vilket upphandlingsförfarande som tillämpas. Direktiven reglerar tre olika förfaranden – öppet, selektivt och förhandlat förfarande. Beroende på vilket förfarande som används gäller delvis olika regler. Det kan exempelvis skilja sig åt avseende hur annonsering och kommunikering ska ske. Se avsnitt 3.5.1.

Den huvudsakliga skillnaden mellan de olika sektorerna är att upphandling inom den klassiska sektorn är mer reglerad än upphandling inom försörjningssektorerna. Reglerna inom försörjningssektorerna är generellt sett flexibla och ger exempelvis de upphandlande enheterna större möjlighet att fritt välja mellan olika upphandlingsförfaranden. Dessutom finns det inom försörjningssektorn ett större utrymme att föra förhandlingar med anbudsgivare.⁵³

2.4.4 Implementering i svensk rätt

Det klassiska direktivet respektive försörjningsdirektivet är i de obligatoriska delarna implementerade i svensk lagstiftning genom LOU respektive LUF. Direktiven stadgar inte obligatorisk implementering i sin helhet. Undantag från kravet på implementering tillåts bland annat avseende den möjlighet till konkurrenspräglad dialog som återfinns i det klassiska direktivet samt möjligheten att tillämpa elektroniska auktioner och dynamiska inköpssystem.

Förutom bestämmelser som är implementerade från direktiven, innehåller LOU och LUF, i kapitel 15 i respektive lag, regler för sådana upphandlingar som inte regleras i direktiven, d.v.s. upphandlingar under tröskelvärdena samt upphandling av så kallade B-tjänster. Vilka tjänster som är B-tjänster framgår av bilagor i respektive direktiv.⁵⁴ Utmärkande för dessa tjänster är att de av tradition har ansetts mindre väl lämpade för gränsöverskridande handel.

⁵¹ Beaktandesats 9, dir. 2004/17/EU.

⁵² Mål C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab*. Se även mål C-324/98, *Teleaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG*.

⁵³ Trepte, s. 374.

⁵⁴ Bilaga II B dir. 2004/18/EG och bilaga XVII B dir. 2004/17/EG.

3 Upphandlingsprocessen

3.1 Introduktion

Hur upphandlingsprocessen ska genomföras styrs i detalj av det upphandlingsrättsliga regelverket. Det första steget i processen är i regel att upphandlingen ska offentliggöras genom *annons*. Därefter kan intresserade leverantörer begära att få ta del av det s.k. *förfrågningsunderlaget* som innehåller upphandlingens alla krav och kriterier. De leverantörer som vill delta i upphandlingen inkommer sedan med anbud som så långt som möjligt ska överensstämma med förfrågningsunderlaget. I nästa fas utför den upphandlande myndigheten eller enheten en *kvalificering* och *utvärdering* av de inkomna anbuden. Slutligen tilldelas kontraktet till den leverantör som bäst uppfyller kriterierna.

De flesta upphandlingar genomförs enligt denna ordning. Dock förekommer det variationer beroende på vilket upphandlingsförfarande som tillämpas. Nedan görs en genomgång av de viktigaste begreppen inom upphandlingsprocessen, följt av en redogörelse för vilka olika förfaranden som kan användas vid en upphandling och vad som är utmärkande för respektive förfarande.

3.2 Annonsering

I enlighet med transparensprincipen ska upphandlande myndigheter och enheter, som huvudregel, inför en upphandling *offentliggöra* denna genom *annons*.⁵⁵ Syftet med annonsering är bland annat att möjliggöra för alla leverantörer att lämna anbud och att säkerställa tillräcklig konkurrens i varje upphandling.⁵⁶ Undantag från annonseringsplikten får under vissa förutsättningar göras vid vissa förfaranden. Se avsnitt 3.5.

Upphandlingar över tröskelvärdena som omfattas av annonseringsplikten ska annonseras i EU:s officiella tidning (EUT) samt i databasen Tenders Electronic Daily (TED).⁵⁷ Detta görs genom att den upphandlande myndigheten eller enheten skickar ett meddelande till *Byrån för Europeiska unionens officiella publikationer* via de standardformulär som finns tillgängliga.⁵⁸

⁵⁵ Art. 35-36 dir. 2004/18/EG, art.40.2 och art. 41-42 dir. 2004/17/EG, Kap. 7 LOU respektive LUF.

⁵⁶ Pedersen, Kristian: *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 2008, Jure Förlag AB, Stockholm, s. 77.

⁵⁷ Arrowsmith, s. 450.

⁵⁸ Bilaga VIII dir. 2004/18/EG och bilaga XX dir. 2004/17/EG.

För upphandlingar under tröskelvärdena finns det inga krav på att annonsen ska publiceras i EUT och TED. Däremot ska den i enlighet med transparensprincipen publiceras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.⁵⁹

Vilken information som ska ingå i annonsen framgår av bilagorna till upphandlingsdirektiven.⁶⁰ En annons ska bland annat innehålla grundläggande information om upphandlingen, exempelvis vad som ska upphandlas, formen för upphandlingen, tekniska och finansiella krav på leverantören samt kriterier som kommer att vara av betydelse vid val av leverantör. Det är också viktigt att annonsen utformas i enlighet med principerna om likabehandling och transparens. I mål *Nord Pas de Calais* konstaterade EU-domstolen att det inte är förenligt med dessa principer att i annonsen hänvisa till begrepp och bestämmelser som enbart används nationellt, eftersom det påverkar icke-nationella leverantörers möjlighet att lämna anbud.⁶¹

I annonsen finns ofta en hänvisning till det s.k. *förfrågningsunderlaget* (se avsnitt 3.2), som kan begäras ut av intresserade leverantörer. Efter att annonsen har publicerats har anbudsgivare en viss *tidsfrist* för att komma in med ett anbud eller ansökan om att få lämna anbud. Tidsfristens längd ska baseras på hur komplex upphandlingen är och hur lång tid det kan behövas för att utarbeta anbudet. Dock får tidsfristen inte vara kortare än de minimifrister som anges i direktiven.⁶²

När upphandlingen har avslutats och kontrakt har ingåtts med den utvalda leverantören ska upphandlingsresultatet offentliggöras genom *efterhandsannonsering*. Detta görs, såsom vid all annonsering inom direktivens tillämpningsområde, genom att den upphandlande myndigheten eller enheten meddelar *Byrån för Europeiska unionens officiella publikationer* som i sin tur publicerar meddelandet. Skyldigheten att annonsera i efterhand gäller vid alla upphandlingar över tröskelvärdena, oavsett vilket förfarande som har använts.⁶³ Syftet med annonseringen är i huvudsak att Europeiska kommissionen ska kunna kontrollera att upphandlingsdirektiven efterlevs.⁶⁴ Vid upphandlingar under tröskelvärdena finns ingen skyldighet att annonsera i efterhand.

3.3 Förfrågningsunderlag

Med förfrågningsunderlag avses sådant underlag för anbud som en upphandlande myndighet eller enhet tillhandahåller en leverantör som

⁵⁹ 15 kap. 4 § och 6 § LOU respektive LUF.

⁶⁰ Bilaga VII dir. 2004/18/EG, bilaga XIII dir. 2004/17/EG.

⁶¹ Mål C-255/98, *Kommissionen mot Frankrike*.

⁶² Art 38 dir 2004/18/EG och art 45 dir. 2004/17/EG

⁶³ Art. 35.4 dir. 2004/18/EG, art. 43.1 dir. 2004/17/EG, 7 kap. 3 § LOU och 7 kap. 6 § LUF.

⁶⁴ Pedersen, s. 78.

önskar lämna anbud.⁶⁵ I huvudsak ska det innehålla en beskrivning av det som ska upphandlas och de villkor som ska gälla för den aktuella upphandlingen samt hur uppdraget ska utföras under avtalstiden. Exempelvis ska den upphandlande myndigheten eller enheten ange vilka tekniska och finansiella krav som ställs på leverantören.⁶⁶ Vidare ska det anges vilken *utvärderingsgrund* (se nedan) som kommer att användas vid anbudsutvärderingen och vilka kriterier som kommer att vara poänggivande.⁶⁷ I enlighet med transparensprincipen ska förfrågningsunderlaget vara så utförligt och precist som möjligt. Graden av utförlighet måste dock bero på kontraktets natur. Exempelvis kan det vara svårt att i detalj precisera varor och tjänster som är av kreativ eller konstnärlig karaktär.⁶⁸ Den upphandlande myndigheten eller enheten ska även hålla sig till det förfrågningsunderlag som den tagit fram och inte ändra förutsättningarna under processens gång. Inte heller får upphandlaren utvärdera sådant vid *anbudsutvärderingen* (se avsnitt 3.3) som inte har efterfrågats i förfrågningsunderlaget.⁶⁹

3.4 Kvalificering och utvärdering

Efter att anbudet inkommit genomför den upphandlande myndigheten eller enheten en *kvalitativ kvalificering* av leverantörerna. Under denna fas ska leverantörer som inte uppfyller de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven uteslutas ur upphandlingen. Kraven kan exempelvis röra teknisk kapacitet och finansiell styrka. Det är även möjligt, och i vissa fall till och med obligatoriskt, att utesluta leverantörer på grund av att de har gjort sig skyldiga till brottslighet eller inte fullgjort sina skyldigheter gentemot det allmänna i något avseende.⁷⁰

De anbud som uppfyller alla krav går vidare till den s.k. *anbudsutvärderingen*, som ska göras antingen utifrån det lägsta priset eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.⁷¹ Om tilldelningsgrunden *lägsta pris* har valts ska den leverantör som har offererat det lägsta priset tilldelas kontraktet ifråga. Om kontraktet istället ska tilldelas den leverantör som har lämnat det *ekonomiskt mest fördelaktiga* anbudet ska anbudet bedömas utifrån angivna tilldelningskriterier. Dessa kriterier är inte bara rent ekonomiska, utan hänsyn får exempelvis även tas till tekniska fördelar, kvalitet, estetiska egenskaper, driftskostnader och miljöegenskaper.⁷² I enlighet med likabehandlingsprincipen följer att de kriterier som indirekt utesluter anbud från andra medlemsstater inte är tillåtna.⁷³ Kraven och

⁶⁵ Definition av förfrågningsunderlag, 2 kap. 8 § LOU resp. LUF.

⁶⁶ Art. 23-27 dir. 2004/18/EG och art. 34-39 dir. 2007/17/EG.

⁶⁷ Art. 52.2 dir. 2004/18/EG och art. 55.2 dir. 2004/17/EG.

⁶⁸ Arrowsmith, s. 448

⁶⁹ Arrowsmith, 430 f.

⁷⁰ Art. 44-52 dir. 2004/18/EG, art. 54 dir. 2004/17/EG och 10-11 kap. LOU resp. LUF.

⁷¹ Art. 53 dir. 2004/18/EG, art. 55 dir. 2004/17/EG och 12 kap. 1 § LOU resp. LUF.

⁷² Art. 53.1.b dir. 2004/18/EG, art. 55.1.b dir. 2004/17/EG och 12 kap. 1 § LOU resp. LUF.

⁷³ Se bl. a. Mål C-234/03, *Contse SA m.fl. mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria*.

kriterierna ska vidare vara proportionerliga och ha ett samband med kontraktets föremål. Dessutom ska myndigheten kunna kontrollera att dessa verkligen är uppfyllda. Kriterierna ska även vara utformade så att de inte ger den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet. Detta innebär att det tydligt ska framgå hur kriterierna kommer att bedömas.⁷⁴ För att undvika förvirring i den fortsatta framställningen är *krav* hänförliga till kvalificeringsfasen och *kriterier* hänförliga till utvärderingsfasen.

Den leverantör som uppfyller alla krav och som bäst uppfyller utvärderingskriterierna tilldelas kontraktet. Viktigt i sammanhanget är att myndigheten vid kvalificering och utvärdering ska utvärdera krav och kriterier i enlighet med likabehandlings- och ickediskrimineringsprincipen. Detta innebär att alla ska ges samma förutsättningar och att myndigheten ska vara objektiv i sina bedömningar. Skönsmässiga och alltför subjektiva bedömningar är således inte tillåtna.⁷⁵

När myndigheten fattat beslut om tilldelning ska samtliga anbudssökande och anbudsgivare som deltagit i upphandlingen informeras om beslutet och skälen för detta.⁷⁶ Därefter ska den upphandlande myndigheten eller enheten avvakta tio dagar för att övriga leverantörer i upphandlingen ska kunna *ansöka om överprövning* av tilldelningsbeslutet.⁷⁷ När denna tiodagarsfrist löpt ut kan upphandlingen avslutas och ett avtal mellan parterna ingås. Resultatet av upphandlingen ska även efterannonseras till Europeiska kommissionen.⁷⁸

3.5 Estetiska hänsyn

Med hänsyn till uppsatsens fokus på konstnärliga varor och tjänster är det i sammanhanget relevant att utreda vilka möjligheter myndigheten eller enheten har att ta hänsyn till estetiska faktorer. I både upphandlingsdirektiven samt LOU och LUF anges det uttryckligen att den upphandlande myndigheten eller enheten får ta hänsyn till estetiska egenskaper vid *anbudsutvärderingen*. Estetiska egenskaper får enligt lagen beaktas vid bedömning av vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. För att utvärderingen i så stor utsträckning som möjligt ska göras objektivt är det viktigt att det tydligt framgår av annonsen eller förfrågningsunderlaget vilka de estetiska aspekterna är och hur de kommer att värderas. Eftersom sådana kriterier kan vara svåra att utforma på ett sätt som medför ett önskat uttryck i varan eller tjänsten, är det angeläget att den

⁷⁴ Se bl.a. C-513/99, *Concordia Bus*.

⁷⁵ Trepte, s. 467 ff.

⁷⁶ Art. 41.1 dir. 2004/18/EG, art. 49.1 dir. 2004/17/EG, 9 kap. 9 § LOU resp. LUF.

⁷⁷ Se rättsmedelsdirektiven dir. 89/66/EEG och dir. 92/13/EEG samt dir. 2007/66/EG och 16 kap. LOU resp. LUF.

⁷⁸ Art. 35.4 dir. 2004/18/EG, art. 43.1 dir. 2004/17/EG, 7 kap. 3 § LOU och 7 kap. 6 § LUF.

som formulerar kraven har, eller tar hjälp av någon som har, särskild kompetens inom det konstnärliga området.⁷⁹

Lite mer oklart är om lagen även medger att myndigheten uppställer *kvalificeringskrav* avseende estetiska egenskaper. Direktiven anger att krav får ställas på leverantören vad gäller bland annat teknisk och yrkesmässig kapacitet, ekonomisk ställning, tillämpning av tekniska standarder, användbarhets- och tillgänglighetskrav, prestanda, nivå på miljöprestanda, säkerhetsnivå och referenser.⁸⁰ Det nämns inte specifikt att myndigheten eller enheten får ange krav på estetiska egenskaper. Av den anledningen är det mycket sannolikt att det enbart är möjligt att ta estetiska hänsyn i utvärderingsfasen. Observera att denna slutsats enbart avser de estetiska egenskaperna. Krav i kvalificeringsfasen kan naturligtvis fortfarande ställas på konstnären avseende bland annat erfarenhet och genre.

3.6 Upphandlingsförfaranden

3.6.1 Över respektive under tröskelvärdena

Det finns, som nämnts ovan, olika typer av upphandlingsförfaranden. Beroende på vilket förfarande som tillämpas gäller olika regler för upphandlingen. Det kan exempelvis skilja sig avseende annonsering och huruvida förhandling är tillåten. Vissa förfaranden är tillämpliga vid upphandlingar över tröskelvärdena, medan andra är tillämpliga under tröskelvärdena och vid upphandling av s.k. B-tjänster (se avsnitt 2.4.3). Vilket förfarande som myndigheten eller enheten ska använda måste avgöras innan upphandlingen påbörjas. Utöver de ordinarie förfarandena, över respektive under tröskelvärdena, som behandlas nedan i avsnitt 3.4.1 och 3.4.2, finns det ytterligare varianter av förfaranden som har tillkommit för att underlätta upphandlingar av speciell karaktär.⁸¹ Dessa varianter kommer inte att behandlas i den fortsatta framställningen. Dock finns det ett förfarande – projektävling – som med beaktande av uppsatsens ämne särskilt bör lyftas fram. Detta förfarande behandlas därför separat i avsnitt 3.5.3.

3.6.2 Över tröskelvärdena

För upphandlingar *över tröskelvärdena* finns tre olika förfaranden – öppet förfarande, selektivt förfarande och förhandlat förfarande. Definitionen av respektive förfarande och under vilka förutsättningar de får tillämpas återfinns både i upphandlingsdirektiven,⁸² LOU och LUF⁸³. Upphandlande

⁷⁹ En informationsbroschyr från NOU, juni 2007, *Offentlig upphandling av arkitektur, formgivning och design*, s. 9.

⁸⁰ Art. 45-50 dir. 2004/18/EG och art. 54 dir. 2004/17/EG.

⁸¹ Se exempelvis art. 32-33 och art. 54 dir. 2004/18/EG.

⁸² Art. 1.11 och art. 28 dir. 2004/18/EG, art. 1.9 och art. 40 dir. 2004/17/EG.

⁸³ Kap. 2 och kap. 4 LOU resp. LUF.

enheter i försörjningssektorerna är i princip fria att välja upphandlingsförfarande, medan upphandlande myndigheter i den klassiska sektorn fritt kan välja mellan öppet och selektivt förfarande och endast i undantagsfall tillämpa förhandlat förfarande.⁸⁴

Öppet förfarande är det förfarande som används oftast. Här bjuder den upphandlande myndigheten eller enheten, via annonsering (se avsnitt 3.1), in alla leverantörer att lämna anbud. Förhandling med tänkbara leverantörer får inte ske.⁸⁵

Vid *selektivt förfarande* bjuder den upphandlande myndigheten, via annonsering, in leverantörer att ansöka om att få lämna anbud. En kvalificering görs av de inkomna ansökningarna och därefter bjuder den upphandlande myndigheten eller enheten in utvalda leverantörer att lämna anbud. Inga andra anbud än från de leverantörer som inbjudits får prövas. Vid selektivt förfarande får den upphandlande myndigheten eller enheten inte förhandla med anbudsgivarna.⁸⁶

Vid *förhandlat förfarande* bjuds utvalda leverantörer in att lämna anbud såsom vid selektivt förfarande. När anbudet inkommit får den upphandlande myndigheten eller enheten förhandla med en eller flera av leverantörerna. Förhandlingarna måste ske i enlighet med transparens-, ickediskriminerings- och likabehandlingsprincipen och får enbart röra de lämnade anbudet samt syfta till att anpassa dem till kraven i annonsen eller förfrågningsunderlaget.⁸⁷ I vissa fall får förhandlat förfarande ske utan föregående annonsering, exempelvis då det är nödvändigt med hänsyn till tekniska eller konstnärliga skäl eller då det vid öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några lämpliga anbud.⁸⁸

3.6.3 Under tröskelvärdena

För upphandlingar *under tröskelvärdena* är inte upphandlingsdirektiven tillämpliga. Dock ska fördraget och de gemenskapsrättsliga principerna (se avsnitt 2.2 och 2.3) beaktas även i dessa upphandlingar, vilket innebär att en viss reglering ändå är nödvändig. I kapitel 15 i LOU respektive LUF framgår att det finns tre typer av förfaranden för upphandlingar under tröskelvärdena – förenklat förfarande, urvalsförfarande och direktupphandling. Både upphandlande enheter i försörjningssektorn och upphandlande myndigheter i den klassiska sektorn får fritt välja mellan förenklat förfarande och urvalsförfarande. Endast i undantagsfall får direktupphandling användas.⁸⁹

⁸⁴ Pedersen, s. 57.

⁸⁵ Trepte, s. 376 f.

⁸⁶ Trepte, s. 377 ff.

⁸⁷ Arrowsmith, s. 585 ff.

⁸⁸ Art 31 dir. 2004/18/EG, art. 40 dir 2004/17/EG, 4 kap. 5 § LOU och 4 kap. 2 § LUF.

⁸⁹ Pedersen, s. 63.

Med *förenklat förfarande* avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att lämna anbud. Efter att anbudet inkommit är förhandling med en eller flera anbudsgivare tillåten.⁹⁰ Under särskilda förutsättningar som anges i respektive lag får den upphandlande myndigheten eller enheten utan föregående annonsering begära anbud från leverantörer genom att skicka en skrivelse.⁹¹

Urvalsförfarande motsvarar selektivt förfarande vid upphandlingar över tröskelvärdena. Den upphandlande myndigheten eller enheten bjuder genom annons in alla leverantörer att ansöka om att få lämna anbud. Endast de anbudssökande som sedan inbjuds att delta får lämna anbud. Vad som skiljer urvalsförfarande från selektivt förfarande är att förhandling alltid är tillåten vid urvalsförfarande.⁹²

Med *direktupphandling* avses ett förfarande utan formkrav. Det krävs inga skriftliga anbud och det ställs inte heller krav på att upphandlingen ska annonseras. Direktupphandling får normalt sett bara användas när kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl.⁹³ Det finns ingen klar gräns för vad som kan anses vara lågt värde utan en bedömning får göras från fall till fall.⁹⁴ Synnerliga skäl kan exempelvis vara om upphandlingen är mycket brådskande på grund av omständigheter som den upphandlande myndigheten eller enheten inte kunnat råda över.⁹⁵

3.6.4 Projekttävling

Med projekttävling avses en tävling som är öppen för alla och som anordnas av en upphandlande myndighet eller enhet i syfte att förvärva ett planerings- eller projekteringsunderlag (som exempelvis kan bestå av ritningar eller formgivningsförslag) som en jury utsett till vinnande bidrag.⁹⁶ Projekttävlingar används oftast vid upphandling av tjänster som exempelvis rör stadsplanering, arkitektur, IT-system och produktutveckling.⁹⁷ Tävligen kan vara en del av en procedur som leder till att ett tjänstekontrakt tilldelas, men den kan även vara en självständig separat procedur som inte behöver resultera i ett kontrakt. Projekttävlingar ska alltid annonseras.⁹⁸

Upphandlingsdirektivens bestämmelser är tillämpliga på projekttävlingar som anordnas inom ramen för tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt (inklusive kontrakt som avser B-tjänster) och vars totala värde överstiger det

⁹⁰ 2 kap. 24 § LOU resp. 2 kap. 27 § LUF

⁹¹ 15 kap. 5 § LOU resp. LUF.

⁹² 2 kap. 25 § LOU resp. 2 kap. 28 § LUF.

⁹³ 15 kap. 3 § 2 st. LOU respektive LUF.

⁹⁴ Prop. 2006/07:128, s. 428f.

⁹⁵ Prop. 2006/07:128, s. 428f. och prop. 2001/02:142, s. 99.

⁹⁶ Definition enligt art. 1.11 (e) dir. 2004/18/EG och art. 1.10 dir. 2004/17/EG. Se även kap. 14 LOU respektive LUF.

⁹⁷ Trepte, s. 401.

⁹⁸ Art. 69 dir. 2004/18/EG och art. 63 dir. 2004/18/EG.

för projekttävlingar fastställda tröskelvärden.⁹⁹ Det ska finnas en direkt funktionell koppling mellan projekttävlingen och kontraktet i fråga. Detta fastslogs av EU-domstolen i *Kommissionen mot Frankrike*,¹⁰⁰ där det var fråga om upphandling av tjänster för ombyggnation av ett reningsverk. Omständigheterna var sådana att ombyggnationen skulle ske i tre etapper, varav den första etappen utgjorde en genomförbarhetsbedömning. Den andra etappen utgjorde tjänster som bestod av bistånd till entreprenören vid utvärdering av anbud och den tredje etappen utgjorde arbetets upplägg och genomförande. I annonsen angavs att upphandlingen för den första etappen skulle ske genom projekttävling (även kallad idéävling) samt att den tävlande som valdes ut för att genomföra den första etappen kunde komma att bli erbjuden att medverka även vid etapp två. Kontraktet för etapp två tilldelades sedan vinnaren av projekttävlingen för den första etappen utan att ny annonsering. Domstolen menade att kontraktet för etapp två inte kunde tilldelats till följd av projekttävlingen avseende första etappen eftersom det inte fanns någon *direkt funktionell koppling* mellan projekttävlingen och kontraktet avseende den andra etappen. Domstolen konstaterade därmed att Frankrike hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet då kontraktet avseende etapp två inte hade varit föremål för någon annonsering.

Projekttävlingar som genomförs i enlighet med upphandlingsdirektiven ska präglas av likabehandling, icke-diskriminering och transparens. Detta innebär exempelvis att valet av deltagare inte får baseras på nationalitet. Inte heller får myndigheten eller enheten skönsmässigt välja ut deltagare, utan det ska tydligt framgå vilka urvalskriterier som kommer att användas. Antalet tävlingsdeltagare som inbjuds ska vara så stort att effektiv konkurrens uppnås. Vidare ska juryn vara helt oberoende i förhållande till deltagarna i tävlingen, det får med andra ord inte förekomma jäv.¹⁰¹ De kriterier som används när juryn utser vinnaren ska anges i annonsen och det är i princip upp till myndigheten eller enheten själv att bestämma vilka kriterier som ska ha betydelse vid bedömningen. Ofta anges kriterier som har med den estetiska utformningen att göra, men även exempelvis funktions-, kostnads- och miljöfaktorer kan ha betydelse. Juryns beslut är inte bindande för myndigheten eller enheten, vilket innebär att det alltid finns en valfrihet huruvida kontraktet i fråga ska tilldelas eller inte.¹⁰² Det som skiljer projekttävlingar mot andra upphandlingsförfaranden är att myndigheten kan jämföra tävlingsbidragen (anbudet) mot varandra. Detta är inte tillåtet i övriga upphandlingsförfaranden där anbudet endast ska jämföras med kraven o förfrågningsunderlaget.¹⁰³

Om myndigheten eller enheten väljer att tilldela kontraktet till vinnaren eller vinnarna kan detta göras genom ett förhandlat förfarande utan föregående

⁹⁹ Art. 67 dir. 2004/18/EG, art. 61 dir. 2004/17/EG. Kommentar: Försörjningsdirektivet innehåller ingen specifik bestämmelse som anger att direktivet enbart är tillämpligt för projekttävlingar inom ramen för tilldelning av kontrakt. Dock kan det tolkas som om det är förutsatt. Se Trepte, s. 233.

¹⁰⁰ C-340/02, *Kommissionen mot Frankrike*.

¹⁰¹ Trepte, s. 401 f.

¹⁰² Arrowsmith, s. 835.

¹⁰³ Upphandling 24, nummer 3, april 2008, s. 52.

annonsering.¹⁰⁴ Sammanfattningsvis möjliggör dessa regler för en tvåstegsprocess där det första steget består i att genom en projekttävling välja ut en eller flera leverantör/er. Den andra fasen, förhandlingsfasen, består av en uppgörelse om kontraktsvillkoren eller om flera leverantörer deltar i förhandlingarna, välja ut den leverantör som slutligen ska tilldelas kontraktet.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Art. 31.3 2004/18/EG och art. 40.3 (1) 2004/17/EG, 4 kap. 9 § LOU, 4 kap. 3 § LUF.

¹⁰⁵ Arrowsmith, s. 838.

4 Undantag från kravet på annonsering vid upphandling av konst

4.1 Introduktion

Det finns två förfaranden som medger undantag från annonsering då konstnärliga skäl föreligger. Över tröskelvärdena ges denna möjlighet vid *förhandlat förfarande utan föregående annonsering*. Under tröskelvärdena och vid upphandling av B-tjänster har den upphandlande myndigheten eller enheten möjlighet att frånga kravet på annonsering genom att tillämpa *förenklat förfarande*. Detta kapitel innehåller en genomgång av respektive förfarande.

4.2 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

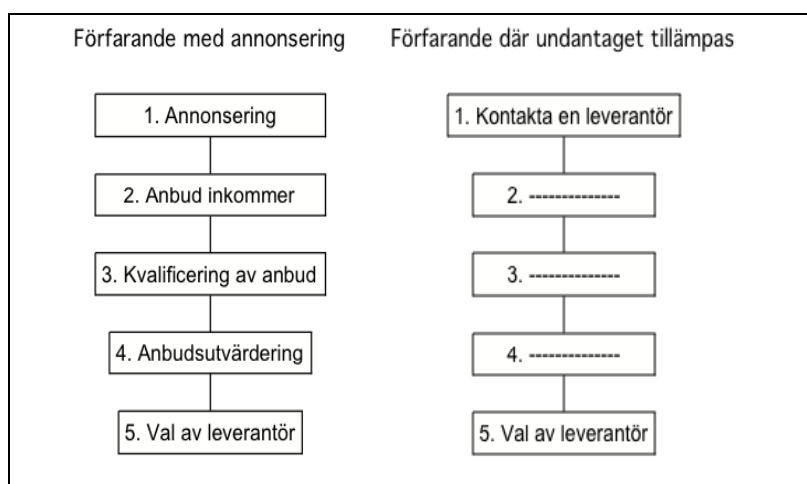
4.2.1 Tillämpningsgrunder

Som beskrivits i avsnitt 3.4.1 ovan finns det två typer av förhandlat förfarande – förhandlat förfarande med föregående annonsering och förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Vid *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* har den upphandlande myndigheten eller enheten möjlighet att söka kontakt och förhandla med en eller flera potentiella leverantörer utan att i förväg ha annonserat upphandlingen.

Förfarandet får endast användas då någon av de tillämpningsgrunder som anges i direktiven föreligger. Gemensamt för de situationer som omfattas av tillämpningsgrunderna är att de är sådana att användning av öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering inte är möjlig eller lämplig. Bland annat kan förfarandet användas då inga lämpliga anbud har lämnats in vid ett öppet eller selektivt förfarande eller om kontraktet av tekniska eller *konstnärliga skäl* eller med hänsyn till skydd av ensamrätt endast kan tilldelas en bestämd leverantör. Det kan även tillämpas då myndigheten eller enheten inte kan iaktta de tidsfrister som gäller vid annonsering på grund av synnerlig brådska. Denna uppräkningsvis inte uttömmande utan fler grunder framgår av direktiven.¹⁰⁶ Fortsättningsvis kommer detta avsnitt endast att behandla förfarandets tillämplighet vid *konstnärliga skäl*.

¹⁰⁶ Art. 31 dir. 2004/18/EG och art. 40.3 dir. 2004/17/EG. Se även 4 kap. LOU resp. LUF.

Den upphandlande myndigheten eller enheten kan, under förutsättning att kontraktet i fråga av konstnärliga skäl endast kan tilldelas *en viss leverantör*, använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Ett sådant behov kan exempelvis uppstå då den upphandlande myndigheten eller enheten önskar köpa ett unikt konstnärligt arbete eller då den avser att sluta kontrakt med en särskild konstnär. I dessa situationer tillåter upphandlingsdirektiven att den upphandlande myndigheten eller enheten kontaktar den aktuella leverantören utan att i förväg ha annonserat upphandlingen. Detta innebär att myndigheten varken behöver göra någon kvalificering eller anbudsutvärdering (se avsnitt 3.3).



Figur 4.1. Schemat visar de viktigaste stegen i upphandlingsprocessen vid ett förfarande med annonsering respektive förfarande där undantaget tillämpas. Som framgår behöver varken kvalificering eller anbudsutvärdering göras då undantaget tillämpas.

4.2.2 Restriktiv tillämpning

Reglerna om offentlig upphandling bygger som bekant på fördragets bestämmelser om den gemensamma marknaden. De syftar i huvudsak till att öppna upp den offentliga marknaden för konkurrens, bland annat genom att föreskriva att transparens och öppenhet ska råda i alla upphandlingar. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering är dock ett undantag från reglerna om transparens, vilket medför att kontraktet i fråga inte konkurrensutsätts i enlighet med reglerna i fördraget (se ovan). Förfarandet är därför ett undantag från fördragets grundläggande regler om konkurrens på den gemensamma marknaden och ska därmed endast tillämpas då det är absolut nödvändigt.¹⁰⁷

EU-domstolen har behandlat undantaget från annonseringsplikten i ett flertal mål. Dessa mål har bland annat rört undantagets tillämplighet på grund av tekniska skäl, ensamrätt samt synnerlig brådska. Domstolen har i dessa mål

¹⁰⁷ Art. 31 dir. 2004/18/EG och art. 40.3 dir. 2004/17/EG.

konstaterat att undantaget ska tolkas *restriktivt*.¹⁰⁸ Att nämna i sammanhanget är att tillämpningsgrunden *konstnärliga skäl* ännu inte har 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. Enligt 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.¹⁰⁹ Kommissionens riktlinjer är inte rättsligt bindande men talar ändå för att principen om restriktivitet även ska prägla undantagets tillämpning vid konstnärliga skäl.

4.2.3 Bevisbörda

EU-domstolen har även konstaterat att det är den som avser att åberopa undantagsbestämmelsen som har *bevisbördan* för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs.¹¹⁰ Detta innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten måste föra fram bevis för att rättfärdiga sin användning av förfarandet. Bevisningen ska vara detaljerad och utförlig. I *Kommissionen mot Italien*¹¹¹ menade Italien att det förelåg förutsättningar för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering eftersom samma leverantör av tekniska skäl borde tilldelas alla kontrakt avseende arbetet ifråga. Italien åberopade som stöd för sin åsikt ett myndighetsutlåtande som uttalade att dessa arbeten på grund av dess vansklighet borde utföras av en enda kvalificerad entreprenör. EU-domstolen konstaterade dock att endast omständigheten att arbetena påstås vara komplicerade och vanskliga inte räcker för att visa att arbetet uteslutande ska anförtros en enda entreprenör. Domstolen ansåg inte att Italien styrkt någon grund genom att åberopa myndighetsutlåtandet. Italien borde istället ha gett en utförlig förklaring som visade att det var nödvändigt att anförtro arbetet till en enda leverantör.

EU-domstolen har även fastslagit att den upphandlande myndigheten eller enheten måste visa att de skäl som anges för att motivera förhandlat förfarande utan annonsering, gör det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas till den särskilda leverantören ifråga.¹¹² Det kan antas att dessa rättsfall även är av relevans vid tillämpning av undantaget vid konstnärliga

¹⁰⁸ Se bl.a. mål C-340/02, *Kommissionen mot Frankrike*, p. 37-38 och mål C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 58 (se även mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien*, p. 15-16, C-324/93, *The Queen mot Secretary of State for Home Department*, p. 48 och C-318/94, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 13 och C-385/02, *Kommissionen mot Italien*).

¹⁰⁹ Europakommissionens ”*Guide to the Community Rules on Public Procurement of Services*”, s. 22 f.

¹¹⁰ Arrowsmith, s. 609f.

¹¹¹ Mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*.

¹¹² C-328/92, *Kommissionen mot Spanien*, p. 17.

skäl. Mot bakgrund av EU-domstolens uttalande ställs det höga krav på myndighetens bevisbörda.

4.2.4 Likvärdigt konstverk

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan vid konstnärliga skäl enbart tillämpas då det endast finns en lämplig leverantör som kan tillhandahålla det som efterfrågas. Det får därmed inte finnas något *likvärdigt konstverk* eller någon *likvärdig konstnär* tillgänglig. Begreppet likvärdigt kan dock vara svårt att tillämpa på konstnärliga föremål.

Enligt EU-kommissionen ska myndigheten eller enheten alltid visa att det föreligger objektiva skäl för att konstverket inte kan utföras på ett *likvärdigt* sätt av en annan konstnär.¹¹³ Sue Arrowsmith nämner dock att det kan argumenteras för att det aldrig kan finnas en objektiv utbytbarhet mellan konstnärliga verk eftersom konst handlar om subjektiva och skönsmässiga bedömningar. En sådan tolkning skulle innebära att begreppet *likvärdig* inte existerar när det gäller konst.¹¹⁴ Oavsett i vilken grad begreppet likvärdighet existerar i konstsammanhang kan man, enligt Arrowsmith, i de fall konsten eller konstnären har tillräckligt hög status för att särskilja sig från den kommersiella mängden, utgå från att inget likvärdigt arbete finns tillgängligt.¹¹⁵ Det kan också konstateras att tillgången på likvärdiga leverantörer utanför EU inte behövs beaktas. Detta eftersom direktiven enbart är tillämpliga inom unionen.¹¹⁶

Om inget likvärdigt konstverk existerar ska den upphandlande myndigheten eller enheten inte tvingas acceptera alternativ, utan det kan då anses rättfärdigat att den enda lämpliga leverantören kontaktas utan att annonsering sker. Det är dock oklart till vilken grad den upphandlande myndigheten eller enheten ska bevisa att ingen annan leverantör existerar. En restriktiv tolkning innebär troligtvis att ingen annan leverantör *får* existera. Om en sådan tolkning är den rätta kan emellertid ingen myndighet eller enhet vid processens start förlita sig på att förfarandet är tillåtet, eftersom risken finns att det under processens gång dyker upp ytterligare en möjlig leverantör. En rimligare tolkning är att ingen annan leverantör ska kunna förutses vid processens start. Även den sistnämnda tolkningen har sina brister då det är svårt att åberopa bevis för att ingen annan passande leverantör kunde förutses.¹¹⁷

¹¹³ Europakommissionens ”*Guide to the Community Rules on Public Procurement of Services*”, s. 22 f.

¹¹⁴ Arrowsmith, s. 616.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Arrowsmith, s. 616.

4.2.5 Konstnärliga tjänster är B-tjänster

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan, då konstnärliga skäl föreligger, som huvudregel enbart användas vid upphandling av *varor* och *byggentreprenad*. Upphandling av konstnärliga *tjänster* omfattas, till skillnad från konstnärliga varor, generellt sett inte av direktivens bestämmelser.¹¹⁸ Detta beror på att de är att anse som sådana B-tjänster som i huvudsak faller utanför direktivets tillämpningsområde.¹¹⁹ Vilka tjänster som är B-tjänster framgår av bilagor i de respektive direktiven.¹²⁰ Eftersom B-tjänster inte regleras av direktiven omfattas de inte heller av alla bestämmelser i LOU och LUF. Endast 15 och 16 kap. i dessa lagar ska tillämpas i fråga om upphandling som avser B-tjänster.¹²¹ Detta innebär att konstnärliga tjänster enligt den svenska upphandlingslagstiftningen kan upphandlas utan annonsering under förutsättning att den upphandlande myndigheten eller enheten använder förenklat förfarande.

4.3 Förenklat förfarande

4.3.1 Tillämpningsgrunder

För upphandlingar under tröskelvärdena samt för upphandlingar av s.k. B-tjänster har den upphandlande myndigheten möjlighet att tillämpa förenklat förfarande.¹²² Förenklat förfarande kan användas både med och utan föregående annonsering. Som huvudregel ska den upphandlande myndigheten eller enheten annonsera upphandlingen i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.¹²³ I undantagsfall är det dock tillåtet att utan föregående annonsering begära anbud genom att skicka skrivelse till endast en leverantör.¹²⁴ Dessa undantagsfall är i många fall identiska med de grunder som anges för tillämpning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering (se avsnitt 4.1).

En av grunderna som medger undantag från kravet på annonsering vid förenklat förfarande är om det som ska upphandlas, av *konstnärliga skäl*, endast kan levereras av en viss leverantör. Den upphandlande myndigheten eller enheten får då begära anbud från den aktuella leverantören genom att direkt kontakta denna. Detta undantag är så gott som identiskt med det undantag som får tillämpas i samband med förhandlat förfarande. Se avsnitt 4.1.

¹¹⁸ Arrowsmith, s. 616.

¹¹⁹ Art. 21 dir. 2004/18/EG och art. 32 dir. 2004/17/EG

¹²⁰ Bilaga II B dir. 2004/18/EG och bilaga XVII B dir. 2004/17/EG.

¹²¹ 1 kap. 2 § 2 st. 1p. LOU respektive LUF.

¹²² 15 kap. 3 § LOU resp. LUF.

¹²³ 15 kap. 4 § LOU resp. LUF.

¹²⁴ 15 kap. 5 § LOU resp. LUF.

4.3.2 EU-rättens inflytande

Trots att 15 kap. LOU respektive LUF inte är direktivstyrda ska upphandlingar under tröskelvärdena och upphandlingar av B-tjänster fortfarande göras i enlighet med fördragets regler om den gemensamma marknaden. I enlighet med transparensprincipen, som är en av principerna som syftar till att säkerställa konkurrens inom unionen, ska alla upphandlingar annonseras. Bestämmelser som medger undantag från annonseringsplikten, är även ett undantag från transparensprincipen och från fördragets regler om konkurrens på den gemensamma marknaden. Av den anledningen är EU-domstolens praxis i detta avseende även tillämpligt på bestämmelserna i 15 kap LOU respektive LUF. Som nämnts under föregående kapitel ska undantagsbestämmelser från annonseringsplikten tolkas restriktivt och det är den som avser att återropa undantagsbestämmelsen som har *bevisbördan* för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs.¹²⁵ Det finns ingen anledning att anta att detta undantag ska tolkas annorlunda än undantaget vid förhandlat förfarande.¹²⁶

4.3.3 Tolkning och tillämplighet

När och under vilka förutsättningar detta undantag kan tillämpas har varit mycket omdiskuterat. I kommentaren till LOU betonas att undantaget ska tolkas strängt, vilket är i enlighet med den princip om restriktivitet som har stadgats av EU-domstolen. Det ska vara *uteslutet* att någon annan leverantör än den leverantör man tänkt vända sig till kan utföra leveransen. En sådan situation kan exempelvis vara för handen vid upphandling av ett konstverk som är unikt, till exempel en originalmålning.¹²⁷

Även NOU (som numera har ersatts av Konkurrensverket) har gjort uttalanden som talar för att undantaget ska tillämpas snävt. Enligt NOU:s uppfattning är det inte meningen att konstnärliga tjänster regelmässigt ska upphandlas utan föregående annonsering. Det är endast vid vissa enstaka konstupphandlingar som anbud kan inhämtas genom skrivelse till den enda leverantör som kan ha möjlighet att tillhandahålla konstverket. I övriga fall ska den konkurrens som finns utnyttjas.¹²⁸

Det har även förts fram åsikter om att undantaget bör ha ett vidare tillämpningsområde. Statens konstråd anser, till skillnad mot NOU, att det inte går att i konkurrens upphandla konst och hävdar att det handlar om tjänster och varor som till sin natur inte lämpar sig för denna typ av förfarande. Vidare menar konstrådet att 15 kap. 5 § 3 p. LOU respektive LUF ger stöd för att uppfattningen att konstnärliga skäl, det vill säga när en

¹²⁵ Se avsnitt 5.2.

¹²⁶ Falk, Jan-Erik: *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*. 2009, 1 uppl., Jure Förlag AB, Stockholm, s. 420.

¹²⁷ *Ibid.*, s. 164.

¹²⁸ NOU info, *juni 2-05 Dnr 2005/0054-21*, s. 11.

estetisk bedömning är inblandad, regelmässigt medger att endast en leverantör behöver tillfrågas.¹²⁹

Olika bedömningar av undantagets tillämplighet har gjorts även i praxis. Dock verkar rättsläget ha klarnat en del och med hänsyn till den senare tiden domar på området lutar det åt en vidare tillämpning. Dock inte fullt så vid att det generellt kan sägas att upphandling av konst kan ske utan föregående annonsering. Se kapitel 5 nedan.

¹²⁹ Statskontorets rapport *Nya former för Statens konstråds verksamhet* (2005:9), s. 54.

5 Aktuella rättsfall

5.1 Konserthus i Uppsala

5.1.1 Bakgrund och parternas yrkande

Uppsala kommun genomförde upphandling av ett konstnärligt uppdrag i samband med nybyggnad av ett konserthus i Uppsala. Upphandlingen genomfördes på så vis att en konstkommitté, bestående av projektledare från Statens konstråd, arkitekter och representanter för den blivande brukaren av konsten, utan föregående annonsering valde ut fyra konstnärer ur en grupp bestående av ca tjugo konstnärer. Efter att ha bedömt dessa fyra i en andra omgång enades kommittén om att föreslå en av dessa att utföra ett skissuppdrag. Sedan detta utförts och godkänts beslutade kommunen att ge uppdraget till denna konstnär. *Klagandena*, Tony Roos och Tomas Almqvist, yrkade att upphandlingen skulle göras om med hänsyn till att det varken skett annonsering eller konkurrensutsättning. De hänvisade till NOU:s informationsblad från augusti 2005 där det uppgavs att undantaget inte ska tillämpas regelmässigt utan endast i yttersta undantagsfall då det inte existerar någon likvärdig konstnär. *Uppsala kommun* motsatte sig klagandenas yrkande och menade att deras val att bjuda in endast en konstnär utan föregående annonsering var helt i enlighet med undantaget i 15 kap. 3 § LOU. Kommunen betonade att det vid upphandling av konst främst är en estetisk bedömning som ligger till grund för valet av leverantör. Det föreligger svårigheter att avgöra om ett anbud är ekonomiskt mer fördelaktigt än ett annat. Huruvida det finns ett likvärdigt konstverk kan inte bestämmas annat än utifrån myndighetens subjektiva uppfattning.¹³⁰

5.1.2 Beslut

Länsrätten underströk inledningsvis att det är konstnärliga och estetiska bedömningar som styr valet av leverantör vid upphandling av konst. Av den anledningen måste det accepteras att det är den upphandlande myndighetens *subjektiva bedömning* som avgör vilken konstnär som är bäst lämpad att utföra uppdraget. *Länsrätten* fann således att den efterfrågade konstnärliga gestaltningen av konstnärliga skäl endast kan levereras av den utsedda leverantören och att det därmed funnits förutsättningar för kommunen att vända sig till denne utan föregående annonsering.¹³¹

Kammarrätten konstaterade att även om en upphandlande myndighet också när det gäller konst bör eftersträva att utnyttja de konkurrensfördelar som ett sedvanligt upphandlingsförfarande kan ge, får det anses ligga i sakens natur att det ofta inte går att åstadkomma ett förfarande som tillgodoser vad som

¹³⁰ Länsrättens i Uppsala Län dom den 25 november 2005, mål nr 2298-05 E.

¹³¹ Ibid.

föreskrivs i LOU fullt ut. Mot den bakgrunden måste det accepteras att konkurrensutsättning genom en annonsering i vissa fall inte sker, men att valet av konstnär i sådana fall ändå görs efter en ordning som möjliggör en lämplig fördelning av uppdragen. Kammarrätten fann, såsom Länsrätten, att förutsättningarna för att vända sig till den utsedda leverantören förelåg i det aktuella fallet.¹³²

Regeringsrätten framhöll till en början att eftersom 15. Kap 3 § LOU är ett undantag ankommer det på den upphandlande myndigheten att visa att förutsättningar för undantaget föreligger. I detta mål har kommunen hänvisat 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. Regeringsrätten ansåg därmed att kommunen i målet hade visat att undantaget tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga regler som upphandlingsreglerna bygger på. Kommunens beslut att inte annonsera uppdraget i fråga ansågs därför inte strida mot LOU.¹³³

5.2 Utsmyckning av sjukhusbyggnader

5.2.1 Bakgrund och parternas yrkande

Västra Götalandsregionen genomförde upphandling av fast konstnärlig utsmyckning i byggprojekten Tehuset vid Borås sjukhus och nya vårdbyggnaden vid Sahlgrenska sjukhuset. En arbetsgrupp, bestående av representanter för byggherren, brukaren, arkitekten och regionens konstchef, valde ut och bjöd in ett antal konstnärer som ansågs lämpliga. Dessa konstnärer fick presentera sina förslag i skiss. Skisserna har därefter bedömts varav regionen hade för avsikt att teckna avtal med den konstnär som framstod som lämpligast. Utgångspunkten för urvalsprocessen har, enligt regionen, varit väl etablerade konstnärer på minst nationell nivå, stor erfarenhet från uppdrag i offentliga miljöer samt konstnärer vars konst fungerar väl med vårdbyggnaden utifrån både material och konsthänseende. Målet har varit att hitta konstnärer med erfarenhet av att klara stora utsmyckningsuppdrag och som kan förhålla sig till arkitekturen och skapa konstverk, hållbara över tid.

Upphandlingen överprövades och *klaganden*, Tony Roos, anförde att upphandlingen skulle göras om och att förenklat förfarande med annonsering eller projekttävling istället skulle tillämpas. Som skäl angav han i huvudsak att regionen, genom att endast tillfråga ett fåtal konstnärer genom s.k. handplockning, brutit mot LOU och dess syfte att säkerställa tillräcklig konkurrens. Tony Roos anförde vidare att även konstnärliga

¹³² Kammarrättens i Stockholm dom den 20 februari 2006, mål nr 7460-05.

¹³³ Regeringsrättens dom den 18 december 2008, mål nr 1595-06.

tjänster ska upphandlas (läs annonseras¹³⁴) för att garantera icke-diskriminering av presumtiva uppdragstagare. *Regionen* bestred klagandens yrkande och menade att det är förenat med stora svårigheter att upphandla konst genom annonsering. Eftersom den estetiska bedömningen är avgörande när det kommer till konstnärliga verk är det en omöjlighet att på förhand uppställa de krav och utvärderingskriterier som en annons ska innehålla. *Regionen* ansåg därmed att undantaget från annonsering i 15 kap. 3 § LOU var tillämpligt och att det således är tillåtet att välja ut lämpliga leverantörer utan annonsering, varav en av dem tilldelas uppdraget. Vidare anförde *regionen* att frågan om det fanns ett likvärdigt konstverk endast kan bestämmas utifrån den upphandlande myndighetens subjektiva bedömning.¹³⁵

5.2.2 Beslut

Länsrätten underströk att ifrågavarande undantag är mycket snävt och att det enbart kan användas i de fall endast en viss leverantör kan tillhandahålla det som efterfrågas. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange objektiva skäl till varför anskaffandet av ett sådant verk inte kan göras från någon annan konstnär. Det åligger alltså den upphandlande myndigheten eller enheten att visa att förutsättningar för att tillämpa undantagsbestämmelsen föreligger. *Regionen* har anført att de valt ut de konstnärer som varit bäst lämpade för uppdraget, men inte närmare preciserat varför endast dessa konstnärer har kommit i fråga. Mot den bakgrunden ansåg *Länsrätten* att *regionen* i förevarande fall inte visat att endast en viss konstnär eller vissa konstnärer av konstnärliga skäl kunnat tillhandahålla det som efterfrågades.¹³⁶

Kammarrätten ansåg till skillnad från *Länsrätten* att lagens möjlighet att göra undantag enligt ovan var tillämpligt i det aktuella fallet. Vidare konstaterade *kammarrätten* att det, inom ramen för vad som är möjligt när det gäller upphandling av konst, hade skett en godtagbar konkurrensutsättning trots att upphandlingen inte föregåtts av annonsering. Detta eftersom *flera* konstnärer handplockades och deltog vid urvalet. Vidare har *regionen*, genom de krav som har ställts på konstnärerna, visat att undantaget har använts med *tillräcklig urskillning*.¹³⁷ Att notera är att *Länsrättens* meddelade sitt beslut innan *Regeringsrättens* meddelade dom i målet avseende utsmyckning av Uppsala konserthus (se avsnitt 5.1.2). *Kammarrättens* beslut kom dock efter *Regeringsrättens* dom och är därför i enlighet med denna.

¹³⁴ Författarens kommentar: en upphandling av uppdraget genomförs även om det inte föregås av annonsering.

¹³⁵ *Länsrättens* i Vänersborg dom den 19 juni 2008, mål nr 978-08 E.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Kammarrättens* i Göteborg dom den 30 januari 2009, mål nr 4476-08.

5.3 Minnesmärke över förintelsens offer

5.3.1 Bakgrund och parternas yrkande

Göteborgs stad utlyste en beställning av ett konstnärligt gestaltungsuppdrag avseende ett minnesmärke över förintelsens offer. Minnesmärket skulle bestå av en skulptur till ett värde av 1 300 000 kr. Göteborgs stad valde, istället för att annonsera beställningen, att bjuda in tre konstnärer att inkomma med förslag. Klaganden, Tony Roos, anförde att stadens tillvägagångssätt stred mot LOU:s bestämmelser om annonsering, på så vis att det inte fanns någonting som talade för att dessa tre inbjudna konstnärer hade sådana färdigheter att bara de kunde vara lämpliga att utföra uppdraget. Det åligger den upphandlande myndigheten att visa att förutsättningarna för att tillämpa undantagsbestämmelsen föreligger. Enligt lagstiftningen ska undantaget användas mycket restriktivt och en redogörelse för detta ska tillstyrkas. Tony Roos menade att Göteborgs stad inte hade kunnat påvisa att förutsättningarna för ett sådant undantag förelåg. Istället skulle Göteborgs stad ha använt ett förenklat förfarande med annonsering alternativt ha använt ett förfarande med projekttävling.

Göteborgs stad anförde i sin tur att konst inte kan konkurrensutsättas på liknande vis som andra varor och tjänster eftersom konkurrensen mellan konstnärer ser helt annorlunda ut, om det ens går att tala om affärsmässig konkurrens mellan konstutövare. Anledningen till att undantaget finns är att det är så gott som omöjligt att uppställa krav och kriterier för ett konstnärligt föremål. Likaså är det nästintill en omöjlighet att objektivt utvärdera ett konstverk eftersom det är ofrånkomligt att ett visst mått av skönmässig bedömning sker. Göteborgs stad ansåg att de hade haft goda skäl att vända sig till de tre utvalda konstnärerna, eftersom dessa konstnärer kunde leva upp till de avsikter som fanns med konstverket. Bland annat var avsikten med minnesmonumentet att påminna om vad som blir den *yttersta konsekvensen av antisemitism, rasism, brott mot mänskliga rättigheter och förakt för andra människor eller folkgrupper*. Vidare menade staden att eftersom 15 kap. i LOU inte är direktivstyrt ska domstolen göra en mildare bedömning än om det hade varit fråga om en upphandling över tröskelvärdena.¹³⁸

5.3.2 Beslut

Länsrätten konstaterade inledningsvis att konstnärliga tjänster är sådana B-tjänster som anges i bilagorna till direktivet och LOU. För upphandlingar av dessa tjänster tillämpas endast 15 och 16 kap. LOU. Enligt 15 kap. 3 § LOU får en upphandlande myndighet utan föregående annonsering begära anbud genom att skicka skrivelse till endast en leverantör om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt

¹³⁸ Länsrättens i Göteborg dom den 1 augusti 2008, mål nr 4684-08 E.

kan levereras av endast en leverantör. Anskaffning av konstnärliga tjänster får därmed ske utan annonsering endast om förutsättningarna i 15 kap. 3 § LOU är uppfyllda. Domstolen underströk att konstnärliga uppdrag inte regelmässigt bör undantas från annonsering men att det ändå måste finnas en sådan möjlighet när skäl föreligger. I förevarande fall menade Länsrätten att inte var fråga om ett rent utsmyckningsuppdrag utan om ett uppdrag med en sådan *särskild kravbild* att det funnits skäl att vända sig till en utvald grupp konstnärer. Undantaget från annonseringsplikten i 15 kap. 3 § LOU ansågs därför vara tillämpligt.¹³⁹

Kammarrätten konstaterade till en början att det aktuella undantaget är tillämpligt då konstverket i fråga enbart kan utföras av en viss leverantör och ingen annan. Vidare måste det även framgå varför just denna leverantör är den enda leverantör som kan utföra uppdraget. Mot bakgrund av Göteborgs stads allmänt hållna presentation av uppdraget, fann kammarrätten att det aktuella uppdraget inte kunde anses ha en sådan särskild kravbild att förutsättningar för ett undantag från *konkurrensutsättning* enligt LOU förelåg. Med ändring av Länsrättens beslut ansåg kammarrätten att Göteborgs stad, genom att inte annonsera uppdraget, hade handlat i strid med LOU.¹⁴⁰

Regeringsrätten ansåg, i likhet med kammarrätten, att Göteborgs stads presentation av uppdraget var alltför allmänt hållen och att det enda som egentligen framkom av beskrivningen var att staden ville köpa en konstnärlig gestaltning som skulle utgöra ett minnesmonument för förintelsens offer. Det hade inte redogjorts för några relevanta omständigheter som skulle kunna gjort undantaget tillämpligt. Regeringsrätten fastslog därför att Göteborgs stad hade brutit mot reglerna i LOU genom att inte annonsera uppdraget.¹⁴¹

¹³⁹ Länsrättens i Göteborg dom den 1 augusti 2008, mål nr 4684-08 E.

¹⁴⁰ Kammarrättens i Göteborg dom den 3 december 2008, mål nr 5353-08.

¹⁴¹ Regeringsrättens dom den 18 september 2009, mål nr 8272-08.

6 Analys och diskussion

6.1 Inledning

I detta kapitel analyseras och diskuteras Regeringsrättens och kammarrättens tolkning av undantaget, med utgångspunkt i de domar som refererats i kapitel 5. De svenska domstolarnas tolkning ställs i förhållande till EU-rätten och vad EU-domstolen har fastställt angående undantagets tillämpning. I detta sammanhang diskuteras särskilt betydelsen av begreppet likvärdig konstnär.

6.2 Domstolarnas tolkning av undantaget

Regeringsrätten har i de mål som redovisats i kapitel 5, i enlighet med EU-domstolens praxis, konstaterat att det ankommer på den upphandlande myndigheten eller enheten att visa att förutsättningar för undantaget föreligger. Intressant att diskutera i sammanhanget är hur höga krav som domstolen har ställt på bevisningen och vad som ska bevisas. Enligt EU-kommissionen ska den upphandlande myndigheten eller enheten visa att det ur ett objektivet perspektiv inte finns något *likvärdigt* konstverk eller någon *likvärdig* konstnär tillgänglig. Principen om restriktivitet som EU-domstolen fastslagit ger stöd för EU-kommissionens tolkning.

Vad Regeringsrätten har lagt vikt vid är emellertid inte om det finns en objektivet likvärdig konstnär eller inte. Domstolen har istället konstaterat att det, på grund av de speciella förhållanden som råder vid upphandling av konstnärliga verk och tjänster, inte är möjligt att göra någon objektiv bedömning av tillgången på likvärdiga konstnärer. Om det finns ett likvärdigt verk kan således endast bestämmas utifrån myndighetens subjektiva uppfattning. Av detta konstaterande väcks genast frågan i vilken omfattning denna subjektiva bedömning ska göras och hur stor krets av konstnärer som subjektivt ska bedömas.

Regeringsrätten har i detta sammanhang betonat att den subjektiva bedömningen, av om likvärdiga konstnärer finns tillgängliga, ska göras med tillräcklig urskillning. Vad som menas med tillräcklig urskillning illustreras i målet avseende *upphandling av konstnärliga tjänster i Uppsala konserthus*, som refererats i avsnitt 5.1. Omständigheterna i detta mål var sådana att det utifrån fastställda kriterier bjodits in ett antal konstnärer för att presentera sina förslag. Därefter har anbud begärts från den konstnär som ansetts lämpligast. Genom att urvalet har gjorts på grundval av ett större antal konstnärer ansåg domstolen att myndigheten visat att den i sin subjektiva bedömning tagit hänsyn till en tillräckligt stor skara konstnärer

för att konstatera att endast en lämplig konstnär existerar.¹⁴² Undantaget var därför tillämpligt. Omständigheterna var de samma i målet avseende *utsmyckning av sjukhusbyggnader* som redovisats i avsnitt 5.2. Kammarrätten, som var sista instans, konstaterade med samma motivering som Regeringsrätten i föregående mål, att tillräcklig urskillning hade skett för att undantaget kunde tillämpas. Både kammarrätten och Regeringsrätten menar att så länge som val av leverantör görs med tillräcklig urskillning utsätts kontraktet, trots att det inte annonseras, för en godtagbar konkurrens.

I målet *Minnesmärke över förintelsens offer* kom Regeringsrätten till motsatt slutsats på så vis att undantaget inte ansågs tillämpligt. Omständigheterna var sådana att Göteborgs stad hade bjudit in tre konstnärer att inkomma med förslag på hur den konstnärliga gestaltningen kunde genomföras. En av dessa konstnärer skulle sedan väljas ut för uppdraget. Regeringsrätten motiverade sitt beslut med att staden inte hade kunnat visa att just de tre inbjudna konstnärerna var de enda som skulle kunna utföra uppdraget. Mot bakgrund av den allmänt hållna presentationen av uppdraget, fann domstolen att det aktuella uppdraget inte kunde anses ha en sådan särskild kravbild att förutsättningar för undantag förelåg.

Skillnaden mellan de två tidigare redovisade målen och det sistnämnda målet är i huvudsak att det har ställts mer omfattande krav på konstnärerna i de förstnämnda målen. På så vis har myndigheten kunnat visa att det funnits skäl att vända sig till en viss grupp av konstnärer. Det föreligger också en skillnad i hur myndigheten har gått tillväga för att välja ut den krets av konstnärer som inledningsvis har bjudits in. I målen *Uppsala konserthus* och *Utsmyckning av sjukhusbyggnader* har urvalet gjorts, genom ett särskilt förfarande, av en konstkommitté respektive en på området kunnig arbetsgrupp. Av vad som framkommit i målet *Minnesmärke över förintelsens offer* har de tre aktuella konstnärerna inte valts ut genom något särskilt förfarande. Enligt min uppfattning kan denna omständighet, trots att den inte uttalas bokstavligen, ha spelat roll i domstolens beslut eftersom ett urval baserat på en konstkommittés kunskap ökar trovärdigheten för att det endast är de utvalda konstnärerna som lämpar sig för uppdraget.

Sammanfattningsvis har domstolen, för en godtagbar tillämpning av undantaget, särskilt lagt vikt vid följande faktorer:

- Existensen av likvärdiga konstnärer måste avgöras ur ett *subjektivt* perspektiv.
- Vid bedömning av om likvärdiga konstnärer existerar ska myndigheten göra en *tillräcklig urskillning*, vilket innebär att ett större antal konstnärer ska tas i beaktande. Först då kan myndigheten visa att inga likvärdiga konstnärer finns tillgängliga.

¹⁴² Exakt hur stort detta antal ska vara har domstolen inte kommenterat. Som vägledning kan nämnas rättsfallet avseende upphandling av *konstnärliga tjänster i Uppsala konserthus*, som refererats i kapitel 5.1, där urvalet gjorts utifrån en krets bestående av ca 20 konstnärer.

- Myndigheten ska visa *hur* den har valt att begränsa urskillningen. De konstnärer som tas i beaktande ska vara utvalda mot bakgrund av specifika krav, som inte är allför allmänt hållna.
- Urvalet ska vara trovärdigt och med fördel göras av en kompetent konstkommitté.

6.3 Förenlighet med EU-rätten

6.3.1 Olika tolkningar

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.

Hur denna bedömning ska göras är oklar. Det finns två alternativ – antingen krävs det att myndigheten visar objektiva skäl för att undantaget ska få tillämpas eller så är det tillräckligt att undantaget används med hänvisning till subjektiva skäl. Eftersom tillämpningsgrunden konstnärliga skäl inte har behandlats av EU-domstolen finns ingen direkt vägledning att hämta i denna fråga. Dock har EU-kommissionen i en guide avseende offentlig upphandling betonat att myndigheten eller enheten alltid ska visa att det föreligger *objektiva skäl* för att konstverket inte kan utföras på ett likvärdigt sätt av en annan konstnär.¹⁴³

Till skillnad från EU-kommissionen är Regeringsrätten av uppfattningen att det inte är möjligt att göra objektiva bedömningar avseende konstnärliga verk (se avsnitt 5.1.2). Det ligger i sakens natur att tillgången på likvärdiga konstnärer eller konstverk endast kan avgöras med beaktande av tycke och smak. Det bör enligt domstolen vara möjligt för en upphandlande myndighet att, utifrån en kravbild, *subjektivt* bedöma om en viss konstnär utför en konstnärlig gestaltning med en sådan särprägel att inga andra likvärdiga konstnärer kan komma i fråga.

Kommande avsnitt innehåller en genomgång av hur begreppen objektiv respektive subjektiv tolkas i detta sammanhang och hur dessa tolkningar inverkar på undantagets användning. I avsnitt 6.2.4 diskuteras om den subjektiva bedömning som Regeringsrätten förespråkar är förenligt med kravet på att undantaget ska tillämpas restriktivt.

¹⁴³ Europakommissionens ”*Guide to the Community Rules on Public Procurement of Services*”, s. 22 f.

6.3.2 Subjektiv tolkning

Enligt Nationalencyklopedin är definitionen av subjektiv den som mest tar hänsyn till egna värderingar och förutfattade meningar.¹⁴⁴ Då tillgången på likvärdiga konstnärer eller konstverk avgörs ur ett subjektivt perspektiv får hänsyn alltså tas till personliga värderingar, såsom tycke och smak. Ett subjektivt resultat behöver varken vara rimligt eller rationellt. Att rättfärdiga resultatet av en *fri* subjektiv bedömning är därmed mycket enkelt. Myndigheten kan visa att inga likvärdiga konstnärer eller konstverk existerar genom att kort och gott hänvisa till de egna värderingarna. Undantaget skulle under sådana förhållanden kunna tillämpas i de flesta situationer, vilket får till följd att tillämpningsområdet blir mycket vidsträckt.

Regeringsrätten har konstaterat att det bör finnas utrymme för en upphandlande myndighet att *subjektivt* avgöra tillgången på likvärdiga konstverk eller konstnärer. Dock har domstolen betonat att utrymmet för subjektiva bedömningar inte bör vara helt *fritt* (som i utgångsläget ovan) utan det måste begränsas med vissa krav. För det första ska bedömningen göras utifrån en tillräckligt specificerad *kravbild*. För det andra ska kretsen av konstnärer som subjektivt bedöms vara så stor att tillräcklig *urskillning* görs. Mot bakgrund av dessa krav ska myndigheten för att få tillämpa undantaget visa att det, utifrån kravbilden, har gjorts en tillräcklig urskillning och att det efter denna urskillning kan konstateras att det endast finns ett lämpligt konstverk eller en lämplig konstnär. Man skulle kunna benämna bedömningen som *subjektiv med krav på saklighet*. Eftersom bedömningen måste vara saklig ställs det högre krav på bevisningen jämfört med om myndigheten hade haft ett helt fritt spelrum att subjektivt välja ut en leverantör. Ju högre krav som ställs på bedömningens saklighet desto svårare blir det att bevisa att skäl för att tillämpa undantaget föreligger. Som slutsats kan sägas att utrymmet för att tillämpa undantaget minskar med ökat krav på saklighet. När kravet på saklighet blir tillräckligt stort kan bedömningen istället anses som objektiv.

6.3.3 Objektiv tolkning

Enligt EU-kommissionen ska tillgången på likvärdiga konstnärer eller konstverk avgöras ur ett *objektivt* perspektiv. Detta avsnitt innehåller en diskussion avseende hur objektivitet kan definieras och om det i praktiken finns någon skillnad mellan objektivitet och subjektivitet med krav på saklighet.

Enligt Nationalencyklopedin är definitionen av objektiv den som tar hänsyn till enbart fakta.¹⁴⁵ Fakta innebär sakförhållanden som inte kan bestridas.¹⁴⁶

¹⁴⁴ www.ne.se/subjektiv.

¹⁴⁵ www.ne.se/objektiv/1418158.

¹⁴⁶ www.ne.se/faktum.

Eftersom objektivitetsbegreppet används i många olika sammanhang är det problematiskt att hävda att denna definition är allmängiltig. Det kan vara svårt, för att inte säga omöjligt, att i vissa bedömningar och beslutsprocesser enbart ta hänsyn till fakta. Eftersom människan har värderingar och referensramar, utifrån bland annat erfarenheter, kunskaper och kultur, spelar dessa omedvetet en roll vid bedömningar och beslut. Med anledning av den *strikt*a definitionen ovan som enbart tar hänsyn till fakta finns det i många fall behov av att nyansera objektivitetsbegreppet.

Vägledning kan hämtas från Regeringsformens (RF) objektivitetsprincip. Enligt denna princip ska domstolar samt förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iaktta *saklighet* och *opartiskhet*.¹⁴⁷ Detta innebär att förvaltningsrättsliga organ inte på ett godtyckligt sätt får gynna eller missgynna någon, eller ta hänsyn till ovidkommande intressen eller synpunkter. Kravet på saklighet och opartiskhet är särskilt viktigt när myndigheter ska göra bedömningar där vägledning i form av specifika bestämmelser i lag saknas. Det finns inga lagregler som anger hur en myndighet ska avgöra tillgången på likvärdiga konstnärer eller konstverk. Bedömningen faller därför helt inom myndighetens s.k. *fria skön*.¹⁴⁸

Objektivitetsbegreppet har även diskuterats av Göran Hermerén, professor i medicinsk etik vid Lunds universitet. Enligt Hermerén är en bedömning objektiv om den är saklig, inte missvisande och opartisk.¹⁴⁹ Med *saklig* menas i detta sammanhang att bedömningen ska vara grundad på argument som ska uppfylla vissa villkor, bland annat ska argumenten vara *relevanta* och *överensstämma med sanningen*. Att bedömningen inte får vara *missvisande* innebär att det inte ska vara möjligt för en normalbegåvad person att sätta tilltro till bedömningen om den är felaktig. Slutligen innebär *opartiskhet* att bedömningen inte felaktigt ska gynna en part på bekostnad av annan part.¹⁵⁰

En objektiv bedömning av om likvärdiga konstnärer finns tillgängliga ska alltså vara saklig och opartisk. Vid en jämförelse med subjektiv bedömning med krav på saklighet, som Regeringsrätten föreskriver, tycks skillnaderna mellan objektiv och subjektiv i detta fall vara mycket små. Det har ingen eller mycket liten betydelse för undantagets tillämpning om bedömningen, av om likvärdiga konstnärer existerar, är objektiv eller subjektiv. Myndighetens bevisbörda är lika stor i de båda fallen. Oavsett objektivitet eller subjektivitet ställs krav på att bedömningen ska vara *saklig*.

¹⁴⁷ 1 kap. 9 § RF.

¹⁴⁸ Bull Thomas: *Offentlighetsrättsliga principer – redaktör Lena Marcusson*, 2005, Iustus Förlag, s. 71 ff.

¹⁴⁹ Hermerén, Göran: *Värdering och objektivitet*, 1972, Studentlitteratur, Umeå, s. 111.

¹⁵⁰ Hermerén, s. 94 ff.

6.3.4 Restriktivitet

Som konstaterats i avsnitt 6.4 har det ingen betydelse för undantagets användning om bedömningen, av om likvärdiga konstnärer finns tillgängliga, är objektiv eller subjektiv. Det viktiga är att bedömningen är baserad på saklighet. Undantaget ska endast få tillämpas då myndigheten kan visa sakliga skäl för att endast en konstnär kan komma ifråga för uppdraget. Detta innebär att det ställs relativt höga krav på myndighetens bevisning vilket bör resultera i att undantaget tillämpas med den *restriktivitet* som EU-domstolen har fastslagit. Mot bakgrund av ovanstående resonemang får det anses klart att Regeringsrättens tolkning av undantaget är förenlig med EU-rätten i detta avseende.

6.4 Reflektioner

6.4.1 Risk för diskriminering

Trots att Regeringsrättens tolkning av undantaget kan anses vara förenlig med det krav på restriktiv användning som EU-domstolen har fastställt kan det ifrågasättas om undantaget verkligen är tänkt att tillämpas under sådana förhållanden som exempelvis förelåg i målet om konstnärliga tjänster i Uppsala konserthus (se avsnitt 5.1). Eftersom undantaget med tillämpningsgrunden konstnärliga skäl inte varit föremål för EU-domstolens prövning finns väldigt lite vägledning att hämta just avseende hur undantaget i dessa fall ska tillämpas. Endast ett fåtal exempel har nämnts i förarbete och litteratur. Bland annat har situationen då ett statligt konstmuseum ska köpa in en tavla målad av Picasso nämnts som ett exempel.¹⁵¹ Även då en upphandlande myndighet eller enhet redan har ett konstverk av en viss konstnär och önskar beställa ett exakt likadant för att uppnå ett enhetligt resultat har betraktats som en situation som faller inom undantagets tillämpningsområde.¹⁵²

Skillnaden mellan dessa exempel och förhållandena i målet avseende Uppsala konserthus är att det i nämnda exempel står klart att det endast finns en enda tänkbar konstnär utan att en *bedömning* behöver göras. I målet avseende Uppsala konserthus har myndigheten för att konstatera att det endast finns en tänkbar konstnär varit tvungen att först göra en bedömning. Denna bedömning måste på något vis begränsas. Regeringsrätten har konstaterat att bedömningen ska göras utifrån en tillräckligt stor krets av konstnärer att tillräcklig konkurrens uppnås. Oavsett hur myndigheten går tillväga finns under dessa förhållanden alltid *risken* att potentiella leverantörer diskrimineras eftersom myndigheten inte kan beakta alla existerande konstnärer. Denna risk finns inte eller är mycket liten i de

¹⁵¹ Arrowsmith, s. 616.

¹⁵² Europakommissionens ”Guide to the Community Rules on Public Procurement of Services”, s. 22 f.

situationer då det utan bedömning står klart att det endast finns en tänkbar konstnär för det aktuella uppdraget.

Det kan på grund av risken för diskriminering argumenteras för att undantaget ska tillämpas ännu snävare och endast omfatta sådana situationer då det utan bedömning kan konstateras att det endast finns en möjlig konstnär.

6.4.2 Avvägning mellan undantagets för- och nackdelar

Vid läsning mellan raderna i Regeringsrättens dom avseende Uppsala konserthus ges intrycket av att undantaget bör få tillämpas för att det är svårt att genomföra en konstupphandling genom *ordinarie* upphandlingsförfarande. Detta är delvis sant men frågan är om det är så problematiskt att det motiverar ett undantag. Risken för diskriminering vid användning av undantaget måste vägas mot de svårigheter som uppstår vid upphandling av konst.

Att upphandla konst genom ett förfarande som kräver annonsering är inte helt problemfritt.¹⁵³ I enlighet med transparensprincipen ska det i annonsen anges vilka krav som leverantören ska uppfylla och vilka utvärderingskriterier som kommer att ligga till grund för anbudsutvärderingen. Myndigheten är bunden av de fastställda kraven och kriterierna under hela upphandlingsprocessen och de inkomna anbudena ska *objektivt* bedömas utifrån dessa. Som beskrivits i avsnitt 3.4, är det fullt möjligt att ange utvärderingskriterier avseende estetiska egenskaper under förutsättning att de är mycket detaljerade. Problemet är hur dessa estetiska egenskaper ska utvärderas. Det ligger i sakens natur att konst och estetik uppfattas olika av olika individer. En persons syn på ett visst konstverk kan skilja sig från hur en annan individ uppfattar samma konstverk. Det är därför svårt, för att inte säga omöjligt, att ur ett strikt objektiva perspektiv avgöra om en leverantör uppfyller de estetiska krav som har uppställts eftersom denna bedömning varierar efter betraktaren. Vid upphandling av konst är det därför viktigt att hänsyn i viss mån får tas till subjektiva värderingar. I det följande förs en diskussion om det på grund av objektivitetskravet är möjligt att genomföra en konstupphandling där utrymme för subjektivitet ges.

För definiering av begreppet objektivitet kan vägledning hämtas från Regeringsformens objektivitetsprincip, som anger att alla offentlighetsrättsliga beslut och bedömningar ska präglas av *saklighet* och *opartiskhet*.¹⁵⁴ Som redan konstaterats i avsnitt 6.3.3 är kravet på saklighet och opartiskhet särskilt viktigt när det rör sig om bedömningar som faller inom förvaltningsrättens fria skön. Utvärderingar av anbud faller inom det fria skönet eftersom det saknas specifika bestämmelser i lag som anger hur

¹⁵³ Information om förfarande, se avsnitt 3.4 i denna uppsats.

¹⁵⁴ 1 kap. 9 § RF.

utvärderingen ska göras. *Saklighet* kan anses syfta på de faktorer som ligger till grund för beslutsfattandet. Som beskrivits i avsnitt 6.3.3 ska bedömningen enligt professor Hermerén vara grundad på argument som är relevanta och som överensstämmer med sanningen.¹⁵⁵ *Opartiskhet* innebär enligt Hermerén att bedömningen inte felaktigt ska gynna en part på bekostnad av annan part.¹⁵⁶

Det bör vara möjligt att utvärdera konstnärliga anbud med saklighet och opartiskhet. Av stor vikt är att myndigheten är konsekvent i sin bedömning och att den använder sin kunskap och erfarenhet på samma sätt gentemot samtliga anbud. I dessa situationer är det särskilt viktigt att utvärderingen sker av en grupp personer från den upphandlande myndigheten och inte endast en person.¹⁵⁷ Denna grupp av personer bör inneha den kunskap och erfarenhet som krävs för att utvärderingen ska betraktas som *trovärdig*. Det är även viktigt att myndigheten vid utvärderingen håller sig till de kriterier som den har angett och att den använder sig av dessa kriterier på ett trovärdigt och relevant sätt.

Utöver *ordinarie* upphandlingsförfaranden kan en myndighet vid upphandling av konstnärliga gestaltningar och utsmyckningsprojekt använda *projekttävling*.¹⁵⁸ Det kan nämnas flera exempel på utsmycknings- och gestaltungsuppdrag som föregåtts av sådana tävlingar.¹⁵⁹ Projekttävlingar är egentligen mer anpassade för upphandlingar inom det konstnärliga området. Denna upphandlingsform skiljer sig i väsentliga delar mot de övriga upphandlingsformerna. Den största skillnaden är att anbuden får jämföras med varandra, vilket inte är tillåtet i andra upphandlingsförfaranden där anbuden endast ska jämföras med kraven i förfrågningsunderlaget. Även vid projekttävlingar ska utvärderingskriterier fastställas. Utvärderingen ska liksom vid alla upphandlingar präglas av saklighet och opartiskhet. Det verkar dock som om den allmänna uppfattningen bland praktiserande upphandlare är att det i större utsträckning är möjligt att ta hänsyn till subjektiva kriterier, exempelvis estetiska sådana, och göra subjektiva bedömningar vid användning av projekttävlingar.¹⁶⁰ I syfte att förhindra godtycklighet i samband med utvärderingarna ska tävlingsbidragen utvärderas av en kompetent jury.

Mot bakgrund av ovanstående resonemang bör det vara möjligt att genomföra konstupphandlingar, antingen genom ett vanligt upphandlingsförfarande eller genom projekttävling, och ändå uppfylla det

¹⁵⁵ Hermerén, s. 94 ff.

¹⁵⁶ Hermerén, s. 94 ff.

¹⁵⁷ Norman, Pernilla: *Utvärdering i offentlig upphandling – konsten att behålla verklighetsanknytningen*, 2009, s. 991.

¹⁵⁸ Se avsnitt 3.5.3.

¹⁵⁹ Exempel: Landstingets Värmland upphandling av konstutsmyckning – ny vårdbyggnad vid Centrallasarettet i Västerås kommer att smyckas av ett lövverk, se artikel i *Upphandling 24*, 2010-04-09 (<http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.308490/lovverk-vinnande-bidrag-i-vasteras>) och Köpings kommun inbjuder till projekttävling avseende minnesmärke över Teodor Dahl (<http://www.koping.se/kopingtemplates/Page.aspx?id=25458>).

¹⁶⁰ *Upphandling 24*, nummer 3, april 2008, s. 52.

krav på saklighet och opartiskhet som uppställs av LOU. På grund av den risk för diskriminering (se avsnitt 6.4.1) som föreligger vid användning av undantaget kan det argumenteras för att myndigheten i första hand bör använda sig av något av de upphandlingsförfaranden som finns att tillgå. Det är först då det är omöjligt att tillgodose kraven på saklighet och opartiskhet eller då det är meningslöst att upphandla på grund av att det *utan bedömning* står klart att endast en lämplig leverantör finns, som användning av undantaget kan anses befogad.

En annan viktig reflektion är att oavsett om undantaget tillämpas eller inte måste myndighetens beslut baseras på saklighet. Vad är då fördelarna med att tillämpa undantaget? Myndigheten undgår visserligen arbetet med att sortera bort anbud som inte är relevanta men det är svårt att argumentera för att detta är skäl nog för att inte konkurrensutsätta uppdraget i enlighet med upphandlingslagstiftningen.

7 Slutsats

Enligt EU-domstolen ska undantaget från annonseringsplikten tolkas restriktivt och tillämpas snävt. Endast i undantagsfall ska det vara tillåtet att kontakta en leverantör direkt utan föregående annonsering. En förutsättning för tillämpning är att inget annat likvärdigt konstverk finns tillgängligt. Hur denna bedömning ska göras är varken fastställt i EU-direktiven eller förarbetena. Regeringsrätten har konstaterat att det är ofrånkomligt att bedömningen görs med ett visst mått av subjektivitet. Domstolen har dock betonat att utrymmet för subjektiva bedömningar inte bör vara oändligt utan att det måste begränsas med vissa krav. Som beskrivits i avsnitt 6.3.2 förespråkar domstolen en bedömning som kan benämnas som *subjektiv med krav på saklighet*. Detta innebär att myndigheten måste visa att den har en specifik kravbild och att det utifrån denna kravbild endast finns en lämplig konstnär för det aktuella uppdraget. Detta innebär att det ställs relativt höga krav för att en myndighet ska få tillämpa undantaget, vilket bör resultera i att undantaget tillämpas med den *restriktivitet* som EU-domstolen har fastslagit. Slutsatsen är därmed att Regeringsrättens tolkning av undantaget får anses förenlig med EU-rätten i detta avseende.

Trots att Regeringsrättens bedömning till synes kan verka förenlig med EU-rätten kan det diskuteras om domstolen har tillämpat undantaget i enlighet med dess ursprungliga syfte. Som nämnts i avsnitt 6.4.1 kan undantaget tolkas på två olika sätt. Den striktare tolkningen innebär att undantaget enbart ska tillämpas i de fall där det är *självkänt och allmänt vedertaget* att endast en konstnär kan komma ifråga för det aktuella uppdraget. I dessa situationer, då det *utan bedömning* står klart att bara en lämplig konstnär existerar, är det meningslöst att genomföra en upphandling. En användning av undantaget är i dessa fall högst motiverad.

Den vidare tolkningen, d v s den tolkning som överensstämmer med Regeringsrättens resonemang, innebär att myndigheten även ska kunna tillämpa undantaget då det *efter en bedömning* kan konstateras att det endast finns en konstnär som kan utföra uppdraget ifråga. Av rättsfallen refererade i kapitel 5 kan utläsas att denna bedömning i praktiken består av en slags tävling mellan olika utvalda och inbjudna konstnärer. Denna tävling påminner i stor utsträckning om en vanlig upphandling eller en projektävling, med skillnaden att ingen annonsering av uppdraget görs.

Att använda undantaget på detta vis kan, som diskuterats i avsnitt 6.4.2, kritiseras för att riskera att diskriminera potentiella leverantörer som på grund av utebliven annonsering inte får vetskap om och möjlighet att visa sitt intresse för upphandlingen. Enligt min uppfattning kan risken för diskriminering endast rättfärdigas om det, på grund av kravet på saklighet och opartiskhet, inte är möjligt att genomföra konstupphandlingar genom ordinarie upphandlingsförfaranden. Det finns under sådana förhållanden ett behov av att göra undantag från upphandlingsreglerna.

Som framkommer av avsnitt 6.4.2 är det mycket som talar för att det faktiskt är möjligt att genomföra konstupphandlingar med vanliga upphandlingsförfaranden och ändå tillgodose kravet på saklighet och opartiskhet. Dessutom kan den upphandlande myndigheten även välja att använda sig av projekttävling, där utrymmet för subjektiva utvärderingar är större. Enligt min uppfattning bör därför den upphandlande myndigheten i första hand använda ett ordinarie upphandlingsförfarande som konkurrensutsätter uppdraget och minimerar diskrimineringsrisken.

Mot bakgrund av det sagda kan Regeringsrättens tolkning av undantaget kritiseras. Men eftersom vägledningen kring undantagets tillämpning är sparsam är det dock omöjligt att dra några slutsatser hur EU-domstolen skulle förhålla sig till Regeringsrättens beslut i en eventuell prövning.

Käll- och litteraturförteckning

Arrowsmith, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, 2 uppl., Sweet & Maxwell, London.

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders: *Introduktion till EU*, 2008, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm.

Bovis, Christopher H: *EU Public Procurement Law*, 2007, 1 uppl., Edward Elgar Publishing Limited.

Bull, Thomas: *Offentlighetsrättsliga principer – redaktör Lena Marcusson*, 2005, Iustus Förlag, Uppsala.

Falk, Jan-Erik: *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 2009, 1 uppl., Jure Förlag AB, Stockholm.

Hermerén, Göran: *Värdering och objektivitet*, 1972, Studentlitteratur, Umeå.

Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, 2005, Nordstedts Juridik AB, Stockholm.

Pedersen, Kristian: *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 2008, Jure Förlag AB, Stockholm.

Sundstrand, Andrea: *EG-domstolens domar om offentlig upphandling*, 2006, Norstedts Juridik AB, Stockholm.

Trepte, Peter: *Public Procurement in the EU – A Practitioner's Guide*, 2007, 2 uppl., Oxford University Press.

Artiklar

Claes Sandgren, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?* TfR 4-5/2005, s. 650 f.

Upphandling 24, nummer 3, april 2008 (Du frågar, experterna svarar), s. 52.

Norman, Pernilla: *Utvärdering i offentlig upphandling – konsten att behålla verklighetsanknytningen*, 2009, s. 991, (<http://www.lmlaw.se/download/18.1b27248111ee6cfde1e800021625/Del+1+ERT+2008.pdf>).

Offentligt tryck

SOU 1997:183

Prop. 2001/02:142

Prop. 2006/07:128

Publikationer från EU-kommissionen

KOM (2000) 275 slutlig (Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenad).

KOM (2000) 276 slutlig (Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi och transporter).

Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (2000/C 121/02)

Europakommissionens ”*Guide to the Community Rules on Public Procurement of Services*”

EU-kommissionens Explanatory notes – Competitive dialogue (CC/2005/04_rev 1 of 5.10.2005)

KOM (2006) 195 (Kommissionen förslag om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG avseende effektivare förfaranden för prövning vad gäller offentlig upphandling).

Övriga publikationer

Statskontorets rapport *Nya former för Statens konstråds verksamhet* (2005:9).

NOU:s yttrande dnr 2005/0138-21, Michael Slavicek.

NOU info, *juni 2-05 Dnr 2005/0054-21*,

Informationsbroschyr från NOU, juni 2007, *Offentlig upphandling av arkitektur, formgivning och design*.

Informationsbroschyr från Konkurrensverket, september 2009, *Upphandlingsreglerna – en introduktion*.

Internet

Alla internetkällor kontrollerades senast den 7 juni 2010.

<http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.308490/lovverk-vinnande-bidrag-i-vasteras> (Artikel om projekttävling i Upphandling 24)

<http://www.koping.se/kopingtemplates/Page.aspx?id=25458> (Köpings kommun inbjuder till projekttävling avseende minnesmärke över Teodor Dahl).

<http://www.ne.se> (Nationalencyklopedin)

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Mål 6/64, *Costa mot ENEL*

Mål C-8/74, *Procureur du Roi mot Dassonville*

Mål 120/78, *Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*

De förenade målen 41/79, 121/79 och 796/79, *Vittorio Testa, Salvino Maggio och Carmine Vitale mot Bundesanstalt für Arbeit*

Mål 15/83, *Denkavit Nederland*

Mål 302/86, *Kommissionen mot Danmark*

Mål C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV mot Nederländska staten.*

Mål C-265/87, *Schräder*

Mål C-243/89, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Danmark*

Mål 127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (England)*

Mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien*

Mål C-324/93, *The Queen mot Secretary of State for Home Department*

Mål T-260/94, *Air Inter mot kommissionen*

Mål C-318/94, *Kommissionen mot Tyskland*

Mål C-76/97, *Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*

Mål C-258/97 *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft*

Mål C-16/98, *Kommissionen mot Frankrike*

Mål C-255/98, *Kommissionen mot Frankrike*

Mål C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S*

Mål C-324/98, *Teleaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG*

Mål C-380/98, *The Queen mot H.M. Treasury, Ex parte: The University of Cambridge*

Mål C-19/00, *SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo*

Mål C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab*

Mål C-20/01, *Kommissionen mot Tyskland*

Mål C-340/02, *Kommissionen mot Frankrike*

Mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*

Mål C-234/03, *Contse SA m.fl. mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria*

Länsrätten

Länsrättens i Göteborg dom den 1 augusti 2008, mål nr 4684-08 E

Länsrättens i Vänersborg dom den 19 juni 2008, mål nr 978-08 E

Länsrättens i Uppsala Län dom den 25 november 2005, mål nr 2298-05 E

Kammarrätten

Kammarrättens i Göteborg dom den 3 december 2008, mål nr 5353-08

Kammarrättens i Göteborg dom den 30 januari 2009, mål nr 4476-08

Kammarrättens i Stockholm dom den 20 februari 2006, mål nr 7460-05

Regeringsrätten

Regeringsrättens dom den 18 september 2009, mål nr 8272-08

Regeringsrättens dom den 18 december 2008, mål nr 1595-06