

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Statens konstråd, Hälsingegatan 45, 113 31 Stockholm

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Statens konstråd ska betala 105 000 (etthundrafemtusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Statens konstråd har den 29 juli 2018 ingått ett avtal angående platsspecifik byggnadsanknuten konst till Studenthuset vid Linköpings universitet utan föregående annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU. Det saknades förutsättningar att ingå avtal utan sådan annonsering. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Statens konstråd är en statlig myndighet som har till uppgift att verka för att konsten blir ett betydelsefullt inslag i samhällsmiljön, genom att bland annat medverka till skapandet och utvecklingen av offentlig konst och gestaltning av gemensamma miljöer.¹
3. I ovan beskrivna egenskap deltog Statens konstråd, tillsammans med bland andra företrädare för Linköpings universitet och Akademiska hus AB (samrådsgruppen), i anskaffandet av en konstnärlig gestaltning till det nya Studenthuset vid Linköpings universitet. Den konstnärliga gestaltningen skulle bestå av en textil ridå i Studenthusets entrérum.
4. Samrådsgruppen utarbetade under våren 2017 en kravspecifikation för den konstnärliga gestaltning som man önskade uppföra. Utifrån kravspecifikationen studerade samrådsgruppen ett antal konstnärskap och gestaltungsuttryck för att hitta en konstnär som i en platsspecifik konstnärlig gestaltning i Studenthuset kunde gestalta den mångfald av nationaliteter som universitetet representeras av. Sex olika konstnärskap studerades utifrån den framtagna kravspecifikationen, varefter en konstnär valdes ut.
5. Statens konstråd ingick ett avtal med konstnären den 29 juli 2018 avseende uppförandet av det textila verket *Rörelse* (Avtalet), se [bilaga 1](#).
6. Den 12 september 2018 hölls ett startmöte mellan Statens konstråd, konstnären och en underleverantör i projektet. Samma dag påbörjade underleverantören sitt arbete. Underleverantörens arbete bestod i att ta fram och sy detaljer med tekniska och konstnärliga lösningar till samtliga delar av ridån. Alla delar överfördes till pappersmallar av en förstoringsfirma och utifrån dessa mallar klipptes sedermera olika textila delar ut och syddes samman. Samtliga förberedelser inför produktion pågick mellan september och december 2018 och stämdes av med konstnären inför produktionen som skulle starta i december 2018.

¹ Se 1 § Förordning (2007:1188) med instruktion för Statens konstråd.

7. Under januari 2019 målade konstnären de textila delarna och under februari – maj 2019 sydde underleverantören samman alla delar parallellt med avstämningar, justeringar och en provhängning.
8. Ridån monterades i Studenthuset den 28 maj 2019. Slutbesiktning och kvittens signerades av Statens konstråd den 19 juni 2019.

Överprövningen av Avtalets giltighet

9. Den 17 september 2018 inkom en ansökan om överprövning av Avtalets giltighet till Förvaltningsrätten i Stockholm. Sökandena gjorde gällande att Statens konstråd på ett otillåtet sätt direktupphandlat Avtalet med hänvisning till undantagsbestämmelsen avseende konstnärlig prestation i 6 kap. 14 § första stycket LOU.
10. I sitt avgörande den 22 maj 2019 biföll förvaltningsrätten ansökan och förklarade Avtalet ogiltigt, se bilaga 2. Förvaltningsrätten bedömde att den konstnärliga gestaltningen som Statens konstråd önskat upphandla var beskriven på ett allmänt sätt i det beslutsunderlag som låg till grund för anskaffningen, och att det var en större krets av konstnärer som motsvarade de krav som ställts rörande utformningen av konstverket och tidigare erfarenheter. Förvaltningsrätten bedömde därför att det som framgick av beslutsunderlaget inte var tillräckligt för att visa att syftet med upphandlingen var att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation. Eftersom Statens konstråd inte hade visat att undantagsbestämmelsen i 6 kap. 14 § första stycket LOU var tillämplig saknades möjlighet att direktupphandla på det sätt som skett. Statens konstråd hade således genomfört en otillåten direktupphandling.
11. Statens konstråd överklagade domen till Kammarrätten i Stockholm som genom ett beslut den 25 juni 2019 valde att inte bevilja prövningstillstånd, se bilaga 3.
12. Kammarrättens beslut överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen (HFD). Förvaltningsrättens avgörande vann laga kraft den 5 september 2019 när HFD beslutade att inte meddela prövningstillstånd, se bilaga 4.
13. Det har under utredningens gång framkommit att Statens konstråd inte har efterlevt domen.

Det saknades förutsättningar att tillämpa undantaget för konstnärlig prestation

Avtalets karaktär och värde

14. Förevarande ansökan om upphandlingsskadeavgift grundar sig på Avtalet, dvs. det avtal som Statens konstråd ingick den 29 juli 2018 om uppförandet av det textila verket *Rörelse*.
15. Avtalet är ett varukontrakt enligt 1 kap. 24 § LOU.
16. Enligt huvudregeln i LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud (se 10 kap. 1 § och 19 kap. 9 § LOU). Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras. 2018 uppgick direktupphandlingsgränsen till 586 907 kronor. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga. Bestämmelsen i 6 kap. 14 § första stycket LOU är ett sådant undantag.
17. Av Avtalet framgår att ersättningen för konstverket uppgick till 1 140 000 kronor exklusive mervärdesskatt enligt följande betalningsplan:
 - 59 792 kronor i form av förskottsbetalning
 - 320 208 kronor vid undertecknande av Avtalet
 - 380 000 kronor under arbetets gång samt slutligen ytterligare
 - 380 000 kronor efter att gestaltningen slutbesiktigats och godkänts av Statens konstråd och fastighetsägaren.
18. För varukontrakt som understiger tröskelvärdet om 1 365 782 kronor, vilket är fallet här, ska 19 kap. LOU tillämpas. Av 19 kap. 8 § LOU framgår att värdet av en upphandling ska beräknas till det totala belopp som ska betalas. Avtalets värde ska därmed beräknas till 1 140 000 kronor exklusive mervärdesskatt.

Undantagsbestämmelsen i 6 kap. 14 § LOU

19. Enligt 6 kap. 14 § första stycket LOU får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller

en unik konstnärlig prestation. Bestämmelsen ska precis som övriga undantag från annonseringsskyldigheten tillämpas restriktivt.²

20. Av praxis framgår att det inte krävs att den upphandlande myndigheten ska kunna påvisa att ingen annan leverantör kan skapa ett likvärdigt konstverk. Avgörande för bedömningen av bestämmelsens tillämplighet är i stället att den upphandlande myndighetens krav och önskemål på den konstnärliga gestaltningen inte är för allmänt hållna utan visar på syftet att förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation.³ Valet av leverantör kan därmed komma att till stor del baseras på estetiska bedömningar.⁴
21. I beslutsunderlaget för upphandlingen av den byggnadsanknutna konsten i förevarande ärende återfinns följande kravspecifikation (se bilaga 5):

- konstnären ska uppvisa hög konstnärlig kvalitet i sitt konstnärskap
- konstnären ska ha stor erfarenhet av att arbeta med gestaltningar både exteriört och interiört i offentliga rum i nära samarbete med arkitekter
- konstnären ska i sina tidigare genomförda verk uppvisa en hög professionell nivå både konstnärligt och tekniskt
- konstnären ska i sitt konstnärskap visa på konstnärliga arbeten som behandlar den mångkulturella aspekten på ett innovativt och konstnärligt intressant sätt
- konstnären ska tidigare ha arbetat med gestaltningar som berör mångkulturella sammanhang
- konstnären ska kunna redovisa genomförda verk i olika material för hårt belastade exteriöra miljöer och ha stor erfarenhet av hur material åldras
- konstnären ska ha förmågan att skapa verk av hög kvalitet för både den exteriöra och den interiöra miljön på platsen
- konstnären ska kunna visa prov på gestaltningar där materialet är en viktig del av konstens uttryck
- konstnären ska ha förmåga att hantera skalan i relation till storskalig arkitektur och betrakta konsten utifrån ett långsiktigt brukarperspektiv
- konstnären ska ha erfarenhet av att arbeta med textila uttryck i offentliga miljöer, och

² Se bland annat mål 199/85 *Kommissionen mot Italien* punkt 14, C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 58, C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46, prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07:128 s. 291 samt HFD:s uttalanden i RÅ 2005 ref 10, RÅ 2008 ref 79 och RÅ 2009 not 134.

³ Se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 9238-18. Jfr även HFD:s avgörande RÅ 2009 not. 134 där uppdragsbeskrivningen ansågs för allmänt hållen för att tillåta en tillämpning av undantagsbestämmelsen.

⁴ Se HFD:s avgörande RÅ 2008 ref. 79.

- konstnären ska behärska ett skulpturalt och koloristiskt formspråk med inslag av klinker.
22. Det beslutade upphandlingsförfarandet motiveras vidare på bland annat följande sätt.⁵ Samrådsgruppen har utifrån den aktuella kravspecifikationen studerat ett stort antal konstnärskap och gestaltungsuttryck med målsättningen att hitta ett konstnärskap som kan hantera den mångkulturella miljö som den platsspecifika konstnärliga gestaltningen ska förhålla sig till. Stor vikt har lagts vid att den konstnärliga gestaltningen ska innehålla poetiska och konceptuella aspekter som stärker universitetets identitet i samtiden. Utifrån projektets förutsättningar och kravspecifikation har ett konstnärskap utkristalliserat sig som uppfyller uppställda krav.
23. Konkurrensverket instämmer i förvaltningsrättens bedömning att den konstnärliga gestaltning som Statens konstråd önskat upphandla är beskriven på ett allmänt sätt i beslutsunderlaget.⁶ Av utredningen i ärendet framgår att samrådsgruppen granskade sex olika konstnärskap innan valet av konstnär gjordes.⁷ Enligt Konkurrensverket är det dock mycket sannolikt att en betydligt större krets av konstnärer hade kunnat uppfylla önskemålen i den aktuella kravspecifikationen än den som direkttilldelades uppdraget, eftersom kraven var så pass allmänt hållna. Det saknades således förutsättningar att tillämpa undantagsbestämmelsen i 6 kap. 14 § första stycket LOU och avtalet har tillkommit genom en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

24. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.⁸ Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.⁹
25. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.¹⁰

⁵ Se bilaga 5 s. 3 "Motivering till beslutat upphandlingsförfarande".

⁶ Se bilaga 2 s. 9 andra stycket.

⁷ Se bilaga 5 s. 6 "Konstnärskap som beaktats utifrån kravspecifikationen och under arbetet med denna".

⁸ 21 kap. 1 § 3 LOU.

⁹ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

¹⁰ A. prop. s. 196–197.

26. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 § LOU.¹¹ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹² Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 1 140 000 kronor (se punkt 18 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst $(1\,140\,000 \times 0,1)$ 114 000 kronor.
27. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.¹³
28. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter, såväl försvårande som förmildrande, i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Av betydelse är bland annat den upphandlande myndighetens agerande. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹⁴ Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet.¹⁵ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁶
29. Att Avtalet har förklarats ogiltigt av en domstol är också en omständighet som kan påverka upphandlingsskadeavgiftens storlek. Vid bedömningen av vilken betydelse det har för avgiftens storlek att ett avtal har ogiltigförklarats är det av vikt att se på rättsverkningarna av ogiltigheten och syftet med bestämmelsen om ogiltighet av avtal. När ett avtal förklarats ogiltigt innebär det att skyldigheten att fullfölja avtalet bortfaller för båda parterna. Om förpliktelserna i avtalet helt eller delvis har uppfyllts är huvudregeln att prestationerna ska återgå. Om en återgång av prestationerna inte är möjlig ska i stället det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts återställas. Om en levererad vara redan förbrukats eller en tjänst redan genomförts kan parterna få utge ersättning motsvarande den nytta de haft av varandras prestationer. I en situation där en byggnad delvis uppförts när

¹¹ 21 kap. 4 § LOU.

¹² Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹³ 21 kap. 5 § LOU.

¹⁴ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

¹⁵ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och 369–370.

¹⁶ A. prop. s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

avtalet förklaras ogiltigt, får ersättning lämnas för de prestationer som redan utförts medan framtida prestationer inte får utföras.¹⁷

30. I de fall ett ogiltigförklarande inte efterlevs, dvs. när det varken sker en återgång av prestationerna eller återställande av förmögenhetsläget, får domstolens avgörande ingen praktisk effekt. Regeringen har i förarbetena till bestämmelserna om ogiltighet uttalat att det är en högst otillfredsställande situation att en upphandlande myndighet väljer att inte följa ett avgörande från domstol.¹⁸ Även Riksdagens ombudsmän (JO) har vid flera tillfällen riktat allvarlig kritik mot kommuner som inte följt lagakraftvunna avgöranden i mål om överprövning enligt LOU.¹⁹ JO har bland annat uttalat att det strider mot grundläggande krav på offentliga organs uppträdande att inte respektera domstolsavgöranden.²⁰
31. Enligt Konkurrensverkets mening är det mot bakgrund av det anförda en försvårande omständighet när en upphandlande myndighet avstår från att låta prestationerna återgå enligt ett ogiltigförklarat avtal, när en sådan återgång varit praktiskt möjlig att genomföra och rimlig att kräva. Bedömningen har stöd i praxis.²¹
32. Enligt uppgift från Statens konstråd har några åtgärder inte vidtagits efter att Avtalet förklarades ogiltigt. Konkurrensverkets bedömer, oaktat vad Statens konstråd har anfört som skäl för detta, att det var praktiskt genomförbart och rimligt för Statens konstråd att efterleva domen genom att låta prestationerna återgå. Det beskrivna agerandet är allvarligt då det bland annat riskerar att urholka respekten för rådande upphandlingsregler och vad domstol har bestämt.²² Beslutet att inte efterleva domen är därför en försvårande omständighet som ska inverka i höjande riktning på avgiftens storlek.
33. Mot denna bakgrund anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 105 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Marie Östman

Natacha Otte Widgren

¹⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 361.

¹⁸ A. prop. s. 220.

¹⁹ Se t.ex. JO:s beslut 3497-2000, 3006-2005, 1282-2007 och 3026-2009.

²⁰ JO:s beslut 3026-2009.

²¹ Jfr Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 1438-18.

²² Ibid.

Bifogas

Bilaga 1 – Avtal mellan Statens konstråd och konstnären av den 29 juli 2018.

Bilaga 2 – Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 21024-18.

Bilaga 3 – Kammarrätten i Stockholms beslut i mål nr 4199-19.

Bilaga 4 – Högsta förvaltningsdomstolens beslut i mål nr 3891-19.

Bilaga 5 – Beslutsunderlag för upphandling av platsspecifik byggnadsanknuten konst.