



KLAGANDE

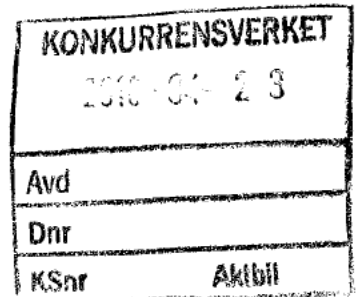


MOTPART

Kulturnämnden i Stockholms stad
Box 16113
103 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

YRKANDEN M.M.

Kulturnämnden i Stockholms stad (nämnden) ingick den 19 oktober 2017 ett avtal med [REDACTED] om utförande av konstnärlig gestaltning.

[REDACTED] yrkar dels att upphandlingen ska göras om, dels att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara det avtal om utförande av konstnärlig gestaltning som nämnden ingått.

Till stöd för sin talan framför han bl.a. följande. Beloppet enligt avtalet överstiger gränsvärdet för direktupphandling och skulle därför utannonserats av nämnden. Nämnden har tecknat avtal utan föregående annonsering när det inte varit tillåtet att använda direktupphandling. Inget i de konstprogram, kravbeskrivning som framlagts redovisar att uppdraget skulle handla om ensamrätt eller att den anlitate konstnären är den enda som kan utföra uppdraget. Inte heller motiveras varför myndigheten återigen väljer direktupphandling, trots de höga arvodeskostnaderna, eller varför man anser sig använda sig av en undantagsregel. Avtalet ska ogiltigförklaras med stöd av tiodagarsfristen eftersom staden underlåtit att informera att avtal slutits med leverantörerna. Det har inte funnits möjlighet för leverantörer att hemställa om överprövning.

Nämnden diskriminerar honom och utanförstående leverantörer genom att vid varje enskilt gestaltningsuppdrag välja direktupphandling och s.k. handplockning av enskild konstnär efter eget godtycke på ett otillbörligt sätt. Till sin hjälp har man anställt andra konstnärer som konstkonsulter vilka ofta kan betraktas som jäviga då de kan ha ett vänskapsförhållande till de konstnärer som de inbjuder till olika uppdrag. Det måste finnas klara och tydliga bevis som direkt pekar på att den utvalda konstnären är den ende som kan utföra uppdraget eller att den utvalde har ensamrätt för uppdraget. Inget av detta har nämnden bevisat eller lagt fram i sin kravbeskrivning, och

deras språkbruk är endast ämnat för att vilseleda och för att nämnden ska få fortsätta mörka sina direktupphandlingar.

Den EU-rättsliga icke-diskrimineringsprincipen 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. De krav som uppställs i ett förfrågningsunderlag får inte 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. Det är vidare i strid med likabehandlingsprincipen att göra skönsmässiga och subjektiva bedömningar vid val av leverantörer.

Nämnden anser att yrkandet om ogiltigförklaring av avtalet ska avslås. Som skäl anförs bl.a. följande. Nämnden har inte brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, eller mot någon annan bestämmelse i lagen. Staden har i upphandlingen använt sig av direktupphandling med hänvisning till att det som ska upphandlas av konstnärliga skäl endast kan fullgöras av viss leverantör.

Nämnden har arbetat fram en mycket specifik kravbild utifrån den aktuella platsen, byggnadens karaktär, verksamheten som ska bedrivas i skolan och den estetik som nämnden har eftersträvat i just det här fallet. Valet av konstnär har gjorts ur ett större urval för att säkerställa att de upphandlingsrättsliga principerna tillämpas med den urskillning som etablerats genom rättspraxis. Det framgår tydligt av motiveringen av valet av konstnär att nämnden härigenom vill skapa ett unikt konstverk som i högsta grad är kopplat till konstnärens alldeles särskilda förmåga. Förutsättningarna för att genomföra en direktupphandling har därför förelegat.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Yrkandet att upphandlingen görs om

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör (20 kap. 6 § andra stycket LOU).

Nämnden tecknade det aktuella avtalet den 19 oktober 2017. Eftersom [REDACTED] [REDACTED] ansökan om överprövning av upphandlingen, och yrkandet att upphandlingen görs om, kom in till förvaltningsrätten den 19 februari 2018, det vill säga efter det att avtalet hade tecknats, kan förvaltningsrätten inte överpröva upphandlingen. Yrkandet ska därför avvisas.

Ogiltighetsförklaring av avtalet

Direktupphandling får användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 6 kap. 12–19 §§ är uppfyllda (jfr 19 kap. 7 § tredje stycket andra meningen LOU).

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt 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 (6 kap. 14 § första stycket 1 LOU).

Frågan i målet är om nämnden haft förutsättningar att i upphandlingen använda sig av direktupphandling av gestaltningsuppdraget med hänvisning till att syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk.

Konstnärens identitet i sig kan avgöra konstföremålets unika art och värde. Detta medför att den upphandlande myndighetens subjektiva uppfattning får avgöra vilken konstnär som är bäst lämpad att utföra uppdraget. Myndigheten behöver därmed inte, på ett objektivt sätt, visa att det inte finns någon annan leverantör som haft möjlighet att utföra uppdraget. (jfr. Kammarrätten i Stockholms dom den 27 juni 2017, mål nr 6434-16)

Av utredningen i målet framgår att nämnden kontaktades av Skolfastigheter i Stockholm AB (beställaren) med anledning av en nybyggnation av Ekängens skola. Som ett resultat utsågs en projektledare och en samrådsgrupp tillsattes. Projektledaren arbetade fram ett konstprogram i dialog med representanter för beställaren.

Av konstprogrammets kravspecifikation framgår att gestaltningen och konstnären ska:

- tillföra okonventionella element i vardagsmiljön och ta sig uttryck genom samtida konstnärliga tekniker som foto, video och ljus eller interagera med olika ljusförhållanden,
- ha förmåga att arbeta plats specifikt, i stor skala och integrerat i arkitekturen,
- bidra till att skapa ett fokus kring skolmiljön och i olika mening ha betydelse för dem som vistas på skolan,
- förhålla sig till de teman som finns i arkitekturen och i konstprogrammet,
- innehålla någon form för ljusgestaltning eller interagera med olika ljusförhållanden,
- stimulera till fantasi, kunskapssökande, tankar om transformation, helhetstänkande, alternativa världar och ekosystem,

- bidra till ett helhetstänkande när det gäller att se på relationen mellan individ, samhälle och miljö med möjlighet att bidra till en kunskapsutveckling i skolmiljön,
- vara något samtida, oväntat och sammansatt som visar på det komplexa i tillvaron,
- vara något som med fördel berör genus- och miljöfrågor samt t.ex. kan tolkas fysiskt, existentiellt symboliskt, poetiskt, eller metaforiskt,
- bidra till ett mångfasetterat berättande tolkat genom ett samtida gestaltungsuttryck. Snarare än att skapa något helt igenkännbart och förenklat handlar det i denna miljö om att tillföra något som går utöver det ordinära och förväntade.

Vidare framgår av konstprogrammet bl.a. följande. Valet av konstnärskap grundar sig i ovanstående faktorer och hur konstnärskapet kan gestalta dessa. Valet av konstnärskap utgår dessutom från analys av platsen och arkitekturen. Urvalet av konstnärer har gjorts från ett stort antal konstnärer, via webben, Stockholm konsts stora bibliotek med konstnärsmappar, genom eget kontaktnät samt annat relevant material. Urvalet har gjorts med hänsyn till etnicitet, mångkulturell aspekt och genusperspektiv.

Valet av [REDACTED] motiveras i konstprogrammet bl.a. enligt följande. [REDACTED] tillhör vårt lands främsta foto- och videokonstnärer och är verksam över hela världen. Hennes konstnärskap svarar på ett påtagligt och tydligt sätt mot de urvalskriterier som beskrivs i konstprogrammet. Hon arbetar med fotografi och video med tekniker som på ett självklart vis knyter an till teman i projektet. Hon konfronterar oss med det invanda och för sina omsorgsfulla iscensättningar av sociala strukturer och maktmönster. Hennes konstnärskap kan fungera som en katalysator för att generera kunskapsprocesser, upplevelser och möten mellan olika människor och platser i den nya skolmiljön. Hon har förmåga att arbeta platspecifikt, i stor skala och

integrerat i arkitekturen. Hon kan på ett självklart vis tillföra något permanent och väl integrerat, som förtydligar mötet mellan omvärlden, skolmiljön och eleverna och kan tillföra någon pedagogisk aspekt. Hon arbetar undersökande och med en utforskande inriktning som kan användas i det pedagogiska arbetet. I sitt konstnärskap har hon en tydlig koppling till och engagemang i både det existentiella och frågor om genus, livsmiljö och omvärld. Hennes fotografi och videoverk anknyter ofta till målarkonsten, där händelser utspelar sig i särskilda miljöer, folktomma eller med bortvända gestalter. Gestalter som kan vara försjunkna i sig själva i tidlösa rum t.ex. i djupt vatten eller vilande i träden. Platser där modernitetens pulserande liv lämnas utanför och stillheten är påtaglig. Hon ställer frågor om individens och barnets plats i en större helhet. [REDACTED] kamera registrerar en frånvaro, ett tomrum och ställer frågor. [REDACTED] har en utomordentlig förmåga att gestalta sina bilder genom en ljussättning, där hon bara använder det naturliga ljuset och det uppstår en poetisk stillhet och en känsla av närvaro.

Förvaltningsrätten konstaterar att nämnden har haft för avsikt att anskaffa ett konstföremål i överensstämmelse med en detaljerad kravspecifikation. Genom kravspecifikationens utformning och innehåll är det visat att syftet med upphandlingen har varit att producera ett unikt konstnärligt verk utifrån ett övergripande tema. Konstnärens, [REDACTED] identitet har då på ett avgörande sätt påverkat konstföremålets art och värde. Uppdraget har därför endast kunnat fullgöras av henne. Förvaltningsrätten anser därför att nämnden har visat att undantaget i 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU har varit tillämpligt och att nämnden därmed har haft rätt att ingå avtal med [REDACTED] utan föregående annonsering.

Eftersom förvaltningsrätten har kommit fram till att det funnits förutsättningar för att tillämpa undantagsbestämmelsen i 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU är bestämmelserna om tröskelvärden inte tillämpliga. [REDACTED]

■■■■■ invändning beträffande detta föranleder därför ingen annan bedömning.

Vid förenklat förfarande utan annonsering föreligger ingen skyldighet för den upphandlande myndigheten att på sin hemsida, eller motsvarande, meddela att den tänker eller har ingått ett avtal. Vad ■■■■■ anført i denna del föranleder därför inte heller något ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att nämndens avtal med ■■■■■ från den 19 oktober 2017 ska bestå. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Leif Nilsson

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Henrik Hammargren har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövnings-tillstånd om

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

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorena

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.