



SÖKANDE

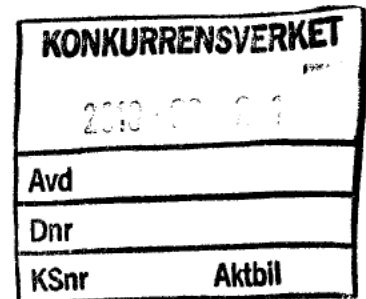
[Redacted]

MOTPART

Stockholms Stad, Kulturnämnden
Hantverkargatan 3A
105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar [Redacted] yrkande om ogiltigförklaring av avtal med [Redacted].

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ogiltigförklaring av ingångna avtal med [Redacted], [Redacted] och [Redacted].

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Kulturnämnden i Stockholms stad (Staden) har genomfört en direktupphandling avseende konstnärlig gestaltning av Östermalmshallen. Staden har tecknat avtal med [REDACTED] och [REDACTED].

[REDACTED] ansöker om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och yrkar att ingångna avtal med [REDACTED], [REDACTED] och [REDACTED] ska ogiltigförklaras. Han anför i huvudsak följande. Samtliga gestaltningsuppdrag ligger högt över gränsvärdet för kravet på utannonsering. I konstprogramet gällande Östermalmshallen finns inget förfrågningsunderlag eller någon kravbeskrivning. Inte heller finns något underlag eller någon motivering till varför man använder sig av direktupphandling i stället för att, som framgår av LOU-lagstiftningen, utannonsera gestaltningsuppdragen. Inget i den s.k. "kravbeskrivningen" säger att uppdraget endast kan utföras av en enda konstnär, eller att det handlar om ensamrätt, utan det framstår som att ett flertal konstnärer kan konkurrera kring denna kravbild. Bästa sättet är att utannonsera och konkurrensutsätta uppdraget för att få fram bästa möjliga förslag att ta ställning till.

Tittar man på respektive konstnärs hemsida kan det konstateras att deras verksamheter och inriktningar som konstnärer inte är unika. Stockholms stad kan svårligen göra en bedömning av hur det förhåller sig med "ensamrätt" eller att de valda konstnärerna är de enda som kan utföra uppdragen. Vidare ifrågasätts om Kulturnämndens beställningar av gestaltningsuppdragen är transparenta då myndighetens protokoll från projektmöten inte läggs ut på hemsidan och endast går att beställa via e-post eller vanligt brev. I protokoll från projektmöten går inte heller att läsa sig till hur upphandlingsprocessen går till väga. EU-domstolen har slagit fast att den upphandlande myndigheten eller enheten måste visa att det skäl som

anges för att motivera förhandlat förfarande utan annonsering, gör det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas den särskilda leverantören i fråga.

Staden bestrider att ingångna avtal med [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] respektive [REDACTED] avseende konstnärlig gestaltning av Östermalmshallen ska ogiltigförklaras och uppger även att konstnären [REDACTED] [REDACTED] inte har anlåtats för konstnärlig gestaltning av Östermalmshallen, varför något sådant avtal inte tecknats. Till stöd för sin inställning anför Staden i huvudsak följande. 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. Östermalmshallen är tillsammans med Göteborgs saluhall den äldsta ännu fungerande saluhallen i Sverige. Saluhallen är idag blåklassad enligt Stockholms Stadsmuseums klassificering. Blått är den högsta klassen och omfattar bebyggelse av synnerligen högt kulturhistoriskt värde. Kortfattat innebär blåklassificering att inga ingrepp i byggnaden får göras som ur kulturhistorisk synvinkel är ovarsamma, negativa för stadsbilden eller som förvanskar kulturhistoriska värden. Stockholms kommunfullmäktige har beslutat att Östermalmshallen ska genomgå en större renovering för att klara samtidens krav samtidigt som saluhallens höga kulturhistoriska och arkitektoniska värden ska bevaras och förstärkas för framtiden. Renoveringen av Östermalms saluhall sker i samverkan och samråd med handlarna i saluhallen och utgår från byggnadens tidstypiska karaktär och traditionella värden. Denna fullkomligt unika byggnad med synnerligen högt kulturhistoriskt värde ställer även extremt höga krav på den konstnärliga gestaltning som ska utföras i samband med renoveringen.

Staden har varit angelägen om att i ett inledande skede av projekteringsstadiet eftersträva att ta tillvara på den konkurrens som finns på marknaden i största möjliga utsträckning. Detta sker genom ett brett anslag i det inledande stadiet, närmast jämförbart med en förstudie av marknaden. I detta arbete betraktas som sökande av uppdraget dels de konstnärer som aktivt valt att anmäla sitt

intresse för offentliga konstgestaltningsuppdrag i enlighet med vad som annonseras på Stockholm konst's hemsida, dels de konstnärer som av andra skäl, till exempel konstnärligt uttryck, erfarenhet och teknikkunskaper, bedöms vara relevanta att ta ställning till för att högsta konstnärliga resultat för det specifika uppdraget skall kunna uppnås. Samtliga diskuteras och bedöms ingående ur konstnärligt kvalitetsperspektiv inom Stockholm konst's organisation och professionella nätverk. Samtliga anställda vid Stockholm konst har konstvetenskaplig utbildning och gedigen erfarenhet av konstarbete. Stockholm konst's tolv projektledare, elva konstnärer och en specialistutbildad konstcurator, representerar tillsammans både bred och djup konstnärlig kompetens inom konstnärliga gestaltningsområden som spänner från keramik till film, skulptur, måleri, installationer, relationell konst m.m.

De konstnärsmappar som inkommit genom annonsering liksom andra möjliga val av konstnärskap, presenteras och diskuteras jämte Stockholm konst's samtliga pågående gestaltningsprojekt också regelmässigt vid Stockholm konst's projektledarmöten. Graden av öppenhet vid Stockholm konst's upphandlingar av gestaltningsuppdrag är sammanfattningsvis mycket hög och det står envar fritt att anmäla intresse för offentliga konstgestaltningsuppdrag genom Stockholm konst. Baserat på konstprogrammet och de unika förutsättningarna för det konkreta projektet har i regel den sakkunniga projektledaren utifrån detta större urval av konstnärer presenterat ett urval om tre till fyra konstnärer för en särskild samrådsgrupp. Inom ramen för dessa interna överväganden diskuterar samrådsgruppen olika alternativ och de specifika förutsättningarna för det aktuella byggnadsverket och den aktuella platsen, för att komma fram till vilken konstnärlig gestaltning som kan vara bäst lämpad för platsen. Dessa diskussioner resulterar i att samrådsgruppen fastställer vilken konstnärlig gestaltning Staden vill anskaffa och en av konstnärerna i det mindre urvalet kontaktas och ombeds att ta fram ett skissförslag. Det är också vid denna tidpunkt som kravspecifikationen för den konstnärliga gestaltningen konkretiseras och projektet övergår från rent interna överväganden till en formell upphandling där det beslutas att kontakt med en

potentiell leverantör (konstnär) ska tas. När den faktiska upphandlingen inleds i och med att kontakt tas med en utsedd konstnär för att denna sedan ska ta fram ett skissförslag att presentera för samrådsgruppen rör det sig obestridligen om skapandet av ett unikt konstverk utifrån Stadens mycket specifika önskemål som ingen annan än upphovsrättshavaren till konstverket, den aktuella konstnären, kan utföra åt Staden.

Med beaktande av Östermalmshallens särart och natur krävs extrem noggrannhet i den konstnärliga projektledarens förstudie i vilken byggnadens historia och väsen utreds för att tillsammans med arkitekt och beställare fastställa möjliga positioner för konst enligt enprocentregeln. Byggnadens speciella karaktär och kulturhistoriskt höga värde medförde även betydande tekniska begränsningar för den konstnärliga gestaltningen och var och hur denna kunde utföras. Konstprojektledare, med mångårig erfarenhet av gestaltungsuppdrag, skärskådade de intresseanmälningar som inkommit till Stockholm konst och beaktade i samråd med övriga 14 projektledare tänkbara konstnärer för projektet. I detta fall valdes två olika konstnärer ut som det enda möjliga alternativet för position ett (entrén mot Östermalmstorg) respektive position två (entrén mot Nybrogatan). För den tredje positionen (en ny passage mellan Riddaren 13 och Saluhallen) presenterade projektledaren tre alternativa konstnärer för samrådsgruppen, där valet slutligen föll på

Avtalet med [REDACTED] - Position 1

Position 1 är entrérummet ut mot Östermalmstorg. I detta trånga utrymme krävs en konstnärlig accent på marknivå och i centralt läge, något häpnadsväckande. Därtill krävs ett konstverk som beaktar rummets blåklassade väsen, dess tegel och snickerier och en takmålning med himmelskt motiv och Hermesgestalt. Valet av [REDACTED] föreföll extra motiverat eftersom [REDACTED] i tidigare projekt just arbetat med Hermesmyten som utgör temat för den takmålning som finns i befintlig

position. Placeringen och storleken på verket i [REDACTED] skiss vittnar också om att han förstått komplikationerna med tillgänglighet och flödesschema och att han i dialog med arkitekt hittat exakt rätt position för sin skulpturala form. [REDACTED], med sin erfarenhet och kunskap, är enligt Stockholm konst den absolut enda konstnär i Sverige som har möjlighet att skulpturalt gestalta ett verk som är i dialog med historien och platsen på detta sätt. Syftet med Stadens upphandling av [REDACTED] konstnärliga gestaltning i detta extremt speciella utrymme med alla de krav som byggnadsverket i sig ställer på utförandet är att skapa ett unikt konstverk, som ingen annan konstnär hade kunnat utföra.

Avtalet med [REDACTED] - Position 2

Position 2 är entrérummet mot Nybrogatan, en svår position för konstnärlig gestaltning. Vägen in mot saluhallen via den inglasade gården i kvarteret Riddaren 13, från Nybrogatan går genom en passage. Här krävs ett konstverk som har en täthet och precision i berättandet, som bär vid ett närmare betraktande av detaljer, och som därmed svarar mot det rika folklivet och den generösa "tingvärlden" omkring saluhallen där torget och affärsgatorna möts. Saluhallen visar en rikedom på dekorativa funktioner, en provkarta av konsthistoriens olika ordningar och mönster. Under ett skal av tegel ryms också den frambrytande industrialismens fenomen, som järnkonstruktioner och ångmaskiner.

[REDACTED] har mångårig vana av offentligt gestaltungsarbete och därtill utställningar på gallerier och institutioner över hela världen. Han har i måleri och relief visat just förmågan att på platt yta frammana flera dimensioner. Hans uttryck är underordnat helhet, men likafullt självständigt genom att det in i en målerisk tradition tillför ett unikt samtida uttryck: står man framför ett verk av [REDACTED] så ser man att det är ett verk av [REDACTED]. En önskan om detta speciella uttryck var utgångspunkt för valet av [REDACTED] som konstnär för just detta sammanhang – allt stämmer: person,

kynne, intelligens och konstnärligt uttryck. Även i fallet med [REDACTED] är syftet med Stadens upphandling av den konstnärliga gestaltning i detta extremt speciella utrymme med alla de krav som byggnadsverket i sig ställer på utförandet, att skapa ett unikt konstverk som ingen annan konstnär hade kunnat utföra.

Avtalet med [REDACTED] - Position 3

Position 3 är passagen mellan Riddaren 13 och Saluhallen. Det tredje projektet kan sägas vara integrerat i den dramatiska genombrytningen som binder samman de två kvarteren Riddaren 13 och Saluhallen. Riddaren 13 ligger lägre än Saluhallen, dit besökaren når via en trappa genom det "genombrutna" huset, in i ett större utrymme före entrén i Hallen. Vid sidan av trappan finns en hiss. Det är en radikal genombrytning där materialens råa sida redovisas. Den råa redovisningen av material är särskilt lämplig för konstnären som utgångspunkt för arbetet. I dialog med arkitekten och beställaren framkom att själva kopplingen mellan den renoverade Östermalmshallen och tillbyggnationen också krävde en konstnärlig accent av speciell natur. Efter diskussioner i samrådsgruppen och granskning av skissförslag valde samrådsgruppen att ge konstnären [REDACTED] i uppdrag att utföra en samling volymer i brons som föreslås hänga ner från taket i passagen. Dessa härrör direkt ur ombyggnadsprocessens spillror och spår, byggnadens minne. Integrationen av verket framstår som självfallen och den överensstämmer med Stadens kravbild avseende ett integrerande arbetsätt i konstprojektet. Efter besök på plats och med dokumentation av rivningsarbetet insåg [REDACTED] att hon in i sitt eget objektstänkande kunde hämta inspiration från rester av armeringsjärn och betongklumpar – och omvandla dessa kasserade rester till beständig konst i brons, i sig den naturliga pendangen till trapphallens strama väsen. [REDACTED] hämtar alltså platsens unika historia och omvandlar den till ett konstnärligt dokument som svävande minner om det som varit. Med beaktande av den lyhördhet för uppgiften och tidigare konstnärlig verksamhet är [REDACTED] den enda konstnär som med material och uttryck hade kunnat fånga

och förstärka Östermalmshallens nya trapphall på detta sätt. Även i det här fallet rör det sig alltså om skapandet av ett unikt konstverk, starkt kopplat till såväl platsen, byggnaden som konstnärens mycket personliga uttryckssätt. Det hade därför inte varit möjligt att anlita någon annan konstnär för att utföra den konstnärliga gestaltning som Staden har upphandlat av [REDACTED]

De tre konstnärerna till Östermalmshallen har valts ut eftersom de samtliga på olika sätt just besitter unika förutsättningar att som konstnärer och med sina platsintegrerade verk accentuera respektive plats på ett kongenialt sätt. Urvalet av dessa konstnärer utgår ifrån en gedigen kunskap om konstnärer verksamma i Sverige och där gjort i dialog med beställare, arkitekt och fastställt av en samrådsgrupp i vilken konstnärlig majoritet funnits. Syftet med Stadens upphandling, att skapa dessa unika konstverk som samtidigt uppfyller alla de kriterier som Staden och omständigheterna ställer upp, hade inte kunnat utföras av någon annan konstnär.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att Staden inte har tecknat något avtal med [REDACTED] avseende konstnärlig gestaltning av Östermalmshallen. [REDACTED] yrkande om ogiltighetsförklaring av detta avtal ska därför avvisas.

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2017, upphävts. Av övergångsbestämmelser framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Det är därmed lagen (2007:1091) om offentlig upphandling som ska tillämpas i målet.

Det är i målet ostridigt att Staden använt sig av direktupphandling vid ingående av avtalen för de aktuella gestaltningsuppdragen. Förvaltningsrätten har därmed att ta ställning till om staden haft rätt att genomföra upphandlingen som en direktupphandling.

Direktupphandling är ett undantagförfarande enligt LOU. EU-domstolen har uttalat att undantag från grundläggande regler i fördraget ska tolkas restriktivt och att den som avser att åberopa en undantagsbestämmelse har bevisbördan för att förutsättningar finns för detta (se mål 20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland punkt 58).

Av 15 kap. 3 § LOU framgår att direktupphandling får användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 § § är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. I 4 kap. 5 § första stycket anges bl.a. att upphandlande enhet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det som ska upphandlas av tekniska eller konstärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör.

Förvaltningsrättens bedömning

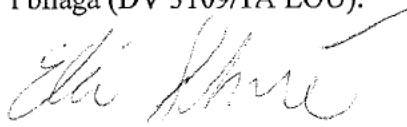
Staden har gett en detaljerad beskrivning av de aktuella konstuppdragen och deras specifika förutsättningar och kravbilder. Staden har tydligt förklarat syftet med uppdragen och hur de olika platsernas förutsättningar har inneburit specifika kravbilder för respektive uppdrag. Förvaltningsrätten finner att staden, mot bakgrund av de beskrivningar som lämnats avseende uppdragens särskilda karaktärer och den urvalsprocess som skett i samband med att kravprofilerna konkretiserades, har visat att undantaget i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU varit tillämpligt och att Staden därmed haft rätt att ingå avtal med [REDACTED], [REDACTED] och [REDACTED] utan föregående annonsering.

Eftersom förvaltningsrätten kommit fram till att det funnits förutsättningar för att tillämpa undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket LOU är bestämmelserna om tröskelvärden i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket LOU inte tillämpliga. [REDACTED] invändning att gestaltungs-uppdragen ligger över tröskelvärdet föranleder därför ingen annan bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar sammanfattningsvis med beaktande av både det som [REDACTED] anfört och Staden har svarat att det inte framkommit grund för ingripande med stöd av LOU. Ansökan om överprövning av avtalens giltighet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Elin Schmid

Förvaltningsrättsfiskal

Ann-Kristin Rosén 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 prövningstillstånd om

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

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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-postadress, 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 rättens 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 försörjningssektorerna

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