



SÖKANDE

[REDACTED]

[REDACTED]

MOTPART

Stockholms stad
Kulturnämnden

Ombud: Malin Lindvall
Juridiska avdelningen
Stadsledningskontoret
105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om att upphandlingen ska göras om.

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

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ogiltigförklaring av ingånget avtal.

YRKANDEN M.M.

Stockholm stad (Staden) har tillämpat ett förhandlat förfarande utan annonsering vid direktupphandling av konstnärlig gestaltning för [REDACTED]. Den 12 april 2018 tecknade staden kontrakt med konstnären [REDACTED].

[REDACTED] och [REDACTED] yrkar dels att upphandlingen ska göras om, dels att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara avtalet. De yrkar även att förvaltningsrätten ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen samt ett yttrande från Konkurrensverket.

Staden bestrider begäran om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att talan ska avvisas då avtal tecknats i upphandlingen. För det fall talan ska anses innefatta ett yrkande om att avtalet mellan staden och [REDACTED] ska förklaras ogiltigt bestrids yrkandet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Av 6 kap. 14 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, framgår bl.a. att en upphandlande myndighet får använda 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.

EU-domstolen har i de förenade målen C- 20/01 och C-28/01, Kommissionen mot Tyskland, punkten 58, uttalat att undantag från grundläggande regler i fördraget ska tolkas restriktivt och att den som avser att åberopa en

undantagsbestämmelse har bevisbördan för att det föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs.

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i RÅ 2008 ref. 79 uttalat att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärliga tjänster. I målet hade kommunen tillämpat den aktuella undantagsbestämmelsen och hänvisat till anskaffningens särskilda karaktär, att det slutliga beslutet föregåtts av bedömningar av en större krets av konstnärer och att urvalet gjorts av en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté. HFD fann att det aktuella undantaget hade tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de principer som upphandlingsreglerna bygger på. I RÅ 2009 not. 134 har HFD däremot ansett att det av utredningen i målet framkom en tunn uppdragsbeskrivning där det endast framgick att den upphandlande myndigheten önskade köpa en konstnärlig gestaltning som skulle utgöra ett minnesmärke över Förintelsens offer. Av uppdraget framgick inte några omständigheter kring det tänkta minnesmärket som skulle kunna göra undantaget tillämpligt och kommunen ansågs därför ha brutit mot LOU.

HFD har i ett senare avgörande den 19 oktober 2018 i mål nr 3830-17 uttalat att det vid direktupphandlingar inte finns några särskilda förfaranderegler utan att det står den upphandlande myndigheten fritt att själv organisera förfarandet på det sätt som är lämpligt för myndigheten, men med iakttagande av de allmänna principerna. Avsaknaden av detaljreglering gör att den upphandlande myndigheten har stor handlingsfrihet när det gäller på vilket sätt konkurrensutsättning av en direktupphandling ska göras.

Kammarrätten i Stockholm har i en dom den 27 juni 2017 i mål nr 6434-16 uttalat att 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 objektivet sätt, visa att

det inte finns någon annan leverantör som haft möjlighet att utföra uppdraget.

Förvaltningsrättens bedömning

Yrkandet om att upphandlingen ska göras om

Av 20 kap. 6 § andra stycket LOU framgår att en upphandling inte får överprövas efter det att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. Den nu aktuella ansökan kom in till förvaltningsrätten den 10 oktober 2018. Av utredningen framgår att Staden har tecknat kontrakt den 12 april 2018. Ansökan om överprövning har därmed inkommit efter att avtalet tecknats. Förvaltningsrätten är därmed förhindrad att överpröva om det föreligger skäl för att upphandlingen ska göras om. Yrkandet ska därmed avvisas.

Yrkandet om att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen och yttrande från Konkurrensverket

████████████████████ och ██████████ yrkar att förvaltningsrätten ska begära in ett förhandsavgörande från EU-domstolen samt ett yttrande från Konkurrensverket. De har inte angett något skäl till sina yrkanden. Förvaltningsrätten anser att något sådant skäl inte heller framkommer av utredningen i målet. Med hänsyn härtill och mot bakgrund av den praxis som finns på området finns det inte skäl för att inhämta ett förhandsavgörande eller ett yttrande. Yrkandena avseende detta ska därför avslås.

Yrkandet om ogiltigförklaring av avtalet

Frågan i denna del är om Staden haft förutsättningar att i upphandlingen använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid direktupphandling av konstnärligt gestaltningsuppdrag, med hänvisning till att det som ska upphandlas av konstnärliga skäl endast kan fullgöras av viss leverantör.

████████████████████ och ██████████ har bl.a. anfört att Staden måste kunna lägga fram bevisunderlag och visa att de skäl som anges för att motivera ett förhandlat förfarande utan annonsering gör det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas en särskild leverantör. De menar att det av bl.a. praxis framgår att undantaget från annonseringsplikten ska tillämpas restriktivt och endast i undantagsfall. Den upphandlande myndigheten ska på objektiva grunder kunna visa att endast en leverantör kan utföra kontraktet. Dels ska det som upphandlas vara av teknisk karaktär och dels ska det vara absolut nödvändigt att tilldela en viss leverantör kontraktet. Att upphandlingsföremålet påstås vara komplicerat räcker inte för att visa att arbetet uteslutande kan anförtros en enda leverantör. De anser vidare att Kammarrätten i Stockholm i sin tolkning i mål nr 6434-16 om vad en unik konstnärlig prestation är, inte har något stöd i förarbetena eller lagen och att tolkningen är helt felaktig.

████████████████████ och ██████████ menar att Staden inte uppfyller kraven på transparens, proportionalitet och likabehandling när de generellt använder sig av direktupphandlingar. De anser att kraven i det aktuella projektet inte är så klart fastställda att endast en utvald konstnär kan bli aktuell. De anser därmed att Staden diskriminerar dem och utanförstående leverantörer genom att vid varje enskilt gestaltningsuppdrag välja direktupphandling och s.k. handplockning av enskild konstnär efter eget godtycke. Till sin hjälp har Staden anställt andra konstnärer som konst-konsulter vilka ofta kan betraktas som jäviga. ██████████, ██████████
██████████ och ██████████ menar att det måste finnas bevis som direkt pekar

på att den utvalda konstnären är den ende som kan utföra uppdraget eller att den utvalde har ensamrätt för uppdraget. De anser att Staden inte bevisat eller lagt fram något sådant i sin kravbeskrivning.

Staden har invänt med att upphandlingen inte annonserats med hänvisning till att det som ska upphandlas av konstnärliga skäl endast kan fullgöras av viss leverantör. Staden har anfört att det är fråga om konstnärlig gestaltning som skapas just för den specifika platsen för att uppnå de särskilda syften som Staden har med den konstnärliga gestaltningen. Staden menar att det är svårt att objektivt avgöra om ett konstverk är likvärdigt med ett annat och att det ofta blir fråga om subjektiva uppfattningar.

Staden har vidare anfört att de varit angelägna om att i ett inledande skede av projekteringsstadiet eftersträva att ta tillvara den konkurrens som finns på marknaden i största möjliga utsträckning. I det inledande skedet betraktas dels de konstnärer som aktivt valt att anmäla sitt intresse för offentliga konstgestaltungsuppdrag i enlighet med vad som annonseras på hemsidan, dels de konstnärer som av andra skäl t.ex. konstnärligt uttryck, erfarenhet och teknikkunnande bedöms vara relevanta att ta ställning till för att högsta konstnärliga resultat för det specifika uppdraget ska uppnås. Detta är enligt Staden närmast jämförbart med en förstudie av marknaden. Den sakkunniga projektledaren har i regel, baserat på de unika förutsättningarna för det konkreta projektet och utifrån ett större urval av konstnärer, presenterat ett urval om tre till fyra konstnärer för en särskild samrådsgrupp. En sådan samrådsgrupp har en bred sammansättning med representation från bl.a. beställaren, politiskt folkvalda representanter samt arkitekter och samrådsgruppen har alltid en majoritet av konstnärligt sakkunniga. Diskussioner i samrådsgruppen fastställer sedan vilken konstnärlig gestaltning Staden vill anskaffa och en av konstnärerna i det mindre urvalet kontaktas och ombeds ta fram ett skissförslag. Staden menar att det är här kravspecifikationen för

den konstnärliga gestaltningen konkretiseras och projektet övergår från rent interna överväganden till en formell upphandling.

Staden har vidare anfört att det för den aktuella gestaltningen upprättats ett särskilt konstprogram av en projektledare med mångårig erfarenhet av konstprojektledning i offentlig miljö. Syftet med den konstnärliga gestaltningen är enligt Staden att skapa en unik karaktär för hela skolan. Det framgår att det konstnärliga gestaltungsopdraget handlar om ett helhetsgrepp över ett flertal platser som konstprojektledaren tagit fram i nära samråd med arkitekter och beställare. Den ska bl.a. vara exteriör, plats-specifik och permanent samt förhålla sig till material som glas och belysning såsom led och neon. Den konstnär som bjuds in till ett skissupdrag ska vidare ta i beaktning skolans grönklassning och arkitektoniska stilvärde.

Av konstprogrammet framgår vilka kvalifikationer den konstnär som bjuds in att arbeta med en konstnärlig gestaltning ska ha. Konstnären ska bl.a. ha;

- Ett tydligt och starkt formspråk som arbetar i en samtida kontext.
- Ett särskilt intresse av att arbeta med konst i en skola samt med utomhusmiljöers förutsättningar som utgångspunkt.
- God kännedom om hållfasta material och tekniska lösningar gällande folie laminerat glas, blåstring av glas och erfarenhet av att arbeta med led eller neon.
- Erfarenhet av att arbeta med hållfasta material som är driftsäkra.
- Dokumenterad erfarenhet av arbete med offentlig gestaltning, utställningar eller liknande uppdrag samt goda referenser från tidigare arbete.
- Dokumenterad kompetens i att arbeta i de valda material som efterfrågas i gestaltungsopdraget.
- Under de senaste fem åren huvudsakligen ha arbetat med sin konstform på en professionell nivå samt ha verkat i etablerade sammanhang.

Stadens samrådsgrupp bjöd in konstnären [REDACTED] att utföra ett skissförslag. Staden ansåg att [REDACTED] med sitt skissförslag uppfyllde konstprogrammets krav och samrådsgruppen beslutade därför att genomföra hennes skissförslag. I sin motivering till valet har Staden bl.a. anfört att hennes konstnärliga praktik och estetik samspelar väl med [REDACTED] [REDACTED] estetik både i den befintliga skolan och tilltänkta tillbyggnader samt att hennes säregna och tydliga visuella språk skapar utrymme för att skolan kommer att få tidlösa verk som håller över tiden och kommer att öppna upp för diskussioner och nyfikenhet hos bl.a. elever och personal. Staden menar att det tydligt framgår av motiveringen av valet av konstnär att Staden härigenom vill skapa ett unikt konstverk som i högsta grad är kopplat till konstnärens särskilda förmåga. Staden anser därför att förutsättningarna för att genomföra en direktupphandling har förelegat och att Staden i alla delar följt LOU och de grundläggande principerna.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. I målet är ostridigt att Staden köper konstnärlig gestaltning vilket innebär att det är fråga om en offentlig upphandling som ska göras i enlighet med LOU. Staden har tillämpat en undantagsbestämmelse som innebär att den upphandlande myndigheten kan inskränka sig till att begära anbud genom att kontakta endast en leverantör om det av konstnärliga skäl endast finns en viss leverantör som kan leverera det som upphandlande myndighet vill köpa. De allmänna principerna för upphandlingen ska även iakttas vid sådana upphandlingar. Den upphandlande myndigheten har dock enligt praxis stor handlingsfrihet att själv organisera förfarandet. Då det är fråga om en undantagsbestämmelse ankommer det på den upphandlande myndigheten att visa att förutsättningarna för undantaget föreligger.

I det aktuella målet har Staden hänvisat till bl.a. upphandlingsföremålets särskilda karaktär och att beslutet föregåtts av bl.a. en samrådsgrupp med representanter för beställaren, brukaren, Staden samt en konstnärlig

majoritet. Förvaltningsrätten anser att Staden på ett detaljerat sätt beskrivit det konstnärliga gestaltungsuppdraget och dess specifika karaktär samt vilka krav som ställs på uppdraget. Förvaltningsrätten finner även att Staden på ett tydligt sätt förklarar syftet med uppdraget och hur platsens unika förutsättningar har inneburit en specifik kravbild. Förvaltningsrätten anser därmed att Staden visat att konstnärens identitet i sig haft avgörande betydelse för det upphandlande konstföremålets unika art och värde. Staden har därmed visat att uppdraget endast kunnat fullgöras av en viss konstnär.

Vid en samlad bedömning finner förvaltningsrätten att Staden, genom den kravbild som lämnats avseende uppdragets särskilda karaktär och genom sitt tillvägagångssätt vid urvalsprocessen, har visat att förutsättningarna för att tillämpa undantaget i 6 kap. 14 § LOU föreligger och att denna tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de unionsrättsliga principerna. Vad som i övrigt framkommit i målet ger inte stöd för [REDACTED], [REDACTED] och [REDACTED] invändning om att det förekommit diskriminering eller att upphandlande myndighet handlat i strid med LOU eller övriga unionsrättsliga principer. Staden har därmed haft rätt att ingå avtal med [REDACTED] utan föregående annonsering. Det saknas därmed skäl att förordna om att avtalet ska förklaras ogiltigt. Ansökan om överprövning av avtalets giltighet ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Marcus Edelgård

Rådman

Narin Demirel har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

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

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

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

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

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

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

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

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

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

Vill ni veta mer?

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

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

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