



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM
2016-11-21
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
6696-16

SÖKANDE

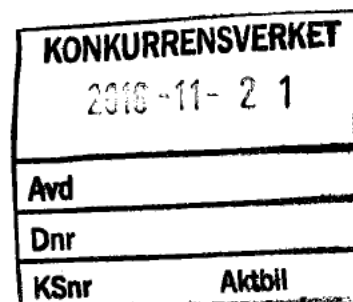


MOTPART

Statens konstråd, 202100-1033
Box 45134
104 30 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om inhämtande av yttrande från Konkurrensverket.

Förvaltningsrätten beslutar att Statens konstråds avtal med [redacted] av den 18 december 2015 är ogiltigt.

Dok.Id 726113

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Statens konstråd har den 18 december 2015 ingått ett avtal med [REDACTED] gällande ett konstnärsuppdrag. Uppdraget innefattar produktionen av ett videoverk, framtagandet av en samtalsmetod och genomförandet av visningar på fyra platser i Västerbotten.

[REDACTED] yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att avtalet är ogiltigt och att upphandlingen ska göras om. Han yrkar även att rätten ska hämta in ett yttrande från Konkurrensverket. Han framför bl.a. följande.

Det är fråga om en otillåten direktupphandling. Statens konstråd har inte meddelat att myndigheten avser att teckna kontrakt. Konstrådet har inte utannonserat uppdraget utan gjort ett undantag i strid mot lagstiftningen. Inte heller i Konstrådets egna protokoll framgår när upphandlingen ska starta och när avtal ska slutas. Det är alltså helt omöjligt för utomstående leverantörer att få relevant information om direktupphandlingen. Den upphandlande myndigheten måste visa att de skäl som anges för att motivera förhandlat förfarande utan annonsering gör det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas en särskild leverantör. Undantaget från annonseringsplikten ska tillämpas restriktivt och endast i undantagsfall. Undantaget får enbart användas när myndigheten kan visa att inga likvärdiga konstverk eller konstnärer existerar. Myndigheten måste visa att den har en specifik kravbild och att det utifrån denna kravbild endast finns en lämplig konstnär för det aktuella uppdraget. Det finns en risk för diskriminering vid användning av undantaget.

Statens konstråd anser att ansökan ska avslås och framför bl.a. följande.

Statens konstråd har till uppgift att verka för att konsten blir ett naturligt och framträdande inslag i samhällsmiljön. Konstrådet gör detta bl.a. genom att beställa och förvärva samtidskonst till statens byggnader och andra lokaler

för statlig verksamhet. Därutöver medverkar Konstrådet till att konst tillförs andra gemensamma miljöer än sådana som brukas av staten. Myndigheten arbetar med tillfälliga projekt. I det här fallet har Konstrådet beslutat om ett övergripande tema för konstnärliga uttryck. Utifrån detta tema har dess curator bedrivit omfattande research kring konstnärskap som kan vara intressanta och relevanta. Efter att curatoren presenterar ett eventuellt idéförslag för en sakkunnig kommitté inom Konstrådet utvecklas, vid bifall till förslaget, ett programförslag av curatoren i samråd med konstnären varvid Konstrådets eventuella bidrag för utförande eller färdigställande av konstverket klargörs tillsammans med budget och tidsplan. Först därefter ingås avtal med konstnären ifråga gällande utförandet av konstverket. Genom denna process utvecklas den konstnärliga gestaltningen i samråd mellan Konstrådet och konstnären. När avtal ingås är ofta den konstnärliga gestaltningen ett resultat av ett kreativt skapande och en interaktion mellan konstnären och Konstrådet. Konstnären blir ensam om att kunna utföra konstverket.

Under 2015 beslutade Statens konstråd om ett övergripande tema för tillfälliga projekt benämnt ”Industrisamhället i förändring”. Temat avser att återspegla de samhällsförändringar som övergången från den högindustriella epoken till en postindustriell tillvaro medför i Sverige. Inom ramen för detta övergripande tema utför Konstrådets curatorer omfattande research avseende intressanta och relevanta konstnärer och konstnärskap. Därefter arbetar curatorerna fram ett idéförslag för ett konstnärligt projekt som presenteras av curatoren för granskning av en särskilt sammansatt kommitté, ”konstenheten”, inom Konstrådet. Efter eventuellt godkännande av Konstrådets direktör ansvarar curatoren för att i samråd med konstnären utforma en projektplan med budget och tidsplan, varvid Konstrådets eventuella medverkan i samband med konstverkets framställning klargörs och konstnärskapets relevans i förhållande till det övergripande temat bedöms. Därefter bedöms den framtagna projektplanen vid ett produktionsmöte med sakkunniga inom Konstrådet, varvid beslut om realisering av projektet fattas av Konstrådets

direktör. Sedan ingås eventuellt avtal mellan Konstrådet och konstnären avseende utförande av konstverket.

Den ifrågavarande upphandlingen avser ett konstverk i form av ett filmprojekt benämnt "Diamond People". Projektet kommer att utföras i samråd med Statens konstråds curatorer och med produktionsbistånd från Konstrådet. Filmprojektet behandlar industriorten Robertsfors och relationen mellan ortens befolkning och den sydafrikanska diamantfabriken De Beers. De Beers är den huvudsakliga arbetsgivaren på orten och har under 2015 informerat om att verksamheten i Robertsfors kommer att läggas ned. Filmprojektet är avsett att löpa under tre år och kommer att visa förändringsprocessen i samband med verksamhetens nedläggning och filmen kommer att installeras på offentlig plats. Konstverket har av Konstrådets sakkunniga bedömts väl uppfylla de kriterier som fastställts inom ramen för det övergripande temat för de tillfälliga projekten.

Undantaget från annonsering bör vara tillämpligt när rent konstnärliga och estetiska hänsyn ligger till grund för valet av leverantör, det vill säga när upphandlingsföremålet är unikt och myndigheten kan peka på den konstnär som är ensam om att kunna utföra det konstnärliga gestaltungsopdraget.

██████████ anser att ansökan ska avslås och framför bl.a. följande. Det var efter en lång process som hennes projekt antogs. Processen omfattade research, resor och ett omfattande projektförslag som diskuterades av många kunniga personer på Konstrådet. Att Konstrådet på detta sätt fokuserar på offentliga konstverk i Norrlands glesbygd är oerhört viktigt. Verket kunde inte fullgöras av en annan leverantör/konstnär. Verk om marginaliserade människor och orter ska uppmuntras.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för bedömningen

Enligt 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) gäller följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 13 § LOU framgår bl.a. att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 §.

Enligt 16 kap. 14 § LOU ska rätten, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

Av 15 kap. 3 § andra stycket LOU framgår bl.a. att direktupphandling får användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ LOU är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Av 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU framgår att en upphandlande myndighet 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 konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör.

Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det finns förutsättningar att direktupphandla med stöd av den aktuella undantagsbestämmel-

sen. Högsta förvaltningsdomstolen har i två avgöranden belyst undantagsbestämmelsens tillämplighet vid upphandling av konstnärliga tjänster.

I RÅ 2008 ref. 79 uttalade Högsta förvaltningsdomstolen att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärliga tjänster. Upphandlingen gällde en konstnärlig gestaltning i ett konsert- och kongresshus och kommunen hänvisade till anskaffningens särskilda karaktär och till att det slutliga beslutet föregåtts av bedömningar av en större krets av konstnärer och att urvalet gjorts av en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté. Högsta förvaltningsdomstolen fann att det aktuella undantaget hade tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna bygger på. I RÅ 2009 not. 134 fann Högsta förvaltningsdomstolen följande. Utredningen innehöll en tämligen tunn beskrivning av uppdraget och det framgick endast att kommunen önskade köpa en konstnärlig gestaltning som skulle utgöra ett minnesmärke över Förintelsens offer. Kommunen hade presenterat detta uppdrag på ett allmänt sätt och inte angivit några omständigheter kring det tänkta minnesmärket som skulle kunna göra undantaget tillämpligt. Kommunen hade därmed brutit mot reglerna i LOU genom att underlåta att annonsera ut uppdraget.

Förvaltningsrättens bedömning

Statens konstråd har köpt en konstnärlig tjänst. Konstnärliga tjänster utgör tjänster enligt bilaga 3 till LOU (B-tjänster). Bestämmelserna i 15 kap. LOU ska därmed tillämpas.

██████████ har gjort gällande att Statens konstråd har genomfört en otillåten direktupphandling. Konstrådet anser att upphandlingen är undantagen från annonseringsskyldigheten, eftersom det som har upphandlats av konstnärliga skäl kan levereras endast av en viss leverantör.

Statens konstråd har beslutat om ett övergripande tema för tillfälliga projekt benämnt "Industrisamhället i förändring". Inom ramen för det övergripande temat ska curatören ha utfört omfattande research gällande relevanta konstnärer och konstnärskap. Curatören har begränsat sig till den aktuella konstnären utifrån ett allmänt tema och det framgår inte att curatören har haft några mer specifika kriterier att förhålla sig till. Det framgår inte att den särskilt sammansatta kommittén har haft inflytande över vilken eller vilka konstnärer som haft möjlighet att delta i detta skede. Curatören har arbetat fram ett idéförslag gällande konstnären. Idéförslaget har granskats av en särskilt sammansatt kommitté och efter godkännande av Konstrådets direktör har curatören och konstnären utformat en projektplan. Projektplanen har godkänts vid ett produktionsmöte med sakkunniga inom Konstrådet. Enligt Konstrådet har de sakkunniga bedömt att konstverket väl uppfyller de kriterier som fastställts inom ramen för det övergripande temat. Av utredningen framgår emellertid inte att Konstrådet har ställt upp några specifika kriterier för upphandlingen utan endast beslutat om ett allmänt tema. Avtal har ingåtts baserat på den godkända projektplanen.

Enligt förvaltningsrättens bedömning har det inte kommit fram att upphandlingen är av sådan särskild karaktär att det har varit motiverat att endast ge en konstnär möjlighet att delta i upphandlingen. Upphandlingen har gjorts mot bakgrund av ett allmänt tema och det har inte kommit fram att den upphandlande myndigheten har haft sådana specifika önskemål att endast en leverantör haft möjlighet att utföra uppdraget. Det framgår inte att den särskilt sammansatta kommittén har gjort bedömningar av en större krets av konstnärer eller har varit involverad i valet av vilken konstnär som fått möjlighet att presentera ett förslag. Det framstår som att de sakkunnigas inflytande har begränsat sig till att bedöma huruvida det presenterade förslaget har varit i enlighet med det övergripande temat. Mot bakgrund av detta bedömer förvaltningsrätten att Statens konstråd inte har haft rätt att direktupphandla tjänsten. Det aktuella avtalet har slutits utan föregående annonsering.

Med hänsyn till detta och då det inte finns tvingande hänsyn är avtalet ogiltigt.

Det finns inte anledning att begära in ett yttrande från Konkurrensverket. Yrkandet om detta ska därför avslås.

██████████ har bl.a. yrkat att upphandlingen ska göras om. Inom ramen för en överprövning av en upphandling kan förvaltningsrätten besluta att en upphandling ska göras om. En sådan överprövning får emellertid inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. Eftersom ett sådant avtal har slutits, finns det inte möjlighet att pröva ██████████ yrkande att upphandlingen ska göras om. Detta yrkande ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Marcus Westman
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Sara Thelin.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

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 beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

