



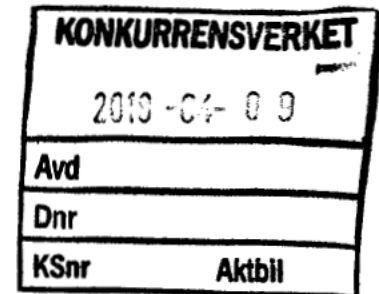
SÖKANDE



MOTPART

Statens konstråd, 202100-1033

Ombud: Advokat Peter Forsberg
Hannes Snellman Advokatbyrå AB
Box 7801
103 96 Stockholm



SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ogiltigförklaring av ingånget avtal.

YRKANDEN M.M.

Statens konstråd har den 23 oktober 2017 ingått ett avtal med [REDACTED] om utförande av konstnärlig gestaltning vid Humanistiska fakulteten, Göteborgs universitet.

[REDACTED] yrkar dels att upphandlingen ska göras om, dels att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara det avtal om konstnärlig gestaltning som Statens konstråd ingått med [REDACTED]. Han yrkar vidare att förvaltningsrätten ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Till stöd för sin talan anför [REDACTED] bl.a. följande.

Direktupphandlingar får genomföras så länge upphandlingar av samma slag gjorda under räkenskapsåret inte överstiger 15 procent av tröskelvärdet. Statens konstråd har inte rätt att generellt undanta alla offentliga gestaltningar från kravet på annonsering. Samtliga avtal överstiger gränsvärdet för direktupphandling och skulle därför ha annonserats av konstrådet. Det finns inget i de konstprogram eller kravbeskrivningar som framlagts som visar att uppdragen handlar om ensamrätt eller att de anlitade konstnärerna är de enda som kan utföra uppdraget. Inte heller har det motiverats varför myndigheten återigen väljer direktupphandling eller varför man anser sig ha rätt att använda sig av en undantagsregel.

Undantaget från annonseringsplikten ska tillämpas restriktivt. Undantaget får enbart användas när myndigheten kan visa att inga likvärdiga konstverk eller konstnärer existerar. Gällande det aktuella uppdraget för Humanisten påstås att man har tittat på en mängd olika konstnärliga gestaltningar och uttrycksformer och att man har sökt ett konstnärskap med hög konstnärlig höjd relaterat till verksamhet, arkitektur och befintliga permanenta konstnärliga gestaltningar på området. Mycket av texten i kravbeskrivningen är allmänt hållna skrivningar om att man avser att ställa krav på kvalitet och

erfarenhet m.m. Efter all brödtext anges att man har kommit fram till att endast en konstnär uppfyller den högt ställda kravspecifikationen som man tagit fram. Det finns dock inga tydliga parametrar eller uppgifter som talar för att den utvalda konstnären är den enda som kan utföra uppdraget.

Statens konstråd anser att yrkandet om att upphandlingen ska göras om ska avvisas och att yrkandet om ogiltigförklaring av ingånget avtal ska avslås. Som skäl anförts bl.a. följande.

Överprövning av en upphandling får inte ske efter att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. Statens konstråd ingick slutligt avtal om utförande av den konstnärliga gestaltningen med [REDACTED] [REDACTED] den 23 oktober 2017. Eftersom avtal har ingåtts ska [REDACTED] yrkande om överprövning av upphandlingen avvisas.

Statens konstråds arbete med upphandlingen påbörjades före ikraftträdandet av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, NLOU, och därför är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, LOU.

Statens konstråd har ingått avtal med [REDACTED] med stöd av undantaget för konstnärliga skäl enligt 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU. Avtalet är således resultatet av en s.k. tillåten direktupphandling. LOU innehåller ingen närmare vägledning angående begreppet ”konstnärliga skäl”. I doktrinen har dock gjorts gällande att detta undantag från annonsering bör vara tillämpligt när rent konstnärliga och estetiska hänsyn ligger till grund för valet av leverantör, dvs. när upphandlingsföremålet är unikt och myndigheten därför kan peka ut den konstnär som är ensam om att kunna utföra det konstnärliga gestaltningsuppdraget.

Det direktiv som LOU bygger på (2004/18/EG) har ersatts med det nya LOU-direktivet. Konstnärsundantaget i det nya LOU-direktivet, som finns i

artikel 32.2, har därvid fått en ny utformning. I artikel 32.2 anges bl.a. att ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling får tillämpas för offentliga kontrakt om byggentreprenaden, varorna eller tjänsterna endast kan tillhandahållas av en viss ekonomisk aktör, av skälet att syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation.

För att säkerställa att EU-direktiv som inte införlivats på ett korrekt sätt eller i rätt tid ändå ska få genomslag i medlemsstaternas nationella rätt har EU-domstolen utvecklat en princip om direktivkonform tolkning. Det innebär att domstolar och myndigheter, från och med det datum ett direktiv träder i kraft och i den utsträckning det är möjligt, är skyldiga att tolka nationell rätt i ljuset av de nya direktivens ordalydelse och syfte för att uppnå det resultat som avses i direktiven.

Det nya LOU-direktivet träder, enligt artikel 93 i direktivet, i kraft den tjugonde dagen efter att det har offentliggjorts i Europeiska unionens officiella tidning. Offentliggörandet skedde den 28 mars 2014, vilket innebär att direktivet trädde i kraft 20 dagar senare. Statens konstråd ingick skissuppsdragsavtal med [REDACTED] den 17 juni 2014 och uppsdragsavtal den 23 oktober 2017, dvs. efter det att 2014 års LOU-direktiv trätt i kraft. Därmed har förvaltningsrätten också en skyldighet att göra en direktivkonform tolkning av undantaget från annonsering med hänsyn till konstnärliga skäl i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU vid sin prövning av målet.

Avtalet som är föremål för prövning rör en konstnärlig gestaltning i form av bygnadsanknuten konst. Upphandlingen genomfördes för den Humanistiska fakulteten vid Göteborgs universitet i samband med en omfattande om- och tillbyggnad av de befintliga byggnaderna Humanisten (som i huvudsak består av kontor, lärosalar, hörsalar, garage och restaurang) och Språkskrapan (en byggnad i åtta plan med kontor och lärosalar) i Renströmsparken i

centrala Göteborg. Samrådsgruppen, som omsorgsfullt utarbetat kravspecifikationen och utifrån denna valt ut konstnären, har föreställt sig en konstnärlig gestaltning som är spridd över flera ytor och samtidigt håller ihop, och som inspirerar till en tankeprocess. Några särskilda platser för den konstnärliga gestaltningen har inte pekats ut av samrådsgruppen, som i stället har sett det som ett mervärde att konstnären med lyhördhet utifrån sin idé väljer de platser som kanske på ett oväntat sätt kan tillföra oförutsedda kvalitéer. Vidare har samrådsgruppen utgått från den verksamhet som pågår vid Humanistiska fakulteten i lika hög grad som de arkitektoniska förutsättningarna. Den verksamhet som bedrivs vid Humanistiska fakulteten omfattar bl.a. filosofi, litteraturvetenskap, estetik, historia och kulturstudier.

Samrådsgruppen består av representanter från bl.a. Statens konstråd, Akademiska hus, Göteborgs universitet och arkitektfirman Kub arkitekter. Representanterna i samrådsgruppen har mandat i frågan om framtagning av förslag på konstnärlig gestaltning, och har mot bakgrund av kravspecifikationen och uppdragets särskilda karaktär beaktat tolv olika konstnärskap.

Samrådsgruppen har noga studerat ett stort antal konstnärer som intresserar sig för historia, minne, språk, kommunikation och värdebildning samt olika konstnärliga uttryck. Samtidigt har samrådsgruppen analyserat de specifika förutsättningarna för en kommande permanent konstnärlig gestaltning på Humanisten. Samrådsgruppen har enligt denna metod, och med beaktande av den för anskaffningen framtagna kravspecifikationen, kommit fram till att endast en konstnär av de totalt tolv konstnärskap som beaktats utifrån kravspecifikationen, [REDACTED] uppfyller de högt ställda krav som samrådsgruppen arbetat fram. Mot denna bakgrund förordade både samrådsgruppen och nästa instans i beslutsprocessen, produktionsmötet, att [REDACTED] skulle utses för att utföra skissuppdrag. Utifrån dessa två sakkunniga kommittéers bedömningar, beslutade Statens konstråd att uppdra åt [REDACTED] att utföra ett förslag till konstnärlig gestaltning. Efter att ha tagit del

av skissförslaget ingicks sedermera avtal om konstnärlig gestaltning med

██████████

Samrådsgruppen har gjort bedömningen att ██████████ konstnärskap intar en särställning och hennes konstnärliga prestation har bedömts vara unik utifrån de förutsättningar som är aktuella i projekt Humanisten. Här kan särskilt framhållas att ██████████ tydligt uppfyller ställda krav, bl.a. genom att arbeta med, kritiskt granska och konstnärligt gestalta frågor och ämnen av speciell relevans för den humanistiska verksamhet som bedrivs i byggnaden. Hon har vidare en framgångsrik erfarenhet av arbete med liknande material samt uppvisar efterfrågad intellektuell höjd och komplexitet samt hög konstnärlig kvalitet i sitt konstnärskap. Genom sitt arbete med historiska teman, i kombination med sin tydliga förankring i samtidskonsten, är hon särskilt väl lämpad att förhålla sig till de befintliga verken. I tidigare verk har ██████████ uppvisat ett starkt förhållande till de arkitektoniska rum i vilka utställningen installerats, och skapat en säregen och personlig känsla. Allt detta visar dels på hennes särställning och unika förmåga att uppfylla avtalsuppdraget, dels att samrådsgruppen på ett tydligt sätt utgått från den detaljerade kravspecifikationen och noga beaktat de olika konstnärskapen i förhållande till denna.

I förevarande fall har det, utifrån den kravspecifikation som uppställts av samrådsgruppen, stått klart att ██████████ särställning och identitet i sig utgör konstföremålets unika art och värde. Hon är således ensam om att kunna utföra konstverket i fråga, varför det står klart att ett offentliggörande inte skulle ha lett till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat. Mot den bakgrunden har undantaget från annonsering på grund av konstnärliga skäl varit tillämpligt. Statens konstråd har därmed haft rätt att ingå avtalet med ██████████ på det sätt som skett och har således inte brutit mot LOU genom att göra det.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämplig lag

NLOU trädde ikraft den 1 januari 2017 och ersatte då den tidigare lagen om offentlig upphandling (LOU). Av övergångsbestämmelserna framgår att för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet, gäller fortfarande den upphävda lagen. Det är därmed LOU som ska tillämpas i målet.

Yrkandet om att upphandlingen ska göras om

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör (16 kap. 6 § andra stycket LOU). Statens konstråd har tecknat avtal i den aktuella upphandlingen den 23 oktober 2017. Eftersom avtal har slutits i upphandlingen får överprövning av upphandlingen inte ske. [REDACTED] ansökan om överprövning av upphandlingen ska därför avvisas.

Förhandsavgörande från EU-domstolen

Förvaltningsrätten konstaterar att EU-domstolen (mål C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, punkten 58) 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 det föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i ett mål (RÅ 2008 ref. 79) om konstnärlig gestaltning i ett konsert- och kongresshus uttalat att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärliga tjänster. Kommunen hänvisade till anskaffningens särskilda karaktär och till att det slutliga beslutet föregåtts av bedömningar av en större krets av konstnärer och att detta urval 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, varför upphandlingen hade genomförts i enlighet med LOU.

HFD har i ett senare mål (RÅ 2009 not. 134) ansett att det i utredningen var en tämligen tunn uppdragsbeskrivning där det endast framgick att den upphandlande myndigheten ville 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.

Mot bakgrund av aktuell praxis anser förvaltningsrätten att det inte är nödvändigt att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Yrkandet därom ska därför avslås.

Ogiltighetsförklaring av avtalet

Direktupphandling får bl.a. användas i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ är uppfyllda (jfr 15 kap. 3 § andra stycket andra meningen LOU).

Av 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt om det som ska upphandlas av bl.a. konstnärliga skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör.

Enligt det nya LOU-direktivet (Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG) får undantag från annonseringsskyldigheten på grund av konstnärliga skäl göras om syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig

prestation. Detta innebär att konstnärens identitet i sig kan avgöra konstföremålets unika art och värde. Enligt förvaltningsrätten medför detta 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. Förvaltningsrätten anser att undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § LOU ska tolkas i enlighet med detta, dvs. genom en direktivkonform tolkning (se Kammarrätten i Stockholms avgöranden den 27 juni 2017 i mål nr 6434-16 samt mål nr 8254-16).

Av utredningen i målet framgår att Statens konstråd 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. Förvaltningsrätten konstaterar att konstrådet har gett en detaljerad beskrivning av det aktuella gestaltungsuppdraget och dess specifika karaktär och kravbild.

Enligt Statens konstråds uppfattning är konstnären [REDACTED], utifrån kravspecifikationen, bäst lämpad att utföra uppdraget. Mot bakgrund av att den upphandlande myndighetens subjektiva uppfattning tillmäts avgörande betydelse i denna del av prövningen får Statens konstråd anses ha visat att uppdraget endast kunnat fullgöras av [REDACTED]. Förvaltningsrätten noterar även att det av utredningen i målet framgår att Statens konstråds beslut om val av konstnär har föregåtts av bedömningar av tolv konstnärer och att urvalet bland dessa hade gjorts av en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté.

Förvaltningsrätten finner vid en samlad bedömning att Statens konstråd har visat att undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU har varit tillämplig och att bestämmelsen har tillämpats med den urskillning som

förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna bygger på. Förvaltningsrätten anser därför att Statens konstråd har haft rätt att ingå avtal med [REDACTED] utan föregående annonsering. [REDACTED] yrkande om ogiltigförklaring av det ingångna avtalet med [REDACTED] ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Terese Danielsson

Rådman

Carina Westin har varit föredragande.



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 nå 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 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.