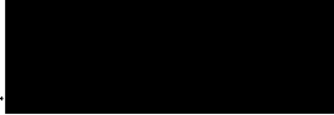




SÖKANDE

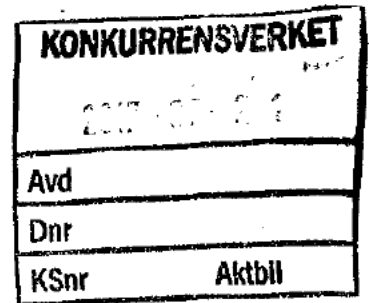


MOTPART

Statens konstråd, 202100-1033
Box 45134
104 30 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om ogiltigförklaring av avtal gällande skiss.

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om inhämtande av yttrande från Konkurrensverket.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

YRKANDEN M.M.

Statens konstråd har tillämpat ett förhandlat förfarande utan annonsering vid direktupphandling av konstnärsuppdrag. Statens konstråd har den 2 juni 2016 ingått ett avtal med [REDACTED] (konstnären) om utförande av skiss utgörande förslag till konstnärlig gestaltning av Lunds tingsrätt. Den 16 januari 2017 har Statens konstråd sedan ingått ett slutligt avtal med konstnären om köp av konstnärlig gestaltning vid den nya delen av Lunds tingsrätt.

[REDACTED] yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att avtalet om skiss, och så som det får förstås avtalet om utförande av konstnärlig gestaltning, är ogiltigt och att upphandlingen ska göras om. Han yrkar även att rätten ska hämta in ett yttrande från Konkurrensverket.

Till stöd för sin talan framför han bl.a. följande. Det avtal som Statens konstråd ingått med konstnären överstiger det aktuella tröskelvärdet för direktupphandling. Statens konstråd har inte rätt att generellt undanta alla offentligt gestaltningar från kravet på annonsering. Undantaget från annonseringsplikten ska endast tillämpas i restriktivt och endast i undantagsfall. Statens konstråd måste visa att förutsättningarna är uppfyllda för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan annonsering. Ingenting i kravbeskrivningen säger att uppdraget endast kan utföras av en enda konstnär. Utifrån beskrivningen framstår det i stället som att flera konstnärer skulle kunna konkurrera. Statens konstråd har inte visat att det föreligger förutsättningar för att tillämpa undantagsbestämmelsen. Statens konstråd använder sig av ett visst språkbruk och formuleringar som endast har som syfte att vilseleda i stället för att ange vad som krävs i förfrågningsunderlaget.

Statens konstråd har inte på sin hemsida eller på annat sätt meddelat att densamme avser att teckna kontrakt och därmed gjort det omöjligt för anbudssökande att ansöka om överprövning.

Statens konstråd yrkar att [REDACTED] förstahandsyrkande om att upphandlingen ska göras om ska avvisas och att hans andrahandsyrkande om att avtalet om utförande av konstnärlig gestaltning som ingåtts med konstnären inom ramen för upphandlingen ska avslås.

Till stöd för dess talan anförs bl.a. följande. Den ifrågavarande upphandlingen sker inom ramen för Statens konstråds verksamhet permanenta projekt (tidigare kallad byggnadsanknuten konst) som innefattar permanenta konstnärliga gestaltningar i förutbestämda miljöer och ofta med plats-specifika förutsättningar. Upphandlingen genomförs i samband med en större utvidgning av centrumkärnan i Lund där bl.a. en ny tingsrätt ska byggas av Specialfastigheter i samarbete med arkitektfirman Fojab.

En särskild kommitté sammansatt av representanter från bl.a. Statens konstråd, Specialfastigheter, arkitektfirman Fojab och Domstolsverket har främst utifrån konstnärlig och estetiskt, men även arkitektonisk hänsyn som följer av byggnationens särskilda karaktär, enats om riktlinjer för uppdraget. Kommittén har riktat särskild uppmärksamhet för att finna en konstnär som besitter det som efterfrågas i kravspecifikationen. Utifrån dessa riktlinjer har den särskilt sammansatta kommittén gått igenom ett större urval av konstnärer. Sedan bjöd kommittén in en konstnär [REDACTED] som den bedömde vara intressant och kvalificerad mot bakgrund av de uppräknade kraven i kravspecifikationen, att utföra ett skissuppdrag av den ifrågavarande konstnärliga gestaltningen. När skissuppdraget presenterades för kommittén i november 2016 godkändes det presenterade förslaget och Statens konstråd ingick därefter avtal om utförande av den konstnärliga

gestaltningen. Sammanfattningsvis anser Statens konstråd att förutsättningarna för att tillämpa undantaget för konstnärliga skäl är uppfyllt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämplig lag

I samband med att lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde ikraft den 1 januari 2017 upphävdes lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Enligt övergångsbestämmelserna till 2016 års lag gäller den upphävda lagen för upphandling som påbörjats före nya lagens ikraftträdande. Eftersom denna upphandling påbörjades före den 1 januari 2017 ska den äldre LOU tillämpas i målet.

Avtal om skiss

██████████ har bl.a. yrkat att förvaltningsrätten ska överpröva Statens konstråds avtal med konstnären rörande skiss. Av utredningen i målet framgår Statens konstråd ingick avtal med konstnären utförande av utförande av skiss på förslag till konstnärlig gestaltning av Lunds tingsrätt den 2 juni 2016.

Av 16 kap. 17 § följer att en ansökan om överprövning av avtalsgiltighet ska ha kommit in inom sex månader från att avtalet slöts. Eftersom ██████████ ansökan kom in först den 1 maj 2017 har ansökan om överprövning av detta avtal kommit in försent, varför yrkandet i denna del ska avvisas.

Avtal om utförande av konstnärlig gestaltning

Prövningsramen m.m.

██████████ hade bl.a. yrkat att förvaltningsrätten ska begära in ett yttrande från Konkurrensverket. Mot bakgrund av att ██████████ inte har angivit någon anledning någon anledning att begära in ett yttrande från Konkurrensverket, och då det inte heller av utredningen av målet framkommer någon sådan, ska yrkandet om detta avslås.

██████████ har även yrkat att upphandlingen ska göras om. Efter att ett avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör finns det inte möjlighet att pröva eller besluta att en upphandling ska göras om, se 16 kap 6 § andra stycket LOU. Förvaltningsrätten kan därför endast pröva om det slutna avtalet är giltigt. ██████████ yrkande att upphandlingen ska göras om ska därför avvisas.

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § 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 § LOU.

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.

I målet är det ostridigt att Statens konstråd köper en konstnärlig gestaltning. Den centrala bestämmelsen i målet är därför 4 kap. 5 § LOU. Av paragrafens första stycke 2 framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som bl.a. avser konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör. Det ankommer på den upphandlande enheten att visa att förutsättningarna för undantagsbestämmelsen föreligger

Det nya direktivet gällande LOU, Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet), innehåller också en möjlighet att göra undantag från annonseringsplikten på grund av konstnärliga skäl. I artikel 32.2 anges bl.a. att ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling får tillämpas för offentliga kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster 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.

Ledning för hur undantagsbestämmelsen i LOU-direktivet ska tillämpas återfinns i dess skältext 50 där det bl.a. anges följande. Undantaget bör begränsas till fall då offentliggörande antingen är omöjligt, på grund av synnerlig brådska till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse eller som inte kan tillskrivas den, eller där det redan från början står klart att offentliggörandet inte kommer att leda till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat, inte minst därför att det objektivt sett endast finns en ekonomisk aktör som kan fullgöra

kontraktet. Detta gäller för konstverk, när konstnärens identitet i sig avgör konstföremålets unika art och värde.

För att säkerställa att EU-direktiv som inte har 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 ikraft 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. Om en konflikt uppstår mellan de nya direktiven och den lagstiftning som är gällande, ska de nya direktiven ges företräde i tolkningen (se EU-domstolens dom i bl.a. mål C-212/04). En sådan direktivkonform tolkning kan leda till att domstolen måste bortse från vägledande svensk rättspraxis som innebär att en befintlig bestämmelse ska tolkas på ett annat sätt än vad som föreskrivs i de nya direktiven.

Förvaltningsrättens bedömning

LOU:s bestämmelse om undantag från annonseringsplikten på grund av konstnärliga skäl har varit föremål för prövning av förvaltningsdomstol många gånger. Bestämmelsen är förhållandevis öppen för tolkning och det saknas vägledande avgöranden från EU-domstolen. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har emellertid kommit med två avgöranden. I RÅ 2008 ref. 79 uttalade HFD att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärliga tjänster och att det måste framgå att det handlar om ett specifikt upphandlingsföremål med konkret kravbild för att undantaget ska vara tillämpligt. HFD lade vid sin prövning särskild vikt vid att det slutliga beslutet om val av konstnär hade föregåtts av bedömningar av en större krets av konstnärer och att detta urval hade gjorts av en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté. Under dessa förhållanden ansåg HFD att upphandlande myndighet hade visat att undantaget hade tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principer som

upphandlingsreglerna bygger på. I ett senare avgörande från HFD var uppdragsbeskrivningen tämligen tunn och det framgick endast att den upphandlande myndigheten ville köpa en konstnärlig gestaltning som skulle utgöra ett minnesmärke över Förintelsens offer. Undantaget ansågs då inte vara tillämpligt (RÅ 2009 not. 134).

Vid upphandling av konstnärliga verk är det i huvudsak konstnärliga eller estetiska värderingar som styr valet av leverantör. Den upphandlande myndigheten måste dock på ett objektivt sätt kunna visa att det som ska upphandlas, på grund av konstnärliga skäl, endast kan fullgöras av en viss leverantör. Detta görs ofta genom att upphandlande myndighet på förhand fastställer upphandlingsföremålet i en kravbild som visar vad det är för typ av konst man vill förvärva. Därefter görs en urvalsprocess av något slag. Enligt det nya LOU-direktivet 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 objektivt sätt, visa att det inte finns någon annan leverantör som haft möjlighet att utföra uppdraget. Förvaltningsrätten anser att den nuvarande undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § LOU ska tolkas i enlighet med detta (direktivkonform tolkning).

Kravspecifikationen för den konstnärliga gestaltning som Statens konstråd har upphandlat om innehållet detaljerade krav kring konstnärens förmåga i en rad specificerade aspekter. Av kravbeskrivningen framgår att den konstnärliga gestaltningen ska utformats i nära samarbete med konstnären, arkitekt, Specialfastigheter, Lunds tingsrätt och Statens konstråd. Förvaltningsrätten finner därför utifrån detta att Statens konstråd får anses

ha visat att syftet med upphandlingen har varit att producera ett unikt konstnärligt verk utifrån konstnärens specifika förmågor som efterfrågas i beskrivningen. Mot bakgrund av detta finner förvaltningsrätten att Statens konstråd visat att konstnärens identitet i sig haft avgörande betydelse för det upphandlade konstföremålets unika art och värde.

Enligt Statens konstråds subjektiva uppfattning är konstnären [REDACTED] utifrån kravspecifikationen, bäst lämpad att utföra uppdraget. Mot bakgrund av att den upphandlande myndighetens subjektiva uppfattning tillmätts 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 hade föregåtts av bedömningar av tretton konstnärer och att urvalet bland dessa hade gjorts av en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté.

Vid en samlad bedömning bedömer förvaltningsrätten att Statens konstråd har visat att undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU har varit tillämplig och att densamma tillämpat undantaget med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna bygger på. Statens konstråd har därför haft rätt att direktupphandla och ingå det aktuella avtalet med [REDACTED]

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

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

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att Statens konstråds avtal med [REDACTED] från den 16 januari 2017 ska bestå. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Katerina Petkovska

Rådman

Patina Löke har föredragit målet.



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.