



SÖKANDE

1. [REDACTED]
2. [REDACTED]
3. [REDACTED]

Ombud för samtliga sökande:



MOTPART

Statens konstråd, 202100-1033
Hälsingegatan 45
113 31 Stockholm

Ombud: Advokat Peter Forsberg och biträdande jurist Sven Olsson
Hannes Snellman Advokatbyrå
Box 7801
103 96 Stockholm

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning av avtals giltighet.

KONKURRENSVERKET	
2019-10-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

YRKANDEN M.M.

Statens konstråd (konstrådet) har tillämpat ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid direktupphandling av byggnadsanknuten konst till ett nytt polishus i stadsdelen Rinkeby i Stockholms kommun. Den 16 juni 2019 ingick konstrådet avtal med [REDACTED].

[REDACTED] (sökandena) yrkar att avtalet ska ogiltigförklaras och att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför de bl.a. följande. Konstrådet måste kunna lägga fram bevisunderlag som visar att de skäl som anges för att motivera ett 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. Med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande användas under mycket exceptionella omständigheter. Undantaget ska begränsas till fall då utannonsering är omöjligt, t.ex. gällande förvärvande av unika konstverk där identiteten avgör föremålets unika art.

Av allmänt tillgänglig information framgår att det finns många etablerade konstnärer som arbetar med den typ av konst som [REDACTED] arbetar med. Kravspecifikationen i upphandlingen är utformad i allmänna ordalag vilket ger stöd för att det s.k. konstnärsundantaget inte varit tillämpligt. Det saknas avgörande bevis eller sakskaäl i målet till stöd för att [REDACTED] är den enda konstnären som kan utföra uppdraget. Det finns tvärtom en väldigt stor grupp konstnärer som potentiellt kan skapa konstverket i fråga.

Konstrådet har agerat i strid med de upphandlingsrättsliga principerna om transparens, likabehandling och proportionalitet genom att använda direktupphandling. Genom konstrådets direktupphandling har sökandena och andra konstnärer diskriminerats. Det har inte gått att få tillgång till någon form av upphandlingsdokument, innan avtal har tecknats.

Konstrådet anser att yrkandet om att upphandlingen ska göras om ska avvisas och att yrkandet om att avtalet ska förklaras ogiltigt ska avslås. Till stöd för sin talan anför konstrådet bl.a. följande. Konstrådet ingick avtal med [REDACTED] den 16 juni 2019 om uppförandet av ett byggnadsanknutet konstverk för ett nytt polishus i Rinkeby. Eftersom avtal har ingåtts ska sökandenas yrkande om överprövning av upphandlingen avvisas. Konstrådet ingick avtalet med [REDACTED] med stöd av det s.k. konstnårsundantaget som framgår av 6 kap. 14 § första stycket 1 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, varför avtalet i enlighet med 19 kap. 7 § tredje stycket LOU har ingåtts genom en tillåten direktupphandling.

Det avtal som i detta mål är föremål för prövning avser uppförandet av ett byggnadsanknutet konstverk för ett nytt polishus i Rinkeby i Stockholm. Projektet präglas av de särskilda förutsättningar som råder på platsen. Enligt Polismyndigheten är den kriminella påverkan på lokalsamhället påtaglig i Rinkeby varför området av myndigheten klassas som "särskilt utsatt". Såväl Polismyndigheten som den ansvariga fastighetsägaren AB Familjebostäder ser det nya polishuset som ett viktigt projekt för att skapa samförstånd mellan polisen och de boende i området.

Valet av konstnär för det byggnadsanknutna konstverket har gjorts av en samrådsgrupp bestående av representanter för bl.a. Polismyndigheten och Familjebostäder utifrån en kravspecifikation som har tagits fram av samrådsgruppen. Av kravspecifikationen framgår de krav som har ställts upp på konstverket och den konstnär som ska tilldelas uppdraget. Samrådsgruppen

kom fram till att konstverket behöver spegla och ta särskild hänsyn till Rinkebys specifika förutsättningar. Förhoppningen med konstverket är att det ska bidra med positiv energi i området samt verka för inkludering och återspegla den mångfald som råder i området.

Den förutbestämda platsen för konstverket är en prefabricerad betongvägg på det nya polishusets norra fasad. Ett specifikt önskemål som har riktats från verksamhetens håll är att den konstnärliga gestaltningen ska bidra till en positiv ljusmiljö i området. Genom att lysa upp området i närheten av polishuset är förhoppningen att det kommande konstverket ska bidra till en känsla av trygghet bland invånarna i Rinkeby. Hur det efterfrågade konstverket ska utformas har därtill påverkats av att risken för att det kan komma att utsättas för skadegörelse inte är försumbar. Av denna anledning ska konstverket placeras högt över marken för att vara utom räckhåll vid eventuella försök till skadegörelse. Om konstverket trots allt utsätts för åverkan ska det efterfrågade konstverket med enkelhet gå att återställa till ursprungsskick.

Mot bakgrund av de platsspecifika förutsättningarna och de särskilda önskemålen från verksamheten kom samrådsgruppen fram till att den konstnärliga gestaltningen ska vara ett högt sittande ljuskonstverk bestående av t.ex. LED-teknik, lysrör eller glödljus. Därtill ska det kommande konstverket samverka positivt med etableringen av det nya polishuset i Rinkeby.

Utifrån kravspecifikationen granskade samrådsgruppen ett antal olika konstnärskap för att finna den konstnär som har bäst förutsättningar för att förverkliga det efterfrågade konstverket. I denna process har en särskild utmaning varit att finna ett konstnärskap som kan hantera de specifika förutsättningar som råder i Rinkeby; ett område som präglas av problem i form av arbetslöshet, gängkriminalitet och utsatthet men som också uppvisar en mångfacetterad kulturell mångfald. Utifrån kravspecifikationen har

konstnärskapen hos [REDACTED], [REDACTED] och [REDACTED] beaktats.

Samrådsgruppen enades om att [REDACTED] på alla sätt svarar mot de speciella kvaliteter och egenskaper som efterfrågas i kravspecifikationen. Med sina tidigare arbeten i offentliga rum har hon alltid utgått ifrån den specifika situationen på platsen samtidigt som hon med rumsliga uttryck som skulptur, text och ljus skapar verk som undersöker och blottlägger sociala, lokala och kulturella förändringsprocesser. Enligt samrådsgruppen hade hon därmed visat prov på att hon innehar en unik förmåga att vända på kulturella positioner och utgångspunkter. I en allt mer polariserad värld utforskar hon flöden och mellanmännsliga relationer som uppstår som ett resultat av de uppdelningar som skapas av religion, politik eller kön.

[REDACTED] är en internationellt erkänd konstnär som har en mycket omfattande erfarenhet från utställningar på ledande internationella institutioner som t.ex. Tate Modern i London och Museum of Modern Art i New York. Samrådsgruppens beslut att tilldela henne uppdraget har till stor del berott på hennes dokumenterade erfarenhet av att arbeta situationsspecifikt med frågor om kulturell identitet och hennes egensinniga sätt att arbeta med ljusskulpturer. Samrådsgruppen gjorde bedömningen att [REDACTED] på ett nyskapande sätt, i samverkan med arkitekt och byggprocessen, kan gestalta det efterfrågade ljuskonstverk som förhoppningsvis ska bidra positivt till områdets utveckling och engagera betraktare till reflektion och delaktighet. Av samrådsgruppens utförliga motivering framgår varför [REDACTED] befunnits vara den enda konstnär som uppfyller kravspecifikationen i fallet med Rinkeby polishus.

Anskaffningen i fallet med Rinkeby polishus och [REDACTED] kännetecknas av tydliga och objektiva platsspecifika förutsättningar och önskemål kring konstverket, vilka härstammar från områdets specifika karaktär. I det

aktuella fallet ställs i kravspecifikationen upp ett flertal specifika krav på den konstnärliga gestaltningen och den konstnär som ska få i uppdrag att förverkliga den.

Kraven som uppställs i kravspecifikationen ska läsas tillsammans som en enhet. Tillsammans arbetar de som en "tratt" för att avskärma och definiera det konstverk som ska upphandlas och den konstnär som ska få i uppdrag att utföra uppdraget. Summan av delarna blir således en snävare avgränsning av upphandlingsföremålet än om kraven hade varit fristående från varandra. Exempelvis innebär kraven i specifikationen att den utvalda konstnären ska inneha ett "kvalificerat konstnärskap" med "en omfattande erfarenhet" från "meriterande utställningar" i Sverige eller utlandet att endast ett fåtal konstnärer kan komma ifråga för uppdraget. Med dessa krav har alltså ribban lagts mycket högt för vilka konstnärskap som kan komma kvalificera sig för uppdraget. Lägg därtill t.ex. kraven på att konstnären ska ha erfarenhet av att arbeta med ljusskulpturer och gestaltningar som verkar i en mångkulturell situation och det blir tydligt att det som efterfrågas är ett unikt konstverk. Urvalsprocessen har resulterat i samrådsgruppens bedömning att det endast är [REDACTED] som uppfyller kravspecifikationen och kan utföra uppdraget. Konstrådet har därmed haft rätt att ingå avtalet med [REDACTED] och har således inte brutit mot någon bestämmelse i LOU genom att göra det.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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 har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. Konstrådet ingick avtal med [REDACTED] den 16 juni 2019. Den aktuella ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten

den 9 juli 2019. Domstolen är därmed förhindrad att överpröva upphandlingen. Yrkandet ska således avvisas.

Ogiltigförklaring av avtal

Frågan i målet är om konstrådet har haft rätt att direktupphandla den aktuella konstnärliga gestaltningen med hänvisning till att det som ska upphandlas av konstnärliga skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör i enlighet med 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU. Det är konstrådet som har bevisbördan för att förutsättningarna för direktupphandling är uppfyllda (jfr prop. 2001/02:142 s. 99).

Om direktupphandling skett på ett otillåtet sätt, ska det avtal som ingåtts mellan den upphandlande myndigheten och den utvalda leverantören förklaras ogiltigt.

Utgångspunkter för bedömningen

Av 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda ett 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.

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i två avgöranden uttalat sig om undantagsbestämmelsen för konstnärlig gestaltning. I RÅ 2008 ref. 79 bedömde HFD att undantaget var tillämpligt och uttalade att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärlig gestaltning, där de estetiska bedömningarna får avgörande betydelse för valet av leverantör. Vikt lades också vid att det slutliga beslutet om val av konstnär hade föregåtts av bedömningar av en större krets konstnärer och att detta urval hade

gjorts av en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté. HFD har i ett senare avgörande, RÅ 2009 not. 134, ansett att det i utredningen i det målet fanns en tämligen tunn uppdragsbeskrivning där det endast framgick att den upphandlande myndigheten önskade köpa en konstnärlig gestaltning som skulle utgöra ett minnesmärke över Förintelsens offer. Kommunen hade enligt HFD inte angivit några omständigheter kring det tänkta minnesmärket som skulle kunna göra undantaget tillämpligt.

Kammarrätten i Stockholm har i dom den 19 mars 2019 i mål nr 9238-18 bl.a. angett, gällande tillämpning av konstnärsundantaget, att det inte krävs att den upphandlande myndigheten visar att ingen annan leverantör hade kunnat skapa ett likvärdigt konstverk. Den upphandlande myndigheten måste dock fortfarande visa att syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation. Om t.ex. konstnärens specifika uttryckssätt varit avgörande för att den upphandlande myndighetens önskemål och krav med den konstnärliga gestaltningen ska kunna uppfyllas ligger det enligt kammarrättens uppfattning nära till hands att upphandlingen haft ett sådant syfte. För att visa det kan de önskemål och krav som ställs på den konstnärliga gestaltningen inte vara för allmänt hållna.

Förvaltningsrättens bedömning

Kravspecifikationen i upphandlingsdokumenten är formulerad enligt följande:

Kravspecifikation

Efter diskussion i samrådsgruppen har följande kravspecifikation definierats. Den konstnärliga byggnadsanknutna gestaltningen ska ta särskild hänsyn till platsens speciella villkor, omständigheter och förutsättningar.

Det kommande konstverket kommer att ha en stor exponering mot de som befinner sig i området och förhoppningen är att det ska bidra med positiv energi samt att det kan verka

för inkludering och återspegla platsens mångfald. Platsen för den byggnadsanknutna gestaltningen är en prefabricerad betongvägg som ligger på polishusets norra fasad. På grund av de specifika omständigheter som det innebär att nyetablera ett polishus i ett befintligt bostadsbestånd har det riktats önskemål från verksamheten om att det kommande konstverket ska bidra till en positiv ljusmiljö samt att konstverket ska, vid eventuell skadegörelse, med enkelhet gå att återställa till ursprungsskick. Det kommande konstverket ska också placeras på ett sådant sätt (höjd över 2.5 meter) så att det inte med lätthet går att göra åverkan. Därför har samrådsgruppen kommit fram till att gestaltningen ska vara ett högt sittande ljuskonstverk i t.ex. LED-teknik, lysrör eller glödljus. Det kommande konstverket ska samverka positivt med etableringen av det nya polishuset i Rinkeby.

Den sökta konstnären ska

- ha en dokumenterad erfarenhet av att arbeta med konstnärliga uttryck som kan beskriva och transformera kulturella, religiösa, politiska eller könsdelade skillnader.
- besitta ett kvalificerat konstnärskap med en omfattande erfarenhet från meriterande utställningar i Sverige eller utlandet.
- ska i sin konstnärliga praktik ha en särskild erfarenhet av gestaltningar som verkar i en mångkulturell situation och som på ett kommunikativt poetiskt sätt visar på hur konstnärligt kan definiera eller omformulera specifika platsers särart.
- ha en stor dokumenterad erfarenhet av konstgestaltningar där ljus eller ljusbilder är ett uttrycksbärande element.
- ha vana av att samverka i olika platspecifika situationer i nära samarbete med arkitekter, byggprocesser och projektledare.

Vidare anges bl.a. följande i upphandlingsdokumenten beträffande upphandlingsförfarandet:

Motivering till beslutat upphandlingsförfarande:

I samrådsgruppen har vi tittat på en mängd olika gestaltningar och gestaltungsformer som underlag för denna kravspecifikation. I denna process har särskild uppmärksamhet riktats mot att finna ett konstnärskap som tar särskild hänsyn och lyhördhet för de i Rinkeby specifika förutsättningar. Stadsdelen är en socialt segregerad miljö som präglas av samtidens problem (arbetslöshet, gängkriminalitet och utsatthet) men som också uppvisar en mångfacetterad kulturell mångfald.

Samrådsgruppen kommit fram att endast en konstnär motsvarar den ställda kravspecifikationen.

Beslutat upphandlingsförfarande

Direktupphandling

Konstnärskap som beaktats utifrån kravspecifikationen och under arbete med detta projekt



Valet av [REDACTED] motiveras enligt följande av konstrådet:

[REDACTED] arbeten i det offentliga rummet utgår alltid från platsens specifika situationen där hon med rumsliga uttryck (skulptur, text och ljus) skapar verk som undersöker och belyser sociala, lokala och kulturella förändringsprocesser.

[REDACTED] har en unik förmåga att vända på kulturella positioner och utgångspunkter. I en allt mer polariserad värld utforskar hon flöden och mellanmänniska relationer som uppstår som ett resultat av de uppdelningar som skapas av religion, politik eller kön.

[REDACTED] har vidare en mycket omfattande erfarenhet från utställningar på ledande internationella institutioner som t.ex Tate Modern (UK), MOMA (US), Louisiana Museum (DK), Centre Pompidou (F), Modern Museum (US), Serpentine Gallery, Fondazione Sandretto Re Rebaudengo, Mori Museum och Solomon R. Guggenheim Museum.

Samrådsgruppen var enig om att [REDACTED] på alla sätt svarar mot de speciella kvaliteter och egenskaper som efterfrågas i kravspecifikationen. Att valet faller på [REDACTED] beror på hennes dokumenterande erfarenhet av att arbeta situationsspecifikt med frågor om kulturell identitet samt att hon på ett egensinnigt sätt arbetar med ljusskulptur.

Samrådsgruppen bedömer att [REDACTED] på ett nyskapande sätt kan gestalta, i samverkan med arkitekt och byggprocess, ett byggnadsanknutet konstnärligt verk som kan bidra positivt till platsen utveckling och som kan engagera betraktare till reflektion och delaktighet.

Förvaltningsrätten bedömer att det framgår flera säregna, detaljerade och höga krav beträffande det önskade konstverket och konstnärskapet av kravspecifikationen. De krav som har anknytning till den geografiska platsen där konstverket ska uppföras noteras särskilt. Detta med beaktande i synnerhet av att det i förevarande mål rör sig om uppförandet av ett konstverk på en plats med speciella förutsättningar i flera avseenden. Domstolen bedömer även att kraven i upphandlingen framstår som väl motiverade med hänsyn till dessa förutsättningar. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att det är visat att syftet med upphandlingen har varit att förvärva ett unikt konstverk.

Förvaltningsrätten bedömer vidare att det med beaktande av kravspecifikationen och motiveringsbeslutet framgår tillräckligt tydligt att konstrådets beslut att tilldela [REDACTED] uppdraget är korrekt i upphandlingsrättslig mening. Härvid beaktas särskilt att den upphandlande myndighetens subjektiva estetiska bedömningar tillmäts en stor om inte avgörande betydelse vid valet av konstnär. Vad sökandena anfört om att det finns många andra konstnärer som arbetar med denna typ av konst medför ingen annan bedömning. Syftet med upphandlingen har, som angetts ovan, nämligen varit att förvärva ett unikt konstverk. Konstrådet har också, enligt rättens mening, motiverat väl varför [REDACTED] tilldelats uppdraget. Dessutom kan det inte krävas att en upphandlande myndighet visar att ingen annan leverantör kan skapa ett likvärdigt konstverk (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 9238-18). Det noteras också att beslutet har föregåtts av en bedömning som utförts av en för uppdraget kompetent samrådsgrupp som utvärderat ett flertal konstnärskap.

Förvaltningsrätten finner således att konstrådet inte har agerat i strid med LOU eller de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Konstrådet har visat att undantaget i 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU har varit tillämpligt och att tillämpningen skett i enlighet med de grundläggande

upphandlingsrättsliga principerna. Med anledning av att konstrådet haft rätt att ingå avtal med [REDACTED] utan föregående annonsering ska sökandenas yrkande om ogiltigförklaring av avtalet avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Gustav Forsberg
Rådman

Jakob Franzén 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.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma 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 infaller på en lördag, söndag eller 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 försörjningssektorena, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.