

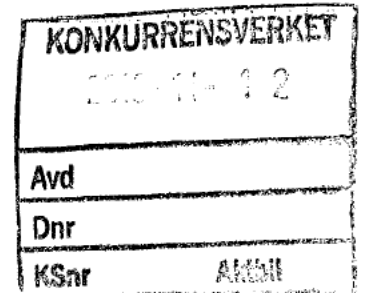


SÖKANDE

[Redacted]

[Redacted]

Ombud för 2 och 3: [Redacted]
Adress som ovan



MOTPART

Kulturnämnden i Stockholms stad
Box 16113
103 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om att upphandlingen ska göras om.

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

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om ogiltigförklaring av det ingångna avtalet med [Redacted] om utförande av konstnärlig gestaltning av utomhusbadet Järvafältet 4:1.

YRKANDEN M.M.

Kulturnämnden i Stockholms stad (nämnden) ingick den 12 april 2018 ett avtal med [REDACTED] om utförande av konstnärlig gestaltning av utomhusbadet Järvafältet 4:1.

[REDACTED] (sökandena) yrkar att upphandlingen ska göras om och att avtalet med [REDACTED] om utförande av konstnärlig gestaltning av utomhusbadet Järvafältet 4:1 ska förklaras ogiltigt. Sökandena yrkar även att förvaltningsrätten ska inhämta yttrande från Konkurrensverket samt förhandsavgörande från EU-domstolen.

Till stöd för sin talan anför sökandena bl.a. följande. Som vanligt har nämnden valt att inte utannonsera det konstnärliga uppdraget och istället hävdar en undantagsregel. 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 när myndigheten kan visa att inga likvärdiga konstverk eller konstnärer existerar. Nämnden diskriminerar sökandena samt utanförstående leverantörer genom att vid varje enskilt gestaltungsuppdrag välja direktupphandling och s.k. handplockning av enskild konstnär efter eget godtycke på ett mycket otillbörligt sätt. Till sin hjälp har man anställt andra konstnärer som konstkonsulter, vilka ofta kan betraktas jäviga då de kan ha ett vänskapsförhållande till de konstnärer som de inbjuder till olika uppdrag. Det måste finnas klara och tydliga bevis som direkt pekar på att den utvalda konstnären är den ende som kan utföra uppdraget eller att den utvalde har ensamrätt för uppdraget. Inget av detta har nämnden bevisat. Nämndens språkbruk är endast ämnat för att vilseleda och för att nämnden ska kunna fortsätta mörka sina direktupphandlingar.

Nämnden anser att yrkandet om att upphandlingen ska göras om ska avvisas samt att yrkandet om att avtalet mellan nämnden och [REDACTED] ska förklaras ogiltigt ska avslås.

Till stöd för sin inställning anför nämnden bl.a. följande. Avtal har ingåtts med [REDACTED] den 12 april 2018 och överprövning av upphandlingen kan därför inte ske. Vidare har nämnden inte brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) eller någon annan bestämmelse i den lagen. Nämnden har i upphandlingen använt sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering med hänvisning till att det som ska upphandlas av konstnärliga skäl endast kan fullgöras av viss leverantör. Nämnden har arbetat fram en specifik kravbild utifrån den aktuella platsen. Valet av konstnär har gjorts ur ett större urval för att säkerställa att de upphandlingsrättsliga principerna tillämpas med den urskillning som har etablerats genom rättspraxis. Det framgår tydligt av motiveringen av valet av konstnär att nämnden härigenom vill skapa ett unikt konstverk som i högsta grad är kopplat till konstnärens alldeles särskilda förmåga. Förutsättningar för att genomföra en direktupphandling har därför förelegat.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Yrkandet om att upphandlingen ska göras om

Överprövning av en upphandling får, enligt 20 kap. 6 § andra stycket LOU, inte ske efter det att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Av handlingarna i målet framgår att Kulturnämnden i Stockholms stad ingick avtal med konstnären [REDACTED] om utförande av konstnärlig gestaltning av utomhusbadet Järvafältet 4:1 den 12 april 2018. Eftersom

sökandenas ansökan om överprövning av upphandlingen, med yrkandet om att upphandlingen ska göras om, kom in till förvaltningsrätten efter det att avtal hade tecknats kan förvaltningsrätten inte överpröva upphandlingen. Yrkandet om att upphandlingen ska göras om ska därför avvisas.

Yrkandena om inhämtande av yttrande från Konkurrensverket och förhandsbesked från EU-domstolen

Enligt 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) ska rätten se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver.

Förvaltningsrätten anser, med hänsyn till sakfrågan och det som har kommit fram i målet, att det inte finns behov av att inhämta yttrande från Konkurrensverket eller förhandsavgörande från EU-domstolen. Yrkandena ska därför avslås.

Yrkandet om ogiltighetsförklaringen av avtalet

Enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § första och andra stycket LOU ska en upphandlande myndighet informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal. En anbudsinfordran kan göras genom en annons om upphandling eller en förhandsannons.

I vissa fall medges undantag från skyldigheten att offentliggöra en upphandling. Undantag får, enligt 10 kap. 1 § tredje stycket LOU, göras när förutsättningarna att tillämpa bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda (6 kap. 12-19 §§ LOU).

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.

Vid upphandling av konstnärliga verk är det i huvudsak konstnärliga eller estetiska värderingar som styr valet av leverantör. Den upphandlande myndigheten måste dock kunna visa att det som ska upphandlas, på grund av konstnärliga skäl, endast kan fullgöras av 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 (jfr RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134). Kammarrätten i Stockholm har uttalat att den omständigheten att undantag från annonseringsskyldigheten på grund av konstnärliga skäl får göras om syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation innebär 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 för uppdraget. Myndigheten behöver därmed inte, på ett objektivt sätt, visa att det inte finns någon annan leverantör som haft möjlighet att utföra uppdraget (se Kammarrätten i Stockholms avgöranden den 27 juni 2017 i mål nr 6434-16 och 8254-16).

Av handlingarna i målet framgår att nämnden 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 varit att förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation. Enligt nämndens uppfattning är konstnären Linnéa Jörpeland, utifrån kravspecifikationen och efter ett urval, bäst lämpad att utföra uppdraget. Eftersom den upphandlande myndighetens subjektiva uppfattning ska tillämpas betydelse i denna del av prövningen får nämnden anses ha visat att uppdraget endast kunnat fullgöras av Linnéa Jörpeland. Vid sådant förhållande anser förvaltningsrätten att undantagsbestämmelsen i

6 kap. 14 § första stycket 1 LOU varit tillämplig och att nämnden haft rätt att ingå avtal med [REDACTED] utan föregående annonsering. Yrkandet 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 (FR-05).

Elenor Grönnå
Förvaltningsrättsfiskal

Camilla Brizzi 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.