



KONKURRENSVERKET	
2017-06-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Statens konstråd, 202100-1033

Ombud: Advokat Peter Forsberg och jur.kand. Julia Tavaststjerna
Box 7801
103 96 Stockholm

MOTPART

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 21 november 2016
i mål nr 6696-16, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och förordnar att Statens
konstråds avtal med [REDACTED] från den 18 december 2015 ska bestå.

YRKANDEN M.M.

Statens konstråd yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska avslå [REDACTED] ansökan om överprövning. Till stöd för sin talan anför Statens konstråd i huvudsak följande. Statens konstråd har haft rätt att träffa avtal med [REDACTED] den 18 december 2015 gällande ett konstnärsuppdrag genom direktupphandling då förutsättningarna för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering var uppfyllda när avtalet ingicks. Upphandlingsföremålet har, av konstnärliga skäl, endast kunnat fullgöras av en viss leverantör. Anskaffningen har föregåtts av en kravbild för konstverket samt en bedömning av en vidare krets av konstnärer och konstnärskap.

Statens konstråd arbetar sedan en tid tillbaka med "tillfälliga projekt" som är en ny verksamhet som anskaffningsform. Verksamheten är skild från verksamheten permanenta projekt (tidigare benämnd byggnadsanknuten konst) och utgör ett något friare, undersökande format. Konstverket tillåts i viss mån utformas i en dialog mellan curator och konstnären. Det är därmed inte fråga om en beställning av konstverk, utan en produktion. Detta innebär dock inte att det saknas en kravbild för de konstverk som ska anskaffas. Statens konstråds organisation och sammansättning i sig utgör en relevant kravbild och säkerställer att godtycke i valet av konstnärskap inte förekommer. En annonsering skulle inte leda till ökad konkurrens eller ett bättre upphandlingsresultat. Tidigare rättspraxis avser permanenta projekt och är inte tillämplig på tillfälliga projekt. Att tolka undantaget på så sätt att Statens konstråd på förhand måste fastställa i detalj vad som ska åstadkommas/anskaffas inom ramen för ett visst konstprojekt skulle innebära att såväl den konstnärliga friheten som Statens konstråds möjlighet att utföra sitt statliga uppdrag, begränsas på ett mycket problematiskt sätt.

Undantagsbestämmelsen har fått en ny lydelse i artikel 32.2 i det nya LOU-direktivet. Artikelns ordalydelse och det som anges i skältext 50 ger

ytterligare stöd för att undantaget ska tolkas på så sätt att ett konstverk är unikt redan på den grunden att det bara finns en person som kan skapa det. Kammarrätten är skyldig att göra en direktivkonform tolkning av undantaget i 4 kap. 5 § första stycket 2 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Undantaget bör således tolkas och tillämpas på så sätt att undantaget tillämpas vid upphandling av konstverk när konstnärens identitet i sig avgör konstföremålets unika art och värde.

Vad beträffar [REDACTED] konstverk utgör detta ett unikt upphandlingsföremål. Konstverket utgör den tredje delen i en verksserie och det finns en tydlig kravbild för det tillfälliga projektet "Industrisamhället i förändring". [REDACTED] personliga anknytning till Robertsfors och hennes mångåriga arbete med att dokumentera olika skeenden i diamantfabriken, vilket genomgående är trovärdigt och håller en hög kvalitet, innebär att hon är ensam om att kunna utföra det aktuella konstnärliga gestaltungsuppdraget. [REDACTED] identitet i sig har avgjort konstföremålets unika art och värde. Hon är således ensam om att kunna utföra konstverket i fråga, varför det även står klart att ett offentliggörande inte kommer att leda till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat. Statens konstråd har därmed haft rätt att ingå det aktuella avtalet med [REDACTED] på det sätt som skett.

[REDACTED] bestrider bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande. Direktupphandlingar får enligt 15 kap. LOU genomföras så länge upphandlingar av samma slag gjorda under räkenskapsåret inte överstiger 15 procent av tröskelvärdet, dvs. 284 631 kr (3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket LOU). Statens konstråd har inte rätt att generellt undanta alla offentliga gestaltningar från kravet på annonsering. Direktupphandlingar för omkring 13 miljoner kronor har hittills gjorts under 2016, vilket är över gränsvärdet.

Lagtexten är tydlig om att 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 på uppdraget. Statens konstråd har inte visat något av detta. Istället för att ange vad som krävs i ett förfrågningsunderlag, använder sig Statens konstråd av ett visst språkbruk och formuleringar som endast har som syfte att vilseleda. Det är högst osannolikt att Statens konstråds behov i vissa fall är så klart fastställda att endast en viss konstnär med en särskild konstnärlig inriktning kan komma i fråga. Statens konstråd har ingen möjlighet att kartlägga en hel bransch i Sverige, övriga Norden eller norra Europa. EU-domstolen och EU-kommissionen har konstaterat att undantaget från annonseringsplikten ska tillämpas restriktivt och endast i undantagsfall. Undantaget får bara användas då myndigheten kan visa att inga likvärdiga konstverk eller konstnärer existerar. Potentiella uppdragstagare har ingen insyn i Statens konstråds verksamhet och hur man handplockar konstnärer.

Att anskaffningen av tillfälliga projekt/konstverk får anses vara ett friare format och inte lika formbundet som fasta uppdrag kan inte utgöra skäl att inte göra en regelrätt öppen upphandling i syfte att finna det bästa möjliga förslaget och den bästa konstnären. Det finns inget i den s.k. kravbeskrivningen som säger att uppdraget endast kan utföras av en enda konstnär eller att det handlar om ensamrätt. Det framstår som att ett flertal konstnärer kan konkurrera kring denna kravbild, som mycket väl skulle kunna anpassas till ett förfrågningsunderlag. Det bästa sättet är att utannonsera och konkurrensutsätta uppdraget för att få fram bästa möjliga förslag att ta ställning till.

I Statens konstråds projekt- och kravbeskrivning framkommer bl.a. att man har fört samtal med ett antal konstnärer som skulle kunna vara tilltänkta för uppdraget, men att man fastnade för [REDACTED]. Detta visar inte att konstnären är den enda som kan utföra uppdraget, utan att flera konstnärer skulle kunna konkurrera om konstnärsprojektet. Det torde mer rör sig om ett

godtyckligt val av curatorn/projektledaren, efter att denne gjort en sondering av sina egna kontakter.

Principen om öppenhet innebär att upphandlingar ska präglas av öppenhet och förutsebarhet. Upphandlingar ska vara offentliga och förfrågningsunderlaget ska vara förutsebart. Statens konstråd har inte på något sätt meddelat att man avser att teckna kontrakt och därmed gjort det möjligt för anbudssökande att hemställa om överprövning inom tiodagarsfristen. Vid otillåten direktupphandling krävs det inte att leverantören lidit eller riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens överträdelse av LOU för att avtalet ska kunna ogiltigförklaras. Otillåtna direktupphandlingar har av EU-domstolen utpekats som den mest allvarliga överträdelsen av upphandlingslagstiftningen. Det ligger därför nära till hands att dra slutsatsen att lagstiftaren har presumerat att skada alltid föreligger vid otillåten direktupphandling. Om inte för någon enskild leverantör, så i vart fall för marknaden i stort.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (NLOU) trädde ikraft den 1 januari 2017 och ersatte då den tidigare lagen om offentlig upphandling. Genom den nya lagen införlivades 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). 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.

Förvaltningsrätten har redogjort för de bestämmelser som är aktuella i målet. Den centrala bestämmelsen är 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 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 nya LOU-direktivet innehåller också en möjlighet att göra undantag från annonseringsplikten på grund av konstnärliga skäl.

Undantagsbestämmelsen har dock 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 för byggtreprenader, varor och tjänster om byggtreprenaden, 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. Artikel 32.2 har införlivats i svensk rätt genom 6 kap. 14 § första stycket 1 NLOU, som i stor utsträckning överensstämmer med direktivets lydelse.

Av förarbetena till NLOU (prop. 2015/16:195) framgår inte om det finns något bakomliggande syfte med undantagsbestämmelsens ändrade lydelse. Det finns heller inget resonemang om, och i så fall hur, den nya lydelsen kommer att påverka rättstillämpningen. Ledning för hur undantagsbestämmelsen ska tillämpas framöver återfinns istället i LOU-direktivets 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.

Kammarrättens 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 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 kammarrätten 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. Kammarrätten anser att den nuvarande undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § LOU ska tolkas i enlighet med detta (direktivkonform tolkning).

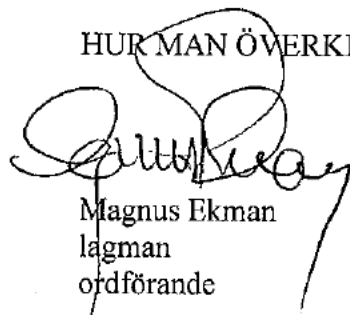
Det konstverk som Statens konstråd har anskaffat saknar visserligen en detaljerad kravspecifikation. Konstföremålet har istället utformats utifrån ett övergripande tema och i dialog mellan curatorn och konstnären. Statens konstråd har därmed visat att syftet med upphandlingen har varit att producera ett unikt konstnärligt verk utifrån ett övergripande tema och att [redacted] identitet har avgjort konstföremålets art och värde. Uppdraget har därför endast kunnat fullgöras av [redacted]. Kammarrätten anser att

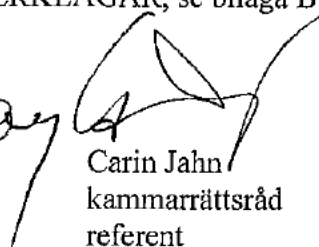
Statens konstråd har visat att undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU har varit tillämplig och att Statens konstråd därför har haft rätt att direktupphandla och ingå det aktuella avtalet med [REDACTED]

Eftersom kammarrätten 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.

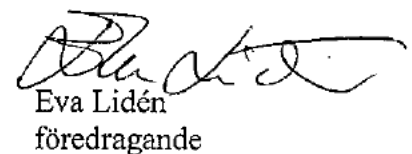
Kammarrätten finner sammanfattningsvis att Statens konstråds avtal med [REDACTED] från den 18 december 2015 ska bestå. Förvaltningsrättens dom ska därmed upphävas och överklagandet bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Magnus Ekman
lagman
ordförande


Carin Jahn
kammarrättsråd
referent


Victor Hagstedt
tf. kammarrättsassessor


Eva Lidén
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM

Avdelning 31

DOM
2016-11-21
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
6696-16

A

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

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

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 curatorn presenterar ett eventuellt idéförslag för en sakkunnig kommitté inom Konstrådet utvecklas, vid bifall till förslaget, ett programförslag av curatorn 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 högingustriella 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 curatorena fram ett idéförslag för ett konstnärligt projekt som presenteras av curatorn för granskning av en särskilt sammansatt kommitté, "konstheten", inom Konstrådet. Efter eventuellt godkännande av Konstrådets direktör ansvarar curatorn 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 gestaltungsuppdraget.

██████████ 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 curatorm ha utfört omfattande research gällande relevanta konstnärer och konstnärskap. Curatorn har begränsat sig till den aktuella konstnären utifrån ett allmänt tema och det framgår inte att curatorn 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. Curatorn har arbetat fram ett idéförslag gällande konstnären. Idéförslaget har granskats av en särskilt sammansatt kommitté och efter godkännande av Konstrådets direktör har curatorn 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.

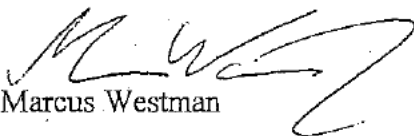
Med hänsyn till detta och då det inte finns tvingande hänsyn är avtalet ogiltigt.

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.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I 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 får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.