



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM
2015-10-08
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
19397-15

Sida 1 (7)

SÖKANDE



MOTPART

Stockholms Stad,
Kulturnämnden, Stockholms konst

Ombud: Stadsadvokat Gustaf Swedlund
c/o Juridiska avdelningen
Stadsledningskontoret
105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015-10-08	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår [REDACTED] ogiltighetstalan.

Förvaltningsrätten avvisar [REDACTED] ansökan om överprövning.

Dok.Id 654548

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag
		E-post:		08:00-16:30
		forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Kulturnämnden, Stockholms konst i Stockholms stad (Staden) har genomfört två direktupphandlingar avseende konstnärlig gestaltning av Kungsholmens grundskola (Fridhemsskolan) i Stockholm. Staden tecknade avtal med [REDACTED] den 12 maj 2015 för gestaltning av skulpturen *Okänd värld mellan himmel och jord* och med [REDACTED] den 3 september 2015 för gestaltning av skulpturen *Laborate*.

[REDACTED] yrkar, som han slutligen har justerat sin talan, att de avtal som Staden tecknat med [REDACTED] och [REDACTED] avseende konstnärlig gestaltning av Fridhemsskolan ska ogiltigförklaras. Han yrkar även att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför han huvudsakligen följande. Upphandlingarna är att betrakta som otillåtna direktupphandlingar enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Förutsättningarna för att tillämpa undantaget avseende konstnärliga skäl enligt LOU är inte uppfyllda. Avtalen mellan Staden och antagna konstnärer innefattar ett ställningstagande från Stadens sida att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita konstnärerna som leverantörer. På grund härav utgör den omständigheten att avtal redan föreligger, inte hinder för överprövning enligt LOU (jfr RÅ 2005 ref. 10). Stadens upphandlingar ska mot denna bakgrund göras om. Stadens konstprogram är en allmänt hållen beskrivning över de platser som de vill placera gestaltning på, vilken typ av byggnad det är och vilken typ av konstnärlig inriktning som kan passa. Konstprogrammet är inget förfrågningsunderlag eller en s.k. kravbeskrivning och programmet förklarar inte att den avsedda gestaltningen endast kan utföras av en enda konstnär. Något sådant underlag finns inte. Inte heller kan den tilltänkta gestaltningen anses vara ett sådant verk som ska komplettera ett sedan tidigare utfört verk på platsen. Staden har inte följt principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet och transparens.

Staden bestrider bifall till [REDACTED] begäran om överprövning. I första hand anser Staden att talan ska avvisas och i andra hand att begäran ska avslås. Som grund för bestridandet anförs bl.a. följande. Enligt 16 kap. 6 § andra stycket LOU får överprövning av en upphandling inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör, varför [REDACTED] talan ska avvisas. [REDACTED] talan bestrids under alla förhållanden eftersom Staden inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Staden har i båda upphandlingarna använt sig av direktupphandling med hänvisning till att det som ska upphandlas av konstnärliga skäl endast kan fullgöras av viss leverantör. Upphandlingarna avser således konstnärlig anskaffning av sådan särskild karaktär att de motiverat tillämpningen av undantagsbestämmelsen om direktupphandling under åberopande av konstnärliga skäl och Staden har tillämpat undantaget med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna bygger på.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 1 kap. 9 § LOU framgår följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

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 §§ är uppfyllda.

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 byggentreprenader, 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.

Av 16 kap. 6 § andra stycket LOU framgår att överprövning av en upphandling inte får ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Högsta förvaltningsdomstolen har i två olika avgöranden belyst undantagsbestämmelsens tillämplighet vid upphandling av konst. I rättsfallet RÅ 2008 ref. 79 uttalade Högsta förvaltningsdomstolen att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärliga tjänster. Upphandlingen handlade om 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 som valts ut 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 principer som upphandlingsreglerna bygger på, varför upphandlingen hade genomförts i enlighet med LOU. I rättsfallet RÅ 2009 not. 134 fann Högsta förvaltningsdomstolen att utredningen innehöll en allmän och tämligen tunn uppdragsbeskrivning där det framgick att kommunen 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.

Det är den som avser att åberopa en undantagsbestämmelse som har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs (se RÅ 2009 not. 134).

Förvaltningsrättens bedömning

Ogiltighetstalan

Förvaltningsrätten konstaterar att Staden efter upphandling har tecknat två avtal avseende konstnärlig gestaltning av Fridhemsskolan. Staden har i båda upphandlingarna använt sig av direktupphandling, dvs. ingått avtal utan föregående annonsering, med hänvisning till att det som ska upphandlas av konstnärliga skäl endast kan fullgöras av viss leverantör. Frågan är därför om den aktuella undantagsbestämmelsen är tillämplig beträffande de två upphandlingarna.

Staden som har bevisbördan för att undantagsbestämmelsen är tillämplig har anfört bl.a. följande till stöd för dess tillämplighet.

Stockholm konst tillsatte, i enlighet med sin arbetsmetod och i samråd med Beställaren, konstnären [REDACTED] som konstnärlig projektledare för projektet. För projektet tillsattes vidare en samrådsgrupp med representanter från beställaren och skolan, byggprojektledare, två konstnärligt sakkunniga arkitekter samt tre konstnärligt sakkunniga från Stockholm konst. Eftersom budgeten för projektet överskred 400 000 kr ingick också två politiker ur Stockholms konstråd i samrådsgruppen. Efter inledande möten med SISAB, arkitekter och skolans personal inledde den konstnärliga projektledaren arbetet med att ta fram ett konstprogram.

I konstprogrammet beskrivs projektets unika arkitektoniska och konstnärliga förutsättningar. Av konstprogrammet framgår bl.a. hur den nya tillbyggnaden är gestaltad interiört och exteriört, samt beställarens önskan om platsintegrerat verk interiört och ett för skolan signalgivande verk exteriört. Den konstnärliga gestaltningen ska vara förankrad i vår samtid och i detta etablera ett samband mellan byggnadens gamla och nya historia. Konstverken ska också ses som integrerad signalgivare för skolan och dess grundläggande idé och uppdrag om kultur, humanism och bildning. Den konstnärliga gestaltningen ska också samverka med det intensiva stadsrummet runt skolan. Konstnärssurvalet har gjorts efter en noggrann analys av platsen, dess behov, funktion och estetik och följande kriterier har använts:

- Ett avancerat samtida konstnärligt uttryck
- Dokumentation av tidigare utförda konstverk och genomförda komplexa konstprojekt

- Kunskap om material och förmåga att genomföra hållbara tekniska lösningar
- Erfarenhet att med konst förhålla sig till en specifik kontext
- Erfarenhet av samarbete med andra inom projekt, med bibehållen hög konstnärlig kvalitet
- Konstnärskapen ska kunna relatera dels till den urbana miljön där byggnaden finns, dels till de specifika behov skolan har samt den kontext en grundskola utgör.

Med denna kravspecifikation har ett urval vaskats fram ur en vidare grupp och från en större mängd konstnärsmaterial inskickat till Stockholm konst och i dialog med Stockholm konstns tolv konstprojektledare. För Fridhemsskolan valdes till slut fyra konstnärer ut för en presentation inför samrådsgruppen och av dessa var det två vars konstnärliga unika konstnärliga kvaliteter också motsvarade ovanstående specifikation (██████████ och ██████████). Efter konstprogram och urval följde en tre månader lång skissperiod och vid beslutsmöte den 27 april 2015 godkände samrådsgruppen ██████████ och ██████████ skissförslag samt beslutade att genomföra förslagen till gestaltning. Stockholm konstråd beslutade den 12 maj 2015 att godkänna ██████████ förslag och beslutade den 3 september 2015 att godkänna ██████████ i förslag, för konstnärlig gestaltning av Fridhemsskolan.

Förvaltningsrätten finner att Staden, mot bakgrund av de detaljerade beskrivningar som lämnats avseende uppdragens särskilda karaktär och den urvalsprocess som skett utifrån kravspecifikationen, har visat att undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU är tillämplig i båda upphandlingarna och att undantaget har tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU. Upphandlingarna har således genomförts i enlighet med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som lagen bygger på. Förvaltningsrätten bedömer därför att avtalen inte ska ogiltigförklaras på grund av att de ingåtts utan föregående annonsering. ██████████ ogiltighetstalan ska därför avslås.

Ansökan om överprövning

██████████ yrkar även att upphandlingen ska göras om. Han anför att avtalen mellan Staden och antagna konstnärer innefattar ett

ställningstagande från Stadens sida att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita konstnärerna som leverantörer. På grund härav utgör den omständigheten att avtal redan föreligger, inte hinder för överprövning enligt LOU (jfr RÅ 2005 ref. 10).

Som framgått ovan har avtal slutits den 12 maj 2015 respektive den 3 september 2015 efter korrekt genomförda direktupphandlingar. [REDACTED] ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten den 9 september 2015. Någon överprövning av upphandlingarna får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör (jfr 16 kap. 6 § andra stycket LOU). [REDACTED] ansökan om överprövning ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Peter Andrén

Rådman

Charlotte Klasson 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 upp hävt 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.