



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2016-08-26
Meddelad i Stockholm

Mål nr
10776-16

SÖKANDE

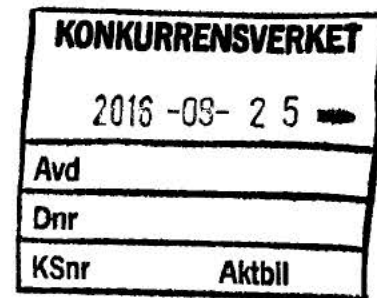
[REDACTED]
Klippan 18
414 51 Göteborg

MOTPART

Statens Konstråd, 202100-1033
Box 45134
104 30 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar [REDACTED] yrkande om att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ogiltigförklaring av ingånget avtal.

Dok.Id 762974

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

YRKANDEN M.M.

Statens konstråd har genomfört en direktupphandling som avser en byggnadsanknuten konstnärlig gestaltning i samband med en tillbyggnad av Arrheniushuset vid Stockholms universitet, dnr 3.1.1/2013:117. Den 3 maj 2016 tecknade Statens konstråd avtal med konstnären [REDACTED]

[REDACTED] ansöker om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och yrkar dels att avtalet förklaras ogiltigt, dels att upphandlingen ska göras om. [REDACTED] yrkar även att förvaltningsrätten ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Han anför bl.a. följande.

Inget i den så kallade kravbeskrivningen säger att uppdraget endast kan utföras av en enda konstnär, utan det framstår som att ett flertal konstnärer kan konkurrera kring den aktuella kravbild. Det bästa sättet att få fram förslag att ta ställning till är att utannonsera och konkurrensutsätta uppdraget. Myndigheten har inte redovisat varför man generellt ska direktupphandla alla uppdrag, konstnärliga tjänster. Direktupphandlingar får endast genomföras så länge upphandlingar av samma slag gjorda under räkenskapsåret inte överstiger 15 procent av tröskelvärdet.

Både EU-domstolen och kommissionen har konstaterat att undantaget från annonseringsplikten ska tillämpas restriktivt och endast i undantagsfall. Undantaget får enbart användas då myndigheten kan visa att inga likvärdiga konstverk eller konstnärer existerar. En objektiv bedömning av om likvärdiga konstnärer finns tillgängliga ska vara saklig och opartisk. EU-domstolen har inte tidigare prövat tillämpningsgrunden "konstnärliga skäl" varför förhandsavgörande ska inhämtas.

Statens konstråd bestrider bifall till ansökan och yrkar i första hand att den ska avvisas på grund av res judicata och i andra hand att ansökan ska avslås. Statens konstråd anför bl.a. följande.

██████████ har tidigare ansökt om överprövning av denna upphandling och förvaltningsrätten fann då – med beaktande av samma omständigheter som i detta mål – att undantaget från annonsering på grund av konstnärliga skäl var tillämpligt (Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 17 juni 2014 i mål nr 9253-14). Sedan förvaltningsrättens dom meddelades har inga nya omständigheter tillkommit. Mot denna bakgrund anser Statens konstråd att förvaltningsrätten på grund av res judicata är förhindrad att ånyo pröva om undantaget från annonsering på grund av konstnärliga skäl är uppfyllt avseende den aktuella upphandlingen. Ansökan ska därför avvisas.

Statens konstråd yrkar i andra hand att ansökan ska avslås och anför till stöd för detta följande. Som anförts har den förevarande upphandlingen redan prövats av förvaltningsrätten. ██████████ har i den aktuella ansökan i allt väsentligt åberopat samma grunder och omständigheter för ett ingripande enligt LOU som i förvaltningsrättens mål nr 9253-14. Om en upphandlande myndighet har haft grund för att genomföra en upphandling enligt 15 kap. 3 § LOU saknas grund för att förklara avtalet, som är resultatet av upphandlingen, ogiltigt. Statens konstråd hänvisar således till vad som tidigare anförts i mål nr 9253-14.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 7 kap. 1 § LOU gäller att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 5–8 §§.

Av 16 kap. 13 § 1 LOU framgår 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 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §.

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 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.

Förvaltningsrättens bedömning

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

██████ ansökan om överprövning av upphandlingen kom in till förvaltningsrätten efter att avtal tecknats. Förvaltningsrätten är därmed förhindrad att överpröva upphandlingen. ██████ yrkande om att upphandlingen ska göras om ska därmed avvisas.

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref 36 framgår att en förvaltningsdomstols dom i ett mål om överprövning av offentlig upphandling inte vinner negativ rättskraft. Förvaltningsrätten går därför vidare till att pröva om avtalet i upphandlingen ska förklaras ogiltigt på den grunden att Statens konstråd har genomfört en otillåten direktupphandling.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att EU-domstolen har uttalat att undantag från grundläggande regler i fördraget ska tolkas restriktivt och att den som avser att åberopa en undantagsbestämmelse har bevisbördan för att

det föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs, se mål C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland punkt 58.

Även Högsta förvaltningsdomstolen har i två avgöranden belyst undantagsbestämmelsernas tillämplighet vid upphandling av konst. I RÅ 2008 ref. 79 uttalas att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärliga tjänster. Upphandlingen handlade om en konstnärlig gestaltning i ett konsert- och kongresshus. Kommunen hänvisade till anskaffningens särskilda karaktär och till att det slutliga beslutet föregåtts av bedömningar av en större krets av konstnärer och att detta urval 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 principer som upphandlingsreglerna bygger på, varför upphandlingen hade genomförts i enlighet med LOU.

I RÅ 2009 not. 134 ansåg Högsta förvaltningsdomstolen att det i utredningen var en tämligen tunn uppdragsbeskrivning där det endast framgick att den upphandlande myndigheten 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.

Mot bakgrund av aktuell praxis anser förvaltningsrätten att det inte är nödvändigt att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Yrkandet om detta ska därför avslås.

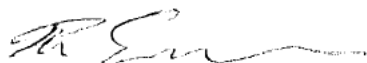
Förvaltningsrätten i Stockholm har tidigare i dom den 17 juni 2014 i mål nr 9253-14, innan avtal i upphandlingen tecknades, tagit ställning till [REDACTED] begäran om överprövning av upphandlingen på den grund att upphandlingen utgjorde en otillåten direktupphandling. Förvaltningsrätten konstaterade i det målet bl.a. följande. Statens konstråd har på ett gediget

sätt beskrivit anskaffningens särskilda karaktär. En tillsatt samrådsgrupp har gjort bedömningar av åtta konstnärer vars konstnärskap beaktats utifrån kravspecifikationen och föreslagit en av dessa för ett skissuppdrag. Förvaltningsrätten ansåg mot bakgrund av detta att Statens konstråd har visat att undantaget i 15 kap. 3 § LOU har tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna bygger på. Förvaltningsrätten avslag därför [REDACTED] ansökan om överprövning. [REDACTED] överklagade domen till Kammarrätten i Stockholm som den 5 maj 2014 beslutade att inte meddela prövningstillstånd.

I frågan om det rör sig om en tillåten direktupphandling finner förvaltningsrätten inte skäl att göra en annan bedömning än den som gjordes i ovan nämnda mål nr 9253-14. Förvaltningsrätten anser alltså att Statens konstråd har visat att undantaget i 15 kap. 3 § LOU har tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna bygger på. Statens konstråd har därför inte haft skyldighet att annonsera upphandlingen enligt 7 kap. 1 § LOU. Det saknas därmed skäl att förordna om att avtalet ska förklaras ogiltigt med stöd av 16 kap. 13 § LOU och [REDACTED] ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Per Eskilsson

Rådman

Tanja Lindqvist 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.