



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 30

DOM
2016-07-08
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
5349-16

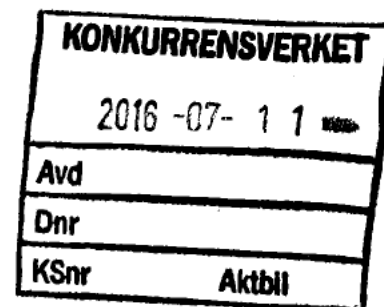
SÖKANDE



MOTPART

Stockholms Stad
Kulturnämnden, Stockholms konst

Ombud: Stadsadvokat Gustaf Swedlund
Stadsledningskontoret
Juridiska avdelningen
Hantverkargatan 3 A, 2 tr.
105 35 Stockholm



SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar [redacted] ansökan om överprövning av upphandlingen.

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om inhämtande av yttrande från Konkurrensverket.

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

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning av avtalets giltighet.

Dok.Id 727982

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.

Kulturnämnden, Stockholms konst i Stockholms stad (Staden) har genomfört en direktupphandling avseende konstnärlig gestaltning av Hägerstenshamnens skola. Staden tecknade avtal med konstnären [REDACTED] den 3 december 2015.

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

Staden följer inte huvudregeln om utannonsering i LOU. Staden har inte uppfyllt förutsättningarna för tillämpning av undantaget för konstnärliga skäl enligt LOU. 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 denna kravbild och det bästa sättet är att utannonsera och konkurrensutsätta uppdraget för att få fram bästa möjliga förslag att ta ställning till. Det finns inga skäl att fastslå att det handlar om ensamrätt till att utföra uppdraget. [REDACTED] har skadats genom att inte kunna komma ifråga för anbudsgivning. Staden är vidare skyldig att anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandling vars värde överstiger 100 000 kronor. Någon sådan dokumentation har inte kunnat lämnas ut av Staden, vilket är anmärkningsvärt.

Staden hänvisar till flera kriterier vilka är vanligt förekommande vid olika upphandlingar som är utannonserade av olika kommuner och landsting, då krav på konstnärlig färdighet ställs. Utifrån dessa krav och kriterier erbjuds yrkesaktiva konstnärer - leverantörer - att komma in med intresseanmälan

och anbud. Det finns ingen anledning för Staden att alltid välja direktupphandling bara för att undkomma kravet på utannonsering. Det urval som Stadens konstkonsulter gör är ingen öppen verksamhet, utan helt sluten sådan. Potentiella leverantörer och de utanförstående konstnärerna som anser sig kunna leverera har ingen vetskap om denna process och om det godtycke och den handplockning som sker i skymundan. Staden har inte på sin hemsida eller på annat sätt meddelat att man avser teckna kontrakt och därmed gjort det möjligt för anbudssökande att hemställa om överprövning.

Både EU-domstolen och kommissionen har konstaterat att undantaget från annonsplikten ska tillämpas restriktivt och endast i undantagsfall. Undantaget får endast användas då myndigheten kan visa att inga likvärdiga konstverk eller konstnärer existerar. EU-domstolen har inte tidigare prövat tillämpningsgrunden "konstnärliga skäl" varför förhandsavgörande ska inhämtas.

Staden yrkar för egen del i första hand att [REDACTED] talan ska avvisas då ingen av parterna är leverantörer i LOU:s mening. För det fall [REDACTED] har talerätt ska yrkandet om överprövning av upphandlingen avvisas eftersom avtal har tecknats. När det gäller yrkandet om att avtalet med [REDACTED] ska ogiltigförklaras bestrider Staden yrkandet. Till stöd för sin inställning anför Staden bl.a. följande.

Det är oklart om [REDACTED] för talan i eget namn eller om han uppträder som ombud för den ideella föreningen [REDACTED]. Oavsett vem av dessa parter som ska anges vara sökanden i målet är det Stadens uppfattning att de saknar talerätt då de inte utgör leverantörer i LOU:s mening. Staden vidgår att leverantörsbegreppet ska tolkas brett, men det fråntar inte sökanden skyldigheten att visa att sökanden är leverantör på

den aktuella marknad som upphandlingen avser. [REDACTED]
[REDACTED] är snarast en intresseförening för konstnärer som arbetar för att tillvarata medlemmarnas intressen. Den här typen av intresseföreningar är inte taleberättigade enligt LOU och kan därför inte begära överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet (se prop. 2009/10:180 s 179f). Vad gäller [REDACTED] talerätt, om det är han som ska anses vara sökande i målet, så är även han starkt identifierad med [REDACTED] och det intressearbete som föreningen driver. Av sidan tre i ansökan framgår att det enligt sökanden har uppstått en skada, ”om inte för någon enskild leverantör så för marknaden i stort”. Att en privatperson anser att en upphandling har gått fel till och menar att det har haft en allmän negativ påverkan på den aktuella marknaden utgör inte en grund för talerätt och talan ska därför avvisas.

Bedömningen av talerätten måste vidare utgå ifrån den för upphandlingen relevanta marknaden. Den aktuella upphandlingen avser en konstnärlig gestaltning i form av utsmyckning av de stora glaspartierna i entréhallen till skolan i form av bilder av vattenlevande organismer tryckta direkt på glaset i entréhallen. Av [REDACTED] hemsida som bl.a. innefattar CV, liksom av den intresseanmälan som getts in, framgår att han utför väggmålningar och målning på vägg och duk och att han har utbildning i måleri och litografi. [REDACTED] arbetar inte med glas och skulle inte komma ifråga för att utföra det verk som [REDACTED] har anlåtats för. [REDACTED] är således inte heller verksam på den marknad som upphandlingen avser och kan inte heller utföra den prestation som upphandlas. [REDACTED] kan därför inte heller av den anledningen anses uppfylla kriterierna för att vara en leverantör i LOU:s mening i förhållande till den aktuella upphandlingen (jfr Förvaltningsrätten i Stockholms dom 2013-04-30 i mål nr 5951-13).

[REDACTED] yrkande om överprövning ska avvisas eftersom avtal avseende genomförande tecknades den 3 december 2015.

Staden har, vad gäller [REDACTED] yrkande om ogiltighet av avtal, använt sig av direktupphandling med hänvisning till att det som ska upphandlas av konstnärliga skäl endast kan fullgöras av viss leverantör. Staden tillsatte i enlighet med sin arbetsmetod och i samråd med beställaren konstnären [REDACTED] som konstnärlig projektledare för Hägerstenshamnens skola. För projektet tillsattes även en samrådsgrupp med representanter från beställarna, konstnärligt sakkunniga arkitekter, varav en landskapsarkitekt samt tre konstnärligt sakkunniga från Stockholm konst. Även två politiker ur Stockholms konstråd ingick i samrådsgruppen. [REDACTED] gjorde ett konstnärsurval efter noggrann analys av platsen, dess behov, funktion och estetik utifrån följande kriterier;

- 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
- Konstnärskapet ska kunna relatera den aktuella miljön för en tänkt helhet

För Hägerstenshamnens skola valdes till slut tre konstnärer ut vars särpräglade uttryck bedömdes göra dem väl lämpade för uppdraget, utifrån analys av platsen och dess behov. De tre konstnärerna presenterades vid ett skissbeslutsmöte 18 mars 2015. Av kravspecifikationen framgår att den konstnärliga gestaltningen kräver en konstnär med gedigen erfarenhet samt i besittning av unika konstnärliga färdigheter - väl synliga i kvaliteten i det färdiga, integrerade verket. Konstverket ska vidare vara anpassat till den specifika platsen i det glasade trapphuset i skolbyggnaden, med de komplexa förutsättningar som finns där avseende såväl material, ljussättning och egenskap av genompassage för alla skolans elever och lärare. Den av

offentliga arbeten väl erfarna [REDACTED] uppfyllde sålunda alla de kriterier som detta projekt krävde och hon bjöds därför av en enhällig beslutsgrupp, i vilken konstnärlig majoritet rådde, in att lämna ett skissförslag den 13 april 2015. Efter en längre skissperiod godkände samrådsgruppen vid beslutsmöte den 27 oktober 2015 enhälligt [REDACTED] skissförslag. Grund för godkännande av skiss och kontraktsskrivande var förutom verkets uppenbara kvalitéer att [REDACTED] beaktat projektets komplexa förutsättningar och med sin värld av lätt surrealistiska vattendjur och -växter intagit skolans glaspariter vilket på ett ytterligt inriktat sätt, och med konstnärlig integritet, kopplar egen konstnärlig tematik till skolans undervisningstematik. [REDACTED] var med sina konstnärliga erfarenheter av liknande projekt och sitt unika bildspråk den mest lämpade att både kontrakteras för skissupdrag och därefter för gestaltning av detta specifika objekt. Den konstnärliga anskaffningen är av sådan karaktär att den motiverat tillämpningen av undantagsbestämmelsen om direktupphandling under åberopande av konstnärliga skäl. Staden har tillämpat undantaget med den urskiljning som förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna bygger på.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Den första frågan i målet förvaltningsrätten har att ta ställning till är om [REDACTED] är att anse som leverantör i LOU:s mening. Enligt 2 kap. 11 § LOU avses med leverantör den som på marknaden tillhandahåller varor, tjänster eller utför byggentreprenader. Leverantörsbegreppet bör ges en vid tolkning och förvaltningsrätten anser därmed att [REDACTED] är att betrakta som leverantör i LOU:s mening varför hans talan inte ska avvisas på denna grund. Vad Staden i övrigt har anfört om [REDACTED] [REDACTED] medför ingen annan bedömning.

Vad gäller [REDACTED] yrkande om att upphandlingen ska göras om konstaterar förvaltningsrätten att Staden den 3 december 2015 har ingått avtal med [REDACTED] avseende konstnärlig gestaltning av Hägerstenshamnens skola. Mot denna bakgrund kan förvaltningsrätten, enligt 16 kap. 6 § andra stycket LOU, inte överpröva upphandlingen. Yrkandet ska därför avvisas.

Förvaltningsrätten går vidare till att pröva om avtalet i upphandlingen ska förklaras ogiltigt på den grunden att Staden 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 urskiljning som förutsätts i LOU 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

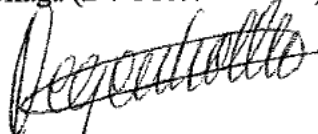
utgöra ett minnesmärke över Förintelsens offer. Av uppdraget framgick inte några omständigheter kring det tänkta minnesmärket som skulle kunna göra undantaget tillämpligt och kommunen ansågs därför ha brutit mot LOU.

Mot bakgrund av aktuell praxis anser förvaltningsrätten att det inte är nödvändigt att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Det finns inte heller anledning att inhämta yttrande från Konkurrensverket. Yrkandena om detta ska därför avslås.

Förvaltningsrätten finner vidare att Staden, mot bakgrund av de beskrivningar som lämnats avseende uppdragets särskilda karaktär och den urvalsprocess som skett, har visat att undantaget i 15 kap. 3 § LOU har tillämpats med den urskiljning som förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna bygger på. Förvaltningsrätten bedömer därför att avtalet inte ska ogiltigförklaras på grund av att det ingåtts utan föregående annonsering. Vad [REDACTED] har anfört och vad som i övrigt har framkommit föranleder ingen annan bedömning. [REDACTED] ansökan om överprövning av avtalets giltighet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Haike Degenkolbe
Rådman

Anna Brantberger 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.