



SÖKANDE

[REDACTED]

MOTPART

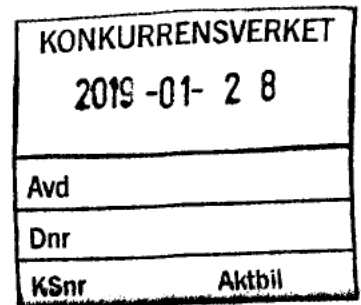
1. Stockholms stad, Kulturnämnden

Ombud: Malin Lindvall
Stadsledningskontoret
Juridiska avdelningen
Hantverkargatan 3 A, 2 tr
105 35 Stockholm

2. [REDACTED]
Marmorgatan 11 [REDACTED]
118 67 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar [REDACTED] yrkande om överprövning av upphandlingen.

Förvaltningsrätten avslår [REDACTED] yrkanden om att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen och yttrande från Konkurrensverket.

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning av ingånget avtal och förklarar att avtalet mellan Stockholms stad och [REDACTED] är ogiltigt.

YRKANDEN M.M.

Kulturnämnden i Stockholm stad (staden) ingick den 31 maj 2018 avtal med [REDACTED] om utförande av konstnärlig gestaltning vid Edö 1, vård- och omsorgsboende, Farsta (dnr 3.2/2188/2017).

[REDACTED] yrkar dels att upphandlingen ska göras om, dels att Stockholm stads avtal med konstnären [REDACTED] ska ogiltigförklaras. Han yrkar även att förvaltningsrätten inhämtar ett förhandsavgörande från EU-domstolen och ett yttrande från Konkurrensverket. Till stöd för sin talan anför han bl.a. följande. Han har diskriminerats genom att staden har direktupphandlat gestaltningsuppdraget och handplockat en enskild konstnär efter eget godtycke på ett otillbörligt sätt. Den upphandlande myndigheten måste kunna visa att det varit motiverat att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Undantaget från annonseringsplikten ska tillämpas restriktivt och endast i undantagsfall. Den upphandlande myndigheten måste kunna visa att inga likvärdiga konstverk eller konstnärer existerar.

Staden yrkar att ansökan om överprövning av upphandlingen ska avvisas eftersom en överprövning av upphandling inte får ske efter det att avtal har slutits enligt 20 kap. 6 § 2 st. lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Vidare bestrider staden ansökan om ogiltighet av avtalet och anför bl.a. följande. Upphandling av konst och konstnärlig gestaltning är ett speciellt område där särskilda förutsättningar gör sig gällande. Staden har arbetat fram en specifik kravbild utifrån den aktuella platsen och valet av konstnär har gjorts ur ett större urval för att säkerställa att de upphandlingsrättsliga principerna tillämpas. Genom valet av konstnär vill staden skapa ett unikt konstverk som i högsta grad är kopplat till konstnärens alldeles särskilda förmåga och specifika uttrycksätt. Förutsättningar för att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående

annonsering har därför förelegat och staden har följt LOU och de grundläggande principerna. Staden har tillämpat undantagsbestämmelsen om förhandlat förfarande utan föregående annonsering eftersom det som upphandlats av konstnärliga skäl endast kan fullgöras av viss leverantör.

██████████ har samma inställning i målet som staden.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Överprövning av upphandling

Av 20 kap. 6 § andra stycket LOU framgår att överprövning av en upphandling inte får ske efter att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Staden ingick avtal med ██████████ den 31 maj 2018. ██████████ ansökan om överprövning av upphandlingen inkom till förvaltningsrätten den 23 november 2018. Eftersom ██████████ ansökan om överprövning av upphandlingen kom in till förvaltningsrätten efter det att avtal hade tecknats kan förvaltningsrätten inte överpröva upphandlingen. Yrkandet ska därför avvisas.

Förhandsavgörande från EU-domstolen och yttrande från Konkurrensverket

Förvaltningsrätten anser att det inte finns skäl att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen eller yttrande från Konkurrensverket. Dessa yrkanden ska därför avslås.

Ogiltigförklaring av avtal

Det är ostridigt i målet att staden slutit avtal om konstnärlig gestaltning utan att annonsera om uppdraget i förväg. Frågan i målet är om staden har haft rätt att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med hänvisning till att gestaltningen av konstnärliga skäl endast har kunnat fullgöras av en viss leverantör i enlighet med undantaget i 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU.

Om direktupphandling skett på ett otillåtet sätt, ska det avtal som ingåtts mellan den upphandlande myndigheten och den utvalda leverantören förklaras ogiltigt.

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det har förelegat förutsättningar för att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering (jfr prop. 2001/02:142 s. 99).

Om avtal har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör utan föregående annonsering behöver den sökande leverantören inte påvisa någon skada eller risk för skada för att överprövning av avtalets giltighet ska kunna ske.

Av utredningen i målet framgår att staden inom ramen för den så kallade enprocentsregeln har följt en viss arbetsprocess för inköp av den aktuella konstnärliga gestaltningen. Inom ramen för denna process har en projektledare tillsatts med uppdrag att ta fram ett konstprogram. Av konstprogrammet framgår att projektledaren tagit ställning till förutsättningarna för den konstnärliga gestaltningen på Edö vård- och

omsorgsboende, lämpliga platser för den konstnärliga gestaltningen samt kriterier för val av konstnär.

Enligt förvaltningsrättens bedömning är konstprogrammet för Edö vård- och omsorgsboende mycket vagt formulerat när det gäller önskemål om den konstnärliga gestaltningen. Av konstprogrammet framgår att aktuell byggnad kommer att användas till vård- och omsorgsboende för personer med i huvudsak demenssjukdomar, vilket ställer särskilda krav på konsten. Staden har dock inte uttryckligen angivit några specifika krav på den konstnärliga gestaltningen utifrån denna förutsättning. Av konstprogrammet framgår endast att syftet med konst i vårdmiljö syftar till att inspirera och skapa intryck som kan ha en positiv inverkan på betraktaren samt att den ska bidra till en lugn och ombonad känsla med egen karaktär. Vidare ska den konstnärliga gestaltningen vara hållbar över tid, klara yttre omständigheter såsom skiftningar i årstider och passa in i platsens och byggnadens arkitektur och historik.

I konstprogrammet har staden vidare redogjort för de krav som ställs på den konstnär som ska engageras i projektet. Härav framgår att konstnären ska uppvisa ett tydligt och starkt formspråk, ha en hög konstnärlig kvalitet i sitt konstnärskap samt ha tidigare erfarenhet av att arbeta med större projekt. Vidare ska konstnären ha ett intresse och bakgrund av att arbeta med gestaltning i offentliga miljöer, ha kunskap och erfarenhet av liknande verksamheter samt ha goda kunskaper kring att arbeta i utomhusmiljö. Därutöver har staden motiverat sitt val av [REDACTED] genom en presentation av hennes bakgrund, yrkeserfarenhet och kompetens.

Enligt förvaltningsrättens bedömning är det som redogjorts för i konstprogrammet inte tillräckligt för att visa att syftet med upphandlingen har varit att skapa eller förvärva unika konstverk eller unika konstnärliga

prestationer (jfr RÅ 2009 not 134). Undantagsbestämmelsen i 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU är alltså inte tillämplig i den aktuella upphandlingen.

Eftersom staden har genomfört en otillåten direktupphandling är förutsättningarna för att ogiltigförklara det avtal som slutits mellan staden och konstnären [REDACTED] uppfyllda. Ansökan om överprövning av avtalet ska därför bifallas och det ingångna avtalet förklaras ogiltigt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Peter Lif
Chefsrådman

Angelica Ågren har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

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.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma 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 infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, 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.

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.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.