



KLAGANDE

[REDACTED]

Ombud för 1-2: [REDACTED]

MOTPART

Kulturnämnden i Stockholms stad

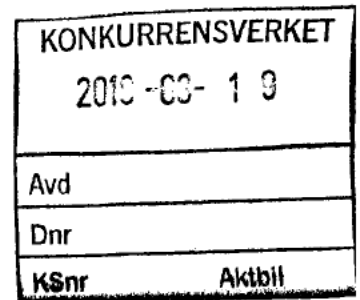
Ombud: Stadsadvokat Malin Lindvall

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 15 november 2018
i mål nr 22913-18, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling



KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avvisar yrkandet om överprövning av upphandlingen.
2. Kammarrätten avslår yrkandet om att hämta in förhandsavgörande från EU-domstolen.
3. Kammarrätten avslår yrkandet om att hämta in yttrande från Konkurrensverket.
4. Kammarrätten bifaller ansökan om överprövning och förklarar ingånget avtal mellan Kulturnämnden i Stockholms stad och [REDACTED] om utförande av konstnärlig gestaltning av [REDACTED] [REDACTED] ogiltigt.

YRKANDEN M.M.

[REDACTED] och [REDACTED] yrkar att Stockholms stads avtal med [REDACTED] ska förklaras ogiltigt och att upphandlingen ska göras om. De yrkar också att kammarrätten ska inhämta yttrande från Konkurrensverket och förhandsavgörande från EU-domstolen. De för fram bl.a. följande. Andra potentiella leverantörer diskrimineras genom att Stockholms stad vid varje gestaltningsuppdrag handplockar en konstnär. Det är inte tillåtet att generellt undanta offentliga konstnärliga gestaltningar från kravet på annonsering, utan direktupphandling är endast tillåtet om den upphandlande myndigheten kan visa att inga likvärdiga konstverk eller konstnärer existerar. Att den upphandlande myndighetens subjektiva uppfattning får avgöra vilken konstnär som är bäst lämpad för uppdraget står i strid med de upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och transparens. Den upphandlande myndigheten måste beakta andra aspekter utöver estetiska, som t.ex. miljöhänsyn, pris, tekniska lösningar och funktionalitet. Kravbeskrivningarna innehåller även många allmänt hållna krav, som t.ex. krav på kvalitet och erfarenhet, och det finns inget som talar för att de utvalda konstnärerna är de enda som kan utföra de aktuella uppdragen.

Kulturnämnden i Stockholms stad anser att överklagandet ska avslås, hänvisar till det som staden fört fram i förvaltningsrätten och i ett överklagande till Högsta förvaltningsdomstolen avseende ett annat mål gällande samma fråga samt tillägger bl.a. följande. Upphandlingen är detaljerat beskriven. Staden har velat upphandla platsspecifik konstnärlig gestaltning, där platsens särskilda karaktär, interaktionen med den verksamhet som ska bedrivas på den aktuella platsen och samspelet med arkitektoniska värden i byggnader och landskap har lett till att staden har tillämpat undantaget för konstnärliga skäl. En tydlig kravspecifikation har tagits fram och den valda konstnären har haft avgörande betydelse för att uppnå de särskilda syften som staden har med den konstnärliga gestaltningen. Syftet med upphandlingen är att förvärva ett unikt konstverk

eller en unik konstnärlig prestation, skapat utifrån stadens specifika krav för den aktuella platsen. Det är inte möjligt att övertygande visa att inte någon annan konstnär hade kunnat skapa en godtagbar konstnärlig gestaltning på den aktuella platsen, men det kan inte heller krävas. Det hade dock inte varit möjligt för någon annan konstnär att skapa just de specifika konstnärliga gestaltningar som staden har upphandlat, eftersom de alla utgör unika konstverk med hög konstnärlig kvalitet som är skapad specifikt för staden och den plats konstverket ska finnas på. Valet av konstnär har följt en noga reglerad process där de upphandlingsrättsliga principerna har tillämpats med den urskillning som krävs. De unika konstverkens kvalitet motiverar tillämpningen av undantagsbestämmelsen i lagen om offentlig upphandling (2016:1145), LOU, och har varit nödvändig för att uppnå syftet med upphandlingen.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Inhämtande av yttrande från Konkurrensverket och förhandsavgörande från EU-domstolen

Enligt 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) ska rätten se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver.

Kammarrätten anser, med hänsyn till sakfrågan och det som har kommit fram, att det inte finns behov av att inhämta yttrande från Konkurrensverket eller förhandsavgörande från EU-domstolen. Yrkandena ska därför avslås.

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.

Stockholms stad har ingått avtal med den utvalda konstnären. Kammarrätten kan därför inte överpröva upphandlingen. Yrkandet om överprövning av upphandlingen ska därför avvisas.

Ogiltigförklaring av avtal

Rättsliga utgångspunkter

Frågan i målet är om Stockholms stad har haft rätt att direktupphandla de aktuella konstnärliga gestaltningarna med hänvisning till att de av konstnärliga skäl endast har kunnat fullgöras av en viss leverantör i enlighet med 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU. Det är Stockholms stad som har bevisbördan och som alltså ska visa att förutsättningarna för direktupphandling är uppfyllda.

Undantagsbestämmelsen har sin grund i artikel 31.1 b i Europaparlamentets och Rådets direktiv om offentlig upphandling¹. Motsvarande artikel i det nya LOU-direktivet², artikel 32.2 b, har dock fått en ny utformning. I artikeln anges bl.a. att direktupphandling får tillämpas för offentliga kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster om byggtreprenaden, varorna eller tjänsterna endast kan tillhandahållas av en viss ekonomisk aktör på grund av att syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation. Ledning för hur artikel 32.2 b ska tolkas finns i skälen till direktivet. I skältext 50 anges bl.a. följande. Undantaget bör begränsas till fall då 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

¹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

² Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

konstverk, när konstnärens identitet i sig avgör konstföremålets unika art och värde.

Artikel 32.2 b har införlivats i svensk rätt genom 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU. Kammarrätten anser dock att rättsläget inte har ändrats genom den nya lydelsen av undantagsbestämmelsen för konstnärlig gestaltning (prop. 2015/16:195 s. 998). De avgöranden som finns på området från tiden före det nya LOU-direktivets ikraftträdande är alltså fortfarande vägledande för hur undantagsbestämmelsen ska tillämpas.

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i två avgöranden uttalat sig om undantagsbestämmelsen för konstnärlig gestaltning. I RÅ 2008 ref. 79 bedömde HFD att undantaget var tillämpligt. HFD uttalade att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärlig gestaltning, där de estetiska bedömningarna får avgörande betydelse för valet av leverantör. HFD lade också vikt vid att det slutliga beslutet om val av konstnär hade föregåtts av bedömningar av en större krets konstnärer och att detta urval hade gjorts av en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté. I ett senare avgörande, RÅ 2009 not. 134, bedömde HFD att undantaget inte var tillämpligt. HFD uttalade att uppdragsbeskrivningen var tämligen tunn och att det endast framgick att den upphandlande myndigheten önskade köpa en konstnärlig gestaltning som skulle utgöra ett minnesmärke över Förintelsens offer. Kommunen hade enligt HFD presenterat uppdraget på ett allmänt sätt och inte angivit några omständigheter kring det tänkta minnesmärket som skulle kunna göra undantaget tillämpligt.

Upphandlingar av konstnärlig gestaltning särskiljer sig från andra upphandlingar på så sätt att det är konstnärliga eller estetiska värderingar som styr valet av leverantör. Vid sådana förhållanden är det oundvikligt att den upphandlande myndighetens subjektiva uppfattning om vilken konstnär som är bäst lämpad att utföra ett visst uppdrag till stor del styr valet av leverantör. Det kan inte heller krävas att den upphandlande myndigheten

ska visa att ingen annan leverantör hade kunnat skapa ett likvärdigt konstverk. Detta innebär dock inte att den upphandlande myndigheten fritt kan välja en konstnär för ett visst uppdrag, utan den upphandlande myndigheten måste fortfarande visa att syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation. Om t.ex. konstnärens specifika uttryckssätt varit avgörande för att den upphandlande myndighetens önskemål och krav med den konstnärliga gestaltningen ska kunna uppfyllas ligger det enligt kammarrättens uppfattning nära till hands att upphandlingen haft ett sådant syfte. För att den upphandlande myndigheten ska lyckas visa att det förhållit sig på ett sådant sätt kan de önskemål och krav som den upphandlande myndigheten ställer på den konstnärliga gestaltningen inte vara för allmänt hållna (RÅ 2009 not. 134). Det räcker alltså inte med en utförlig motivering till ett visst konstnärsval.

Kammarrättens bedömning

Stockholms stad har fört fram att det inte varit möjligt för någon annan konstnär att skapa de konstnärliga gestaltningarna som den aktuella upphandlingen avser eftersom konstverken är skapade specifikt för staden och de aktuella platserna. När en konstnär väl tagit fram ett skissförslag på en konstnärlig gestaltning ligger det dock enligt kammarrättens mening i sakens natur att endast den konstnären kan skapa sitt eget verk (jfr Kammarrätten i Stockholms avgöranden den 6 december 2018 i mål nr 4063-18 och 4064-18). Detta leder alltså inte till att undantaget är tillämpligt.

Stockholms stad har vidare uppgett att staden har tillämpat undantaget för konstnärlig gestaltning eftersom den aktuella upphandlingen avser plats-specifik konstnärlig gestaltning där konsten ska samspela med platsen och verksamheten som bedrivs där. Att den aktuella upphandlingen avser platsspecifik konstnärlig gestaltning är dock enligt kammarrättens mening

inte i sig tillräckligt för att undantaget för konstnärlig gestaltning ska vara tillämpligt. Även vid denna typ av upphandlingar måste Stockholms stad visa att undantagsbestämmelsen är tillämplig i varje enskild upphandling.

Stockholms stad har beskrivit den konstnärliga gestaltning som staden önskat upphandla i ett konstprogram. Det är med utgångspunkt i konstprogrammet som den sakkunniga projektledaren har valt ut vilka konstnärer som ska presenteras för den särskilda samrådsgruppen.

I konstprogrammet beskrivs skolans historia och den nya tillbyggnaden. Det framgår att syftet med den konstnärliga gestaltningen är att skapa en unik karaktär för hela skolan som ska rikta sig till elever och personal men även besökare. Gestaltningen ska vara lekfull, innehållsrik och gärna med kunskapsbärande delar. Den ska vidare vara exteriör, platsspecifik och permanent samt förhålla sig till material som glas och belysning. Skolans grönklassning och arkitektoniska stilvärde ska även tas i beaktande. När det gäller den konstnär som bjuds in så ska denne ha ett tydligt och starkt formspråk som arbetar i en samtida kontext. Konstnären ska även ha ett särskilt intresse för att skapa verk som förenar lärande och socialt umgänge samt ha god kännedom om hållfasta material och vissa tekniska lösningar. Konstnären ska vidare vara intresserad av att arbeta med konst i en skola, ha utomhusmiljöers förutsättningar som utgångspunkt och ha erfarenhet av att arbeta med driftsäkra, hållfasta material. Tidigare erfarenhet av arbete med offentlig gestaltning eller liknande och kompetens i efterfrågade material ska finnas dokumenterat och konstnären ska under de senaste fem åren huvudsakligen ha arbetat med sin konstform på en professionell nivå samt ha verkat i etablerade sammanhang.

Kammarrätten anser att konstprogrammet beskriver den aktuella konstnärliga gestaltningen på ett allmänt sätt. Kraven på att konstverket ska vara exteriört, platsspecifikt och permanent samt förhålla sig till vissa material är enligt kammarrättens mening naturliga krav att ställa på

konstnärliga gestaltningar i utomhusmiljöer i allmänhet. Även de krav som ställs på konstnärens förmågor och erfarenheter är mycket allmänt hållna och borde rimligen stämma in på en större krets aktiva konstnärer.

Kammarrätten anser mot denna bakgrund att Stockholms stads önskemål gällande den konstnärliga gestaltningen och de krav som staden ställt vid urvalet av konstnär inte är tillräckligt specifika för att staden ska ha visat att syftet med upphandlingen har varit att förvärva unika konstverk eller unika konstnärliga prestationer. Undantagsbestämmelsen i 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU är alltså inte tillämplig. Eftersom Stockholms stad har genomfört en otillåten direktupphandling är förutsättningarna för att ogiltigförklara avtalet som slutits mellan staden och konstnären uppfyllda.

Ansökan om överprövning av avtalet ska därför bifallas och det ingångna avtalet förklaras ogiltigt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

Marie Bjernelius Lundahl
kammarrättsråd
ordförande

Fredrik Fries
kammarrättsråd

Stina Nordström
tf. assessor
referent

Föredragande jurist i målet har varit Richard Bexelius.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2018-11-15

Meddelad i Stockholm

Mål nr

22913-18

SÖKANDE

1. Tomas Almqvist, 360901-0834
2. Åsa Freij Söderberg, 430202-4320
3. Tony Roos, 581214-5018

Ombud för 1 och 2:

Tony Roos

Klippan 18 Lgh 1002

414 51 Göteborg

MOTPART

Stockholms stad

Kulturnämnden

Ombud: Malin Lindvall

Juridiska avdelningen

Stadsledningskontoret

105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår yrkandena om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen och inhämtande av yttrande från Konkurrensverket.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ogiltigförklaring av ingånget avtal.

YRKANDEN M.M.

Stockholm stad (Staden) har tillämpat ett förhandlat förfarande utan annonsering vid direktupphandling av konstnärlig gestaltning för Enskedefältets skola, Pepparroten 1, dnr 3.2/1840/2017. Den 12 april 2018 tecknade staden kontrakt med konstnären Ulrika Sparre.

Tomas Almborg, Åsa Freij Söderberg och Tony Roos yrkar dels att upphandlingen ska göras om, dels att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara avtalet. De yrkar även att förvaltningsrätten ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen samt ett yttrande från Konkurrensverket.

Staden bestrider begäran om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att talan ska avvisas då avtal tecknats i upphandlingen. För det fall talan ska anses innefatta ett yrkande om att avtalet mellan staden och Ulrika Sparre ska förklaras ogiltigt bestrids yrkandet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Av 6 kap. 14 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, framgår bl.a. att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation.

EU-domstolen har i de förenade målen C- 20/01 och C-28/01, Kommissionen mot Tyskland, punkten 58, 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.

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i RÅ 2008 ref. 79 uttalat att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärliga tjänster. I målet hade kommunen tillämpat den aktuella undantagsbestämmelsen och hänvisat till anskaffningens särskilda karaktär, att det slutliga beslutet föregåtts av bedömningar av en större krets av konstnärer och att urvalet gjorts av en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté. HFD fann att det aktuella undantaget hade tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de principer som upphandlingsreglerna bygger på. I RÅ 2009 not. 134 har HFD däremot ansett att det av utredningen i målet framkom en tunn uppdragsbeskrivning där det endast framgick att den upphandlande myndigheten önskade 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.

HFD har i ett senare avgörande den 19 oktober 2018 i mål nr 3830-17 uttalat att det vid direktupphandlingar inte finns några särskilda förfaranderegler utan att det står den upphandlande myndigheten fritt att själv organisera förfarandet på det sätt som är lämpligt för myndigheten, men med iakttagande av de allmänna principerna. Avsaknaden av detaljreglering gör att den upphandlande myndigheten har stor handlingsfrihet när det gäller på vilket sätt konkurrensutsättning av en direktupphandling ska göras.

Kammarrätten i Stockholm har i en dom den 27 juni 2017 i mål nr 6434-16 uttalat att konstnärens identitet i sig kan avgöra konstföremålets unika art och värde. Detta medför att den upphandlande myndighetens subjektiva uppfattning får avgöra vilken konstnär som är bäst lämpad att utföra uppdraget. Myndigheten behöver därmed inte, på ett objektivet sätt, visa att

det inte finns någon annan leverantör som haft möjlighet att utföra uppdraget.

Förvaltningsrättens bedömning

Yrkandet om att upphandlingen ska göras om

Av 20 kap. 6 § andra stycket LOU framgår att en upphandling inte får överprövas efter det att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. Den nu aktuella ansökan kom in till förvaltningsrätten den 10 oktober 2018. Av utredningen framgår att Staden har tecknat kontrakt den 12 april 2018. Ansökan om överprövning har därmed inkommit efter att avtalet tecknats. Förvaltningsrätten är därmed förhindrad att överpröva om det föreligger skäl för att upphandlingen ska göras om. Yrkandet ska därmed avvisas.

Yrkandet om att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen och yttrande från Konkurrensverket

Tomas Almberg, Åsa Freij Söderberg och Tony Roos yrkar att förvaltningsrätten ska begära in ett förhandsavgörande från EU-domstolen samt ett yttrande från Konkurrensverket. De har inte angett något skäl till sina yrkanden. Förvaltningsrätten anser att något sådant skäl inte heller framkommer av utredningen i målet. Med hänsyn härtill och mot bakgrund av den praxis som finns på området finns det inte skäl för att inhämta ett förhandsavgörande eller ett yttrande. Yrkandena avseende detta ska därför avslås.

Yrkandet om ogiltigförklaring av avtalet

Frågan i denna del är om Staden haft förutsättningar att i upphandlingen använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid direktupphandling av konstnärligt gestaltningsuppdrag, med hänvisning till att det som ska upphandlas av konstnärliga skäl endast kan fullgöras av viss leverantör.

Tomas Alberg, Åsa Freij Söderberg och Tony Roos har bl.a. anfört att Staden måste kunna lägga fram bevisunderlag och visa att de skäl som anges för att motivera ett förhandlat förfarande utan annonsering gör det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas en särskild leverantör. De menar att det av bl.a. praxis framgår att undantaget från annonseringsplikten ska tillämpas restriktivt och endast i undantagsfall. Den upphandlande myndigheten ska på objektiva grunder kunna visa att endast en leverantör kan utföra kontraktet. Dels ska det som upphandlas vara av teknisk karaktär och dels ska det vara absolut nödvändigt att tilldela en viss leverantör kontraktet. Att upphandlingsföremålet påstås vara komplicerat räcker inte för att visa att arbetet uteslutande kan anförtros en enda leverantör. De anser vidare att Kammarrätten i Stockholm i sin tolkning i mål nr 6434-16 om vad en unik konstnärlig prestation är, inte har något stöd i förarbetena eller lagen och att tolkningen är helt felaktig.

Tomas Alberg, Åsa Freij Söderberg och Tony Roos menar att Staden inte uppfyller kraven på transparens, proportionalitet och likabehandling när de generellt använder sig av direktupphandlingar. De anser att kraven i det aktuella projektet inte är så klart fastställda att endast en utvald konstnär kan bli aktuell. De anser därmed att Staden diskriminerar dem och utanförstående leverantörer genom att vid varje enskilt gestaltningsuppdrag välja direktupphandling och s.k. handplockning av enskild konstnär efter eget godtycke. Till sin hjälp har Staden anställt andra konstnärer som konst-konsulter vilka ofta kan betraktas som jäviga. Tomas Alberg, Åsa Freij Söderberg och Tony Roos menar att det måste finnas bevis som direkt pekar

på att den utvalda konstnären är den ende som kan utföra uppdraget eller att den utvalde har ensamrätt för uppdraget. De anser att Staden inte bevisat eller lagt fram något sådant i sin kravbeskrivning.

Staden har invänt med att upphandlingen inte annonserats med hänvisning till att det som ska upphandlas av konstnärliga skäl endast kan fullgöras av viss leverantör. Staden har anfört att det är fråga om konstnärlig gestaltning som skapas just för den specifika platsen för att uppnå de särskilda syften som Staden har med den konstnärliga gestaltningen. Staden menar att det är svårt att objektivt avgöra om ett konstverk är likvärdigt med ett annat och att det ofta blir fråga om subjektiva uppfattningar.

Staden har vidare anfört att de varit angelägna om att i ett inledande skede av projekteringsstadiet eftersträva att ta tillvara den konkurrens som finns på marknaden i största möjliga utsträckning. I det inledande skedet betraktas dels de konstnärer som aktivt valt att anmäla sitt intresse för offentliga konstgestaltungsuppdrag i enlighet med vad som annonseras på hemsidan, dels de konstnärer som av andra skäl t.ex. konstnärligt uttryck, erfarenhet och teknikkunnande bedöms vara relevanta att ta ställning till för att högsta konstnärliga resultat för det specifika uppdraget ska uppnås. Detta är enligt Staden närmast jämförbart med en förstudie av marknaden. Den sakkunniga projektledaren har i regel, baserat på de unika förutsättningarna för det konkreta projektet och utifrån ett större urval av konstnärer, presenterat ett urval om tre till fyra konstnärer för en särskild samrådsgrupp. En sådan samrådsgrupp har en bred sammansättning med representation från bl.a. beställaren, politiskt folkvalda representanter samt arkitekter och samrådsgruppen har alltid en majoritet av konstnärligt sakkunniga. Diskussioner i samrådsgruppen fastställer sedan vilken konstnärlig gestaltning Staden vill anskaffa och en av konstnärerna i det mindre urvalet kontaktas och ombeds ta fram ett skissförslag. Staden menar att det är här kravspecifikationen för

den konstnärliga gestaltningen konkretiseras och projektet övergår från rent interna överväganden till en formell upphandling.

Staden har vidare anfört att det för den aktuella gestaltningen upprättats ett särskilt konstprogram av en projektledare med mångårig erfarenhet av konstprojektledning i offentlig miljö. Syftet med den konstnärliga gestaltningen är enligt Staden att skapa en unik karaktär för hela skolan. Det framgår att det konstnärliga gestaltungsoppdraget handlar om ett helhetsgrepp över ett flertal platser som konstprojektledaren tagit fram i nära samråd med arkitekter och beställare. Den ska bl.a. vara exteriör, plats-specifik och permanent samt förhålla sig till material som glas och belysning såsom led och neon. Den konstnär som bjuds in till ett skissuppdrag ska vidare ta i beaktning skolans grönklassning och arkitektoniska stilvärde.

Av konstprogrammet framgår vilka kvalifikationer den konstnär som bjuds in att arbeta med en konstnärlig gestaltning ska ha. Konstnären ska bl.a. ha;

- Ett tydligt och starkt formspråk som arbetar i en samtida kontext.
- Ett särskilt intresse av att arbeta med konst i en skola samt med utomhusmiljöers förutsättningar som utgångspunkt.
- God kännedom om hållfasta material och tekniska lösningar gällande folie laminerat glas, blästring av glas och erfarenhet av att arbeta med led eller neon.
- Erfarenhet av att arbeta med hållfasta material som är driftsäkra.
- Dokumenterad erfarenhet av arbete med offentlig gestaltning, utställningar eller liknande uppdrag samt goda referenser från tidigare arbete.
- Dokumenterad kompetens i att arbeta i de valda material som efterfrågas i gestaltungsoppdraget.
- Under de senaste fem åren huvudsakligen ha arbetat med sin konstform på en professionell nivå samt ha verkat i etablerade sammanhang.

Stadens samrådsgrupp bjöd in konstnären Ulrika Sparre att utföra ett skissförslag. Staden ansåg att Ulrika Sparre med sitt skissförslag uppfyllde konstprogrammets krav och samrådsgruppen beslutade därför att genomföra hennes skissförslag. I sin motivering till valet har Staden bl.a. anfört att hennes konstnärliga praktik och estetik samspelar väl med Enskedefältet skolans estetik både i den befintliga skolan och tilltänkta tillbyggnader samt att hennes säregna och tydliga visuella språk skapar utrymme för att skolan kommer att få tidlösa verk som håller över tiden och kommer att öppna upp för diskussioner och nyfikenhet hos bl.a. elever och personal. Staden menar att det tydligt framgår av motiveringen av valet av konstnär att Staden härigenom vill skapa ett unikt konstverk som i högsta grad är kopplat till konstnärens särskilda förmåga. Staden anser därför att förutsättningarna för att genomföra en direktupphandling har förelegat och att Staden i alla delar följt LOU och de grundläggande principerna.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. I målet är ostridigt att Staden köper konstnärlig gestaltning vilket innebär att det är fråga om en offentlig upphandling som ska göras i enlighet med LOU. Staden har tillämpat en undantagsbestämmelse som innebär att den upphandlande myndigheten kan inskränka sig till att begära anbud genom att kontakta endast en leverantör om det av konstnärliga skäl endast finns en viss leverantör som kan leverera det som upphandlande myndighet vill köpa. De allmänna principerna för upphandlingen ska även iakttas vid sådana upphandlingar. Den upphandlande myndigheten har dock enligt praxis stor handlingsfrihet att själv organisera förfarandet. Då det är fråga om en undantagsbestämmelse ankommer det på den upphandlande myndigheten att visa att förutsättningarna för undantaget föreligger.

I det aktuella målet har Staden hänvisat till bl.a. upphandlingsföremålets särskilda karaktär och att beslutet föregåtts av bl.a. en samrådsgrupp med representanter för beställaren, brukaren, Staden samt en konstnärlig

majoritet. Förvaltningsrätten anser att Staden på ett detaljerat sätt beskrivit det konstnärliga gestaltungsoppdraget och dess specifika karaktär samt vilka krav som ställs på uppdraget. Förvaltningsrätten finner även att Staden på ett tydligt sätt förklarat syftet med uppdraget och hur platsens unika förutsättningar har inneburit en specifik kravbild. Förvaltningsrätten anser därmed att Staden visat att konstnärens identitet i sig haft avgörande betydelse för det upphandlande konstföremålets unika art och värde. Staden har därmed visat att uppdraget endast kunnat fullgöras av en viss konstnär.

Vid en samlad bedömning finner förvaltningsrätten att Staden, genom den kravbild som lämnats avseende uppdragets särskilda karaktär och genom sitt tillvägagångssätt vid urvalsprocessen, har visat att förutsättningarna för att tillämpa undantaget i 6 kap. 14 § LOU föreligger och att denna tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de unionsrättsliga principerna. Vad som i övrigt framkommit i målet ger inte stöd för Tomas Almberts, Åsa Freij Söderbergs och Tony Roos invändning om att det förekommit diskriminering eller att upphandlande myndighet handlat i strid med LOU eller övriga unionsrättsliga principer. Staden har därmed haft rätt att ingå avtal med Ulrika Sparre utan föregående annonsering. Det saknas därmed skäl att förordna om att avtalet ska förklaras ogiltigt. Ansökan om överprövning av avtalets giltighet ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Marcus Edelgård
Rådman

Narin Demirel har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den 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 för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, 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.

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

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 rättstillämpningen.
- 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.

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.

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.