

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2016-03-22
Meddelad i
StockholmMål nr
4256-16**SÖKANDE**

[REDACTED]

MOTPART

Statens konstråd, 202100-1033
Box 45134
104 30 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om ogiltigförklaring av avtal.

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om att förvaltningsrätten ska besluta att avtal inte får fullgöras.

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

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 713762

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

Expeditionstidmåndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Statens konstråd genomför en direktupphandling avseende byggnads-
anknuten konstnärlig gestaltning. Upphandlingen genomförs i samband med
uppförandet av ett utbildnings- och forskningscenter för Karolinska
Institutet och Kungliga Tekniska Högskolan i Flemingsberg (dnr
3.1.1/2014:317).

██████████ yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara ingånget avtal och
att rätten omedelbart ska besluta att avtal inte får fullgöras innan något annat
har bestämts. Han yrkar även att förvaltningsrätten ska inhämta ett förhands-
avgörande från EU-domstolen. Vidare yrkar ██████████ att upphandlingen
ska göras om. Till stöd för sin talan anför han bl.a. följande. Starka skäl talar
för att Statens konstråds val av direktupphandling som upphandlings-
förfarande är olagligt. Det yrkade verkställighetsförbudet är ägnat att
förhindra att såväl undertecknad som staten åsamkas beaktansvärd skada.
Ingenting i den så kallade ”kravbeskrivningen” säger att uppdraget endast
kan utföras av en enda konstnär eller att det handlar om ensamrätt. Det
framstår som att ett flertal olika konstnärer kan konkurrera kring denna
kravbild och att det bästa sättet är att utannonsera och konkurrensutsätta
uppdraget för att få fram bästa möjliga förslag att ta ställning till. Statens
konstråd har inte redovisat varför man generellt ska direktupphandla alla
uppdrag/konstnärliga tjänster. EU-domstolen och kommissionen har kon-
staterat att undantaget från annonseringsplikten ska tillämpas restriktivt och
endast i undantagsfall. Undantaget får endast användas när myndigheten kan
visa att inga likvärdiga konstverk eller konstnärer existerar. En objektiv
bedömning av om likvärdiga konstnärer finns tillgängliga ska alltså vara
saklig och opartisk. EU-domstolen har även fastslagit att den upphandlande
myndigheten måste visa att de skäl som anges för att motivera förhandlat
förfarande utan annonsering gör det absolut nödvändigt att kontraktet till-
delas den särskilda leverantören i fråga. Under 2015 har Statens konstråd

överskridit gränsvärdet med flera miljoner kronor vilket gör att myndigheten inte längre har rätt att göra direktupphandlingar. EU-domstolen har även fastslagit att den upphandlande myndigheten måste visa att de skäl som anges för att motivera förhandlat förfarande utan annonsering gör det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas den särskilda leverantören i fråga. Enligt kommissionens riktlinjer kan undantaget från annonseringsplikten exempelvis användas i situationer när den upphandlande myndigheten redan har beställt ett konstverk av en viss konstnär och önskar beställa ett exakt likadant för att uppnå ett enhetligt resultat. Dessa riktlinjer är inte rättsligt bindande men talar ändå för att principen om restriktivitet även ska präglade undantagets tillämpning vid konstnärliga skäl.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller 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 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.

Eftersom det är fråga om undantag från de upphandlingsregler som normalt

gäller så är det den upphandlande myndigheten som ska visa att det finns skäl för undantag, se RÅ 2009 not 134.

Högsta förvaltningsdomstolen har i två olika avgöranden belyst undantagsbestämmelsens tillämplighet vid upphandling av konst. I 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 RÅ 2009 not. 134 fann Högsta förvaltningsdomstolen att utredningen innehöll en allmän och tämligen tunn uppdragsbeskrivning där det endast 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Statens konstråd har ingått avtal avseende skissuppdrag med möjlighet till tilldelning av kontrakt. Något avtal avseende upphandlingen har ännu inte slutits. Mot denna bakgrund saknar förvaltningsrätten skäl att pröva [REDACTED] yrkanden om ogiltighetsförklarande av avtal och att rätten omedelbart ska besluta att avtal inte får fullgöras. Yrkandena därom ska därför avvisas. Förvaltningsrätten anser att det med hänsyn till föreliggande rättslig praxis inte är nödvändigt att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen varför yrkandet om detta ska avslås.

Eftersom avtal inte slutits i anser förvaltningsrätten att det inte föreligger hinder för att pröva upphandlingen. Frågan i målet är om undantagsbestämmelsen vid upphandling av konst är tillämplig.

Av kravspecifikationen framgår bl.a. följande. För den konstnärliga gestaltningen för byggnaderna TFH/Neo i Huddinge söks en konstnär med högt utvecklat och kvalificerat konstnärskap som har en stor erfarenhet av att arbeta med interdisciplinära och rumsliga uttryck. Konstnären ska kunna arbeta i monumentala format i en konstnärlig gestaltning som är en sammansmältning av olika material (glas, aluminium, neon) och metoder (teckning, måleri, projektioner, ljus och rörlig bild). Vidare ska den sökta konstnären ha en erfarenhet av konstgestaltningar där mass- och popkulturella minnen möter fysikaliska varseblivningar, personliga iakttagelser och fenomenologiska reflektioner. Den konstnärliga kompetensen som söks ska ha en dokumenterad erfarenhet i en postkonceptuell idétradition och som, med poetisk skärpa och intellektuell rörlighet, kan omsätta reflektioner och iakttagelser om människans relation till naturvetenskap och humaniora.

Förvaltningsrätten bedömer att Statens konstråd utförligt har beskrivit anskaffningens särskilda karaktär. En särskilt tillsatt samrådsgrupp har utifrån kravspecifikationen och under arbete med denna beaktat nio konstnärskap och var enig om att den för skissuppdraget föreslagne konstnären bäst motsvarade kravspecifikationen. Förvaltningsrätten gör därmed bedömningen 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. Ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Erik Hjulström

Rådman

Anna Cederberg har handlagt 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.