



KLAGANDE

[Redacted name and address]

MOTPART

Kristianstads kommun
Västra Storgatan 10-12
291 80 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2012 -11- 14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Kultur- och fritidsnämnden i Kristianstads kommun beslutade vid sammanträde den 27 september 2012 att anta förslag från [REDACTED], [REDACTED] och [REDACTED] som konstnärlig gestaltning av Rådhuskvarteret i Kristianstad. Nämnden beslöt också att annonsering om förhandsinsyn enligt LOU ska ske innan avtal tecknas för uppdragen. Meddelande om frivillig förhandsinsyn har annonserats den 12 oktober 2012.

[REDACTED], som är bildkonstnär, begär överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Till stöd för talan anförs i huvudsak följande. Huvudregeln om annonsering av uppdrag gäller alltid. Myndigheter har ingen rätt att generellt direktupphandla alla gestaltungsuppdrag. Kultur- och fritidsnämnden har inte uppfyllt förutsättningarna för tillämpning av undantaget för konstnärliga skäl enligt LOU. Inget i protokollet säger att uppdraget endast kan utföras av en enda konstnär, utan det framstår som att ett flertal konstnärer kan konkurrera kring denna kravbild. Det bästa är att utannonsera och konkurrensutsätta uppdraget för att få fram bästa möjliga förslag att ta ställning till. Undantaget ska enligt lagen utnyttjas restriktivt. Ska undantagsbestämmelserna användas ska skälen för detta noggrant dokumenteras och bevisas. Han hänvisar bl.a. till Regeringsrättens dom i mål nr 8272-08. Flera kommuner och landsting konkurrensutsätter gestaltungsuppdrag genom projekttävling eller urvalsupphandling. Det är vanligt att kommuner och landsting som beställer större gestaltungsuppdrag tillsätter en konstkommitté där det ingår olika sakkunniga samt att det finns ett konstprogram för detta. Detta oavsett om det sker annonsering eller ej. Det är alltså inget unikt med att Kristianstads kommun tillsatt en arbetsgrupp. Det framgår inte hur konstkonsulten har valts ut eller om denne kan anses opartisk i sitt förhållande till inblandade konstnärer och presumtiva uppdragstagare. Samma konsult arbetade med Citytunneln i Malmö där även två av de konstnärer som nu erbjudits uppdrag anlätades. Det framgår

inte hur de 17 konstnärer som konsulten presenterade valdes ut. Kristianstads kommun satsar 4,5 miljoner kr och skattepengarna bör användas på bästa sätt. Han hänvisar till de principer om bl.a. likabehandling och transparens som gäller för all upphandling. I kommunens konstprogram anges under rubriken "Riktlinjer för uppdraget" bl.a. tre meningar som man kopierat från Statens konstråds skrivningar till Förvaltningsrätten i Stockholm. Det är ord som estetiska, konstnärliga, platshistoriska och produktionstekniska hänsyn samt anskaffningens särskilda karaktär. Dessa meningsuppsättningar har dock ingen betydelse för vilken upphandlingsmetod som man använder. Kommunen har ställt upp en kravspecifikation för val av konstnär. Inget i kraven ger kommunen rätt att direktupphandla gestaltungsuppdragen. Kraven är rent allmänt hållna. Det finns inget som säger att just de tre konstnärer som kommunen väljer är de enda som kan utföra gestaltungsuppdragen.

Kristianstads kommun bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Kristianstads kommun uppför ett nytt kommun- och regionhus i centrala Kristianstad. Den aktuella utsmyckningen innebär inköp av konst till ett värde av cirka 5 000 000 kr. De uppdrag som omfattas av de nu aktuella inköpen är följande platser i kommun- och regionhuset: A) Rumsligheterna i anslutning till huvudentrén och entrén mot jämvägsstationen, B) Utomhusgården, samt C) Sessionssalens omslutande yttervägg. Kommunen har köpt konstnärlig gestaltning och undantagsbestämmelsen i LOU är tillämplig. Vid inköp av konst är det framför allt det estetiska intrycket som ligger till grund för val av konstnärer. Kommunen har för val av konstnärer upprättat ett konstprogram med kravspecifikation. Utifrån bl.a. dessa kriterier har den Operativt sakkunniga arbetsgruppen enats om att för Konstrefereansgruppen och Konstkommittén presentera sex konstnärer, för att slutligen föreslå och bjuda in en konstnär för varje gestaltning för skissuppdrag. Det ursprungliga urvalet av konstnärer som inbjudits att delta uppgick till dryga 20-talet. De slutliga förslagen beslutades av kultur- och fritidsnäm-

den. Kommunen har för uppdragens genomförande anlitat expertkompetens för att leda urvalsarbetet, tillsatt grupper som representerar såväl personer verksamma inom konstvärlden som fastighetsägaren/nyttjaren samt vänt sig till en större krets konstnärer för deltagande i urvalet. Vid genomförandet har kommunen följt den domstolspraxis som utvecklats på det konstnärliga området för tillämpning av aktuellt lagrum i 4 kap. 5 § 2 LOU, från Regeringsrättens avgörande RÅ 2008 ref. 79 till senare kamrärtsavgöranden. Kommunen har så långt det är möjligt, utan att därför åsidosätta de önskemål om utsmyckningens karaktär m.m. som efterfrågas och ytterst måste avgöras utifrån estetiska bedömningar, beaktat konkurrensutsättning.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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. - Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 15 kap. 3 § LOU ska en offentlig upphandling enligt detta kapitel göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det

tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. Konkurrenspräglad dialog får, i enlighet med 2 §, användas om inte förenklat förfarande eller urvalsförfarande medger tilldelning av kontrakt.

Enligt 4 kap. 5 § 2 LOU får en upphandlande myndighet 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

Kristianstads kommun avser att tilldela kontrakt för konstnärlig gestaltning till ett värde av cirka fem miljoner kr utan föregående annonsering. Anskaffningen utgör en offentlig upphandling som ska genomföras i enlighet med LOU och de grundläggande principerna om t.ex. öppenhet och likabehandling. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras offentligt så att alla intresserade leverantörer ges möjlighet att lämna anbud. Ett undantag från annonseringsskyldigheten finns dock i 4 kap. 5 § 2 LOU. Bestämmelsen innebär att kontrakt får tilldelas utan föregående annonsering bl.a. om det som ska upphandlas av konstnärliga skäl kan fullgöras av endast en viss leverantör. Bestämmelsen ska tillämpas med restriktivitet och det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns förutsättningar för att tillämpa den.

Högsta förvaltningsdomstolen har i två avgöranden uttalat sig angående undantagsbestämmelsens tillämplighet vid köp av konst. I RÅ 2008 ref. 79 var fråga om uppdrag avseende konstnärlig gestaltning i ett konsert- och

kongresshus. Den upphandlande myndigheten hänvisade till anskaffningens särskilda karaktär och till att det slutliga beslutet föregåtts av bedömningar av en större krets konstnärer som valts ut av en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärliga tjänster och fann att det aktuella undantaget var tillämpligt i en situation som den förevarande. Domstolen ansåg att den upphandlande myndigheten hade visat att undantaget tillämpats med den urskillning som förutsätts och i enlighet med LOU. I RÅ 2009 not. 134, gällande inköp av konstnärlig gestaltning i form av ett minnesmärke för Förintelsens offer, fann Högsta förvaltningsdomstolen att utredningen innehöll en tämligen tunn beskrivning av uppdraget och att den upphandlande myndigheten presenterat uppdraget på ett allmänt sätt utan att ange några omständigheter kring det tänkta minnesmärket som skulle kunna göra undantaget tillämpligt. Undantagsbestämmelsen bedömdes inte vara tillämplig och den upphandlande myndigheten ansågs därför ha brutit mot LOU.

Den i förevarande mål aktuella upphandlingen avser konstnärlig gestaltning till ett nytt kommun- och regionhus. Uppdragen avser större fasta konstprojekt för utomhusgården, sessionssalens omslutande yttervägg samt rumsligheterna i anslutning till huvudentrén/entrén mot järnvägsstationen. I det av Kristianstads kommun åberopade konstprogrammet beskrivs anskaffningens särskilda karaktär och det anges bl.a. att uppdragen på grund av sin natur kräver samarbete med bl.a. arkitekt och landskapsarkitekt och att konstverken ska anpassas till redan befintlig arkitektur.

Kristianstads kommun har till stöd för undantagsbestämmelsens tillämplighet hänvisat till de speciella förhållanden som råder för anskaffning av konstnärlig gestaltning, utsmyckningens karaktär, att en större krets konstnärer deltagit i urvalet samt att det slutliga beslutet har fattats av kultur- och fritidsnämnden och föregåtts av ett urvalsarbete som letts av expert-

kompetens och i vilket grupper som representerar såväl personer verksamma inom konstvärlden som fastighetsägaren/nyttjaren deltagit.

Förvaltningsrätten finner, utifrån vad som framkommit i målet angående uppdragets särskilda karaktär och den urvalsprocess som genomförts, att Kristianstads kommun har visat att förutsättningar föreligger för att tilldela kontrakt utan föregående annonsering och att kommunen har tillämpat den aktuella undantagsbestämmelsen med den urskillning som förutsätts i LOU

Enligt förvaltningsrättens mening har det således inte visats annat än att den aktuella upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU. Ansökan om ingripande mot upphandlingen ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1B LOU)



Ola Brändström



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1B LOU

1. The first part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee.

2. The second part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee.

3. The third part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee.