



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

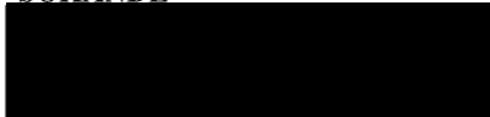
2018-04-23

Meddelad i Stockholm

Mål nr

30159-17

SÖKANDE



MOTPART

Kulturnämnden i Stockholm stad
Box 27806
115 93 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2018-04-24	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ogiltigförklaring av ingångna avtal med [REDACTED] med [REDACTED] och med [REDACTED]

Dok.Id 961774

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag–fredag

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsratt

08:00–16:30

YRKANDEN M.M.

Kulturnämnden i Stockholm stad (Staden) har genomfört följande direktupphandlingar

1. Gestaltningsuppdrag Bobergsskolan N. Djurgårdsstaden, dels med [REDACTED], dels med [REDACTED]
2. Gestaltningsuppdrag Farsta tunnelbaneuppgång Hökarängen
gestaltning av [REDACTED]
3. Gestaltningsuppdrag Sjöviksskolan, gestaltning av [REDACTED] och [REDACTED]
4. Gestaltningsuppdrag Kämpetorp, gestaltning av [REDACTED]
5. Gestaltningsuppdrag Vasa Real, dels med [REDACTED], dels med [REDACTED], och dels med [REDACTED]

[REDACTED] ansökan om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling avseende uppdragen 1-4 prövas av förvaltningsrätten i mål nr 23777-17.

[REDACTED] yrkar dels att upphandlingen ska göras om, dels att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara avtalet och anför bl.a. följande. Samtliga avtal överstiger gränsvärdet för direktupphandling och skulle därför ha utannonserats av Stockholm stad. Stockholm stad har tecknat avtalen utan föregående annonsering när det inte varit tillåtet att använda direktupphandling. Inte heller motiveras varför myndigheten återigen väljer direktupphandling, trots de höga arvodeskostnaderna, eller varför man anser sig använda sig av en undantagsregel. Det har därför inte funnits möjlighet för leverantörer att hemställa om överprövning av de avtal som tecknats, eftersom myndigheten valt att inte meddela detta offentligt.

Den upphandlande myndigheten, Stockholms stad, måste visa att de skäl som anges för att motivera förhandlat förfarande utan annonsering gör det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas en särskild leverantör. Undantaget

från annonseringsplikten ska tillämpas restriktivt och endast i undantagsfall när myndigheten kan visa att inga likvärdig konstverk eller konstnärer existerar. Det framgår inte av konstrådets beskrivning att det handlar om ensamrätt eller att myndigheten kunnat bevisa att uppdraget inte skulle kunna tilldelas en annan leverantör.

Staden har anfört att tidsfaktorer i sig kan göra att det är svårt att exempelvis genomföra en upphandling i form av en projekttävling eftersom risken är att byggprojektet är avslutat innan den konstnärliga gestaltningen är upphandlad och möjligheterna att integrera konstverket i byggverket då blir starkt begränsade. Staden har de resurser som behövs för att följa lagen om offentlig upphandling för att i stället skylla på bristande planering i byggprocessen. I stort sett samtliga landsting och kommuner följer LOU och utannonserar sina gestaltningsuppdrag korrekt. Stockholms konst 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.

Kulturnämnden i Stockholm stad (Staden) anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Staden har i upphandlingen använt sig av direktupphandling med hänvisning till att det som ska upphandlas av konstnärliga skäl endast kan fullgöras av viss leverantör. Staden har vid specifika tillfällen genomfört upphandlingar av byggnads- eller platsspecifik konstnärlig gestaltning, där bl.a. 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. Det handlar i det här fallet inte om val av en konstnär eller inköp av ett konstverk som sedan kan placeras var som helst, utan det är fråga om en platsintegrerad konstnärlig gestaltning som skapas just för den specifika platsen för att uppnå de särskilda syften som Staden har med den konstnärliga gestaltningen. Syftet med upphandlingen är att förvärva ett

unik konstverk eller en unik konstnärlig prestation, skapat utifrån Stadens specifika krav för den aktuella platsen. När det gäller byggnadsintegrerade konstverk finns det även en komplicerande faktor i den komplexitet som ofta följer av den samverkan som krävs mellan själva byggtreprenaden och den konstnärliga gestaltningen. När det gäller den del av projektet som avser konstnärlig gestaltning är den så tätt kopplad till själva byggprojektet att det konstnärliga gestaltungsprojektet oftast inte kan påbörjas förrän det har fattats ett genomförandebeslut avseende byggprojektet. Eftersom konstnären som ska utföra det byggnadsintegrerade konstverket ändå måste kopplas in på ett så tidigt stadium som möjligt ofta innan byggnaden är uppförd för att kunna tillvarata möjligheterna att verkligen skapa ett konstnärligt mervärde måste urvalet av konstnären ofta ske under stor tidspress. Om konstnären kommer in på ett tidigt stadium i byggprocessen är det möjligt att jämka utformningen av olika element i byggnadsverket för att på så sätt skapa en unik konstnärlig gestaltning av byggnaden. Dessa tidsfaktorer kan i sig göra att det är svårt att t.ex. genomföra en upphandling i form av en projekttävling eftersom risken är att byggprojektet är avslutat innan den konstnärliga gestaltningen är upphandlad och möjligheterna att integrera konstverket i byggverket då blir starkt begränsade.

Staden har varit angelägen om att i ett inledande skede av projekteringsstadiet ändå eftersträva att ta tillvara på den konkurrens som finns på marknaden i största möjliga utsträckning. Detta sker genom ett brett anslag i det inledande stadiet, närmast jämförbart med en förstudie av marknaden. I detta arbete betraktas som de konstnärer som aktivt valt att anmäla sitt intresse för offentliga konstgestaltungsuppdrag i enlighet med vad som annonseras på Stockholm konst hemsida, dels de konstnärer som av andra skäl, till exempel konstnärligt uttryck, erfarenhet och teknikkunnande, bedöms vara relevanta att ta ställning till för att högsta konstnärliga resultat för det specifika uppdraget skall kunna uppnås. Samtliga diskuteras och

bedöms ingående ur konstnärligt kvalitetsperspektiv inom Stockholm konstorganisation och professionella nätverk.


De konstnärsmappar som inkommit genom annonsering liksom andra möjliga val av konstnärskap presenteras och diskuteras jämte Stockholm konstns samtliga pågående gestaltungsprojekt också regelmässigt vid Stockholm konstns projektledarmöten. Graden av öppenhet vid Stockholms konst upphandlingar av gestaltungsuppdrag är sammanfattningsvis mycket hög och det står envar fritt att anmäla intresse för offentliga konstgestaltungsuppdrag genom Stockholm konst.

Baserat på konstprogrammet och de unika förutsättningarna för det konkreta projektet har i regel den sakkunniga projektledaren utifrån detta större urval av konstnärer presenterat ett urval om tre till fyra konstnärer för en särskild samrådsgrupp. Samrådsgruppen har en bred sammansättning, med representation från beställaren, från verksamheten som ska använda byggnaden, politiskt folkvalda representanter, samt arkitekter och landskapsarkitekter som stått för utformningen av själva byggnadsverket. Samrådsgruppen har alltid en majoritet av konstnärligt sakkunniga. Inom ramen för dessa interna överväganden diskuterar Samrådsgruppen olika alternativ och de specifika förutsättningarna för det aktuella byggnadsverket och den aktuella platsen, för att komma fram till vilken konstnärlig gestaltning som kan vara bäst lämpad för platsen. Dessa diskussioner resulterar i att samrådsgruppen fastställer vilken konstnärlig gestaltning Staden vill anskaffa och en av konstnärerna i det mindre urvalet kontaktas och ombeds att ta fram ett skissförslag. De närmare förutsättningarna för och specifika utförandet av den konstnärliga gestaltningen diskuteras i regel i en fortlöpande dialog mellan beställaren och konstnären för med utgångspunkt i den kravbild som samrådsgruppen har tagit fram åstadkomma ett unikt konstverk som är skräddarsytt för den aktuella platsen, verksamheten och konstnärens egna kvalitéer. Om

skissförslaget godkänns av samrådsgruppen ges konstnären ett uppdrag att genomföra konstverket. När den faktiska upphandlingen inleds i och med att kontakt tas med en utsedd konstnär för att denna sedan ska ta fram ett skissförslag att presentera för samrådsgruppen rör det sig obestriddligen om skapandet av ett unikt konstverk utifrån Stadens mycket specifika önskemål som ingen annan än upphovsrättshavaren till konstverket, den aktuella konstnären, kan utföra åt Staden.

Vasa Real

Målsättningen med de konstnärliga insatserna är att bidra till en attraktiv skolmiljö som är välkomnande och medvetet gestaltad. Skolans övergripande målsättning "Hållbara relationer" och platsens historik kommer på olika sätt relateras i de konstnärliga arbetena. Elever och förskolebarn kommer ha en dialog med konstnärerna under arbetsprocessen och ambitionen är att dialogen skall vara synlig i de slutgiltiga konstverken inomhus. Utomhus arbetar konstnärerna med skolan som tema och platsens historik. Den konstnärliga gestaltningen ska ha ett ungt, lustfyllt och modernt uttryck som betonar skolans grundläggande uppdrag - att för en ung generation vara en plats för kultur, humanism och bildning. Konsten ska samspela med arkitekturen i den befintliga skolbyggnaden såväl som med den nya skolbyggnaden. Konsten ska innehållsligt fungera och verka över lång tid, klara slitage och leva vidare i en vardaglig skolmiljö som en aktiv del av skolan och det offentliga rummet. Växttemat och skolans övergripande tema "Hållbara relationer" faller på ett naturligt sätt samman till ett tema för konsten både inomhus och utomhus.

Avtal med 

Gestaltningen avser en skulptur på skolgården i anslutning till den lilla botaniska trädgården. Temat för skulpturen är fotosyntes sol-vatten-växt och

relationen till platsens historia som Bergianska trädgården. [REDACTED] har gedigen erfarenhet av att arbeta med skulptur i det offentliga rummet, bl.a. ett flertal platsspecifika verk på flertalet skolgårdar runt om i Sverige. Det specifika i [REDACTED] konst är att han kombinerar ett monumentalt uttryck med humoristisk ungdomlig lekfullhet och han skulpturerna relaterar ofta till växt- och djurriket. Han har erfarenhet av att arbeta i de material som efterfrågas för uppdraget. Aluminium har förordats på grund av dess hållbarhet utomhus samt att det fungerar bra att färgsätta. Färg berikar platsen och står i fin kontrast till skolgårdens övriga färgsättning. Den skulpturala gestaltningen kräver ett samarbete med landskapsarkitekt och [REDACTED] har lång erfarenhet av att samarbeta med andra i projekt och gestaltungsuppdrag. [REDACTED] anlitar alltid professionella underleverantörer för gjutning, lackering, smide och liknande. Detta garanterar kvalitet och lång hållbarhet i en utsatt miljö. [REDACTED] samlade erfarenhet och specifika uttryck gör att han är den mest lämpade konstnären för just detta skulpturuppdrag. Konstverket uppfyller därmed den specifika kravställningen som Staden ställt upp med den direkta kopplingen till det ovan beskrivna temat och är ett resultat av dialogen mellan konstnär och beställaren. Den aktuella gestaltningen hade därför inte kunnat utföras av någon annan konstnär.

Avtalet med [REDACTED]

Uppdraget avser en skulpturalgestaltning i form av en skolklocka. Temat är en klocka som innehåller flera dimensioner av tid och är en spännande utmaning för en ung konstnär med erfarenhet av avancerad teknik och sinnet förankrat både i realtid, framtid och globaltid. [REDACTED] visar ofta väggbaserade skulpturer med en kombination av avancerad teknik och traditionella fysiska material såsom glas, speglar och aluminium. Den här kombinationen, det ungdomliga anslaget och referenserna till modernismen, fungerar väl i sammanhanget och ihop med den nya arkitekturen mot

skolgården. Spegel, loggor och koder reflekterar nutid och realtid medan skulpturerna i sin estetiska gestaltning följer en beprövad modernistisk skulpturtradition. [REDACTED] själv har liknat konstnärsyrket med detektivens: båda arbetar med att ta fram dolda sanningar som till exempel klockans tid – tiden är en sanning, men det finns fler lika sanna tider. [REDACTED] konceptuella inriktning, referensen till modernismen, förmågan att lösa avancerade tekniska utmaningar, erfarenhet av att arbeta med offentlig skulptur och de skulpturala material och digitala redskap som gestaltungsuppdraget kräver, gör [REDACTED] mest lämpad för uppdraget.

Avtalet med [REDACTED]

Uppdraget avser en konstnärlig gestaltning i förskolans matsal och ett konstverk som utformas av konstnären i dialog med förskolans barn och representant för personalen. Även här är naturen och växttemat ett naturligt fokus. [REDACTED] inspireras i sin konst av naturens skönhet, förändring och olika beståndsdelar. [REDACTED] har i en lång rad utställningar visat på bred kunskap om olika tekniker och material lämpliga för bild i större format. [REDACTED] lämpar sig väl för uppdraget då hon har en övertygande förmåga att ta fram det unika och vackra i naturen samtidigt som hon, utan att bli övertydlig eller torr, visar på människans inverkan på naturens hållbarhet. [REDACTED] konst är alltid dekorativ men aldrig banal. Intresset för naturens hållbarhet/förändring, växande/nedbrytning, olika skalor och beståndsdelar, talar för att [REDACTED] är den mest lämpade för det här uppdraget. [REDACTED] har egna barn i förskoleålder och har genom dem en aktuell förståelse för åldersgruppen och förskolans pedagogiska intention. I den konstnärliga gestaltningen vill [REDACTED] låta sig inspireras av barnens kreativa arbeten och material. Under skissarbetet har hon besökt förskolan och tittat på barnens miljöer och vad de är intresserade av. Det aktuella konstverket är således resultatet av en mycket nära interaktion mellan beställaren/verksamheten (förskolebarnen) och den utvalda konstnären. Syftet är att skapa ett konstverk som integrerar med den aktuella platsen, i material som skapar en

reaktion hos barnen som ska möta konsten i sin dagliga verksamhet. Konstverket är helt unikt och framtaget utifrån det tema som Staden har definierat i uppdraget. Någon annan konstnär hade inte kunnat komma ifråga för uppdraget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2017, upphävts. Av övergångsbestämmelser framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Upphandlingen för det i målet aktuella avtalet har påbörjats den 3 april 2017. Det är därmed lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, som ska tillämpas i målet.

Yrkandet att upphandlingen görs om

Överprövning av en upphandling får enligt 20 kap 6 § LOU inte ske efter det att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Eftersom [REDACTED] ansökan om överprövning av upphandlingarna, och yrkandet att upphandlingarna görs om kom in till förvaltningsrätten efter att avtalen hade tecknats, kan förvaltningsrätten inte överpröva upphandlingarna. Yrkandet därom ska därför avvisas.

Ogiltighetsförklaring av avtalen

Av 6 kap. 14 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet får använda ett 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.

Kammarrätten i Stockholm har uttalat att det omständighet att undantag från annonseringsskyldigheten på grund av konstnärliga skäl får göras om syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation innebär att konstnärens identitet i sig kan avgöra konstföremålets unika art och värde. Enligt kammarrätten medför detta att den upphandlande myndighetens subjektiva uppfattning får avgöra vilken konstnär som är bäst lämpad att utföra uppdraget. Myndigheten behöver därmed inte, på ett objektivt sätt, visa att det inte finns någon annan leverantör som haft möjlighet att utföra uppdraget (se Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål 6434-16)

Förvaltningsrätten anser att det som kommit fram i målet ger stöd för att Staden haft som syfte att förvärva ett sådant unikt konstverk. Undantaget i 6 kap. 14 § LOU är därmed tillämpligt och Staden har haft rätt att ingå avtal med [REDACTED] och [REDACTED] utan föregående annonsering.

Eftersom förvaltningsrätten kommit fram till att det funnits förutsättningar för att tillämpa undantagsbestämmelsen i 6 kap. 14 § första stycket LOU föranleder [REDACTED] invändning att gestaltungsuppdragen ligger över tröskelvärde ingen annan bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar sammanfattningsvis med beaktande av både det som [REDACTED] anfört och Staden har svarat att det inte kommit fram grund för ingripande med stöd av LOU. Ansökan om överprövning av avtalens giltighet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Kaija Hultquist

Rådman

Hanna Hansson har föredragit målet



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

