

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 21

DOM

2018-04-23

Meddelad i Stockholm

Mål nr

3866-18

KLAGANDE

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

MOTPART

Kulturnämnden i Stockholms stad
Box 16113
103 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar [REDACTED] yrkande om att upphandlingen ska göras om.

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

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

Dok.Id 948543

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30

YRKANDEN M.M.

Kulturnämnden i Stockholms stad (nämnden) ingick den 19 oktober 2017 ett avtal med [REDACTED] om utförande av konstnärlig gestaltning.

[REDACTED] yrkar dels att upphandlingen ska göras om, dels att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara det avtal om utförande av konstnärlig gestaltning som nämnden ingått. Vidare yrkar [REDACTED] att förvaltningsrätten inhämtar ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

Till stöd för sin talan framför han bl.a. följande. Beloppet enligt avtalet överstiger gränsvärdet för direktupphandling och skulle därför utannonserats av nämnden. Nämnden har tecknat avtal utan föregående annonsering när det inte varit tillåtet att använda direktupphandling. Inget i de konstprogram, kravbeskrivning som framlagts redovisar att uppdraget skulle handla om ensamrätt eller att den anlitade konstnären är den enda som kan utföra uppdraget. Inte heller motiveras varför myndigheten återigen väljer direktupphandling, trots de höga arvodeskostnaderna, eller varför man anser sig använda sig av en undantagsregel. Avtalet ska ogiltigförklaras med stöd av tiodagarsfristen eftersom staden underlåtit att informera att avtal slutits med leverantörerna. Det har inte funnits möjlighet för leverantörer att hemställa om överprövning.

Nämnden diskriminerar honom och utanförstående leverantörer genom att vid varje enskilt gestaltungsuppdrag välja direktupphandling och s.k. handplockning av enskild konstnär efter eget godtycke på ett otillbörligt sätt. Till sin hjälp har man anställt andra konstnärer som konstkonsulter vilka ofta kan betraktas som jäviga då de kan ha ett vänskapsförhållande till de konstnärer som de inbjuder till olika uppdrag. Det måste finnas klara och tydliga bevis som direkt pekar på att den utvalda konstnären är den ende som kan utföra uppdraget eller att den utvalde har ensamrätt för uppdraget.

Inget av detta har nämnden bevisat eller lagt fram i sin kravbeskrivning, och deras språkbruk är endast ämnat för att vilseleda och för att nämnden ska få fortsätta mörka sina direktupphandlingar.

Den EU-rättsliga icke-diskrimineringsprincipen är även tillämplig på nationell nivå på så vis att den inbegriper en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att behandla leverantörer från andra orter likvärdigt med leverantörer från t.ex. den egna kommunen. De krav som uppställs i ett förfrågningsunderlag får inte gynna någon som kommer från orten eller som representerar ett visst område. Ett sådant förfarande leder till diskriminering av övriga leverantörer och strider mot principen om icke-diskriminering. Det är vidare i strid med likabehandlingsprincipen att göra skönsmässiga och subjektiva bedömningar vid val av leverantörer.

Nämnden anser att yrkandet om att överprövning av upphandlingen ska avvisas och att yrkandet om ogiltigförklaring av avtalet ska avslås. Som skäl anförs bl.a. följande. Nämnden har inte brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, eller mot någon annan bestämmelse i lagen. 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.

Nämnden har arbetat fram en mycket specifik kravbild utifrån den aktuella platsen. Valet av konstnär har gjorts ur ett större urval för att säkerställa att de upphandlingsrättsliga principerna tillämpas med den urskillning som etablerats i rättspraxis. Det framgår tydligt av motiveringen av valet av konstnär att nämnden härigenom vill skapa ett unikt konstverk som i högsta grad är kopplat till konstnärens alldeles särskilda förmåga. Förutsättningarna för att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering har därför förelegat.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Yrkandet att upphandlingen görs om

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

Nämnden tecknade det aktuella avtalet den 19 oktober 2017. Eftersom [REDACTED] ansökan om överprövning av upphandlingen, och yrkandet att upphandlingen görs om, kom in till förvaltningsrätten den 19 februari 2018, det vill säga efter det att avtalet hade tecknats, kan förvaltningsrätten inte överpröva upphandlingen. Yrkandet ska därför avvisas.

Förhandsavgörande från EU-domstolen

Förvaltningsrätten anser att det inte finns skäl att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Yrkandet om detta ska därför avslås.

Ogiltighetsförklaring av avtalet

Direktupphandling får användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 6 kap. 12–19 §§ är uppfyllda (jfr 19 kap. 7 § tredje stycket andra meningen LOU).

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt 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 (6 kap. 14 § första stycket 1 LOU).

Frågan i målet är om nämnden haft förutsättningar att i upphandlingen använda sig av direktupphandling av gestaltningsuppdraget med hänvisning till att syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation.

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. (jfr. Kammarrätten i Stockholms dom den 27 juni 2017, mål nr 6434-16)

Av utredningen i målet framgår att nämnden kontaktades av Exploateringskontoret (beställaren) med anledning av konstnärlig gestaltning enligt den så kallade enprocentsregeln för Hagastaden. Som ett resultat utsågs en projektledare och en samrådsgrupp tillsattes. Projektledaren arbetade fram ett konstprogram i dialog med representanter för beställaren.

Av konstprogrammets kravspecifikation framgår att konstnären, det konstnärliga uttrycket och konstnärskapet ska:

- uppvisa hög konstnärlig kvalitet i sitt konstnärskap,
- på ett tydligt sätt i sitt konstnärskap anknyta till forskning på temat Life Science – Livets byggstenar,
- arbeta med forskningsprocesser eller med bas i naturvetenskap eller biomimetik,
- i sitt konstnärskap arbeta med och ha erfarenhet av växelverkan mellan gestaltning, arkitektur och olika biotoper,

- ha stor erfarenhet av offentliga miljöer, intresse för historiska miljöer och att av att samarbeta med tekniker, arkitekter och studenter,
- i sin konstnärliga produktion kunna uppvisa hög professionell nivå både vad gäller konstnärlig och teknisk kvalitet,
- ha förmåga att hantera skalan i ett stadsrum och se konsten i ett långsiktigt perspektiv i dialog med platsen och det intilliggande offentliga rummet,
- kunna visa prov på gestaltningar där materialitet är en viktig del av konstens uttryck,
- ha förmågan att skapa ett visuellt starkt verk i material lämpliga för en offentlig exteriör miljö,
- ha konstnärlig integritet samtidigt som de skulpturala verken ska fungera både på nära håll och på långt avstånd,
- ha en praktik som ligger i skärningspunkten mellan forskning, samtidskonst och samtidsarkitektur,
- ha erfarenhet av projekt där många aktörer och samarbetspartners ingår,
- ha ett starkt uttryck som rör sig mellan det abstrakta och det figurativa med formspråk som pendlar mellan yta och djup,
- tillföra ett samtida starkt konstnärligt och personligt uttryck som ger platsen en tydlig identitet,
- arbeta med att formulera och medvetandegöra konstnärliga processer,
- tidigare ha arbetat konstnärligt med projekt som tar ett helhetsgrepp i en miljö utomhus där konstnärlig kompetens och perspektiv integreras i nära samarbete med övrig gestaltningskompetens.

Vidare framgår av konstprogrammet bl.a. följande. I processen har särskild uppmärksamhet riktats mot att hitta konstnärskap med hög konstnärlig höjd relaterat till Life Science-forskningen, stadsdelens arkitektur och

landskapsarkitekturen. Urvalet av konstnärer har gjorts från en stor mängd material från olika håll, Stockholm konstns arkiv med konstnärsmappar, konstprojektledarens och kollegors kontaktnät, via webben samt ett stort antal galleribesök. I arbetet har lagts stor vikt vid att den konstnärliga gestaltningen ska innehålla en fördjupning av begreppet Livsegenskaperna.

Valet av [REDACTED] motiveras i konstprogrammet bl.a. enligt följande. Utifrån projektets förutsättningar och kravspecifikation har ett konstnärskap utkristalliserat sig som uppfyller samtliga uppställda krav. Detta konstnärskap uppvisar ett starkt visuellt och stämningsbärande uttryck med en stark formkänsla. Konstnären har en förmåga att ta sin utgångspunkt i narrativa berättelser som är förankrade i forskningsprocesser och i platsens historia. Konstnären arbetar med ett futuristiskt och artificiellt formspråk i direkt relation till naturen, växtriket och olika biotoper. Konstnären kan härigenom ”skapa kopplingar mellan det bekanta, det obekanta och det okända” och relatera till visionen med Livsegenskaperna. [REDACTED] har med sin samlade erfarenhet, kunskap och sitt förhållningsätt kapacitet att relatera till platsen på ett intressant vis i relation till den övergripande visionen för hela Hagastaden. Hennes förhållningsätt och kunskap om samtida konstnärliga uttryck gör att hon uppfyller den högt ställda kravspecifikation och är den mest lämpade konstnären för detta uppdrag. [REDACTED] arbetar med ett visionärt och futuristiskt uttryck. Hon har lång konstnärlig erfarenhet och har intresserat sig för mötet mellan konst, biotoper och vetenskap. I flera tidigare projekt har hon genomfört samarbeten med forskare och arkitekter. Hon arbetar med visioner för offentlig gestaltning i växelverkan mellan arkitektur och olika biotoper samt med intressanta tvärdisciplinära samarbeten mellan arkitekter och konstnärer, utifrån olika kulturella kontexter. Detta har genererat många intressanta undersökande gestaltungsuttryck. Hon söker kopplingar och dialoger mellan naturens strukturer med inslag av science fiction och intresserar sig för och betonar vikten av den konstnärliga forskningens

betydelse. Hennes arbete präglas av stark formkänsla och professionalism kombinerat med stor känslighet för platsens karaktär och unika förutsättningar. Hon har stor kunskap och materialkännedom och lyckas skapa och formulera gestaltningar utifrån sin utgångspunkt i vetenskapen. Konstnären visar med dokumentation av genomförda projekt att hon har förmåga att genomföra en unik platsspecifik konstnärlig gestaltning i det offentliga rummet. [REDACTED] har under flera år ingått i den internationella gruppen Servo som har arbetat med en praktikbaserad forskning som befinner sig i skärningspunkten mellan konst, design, arkitektur och teknologi. [REDACTED] arbetar med att utforska digitala tekniker. Hon problematiserar relationen mellan analoga och digitala processer och betonar vikten av den konstnärliga forskningens betydelse.

Förvaltningsrätten konstaterar att nämnden har haft för avsikt att anskaffa ett konstföremål i överensstämmelse med en detaljerad kravspecifikation. Genom kravspecifikationens utformning och innehåll är det visat att syftet med upphandlingen har varit att producera ett unikt konstnärligt verk utifrån ett övergripande tema. Konstnärens, [REDACTED], identitet har då på ett avgörande sätt påverkat konstföremålets art och värde. Uppdraget har därför endast kunnat fullgöras av henne. Förvaltningsrätten anser därför att nämnden har visat att undantaget i 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU har varit tillämpligt och att nämnden därmed har haft rätt att ingå avtal med [REDACTED] utan föregående annonsering.

Eftersom förvaltningsrätten har kommit fram till att det funnits förutsättningar för att tillämpa undantagsbestämmelsen i 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU är bestämmelserna om tröskelvärden inte tillämpliga. [REDACTED] [REDACTED] invändning beträffande detta föranleder därför ingen annan bedömning.

Vid förenklat förfarande utan annonsering föreligger ingen skyldighet för den upphandlande myndigheten att på sin hemsida, eller motsvarande, meddela att den tänker eller har ingått ett avtal. Vad [REDACTED] anfört i denna del föranleder därför inte heller något ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att nämndens avtal med [REDACTED] från den 19 oktober 2017 ska bestå. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Leif Nilsson

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Henrik Hammargren 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.