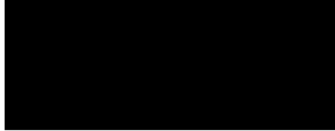




SÖKANDE



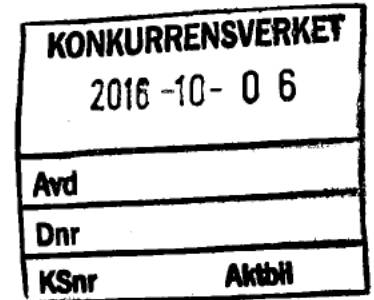
MOTPART

Kulturnämnden i Stockholms Stad
Stockholm konst

Ombud: Stadsadvokaten Gustaf Swedlund
Stockholms stad
Stadsledningskontoret
Juridiska avdelningen
Hantverkargatan 3 A
105 35 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 om ogiltigförklaring av ingånget avtal.

YRKANDEN M.M.

Kulturnämnden, Stockholm konst, i Stockholms stad (Staden) har genomfört en direktupphandling avseende konstnärlig gestaltning av Slussen (Dnr. 3.2/1567/2010). Staden tecknade avtal med konstnären [REDACTED] [REDACTED] den 14 april 2016.

[REDACTED] ansöker om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och yrkar dels att avtalet förklaras ogiltigt, dels att upphandlingen ska göras om. [REDACTED] yrkar även att förvaltningsrätten ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

Staden anser i första hand att [REDACTED] talan ska avvisas då han saknar talerätt eftersom han inte uppfyller kriterierna för att vara en leverantör i LOU:s mening i förhållande till den aktuella upphandlingen. Om [REDACTED] anses ha talerätt anser staden att ansökan om ogiltighet ska avslås. Staden anser att den inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Talerätt

Den första frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om [REDACTED] [REDACTED] är att anse som leverantör i den mening som avses i LOU.

Enligt 2 kap. 11 § LOU avses med leverantör den som på marknaden tillhandahåller varor, tjänster eller utför byggtreprenader. Begreppen leverantör och marknaden ska ges en vid tolkning.

Staden anser att [REDACTED] inte uppfyller kriterierna för att vara en leverantör eftersom han inte är en skulptör och inte har kapacitet och

förmåga att leverera en eller flera skulpturer av viss konstnärlig höjd som den typ av skulpturer som staden upphandlar, dvs. förvärv av sex befintliga skulpturer av [REDACTED]

Mot bakgrund av att både begreppen leverantör och marknaden ska ges en vid tolkning, anser förvaltningsrätten att [REDACTED] är att betrakta som leverantör i LOU:s mening. [REDACTED] utför konstnärlig gestaltning och det faktum att han inte visat att han tillhandahåller skulpturer innebär enligt förvaltningsrätten inte att han inte ska ses som leverantör. [REDACTED] talan ska därmed inte avvisas pga. bristande talerätt enligt 2 kap. 11 § LOU.

Yrkandet att upphandlingen görs om

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. (16 kap. 6 § andra stycket LOU)

Staden tecknade avtal med [REDACTED] avseende konstnärlig gestaltning av Slussen den 14 april 2016. Eftersom [REDACTED] ansökan om överprövning av upphandlingen, och yrkandet att upphandlingen görs om, kom in till förvaltningsrätten den 3 augusti 2016, dvs. efter att avtalet hade tecknats, kan förvaltningsrätten inte överpröva upphandlingen. Yrkandet därom ska därför avvisas.

Förhandsavgörande från EU-domstolen

[REDACTED] yrkar även att förvaltningsrätten ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen och anför följande. Både EU-domstolen och kommissionen har konstaterat att undantaget från annonseringsplikten ska tillämpas restriktivt och endast i undantagsfall. Undantaget får enbart användas då myndigheten kan visa att inga likvärdiga konstverk eller konstnärer existerar. En objektiv bedömning av om

likvärdiga konstnärer finns tillgängliga ska vara saklig och opartisk. EU-domstolen har inte tidigare prövat tillämpningsgrunden "konstnärliga skäl", varför förhandsavgörande ska inhämtas.

Förvaltningsrätten konstaterar att EU-domstolen har 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. (mål C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, punkten 58)

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i ett mål om konstnärlig gestaltning i ett konsert- och kongresshus uttalat att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärliga tjänster. Kommunen hänvisade till anskaffningens särskilda karaktär och till att det slutliga beslutet föregåtts av bedömningar av en större krets av konstnärer och att detta urval 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, varför upphandlingen hade genomförts i enlighet med LOU. (RÅ 2008 ref. 79)

HFD har i ett senare mål ansett att det i utredningen var en tämligen tunn uppdragsbeskrivning där det endast framgick att den upphandlande myndigheten 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. (RÅ 2009 not. 134)

Mot bakgrund av aktuell praxis anser förvaltningsrätten att det inte är nödvändigt att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Yrkandet därom ska därför avslås.

Ogiltighetsförklaring av avtalet

Förvaltningsrätten går vidare till att pröva om avtalet i upphandlingen ska förklaras ogiltigt på den grunden att Staden har genomfört en otillåten direktupphandling.

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. (15 kap. 3 § andra stycket andra meningen LOU)

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt om det som ska upphandlas av bl.a. konstnärliga skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör. (4 kap. 5 § första stycket 2 LOU)

Fråga i målet är om Staden haft förutsättningar att i upphandlingen använda sig av direktupphandling av gestaltungsuppdraget med hänvisning till att det som ska upphandlas av konstnärliga skäl endast kan fullgöras av viss leverantör.

██████████ menar att ingenting i den så kallade kravbeskrivningen säger att uppdraget endast kan utföras av en enda konstnär, utan det framstår som att ett flertal konstnärer kan konkurrera kring den aktuella kravbilden. Det bästa sättet att få fram förslag att ta ställning till är att utannonsera och konkurrensutsätta uppdraget. Staden har inte redovisat varför den generellt ska direktupphandla alla uppdrag, konstnärliga tjänster. Det strider även mot LOU när man ställer krav på att konstnären ska ha lokal anknytning. Det finns inte heller något stöd i lagstiftningen för att konstnären ska vara internationellt känd. Det finns för övrigt ett antal mycket mer internationellt kända skulptörer än ██████████. Direktupphandlingar får endast

genomföras så länge upphandlingar av samma slag gjorda under räkenskapsåret inte överstiger 15 procent av tröskelvärdet. Staden har inte utannonserat uppdraget enligt huvudregeln i LOU utan gjort ett undantag och utnyttjat direktupphandling i strid mot lagstiftningen.

Staden invänder att syftet med konstprogrammet för "Nya Slussen" som antogs hösten 2013 var att etablera Slussen som mötesplats och bidra till att göra Slussen till en befolkad, trygg och säker plats under ombyggnadsperioden. Under våren 2016 följde Stockholm konst byggprocessen. Stockholms konst vill med ett mobilt skulpturalt verk ge stockholmarna en försmak om konsten på det framtida Slussen. Utgångspunkt för det tillfälliga projektet var att införa något högkvalitativt och figurativt i mindre skala under det mångåriga byggkaoset. Tillsammans med projektgruppen för Slussen satte Stockholm konst upp följande kriterier för konstverket:

- En väletablerad konstnär verksam i skulptural traditionell anda, gärna brons.
- En kvinnlig konstnär med lokal anknytning.
- En konstnär med gedigen erfarenhet av offentligt gestaltungsarbete.
- En konstnär som redan har befintliga verk i lägre skala, eftersom visionen är att sätta projektet tidig vår 2016.
- En konstnär som kan vara med och arrangera en grupp skulpturer tillsammans med Stockholm konst.

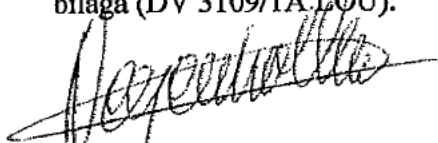
Mot denna kravprofil och efter studier av inkomna konstnärsmappar samt i dialog med projektledaren vid Stockholm konst, fann Stockholm konst en given kandidat: [REDACTED] är en av Sveriges absolut främsta konstnärer, både som målare och skulptör med ett otal utställningar och gestaltungsuppdrag bakom sig. Stockholm konst rekommenderade Staden att köpa in sex befintliga skulpturer av [REDACTED] och att producera ett organiskt fat som skulpturerna skulle arrangeras på för mobilitet. [REDACTED] är en av Sveriges främsta konstnärer vars oeuvre i skulptur och måleri har haft en enorm betydelse för både en bred publik och för en yngre

generation kvinnliga konstnärer. [REDACTED] har genom sitt konstnärskap och sitt mod visat att man kan ta plats, att man kan arbeta stort och att man kan visuellt levandegöra svåra existentiella frågor. För Slussen, av många sedd som Sveriges mittpunkt, föreföll det naturligt för Stockholm konst att välja just skulptur av [REDACTED] då geografisk position och laddning krävde en ytterst erfaren och respekterad konstnär vars verk i kvalitet motsvarar platsens laddning. Stockholm konst ville också arbeta i en lägre figurativ mänsklig skala, samt med en koncentrerad grupp av skulpturer som en kontrast till Stockholms alla solitära kungliga skulpturer dvs. idel herrar uppsatta högt ovan folket. [REDACTED] fem skulpturer av barn var det enda alternativet eftersom skulpturerna i skala och organisation skapar sitt eget revir samtidigt som de just inbjuder till direkt deltagande i ett barnperspektiv. Med skulpturerna införs värme och ett mänskligt perspektiv under byggkaoset. För att uppnå denna konstnärliga effekt krävs konst av extremt hög konstnärlig kvalitet; alltså en konst som trots lyriska förtecken kan ta för sig i sitt rum. Redan idag fungerar skulpturerna genom att barn är framme och kramar dem, och Stockholm konst har fått många positiva kommentarer av förbipasserande. En extremt svår plats har berikats med ett sammanhållet skulpturalt verk som fungerar utmärkt pga. dess exceptionellt höga konstnärliga kvalitet. [REDACTED] har tilldelats Nordens största konstpris, Carnegie Art Award 2002, och utsågs 2013 till årets konstnär av tidningen Konstvärlden genom en jury som består av åtta av Sveriges främsta konstkritiker. Sedan 1977 är hon ledamot av Kungliga Konstakademien. [REDACTED] verk betingar regelmässigt priser som väl överstiger vad verksamma svenska konstnärers verk får idag. Detta är en tydlig indikation på hennes unika anseende och särställning på konstmarknaden i Sverige. [REDACTED] verk finns också representerade på flera svenska muséer och institutioner, inklusive Nationalmuseum och Moderna Museet. Ett konstverk av [REDACTED] som tydligt ligger på en egen nivå inom svensk samtida konst har inga rimliga likvärdiga alternativ.

Förvaltningsrätten konstaterar att Staden har gett en detaljerad beskrivning av det aktuella gestaltungsoppdraget och dess specifika karaktär och kravbild. Staden har tydligt förklarat syftet med oppdraget och hur platsens unika förutsättningar har inneburit en specifik kravbild. Förvaltningsrätten finner att Staden, mot bakgrund av de beskrivningar som lämnats avseende oppdragets särskilda karaktär och den urvalsprocess som skett i samband med att kravprofilen upprättades, 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. Förvaltningsrätten bedömer därför att avtalet inte ska ogiltigförklaras på grund av att det ingåtts utan föregående annonsering. Det som [REDACTED] har anfört och vad som i övrigt har framkommit föranleder ingen annan bedömning. [REDACTED] ansökan om överprövning av avtalets giltighet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Håke Degenkolbe
Rådman

Charlotte Wallberg har föredragit 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.

