



KLAGANDE

████████████████████

MOTPART

Stockholms stad

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 23 april 2018
i mål nr 23777-17, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avvisar ██████████ yrkande om överprövning av upphandlingarna.

2. Kammarrätten bifaller ansökan om överprövning av ingångna avtal och förklarar avtalen mellan Stockholms stad och ██████████, ██████████, ██████████, ██████████, ██████████ respektive ██████████ ogiltiga.

YRKANDEN M.M.

██████████ yrkar att Stockholms stads avtal med konstnärerna ██████████
██████████, ██████████, ██████████, ██████████, ██████████
respektive ██████████ ska förklaras ogiltiga samt att
upphandlingarna ska göras om. Han för fram bl.a. följande.

Han och andra potentiella leverantörer diskrimineras genom att
Stockholms stad vid varje gestaltningsuppdrag handplockar en konstnär.
Det är inte tillåtet att generellt undanta offentliga konstnärliga
gestaltningar från kravet på annonsering, utan direktupphandling är
endast tillåtet om den upphandlande myndigheten kan visa att inga
likvärdiga konstverk eller konstnärer existerar. Att den upphandlande
myndighetens subjektiva uppfattning får avgöra vilken konstnär som är
bäst lämpad för uppdraget står i strid med de upphandlingsrättsliga
principerna om likabehandling och transparens. Den upphandlande
myndigheten måste beakta andra aspekter utöver estetiska, som t.ex.
miljöhänsyn, pris, tekniska lösningar och funktionalitet. Krav-
beskrivningarna innehåller även många allmänt hållna krav, som t.ex.
krav på kvalitet och erfarenhet, och det finns inget som talar för att de
utvalda konstnärerna är de enda som kan utföra de aktuella uppdragen.

Stockholms stad anser att överklagandet ska avslås, hänvisar till det som
staden fört fram i förvaltningsrätten och tillägger bl.a. följande. Gemensamt
för upphandlingarna är att staden har önskat upphandla platsspecifik
konstnärlig gestaltning. Platsens särskilda karaktär, interaktionen mellan
konsten och den verksamhet som ska bedrivas på platsen och samspelet
mellan konsten och arkitektoniska värden i byggnader och landskap har
medfört att staden har tillämpat undantaget för konstnärliga tjänster. Tydliga
kravspecifikationer har tagits fram för upphandlingarna. De valda
konstnärerna har haft avgörande betydelse för att uppnå stadens särskilda
syften med de konstnärliga gestaltningarna, nämligen att skapa unika

konstverk eller unika konstnärliga prestationer utifrån stadens specifika krav för de aktuella platserna. Det är inte möjligt, och kan inte heller krävas, att staden ska visa att ingen annan konstnär hade kunnat skapa en godtagbar konstnärlig gestaltning på de aktuella platserna. Det hade dock inte varit möjligt för någon annan konstnär att skapa de konstnärliga gestaltningarna som staden upphandlat eftersom de alla är unika konstverk med hög konstnärlig kvalitet som är skapade specifikt för staden och de aktuella platserna.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämplig lag

Lagen om offentlig upphandling (2016:1145), NLOU, trädde i kraft den 1 januari 2017 och ersatte då den tidigare lagen om offentlig upphandling (2007:1091), LOU. Av övergångsbestämmelserna framgår dock att den upphävda lagen fortfarande gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom de aktuella upphandlingarna påbörjades före den 1 januari 2017 är LOU tillämplig lag i målet.

Överprövning av upphandling

Av 16 kap. 6 § andra stycket LOU framgår att överprövning av en upphandling inte får ske efter att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. Stockholms stad har ingått avtal med de utvalda konstnärerna. Kammarrätten kan därför inte överpröva upphandlingarna. [REDACTED] yrkande om överprövning av upphandlingarna ska därför avvisas.

Ogiltigförklaring av avtal

Rättsliga utgångspunkter

Frågan i målet är om Stockholms stad har haft rätt att direktupphandla de aktuella konstnärliga gestaltningarna med hänvisning till att de av konstnärliga skäl endast har kunnat fullgöras av en viss leverantör i enlighet med 15 kap. 3 § andra stycket andra meningen LOU och 4 kap. 5 § första stycket 2 samma lag. Det är Stockholms stad som har bevisbördan och som alltså ska visa att förutsättningarna för direktupphandling är uppfyllda.

Undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU har sin grund i artikel 31.1 b i Europaparlamentets och Rådets direktiv om offentlig upphandling¹. Motsvarande artikel i det nya LOU-direktivet², artikel 32.2 b, har dock fått en ny utformning. I artikeln anges bl.a. att direktupphandling får tillämpas för offentliga kontrakt för bygg-entreprenader, varor och tjänster om byggentreprenaden, varorna eller tjänsterna endast kan tillhandahållas av en viss ekonomisk aktör på grund av att syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation. Ledning för hur artikel 32.2 b ska tolkas finns i skälen till direktivet. I skältext 50 anges bl.a. följande. Undantaget bör begränsas till fall då det redan från början står klart att offentliggörandet inte kommer att leda till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat, inte minst därför att det objektivt sett endast finns en ekonomisk aktör som kan fullgöra kontraktet. Detta gäller för konstverk, när konstnärens identitet i sig avgör konstföremålets unika art och värde.

¹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster

² Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

Artikel 32.2 b har införlivats i svensk rätt genom 6 kap. 14 § första stycket 1 NLOU, men även vid tillämpningen av 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU är domstolar och myndigheter skyldiga att tolka nationell rätt i ljuset av det nya direktivets ordalydelse och syfte (principen om direktivkonform tolkning). Kammarrätten anser dock att rättsläget inte har ändrats genom den nya lydelsen av undantagsbestämmelsen för konstnärliga tjänster (prop. 2015/16:195 s. 998). De avgöranden som finns på området från tiden före det nya LOU-direktivets ikraftträdande är alltså fortfarande vägledande för hur undantagsbestämmelsen ska tillämpas.

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i två avgöranden uttalat sig om undantagsbestämmelsen för konstnärliga tjänster. I RÅ 2008 ref. 79 bedömde HFD att undantaget var tillämpligt. HFD uttalade att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärliga tjänster, där de estetiska bedömningarna får avgörande betydelse för valet av leverantör. HFD lade också vikt vid att det slutliga beslutet om val av konstnär hade föregåtts av bedömningar av en större krets konstnärer och att detta urval hade gjorts av en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté. I ett senare avgörande, RÅ 2009 not. 134, bedömde HFD att undantaget inte var tillämpligt. HFD uttalade att uppdragsbeskrivningen var tämligen tunn och att det endast framgick att den upphandlande myndigheten önskade köpa en konstnärlig gestaltning som skulle utgöra ett minnesmärke över Förintelsens offer. Kommunen hade enligt HFD presenterat uppdraget på ett allmänt sätt och inte angivit några omständigheter kring det tänkta minnesmärket som skulle kunna göra undantaget tillämpligt.

Kammarrättens bedömning

Upphandling av konstnärliga tjänster

Upphandlingar av konstnärliga tjänster särskiljer sig från andra upphandlingar på så sätt att det är konstnärliga eller estetiska värderingar som styr valet av leverantör. Vid sådana förhållanden är det oundvikligt att den upphandlande myndighetens subjektiva uppfattning om vilken konstnär som är bäst lämpad att utföra ett visst uppdrag till stor del styr valet av leverantör. Det kan inte heller krävas att den upphandlande myndigheten ska visa att ingen annan leverantör hade kunnat skapa ett likvärdigt konstverk. Detta innebär dock inte att den upphandlande myndigheten fritt kan välja en konstnär för ett visst uppdrag, utan den upphandlande myndigheten måste fortfarande visa att syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation. Om t.ex. konstnärens specifika uttryckssätt varit avgörande för att den upphandlande myndighetens önskemål och krav med den konstnärliga gestaltningen ska kunna uppfyllas ligger det enligt kammarrättens uppfattning nära till hands att upphandlingen haft ett sådant syfte. För att den upphandlande myndigheten ska lyckas visa att det förhållit sig på ett sådant sätt kan de önskemål och krav som den upphandlande myndigheten ställer på den konstnärliga gestaltningen inte vara för allmänt hållna (RÅ 2009 not. 134). Det räcker alltså inte med en utförlig motivering till ett visst konstnärsval.

Gemensamt för de aktuella upphandlingarna

Stockholms stad har fört fram att det inte varit möjligt för någon annan konstnär att skapa de konstnärliga gestaltningarna som de aktuella upphandlingarna avser eftersom konstverken är skapade specifikt för staden och de aktuella platserna. När en konstnär väl tagit fram ett skissförslag på en konstnärlig gestaltning ligger det dock enligt kammarrättens mening i

sakens natur att endast den konstnären kan skapa sitt eget verk. Detta leder alltså inte till att undantaget är tillämpligt.

Stockholms stad har vidare uppgett att staden har tillämpat undantaget för konstnärliga tjänster eftersom de aktuella upphandlingarna avser plats-specifik konstnärlig gestaltning där konsten ska samspela med platsen och verksamheten som bedrivs där. Att de aktuella upphandlingarna avser platsspecifik konstnärlig gestaltning är dock enligt kammarrättens mening inte i sig tillräckligt för att undantaget för konstnärliga tjänster ska vara tillämpligt. Även vid denna typ av upphandlingar måste Stockholms stad visa att undantagsbestämmelsen är tillämplig i varje enskild upphandling.

Stockholms stad har beskrivit de konstnärliga gestaltningarna som staden önskat upphandla i ett konstprogram för respektive upphandling. Det är med utgångspunkt i konstprogrammen som den sakkunniga projektledaren har valt ut vilka konstnärer som ska presenteras för den särskilda samrådsgruppen.

██████████

I konstprogrammet för ██████████ beskrivs bl.a. skolområdet, skolbyggnaderna samt omgivningarna. Det anges att ett öppet förslag för diskussion presenteras där konsten delas upp på två eller tre projekt. Alternativet med två projekt ska enligt konstprogrammet bestå av ett större projekt utomhus och ett mindre projekt inomhus. Alternativet med tre projekt ska bestå av ett större projekt utomhus och två mindre projekt, varav ett inomhus och ett ljudkonstverk. Det framgår att ljudkonstverket pedagogiskt och konstnärligt ska anknyta till skolan, barnen och verksamheten och gärna till omgivningarna och dess historia. Skolan ska enligt konstprogrammet ha ett interiört färgtema som knyts till naturen. I

att Stockholms stad inte har visat att syftet med upphandlingen har varit att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation.

██████████

I konstprogrammet för ██████████ beskrivs bl.a. skolområdet, skolbyggnaderna samt de platser som bedömts lämpliga för konst och utmaningar och möjligheter kopplade till dessa. Vidare anges att de konstnärliga gestaltningarna ska kunna betraktas många gånger om över lång tid, tåla slitage och rengöring och väcka tankar och känslor. Det framgår att det ska vara konstnärlig gestaltning såväl utomhus på skolgården som inomhus i skolbyggnaden. För gestaltningen utomhus anges bl.a. att det är avgörande att uppdraget går till en konstnär som förstår idén om platsbildning och flöden, har en grundläggande känsla för kroppar i rörelse och som är medveten om naturens betydelse för platsen. Det är enligt konstprogrammet också angeläget att uppdraget går till en konstnär som kan se det lekfulla och taktila i en gestaltning på platsen. För gestaltningen inomhus anges bl.a. att det är avgörande att uppdraget går till en konstnär som har förmåga att vara lyhörd och kan kommunicera med de som rör sig på platsen och som är skicklig i att förvalta ett befintligt ting – terrazzogolvet – och ändå lyckas skapa ett eget konstnärligt objekt.

Vidare anges följande.

För ██████████ är det väsentligt att konstnären för det *interiöra uppdraget* har:

- förmåga att förstå och samspela med den omkringliggande kontexten
- förmåga att skapa en pågående dialog med barnen
- stor teknik- och materialkänedom
- dokumenterad skicklighet inom sitt konstnärliga medium
- förmåga att samarbeta och slutföra sitt uppdrag

För [REDACTED] är det väsentligt att konstnären för det *exteriöra* uppdraget har:

- erfarenhet av att arbeta utomhus
- erfarenhet av att arbeta med skala
- stor teknik- och materialkännedom
- dokumenterad skicklighet inom sitt konstnärliga medium
- förmåga att förstå och samspela med den omkringliggande kontexten
- förmåga att samarbeta och slutföra sitt uppdrag

Även konstprogrammet för [REDACTED] beskriver enligt kammarrättens bedömning de aktuella uppdragen på ett allmänt sätt. Många krav, som t.ex. att konsten ska kunna betraktas många gånger om över lång tid, tåla slitage och rengöring samt relatera till utformningen av skolbyggnaden och de som rör sig på platsen, är sådana som enligt kammarrättens mening är naturliga att ställa på byggnadsintegrerad konstnärliga gestaltningar i allmänhet. Stockholms stads krav på konstnärernas förmågor och erfarenhet är också mycket allmänt hållna. Stockholms stads önskemål gällande de konstnärliga gestaltningarna och de kriterier som staden tillämpat vid urvalet av konstnärerna är alltså inte tillräckligt specifika för att staden ska ha lyckats visa att syftet med upphandlingen har varit att skapa eller förvärva unika konstverk eller unika konstnärliga prestationer.

[REDACTED]

I konstprogrammet för [REDACTED] anges bl.a. [REDACTED] längd och höjd samt att arkitekterna har arbetat med grundmaterialen glas och trä. Det anges även att uppdraget kräver nära samarbete med arkitekten, kunskaper om arbete i stor skala samt måleriska kunskaper och rytm.

Enligt kammarrättens bedömning är de krav som ställs i konstprogrammet inte tillräckliga för att visa att syftet med upphandlingen har varit att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation.

Slutsats

Stockholms stad har på grund av konstprogrammets allmänna utformning inte uppfyllt sin bevisbörda och visat att syftet med upphandlingarna har varit att skapa eller förvärva unika konstverk eller unika konstnärliga prestationer (RÅ 2009 not. 134). Undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU är alltså inte tillämplig i de aktuella upphandlingarna. Eftersom Stockholms stad har genomfört otillåtna direktupphandlingar är förutsättningarna för att ogiltigförklara de avtal som slutits mellan staden och konstnärerna [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] respektive [REDACTED] uppfyllda.

Ansökan om överprövning av avtalen ska därför bifallas och de ingångna avtalen förklaras ogiltiga.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

Marie Bjernelius Lundahl
kammarrättsråd
ordförande

Magnus Mathiasson
kammarrättsråd
referent

Hases Per Sjöblom
f.d. lagman

Ellen Agrenius Kushner
föredragande jurist



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2018-04-23

Meddelad i Stockholm

Mål nr

23777-17

SÖKANDE

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

MOTPART

Kulturnämnden i Stockholm stad
Box 27806
115 93 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet att upphandlingarna ska göras om.

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

Dok.Id 933075

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

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

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00–16:30

YRKANDEN M.M.

Kulturnämnden i Stockholm stad (Staden) har genomfört följande direktupphandlingar

1. Gestaltningsuppdrag [REDACTED], dels med [REDACTED], dels med [REDACTED].
2. Gestaltningsuppdrag [REDACTED] gestaltning av [REDACTED].
3. Gestaltningsuppdrag [REDACTED], gestaltning av [REDACTED]ne och [REDACTED].
4. Gestaltningsuppdrag [REDACTED], gestaltning av [REDACTED].
5. Gestaltningsuppdrag [REDACTED], dels med [REDACTED], dels med [REDACTED], och dels med [REDACTED].

[REDACTED] ansökan om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling avseende uppdrag 5 prövas av förvaltningsrätten i mål nr 30159-17.

[REDACTED] yrkar dels att upphandlingen ska göras om, dels att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara avtalen 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 gestaltungsuppdrag 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

uniket 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 gestaltningsprojektet 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 konstgestaltningsuppdrag 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

konsts organisation 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 skraddarsytt 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 obestridligen 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.

██████████
Avtalet med ██████████ - Interiör

Det interiöra uppdraget gick till ██████████ bl.a. då hon under drygt 30 år konsekvent i olika material visat sig ha en unik förmåga att behärska rumslig gestaltning både avseende traditionellt måleri, men också i större installationer på museer och konsthallar. Det som gör ██████████ unik och speciellt lämplig för uppgiften att gestalta en skolmatsal och ett mediatek är hennes förmåga att med konstnärlig kvalitet behålla lekfullhet och humor i anslaget. Hennes konstnärskap är generöst och fler skiktat både avseende material och symbolik öppnar sig för till skolans elever och personal. ██████████ har förmågan att additivt och ledigt inta en monumental vägg, men samtidigt i sina verk bibehålla den konstnärliga skärpan. Hon kan sålunda med sin skiss *”natur som tagit sin genom väggen och av en slump bildat ett mönster: halsband”* både inordna sig och utmana den givna förutsättningen genom att bidra med ett fritt konstnärligt språk. ██████████ har, som framgått, lång konstnärlig erfarenhet och det är en ära för Stockholm konst att en så pass väletablerad konstnär som ██████████ väljer och förstår det viktiga i att den bästa av samtidskonsten skall ut i stadens offentliga miljö. Staden via Stockholm konst hävdar sålunda med emfas att ██████████ är rätt konstnär på rätt plats. En annan konstnär hade inte varit möjlig. ██████████ m.fl. hade då gått miste om förmånen att få ta del av en av svensk samtidskonst stora kvinnliga konstnärer.

Avtalet med [REDACTED] - exteriör

[REDACTED] specialitet är hon med sitt ljud tar fram platsens unika ljudbild dvs. hon utgår ifrån det exakta rum och plats som ljudet ska upplevas i och skapar ett ljudverk utifrån detta. Det kan så vara underjordens, havets eller vindens ljud – ljud som accentuerar [REDACTED] och dess omgivande tegelarkitektur. Ljud som främst barnen kan stillas av och tröstas av i en kaotisk lekmiljö Poängen, och det unika med detta ljudverk som kopplas till bänkar, är sålunda att det är gjorts speciellt för platsen samt att det i sig avseende teknik och hållbarhet tangerar [REDACTED] övergripande tema. [REDACTED] liksom hennes ljudverk är kongenialt med plats och funktion.

[REDACTED]

Avtalet med [REDACTED]

[REDACTED] valdes att göra ett skissuppdrag därför att hennes konstnärskap lyste klarast av de föreslagna konstnärerna. Ett modigt val då hennes arbeten är baserade på huvudsakligen performance och komplexa idéer kring människans relation till naturen, förankrat till stor del i etnobiologin med en stor portion värme, humor och poesi. Att arbeta med en offentlig permanent gestaltning är nytt för henne, men hennes noggrannhet och materialkänsla lämnar inga tvivel om att hon skulle göra detta på ett intressant och för uppdraget passande sätt. Hennes arbete kommer möta människorna i [REDACTED] på ett överraskande och spännande sätt och troligen även flytta lite på gränserna för vad den offentliga konsten är idag. Efter det första urvalet vidtog en serie kontakter mellan Stadens konstnärliga projektledare och Ingela Ihrman där man även besökte platsen för den konstnärliga gestaltningen och närmare diskuterade Stadens kravbild och de yttre förutsättningarna. Viktiga faktorer i den här

diskussionen var platsen och miljöns krav och att konstnären i detta sammanhang beaktade och satte in den skulpturala gestaltningen i ett övergripande tänk kring säkerhet, ljus och trygghet dvs. helt avgörande frågor avseende material och formgestaltning. Det konstnärliga förslaget är utformat specifikt för den aktuella platsen i samråd med beställare, landskapsarkitekter och konstnärliga projektledare. Staden har härigenom velat förvärva ett unikt konstverk som inte återfinns någon annanstans. I processen fram till det unika konstverket har staden utgått från ett bredare urval konstnärer för att ändå, i möjligaste mån, säkerställa att undantaget i LOU har tillämpats med den urskillning som krävs enligt upphandlingsreglerna.

██████████
Avtalet med ██████████ och ██████████

Den konstnärliga gestaltningen förhåller sig till och utgår från de befintliga planritningar som finns av platsen och utformas i samarbete med berörda parter. Konsten ska vara byggnads- eller platsintegrerad och samtidigt en självständig gestaltning som står i dialog med de dagliga brukarna.

För ██████████ är det väsentligt att konstnären för det *interiöra uppdraget* har:

- förmåga att förstå och samspela med den omkringliggande kontexten
- förmåga att skapa en pågående dialog med barnen
- stor teknik- och materialkännedom
- dokumenterad skicklighet inom sitt konstnärliga medium
- förmåga att samarbeta och slutföra sitt uppdrag

För ██████████ är det väsentligt att konstnären för det *exteriöra uppdraget* har:

- erfarenhet av att arbeta utomhus
- erfarenhet av att arbeta med skala
- stor teknik- och materialkännedom
- dokumenterad skicklighet inom sitt konstnärliga medium⁸
- förmåga att förstå och samspela med den omkringliggande kontexten
- förmåga att samarbeta och slutföra sitt uppdrag

I diskussionen i samrådsgruppen beslutades dels att slå ihop det exteriöra och det interiöra uppdraget och dels att fokus för konstverket skulle ligga på att skapa en konstnärlig variation av de terazzogolv som redan var planerade för skolans inredning. [REDACTED] och [REDACTED] har stor erfarenhet av konstnärligt arbete. De har båda varit verksamma konstnärer i mer än 20 år vardera och de har genomfört flera offentliga gestaltningar där skala, materialkännedom och samarbete varit grundläggande delar. Tillsammans har de en unik förmåga att se och förstå skolans verksamhet och möta eleverna och den kontext som en så stor skola som [REDACTED] för med sig. [REDACTED] arbetar med skulpturer och objekt i olika format och material, ofta med taktila och performativa inslag. Hon är även [REDACTED] [REDACTED] något som gör en henne särskilt väl lämpad för ett uppdrag i [REDACTED] där det pedagogiska anslaget utgör en viktig del. Hennes erfarenhet av att i sitt konstnärskap arbeta med nya tekniker och förmågan att översätta abstrakta tankar och fenomen till något gripbart och visuellt gör att hon står ut i valet av konstnär. [REDACTED] konstnärskap bottnar i mångt och mycket i tankar och idéer, han utgår inte sällan från historiska texter och/eller en plats historia. Sedan många år utgör han del i konstnärskollektivet [REDACTED] som bygger hela sin verksamhet på interdisciplinära samarbeten, föreläsningar, workshops och utställningsverksamhet. Sammantaget gör det här [REDACTED] till ett självklart val då uppdraget präglas även av komplex och pedagogisk struktur. Staden vill härigenom skapa ett unikt konstverk som i högsta grad är kopplat till de två konstnärernas alldeles särskilda förmåga. Förutsättningarna för att genomföra en förhandlad upphandling utan föregående annonsering har därför förelegat och Staden har i alla delar följt LOU och de grundläggande principerna.

██████████
Avtalet med ██████████ – ██████████

Stadens projektledare har utifrån konstprogrammet för ██████████ formulerat en kravspecifikation och kommit till slutsatsen att det bullerplank som avskärmar idrottsplatsens lek från trafik är en prioriterad plats för konstnärlig gestaltning. Det är ett konstruktivt i omfång monumentalt uppdrag som sig kräver extra mycket av utvald konstnär. Uppdraget innebär tillika ett gestaltningsuppdrag i nära dialog med arkitekt, landskapsarkitekt m.fl. Detta förutsätter lyhördhet och social kompetens för samarbeten på flera nivåer. Just i detta omfattande projekt har det varit viktigt att konstnären inte arbetat parallellt med andra stora uppdrag dvs. att tid avsätts för att fullt ut utveckla skissuppdraget. För Idrottshallen presenterades två konstnärer varav det självklara valet blev ██████████. Samrådsgruppen förordade enhälligt ██████████ för ett skissförslag p.g.a. hennes förmåga att inta och kombinera färg till rytmiskt ”matematiska” strukturer. ██████████ visade med sin skiss ett verk i handfast bemälad aluminium som med färg och rytm genererar optiska effekter och interaktion. I förslaget fanns ett mångbottnat och livfullt geometriskt mönster med proportioner som varierar mot en ”oändlighet” och är förankrat i en textil teknik och taktill konstnärlig kvalitet i beständiga material. ██████████ gestaltning är unikt platsintegrerad och löser på konstnärlig väg en större arkitektoniskt gestaltnings/ljudproblem. Det är ett unikt verk av en unik konstnär på en unik plats.

SKÅLEN 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. Det är därmed lagen (2007:1091) om offentlig upphandling som ska tillämpas i målet.

Yrkandet att upphandlingen görs om

Överprövning av en upphandling får enligt 16 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 avtalet

Av 15 kap. 3 § LOU framgår 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 eller om det finns synnerliga skäl. I 4 kap. 5 § första stycket anges bl.a. att upphandlande enhet 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.

Kammarrätten i Stockholm har i dom den 27 juni 2017 i mål nr 6434-16 uttalat bl.a. följande.

Vid upphandling av konstnärliga verk är det i huvudsak konstnärliga eller estetiska värderingar som styr valet av leverantör. Den upphandlande myndigheten måste dock på ett objektivt sätt kunna visa att det som ska upphandlas, på grund av konstnärliga skäl, endast kan fullgöras av en viss leverantör. Detta görs ofta genom att upphandlande myndighet på förhand fastställer upphandlingsföremålet i en kravbild som visar vad det är för typ av konstverk man vill förvärva. Därefter görs en urvalsprocess av något slag. Enligt det nya LOU-direktivet får undantag från

annonseringsskyldigheten på grund av konstnärliga skäl göras om syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation. Detta 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 objektiva sätt, visa att det inte finns någon annan leverantör som haft möjlighet att utföra uppdraget. Kammarrätten anser att den nuvarande undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § LOU ska tolkas i enlighet med detta (direktivkonform tolkning).

Fråga i målet är om Staden haft förutsättningar för att använda sig av direktupphandling.

Det nya LOU-direktivet ger stöd för att en upphandlande myndighet kan välja ut en konstnär utifrån hans eller hennes särställning/identitet om syftet med upphandlingen är att köpa ett unikt konstverk eller konstnärlig prestation från den konstnären. 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 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU är därmed tillämpligt och Staden har haft rätt att ingå avtal med [REDACTED] och [REDACTED], med [REDACTED], [REDACTED] och [REDACTED] och med [REDACTED] utan föregående annonsering.

Eftersom det funnits förutsättningar att tillämpa undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU är bestämmelserna om tröskelvärden i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket LOU inte tillämpliga. [REDACTED] [REDACTED] invändning beträffande detta föranleder därför 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.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.