



KLAGANDE

[REDACTED]

414 51 Göteborg

MOTPART

Stockholms stad

Ombud:

Stadsadvokaten Gustaf Swedlund
Stadsledningskontoret
Juridiska avdelningen
105 35 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2016-07-06	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 23 december 2015
i mål nr 21600-15, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avslår yrkandet att rätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.
2. Kammarrätten avvisar yrkandet om ogiltigförklaring av avtal.
3. Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och förordnar att upphandlingen ska göras om.

YRKANDEN M.M.

██████████ yrkar att upphandlingen ska göras om och att det avtal som har ingåtts ska ogiltigförklaras. Han yrkar även att kammarrätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Han för i huvudsak fram detsamma som i förvaltningsrätten och lägger till följande. Det presumeras att skada alltid föreligger vid en otillåten direktupphandling.

Stockholms stad anser att överklagandet ska avslås och att yrkandet om ogiltigförklaring av avtal ska avvisas. Staden för i huvudsak fram detsamma som i förvaltningsrätten och lägger till följande. Något avtal har inte tecknats med den utvalde konstnären. ██████████ har inte lidit någon skada.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Förhandsavgörande från EU-domstolen

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

Ogiltigförklaring av avtal

Något avtal har ännu inte tecknats, varför kammarrätten inte kan pröva frågan om ett sådant avtals giltighet. Yrkandet om ogiltigförklaring ska därför avvisas.

Frågan om staden har brutit mot LOU m.m.

Staden har för avsikt att upphandla konstnärlig gestaltning för Nälstaskolan i Vällingby. Det förfarande som staden har använt sig av kan delas in i flera steg. Först har tre konstnärer tagits fram utifrån vissa kriterier. I detta steg har som sökande betraktats dels de konstnärer som aktivt valt att anmäla

intresse för offentliga konstgestaltungsoppdrag i enlighet med vad som annonseras på stadens hemsida, dels de konstnärer som av andra skäl bedömts vara relevanta. Sedan har staden valt ut en av dessa tre konstnärer och beslutat att ge den konstnären i uppdrag att ta fram ett skissförslag. Staden har därefter beslutat att godkänna och genomföra den sistnämnda konstnärens förslag till gestaltning.

Staden har använt sig av bestämmelsen i 15 kap. 3 § andra stycket andra meningen lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, vilken innebär att direktupphandling får användas vid tilldelning av kontrakt om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör. Eftersom det är fråga om ett undantag från LOU är det staden som ska visa att förutsättningarna för undantaget är uppfyllda.

Staden har angett att den använde sig av följande kriterier för att i det första urvalet ta fram tre konstnärer.

- Ett avancerat samtida konstnärligt uttryck,
- dokumentation av tidigare utförda konstverk och genomförda komplexa konstprojekt,
- kunskap om material och förmåga att genomföra hållbara tekniska lösningar,
- erfarenhet att med konst förhålla sig till en specifik kontext,
- erfarenhet av samarbete med andra inom projekt, med bibehållen hög konstnärlig kvalitet,
- konstnärskapen ska kunna relatera dels till miljön där byggnaden finns, dels de specifika behov skolan har samt den kontext en grundskola utgör.

I övrigt har staden bl.a. angett att den konstnärliga gestaltningen skulle vara förankrad i vår samtid och i detta etablera ett samband mellan byggnadens gamla och nya kulturhistoria samt att konstverken skulle ses som en

integrerad signalgivare för skolan och dess grundläggande idé och uppdrag om kultur, humanism och bildning.

Kammarrätten gör följande bedömning.

De kriterier och förutsättningar som staden har tillämpat vid urvalet av de tre konstnärerna har varit utformade på ett mycket allmänt sätt. Det framgår inte att stadens önskemål kring den konstnärliga gestaltningen har varit så specifika att endast en viss leverantör har haft möjlighet att utföra uppdraget (jfr RÅ 2009 not. 134). Staden har därför inte visat att bestämmelsen i 15 kap. 3 § andra stycket andra meningen LOU varit tillämplig på så sätt att den haft möjlighet att använda sig av direktupphandling. Staden har alltså genomfört en otillåten direktupphandling.

Kammarrätten anser att [REDACTED], på grund av att Stockholms stad har genomfört en otillåten direktupphandling, har lidit eller kan komma att lida skada. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Cecilia Silfverhjem
kammarrättsråd
ordförande

Cecilia Landelius
kammarrättsråd

Linnéa Westman
tf. assessor
referent

Lisa Holm
kammarrättsfiskal
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM
2015-12-23
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
21600-15

SÖKANDE

[REDACTED]

414 51 Göteborg

MOTPART

Stockholms Stad

Ombud: Gustaf Swedlund
Stadsledningskontoret
Juridiska avdelningen
105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om ogiltighetsförklarande av avtal och avslår yrkandet om att förhandsavgörande ska inhämtas från EU-domstolen.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

Dok.Id 674201

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

YRKANDEN M.M.

██████████ yrkar att upphandlingen ska göras om samt att förvaltningsrätten ogiltigförklarar det avtal som tecknats i upphandlingen. Han yrkar vidare att förvaltningsrätten ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Till stöd för överklagandet anförs i huvudsak följande. Stockholms konst följer inte huvudregeln om utannonsering enligt LOU. De följer inte, rättar sig efter, principerna för all upphandling. Avtalet mellan konstrådet och antagen konstnär/er innefattar ett ställningstagande från konstrådets sida att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita konstnären som leverantör. Stockholms konstråd beslutade den 13 september att tilldela skissuppdraget utan att följa LOU om huvudprincipen genom annonsering på en databas. Konstrådet har inte uppfyllt förutsättningarna för en tillämpning av undantaget för konstnärliga skäl enligt LOU. Inget i den s.k. kravbeskrivningen säger att uppdraget endast kan utföras av en enda konstnär, utan det framstår som ett flertal konstnärer kan konkurrera kring denna kravbild, och det bästa sättet är att utannonsera och konkurrensutsätta uppdraget för att få fram bästa möjliga förslag att ta ställning till.

Direktupphandlingar får genomföras så länge upphandlingar av samma slag gjorda under räkenskapsåret inte överstiger 15 procent av tröskelvärdet enligt LOU. Stockholms stads hantering genom beställning gestaltungsuppdrag till offentliga lokaler/platser innebärande att man alltid gör en direktupphandling och anser sig kunna göra undantag från regeln om utannonsering, varje tillfälle då man beställer offentlig konst, är ett ohållbart system och strider helt mot gällande lagstiftning. Undantagen får nyttjas restriktivt och sällan, även vad avser konstinköp. Stockholms stad måste följa de upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och öppenhet och behandla alla leverantörer lika enligt LOU. Att Stockholms stad så aktivt motarbetar denna lagstiftning är mycket anmärkningsvärt. Detta sagt i ljuset att de flesta landsting och kommuner nu följer lagstiftningen och utannonserar

på sin hemsida, se t.ex. Stockholms läns landsting och Västra Götalands regionens arbete med offentlig konst.

Stockholms stad bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Staden har i den aktuella upphandlingen använt sig av direktupphandling med hänvisning till att det som ska upphandlas av konstnärliga skäl endast kan fullgöras av viss leverantör. Förutsättningarna för samtliga konstprojekt skiljer sig åt, varför varje nytt sådant är att betrakta som unikt. Stockholms konst tillsatte i enlighet med sin arbetsmetod och i samråd med beställaren, konstnären [REDACTED] som konstnärlig projektledare för projektet. För projektet tillsattes vidare en samrådsgrupp med representanter från beställaren och skolan, byggprojektledare, två konstnärligt sakkunniga arkitekter samt tre konstnärligt sakkunniga från Stockholms konst. Eftersom budgeten överskred 400 000 kronor ingick också två politiker ur Stockholms konstråd i samrådsgruppen. Av konstprogrammet framgår bl.a. att Nälstaskolan inbjuder till ett flertal konstnärliga gestaltningsmöjligheter, exteriört och interiört då skolan och dess omgivning utgör milt sagt ett komplext sammanhang. Vidare framgår att skolan befinner sig på en historisk mark, något som den konstnärliga projektledaren tar hänsyn till genom att påtala att den konstnärliga gestaltningen ska vara förankrad i vår samtid och i detta etablera ett samband mellan byggnadens gamla och nya kulturhistoria. Konstverken ska också ses som integrerad signalgivare för skolan och dess grundläggande idé och uppdrag om kultur, humanism och bildning. Därtill ska konstverkets placering ske i samråd med arkitekter, projektledning och verksamheten. Konstnärssurvalet har sålunda gjort efter en noggrann analys av platsen, dess behov, funktion och estetik och följande kriterier har använts:

- Ett avancerat samtida konstnärligt uttryck
- Dokumentation av tidigare utförda konstverk och genomförda komplexa konstprojekt

- Kunskap om material och förmåga att genomföra hållbara tekniska lösningar
- Erfarenhet att med konst förhålla sig till en specifik kontext
- Erfarenhet av samarbete med andra inom projekt, med bibehållen hög konstnärlig kvalitet
- Konstnärskapen ska kunna referera till miljön för byggnaden finns, dels de specifika behov skolan har samt den kontext en grundskola utgör.

Med denna kravspecifikation har ett urval vaskats fram ur en vidare grupp och från ett större konstnärsmaterial inskickat till Stockholm konst och i dialog med Stockholm konst tolv konstprojektledare. För Nälstaskolan valdes till slut tre konstnärer vars särpräglade uttryck bedömdes göra dem väl lämpade för uppdraget, utifrån analys av platsen, platsens historia och dess behov. De tre konstnärerna presenterades inför samrådsgruppen den 10 mars 2015 och dessa var det en vars unika konstnärliga kvaliteter ansågs bäst motsvara specifikationen. Efter konstprogram och urval följde en tre månaders lång skissperiod och vid beslutsmöte den 11 juni 2015 godkände samrådsgruppen enhälligt [REDACTED] skissförslag och beslutade att genomföra förslagen till gestaltning. Samrådsgruppen motiverar besluten med att skissförslaget har en hög konstnärlig kvalitet och ett språk som direkt kan kopplas till Nälstaskolans rika kulturhistorik och nuvarande verksamhet. [REDACTED] var alltså med sina konstnärliga erfarenheter av liknande projekt den mest lämpade att både kontrakteras för skiss- och därefter, för gestaltungsuppdrag. Den i målet aktuella upphandlingen avser konstnärlig anskaffning av sådan särskild karaktär att den motiverat tillämpningen av undantagsbestämmelsen om direktupphandling under åberopande av konstnärliga skäl och att staden tillämpa undantaget med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna bygger på.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § (2007:1091) lagen om offentlig upphandling – LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingarna ska vidare principerna om transparens och proportionalitet iakttas.

Av 15 kap. 3 § andra stycket LOU framgår bl.a. 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.

Av 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det som ska upphandlas av tekniska skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör.

EU-domstolen har uttalat att när det gäller undantag från grundläggande regler i fördraget ska dessa tolkas restriktivt och det är den som avser att åberopa en undantagsbestämmelse som har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs (se t.ex. rättsfallet C-20/01 punkt 58).

Högsta förvaltningsdomstolen har i två olika avgöranden belyst undantagsbestämmelsens tillämplighet vid upphandling av konst. I rättsfallet RÅ 2008 ref. 79 uttalade Högsta förvaltningsdomstolen att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärliga tjänster. Upphandlingen handlade om en konstnärlig gestaltning i ett konsert- och kongresshus och kommunen hänvisade till anskaffningens särskilda karaktär och till att det slutliga beslu-

tet föregåtts av bedömningar av en större krets av konstnärer som valts ut av en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté. Högsta förvaltningsdomstolen 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. I rättsfallet RÅ 2009 not. 134 fann Högsta förvaltningsdomstolen att utredningen innehöll en allmän och tämligen tunn uppdragsbeskrivning där det framgick att kommunen 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Något avtal avseende upphandlingen har inte slutits. Mot denna bakgrund saknar förvaltningsrätten skäl att pröva yrkandet om ogiltighetsförklarande av avtal. Yrkandet därom ska avvisas. Förvaltningsrätten finner det inte nödvändigt att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen och yrkandet om det avslås.

Av konstprogrammet framgår bl.a. att Nälstaskolan inbjuder till ett flertal konstnärliga gestaltningsmöjligheter, exteriört och interiört då skolan och dess omgivning utgör milt sagt ett komplext sammanhang. Vidare framgår att skolan befinner sig på en historisk mark, något som den konstnärliga projektledaren tar hänsyn till genom att påtala att den konstnärliga gestaltning ska vara förankrad i vår samtid och i detta etablera ett samband mellan byggnadens gamla och nya kulturhistoria. Konstverken ska också ses som en integrerad signalgivare för skolan och dess grundläggande idé och uppdrag om kultur, humanism och bildning. Därtill ska konstverkets placering ske i samråd med arkitekter, projektledning och verksamheten. Konstnärsurvalet har sålunda gjorts efter en noggrann analys av platsen, dess behov, funktion och estetik och följande kriterier har använts: ett avancerat samtida

konstnärligt uttryck, dokumentation av tidigare utförda konstverk och genomförda komplexa konstprojekt, kunskap om material och förmåga att genomföra hållbara tekniska lösningar, erfarenhet att med konst förhålla sig till en specifik kontext, erfarenhet av samarbetet med andra inom projekt med bibehållen hög konstnärlig kvalitet samt konstnärskapen ska kunna relatera dels till miljön där byggnaden finns och dels de specifika behov skolan har samt den kontext en grundskola utgör.

Förvaltningsrätten bedömer att Stockholms stad utförligt har beskrivit anskaffningens särskilda karaktär. Stockholms stad har utifrån en kravspecifikation från en vidare grupp och från en större mängd konstnärsmaterial valt ut tre stycken konstnärer. En samrådsgrupp har sedan utifrån dessa tre konstnärer valt den konstnär vars konstnärliga kvalifikationer bäst ansågs motsvara de uppställda kravspecifikationerna. Förvaltningsrätten bedömer att Stockholms stad 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. Ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Maria Dahlberg
Rådman

Marie Englund 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.



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.

I 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 får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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.