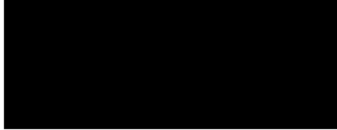




SÖKANDE



MOTPART
Statens Konstråd, 202100-1033
Box 45134
104 30 Stockholm

SAKEN
Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016-12-01	
Awd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

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.

Dok.Id 781114

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		
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Statens Konstråd (konstrådet) har genomfört en direktupphandling avseende utförande av skissupdrag gällande konstnärlig gestaltning av Tekniska högskolan, Undervisningshuset (Dnr. 3.1.1/2015:73). Konstrådet tecknade avtal med konstnären [REDACTED] den 12 juli 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. Till stöd för sin talan ger han in ett antal avgöranden från förvaltningsdomstolar och hänvisar till flera avgöranden från EU-domstolen.

Konstrådet anser att [REDACTED] yrkande att upphandlingen ska göras om ska avisas och att yrkandet om att avtalet förklaras ogiltigt ska avslås. Till stöd för sin talan ger konstrådet in kravspecifikation och beslutsunderlag för upphandlingen.

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. (16 kap. 6 § andra stycket LOU)

Konstrådet tecknade avtal med [REDACTED] avseende uppdrag av skissutförande gällande konstnärlig gestaltning av Tekniska högskolan, Undervisningshuset den 12 juli 2016. Eftersom [REDACTED] ansökan om överprövning av upphandlingen, och yrkandet att upphandlingen görs om, kom in till förvaltningsrätten den 29 augusti 2016, dvs. efter att avtalet hade

tecknats, kan förvaltningsrätten inte överpröva upphandlingen. Yrkandet därom ska därför avvisas.

Förhandsavgörande från EU-domstolen

██████████ yrkar även att förvaltningsrätten ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen eftersom EU-domstolen inte tidigare har prövat tillämpningsgrunden ”konstnärliga skäl”.

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 konstrådet 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 konstrådet haft förutsättningar att i upphandlingen använda sig av direktupphandling avseende utförande av skiss gällande gestaltning Tekniska högskolan, undervisningshuset med hänvisning till att det som ska upphandlas av konstnärliga skäl endast kan fullgöras av viss leverantör.

██████████ anser 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 kravbild. Det bästa

sättet att få fram förslag att ta ställning till är att utannonsera och konkurrensutsätta uppdraget. Konstrådet har inte redovisat varför de generellt ska direktupphandla alla uppdrag, konstnärliga tjänster. Konstrådets beskrivning av konstnär [REDACTED] konstnärliga uttryckssätt i kravbeskrivningen kan lika väl tolkas som en recension av konstnärens produktion och utställningsverksamhet, än att formulera klara och tydliga krav på vad som skall ingå i gestaltungsuppdraget. Helt klart är att den utvalda konstnären inte kan anses ha ensamrätt på de verk hon skapar. Det framstår istället som att en större krets av olika konstnärsuttryck skulle kunna konkurrera om denna kravbeskrivning, och det bästa sättet är att följa LOU genom sedvanlig utannonsering på myndighetens hemsida. Det finns 10 000-15 000 konstföretag som arbetar i Sverige och internationellt. Det är teoretiskt och praktiskt omöjligt för konstrådet att hålla sig uppdaterad på alla konstföretags kompetens och erfarenhet. Genom att öppna utlysningen belyses förståelsen för vilken kompetens som finns. Konstrådet har inte rätt enligt LOU att generellt undanta alla offentliga gestaltningar från kravet från utannonsering. Undantag ska tillämpas restriktivt.

Konstrådet invänder att en särskild kommitté, sammansatt av representanter från bl.a. konstrådet, Akademiska hus och den arkitektfirma som strukturerat undervisningshusets planlösning har främst utifrån konstnärliga och estetiska men även från de arkitektoniska hänsyn som följer av anskaffningens särskilda karaktär enats om vissa riktlinjer för uppdraget. Upphandlingen avser en konstnärlig gestaltning som ska följa den inre spiralen i husets kärna från nedersta till sjätte/översta planet som förslagsvis ska bestå av 8-12 delar som skapar en rörelse och rytm genom huset och som placeras på de permanenta betongväggarna. Konstverket skall härvid vidareutveckla, förhålla sig till eller arbeta med Undervisningshusets gestaltningsteman (dess förhållande till byggnadsprocesser, byggnormer och mätbarhet, dess spiralrörelse och dess tegelfasad som samtidigt följer med ändå är unik för den tradition av tegelfasader som finns på KTH:s campusområde). Kommittén har härvid riktat särskild uppmärksamhet mot

att finna en konstnär som arbetat seriellt med hög konstnärlig kvalitet där de enskilda delarna i en serie skapar intressanta betydelsebärande förskjutningar så att den konstnärliga gestaltningen kan sprida sig i huskroppen och följa spiralen samtidigt som den hänger ihop på ett konceptuellt och visuellt intressant sätt. Den konstnärliga gestaltningen måste också tillföra värden som går bortom det mätbara och visa på andra dimensioner varför konstnären med hög konstnärlig kvalitet måste kunna visa på alternativa värden i sitt konstnärskap där ny mening kan uppstå. Konstnären måste vidare kunna förhålla sig till byggprocesser och svensk byggnorm och på ett lekfullt eller allvarsamt till byggande och industriella processer. Konstnären måste vidare i sitt konstnärskap kunna uppvisa förutsättningar att kunna förhålla sig till arkitektur och rumslighet med konstnärlig höjd, Konstnärskapet ska visa på platsspecifika gestaltningar som tydligt ska uppvisa en rumslig medvetenhet om de platser där gestaltningarna finns. Vidare ska konstnären kunna uppvisa ett uttryck som innehåller en hög komplexitet med som samtidigt har en tydlig karaktär med förutsättningar att bli ett påtagligt inslag i byggnaden. Den särskilt sammansatta samrådsgruppen har, mot bakgrund av uppdragets särskilda karaktär och efter genomgång av 13 konstnärskap, valt ut en konstnär som anses kvalificerad och intressant för att utföra skissuppdrag. Av beslutsunderlaget framgår att [REDACTED] i ett flertal konstnärliga verk har arbetat seriellt där de enskilda delarnas format, skala och utförande skapar en spännande betydelseglidning. I flera verk förhåller hon sig till rum och arkitektur t.ex. dörrverken där måtten på de enskilda dörrarna inte förhåller sig till en byggnorm utan till det rum de visas i och de övriga dörrobjekten och på så sätt framhåller andra urvalskriterier och värden. Genom exakta val av material, skala och vilka detaljer av dörren som ska vara med skapas stämningar och egna minnen eller associationer aktiveras hos betraktaren. Detta fungerar fint som en förlängning av arkitekternas tankar om att uppvisa byggmaterialens karaktär, funktion och betydelse för studenterna samt att genom sensorer visa hur de verkar. [REDACTED] konstnärliga uttryck är extremt förfinat vilket passar väldigt bra med undervisningshusets

högteknologiska uttryck. Genom att i sitt konstnärskap ställa frågor om vilka rum och miljöer vi skapar och hur dessa upplevs har [REDACTED] konstnärskap stark relevans för den samtida konstdiskursen och i synnerhet för den undervisning som ska bedrivas i undervisningshuset. har även goda förutsättningar att skapa en mycket intressant och samtida konstnärlig ådring i förhållande till övriga konstnärliga gestaltningar på KTH Campus. [REDACTED] har genomfört en konstnärlig gestaltning för utomhusmiljö och är väl medveten om de krav som ställs på permanenta konstnärliga gestaltningar utifrån ett förvaltningsperspektiv. Skissuppdraget presenterades för kommittén i april 2016 som var enig om att godkänna denna för genomförande. Konstrådet har därför den 12 juli 2016 ingått avtal om utförande av den konstnärliga gestaltningen med konstnären ifråga. Konstrådet gör inte någon generell tolkning eller tillämpning av LOU:s undantag från annonsering pga. konstnärliga skäl. Vid samtliga permanenta projekt (dvs. anskaffning av byggnadsanknuten konst) upprättar konstrådet ett beslutsunderlag som bl.a. innefattar en redogörelse för förutsättningarna för den konstnärliga gestaltningen och den kravspecifikation som den av för anskaffningen särskilt sammansatta kommittén utarbetat. Härvid tas även ställning till val av upphandlingsförfarande mot bakgrund av förutsättningarna och kravspecifikationen samt med ledning av tidigare avgöranden från förvaltningsdomstolarna. Konkurrensverket har funnit att det inte förelegat skäl att utreda [REDACTED] påståenden ytterligare och har avslutat ärendena.

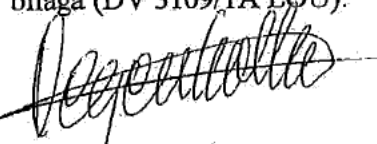
Förvaltningsrätten konstaterar att konstrådet har gett en detaljerad beskrivning av det aktuella gestaltungsuppdraget och dess specifika karaktär och kravbild. Staden har tydligt förklarat syftet med uppdraget och hur platsens och byggnadens unika förutsättningar har inneburit en specifik kravbild. Förvaltningsrätten finner att konstrådet, mot bakgrund av de beskrivningar som lämnats avseende uppdragets särskilda karaktär och den urvalsprocess som skett, 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. Förutsättningar för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU är uppfyllda. Vid dessa förhållanden är bestämmelserna om tröskelvärden i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket LOU inte tillämpliga (15 kap. 3 § andra stycket andra meningen LOU). [REDACTED] invändning beträffande tröskelvärdena föranleder därför ingen annan bedömning.

Sammantaget finner förvaltningsrätten 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] yrkande att avtalet i upphandlingen ska förklaras ogiltigt på den grunden att konstrådet har genomfört en otillåten direktupphandling ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Haike Degenkolbe
Rådman

Johannes Dahlman 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.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100