



KLAGANDE

Statens Konstråd, 202100-1033

Ombud: Advokat [REDACTED] och biträdande jurist [REDACTED]

MOTPART

[REDACTED], [REDACTED]

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 13 april 2023 i mål nr 2843-23,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver förvaltningsrättens dom.

YRKANDEN M.M.

Statens Konstråd yrkar att [REDACTED] ansökan om överprövning av avtalets giltighet ska avslås och för fram bl.a. följande. Upphandling av byggnadsanknuten konstnärlig gestaltning är en sådan tjänst som finns i bilaga 2 till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Sådana tjänster får direktupphandlas upp till tröskelvärdet. Den största delen av upphandlingens värde är arbetet kring studierna av Göteborg och med att utforma den konstnärliga gestaltningen. Det arbetet ska klassas som en tjänst och kontraktet i sin helhet som ett tjänstekontrakt enligt överviktsprincipen. Konstnären har under skapandeprocessen stor frihet att själv bestämma hur gestaltningen ska utformas, ett arbete som inte kan liknas vid tillverkning av en anpassad vara. Många tjänstekontrakt resulterar i att en fysisk sak lämnas över till kunden. Konstnärligt arbete är en form av hantverk som betraktas som tjänst. Huvudföremålet för tjänsten är inte råvaran eller materialet utan den yrkesmässiga expertisen och kunnandet. Eftersom upphandlingens värde understiger tröskelvärdet är direktupphandling tillåten och avtalet giltigt.

[REDACTED] anser att överklagandet ska avslås och för fram bl.a. följande. I flera avgöranden har det slagits fast att konstnärlig gestaltning inte får upphandlas utan föregående annonsering. Den enda undantagsregel som kan komma i fråga är 6 kap. 14 § LOU, men den ska tillämpas restriktivt. EU-domstolen har uttalat att konstverk är varor. Hela beloppet är avsett för att ta fram den fasta skulpturala tegelkonsten på byggnaden. Då kan det inte vara fråga om ett tjänstekontrakt. Statens Konstråd vill dela upp anskaffningen och menar att det är fråga om ett blandat kontrakt som ska ses som ett tjänstekontrakt. Det utgår dock alltid ett skissarvode till konstnären i syfte att presentera ett förslag till hur konstverket ska se ut när det är färdigställt avseende material, montering m.m. Det innebär inte att avtalet är ett blandat kontrakt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Allmänna utgångspunkter

Frågan i målet är om Statens Konstråd har haft rätt att direktupphandla den aktuella byggnadsanknutna konstnärliga gestaltningen med hänvisning till att det som upphandlats är en tjänst och inte en vara.

Statens Konstråd menar att det är ett blandat kontrakt som enligt överviktsprincipen ska betraktas som ett tjänstekontrakt eftersom den största delen av upphandlingens värde är skapandedelen och den yrkesmässiga expertisen. [REDACTED] anser att upphandlingen i sin helhet avser att ta fram ett konstverk, vilket enligt EU-rättslig praxis betraktas som en vara.

Nya regler för direktupphandling

Bedömningen av om den upphandlade konstnärliga gestaltningen ska betraktas som en vara eller tjänst har avgörande betydelse för vilket upphandlingsförfarande som är tillåtet. De nya reglerna i LOU som gäller sedan den 1 februari 2022 ger en ökad möjlighet att direktupphandla vissa tjänster av mindre värde (19 a kap. 2 § LOU).

I förarbetena understryks att syftet med ändringarna är att göra regelverket för upphandlingar under EU:s tröskelvärden enklare och mer flexibelt och ge de upphandlande myndigheterna stort utrymme att själva utforma förfarandet vid varje upphandling (prop. 2021/22:5 s. 81).

Metoden som lagstiftaren har valt är att i bilaga 2 till LOU ange vilka sociala och andra särskilda tjänster som får direktupphandlas upp till tröskelvärdet. Tjänsterna är klassificerade med särskilda CPV-koder. I bilagan finns koder för tjänster som bl.a. avser konstnärligt och litterärt skapande samt tolkningar, konstverk och skulptörstjänster.

Praxis på området

Praxis som ger ledning kring om upphandling av konstnärlig gestaltning ska betraktas som upphandling av vara eller tjänst är sparsam.

Högsta förvaltningsdomstolen har i olika avgöranden uttalat sig om undantagsbestämmelsen i 6 kap. 14 § LOU är tillämplig (RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134). Domstolen har lagt vikt vid de speciella förhållanden som råder för upphandling av konstnärliga verk och tjänster, där de estetiska bedömningarna får en avgörande betydelse för valet av leverantör. I båda rättsfallen anges att frågan som är föremål för prövning är förfarandet vid upphandling av konstnärliga tjänster även om det saknas en närmare redogörelse för hur den analysen har gjorts.

EU-domstolen har i några avgöranden prövat gränsdragningen mellan vara och tjänst. I ett avgörande som gällde upphandling av specialtillverkade ortopediska skor uttalade domstolen att vid tillhandahållande av varor som tillverkas och anpassas individuellt utifrån varje kunds behov och som varje kund behöver få individuella råd om användningen av, ska tillverkningen av dessa varor föras till ”varudelen” av kontraktet (Oymanns, C-300/07, EU:C:2009:358). I ett annat avgörande (Cinéthèque SA m.fl. mot Fédération nationale des cinémas français, 60 och 61/84, EU:C:1985:329) som gällde spridning av filmverk på videokassetter bedömdes framställningen av videokassetter inte som en ”tjänst” i fördragets mening eftersom tillverkarens insats direkt leder till framställningen av ett fysiskt föremål.

Bedömningen i detta fall

Bedömningen av om den upphandlade konstnärliga gestaltningen ska betraktas som en vara eller tjänst ska göras i ljuset av de nya upphandlingsreglerna där det klart framgår att konstnärliga tjänster kan direktupphandlas. Det finns dessutom stöd i nationell praxis för att upphandling av konstnärlig gestaltning kan betraktas som en tjänst

och den aktuella anskaffningen liknar omständigheterna i Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden. Det finns däremot väsentliga skillnader mellan de omständigheter som var föremål för EU-domstolens prövning och de som är aktuella nu. Gestaltningen i fråga är en permanent installation som ska integreras i byggnadsfasaden. Den är inte avsedd att flyttas, säljas eller överlåtas på annat sätt, vilket talar mot att den ska betraktas som en vara. I den situationen kan inte inslagen av skapande och konstnärligt arbete som gestaltningen kräver, betraktas som en vara. Övervägande skäl talar alltså för att betrakta den aktuella upphandlingen som en sådan tjänst som omfattas av bilaga 2 till LOU.

Det finns visserligen delar i avtalet, t.ex. material, som kan hänföras till varudelen. Den avgörande delen av upphandlingens värde handlar däremot om kvalificerat skapande av en platspecifik gestaltning i konstnärligt samarbete mellan arkitekt och konstnär. Det skapande inslaget ska hänföras till tjänstedelen. Det innebär att avtalet är ett sådant blandat kontrakt som enligt överviktsprincipen i sin helhet är ett tjänstekontrakt (2 kap. 2 § andra stycket LOU). Upphandlingens beräknade värde är 3 580 000 kronor inklusive skissarvodet och understiger därmed tröskelvärdet. Direktupphandling har alltså varit tillåten.

Det som [REDACTED] har fört fram visar inte att direktupphandlingen har gjorts i strid med de allmänna principerna för upphandling som ska iakttas. Avtalet ska mot denna bakgrund inte ogiltigförklaras. Överklagandet ska därför bifallas och förvaltningsrättens dom upphävas.

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

Cecilia Silfverhjälm
kammarrättsråd
ordförande

Eva Gullfeldt
kammarrättsråd
referent

Nathalie Lacotte
tf. assessor

/Sanna Lindmark Starckenberg
föredragande jurist



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 (söndagsregeln).

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 (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner 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 upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e 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 nå 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.