



SÖKANDE



MOTPART

Gavlefastigheter Gävle kommun AB, 556009-9581
Box 975
801 33 Gävle

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-02-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar sökandes yrkande om att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår yrkandena om inhämtande av yttrande från Konkurrensverket och förhandsavgörande från EU-domstolen.

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning av ingånget avtal och förklarar avtalet mellan Gavlefastigheter Gävle kommun AB och sökanden den 16 oktober 2018 om konstnärlig gestaltning av Stigslundsskolan ogiltigt.

YRKANDE M.M.

Gavlefastigheter Gävle kommun AB (Gavlefastigheter) har genomfört en upphandling av konstnärlig gestaltning till Stigslundsskolan. Upphandlingen har skett genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Gavlefastigheter beslutade den 19 februari 2018 att tilldela uppdraget till konstnären [REDACTED]. Gavlefastigheter tecknade avtal med [REDACTED] den 16 oktober 2018.

[REDACTED] ansöker om överprövning och yrkar dels att upphandlingen ska göras om, dels att avtalet ska ogiltigförklaras. [REDACTED] yrkar vidare att förvaltningsrätten ska inhämta yttrande från Konkurrensverket och förhandsavgörande från EU-domstolen. [REDACTED] anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Undantagsbestämmelsen i 6 kap. 14 § första stycket i LOU ska tillämpas restriktivt och endast i undantagsfall och får enbart användas när myndigheten kan visa att inga likvärdiga konstverk eller konstnärer existerar. Endast objektiva situationer kan motivera nyttjandet av direktupphandling. Undantaget kan exempelvis användas i situationer då den upphandlande myndigheten redan har beställt ett konstverk av en viss konstnär och önskar beställa ett exakt likadant för att uppnå ett enhetligt resultat. Gavlefastigheter medverkar aktivt för att diskriminera honom samt utomstående leverantörer genom att vid varje enskilt gestaltungsuppdrag välja direktupphandling och på ett otillbörligt sätt "handplocka" enskilda konstnärer efter eget godtycke. Till sin hjälp har man anställt andra konstnärer som konstkonsulter, vilka ofta kan betraktas som jäviga då dessa kan ha ett vänskapsförhållande till de konstnärer som bjuds in till olika uppdrag. Detta strider mot EU:s principer om fri rörlighet för egenföretagare och likställighetsprincipen. Undantaget förutsätter att den upphandlande myndigheten på objektiva grunder kan visa att endast en leverantör kan utföra kontraktet. För att få tilldela kontrakt utan föregående annonsering är det alltså inte tillräckligt att det kan styrkas att den leverantör

som direkttilldelats kontraktet har den mest effektiva förmågan och kapaciteten att leverera det som kontraktet avser, utan det ska vara styrkt att endast denne leverantör överhuvudtaget har förmåga och kapacitet att leverera det som efterfrågas.

██████████ åberopar till stöd för sin talan bl.a. EU-domstolens domar i mål C-328/92, C-16/98, C-513/99, C-20/01 och C-28/01, C-385/02, C-394/02, Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2017 ref. 66, Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 4063-18, 4064-18 och 5177-16 samt Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5353-08.

Gavlefastigheter anser att yrkandet om att upphandlingen ska göras om ska avvisas samt att yrkandet om att avtalet med ██████████ ska förklaras ogiltigt ska avslås. Gavlefastigheter anför till stöd för sin inställning i fråga om avtalets giltighet bl.a. följande. Gavlefastigheter har inte brutit mot de grundläggande upphandlingsprinciperna eller mot övriga bestämmelser i LOU. Valet av konstnär har utgått från en konstnärlig och unik kravspecifikation och syftet med upphandlingen var att skapa och förvärva ett unikt konstverk och en unik konstnärlig prestation där konstnärens identitet i sig kan bestämma konstföremålets unika art och värde. Gavlefastigheter har arbetat fram en kravspecifikation utifrån platsen och dess unika beskaffenhet samt utifrån de kvalifikationer och färdigheter som krävs av konstnärskapet. Utifrån kravspecifikationen har Gavlefastigheter studerat ett antal konstnärskap och uttryck med målsättningen att hitta ett konstnärskap som motsvarar de unika förutsättningarna som råder på platsen. Det har lagts stor vikt vid att uppfylla de särskilda krav som råder med tanke på det stora slitaget, den stressiga miljön, det stora antal personer som vistas och uppehåller sig i utrymmena samt. Det krävs även en extremt god kännedom om hur slitstarka material kan kombineras med de estetiska, historiska och konceptuella aspekter som råder och som skapar identitet för skolan. Utifrån

kravspecifikationen och den genomarbetade processen fann man att [REDACTED]
[REDACTED]konstnärskap och identitet i sig avgör konstföremålets
unika art och värde.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Överprövning av upphandlingen

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör (20 kap. 6 § andra stycket LOU). Av utredningen i målet framgår att Gavlefastigheter tecknade avtal med [REDACTED] avseende konstnärlig gestaltning av Stigslundsskolan den 16 oktober 2018. Eftersom [REDACTED] ansökan om överprövning av upphandlingen, och yrkandet om att upphandlingen görs om, kom in till förvaltningsrätten den 27 december 2018, dvs. efter att avtalet hade tecknats, kan förvaltningsrätten inte överpröva upphandlingen. [REDACTED] yrkande därom ska därför avvisas.

Förhandsavgörande från EU-domstolen m.m.

[REDACTED] yrkar att förvaltningsrätten ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen samt ett yttrande från Konkurrensverket. Något skäl till yrkandena har inte angetts. Förvaltningsrätten anser inte heller att något sådant skäl framkommer av utredningen i målet. Med hänsyn härtill och mot bakgrund av den praxis som finns på området finner förvaltningsrätten inte skäl att inhämta ett förhandsavgörande eller ett yttrande. [REDACTED] yrkanden ska därför avslås.

Ogiltigförklaring av avtalet

Rättsliga utgångspunkter

Frågan i målet är om Gavlefastigheter har haft rätt att direktupphandla den aktuella konstnärliga gestaltningen till Stigslundsskolan med hänvisning till att den av konstnärliga skäl endast har kunnat fullgöras av en viss leverantör i enlighet med 19 kap. 7 § tredje stycket LOU och 6 kap. 14 § första stycket

I samma lag. Det är Gavlefastigheter som har bevisbördan för att förutsättningarna för direktupphandling är uppfyllda.

Av 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation.

Undantagsbestämmelsen i 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU genomför artikel 32.2 b i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG. I artikeln anges bl.a. att direktupphandling får tillämpas för offentliga kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster om byggtreprenaden, 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 skälstext 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.

Högsta förvaltningsdomstolen har i två avgöranden belyst undantagsbestämmelsernas tillämplighet vid upphandling av konst. I RÅ 2008 ref. 79 uttalas att det råder speciella förhållanden för upphandling av konstnärliga tjänster. Upphandlingen handlade om en konstnärlig gestaltning i ett konsert- och kongresshus. 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. Högsta förvaltningsdomstolen fann att det aktuella undantaget hade tillämpats med den urskiljning som förutsätts i LOU i enlighet med de principer som upphandlingsreglerna bygger på, varför upphandlingen hade genomförts i enlighet med LOU. I RÅ 2009 not. 134 ansåg Högsta förvaltningsdomstolen 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.

Förvaltningsrättens bedömning

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 konst man önskar förvärva, varefter en urvalsprocess av något slag görs (jfr rättsfallen RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134).

I det underlag som föregått Gavlefastigheters beslut om att direktupphandla nu aktuell konstnärlig gestaltning framgår bl.a. följande. Stigslundsskolan byggdes omkring år 1963 och det finns en historisk närhet till Strömsbroväveriet och även ett starkt önskemål om att Stigslunds historia ska finnas närvarande i gestaltningen. Önskemålet är att hitta en plats inomhus. Entréhallen, matsalen, musiksalen och en yta vid fritidsgården är möjliga platser och det är viktigt att de olika delarna hålls samman för det fall flera av dessa platser används. Platsen vid fritidsgården och i entrén är de viktigaste platserna då dessa miljöer kommer att vara utsatta för mycket

hårt slitage, smuts, buller och miljön kan lätt bli stressande samtidigt som dessa platser kommer att fungera som mötesplatser för skolans elever. I den kravspecifikation som tagits fram anges följande:

- Konstnären ska uppvisa hög kvalitet i sitt konstnärskap.
- Konstnären ska ha erfarenhet att ha arbetat med offentliga gestaltningar och av att samarbeta med arkitekter och brukare.
- Konstnären ska ha stor erfarenhet av att avläsa bygghandlingar och förstå en byggnads logistik utifrån ritning och kunna översätta detta till konstnärlig gestaltning, särskilt beakta den logistik som uppstår i skolmiljö.
- Konstnären ska ha dokumenterad mycket god materialkännedom, hur material fungerar i hårt belastade miljöer och i förhållande till buller och stress.
- Konstnären ska behärska estetik som fungerar i stressiga miljöer och som fungerar avstressande.
- Konstnären ska i sin praktik ha visat förmåga att ta in en plats specifika historia och förmedla denna i sin konstnärliga gestaltning.
- Konstnären ska i sin praktik ha visat förmåga på att skapa såväl bildkonst som att skapa mer praktiska inredningsdetaljer, exempelvis möbler.
- Konstnären ska uppvisa en förmåga att skapa rumsliga helheter, där funktion konstnärligt skapande, arkitektur och funktion möts.

Utifrån kravspecifikationen ansågs fem konstnärskap kunna tas i beaktandevaldes, vilka presenterades för rektorn för Stigslundsskolan, Gavlefastigheters projektledare samt en fastighetsförvaltare vid ett möte tillsammans med Konstcentrums projektledare tillika intendent för offentlig konst. Mötesdeltagarna kom fram till att det endast var [REDACTED] som uppfyller alla de ställda kraven och att hon är den mest lämpade av de konstnärer som beaktats. Vid mötet beslutades därför att tilldela uppdraget till [REDACTED].

Enligt förvaltningsrättens bedömning är de önskemål som Galvefastigheter formulerat om såväl plats som utformningen av den konstnärliga gestaltningen till Stigslundsskolan inte tillräckligt specifika för att Gavlefastigheter ska anses ha visat syftet med upphandlingen har varit att skapa eller förvärva unika konstverk eller unika konstnärliga prestationer. Undantagsbestämmelsen i 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU är alltså inte

tillämplig i den aktuella upphandlingen. Eftersom Gavlefastigheter har genomfört en otillåten direktupphandling är förutsättningarna för att ogiltigförklara avtalet som slutits mellan Gavlefastigheter och [REDACTED] [REDACTED] uppfyllda. Ansökan om överprövning av avtalet ska därför bifallas och det ingångna avtalet förklaras ogiltigt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Hanna Berglund
rådman



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.