



KONKURRENSVERKET	
2019-06-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Gavlefastigheter Gävle kommun AB, 556009-9581

Ombud: Fredrik Bäckström
Box 975
801 33 Gävle

MOTPART

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 7 februari 2019 i mål nr 5704-18,
se bilaga A

SAKEN

Ogiltighet av avtal vid offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

BAKGRUND

Gavlefastigheter Gävle kommun AB (Gavlefastigheter) har genomfört en upphandling genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering av konstnärlig gestaltning till Stigslundsskolan. Tilldelningsbeslut meddelades den 19 februari 2018 och avtal tecknades den 16 oktober 2018 med [REDACTED].

[REDACTED] ansökte om överprövning och yrkade dels att upphandlingen skulle göras om, dels att avtalet skulle ogiltigförklaras.

Förvaltningsrätten i Falun avvisade yrkandet om att upphandlingen skulle göras om. Förvaltningsrätten ansåg att det hade skett en otillåten direktupphandling och förklarade därför avtalet mellan Gavlefastigheter och [REDACTED] ogiltigt.

YRKANDEN M.M

Gavlefastigheter yrkar att ansökan från [REDACTED] ska avslås i dess helhet och att ogiltigförklaringen av avtalet mellan Gavlefastigheter och konstnären [REDACTED] ska upphävas.

[REDACTED] anser att överklagandet ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR I KAMMARRÄTTEN

Gavlefastigheter anför bl.a. följande till stöd för sitt överklagande. Ändringarna i det nya direktivet om offentlig upphandling (direktiv 2014/24/EU) är omfattande vid en jämförelse med äldre direktiv. Ledning för hur artikel 32.2 b i det nya direktivet om offentlig upphandling ska tolkas finns i skälstext 50 i direktivet. Det framgår av skälstexten att det är

tänkt att det ska vara lättare, inte svårare, att tillämpa undantagsregeln som gör det möjligt att i dessa situationer underlåta att annonsera upphandlingen.

När det gäller den aktuella upphandlingen har en sakkunnig kommitté med spetskompetens varit ansvarig för val av konstnärskap. Det slutliga urvalet har föregåtts av bedömningar av en större krets av konstnärer. Kommittén har i ett inledande skede studerat 100 konstnärskap. Därefter har man gallrat ut fem stycken inför det slutliga urvalet (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2008 ref. 79). Endast [REDACTED] uppfyllde de högt ställda kraven. Då beslut om konstnär togs var [REDACTED] inte kontaktad.

Syftet att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation är både uppnått och visat. Målet har varit att hitta ett konstnärskap som motsvarar de unika förutsättningarna på platsen. Uppdraget kräver en blandning av kompetenser som är extremt ovanlig. [REDACTED] har en sådan unik kompetens. Det kan inte krävas att den upphandlande myndigheten ska visa att ingen annan leverantör hade kunnat skapa ett likvärdigt konstverk.

Gavlefastigheter anser inte att ett offentliggörande skulle leda till ökad konkurrens eller ett bättre upphandlingsresultat. En sådan upphandlingsform skulle istället ha lett till att ingen av de få konstnärer som skulle kunna vara aktuella för uppdraget skulle ha anmält sig.

[REDACTED] anför bl.a. följande till stöd för sin inställning. Med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förfaranden utan föregående offentliggörande användas under mycket exceptionella omständigheter. Den upphandlande myndigheten måste visa att det är absolut nödvändigt att kontraktet ska tilldelas en särskild leverantör. Undantaget får enbart användas när upphandlande myndighet kan visa att inga likvärdiga konstverk eller konstnärer existerar. Det finns inget som visar att [REDACTED] är den enda konstnären som kan utföra uppdraget. Det

framgår inte vilka andra konstnärskap som har studerats inför urvalet och det finns inget bevis för att den ansvariga kommittén har studerat 100 konstnärskap. Kravbeskrivningen är väldigt tunn och kortfattad.

Konkurrensverket bör få yttra sig i målet avseende undantagsregeln om unik konstnärlig prestation.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet

Frågan i målet är om det finns skäl att ogiltigförklara det avtal som tecknats mellan Gavlefastigheter och [REDACTED] på grund av att det har skett en otillåten direktupphandling. Kammarrätten har vid denna prövning att ta ställning till om det finns skäl att göra undantag från kravet på annonsering på grund av att prestationen endast kan tillhandahållas av en viss leverantör därför att syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva en unik konstnärlig prestation (6 kap. 14 § första stycket 1 lagen [2016:1145] om offentlig upphandling, LOU).

Rättsliga förutsättningar

Bestämmelsen i 6 kap. 14 § LOU genomför artikel 32.2 b i det nya upphandlingsdirektivet. Bestämmelsen i LOU ska därför tolkas i enlighet med direktivet (direktivkonformt).

I skältexten till direktivsbestämmelsen anges bl.a. följande. Med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen får förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling endast användas under mycket exceptionella omständigheter. Undantaget bör begränsas till fall då offentliggörande är omöjligt på grund av synnerlig brådska, till följd av omständigheter som inte kunnat förutses eller där det

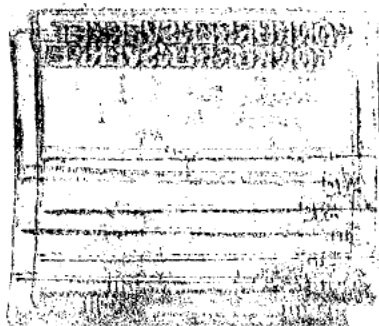
från början står klart att offentliggörandet inte kommer att leda till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat, inte minst därför att det objektivt sett endast finns en ekonomisk aktör som kan fullgöra kontraktet. Detta gäller för konstverk, när konstnärens identitet i sig avgör konstföremålets unika art och värde.

Gavlefastigheter har gjort gällande att det nya upphandlingsdirektivet innebär att det har blivit lättare att tillämpa undantaget för konstnärlig gestaltning. Av skälstexten till direktivet framgår dock att det undantaget endast ska tillämpas under mycket exceptionella omständigheter. Detta kan, enligt kammarrättens mening, inte tolkas på annat sätt än att utrymmet för att tillämpa undantaget fortfarande är mycket begränsat.

Upphandlingen av konstnärlig gestaltning till Stiglundsskolan

Gavlefastigheter har utformat ett konstprogram och en särskild konstkommitté har bildats. En intendent har undersökt vilka konstnärer som skulle kunna uppfylla kravspecifikationen i konstprogrammet och ett stort antal konstnärskap ska ha studerats (omkring 100) varefter fem har valts ut för att bedömas av konstkommittén. Den kravspecifikation som finns i konstprogrammet framgår av förvaltningsrättens dom.

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att beskrivningen av det konstnärliga verk som efterfrågas är allmänt hållen, även om det bl.a. finns önskemål om att Stiglunds historia ska finnas närvarande i gestaltningen. De estetiska kraven som ställs på konstnären är också beskrivna på ett generellt sätt. Att upphandlingen avser platsspecifik konstnärlig gestaltning samt att konstnären ska behärska en estetik som fungerar i stressiga miljöer och ha en förmåga att skapa rumsliga helheter är inte tillräckligt för att visa att syftet har varit att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation. Det faktumet att det också ställs ett antal praktiska krav på konstnären medför ingen annan bedömning.



Även om kammarrätten inte ifrågasätter att Gavlefastigheters urvalsprocess kan ha lett till ett gott upphandlingsresultat går det inte att utifrån handlingarna i målet att dra slutsatsen att [REDACTED] specifika uttryckssätt eller identitet har varit avgörande för att Gavlefastigheters önskemål och krav ska kunna uppfyllas. Kammarrätten anser därför att undantagsbestämmelsen i 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU inte är tillämplig i den aktuella upphandlingen.

Gavlefastigheter har därmed genomfört en otillåten direktupphandling och det finns förutsättningar att ogiltigförklara avtalet mellan Gavlefastigheter och [REDACTED] enligt 20 kap. 13 § första stycket 1 LOU. Några skäl att på grund av tvingande hänsyn till ett allmänt intresse låta avtalet bestå finns inte (jfr 20 kap. 14 § LOU). Överklagandet ska således avslås.

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

Cecilia Landelius
kammarrättslagman
ordförande

Vanja Marcusson
kammarrättsråd
referent

Lina Bergkvist
tf. kammarrättsassessor

Jeanette Sundqvist
föredragande jurist