

KLAGANDE

Västra Götalands läns landsting
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

Ombud: Regionjuristen Roy Svensson

MOTPART

Tony Roos, 581214-5018
Klippan 18
414 51 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Vänersborgs dom den 19 juni 2008 i mål nr 978-08,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

Västra Götalands läns landsting, nedan landstinget, yrkar att kammarrätten ska upphäva länsrättens dom och anför i huvudsak följande. Länsrätten har i sin dom gjort en bedömning som klart avviker från nuvarande praxis. Vid upphandling av konst är det framför allt fråga om en estetisk bedömning och det måste därför accepteras att den upphandlande enheten inledningsvis bestämmer vilken eller vilka leverantörer som kan komma ifråga för att sedan, i nästa led, konstatera att konstverket endast kan levereras av en av dem. Upphandlingsmodellen, som är allmänt förekommande inom stat och kommun vid upphandling av fast konstnärlig utsmyckning och som följer den modell som Statens konstråd använder, innebär att det, inom ramen för vad som är möjligt när det gäller upphandling av konst, har skett en konkurrensutsättning samt att landstingets val av konstnär i vart och ett av uppdragen har skett efter en ordning som möjliggör en lämplig fördelning av uppdragen. Undantagsregeln om att genomföra upphandlingen utan föregående annonsering ska därför till-

lämpas. Mot bakgrund av denna praxis kan Tony Roos inte anses vara en leverantör och kan därför, enligt landstingets uppfattning, inte ha lidit någon skada.

Tony Roos anser att kammarrätten ska avslå överklagandet och anför bl.a. följande. Den praxis inom Statens konstråd som landstinget hänvisar till är en felaktig modell som i sin tur strider mot lagen om offentlig upphandling. Att det rör sig om en estetisk bedömning är i sig inget hinder mot konkurrensutsättning. Tvärtom främjas mångfald och kvalitet och fler kan delta. Landstinget kan inte heller visa eller redovisa att det föreläggat undantagsregler eller synnerliga skäl för att undkomma en regelrätt upphandling. Det är alltid viktigt att anlita etablerade konstnärer med erfarenhet av att klara stora utsmyckningsuppdrag och av att gestalta offentliga miljöer. Detta ger emellertid inte landstinget full frihet att handplocka vissa konstnärer framför andra. Han själv är en uppdragsökande konstnär och har tidigare medverkat vid flera byggnadsprojekt med fast konstutsmyckning av bl.a. bostäder och företagsbyggnader. Han är således att anse som leverantör och har lidit skada av landstingets tillvägagångssätt.

Kammarrätten har den 10 juli 2008, på landstingets begäran, beslutat att den överklagade domen tills vidare inte ska gälla.

DOMSKÄL

Av 6 kap. 2 b § 3. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling framgår att en upphandlande enhet får utan föregående annonsering begära anbud genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör. Motsvarande bestämmelse finns numera i 15 kap. 5 § 3. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Det ankommer på den upphandlande enheten att visa att förutsättningar för att tillämpa ovan nämnda undantag föreligger.

Regeringsrätten har den 18 december 2008 avgjort mål nr 1595-06 om upphandling av konstnärliga tjänster. I målet var fråga om uppdrag avseende konstnärlig gestaltning i ett konsert- och kongresshus, varvid kommunens konstkommitté valt ut slutlig leverantör efter ett särskilt förfarande. Regeringsrätten fann att upphandlingen var förenlig med reglerna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

I nu aktuellt mål är förutsättningarna i princip desamma som i ovan nämnda mål. Av utredningen framgår att upphandlingsförfarandena har genomförts i projektform med särskilt bildade arbetsgrupper, som för varje projekt bestämt vilket konstnärligt uttryck och vilken placering som lämpar sig bäst. Av de konstnärer som befunnits lämpliga har arbetsgruppen därefter bestämt vilken eller vilka konstnärer som är lämpligast att genomföra respektive uppdrag. De utvalda konstnärerna från de olika projekten har sedan inbjudits att presentera sina förslag och därefter har slutlig leverantör valts. Landstinget har anfört att utgångspunkten för urvalsprocessen i byggprojektet Tehuset och ny vårdbyggnad vid Borås sjukhus har varit väl etablerade konstnärer på minst nationell nivå, stor erfarenhet från uppdrag i offentliga miljöer samt konstnärer vars konst fungerar väl med den nya vårdbyggnaden utifrån både material och konsthänseende. När det gäller utsmyckningen av den nya vårdbyggnaden vid Sahlgrenska sjukhuset har utgångspunkten varit att hitta konstnärer med erfarenheter av att klara stora utsmyckningsuppdrag och som kan förhålla sig till arkitekturen och skapa konstverk, hållbara över lång tid.

Kammarrätten anser att lagens möjlighet att göra undantag enligt ovan är tillämplig i förevarande fall och att det, inom ramen för vad som är möjligt när det gäller upphandling av konst, har skett en godtagbar konkurrensutsättning samt att landstinget har visat att det aktuella undantaget har använts med tillräcklig urskillning. Upphandlingarna har således skett

i enlighet med tillämpliga lagar och de gemenskapsrättsliga principer som lagarna bygger på. Landstingets överklagande ska därför bifallas.

DOMSLUT

Med bifall till överklagandet upphäver kammarrätten länsrättens dom och avslår ansökan om överprövning.

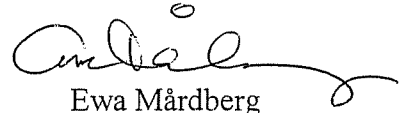
HUR MAN ÖVERKLAGAR

Formulär 1 (bilaga B)


Berit Nilsson

referent


Ingvar Johansson


Ewa Mårdberg



SÖKANDE

Tony Roos
Klippan 18
414 51 Göteborg

MOTPART

Västra Götalandsregionen
462 80 Vänerns borg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) och (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DÖMSLUT

Länsrätten bifaller Tony Roos begäran om överprövning och förordnar att Landstingets upphandlingar av fast konstnärlig utsmyckning i byggprojekten Tehuset och Nya Vårdbyggnaden ska göras om i sin helhet.

BAKGRUND

Landstinget genomför/har genomfört upphandlingar av fast konstnärlig utsmyckning i byggprojekten Tehuset, ny vårdbyggnad vid Borås sjukhus (Tehuset) och Ny vårdbyggnad, Sahlgrenska sjukhuset (Nya vårdbyggnaden). Landstingets inköp av fast konstnärlig utsmyckning bedrivs i projektform. För såväl Tehuset som Nya vårdbyggnaden har det bildats en särskild arbetsgrupp bestående av representanter för byggherren, brukaren (dvs. Borås- respektive Sahlgrenska sjukhuset), arkitekten och landstingets konstenhet (chefen för enheten och konstenhetens projektledare). Berörd arbetsgrupp har för "sitt" projekt gjort en bedömning av varje utsmykningsuppdrags art och för varje uppdrag bestämt vilket konstnärligt uttryck och vilken placering som lämpar sig bäst. Arbetsgruppen har därefter, ur ett urval av tänkbara konstnärer, resonerat sig fram till den eller de konstnärer som framstår som lämpligast att genomföra respektive uppdrag. Den eller dessa konstnärer har därefter inbjudits att presentera förslag i skissform. Skissen/skisserna har bedömts eller, när det gäller Tehuset, kommer att bedömas av arbetsgruppen eller av en jury som utser den konstnär som ska utföra det enskilda uppdraget. Landstinget, genom konstenheten, har därefter tecknat/kommer därefter att teckna avtal med utsedd konstnär att utföra aktuellt utsmykningsavtal.

Projektarbetet med den fasta konstnärliga utsmyckningen av Nya Vårdbyggnaden påbörjades under 2005 och här har avtal tecknats under 2006 – 2007 med samtliga konstnärer utom avseende ett uppdrag. Projektarbetet med den fasta konstnärliga utsmyckningen i Tehuset påbörjades under 2008 och här har avtal ännu inte tecknats.

ANSÖKAN OCH YRKANDEN M.M.

Tony Roos yrkar i ansökan om överprövning att upphandlingen ska göras om och att förenklad upphandling ska gälla eller s.k. projekttävling. Som skäl för ansökan anförs bl.a. följande. Konstenheten har valt att endast tillfråga en eller två konstnärer genom s.k. handplockning och inte valt att upphandla i enlighet med LOU och förenklad upphandling. Man har inte gått ut med en öppen förfrågan via annons eller sin hemsida för att på så sätt erbjuda olika aktörer att inkomma med anbud. Tillvägagångssättet strider mot dels konkurrenslagstiftningen, dels LOU. Uppdragen är s.k. ”konstnärliga tjänster” och ska upphandlas för att garantera icke diskriminering av presumtiva uppdragstagare, kvalitet, miljöhänsynstagande, budget och konkurrensneutralitet.

Landstinget bestrider bifall till Tony Roos ansökan och anför bl.a. följande. Med hänsyn till de speciella förhållanden som gäller för upphandling av konstnärliga tjänster, där de estetiska bedömningarna får en avgörande betydelse för valet av leverantörer, har särskilda upphandlingsformer kommit att tillämpas i praxis. Detta har också accepterats i kammarrättspraxis (se Kammarrättens i Stockholm domar i mål nr 976-1995, 5979-2001 och 7460-05, där den sistnämnda domen har överklagats till Regeringsrätten som den 21 juni 2006 meddelat prövningstillstånd men som ännu inte avgjort målet). Det framstår som uppenbart att valen mellan tänkbara leverantörer vid upphandling av konst kan inte ske i form av upphandling eller annonsering i databas eller i annan form, eftersom det rör sig om en undantagssituation. Som framgår av beskrivningen ovan är det konstnärliga och estetiska bedömningar och värderingar som styr och har styrt landstingets val av konstnärer i de nu aktuella fallen. Vid sådana förhållanden är det förenat med stora svårigheter, för att inte säga omöjligt, att avgöra om ett anbud är ekonomiskt mer fördelaktigt än ett annat. Frågan om det finns ett likvärdigt konstverk kan således inte bestämmas annat än utifrån den upp-

handlande myndighetens subjektiva bedömning. Landstingets val av konstnär för de nu aktuella gestaltningsuppdragen görs och har gjorts efter en ordning som möjliggör en lämplig fördelning av uppdragen. Företrädare för brukaren har ingått i den arbetsgrupp som har satts samman för varje projekt och som har valt ut den eller de konstnärer som framstår som mest lämpad/lämpade att utföra respektive uppdrag. De namn på tänkbara konstnärer som har tagits fram har skett på en mycket bred bas. Utöver den kunskap som konstenhetens projektledare besitter på området har namn på tänkbara konstnärer tagits fram genom användande av de bildbanker som finns hos landstinget och arbetsförmedling samt genom sådant presentationsmaterial som konstnärer på eget initiativ skickat in till landstinget. Sammantaget har landstinget därför haft grund för att vända sig till de aktuella konstnärerna för anbud utan föregående annonsering enligt 6 kap. 2 b § 3 äldre LOU och 15 kap. 5 § 3 i nya LOU. Landstinget har heller inte i övrigt agerat i strid med LOU i tillämplig lydelse eller med gemenskapsrättens principer.

Tony Roos bemöter med bl.a. följande. Att verksamheten bedrivs i projektform är inget ovanligt och har inget att göra med om en upphandling ska göras eller inte. Inte heller den aspekten att själva "vårdbyggnaden" kräver att stor vikt måste läggas till hur konsten ska förhålla sig till den verksamhet som bedrivs i lokalerna kan ge landstinget exklusiv rätt att enbart handplocka vissa konstnärer. Tvärtom skulle ett öppet upphandlingsförfarande gynna den vårdmiljö vars mångfald och alternativ till miljögestaltning skulle gynnas av en förenklad upphandling i enlighet med LOU. Hur man kommit fram till att just de av landstinget nu utvalda konstnärer skulle vara de som är "mest lämpligast" att utföra uppdraget framgår inte och kan heller inte styrkas av landstinget eftersom man inte utnyttjat möjligheten genom ett öppet förfarande. Konstnärerna har genom landstingets projektledare (konstnär) tagit emot de förslag som handplockats av denne utan att t.ex. brukarna lämnat egna förslag. Budgeten som omfattar beställningar av fast

konst plus skissarvoden ger vid handen att konstbudgeten ska utgöra en grund för att det upphandlas korrekt. Det som landstinget anför som skäl för att inte följa LOU och förenklad upphandling håller inte som motivering när man inte innan möjliggör att en stor krets av konstnärer fått (via annons eller utlysande på hemsidan) möjlighet att inkomma med anbud/förslag.

DOMSKÄL

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU har upphört att gälla den 1 januari 2008 (SFS 2007:1093) och har såvitt är av intresse i detta mål ersatts av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (nedan kallad nya LOU). Enligt övergångsbestämmelserna ska dock LOU alltjämt tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Gällande bestämmelser m.m. avseende Nya Vårdbyggnaden (upphandlingen påbörjades före den 1 januari 2008)

Enligt 1 kap. 4 § LOU ska upphandling göras med nyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i vissa av sina nyhetsbrev (se bl.a. NOU info juni – 05) uttalat sig om upphandling av konst. I dessa har nämnden angett att interna riktlinjer för upphandling inte får medföra att vissa leverantörer utesluts från upphandling, eftersom en upphandlande enhet inte får särbehandla en leverantör i förhållande till en annan. Detta slås fast av objektivitetsregeln i 1 kap. 4 § LOU. Vidare anser NOU att upphandlande enheter bör sträva efter att variera leverantörskretsen med hänsyn till regeln om utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns. Detta gäller även vid upphandlingar som inte behöver konkurrensutsättas.

Alla upphandlingar ska normalt annonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller annonseras på annat sätt som leder till effektiv konkurrens. Ett undantag från annonseringsskyldigheten finns dock i 6 kap. 2 b § 3. LOU, som närmast är utformad efter förebild från reglerna i artikel 6.3 i Rådets direktiv 93/36/EEG. Av denna undantagsbestämmelse framgår att en upphandlande enhet utan föregående annonsering får begära anbud genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör.

I Statskontorets rapport Nya former för Statens konstråds verksamhet (2005:9) återges NOU:s syn på tolkningen som gjorts i kammarrättspraxis. Enligt nämnden får anskaffning av konstnärliga tjänster ske utan annonsering endast om förutsättningarna för tillämpningen av 6 kap. 2 b § LOU är uppfyllda. Bland förutsättningarna nämns inte "estetisk bedömning". En upphandlande myndighet får således utan föregående annonsering begära anbud genom att skicka skrivelser endast till en leverantör om konstnärliga föremål eller tjänster av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan tillverkas eller levereras av endast viss leverantör. Vid enstaka konstupphandlingar kan ett anbud inhämtas genom att tillfråga den enda leverantören som kan ha möjlighet att tillhandahålla konstverket. I alla övriga fall ska dock den konkurrens som finns utnyttjas. Konstnärliga tjänster kan således enligt NOU:s uppfattning inte regelmässigt upphandlas utan ett i LOU föreskrivet förfarande, vilket även omfattar annonsering.

Enligt 7 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör, som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 §, i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf. En ansökan enligt första stycket får inte prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts.

Av 7 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska länsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Gällande bestämmelser m.m. avseende Tehuset (påbörjad efter den 1 januari 2008)

Av 1 kap. 9 § nya LOU följer följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Motsvarande bestämmelser till ovan redovisade 6 kap. 2 b § 3 återfinns i nya LOU i 15 kap. 5 § 3. och 7 kap. 1, 2 §§ återfinns i 16 kap. 1, 2 §§ nya LOU. Nämnade bestämmelser överensstämmer i sin helhet med ovannämnda lagrum.

Länsrätten gör följande bedömning

Landstinget har efter visst särskilt förfarande gett vissa konstnärer i uppdrag att lämna förslag på konstnärlig gestaltning i enlighet med ovan. Landstinget har åberopat bestämmelsen i 6 kap. 2 b § 3. LOU (15 kap. 5 § 3 nya LOU) till stöd för förfarandet med hänvisning till att det som upphandlas av konstnärliga skäl endast kan levereras av en viss leverantör. I EG-kommissionens ”Guide to the Community rules on public procurement of service” uttalas att ifrågavarande undantag är mycket snävt och att det kan användas endast i de fall endast en viss leverantör kan tillhandahålla det som efterfrågas. Vidare ges exempel på vad som kan avses med konstnärliga skäl. Begreppet kan omfatta en kommun som redan anskaffat konst från en viss konstnär och som vill anskaffa ett ytterligare konstverk för att få ett motsvarande konstverk (ett par). Det är dock enligt kommissionen nödvän-

dig att kommunen anger objektiva skäl till varför anskaffning av ett sådant verk inte kunnat göras från en annan konstnär, dvs. anskaffning utan konkurrensutsättning. Det åligger därvid den upphandlande enheten att visa att förutsättningarna för att tillämpa undantagsbestämmelsen föreligger.

Landstinget anför att det valt ut den eller de konstnärer som framstått som mest lämpad/lämpade att utföra respektive uppdrag och har inte närmare preciserat varför just dessa konstnärer endast kommit ifråga. Mot den bakgrunden och framförallt med hänsyn till EG-kommissionens skrivelse, som anger hur de av landstinget åberopade undantagsbestämmelserna bör tolkas och tillämpas, finner länsrätten att landstinget inte i förevarande fall visat att endast en viss konstnär eller vissa konstnärer av konstnärliga skäl kunnat tillhandahålla det som efterfrågas. Landstinget har därför inte haft rätt att genomföra ifrågavarande upphandling utan annonsering. Eftersom bestämmelserna i LOU inte har iakttagits och sökanden Tony Roos lidit skada eller riskerar att lida skada därav måste upphandlingen göras om.

Avtalen mellan landstinget och antagna konstnärer gällande Nya Vårdbyggnaden innefattar ett ställningstagande från landstingets sida att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita konstnärerna som leverantörer. På grund härav utgör den omständigheten att avtal redan föreligger inte hinder för överprövning enligt LOU (jfr RÅ 2005 ref. 10 och prop. 2001/02:142 s. 78 och 102). Upphandlingen avseende projekten Tehuset och Nya Vårdbyggnaden ska mot den bakgrunden göras om i sin helhet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B)


Urban Karlsson

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Regeringsrätten
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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.