



SÖKANDE

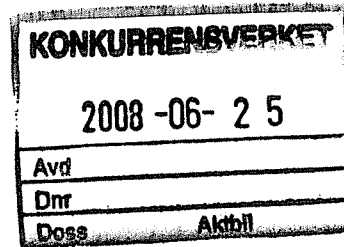
Tony Roos
Klippan 18
414 51 Göteborg

MOTPART

Västra Götalandsregionen
462 80 Vänersborg

SAKEN

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



DOMSLUT

Länsrätten bifaller Tony Roos begäran om överprövning och förordnar att Landstingets upphandlingar av fast konstnärlig utsmyckning i byggprojektet 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 gestaltungsopdragen görs och har gjorts efter en ordning som möjliggör en lämplig fördelning av updragen. 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 enskilda konstupphandlingar kan ett anbud inhämtas genom att tillfråga den ende 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