



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING
 Enhet Mariestad
 Ann Bladh

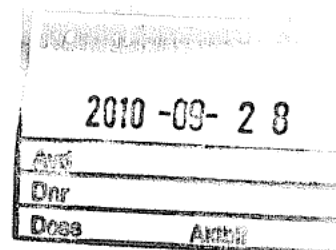
DOM
 2010-09-28
 Meddelad i
 Mariestad

Mål nr
 4153-10 E
 Rotel 2:3

SÖKANDE



MOTPART
 Vara kommun
 534 81 Vara



SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår [redacted] ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

[redacted] begär överprövning av Vara kommuns upphandling av konstnärliga tjänster avseende utsmyckning av stationsområdet i Vara och yrkar att den ska göras om. Han anför bl.a. följande. Vara kommun har sökt bistånd från Statens konstråd som via en projektledare föreslagit konstnären [redacted] att utföra uppdraget. Kostnaderna för projektet har delats upp – Vara kommun står för 600 000 kr, Statens konstråd för 300 000 kr och Banverket för 300 000 kr. Kommunens projektledare, [redacted] har uppgett att [redacted] från Statens konstråd lett arbetet och att man sökt bland både svenska och utländska konstnärer. Det sägs ingenting om varför man inte valt att utannonsera uppdraget i enlighet med LOU. Det är väl bekant att projektledarna har ett " eget arkiv" och att även Statens konstråd har ett omfattande arkiv, dokumentation av konstnärer som utfört uppdrag åt rådet. Detta fräntar emellertid inte myndigheterna från kravet att konkurrensutsätta och upphandla i enlighet med gällande

Dok.Id 18088

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 800	Stockholmsvägen 6	036-15 65 00	0501-676 46	måndag – fredag
542 18 Mariestad		E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se		08:30-12:00 13:00-15:00

lagstiftning. Det är mycket pengar det handlar om – skattebetalarnas medel – och pengarna ska hanteras i enlighet med lagstiftningen. Vara kommun och Statens konstråd har i stället direktupphandlat tjänsten och därvid handplockat en konstnär för uppdraget. Regeringsrätten har i dom den 18 september 2009, mål nr 8272-08, tydligt uttalat att myndigheterna måste konkurrensutsätta uppdragen och utannonsera den konstnärliga tjänsten. Vidare har Konkurrensverket konstaterat att för att undantaget för konstnärliga tjänster i 15 kap. 5 § 3 LOU ska vara tillämpligt krävs att det endast finns en viss leverantör som kan leverera en tjänst/produkt utifrån en specifik kravbild. Enbart det faktum att det är fråga om en konstnärlig tjänst innebär inte att undantaget blir tillämpligt. Det ska vidare tydligt framgå varför just denna leverantör är den enda som kan utföra uppdraget. Enligt EU-domstolens fasta rättspraxis ska alla undantagsbestämmelser tolkas restriktivt samt bevisbördan för att ett undantag är tillämpligt ligga hos den upphandlande enheten. Enligt LOU ska alla gestaltungsuppdrag utannonseras på myndighetens hemsida som en urvalsupphandling. Om det skulle visa sig att utsmyckningen endast kan beställas från en leverantör (konstnär) måste nämnden mycket tydligt redovisa detta. Likaså måste tydligt redovisas om beställningen av konstverket handlar om att komplettera en sedan tidigare uppförd gestaltning.

Vara kommun motsätter sig [REDACTED] yrkande och anför bl.a. följande. Banverket ansökte i augusti 2008 hos Statens konstråd om samarbete avseende utsmyckningen av stationsområdet i Vara. I sin ansökan säger Banverket att Vara kommun har ambitionen att ”profilera sig som en kulturkommun” och att verket/verken ska vara ”tillräckligt iögonfallande inte bara för påstigande och avstigande, utan även för den resande längs vägen”. Senare under 2008 kontaktade Vara kommun Statens konstråd för att utvärdera möjligheterna till ett samarbete vad gäller konstnärlig utsmyckning i Vara kommun. Härigenom uppstod möjligheterna till ett trepartssamarbete vad gäller konstnärlig utsmyckning av stationsområdet. Statens konstråd är

en statlig myndighet som har till uppgift att verka för att konsten blir ett naturligt och framträdande inslag i samhällsmiljön. Detta gör Statens konstråd bl.a. genom att beställa och förvärva samtidskonst till statens byggnader och andra lokaler för statlig verksamhet. Vid beställningar m.m. arbetar Statens konstråd i samrådsgrupper för att genom samlad expertis komma fram till vilka krav man ställer på den aktuella konstnärliga gestaltningen – kärnan i Statens konstråds arbete – och detta har varit utgångspunkten även i arbetet med stationsområdet i Vara. Den 23 februari 2009 antog fullmäktige i Vara kommun ett ”Program för gestaltning av det offentliga rummet i Vara”. I detta program sägs bl.a. att konst- och kulturlivet i Vara ska vara ”påtagligt i det offentliga rummet”, att ambitionen ska vara att ”konstnärligt gestalta och ta vara på de rumsliga kvaliteter som Vara äger” och att Vara ska erbjuda ”ett stadsrum som sticker ut och överraskar besökaren”. Vidare sägs att Vara ska utgöra en besöksplats med ”knorr”, vara utformad på ett sätt som gör staden ”intressant och spännande att besöka” och att ”konstnärlig gestaltning ska ha en central roll i upplevelsen av Vara”. I programmet sägs även att ”konsten i stadsrummet har stor betydelse för upplevelsen av den levande staden” och att konsten därför ska ”ha en central roll vid såväl nyplanering av områden, gator och torg som i utvecklingen av befintlig byggnation”. I dokumentet slås dessutom fast att det ska inrättas ett gestaltningsråd och att expertis från olika områden ska vara representerade i rådet. Gestaltningsrådets uppgift är att agera remissinstans i större gestaltningsprojekt. Under ett antal möten hösten 2008 och våren 2009 träffades en samrådsgrupp bestående av sakkunniga representanter från Banverket (stråkansvarig [REDACTED] och samhällsplanerare [REDACTED]), Vara kommun (stadsarkitekt [REDACTED] nes, projektledare [REDACTED] samhällsbyggnadschef [REDACTED] och kommundirektör [REDACTED]) och Statens konstråd (projektledare [REDACTED]). Samrådsgruppens syfte var att enas om riktlinjer för uppdraget och identifiera tänkbara konstnärer för projektet. Samrådsgruppens arbete inleddes med en analys av riktlinjerna för uppdraget, bl.a. att konst-

verket skulle kunna upplevas från tågönstret, ha stort uppmärksamhetsvärde, något som bryter av helt, ha färger och former som inte hör dit, vara monumentalt och iögonfallande. Vidare vägdes även övriga parametrar in, t.ex. Banverkets åtgärdsprogram för tillgänglighet. Gruppens arbete fortsatte genom analyser och workshops med att identifiera tänkbara konstnärer för uppdraget att både skapa något djärvt av stationsområdet med ambitionen att Vara ska bli knutpunkten i området för konsten och att uppfylla Banverkets krav. I just den här upphandlingen har samrådsgruppen mot bakgrund av uppdragets särskilda karaktär gått igenom ett stort urval av konstnärer (38 st.), däribland ansökningar från konstnärer som söker uppdrag av Statens konstråd. Denna process har resulterat i att 24 konstnärskap granskats närmare av samrådsgruppen. Av dessa 24 konstnärskap har endast en konstnär valts ut som ansetts kvalificerad och intressant att utföra just detta skissuppdrag, dvs. [REDACTED]. Den 3 december 2009 ingick Vara kommun ett samarbetsavtal med Statens konstråd och Banverket om att tillsammans finansiera gestaltningen av stationsområdet i Vara. Enligt samarbetsavtalet är det konstnären [REDACTED] som ska anlitas för utsmyckningen. Vid tekniska servicenämndens sammanträde den 23 februari 2010 beslöt nämnden att ge gestaltningsrådet i uppdrag att bedöma det presenterade förslaget från den aktuella konstnären och avgöra om detta ska uppföras på stationsområdet. – Enligt bilaga 3 till LOU utgör konstverk och konstnärligt skapande s.k. B-tjänster, vilket gör att 15 kap. LOU är tillämpligt oavsett upphandlingens värde. Enligt 15 kap. 5 § 3 LOU får en upphandlande myndighet utan föregående annonsering begära anbud genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör om det som ska upphandlas av konstnärliga skäl kan levereras av endast en viss leverantör. Begreppet ”konstnärliga skäl” utvecklas inte ytterligare i lagen men det har i doktrinen sagts att det aktuella undantaget för annonsering bör vara tillämpligt när rent konstnärliga och estetiska hänsyn ligger till grund för valet av leverantör. Detta slås bl.a. fast av Kammarrätten i Stockholm, mål nr 5979-2001, som i sin dom säger att tillvägagångssättet att den upphand-

lande myndigheten först bestämmer vilken eller vilka konstnärer som kan komma ifråga som leverantör måste accepteras. I förevarande ärende har en samrådsgrupp bestående av sakkunniga i enlighet med gestaltningsprogrammet och genom en analys tagit fram en kravspecifikation avseende det konstnärliga gestaltningsuppdraget i just det här fallet. Därefter har samrådsgruppen valt ut en djärv, orädd konstnär som skulle kunna skapa något av stationsområdet som ”sticker ut”, ”överraskar” och som ”gör staden intressant och spännande att besöka”. Med hänvisning till uppdragets särskilda karaktär, och efter genomgång av 38 konstnärskap bedömdes endast en konstnär kunna matcha de kriterier som gruppen ställt upp och som ansågs kvalificerad och intressant att utföra ett skissuppdrag. Kommunen hänvisar även till RÅ 2008 ref 79 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 30 januari 2009 i mål nr 4476-08. Mot bakgrund av ovanstående är det Vara kommuns uppfattning att det förfarande som använts i detta ärende uppfyller förutsättningarna för tillämpning av undantaget för konstnärliga skäl i 15 kap. 5 § 3 LOU, precis såsom Regeringsrätten i tidigare prejudicerande avgörande konstaterat.

██████████ anför i genmäle bl.a. följande. Vara kommun skriver att man ”i den här upphandlingen” har gått igenom ett urval av konstnärer, 38 stycken. Vara kommun har dock inte företagit något sådant upphandlingsförfarande som föreskrivs i LOU. Man har i en arbetsgrupp ”vaskat” fram ett antal kandidater som man tror kan utföra uppdraget. I och med att man har gjort på detta vis har utomstående, presumtiva leverantörer inte känt till att ett projekt var på gång eftersom urvalet skett inom stängda dörrar. Uppdraget har inte varit konkurrensutsatt. Vidare har en annan konstnär, ██████████ varit med och utsett uppdragstagare till förevarande gestaltningsuppdrag. På detta sätt har kommunen brutit både mot LOU, som säger att uppdraget ska utannonseras på myndighetens hemsida, och förvaltningslagens regler om jäv, i och med att man anlitat en konstnär för att plocka ut en annan konstnär för gestaltningsuppdraget. Vara kommun har hänvisat

2010 -09- 24

till ett antal kammarrättsdomar som förekom i början av 2000-talet och senast 2008. Detta är felaktigt och dessa domar har inte någon verkan eftersom det är Regeringsrättens dom den 18 september 2009, mål nr 8272-08, som gäller. Eftersom undantaget i 15 kap. 5 § 3 LOU inte är tillämpligt, har kommunen brutit mot reglerna i lagen när man underlät att annonsera ut uppdraget. Vara kommun har inte kunnat presentera bevis eller underlag för att det nu aktuella uppdraget skulle vara ett s.k. undantag. Det har inte framkommit något som tyder på att det bara är [REDACTED] som kan utföra det aktuella utsmyckningsprojektet. Inte heller finns något bevis för att det skulle handla om ensamrätt eller dylikt.

DOMSKÄL

I målet är ostridigt att kommunen köper en konstnärlig gestaltning. Det är då fråga om en offentlig upphandling som ska göras i enlighet med LOU, vilket innebär att kommunen ska öppna sin anskaffning för den konkurrens som finns. Detta förutsätts ske med tillämpning av något av de i lagen angivna förfarandena, vilka innebär olika grad av öppenhet, avvägd i förhållande till vad upphandlingen avser. Den största öppenheten uppnås genom det förfarande som innebär att den upphandlande enheten genom en annons berättar om upphandlingen och öppnar sig för anbud från envar leverantör som anser sig kunna leverera.

I detta mål aktualiseras en undantagsbestämmelse i 15 kap. 5 § 3 LOU som innebär att den upphandlande myndigheten kan inskränka sig till att begära anbud genom att skriftligen kontakta endast en leverantör, om bl.a. konstnärliga skäl eller ensamrätt gör att bara denna leverantör kan leverera det som myndigheten vill köpa. Eftersom det är fråga om ett undantag ankommer det på den upphandlande myndigheten att visa att förutsättningar för undantaget föreligger.

Kommunen har enligt handlingarna haft som utgångspunkt för urvalsprocessen att försöka hitta en konstnär som uppfyller de kriterier och önskemål som nämns i ett av kommunen antaget ”Program för gestaltning av det offentliga rummet i Vara”. Det slutliga beslutet har vidare föregåtts av bedömningar av en större krets av konstnärskap och urvalet har gjorts av en särskilt tillsatt samrådsgrupp.

Med hänsyn till de speciella förhållanden som råder för upphandling av konstnärliga tjänster där de estetiska bedömningarna får en avgörande betydelse för valet av leverantör, finner förvaltningsrätten att undantaget avseende konstnärliga skäl är tillämpligt i en situation som den förevarande. Förvaltningsrätten finner vidare att kommunen har visat att det i målet aktuella undantaget tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna bygger på. Inte heller utgör vad [REDACTED] i övrigt anfört bl.a. om att upphandlingen skulle ha skett i strid med jävsbestämmelserna i förvaltningslagen skäl för att förordna att upphandlingen ska göras om. [REDACTED] ansökan om överprövning kan mot denna bakgrund därmed inte bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1d LOU)


Hans-Olof Hallbäck

