



KULTURFÖRVALTNINGEN
STOCKHOLM KONST

TJÄNSTEUTLÅTANDE
2010-08-12
SID 1 (4)
DNR I.1/3876/2010 3618
KUN 2010-09-28

Handläggare: Mårten Castenfors
Telefon: 08-508 31 332

Till
Kulturnämnden

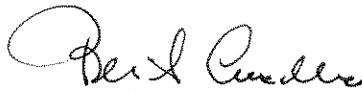
KuN 2010-09-28
Nr 9

Rörande upphandling av gestaltungsuppdrag

FÖRSLAG TILL BESLUT

Kulturförvaltningen föreslår kulturnämnden besluta

att som svar på skrivelsen överlämna och återopa kulturförvaltningens tjänsteutlåtande


Berit Svedberg
Kulturdirektör


Mårten Castenfors
Chef Liljevalchs konsthall/Stockholm konst

Ärendet

Tony Roos, ordförande i Konstnärsförbundet alliansen (KFA) har till förvaltningen inkommit med en skrivelse gällande upphandlingsregler för gestaltungsuppdrag. Enligt Tony Roos följer inte Stockholms stad/kulturnämnden Lagen om offentlig upphandling.

Ärendets beredning

Ärendet har beretts inom avdelningen för Stockholm konst.

Förvaltningens synpunkter och förslag

Den juridiska principen är att LOU alltid gäller – även för konst.

För att undantaget i 15 kap 5 § 3 ska vara tillämbart måste den som beställer konsten kunna motivera varför. Ställs valet av konst och konstnärer för projekten under juridisk prövning åligger det Stockholms stad som beställare att kunna visa att undantaget är motiverat i varje enskilt fall.

Kulturförvaltningen anser principiellt att undantagsregeln i LoU (15 kap 5 § 3 LoU) alltid är tillämplig i Stockholm stads offentliga konstgestaltungsarbeten. Stöd för denna uppfattning finns i Regeringsrättens beslut målnummer 1595-06 meddelat i Stockholm den 18 december 2008, nedan kallad

Uppsalaupphandlingen. Kulturförvaltningen anser alltså att Stockholm stad, som upphandlade myndighet, kan inskränka sig till att begära anbud genom att skriftligen kontakta en leverantör, om bland annat konstnärliga skäl eller ensamrätt gör att bara en leverantör kan leverera det som myndigheten vill köpa och att det, eftersom det är frågan om ett undantag, ankommer på den upphandlande myndigheten att visa att förutsättningarna för undantaget föreligger.

Stockholm konst har emellertid, med anledning av regeringsrättens dom mål nummer 8272-08 meddelad i Stockholm den 18 september 2009, nedan kallad Göteborgsupphandlingen, tillsatt en samrådsgrupp med Statens konstråd, Stockholms läns landsting, Upplands läns landsting, Västra Götalandsregionen, Region Skåne, Uppsala kommun, Göteborgs kommun, Stockholms kulturförvaltnings jurist och Stockholms stadsjurist för att utarbeta riktlinjer som beaktar alla de krav som krävs för att undantag från huvudregeln skall gälla. Möten har ägt rum under 2009 och 2010.

Stockholms stadsjurist, Catharina Gyllencreutz, har på uppdrag av denna grupp analyserat innebörden i regeringsrättens olika domar (se bilaga 2.) Stadsjuristen drar följande slutsatser om vad som skiljer Uppsalaupphandlingen från Göteborgsupphandlingen:

”Först kan man säga att det saknar betydelse att det kommit en ny LoU efter det att Uppsala genomförde sin upphandling men innan dess att Göteborg genomförde sin. Reglerna i de båda lagarna skiljer sig inte åt.

I Uppsala-fallet poängterar Regeringsrätten anskaffningens särskilda karaktär (vilken borde vara densamma i båda fallen), att det slutliga beslutet föregåtts av bedömningar av en större krets av konstnärer och att detta urval gjorts av en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté.

I Göteborgsfallet framhäver Regeringsrätten den tunna beskrivningen av uppdraget och att kommunen presenterat uppdraget på ett allmänt sätt. Det är viktigt att inse att upphandlingsförfaranden utan föregående annonsering är undantag och inget som man alltid kan göra vid upphandling av konst. Vid varje inköp måste noga övervägas om man kan följa huvudregeln om annonsering. Även om det i det särskilda fallet inte är möjligt att annonsera måste man följa de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som upphandlingsreglerna bygger på, d v s öppenhet, likabehandling, proportionalitet och icke-diskriminering. Skälen till varför man inte kan annonsera enligt huvudregeln bör dokumenteras ordentligt.

Jag tolkar det vidare som att det dels är viktigt att man har ett större antal konstnärer att välja bland, dels att de som gör urvalet av dessa konstnärer är sakkunniga d v s konstkunniga och inte lekmän, politiker eller allmänna konsulter. Regeringsrätten anger inte i sin dom avseende Uppsala att man fäst särskild vikt vid det konstprogram som Uppsala tagit fram som grund för arbetet men är tydlig i Göteborgsdomen att en tunn allmänt hållen beskrivning av uppdraget inte är tillräckligt för att utgöra grund för en upphandling utan annonsering.”

Sammanfattningsvis är det viktigt att den upphandlande myndigheten har ett tydligt program för uppdraget, ser till att man har en större grupp konstnärer att välja bland och att de som gör urvalet av konstnärerna är sakkunniga, d v s konstkunniga. En upphandlande myndighet måste inför varje anskaffning göra noggranna överväganden om det inte är möjligt att genomföra upphandlingen enligt huvudregeln om annonsering. De gemenskapsrättsliga principerna som upphandlingsreglerna bygger på ska alltid beaktas.”

Stockholm konst har sammanfattat slutsatserna i ett arbetsdokument som Stockholm konstns samtliga projektledare har att beakta i sitt arbete med konstprogram och urval av konstnärer för konstnärliga gestaltungsprojekt i Stockholm konstns regi (se bilaga 3). Stockholm konst säkerställer detta bland annat genom sakkunniggrupper, detaljerande projektbeskrivningar och dokumentation.

För att få fram än mer tydliga riktlinjer pågår för närvarande dialog med Sveriges Arkitekter och Statens fastighetsverk, som ur sitt perspektiv för närvarande också bearbetar svårigheten att få lagen om offentlig upphandling och konstnärligt arbete att gå ihop. LoU beaktar inte det faktum att det, för att se vilka konstnärskap som kan ge ett optimalt fysiskt resultat, krävs mångårig erfarenhet av att bedöma konst och det offentliga rummet – och där är kriterierna *aldrig* strikt monetära.



Samrådsgruppen är helt enig om att, om lagen om LoU skall tillämpas utan undantag, kommer kostnaderna att öka avsevärt genom arvodering av jurygrupper, ökad administration, ökade annonseringsutgifter med mera. Likaså kommer en strikt tillämpning av LoU utan undantag att utarma kvaliteten i den offentliga konsten och stadens offentliga rum.

Oberoende av varandra prövar nu kommuner, landsting och rättsliga instanser i hela Sverige förhållandet mellan LoU och kreativa tjänster på uppdrag av Tony Roos och Konstalliansen. Nationell överblick av de ekonomiska och konstnärliga konsekvenserna vid en strikt tillämpning saknas.

Bilagor

- Bilaga 1 *Skrivelse av Tony Roos, Konstnärsförbundet alliansen (KFA)*
- Bilaga 2 *Analys av Stockholms stadsjurist Catharina Gyllencreutz om innebörden i regeringsrättens olika domar*
- Bilaga 3 *Stockholm konst's arbetsdokument till projektledarna*

| |
|---------------------------------|
| STOCKHOLMS KULTURFÖRVALTNING |
| Ankom: 2010 -07- 06 |
| Dnr. 1.1/3618/2010-1 |

Konstnärsförbundet Alliansen (KFA)

Adress: Klippan 18, 414 51 Göteborg. Tel. 073-7070555

Hemsida: www.konstnarsalliansen.se e-post: kansli@konstnarsalliansen.se

Göteborg juni. 2010.

**Till
Stockholm stad, kulturnämnden**

Med anledning av regler för upphandling av konstnärliga tjänster.

I denna skrivelse bifogas kopia av brev från Finansdepartementet och en kopia av brev från landstinget i Örebro, gällande upphandlingsregler för upphandling av gestaltungsuppdrag.

Vad vi kan se så struntar Stockholm stad/kulturnämnden i att följa LOU-lagen och det är mycket allvarligt. Vi vädjar därför åter till er, kulturnämnden, att se till så att reglerna följs och att ni vidtager administrativa förändringar.

Vänligen

**Tony Roos
Ordf.**





REGERINGSKANSLIET

2010-06-29

Fi2010/3199

Finansdepartementet
Statssekreterare

Tony Roos
Konstnärsförbundet Alliansen
Klippan 18
414 51 Göteborg

Tack för Ditt brev av den 30 maj 2010, som överlämnats till mig från Statsrådsberedningen.

Det är givetvis av yttersta vikt att upphandlingslagstiftningen följs. I en *bilaga* till detta brev finns information om lagstiftningen och om de möjligheter som finns att ingripa om man anser att en myndighet inte upphandlar på det sätt som krävs. Jag hoppas att det kan vara till hjälp.

Med vänlig hälsning

Dan Ericsson

Det ankommer i första hand på en myndighet att själv ta ställning till om myndigheten är en upphandlande myndighet i enlighet med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och därmed är skyldig att tillämpa lagen samt att avgöra om undantagsbestämmelsen i 15 kap. 5 § 3 LOU är tillämplig. Dessa frågor kan emellertid, på talan av en leverantör, bli föremål för domstolsprövning. Vad gäller 15 kap. 5 § 3 LOU har Regeringsrätten i mål nr 8272-08 uttalat att eftersom det är fråga om ett undantag ankommer det på den upphandlande myndigheten att visa att förutsättningar för undantaget föreligger.

Att inte annonsera en upphandling trots skyldighet att göra det enligt LOU utgör en otillåten direktupphandling. Den 15 juli 2010 träder ändringar av LOU i kraft som bl.a. innebär nya rättsmedel för att bättre komma åt just otillåtna direktupphandlingar. Ändringarna innebär utökade möjligheter till överprövning så att ett avtal som har slutits, på talan av en leverantör, kan förklaras ogiltigt. Vidare införs en möjlighet för tillsynsmyndigheten, Konkurrensverket, att i domstol väcka talan om en ekonomisk sanktion – upphandlingsskadeavgift.

Bestämmelsen i nu gällande 15 kap. 5 § 3 LOU ersätts fr.o.m. den 15 juli 2010 av en möjlighet att direktupphandla (se 15 kap. 3 § andra stycket och 4 kap. 5 § 2 LOU i dess lydelse fr.o.m. den 15 juli 2010 och prop. 2009/10:180 s. 294 f.).

Regeringen har i förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128 s. 143) uttalat att bestämmelserna om jäv i 11 och 12 §§ förvaltningslagen (1986:23) i vissa fall kan aktualiseras i ärenden om offentlig upphandling.



Konstnärsförbundet Alliansen
Klippan 18
414 51 Göteborg

**Med anledning av Regeringsrättens dom den 18 sept.
2009, gällande offentlig upphandling av s k B-tjänster.
Mål nr 8272-08**

Vi får härmed besvara er skrivelse som vi tolkar innehåller två frågor:

1. Arbetar Örebro läns landsting efter Lagen om offentlig upphandling (LOU) vid inköp av fast konst? (Om inte ska ni ändra på ert arbets-sätt.)
2. Sker upphandling av större uppdrag för fast konst över 15 % av tröskelvärdet, enligt LOU, via utannonsering på Kulturnämndens hemsida?

Svar:

1. Alla varor och tjänster som köps in av Örebro läns landsting skall upphandlas i enlighet med LOU – i konkurrens och genom likabehandling av leverantörer. Det föreligger inga skillnader vid upphandling av konst förutom konkreta upphandlingstekniska frågeställningar.

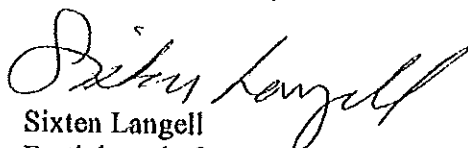
Regeringsrättens dom som kommande rättsmedel är väl kända för Upphandlingsenheten.

Som beställare av fast konst vid byggprojekt är man ute efter ett specifikt uttryck, teknik eller material i valet av konstnär. Varje uppdrag är individuellt och vid beställning av byggnadsanknuten konst efterfrågar landstinget ett antal kriterier som ska uppfyllas av leverantören/konstnären. Ex.vis val av material, att man är en yrkesverksam konstnär med goda referenser från tidigare uppdrag samt att man har en högskoleutbildning inom konst.

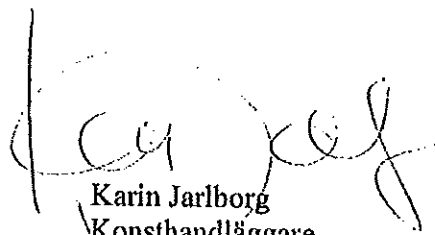
2. Vid större konstnärliga utsmyckningsprojekt, över 15 % av tröskelvärdet (287 tkr) utannonserar Örebro läns landstings Upphandlingsenhet uppdraget via OPIC, som är en allmän tillgänglig elektronisk databas. Örebro läns landsting har ingen Kulturnämnd, varför det inte finns någon sådan hemsida att annonsera uppdragen på.

(Se även <http://www.orebroll.se/sv/Om-landstinget/Upphandling>)

Med vänliga hälsningar
För Landstingsfastigheter



Sixten Langell
Fastighetschef



Karin Jarlborg
Konsthandläggare

Upphandling av konst, analys av Regeringsrättens domar om upphandling av konst, Uppsala Regeringsrätten den 18 december 2008, Göteborg Regeringsrätten den 18 september 2009

Uppsala, fakta om upphandlingen

År 2005 startade plan- och byggnadsarbete av ett nytt konsert- och kongresshus i Uppsala. Kommunen skulle i samverkan med Statens konstråd upphandla gestaltningsuppdrag. Kommunen skulle bidra med 1 mkr till utsmyckningen och Statens konstråd med 1 mkr.

Den konstnär som erhöll skissuppdraget var särskilt utvald för uppdraget. Uttagningen hade gjorts av den konstkommitté bestående av projektledare från Statens konstråd, arkitekter och representanter för den blivande brukaren av konsten. Ett konstprogram hade formulerats inom konstkommittén. Konstkommittén valde ut fyra konstnärer ur en grupp om cirka tjugo konstnärer. Dessa fyra konstnärer bedömdes vara kvalificerade och intressanta för den aktuella uppgiften. Konstkommittén enades om ett förslag till skissuppdrag. Efter att ha bedömt de fyra enskilda konstnärerna i en andra omgång enades Konstkommittén om att förslå en konstnär för skissuppdraget. Kommitténs förslag godkändes av kulturnämnden i Uppsala. Sedan skissuppdraget utförts och godkänts av kommittén rekommenderade kommittén kommunen att ge uppdraget att genomföra konstverket till denna konstnär. Kulturnämnden fattade beslut i enlighet med rekommendationerna.

Göteborg, fakta om upphandlingen

Göteborgs kommun skulle beställa en skulptur som minnesmärke över förintelsens offer. Det beräknade värdet av skulpturen uppgick till 1,3 mkr.

Initiativet till minnesmärket kom från Judiska församlingen i Göteborg. Av församlingens beskrivna syfte med minnesmärket kan utläsas bl a att "den konstnärliga utsmyckningen bör spegla den livsvandring som är bakgrund för minnesmonumentet" och "konstverket ska fylla en pedagogisk uppgift som påminnelse över barbariet under andra världskriget, men också som påminnelse om att man kan ta sig igenom de värsta plågor och skapa ett nytt liv. De överlevande kom från olika håll men bosatte sig i Göteborg."

Göteborgs kommun angav vidare i sin presentation att minnesmärket skulle påminna om vad som blir den yttersta konsekvensen av antisemitism, rasism, brott mot mänskliga rättigheter och förakt för andra människor eller folkgrupper.

Tre konstnärer erhöll i uppdrag att ge in skissförslag. Urvalet av de tre konstnärerna gick till på så vis att en representant från kulturförvaltningen och en konsult gick igenom ett mycket stort antal konstnärer på utställningar och hemsidor genom sk brainstorming av konstnärer i Sverige, övriga Norden och även internationellt. Detta arbete tog tre månader och innebar att tolv konstnärer valdes ut. Dessa konstnärer presenterades för Judiska församlingen, som valde ut tre av konstnärerna. Därefter fick var och en av de sju politiska ledamöterna i Charles Felix Lindbergs stiftelsenämnd välja ut tre konstnärer ur gruppen om tolv. Kulturförvaltningen sammanställde därefter rösterna och det blev två av de av Judiska församlingen valda konstnärerna och en som stiftelsenämnden ville ha som

erhöll uppdraget att skissa på minnesmärket. Sedan skissbidragen inkommit valde kommunen att sluta avtal med en av konstnärerna.

Regeringsrättens dom Uppsala

Upphandling av konstnärlig gestaltning ska ske enligt LOU. Fråga är om undantagsregeln i 6 kap 2 b § 3 LOU (numera 15 kap 5 § 3 LOU) kan bli tillämplig. Bestämmelsen innebär att den upphandlande myndigheten kan inskränka sig till att begära anbud genom att skriftligen kontakta en leverantör, om bl a konstnärliga skäl eller ensamrätt gör att bara en leverantör kan leverera det som myndigheten vill köpa. Eftersom det är fråga om ett undantag ankommer det på den upphandlande myndigheten att visa att förutsättningarna för undantaget föreligger.

I detta mål har kommunen hänvisat 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.

Med tanke på de speciella förhållanden som råder för upphandling av konstnärliga tjänster ansåg Regeringsrätten att undantaget avseende konstnärliga skäl var tillämpligt i en situation som den i detta fall. Kommunen hade 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 .

Regeringsrätten ansåg således att kommunen genomfört upphandlingen i enlighet med reglerna i LOU.

Regeringsrättens dom Göteborg

Regeringsrätten inleder sin dom med att ange att det av utredningen framgår att kommunen har gett en konstnär ett uppdrag avseende en skulptur som minnesmärke över Förintelsens offer. Beslutet har föregåtts av ett urvalsarbete där man ur ett bredare underlag valt ut tre konstnärer. Kommunen har därefter vänt sig till dessa tre konstnärer och uppmanat dem att ge in skissbidrag. Sedan dessa skissbidrag kommit in har kommunen valt ut en av konstnärerna och därefter slutit avtal med denne.

Regeringsrätten gör samma genomgång av reglerna i LOU i detta mål som i Uppsalafallet. Därefter anges: I utredningen finns en tämligen tunn beskrivning av uppdraget och det framgår endast att kommunen önskade köpa en konstnärlig gestaltning som skulle utgöra ett minnesmärke över Förintelsens offer. Kommunen har presenterat detta uppdrag på ett allmänt sätt och har inte angivit några omständigheter kring det tänkta minnesmärket som skulle kunna göra undantaget tillämpligt.

Regeringsrätten ansåg således att kommunen inte genomfört upphandlingen i enlighet med reglerna i LOU.

Vad skiljer Uppsalaupphandlingen från Göteborgsupphandlingen, slutsatser

Först kan man säga att det saknar betydelse att det kommit en ny LOU efter det att Uppsala genomförde sin upphandling men innan dess att Göteborg genomförde sin. Reglerna i de båda lagarna skiljer sig inte åt.

I Uppsala-fallet poängterar Regeringsrätten

anskaffningens särskilda karaktär (vilken borde vara densamma i båda fallen),

att det slutliga beslutet föregåtts av bedömningar av en större krets av konstnärer och

att detta urval gjorts av en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté.

I Göteborgsfallet framhäver Regeringsrätten den tunna beskrivningen av uppdraget och att kommunen presenterat uppdraget på ett allmänt sätt.

Det är viktigt att inse att upphandlingsförfaranden utan föregående annonsering är undantag och inget som man alltid kan göra vid upphandling av konst. Vid varje inköp måste noga övervägas om man kan följa huvudregeln om annonsering. Även om det i det särskilda fallet inte är möjligt att annonsera måste man följa de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som upphandlingsreglerna bygger på, d v s öppenhet, likabehandling, proportionalitet och icke-diskriminering. Skälen till varför man inte kan annonsera enligt huvudregeln bör dokumenteras ordentligt.

Jag tolkar det vidare som att det dels är viktigt att man har ett större antal konstnärer att välja bland, dels att de som gör urvalet av dessa konstnärer är sakkunniga d v s konstkunniga och inte lekmän, politiker eller allmänna konsulter.

Regeringsrätten anger inte i sin dom avseende Uppsala att man fäst särskild vikt vid det konstprogram som Uppsala tagit fram som grund för arbetet men är tydlig i Göteborgsdomen att en tunn allmänt hållen beskrivning av uppdraget inte är tillräckligt för att utgöra grund för en upphandling utan annonsering.

Sammanfattningsvis är det viktigt att den upphandlande myndigheten har ett tydligt program för uppdraget, ser till att man har en större grupp konstnärer att välja bland och att de som gör urvalet av konstnärerna är sakkunniga, d v s konstkunniga. En upphandlande myndighet måste inför varje anskaffning göra noggranna överväganden om det inte är möjligt att genomföra upphandlingen enligt huvudregeln om annonsering. De gemenskapsrättsliga principerna som upphandlingsreglerna bygger på ska alltid beaktas.

Stockholm den 22 mars 2010

Catharina Gyllencreutz

Lathund

2010-04-26

Konsten och LOU

Den juridiska principen är att LOU alltid gäller – även för konst.

För att undantaget i 15 kap 5 § 3 ska vara tillämpligt måste vi som beställer konsten kunna motivera varför med trovärdiga argument. Skulle våra val av konst och konstnärer för projekten ställas under juridisk prövning åligger det nämligen oss som beställare att kunna visa att undantaget verkligen är motiverat i varje enskilt fall.

Tänk på att:

- Principen är att LOU (dvs annonsering) alltid gäller – även för konst.

Ska undantagsregeln vara tillämplig krävs:

- att den upphandlande myndigheten noggrant övervägt om det inte är möjligt att genomföra upphandlingen enligt huvudregeln om annonsering
- att skälen till varför man inte kan annonsera enligt huvudregeln bör dokumenteras ordentligt
- att den upphandlande myndigheten har ett tydligt program för uppdraget
- att de som gör valet av konstnär/er är särskilt tillsatta sakkunniga, dvs personer med konstkompetens – inte lekmän
- att valet av konstnär/er görs ur en större grupp konstnärer
- att de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna bygger på alltid ska beaktas, dvs öppenhet, likabehandling, proportionalitet och ickediskriminering

Checklista för projektledare

- Skriv ett tydligt konstprogram
- Motivera skriftligen i konstprogrammet varför det inte är möjligt att utannonsera uppdraget genom att beskriva ”anskaffningens särskilda karaktär” (= sätt valet av konstnär i relation till platsen)
- Se till att samrådsgruppens majoritet utgörs av sakkunniga inom konstområdet (konstnärer, konstvetare, arkitekter)