

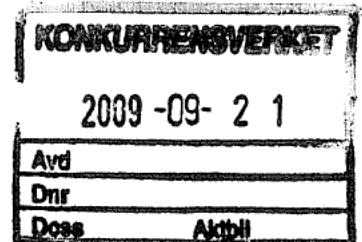
REGERINGSRÄTTENS DOM

Mål nr
8272-08

meddelad i Stockholm den 18 september 2009

KLAGANDE
Göteborgs kommun

Ombud: biträdande stadsjurist Ofelia Hendar
Stadskansliet
Juridiska enheten
404 82 Göteborg



MOTPART



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 december 2008 i mål nr 5353-08, se bilaga

SAKEN
Offentlig upphandling

REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Regeringsrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Göteborgs kommun (kommunen) yrkar i första hand att Regeringsrätten ska upphäva kammarrättens dom och fastställa länsrättens dom. I andra hand yrkar

Dok.Id 75010

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Wallingatan 2

Telefon
08-561 676 00
E-post: regeringsratten@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-12:00
13:00-16:30

kommunen att Regeringsrätten ska skriva av målet från fortsatt handläggning. Kommunen anför bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och med tillämpning av undantaget i 15 kap. 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 s.k. 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. När kulturförvaltningen sedan sammanställde rösterna blev det till slut två av de konstnärer som Judiska församlingen ville ha och en som nämnden ville ha. Kommunen har såvitt det är möjligt tillämpat undantaget i LOU med den urskillning som förutsätts i lagen och i enlighet med de EG-rättsliga principerna. Konkurrensen på marknaden har tillvaratagits. – Ett giltigt upphandlingskontrakt finns, varför målet i andra hand ska skrivas av från fortsatt handläggning.

██████████ anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande. Kommunen har brutit mot upphandlingsreglerna när man valt att handplocka tre konstnärer utan att först annonsera ut gestaltungsoppdraget. Det åligger kommunen att visa att förutsättningarna för att tillämpa undantaget föreligger.

SKÄLEN FÖR REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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 skissförslag.

Sedan dessa skissförslag kommit in har kommunen valt ut en av konstnärerna och därefter slutit avtal med denne.

Regeringsrätten gör följande bedömning.

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 myndigheten genom en annons berättar om upphandlingen och tar emot 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.

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.

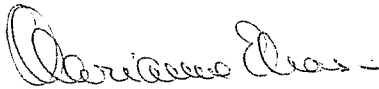
Eftersom undantaget i 15 kap. 5 § 3 LOU inte är tillämpligt, har kommunen brutit mot reglerna i lagen när man underlät att annonsera ut uppdraget. Det ingångna


DOM

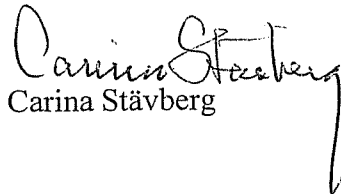
4

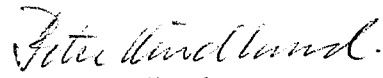
Mål nr
8272-08

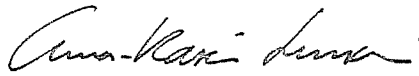
avtalet avseende minnesmärket utgör därmed inte ett avtal enligt LOU, varför hinder för överprövning inte finns. Överklagandet ska därför avslås i sin helhet.


Marianne Eliason


Eskil Nord


Carina Stävberg


Peter Kindlund


Anna-Karin Lundin


Karin Hartmann

Föredragande regeringsrätts-
sekreterare

Avd. I

Föredraget 2009-05-27



**KAMMARRÄTTEN I
GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2008-12-03

Meddelad i Göteborg

KLAGANDE



MOTPART

Göteborgs Stad
Enheten för kulturstöd & konst
Norra Hamngatan 8
411 14 Göteborg


Ombud: Biträdande stadsjuristen Ofelia Hendar
Stadskansliet
Juridiska enheten
404 82 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrättens i Göteborg dom den 1 augusti 2008 i mål nr 4684-08,
bilaga A

SAKEN

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

 yrkar att kammarrätten med ändring av länsrättens dom, beslutar att upphandlingen ska göras om. Han anför bl.a. följande. Beskrivningen av uppdraget är mycket luddigt formulerad. Det framgår inte vilka krav kulturnämnden har ställt vad avser miljö och det tekniska. Inte heller har det åberopats någon synnerlig brådska i ärendet. Att det handlar om ett förhållandevis stort uppdrag betyder inte att en speciell kravbild måste ställas upp. Göteborgs stad har i sin presentation inte uppställt några speciella krav på vad monumentet bör spegla. I stadens formulering till de inbjudna konstnärerna är beskrivningen allmänt hållen och det framkommer inga särskilda krav på specialitet eller speciella färdigheter som konstnären måste besitta, eller varför just de inbjudna konstnärerna valts ut. Göteborgs stad har valt att inte annonsera ut detta uppdrag eller

MÅN
 TIS
 ONS
 TOR
 FRI
 LÖN
 SÖN
 ÖVR

genomföra en projekttävling som föreskrivs i LOU. Det finns inget skäl angivet till varför man har för avsikt att göra ett undantag från kravet på annonsering. EG-domstolen har uttalat att bestämmelserna om undantag från annonsering ska tolkas restriktivt och att det är den som har åberopat undantaget som ska visa vilka omständigheter som gör undantaget tillämpligt. Bevisbördan ligger således i detta fall på Göteborgs stad.

Göteborgs stad motsätter sig bifall till överklagandet och anser i första hand att överklagandet ska avvisas eftersom upphandlingen av gestaltungsuppdraget har skett enligt 15 kap. LOU. [REDACTED] yrkande måste därmed anses vara uppfyllt och någon möjlighet för kammarrätten att tolka yrkanden i förvaltningsrättsliga processer i mål om offentlig upphandling saknas. I andra hand anser Göteborgs stad att överklagandet ska avslås. Till stöd för sin talan anför staden bl.a. följande. Undantaget i 15 kap. LOU har tillämpats eftersom det är fråga om ett uppdrag som kräver en mycket speciell kravbild ifråga om tillfrågade konstnärer. Det framgår även tydligt i presentationen av gestaltungsuppdraget att så är fallet. För just detta uppdrag krävs en konstnär som har särskilda konstnärliga färdigheter såsom de tre utvalda konstnärerna har. Då det speciella uppdraget innebär att endast de tre tillfrågade konstnärerna kan komma ifråga har Göteborgs stad visat att undantaget är tillämpligt. Hittills gällande praxis på området stöder stadens uppfattning om hur konstundantaget får användas.

DOMSKÄL

Göteborgs stad anser i första hand att [REDACTED] överklagande ska avvisas. Kammarrätten finner med utgångspunkt i lydelsen av [REDACTED] yrkande i överklagandet till kammarrätten, i vilket han hänvisar till sitt yrkande i länsrätten, att det inte finns någon grund att avvisa hans talan. Målet ska därför prövas i sak.

I förevarande mål har Göteborgs stad för avsikt att beställa en skulptur som minnesmärke över förintelsens offer till ett värde av 1 300 000 kr.

Av presentationen av uppdraget framgår att initiativet till minnesmärket kommit 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 av plågor och skapa ett nytt liv. De överlevande kom från olika håll men bosatte sig i Göteborg."

Göteborgs stad har i sin presentation vidare angett att syftet är att minnesmärket ska påminna om vad som blir den yttersta konsekvensen av antisemitism, rasism, brott mot mänskliga rättigheter och förakt för andra människor eller folkgrupper.

Enligt 15 kap. 5 § 3 LOU får en upphandlande myndighet utan föregående annonsering begära anbud genom att skicka 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. Det beskrivna undantaget gäller endast annonsering medan principerna för offentlig upphandling som bl.a. innebär att upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt gäller fullt ut. Vid upphandling av konstnärliga tjänster föreligger speciella förhållanden på så sätt att det kan vara estetiska bedömningar som får en avgörande betydelse för valet av leverantör. Trots detta ger lagen enligt kammarrätten inte utrymme för att generellt undanta upphandlingar av konstnärliga tjänster från kravet på konkurrensutsättning enligt LOU. Frågan om konkurrensutsättning genom annonsering inte behöver ske måste således bedömas från fall till fall. Avgörande för om undantaget i 15 kap. 5 § 3 får tillämpas är enligt kammarrättens mening att det rör sig om en specifik situa-

tion där det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt endast kan levereras av en viss leverantör. Det måste således röra sig om en konstnärlig tjänst som av olika anledningar endast kan utföras av en viss leverantör och ingen annan. Det måste vidare på något sätt framgå varför just denna leverantör är den enda leverantör som kan utföra uppdraget.

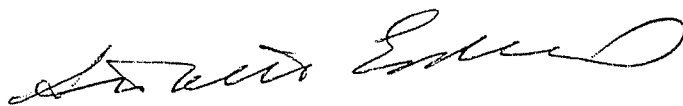
Mot bakgrund av vad som framkommit i målet, och med särskilt beaktande av vad som framgår av Göteborgs stads allmänt hållna presentation av uppdraget, finner kammarrätten att det aktuella uppdraget inte kan anses ha en sådan särskild kravbild att förutsättningar för ett undantag från konkurrensutsättning enligt LOU ska anses föreligga. Göteborgs stad har därmed handlat i strid med bestämmelserna i LOU när man valt att inte annonsera ut uppdraget, utan endast vänt sig till tre utvalda konstnärer. Överklagandet ska således bifallas.

DOMSLUT

Kammarrätten upphäver länsrättens dom och förordnar att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Formulär 1 (bilaga)



Lisbeth Edlund

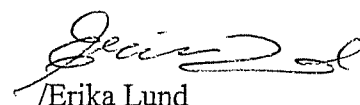


Birgitta Henriksson



Lennart Berglund

referent



Erika Lund

LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM
2008-08-01
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
4684-08 E
Rotel 21

Bilaga A

SÖKANDE

MOTPART

Göteborgs stad
Enheten för kulturstöd & konst
Norra Hamngatan 8
411 14 Göteborg

Ombud:
Ofelia Hendar
Göteborgs Stadskansli
404 82 Göteborg

SAKEN

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

_____ ansökte om överprövning av "beställning av konstnärligt
gestaltungsuppdrag" som Göteborgs Stad, Enheten för kulturstöd & konst
(kommunen), utlyst avseende ett minnesmärke över förintelsens offer.

_____ yrkade att länsrätten skulle underkänna kulturnämndens
beställning eftersom den stred mot bestämmelserna i LOU.

Sedan länsrätten avvisat ansökan har kammarrätten visat målet åter till
länsrätten för prövning i sak.

Till stöd för sin ansökan om överprövning har _____ anfört bl.a.
följande. Kommunen har för avsikt att beställa en skulptur, ett minnesmärke
till ett värde av 1 300 000 kr, och har valt att endast inbjuda tre konstnärer att
inkomma med förslag i stället för att upphandla enligt LOU:s regelverk.
Inget i deras tillvägagångssätt säger att det är just dessa konstnärer som har
sådana färdigheter att bara de kan vara lämpliga att utföra uppdraget.
Konstnärliga gestaltungsuppdrag är en konstnärlig tjänst som ska

upphandlas. I detta fall ska förenklad upphandling gälla eller en s.k. idétävlan/tvåsteg genom annons i tidning eller på Internet. Det åligger den upphandlande enheten att visa att förutsättningarna för att tillämpa undantagsbestämmelsen föreligger. Enligt lagstiftningen ska ett undantag användas mycket restriktivt och en redogörelse för detta ska tillstyrkas. Kommunen har inte kunnat påvisa några sådana undantag som lagen föreskriver.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför följande. Upphandling av konst kan av naturliga skäl inte konkurrensutsättas på liknande vis som andra varor och tjänster eftersom konkurrensen mellan konstnärer ser helt olika ut, för det fall det ens går att tala om en affärsmässig konkurrens mellan konstutövare. Det är därför det finns ett undantag från att upphandla i konkurrens även om LOU formellt sett är tillämplig även i dessa upphandlingar. Skälet till undantaget är även det förhållandet att det i praktiken ter sig omöjligt att upprätta skall- och utvärderingskrav ifråga om konstnärligt utövande. En konstnär kan ha exceptionell kvalitet i sina verk utan att han eller hon för den sakens skull innehar samma gedigna skolning och kompetens som en annan konstnär. Likaså kan utvärderingen av en konstupphandling inte göras utan en skönsmässig bedömning, vilket innebär ett brott mot LOU som inte tillåter någon form av skönsmässigt urval. Varför kommunen har vänt sig till de tre utvalda konstnärerna är för att ”konstverket skall fylla en pedagogisk uppgift som påminnelse över barbariet under andra världskriget, men också en påminnelse om att man kan ta sig igenom de värsta av plågor och skapa ett nytt liv”. Kommunen har haft goda skäl för att vända sig till de tre utvalda i den i målet aktuella upphandlingen och använder sig inte regelmässigt av undantaget utan gör en prövning i varje aktuell upphandling. Det är dessutom så att 15 kap. i LOU inte är direktivstyrt varför en mildare bedömning än om det varit fråga om en upphandling över tröskelvärdena ska göras av domstolen.

Härefter har förekommit ytterligare skriftväxling varvid parterna vidhåller sin uppfattning.

DOMSKÄL

Av 1 kap. 2 § 1 LOU framgår att endast 15 och 16 kap. tillämpas i fråga om offentlig upphandling som avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster).

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 tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör.

Länsrätten gör följande bedömning.

Anskaffning av konstnärliga tjänster får ske utan annonsering endast om förutsättningarna i 15 kap. 5 § 3 LOU är uppfyllda.

Kommunen har vänt sig till tre utvalda konstnärer för att inkomma med förslag för ett minnesmärke över förintelsens offer. Kommunen har motiverat detta val med de specifika avsikter som man vill att konstverket ska återspegla. Även om konstnärliga uppdrag inte regelmässigt bör undantas från annonsering så finns det möjligheter att göra det enligt LOU när konstnärliga skäl fordrar det. Det är, som länsrätten bedömer det, i detta fall inte fråga om ett rent utsmykningsuppdrag utan om ett uppdrag med en sådan särskild kravbild att det har funnits skäl för att vända sig till en utvald grupp konstnärer. Det har då också funnits utrymme för att tillämpa undantagsregeln i 15 kap. 5 § 3 LOU (jfr Kammarrättens i Stockholm avgörande den 23 maj 2006 i mål nr 7460-05). [REDACTED] ansökan om ingripanden enligt LOU kan med en sådan bedömning inte bifallas.

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

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



Olle Holmstedt

/HA