

PM 2 2012-12-11 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).

Kristinehamns kommun har beslutat att utan föregående infordran av konkurrerande anbud i ett vad som synes vara ett formlost förhållande köpa ett konstverk direkt från konstnären eller det konstgjuteri som konstnären anvisat.

Kristinehamns kommun (nedan Kommunen) har vid kommunfullmäktiges sammanträde den 25 oktober 2012 (KF § 126/12) beslutat att bl.a. anslå totalt 1,5 miljoner kronor för anskaffning av ett c:a 14,5 meter högt konstverk i betong kallat ”Vattenåder” (nedan Konstverket) samt att till kommunstyrelsen delegera genomförandet av beslutet. Detta beslut har såvitt kunnat utredas hittills inte upphävts genom ett nytt beslut av fullmäktige, utan är alltså gällande för Kommunen.¹

Konstverket har som upphovsman en internationellt välrenommerad konstnär som ursprungligen är bördig från trakten (nedan Konstnären). Entreprenör för tillverkningen av Konstverket ska enligt beslutet utses enligt Konstnärens rekommendation och anvisning om att besitta de nödvändiga kvalifikationerna att genomföra projektet enligt Konstnärens intentioner. Ett Herrljungaföretag (nedan Entreprenören) har av Konstnären bedömts lämpligt och anvisats för att förverkliga tanken och gestaltningen av Konstverket.

Kommunfullmäktiges ovan refererade beslut grundas i en beslutsberedning som sammanfattningsvis angivits enligt följande:

”Kristinehamn har en världskänd och välrenommerad konstnär, [Konstnären]. Han är konstnären i världen som har mest statyer/monument i hela Paris. Han har vunnit projektävlingar över både Picasso och Chagall. Han bidrog för 50 år sedan till att Picassostatyn kom på plats vid Vänerns strand. [Konstnären] har helt klart en plats i den moderna konstvärlden som ingen annan Kristinehamnskonstnär har. Han har nu skapat ett konstverk för Kristinehamn som kommer att minna om hans konstgärningar. Ett konstverk som också kommer att bli ett intressant turistmål för staden.

Genom att lyfta fram en skulptur av [Konstnären] ökar vi ytterligare i dignitet som kultur- och turiststad. Kristinehamns kommun har möjlighet att producera ett 15 meter högt monument av [Konstnären] som han nu har skapat. Detta kan produceras av ett Herrljungaföretag, som [Konstnären] har varit i kontakt med. Plats måste utses, markarbete måste göras, medel måste tillsättas. [...]”²

Enligt vad som har rapporterats i media uppger företrädare för Kommunen att Konstverket utgör en gåva från Konstnären till Kommunen och att beslutade anslagsmedel enbart hänförs sig till själva tillverkningen av Konstverket och uppförandet på plats. Den enda ersättning som Kommunen vidgår att den ska betala till Konstnären är omkostnader för exempelvis resor.³

Enligt samma mediarapportering har emellertid Konstnären uppgivit att av de budgeterade ersättningsmedlen på totalt 1,5 miljoner kronor ska c:a en tredjedel gå till Entreprenören, en tredjedel till Konstnären själv och den sista tredjedelen till erforderliga kringarrangemang som bl.a. markarbeten.⁴ Vidare har enligt Konstnären initiativet till Konstverket kommit från Kommunen.

¹ Något förslag om att upphäva kommunfullmäktiges beslut av den 25 oktober 2012 (KF § 126/12) har för närvarande inte beretts inom kommunen, eller upptagits på föredagningsordningen inför kommunstyrelsens nu närmast aktuella arbetsutskottssammanträde, den 11 december 2012.

² Kommunstyrelsen i Kristinehamn, beslut av den 2 oktober 2012 jämte tjänsteskrivelse från kommunförvaltningen av den 3 september 2012.

³ Se artikel i Nya Wermlandstidningen den 1 november 2012 med rubriken ”Kommunen har inte diskuterat arvode”. Av artikeln framgår bl.a. att Kommunens kulturchef, som har ärendet på sitt bord, inte känner till att Konstnären ska ha begärt något arvode. Kommunens kommunchef, till vilken kulturchefen hänvisat anger enligt artikeln bl.a. följande: ”- Vi har pratat om kostnader men hans arvode i detta har vi inte resonerat om. Jag måste reda ut det med både honom och internt vad som är sagt och inte sagt [Konstnären] har haft kontakter med (Entreprenören) och utifrån det har vi fått kalkyler för vad det ska kosta. Vad som sedan är arvode och vad som är kostnader för firman det har vi inte rätt ut. Vi har bara pratat om hela konceptet. Under torsdagen kommer kommunen ha ett möte för att reda ut vad som egentligen är sagt”. På frågan om tanken aldrig slagit Kommunen om att Konstnären ville ha betalt svarar enligt artikeln kommunchefen: ”- Jo både och. När vi har resonerat så har vi sagt att han ska få betalt för sina utlägg och dylikt men att det ska vara ett arvode på 50 procent av kostnaden är för mig obekant”.

⁴ Se artikel i Nya Wermlandstidningen den 31 oktober 2012 med rubriken ”Monument över vattnets roll”. Av artikeln framgår bl.a. följande: ”Enligt [Konstnären] kom initiativet till konstverket från kommunen. – Jag blev mycket hedrad och förvånad. Men jag blev även högst betänksam, det tar mycket kraft och tid. [Konstnären] vill att verket ska stå vid stranden vid konstmuseet på Marieberg. – Det ska bli en plats

Enligt senare uppgift ska Konstnären ha sagt att han vill ha 600.000 kronor i arvode.⁵Kommunens kontakter med Entreprenören uppges vidare ha givit vid handen att tillverkningen av Konstverket uppskattningsvis kommer att kosta mellan 630 000 kr och 670 000 kronor.

Kommunfullmäktiges beslut har inte föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande eller annan konkurrensutsättning, exempelvis genom att Kommunen har vänt sig till en större krets av konstnärer och låtit det slutliga urvalet av vilken konstnär som ska anlitas ske genom en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté. Såvitt framkommit är Konstverket avsett att placeras i nära anslutning till Kristinehamns konstmuseum.⁶ Museets ledning uppger sig emellertid inte ha varit inblandad i arbetet med Konstverket.⁷

Upphandlingens s.k. kontraktswärde i den del som avser Konstverkets gestaltning och tillverkning torde med ledning av vad som redovisas ovan uppgå till c:a 1 miljon kronor, varav mellan 300.000 och 500.000 kronor kan komma att utgöra ersättning till Konstnären själv.

Gällande rätt

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bland annat ett *offentligt kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer och som avser tillhandahållande av bl.a. varor eller tjänster.

Upphandling av offentliga kontrakt efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.⁸ Lagen har kommit till som en följd av bl.a. Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).⁹ För upphandling som har *påbörjats*¹⁰ efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. tillgängliga rättsmedel.¹¹

Enligt 3 kap. 3 § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Om det sålunda framräknade värdet av ett varu- eller tjänstekontrakt som ska upphandlas understiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska upphandlingen handläggas i enlighet med nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU. Tröskelvärdet vid upphandling av varor eller tjänster uppgår för närvarande (2012) till 1.897.540 kronor.¹²

som kännas så riktig som möjligt. [Konstnären] pratar ogärna om pengar. Kommunen har beslutat att satsa 1,5 miljoner och [Konstnären] menar att ungefär en tredjedel kommer att gå till gjuteriet, en tredjedel till honom och den sista tredjedelen blir till kringarrangemang som bland annat markarbeten”.

⁵ Se rapportering i Sveriges Radio, Värmlandsnytt den 1 november 2012: <http://www.svt.se/nyheter/regionalt/varmlandsnytt/inga-pengar-ingen-skulptur>, där framgår bl.a. följande: ”Jag vill ha 600.000 kronor i handen av Kristinehamns kommun. Får jag inte det gör jag ingen skulptur, säger [Konstnären]”.

⁶ Se ovannämnda artikel i Nya Wermlandstidningen den 31 oktober 2012: ”[Konstnären] vill att verket ska stå vid stranden vid konstmuseet på Marieberg”.

⁷ Se ovannämnda artikel i Nya Wermlandstidningen den 1 november 2012, av vilken framgår bl.a. följande: ”[Museichefen] avslöjar att man från konstmuseets del inte varit inblandad i arbetet med [Konstnärens] skulptur. – Jag tycker att det är konstigt att man sköter det helt och hållet från kommunstyrelsen utan att över huvud taget ta notis om att man har kompetens inom organisationen”.

⁸ 2007 års lag har sedan den 1 januari 2008 ersatt den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. För övergångsbestämmelser, se lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

⁹ Klassiska upphandlingsdirektivet ersätter sedan den 31 januari 2006 det tidigare gällande direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

¹⁰ I prop. 2009/09:180, s. 374, anges att om ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU, får upphandlingen anses påbörjad först när avtalet har slutits, såvitt den upphandlande myndigheten inte kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.

¹¹ Bestämmelserna innebär bl.a. att ett redan tecknat avtal kan ogiltigförklaras av domstol om avtalet inte har annonserats, trots att en sådan skyldighet föreläggat – se 16 kap. 15 § LOU (sedan den 1 november 2011, flyttad till 16 kap. 13 § LOU) Vidare kan den upphandlande enheten förpliktas att utge s.k. upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU.

¹² Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av varor och tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) till 200.000 euro eller 1.897.540 svenska kronor – se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar bl.a. kommunala myndigheter och beslutande församlingar i kommuner och landsting. Den som har att iaktta lagens bestämmelser kallas ”upphandlande myndighet”.¹³

Tillsyn över den offentliga upphandlingen utövas av Konkurrensverket. Tidigare utövades tillsynen av den numera nedlagda Nämnden för offentlig (NOU).¹⁴

Bestämmelserna i LOU är tvingande för upphandlande myndigheter.¹⁵ Lagen behöver enligt 1 kap. 7 § emellertid inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten. Dessutom finns i LOU vissa bestämmelser som undantar från kravet på annonsering, däribland ”konstnärliga skäl”.

All offentlig upphandling ska som huvudregel annonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller annonseras på annat sätt som leder till effektiv konkurrens. Undantag från den således lagstadgade annonseringsskyldigheten föreligger dock enligt det s.k. *direktupphandlingsundantaget* vid konstnärliga skäl i 4 kap. 5 § första stycket punkten 2 jämförd med 15 kap. 3 § andra stycket LOU.¹⁶ Den upphandlande myndigheten får i sådant fall utan föregående annonsering begära anbud genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör om det som skall upphandlas av bl.a. tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör.

Frågan hur det s.k. *direktupphandlingsundantaget* ska tillämpas i samband med upphandling av konstnärliga tjänster har bl.a. uttolkats i vägledande rättspraxis i RÅ 2008 ref. 79.¹⁷ Vad Högsta förvaltningsdomstolen där hade att bedöma var en kommunal upphandling av tjänsten att konstnärligt gestalta utsmyckningen av ett nybyggt konserthus. Någon annonserad upphandling hade aldrig genomförts. Uttagningen av vinnande leverantör hade istället genomförts av en av den upphandlande myndigheten särskilt tillsatt konstkommitté bestående av projektledare från Statens konstråd, arkitekter och representanter för den blivande brukaren av konsten. Konstkommittén hade med utgångspunkt i ett i förväg fastställt konstprogram valt ut och tillfrågat totalt fyra konstnärer, vilka av kommittén bedömts vara kvalificerade och intressanta för den aktuella uppgiften. Efter att ha bedömt de enskilda konstnärernas förslag hade kommittén enats om att föreslå en viss konstnär för uppdraget. Konstkommitténs förslag hade därefter lämnats till den upphandlande myndigheten, som slutligt beslutade om tilldelning av kontraktet.

Högsta förvaltningsdomstolen bedömde att det s.k. *direktutdelningsundantaget* avseende konstnärliga skäl mot denna bakgrund hade tillämpats med den urskillning som förutsätts i LOU och i enlighet med de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna bygger på. Undantaget kunde vid angivna förhållanden således göras tillämpligt i målet.

2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2011:1575) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹³ Genom införandet av 2007 års upphandlingslagar har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Med upphandlande myndighet avses inte enbart myndigheter utan även offentligt styrda organ, såsom kommunala bolag, som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. (se 2 kap. 12 och 19 §§ LOU). Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

¹⁴ Tillsynsansvaret avseende offentlig upphandling övergick den första september 2007 från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

¹⁵ Se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU, se även RÅ 2008 ref. 26.

¹⁶ Avseende det s.k. *direktupphandlingsundantaget* avseende konstnärliga skäl, se 4 kap. 5 § första stycket punkten 2 jämförd med 15 kap. 3 § andra stycket LOU. Bestämmelsen är närmast utformat efter förebild från reglerna i art. 31.1 i det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/17/EG).

¹⁷ Se även Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 18 september 2009 i mål 8272-08 (ej publicerat i RÅ). Där ansågs ett icke annonserat förfarande, varigenom den upphandlande myndigheten utifrån ett bredare underlag hade valt ut tre konstnärer att ge in skissförslag och sedan valt ut en av konstnärerna och slutit avtal med denne, inte uppfylla kravet för undantag eftersom myndigheten, på ett allmänt sätt och med en ”tunn beskrivning av uppdraget” inte angivit några omständigheter kring den konstnärliga utsmyckningen som skulle kunna göra direktupphandlingsundantaget för konstnärliga tjänster tillämpligt.

Domstolen angav bl.a. följande.

"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 [...] som innebär att den upphandlande enheten 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 enheten vill köpa. Motsvarande bestämmelse finns numera i 15 kap. 5 § 3 i 2007 års upphandlingslag. Eftersom det är fråga om ett undantag ankommer det på den upphandlande [myndigheten] att visa att förutsättningar 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".

I fråga om otillåten direkttilldelning som har påbörjats efter den 15 juli 2010 kan domstol på talan av en konkurrerande leverantör enligt 16 kap. 15 § LOU förklara avtalet ogiltigt.¹⁸ Den upphandlande myndigheten kan vid otillåten direkttilldelning också förpliktas att utge s.k. upphandlings-skadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU.¹⁹

Yttrande

Kommunen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet angivit att kommunen tills vidare avvaktar med att genomföra det planerade projektet samt att orsaken till detta inte är Konkurrenskommissionens promemoria, utan omständigheter som blivit kända efter kommunfullmäktiges beslut.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Kommunen (kommunfullmäktige) är en sådan upphandlande myndighet som är skyldig att iaktta vad som föreskrivs i LOU. Av utredningen i ärendet framgår att Kommunen har varit i kontakt med Konstnären avseende önskemål om leverans av ett konstverk, "*Vattenåder*", att uppföras i kommunen. För detta ändamål har kommunfullmäktige anslagit 1,5 miljoner kronor, varav c:a två tredjedelar eller en miljon kronor är avsedda för gestaltning och tillverkning av själva Konstverket.

Avseende frågan om hur denna således av Kommunen budgeterade ersättning ska fördelas mellan Konstnären och det företag, Entreprenören, som enligt Konstnärens anvisningar ska tillverka själva Konstverket finns det emellertid olika uppgifter.

¹⁸ Enligt 16 kap. 15 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling i sin lydelse efter den 15 juli 2010 ska rätten, på talan av skadelidande leverantör, besluta att ett avtal som har slutits direkt mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga. Rätten får dock, enligt 16 kap. 16 § LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för att sådant undantag ska komma ifråga åvilar den upphandlande myndigheten. Den effekt som uppkommer vid ett således meddelat beslut om ogiltigförklaring av domstol är s.k. *ursprungsnullitet*, d.v.s. ett retroaktivt, för båda parter ömsesidigt upphörande av alla avtalsförpliktelser. Detta innebär inte enbart att samtliga framtida förpliktelser i anledning av ett avtal upphör att äga giltighet; de berörda avtalsparterna ska även bära åter vad de hittills har erhållit som prestation enligt avtalet. Betalningar är alltid möjliga att återföra. När det gäller andra prestationer som exempelvis redan konsumerade varor och utförda tjänster är det emellertid svårare att verkställa en återgång. En godtroende leverantör är under alla förhållanden skyldig att återbetala den ersättning han erhållit enligt avtalet. Han kan därefter möjligen söka kompensation genom skadestånd för sådana direkta kostnader som avtalsförhållandet hittills har inneburit för honom.

¹⁹ Enligt 17 kap. 1 § LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om bl.a. myndigheten, genom exempelvis otillåten direkttilldelning, har slutit avtal med en leverantör utan att iaktta lagens annonseringskrav. Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktets värde.

I media har Kommunen uppgivit att Konstnären enbart ska ersättas för sina faktiska utlägg i form av resekostnader medan Konstnären själv rapporteras ha uppgivit att c:a 500.000 kronor av den budgeterade ersättningen kommer att utgöra ersättning för hans tjänster. I vart fall kommer det att finnas utrymme med över 300.000 kronor att inom budgeterade medel betala konstnären sedan tillverkningen är betald.

Med ledning av således tillgänglig information kan i vart fall konstateras att kommunfullmäktiges beslut avser en tilldelning av ett offentligt kontrakt med ekonomiska villkor avseende konstnärliga tjänster till antingen Konstnären eller Entreprenören eller till båda. Bestämmelserna i LOU och de gemenskapsrättsliga principer som upphandlingsreglerna bygger på är därmed tillämpliga på kommunfullmäktiges beslut.

Som huvudregel ska förekommande upphandlingar präglas av öppenhet och likabehandling av leverantörer. Med hänvisning till det s.k. *direktupphandlingsundantaget* avseende konstnärliga skäl har i vägledande rättspraxis tillåtits att den upphandlande myndigheten utan föregående annonsering tillfrågar en större krets av konstnärer för att sedan låta en särskilt tillsatt sakkunnig kommitté genomföra ett urval och lämna förslag på till vilken av de utvalda och tillfrågade konstnärerna som slutligen ska tilldelas uppdraget.

Något sådant förfarande har emellertid inte varit ifråga i det nu aktuella fallet, utan Kommunen synes vänt sig direkt till Konstnären för det förslag om konstnärlig utsmyckning till vilket sedermera kommunfullmäktige beslutat anslå medel. Någon större krets av konstnärer har inte tillfrågats om alternativa lösningar och det slutliga urvalet har heller inte skett utifrån någon objektiv sakkunnig bedömning. Bland annat kan noteras att den egna kompetens som finns i Kristinehamns konstmuseum inte verkar ha tillfrågats före kommunfullmäktiges beslut.

Genom att inte ens iaktta de mest grundläggande krav på objektivitet, likabehandling och öppenhet har Kommunen således brutit mot LOU och de EU-rättsligt grundade principer som lagen bygger på. Detta har medfört en snedvridning av konkurrensen för konstnärer med inriktning på offentlig utsmyckning. Den omständigheten att Kommunen numera gör gällande att den tills vidare avvaktar med att genomföra det planerade projektet kan inte medföra annan bedömning. Kommunfullmäktiges ovan refererade beslut är alltså gällande och har inte upphävts genom ett nytt beslut av fullmäktige. Kommunen förtjänar därför kritik.