



KLAGANDE

Private Nursing Sweden AB, 556652-5985

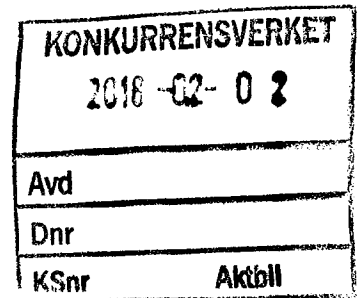
Ombud: Advokat Martin Dell och biträdande jurist Peter Lennartz Röstlund
RosholmDell Advokatbyrå AB
Stortorget 11
252 20 Helsingborg

MOTPART

Uppsala kommun
753 75 Uppsala

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen.

BAKGRUND

Uppsala kommun har genomfört en upphandling avseende drift av vård- och omsorgsboendena Sävjåhus, Hasselparken, Årstagården, Dalbyhemmet, Hagundagården, von Bahr, Granbommen, Lillsjögården och Skogsgården, dnr ALN-2016-0068 (upphandlingen). Kommunen har i tilldelningsbeslut antagit anbudet från Private Nursing Sweden AB (Private Nursing). Frösunda Omsorg AB (Frösunda) har ansökt om överprövning av upphandlingen. Kommunen beslutade den 5 juni 2017 att avbryta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Private Nursing

Private Nursing ansöker om överprövning av avbrytandebeslutet och yrkar att beslutet ska upphävas samt att upphandlingen ska återupptas och slutföras. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Personalförsörjning är ett generellt problem inom omsorgen, såväl i privat som i offentlig verksamhet. Förhållandet att verksamhetschefer ibland slutar kan knappast komma som någon chock och står inte i strid med tvingande lagstiftning. I 29 § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), som numera är upphävd, anges endast att det ska finnas någon som svarar för verksamheten (verksamhetschef). Motsvarande bestämmelse finns i 4 kap. 2 § första stycket hälso- och sjukvårdslagen (2017:30).

Av de uppgifter som finns tillgängliga i målet framgår inte att någon av de verksamheter som upphandlas står utan verksamhetschef. Den organisatoriska indelningen inom ramen för en och samma verksamhet kan komma att behöva anpassas efter tillgången på verksamhetschefer. Om t.ex.

två boenden inom ramen för en och samma verksamhet tappar en av två verksamhetschefer är det rimligt att verksamheten organiseras så att inget av boendena står utan chef. Omständigheten att antalet verksamhetschefer varierar är inte ett godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen. Kommunen har inte visat att det finns några personalförsörjningsproblem eller några risker för patientsäkerheten.

Såvitt framkommit är det endast Aleris Omsorg AB (Aleris) som uttryckligen angett att företaget inte vill förlänga det direktupphandlande avtalet. Aleris driver idag Hasselparken och Årstagården. Företaget kommer att starta upp ett nytt äldreboende. Verksamhetschefen på Årstagården har avslutat sitt uppdrag och blivit ansvarig för det nya boendet. Aleris val att inte förlänga avtalet beror uteslutande på att företaget saknar affärsmässiga incitament att förlänga avtalet, inte på de av kommunen påstådda grunderna.

Vidare är det osannolikt att kommunens övertagande av verksamheterna löser eventuella personalproblem. Kommunen har givetvis inte verksamhetschefer som står stand-by för att omedelbart hoppa in och fylla vakanser. Kommunen utgår från att övrig personal på boendena i hög utsträckning kommer att övergå till en anställning hos kommunen. Det kan inte garanteras att så sker och även kommunen riskerar att få personalförsörjningsproblem. Det är rimligt att anta att befintlig personal även fortsättningsvis vill arbeta i privat regi, bl.a. på grund av konkurrenskraftiga löner. Ett privat övertagande skulle förmodligen öka chanserna för att personalen stannar kvar.

Det bästa sättet att trygga driften av boendena på lång sikt är att fullfölja upphandlingen. En sådan lösning är även ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv den mest proportionerliga. I syfte att säkra personalförsörjningen under den tid som återstår kan de direktupphandlande avtalen förlängas. Risken för att en upphandling kan komma att överprövas är något som den

upphandlande myndigheten kan förutse och som måste tas i beaktande vid utformningen av en upphandling. En upphandlande myndighet kan dock inte anses vara skyldig att förutse en fördröjning där målet i första instans drar ut ovanligt länge på tiden eller när målet vandrar genom flera instanser. Under sådana förhållanden torde direktupphandlingar vara tillåtet i syfte att lösa de problem i fråga om t.ex. driftstörningar m.m. som överprövningen ger upphov till. Skälen för direktupphandling kan sägas öka i takt med att överprövningsprocessen drar ut på tiden.

Kommunen har inte anfört någon omständighet som talar för att omsorgsbehovet inte kan ordnas genom direktupphandling även fortsättningsvis under överprövningsprocessen. Om kommunen har möjlighet att driva verksamheterna i egen regi framstår det som omotiverat att upphandla från första början. Beslutet framstår som oproportionerligt med hänsyn till möjligheterna att välja andra mindre ingripande lösningar. Det saknas alltså godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Private Nursing vann samtliga boenden i upphandlingen varav endast tre är föremål för tvist i överprövningsmålet. I avvaktan på att det målet avgörs föreligger det alltså inte några större oklarheter för personalen vem som blir ny leverantör, det blir antingen Private Nursing eller Frösunda. Vid förvaltningsrättens besked den 18 maj 2017 att överprövningsmålet inom kort var klart för avgörande hade målet handlagts under knappt åtta månader. Målet är komplicerat vilket åskådliggörs av att parterna lagt stor omsorg på att utveckla sin respektive talan. Dessutom hade målets handläggningstid sträckt sig över storhelger. Handläggningstiden får mot denna bakgrund anses vara skälig. Det är anmärkningsvärt att kommunens avbrytandebeslut kom i direkt anslutning till att förvaltningsrätten meddelat att målet snart var klart för avgörande.

Kommunen anför att direktupphandlande avtal löper ut den 30 september och 1 november 2017. Kommunen har dock redan i april 2017, dvs. innan avbrytandebeslutet fattades, förlängt de direktupphandlande avtalen ytterligare med både de privata utövarna och den egna regin. Direktupphandlande avtal löper således fram till och med den 31 december 2017, 31 januari 2018 och 1 februari 2018.

Vid tiden för avbrytandebeslutet var det sju respektive åtta månader kvar till utgången av de direktupphandlade avtalen. Den är ungefär lika lång tid som kommunen ursprungligen avsatte från tilldelningsbeslutet till preliminär avtalsstart. Enligt kommunen inkluderar den tiden även beräknad fördröjning på grund av ett eventuellt överprövningsförfarande. Med tanke på att avtalen förlängts ytterligare och alltså löper under ett antal månader saknade kommunen, vid tidpunkten för avbrytandebeslutet, fog för den påstådda uppfattningen att det skulle kunna uppstå tidsbrist avseende en säker verksamhetsövergång eller eventuella risker för patientsäkerheten. Detta med särskilt beaktande av att domstolen precis före meddelat att målet var klart för avgörande. Beslutet att avbryta upphandlingen framstår således som ännu mer osakligt.

Även om domstolen skulle finna att kommunen har fog för att avbryta upphandlingen avseende en eller ett par verksamheter, kan skäl för avbrytande knappast ha förelegat beträffande samtliga verksamheter. Detta gäller särskilt för de verksamheter som bedrivs i kommunens egen regi.

Kommunen

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

När upphandlingen överprövades genomfördes en direktupphandling och avtalen med befintliga driftentreprenörer förlängdes i avvaktan på en

lagakraftvunnen dom. Befintliga avtal förlängdes på oförändrade villkor och avtalsperioden varierande mellan den 30 september – 1 november 2017. Under våren 2017 har det uppstått oro i de aktuella verksamheterna till följd av att överprövningen dragit ut på tiden. När det gäller de verksamheter som bedrivs av Vardaga Äldreomsorg AB har verksamhetscheferna på respektive boende slutat och företaget har haft svårt att rekrytera nya chefer på grund av den osäkerhet som föreligger. Kommunen har fått uppgift om att en verksamhetschef har anställts, men att övriga två tjänster är vakanta. Aleris, som ansvarar för driften av två verksamheter, har informerat kommunen att företaget inte kommer att medverka till ytterligare förlängning av befintligt avtal. Vad gäller den verksamhet som Victum AB ansvarar för har kommunen fått information om att verksamhetschefen kommer att arbeta halvtid.

Det är oerhört viktigt för patientsäkerheten att en verksamhetschef som uppfyller kompetenskraven finns på plats. Verksamhetschefen är den som bär ansvaret för verksamheten och ska säkerställa patienternas behov av trygghet, kontinuitet, samordning och säkerhet i vården. Omständigheten att flera verksamheter har tappat sina verksamhetschefer är därför ett stort problem. Det är inte möjligt, som Private Nursing menar, att ändra den organisatoriska indelningen i verksamhetsområdena efter tillgången på lämpliga chefer eftersom de aktuella leverantörerna inte tillhör samma organisation. Förekomsten av lämplig verksamhetschef är så viktig att avsaknad av verksamhetschef innebär ett kontraktsbrott vilket kan leda till hävning av pågående avtal om bristen inte åtgärdas. En av grundpelarna för patientsäkerheten är att det finns kvalificerade verksamhetschefer.

Det är generellt sett svårt att rekrytera kompetent personal – inte bara på chefsnivå – till vård- och omsorgsboenden. Flertalet chefer har slutat eller kommer att ha slutat innan avtalen löper ut, vilket är en anmärkningsvärt stor andel. Problemen med att behålla och rekrytera personal har förstärkts i de aktuella verksamheterna och situationen eskalerade under april och maj

2017. Problemen hade föranletts av dröjsmålet och osäkerheten avseende överprövningsprocessen. Bemanningsproblemen är sannolikt också ett resultat av att verksamhetschefer har försvunnit och att oron i personalgrupperna inte kunnat stävjas.

Oron skulle inte ha dämpats om kommunen tillfälligt tagit över verksamheten. Det som krävdes var ett tydligt besked om vad som kommer att hända framöver. Med anledning av de oroligheter som uppstått skrev kommunen till förvaltningsrätten den 9 maj 2017 och begärde skyndsamt handläggning av överprövningen. I svar den 18 maj 2017 angavs att målet inte var klart för avgörande och att ytterligare kommunikering skulle ske, men att målet bedömdes vara klart för avgörande inom kort. Mot bakgrund av det redan långa dröjsmålet, osäkerheten vad gäller tidpunkten för när dom meddelas, risken för att domen överklagas och omständigheten att i vart fall en av de befintliga leverantörerna inte ville förlänga avtalet ytterligare en gång, fattades beslutet att avbryta upphandlingen och överlåta driften till kommunen.

Kommunen är ytterst ansvarig för välbefinnandet hos kommunens medborgare även om verksamheten upphandlas. Kommunen har därför ansvar för att förebygga och förhindra att situationer uppstår där den som är beroende av kommunens bistånd far illa. Det kan inte vara rimligt att kommunen ska behöva invänta faktiska effekter i form av konkret och akut personalbrist eller vårdskador. Det är risken för patientsäkerheten som måste vara avgörande.

Naturligtvis kan det finnas personal som inte vill arbeta i kommunal regi och som därför tackar nej till att övergå till en anställning hos kommunen. På motsvarande sätt kan det finnas personal på kommunala boenden som inte vill arbeta privat. Det är osäkerheten, snarare än vem som tar över, som har skapat bemanningsproblematiken. Det är i första hand beskedet om vad

som kommer att hända som kan skapa lugn i verksamheten. En kortare förlängning av de befintliga avtalen skulle inte råda bot på den osäkerhet om framtiden som har orsakat rekryteringssvårigheterna. Kommunen har dessutom förstått att ett flertal befintliga leverantörer inte har något intresse av att fortsätta driva verksamheterna under en övergångsperiod bl.a. på grund av svårigheterna att rekrytera personal.

Det hade inte varit möjligt att överföra verksamheterna till kommunal drift under en övergångsperiod. Detta hade fortfarande varit en tillfällig lösning med risker för patientsäkerheten på grund av svårigheterna att behålla och rekrytera personal. Därutöver innebär ett övertagande av äldreboenden ett omfattande arbete med t.ex. överföring av information om enskilda brukare. Det fanns inte någon mindre ingripande åtgärd som kommunen hade kunnat vidta. Ett långsiktigt övertagande av verksamheterna i egen regi är den lösning som kan trygga dessa verksamheter ur ett patientperspektiv.

Kommunen har varken kunnat förutse att så många verksamhetschefer skulle sluta innan övertagandet eller oron i personalgrupperna. Under sådana ändrade förhållanden måste det finnas möjlighet för kommunen att avbryta pågående upphandling. Beslutet att avbryta upphandlingen föranleddes av en reell oro för patientsäkerheten och de enskilda brukarnas välbefinnande. Kommunen har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU, upphävdes i samband med att lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, trädde i kraft den 1 januari 2017. Enligt övergångsbestämmelserna till LOU gäller den upphävda lagen för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom upphandlingen har påbörjats före den 1 januari 2017 är ÄLOU tillämplig i målet.

Frösunda har inkommit med två yttranden i förevarande mål och anført att partställning inte begärs och att inget yrkande framförs. Samtidigt uppger Frösunda att bolaget utgår från att domstolen beaktar vad som bolaget anför vid sin prövning av målet. Förvaltningsrätten har inte berett Frösunda tillfälle att yttra sig i målet. Förvaltningsrätten har inte heller berett Private Nursing eller kommunen tillfälle att yttra sig över Frösundas inlagor. Således kan dessa inlagor inte ses som processmaterial i målet.

Frågan i målet är om det har funnits förutsättningar för kommunen att avbryta upphandlingen på de av kommunen angivna grunderna.

En upphandlande myndighet har enligt EU-domstolens praxis ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (C-92/00 HI). EU-domstolen har vidare uttalat att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl (C-27/98 Fracasso och Leitschutz). Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt (RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43). Vidare måste ett sådant beslut vara förenligt med de grundläggande reglerna i fördraget och de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling (C-92/00 HI). Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 23 januari 2013 i mål nr 4691-12).

Förvaltningsrätten konstaterar att det som huvudregel inte kan anses föreligga sakligt godtagbara skäl om ett beslut att avbryta en upphandling endast föranleds av en ansökan om överprövning av upphandling (jfr Kammarrätten i Jönköping dom den 15 december 2017 i mål nr 2053-17). Förutsättningarna för en upphandling kan dock till följd av oförutsedda händelser komma att ändras under upphandlingens gång. Beroende på händelsernas art

skulle detta kunna vara sakligt godtagbara skäl för ett avbrytandebeslut (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 23 januari 2013 i mål nr 4691-12).

Frösundas ansökan om överprövning av upphandlingen inkom till förvaltningsrätten den 3 oktober 2016 och processen hade pågått i lite drygt åtta månader när kommunen beslutade att avbryta upphandlingen den 5 juni 2017. Handläggningen i förvaltningsrätten hade då pågått under längre tid än vad en överprövningsprocess vanligtvis tar i första instans.

I målet är det ostridigt att Aleris, en av de nuvarande leverantörerna, har meddelat att företaget inte vill förlänga befintliga avtal. Private Nursing har inkommit med handlingar som visar att de direktupphandlande avtalen avseende boendena förlängdes i april 2017 fram till och med den 31 december 2017, 31 januari 2018 respektive 1 februari 2018. Med andra ord var det ungefär sju respektive åtta månader kvar till utgången av de direktupphandlande avtalen när kommunen fattade beslutet om att avbryta upphandlingen.

Mot denna bakgrund gör förvaltningsrätten följande bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar att det ligger i sakens natur att det förväntade utfallet från en upphandling kan orsaka oro och osäkerhet hos personalen som arbetar i den upphandlande verksamheten. Detta är något som den upphandlande myndigheten har att räkna med när ett upphandlingsförfarande inleds. Enligt kommunen har det varit svårt att rekrytera och behålla kompetent personal till vård- och omsorgsboendena under upphandlingstiden. Det har även visat sig vara svårt att rekrytera verksamhetschefer till boendena. Eftersom boendena har haft olika huvudmän har det inte varit möjligt att samordna chefsfunktionerna för att kortsiktigt fylla ledningsmässiga vakanser. Det förefaller inte heller ha varit möjligt att råda bot på verksamhetsproblemen genom ytterligare förlängning av befintliga avtal

eller genom att tillfälligt låta kommunen överta de verksamheter som upphandlingen avser. Personal- och ledningsproblemen eskalerade under våren 2016 och utgjorde till slut ett allvarligt hot mot patientsäkerheten på boendena. Enligt förvaltningsrättens bedömning har det inte varit möjligt för kommunen att förutse den negativa utvecklingen vad gäller personalförsörjningen på boendena när upphandlingen påbörjades.

Med hänsyn till de förändrade verksamhetsförutsättningarna som framkommit under det aktuella upphandlingsförfarandet finner förvaltningsrätten att kommunens beslut att avbryta upphandlingen inte framstår som godtyckligt och har fattats på grundval av sakligt godtagbara skäl vad gäller patientsäkerheten på vård- och omsorgsboendena. Det har inte framkommit att någon av de grundläggande principerna i gemenskapsrätten har överträtts. Ansökan om överprövning av kommunens avbrytandebeslut ska därför avslås.

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


Klas Innerstedt
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Anderz Eriksson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

