



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2012-06-15
Meddelad i
Stockholm

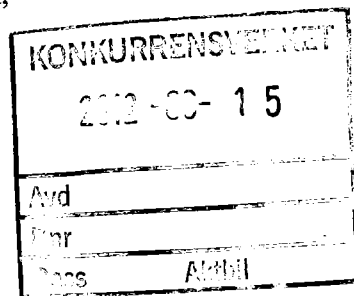
Mål nr
5362-12
Enhet 13

1

SÖKANDE

Attendo Care AB, 556148-5169

Ombud: Advokaterna Tomas Kjellgren och Sven Waxenbäck,
jur.kand. Daniel Björklund och jur.kand. Viveka Heimer
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm



MOTPART

Stockholms stad
Serviceförvaltningen
VO, Upphandling
Box 7005
121 07 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 233730

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND

Serviceförvaltningen har för Stockholms stads räkning genomfört Centralupphandling av vård- och omsorgsboenden 2011 (125-366/2011). Den förenklade upphandlingen omfattar boenden inom flera olika stadsdelsförvaltningar. Förfrågningsunderlaget består av en generell del och en specifik del för varje boende och tilldelningsbeslut har fattats för vart och ett av boendena. I beslut den 26 oktober 2011 tilldelades Attendo Care AB verksamhetsdriften vid Katarinagårdens vård- och omsorgsboende. På grund av överprövningar tecknades avtal först i mitten av december för samtliga boenden utom de två som kommunstyrelsen beslutade att avbryta den 22 februari 2012, Attendo Care AB och Carema Care AB, och som meddelades bolagen den 1 mars 2012. Följande motivering lämnades avseende Katarinagården.

”Staden ansvarar enligt hälso- och sjukvårdslagen och socialtjänstlagen för att den vård- och omsorg som äldre får i vård- och omsorgsboende är av god kvalitet. För att detta ska uppfyllas genomförs upphandling av entreprenörer för driften av vård- och omsorgsboenden som en ren kvalitetsupphandling till fast pris och det ställs i förfrågningsunderlag och avtal höga krav på kvalitet. När det gäller äldres rätt att få insats av god kvalitet är brukares och anhörigas trygghet av avgörande betydelse. Uppfyllande av ställda krav samt värdegrundsarbete är av grundläggande vikt för att detta ska kunna uppnås.

Efter utvärdering och tilldelningsbeslut avseende driften av Katarinagården har framkommit att förtroendebristen för vinnande anbudsgivare utgör ett kvarstående hinder inom förvaltningsområdet. Förtroendebristen, med anledning av vad som förevarit vid driften av annat vård- och omsorgsboende (Vintertullen) inom samma område, är av sådan art att det för närvarande inte står klart att staden kan uppfylla sitt ansvar för tillgodoseende av äldres och anhörigas trygghet vid fullföljande av upphandlingen av Katarinagården.

När avtal därför inte kan träffas avseende Katarinagården avbryts upphandlingen för att möjliggöra att boendet omfattas av eventuell ny upphandlingsform som är under utredning.”

Motiveringen är direkt citerad från Stockholms stads PM 2012:23 under rubriken Centralupphandling av vård- och omsorgsboenden (s. 32) och där anges efter ett inledande stycke även följande.

"Kommunstyrelsen föreslås besluta om att avbryta upphandlingen avseende Axgårdens och Katarinagårdens vård- och omsorgsboenden. Anledningen till detta är de förhållanden som låg till grund för beslutet att häva avtalet på Koppargårdens vård- och omsorgsboende samt beslutet om att inte förlänga avtalet på Vintertullens vård- och omsorgsboende."

YRKANDEN M.M.

Attendo Care AB (Attendo eller bolaget) ansöker om ogiltigförklaring av avbrytandebeslutet och anför bl.a. följande. Kommunen har avbrutit upphandlingen utan sakligt godtagbara skäl och har därmed brutit mot de grundläggande EU-rättsliga principerna om upphandling och mot 1 kap. 9 § LOU. Attendo har lidit eller riskerar i vart fall att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt. LOU medger inte att upphandlande myndighet gör skönsmässiga bedömningar eller agerar godtyckligt i något skede av en upphandling och en grundläggande förutsättning vid ett avbrytande av en upphandling är att beslutet vilar på så kallade sakligt godtagbara skäl (se RÅ 2009 ref. 43). Kommunen har inte ifrågasatt att Attendo fullt ut uppnår de kvalificeringskrav som uppställs. Trots det kan konstateras att skälen för att avbryta upphandlingen, dvs. bristande förtroende för Attendo, rör just sådana allmänna kvalificeringskrav som redan prövats. Kommunen har helt enkelt *de facto* "bakvägen" diskvalificerat Attendos anbud genom att åberopa nya, inte tillåtna kvalificeringskrav till stöd för beslutet om avbrytande. Det kan inte anses vara förenligt med de allmänna principer som följer av LOU och då särskilt transparens- och likabehandlingsprinciperna. Avbrytandebeslutet vilar inte på sakligt godtagbara skäl. Om en upphandlande myndighet, med stöd av LOU, skulle anses kunna grunda ett avbrytandebeslut på omständigheter kopplade till den allmänna förmågan och kapaciteten hos en leverantör som tilldelats kontrakt kan i vart fall inte

grund för sådan åtgärd föreligga i detta specifika fall av följande skäl. Det är inte förenligt med likabehandlingsprincipen att inom ramen för ett upphandlingsförfarande försöka komma till rätta med eventuellt missnöje med gällande avtal eftersom detta missgynnar leverantören på ett otillåtet sätt i upphandlingsförfarandet. Vid bedömningen om det är befogat med upphandlingsrättsliga åtgärder måste hänsyn tas till att leverantören agerat när denne fått kännedom om den problematik som uppkommit och vidtagit erforderliga åtgärder. De brister som förekommit vid Vintertullen har genom förbättringsåtgärder upphört under 2011. Vid tidpunkten för avbrytandebeslutet fanns inte någon faktisk omständighet som gav stöd för den oro som vissa anhöriga har uttryckt. Kretsen av oroliga anhöriga och allmänheten är inte känd, påstådda synpunkter inte konkretiserade och omfattningen av missnöjet därmed oklar. Om det skulle accepteras att ett avbrytandebeslut grundas på nu aktuella vaga omständigheter kan tillräcklig grund för avbrytande uppkomma i de flesta offentliga vårdupphandlingar. Vaga och oemotsagda påståenden från en okänd grupp anhöriga kan inte vara tillräcklig grund för att avbryta upphandlingen. Bolaget har rankats som tvåa i upphandlingen av Vintertullen. Kommunen har, trots påstått missnöje med driften av Vintertullen, ansett Attendo vara en lämplig anbudsgivare och dessutom senare tilldelat bolaget aktuellt kontrakt och har tilldelat och tecknat avtal med Attendo avseende driften av två andra vård- och äldreboenden. Båda dessa boendena är större än Katarinagården. Mot den bakgrunden kan några sakligt godtagbara skäl för avbrytande av upphandlingen med hänsyn till "förtroendebrist" inte anses föreligga.

Stockholms stad (Staden) bestrider bifall till ansökan och anför bl. a. följande. Beslutet att avbryta upphandlingen står inte i strid med gällande lagstiftning eller de EU-rättsliga principerna. Staden har objektiva och sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Oro med anledning av problem avseende bolagets utförande av driften vid Vintertullens vård- och omsorgsboende ledde till att staden fann att det krävs en ny analys och utred-

ning om vilken form för utförande av äldreomsorg som bäst tillgodoser äldres behov. När det gäller frågan om skönsmässiga bedömningar vid avbrytande av en upphandling, står det klart att det finns ett sådant utrymme och det kan ses mot bakgrund av att en upphandlande myndighet inte ska tvingas köpa en tjänst när den på godtagbara skäl gör bedömningen att detta inte är möjligt. Såväl unionsrättslig som svensk rättspraxis innebär att en upphandlande myndighet har rätt att avbryta en upphandling utan att det finns tungt vägande skäl för beslutet och inte bara i undantagsfall. Staden har som en följd av problemen vid några entreprenader beslutat att inte genomföra någon entreprenadupphandling 2012 utan istället utreda alternativa former för utförande. Det bestrids att en upphandlande myndighet vid ett beslut att avbryta en upphandling inte kan ta hänsyn till omständigheter som rör leverantörer eller anbud. Det bestrids också att beslutet att avbryta upphandlingen av Katarinagården skulle ha sin grund i en önskan att lägga nya krav på bolaget. När det gäller bolagets ansvar som entreprenör vid Vintertullen har det under i stort sett hela avtalstiden påtalats behov av förbättringar och det är först vid Socialstyrelsens uppföljning hösten 2011 som tillsynsmyndigheten anser att driften genomförs i huvudsak utan brister. Stadsdelsnämnden har, efter ett tjänsteutlåtande från förvaltningen i april 2011, beslutat att inte förlänga avtal avseende Attendos drift av Vintertullen. Det är inte de tidigare bristerna som primärt utgör skäl för beslutet att avbryta upphandlingen utan istället den oro som anhöriga och boende på Södermalm framfört med anledning av beslutet att tilldela bolaget uppdraget att ansvara för driften avseende Katarinagården och som utgör de kvarstående konsekvenserna i form av förlorad tillit och därmed förutsättningar för trygghet. Att någon avsikt att missgynna eller diskvalificera Attendo inte funnits är tydligt genom det faktum att staden fullföljt och tecknat kontrakt med bolaget avseende två andra boenden som bolaget vunnit tilldelning för vid samma tillfälle som tilldelning avseende Katarinagården. Beslutet att avbryta upphandlingen innebär inte att bolaget diskvalificeras, utan beror på hinder utifrån kommunens ansvar enligt social-

tjänstlagen att fullfölja upphandlingen när det gäller driftsansvar för Katarinagården. Mot bakgrund av socialtjänstlagens bestämmelser om kommunens ansvar för att äldreomsorgens insatser ska vara av god kvalitet, bestämmelserna om brukarsamverkan och den enskildes självbestämmande anser staden att det med hänsyn till tidigare långvariga brister, de framförda synpunkterna och oron samt det därigenom uppkomna behovet av att analysera driftsformer finns objektiva och godtagbara skäl för beslutet att avbryta upphandlingen av drift av Katarinagården. Det är uppenbart att staden inte har kunnat fullfölja upphandlingen och hävda att den samtidigt tar hänsyn till brukare och anhöriga. Det finns inget mindre ingripande alternativ än beslutet att avbryta upphandlingen som leder fram till att staden kan uppfylla sina skyldigheter enligt socialtjänstlagen.

DOMSKÄL

Av EU-domstolens praxis framgår att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (mål C-92/00 HI, punkt 40-41). EU-domstolen har också uttalat att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller när det finns tungt vägande skäl (mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz, punkterna 23 och 25). Den överprövning som ska göras får inte begränsas till att endast omfatta frågan om beslutet är av godtycklig art (punkt 64). Ett beslut att avbryta en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl och följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (jfr RÅ 2009 ref. 43).

En upphandlande enhet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas. Möjligheten att avbryta en upphandling är emellertid begränsad enligt vad som framgår av tidigare nämnd praxis. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

EU-domstolen har uttalat att sakliga skäl kan bestå i att den upphandlande myndigheten på grund av fel som den själv begått inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (mål C-244/02 Kauppatalo Hansel). Vidare får en upphandlande myndighet t ex inte begära in anbud endast för att klarlägga prisnivåer för att därefter upphandla till lägre prisnivåer; ett sådant förfarande är konkurrensbegränsande. Sakliga skäl för att avbryta en upphandling har ansetts finnas när förfrågningsunderlaget inte ansågs transparent och när anbudsgivare hade uppfattat skrivningar i förfrågningsunderlaget på helt olika sätt.

Förvaltningsrättens bedömning

Staden har beslutat att tilldela Attendo driften av Katarinagården (26 okt 2011) och har mer än fyra månader senare avbrutit upphandlingen (1 mars 2012).

Upphandlande myndighet uttrycker i meddelandet om avbrytande av upphandlingen att det finns en förtroendebrist som utgör ett kvarstående hinder för att Staden med säkerhet ska kunna fullgöra sina skyldigheter när det gäller vårdtagares och anhörigas trygghet. I yttranden utvecklar och exemplifierar Staden de omständigheter som utgör grunden för förtroendebristen och anger att den innefattar oro som framförts av anhöriga, boende och allmänhet efter beslutet att tilldela Attendo kontrakt avseende driften av Katarinagården.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det inte kan anses strida mot de grundläggande EU-rättsliga principerna, LOU eller förfrågningsunderlaget att Staden inte i förfrågningsunderlaget har angett vad som skulle kunna utgöra skäl för att avbryta upphandlingen. Att upphandlande myn-

dighet i varje upphandling skulle tvingas binda upp sig gentemot omständigheter som inte är kända är ett orimligt förhållningssätt.

Ett anbud i en upphandling är en utfästelse om en framtida prestation och dess kvalitet. Attendos utfästelse om erbjuden tjänst och dess kvalitet avseende den kommande driften av Katarinagården har accepterats av Staden, bolaget har utvärderats och också vunnit upphandlingen. Ett avbrytandebeslut kan baseras på vitt skilda förhållanden och följaktligen också härröra från kännedom om faktiskt genomförda uppdrag.

Stadens beslut att avbryta upphandlingen avseende Katarinagården kan inte anses inrymma ett nytt, otillåtet kvalificeringskrav. Kvalificeringsfasen är passerad och upphandlingen avslutad. Avbrytandebeslutet kan däremot sägas blicka framåt och motiveras av därefter uppkommen förtroendebrist avseende Attendos framtida förmåga att leverera den kvalitet som Staden avsett att uppnå med upphandlingen.

Partena är överens om att bristerna i driften av Vintertullens vård- och omsorgsboende till största delen är åtgärdade under hösten 2011. Detta till trots är det tidigare missförhållanden som gör sig gällande och är orsaken till att Staden reagerar med att avbryta upphandlingen. Likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, om det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. Staden har fullföljt andra upphandlingar som Attendo vunnit i den centralupphandling av vård- och omsorgsboenden för 2011 som målet avser. Även om Attendo varit vårdgivare vid ett antal vård- och omsorgsboenden har den konkreta vård- och omsorgen på Vintertullen uppenbarligen inte varit lik den på andra boenden utan utgjort en situation som varit så olik övriga att Staden funnit skäl att handla annorlunda än att ingå nytt avtal med Attendo. Mot den bakgrunden kan det inte anses att avbrytandebeslutet avseende driften av Katarinagården innebär en särbehandling av Attendo. Det strider inte mot likabehandlingsprincipen att be-

döma och behandla effekterna av Attendos drift av Vintertullen på annat sätt än övriga boenden i Attendos eller annan vårdgivares regi.

Förvaltningsrätten gör sin bedömning utifrån den motivering som formulerats i avbrytandebeslutet. Staden hänvisar till hälso- och sjukvårdslagen och till socialtjänstlagen och anger att det, mot bakgrund av de höga krav på kvalitet som upphandlingen ställer, framkommit förtroendebrist av en sådan art att det för närvarande inte står klart att Staden kan uppfylla sitt ansvar för tillgodoseende av äldres och anhörigas trygghet vid fullföljande av upphandlingen. Det finns underlag för beslutet och skäl har angetts och mot den bakgrunden är det inte ett godtyckligt beslut om avbrytande som Stockholms stad fattat.

Stadens ställningstagande utgår från att upphandlingen är en ren kvalitetsupphandling till fast pris och att det ställs höga krav på kvalitet. Staden kan sägas inte vara övertygad om att få den tjänst som upphandlingen avser. Stadens egen uppfattning om möjligheten att, i Attendos regi, kunna garantera att den vård och omsorg som ges motsvarar de krav som ställs på Staden, kan inte ifrågasättas som inte varande saklig. Förvaltningsrätten anser att Stockholms stad har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen och beslutet strider inte mot de grundläggande bestämmelserna i fördraget. Det finns därmed inte förutsättningar för ett ingripande med stöd av LOU. Attendos överklagande ska avslås.

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

Anna Lönnestav

Rådman

Föredragande har varit Kerstin Sandin.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU