



KLAGANDE

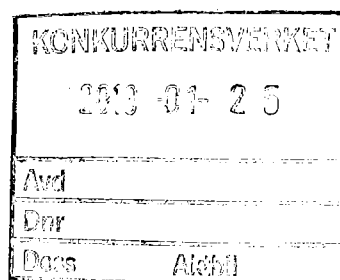
Attendo Care AB, 556148-5169

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

MOTPART

Stockholms stad
Serviceförvaltningen
VO, Upphandling
Box 7005
121 07 Stockholm

Ombud: Stadsadvokat Eva Ahlholm



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 15 juni 2012 i mål nr
5362-12, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver, med ändring av
förvaltningsrättens dom, Stockholms stads beslut att avbryta den offentliga
upphandlingen.

BAKGRUND

Serviceförvaltningen har för Stockholms stads (Staden) räkning genomfört en upphandling benämnd Centralupphandling vård- och omsorgsboenden 2011. Den förenklade upphandlingen omfattar boenden inom flera olika stadsdelsnämnder. Flera delar i förfrågningsunderlaget är gemensamma för alla boenden, såsom kvalificeringsdel och större delen av kravspecifikationen. Utvärderingsdelen är separat för vart och ett av de boenden som anbudsgivaren väljer att lämna anbud på. Olika tilldelningsbeslut skulle komma att meddelas för vart och ett av boendena. I beslut den 26 oktober 2011 tilldelades Attendo Care AB (Attendo) uppdraget att svara för driften vid Katarinagårdens vård- och omsorgsboende. I stället för att teckna avtal med Attendo avseende detta boende beslutade kommunstyrelsen den 22 februari 2012 att avbryta den ifrågavarande upphandlingen. Skälen för avbrytandet angavs vara följande. Efter utvärdering och tilldelningsbeslut för Katarinagården har det visats att förtroendebrist utgör ett kvarstående hinder. Förtroendebristen med anledning av vad som förevarit vid drift av Vintertullen är av sådan art inom förvaltningsområdet, att det för närvarande inte står klart att Staden kan uppfylla sitt ansvar för tillgodoseende av äldres och anhörigas trygghet, vid fullföljandet av upphandlingen av Katarinagården.

Attendo ansökte om överprövning av Stadens beslut att avbryta upphandlingen och yrkade att beslutet skulle ogiltigförklaras. Genom den överklagade domen beslutade förvaltningsrätten att avslå ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Attendo

Attendo yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ogiltigförklarar Stadens beslut att avbryta upphandlingen avseende

Katarinagården. Till stöd för sitt yrkande anför Attendo sammanfattningsvis följande.

Förvaltningsrätten har gjort en felaktig rättslig bedömning av huruvida Staden haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen och om Staden genom avbrytandet har brutit mot de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling och transparens, och därmed även mot 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).

Staden har ostridigt, redan innan upphandlingen påbörjades, känt till de omständigheter som påstås ligga bakom den oro som i sin tur påstås vara grund för avbrytandebeslutet.

Staden har inom ramen för samma centralupphandling valt att ingå nytt avtal med Attendo såväl avseende Solbackens vård- och omsorgsboende vid Kungsholmens stadsdelsförvaltning som Vasens vård- och omsorgsboende inom Norrmalms stadsdelsnämnd. Avtal ingicks den 14 december 2011 respektive den 19 december 2011.

Av EU-domstolens praxis följer att en upphandlande myndighet som beslutar att avbryta en pågående upphandling är skyldig att beakta de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna vid avbrytandet (EU-domstolens dom C-92/00 HI, se särskilt p. 47). Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och att det inte får vara godtyckligt (RÅ 2009 ref. 43). Den nu aktuella grunden för avbrytande, dvs. en ej närmare definierad "lokal oro", får enligt Attendos förmenande anses utgöra ett skolboksexempel på ett godtyckligt avbrytande. Staden har hänvisat till en kammarrättsdom i vilken domstolen anger att det föreligger ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar när det gäller avbrytande av upphandlingar. Vad kammarrätten menar med detta framstår inte som klart. Det bör dock framhållas att såväl EU-rättslig som nationell reglering och

därtill hörande praxis inte godkänner godtyckliga avbrytandebeslut. Det kan därför inte komma i fråga, att som Staden synes framhålla, en grund för avbrytande kan vara helt skönsmässig och därmed även godtycklig till sin natur. Med en sådan ordning skulle av lättförståeliga skäl allt rättsskydd för leverantörer upphöra i nu aktuella situationer.

Det är i målet ostridigt att de brister vid Vintertullen som sägs vara grunden för den påstådda förtroendebrist som uppkommit för Attendo har åtgärdats genom förbättringsåtgärder av bolaget under hösten 2011. Parterna är således överens om att det vid tidpunkten för avbrytandebeslutet, dvs. i februari 2012, inte fanns någon faktisk omständighet som ger stöd åt det som sägs utgöra grunden för avbrytandebeslutet. Staden anser att närhetsprincipen och äldres vilja att bo nära anhöriga och i sin invanda miljö är bakgrunden till att en geografiskt betingad oro kan uppstå och att detta utgör skäl för att avbryta upphandlingen avseende Katarinagården. Attendo har däremot ostridigt fortsatt förtroende hos Staden för den framtida driften av vård- och omsorgsboenden i andra stadsdelar där Attendo, inom ramen för Stadens centralupphandling, tilldelats kontrakt. Eftersom Attendo har tilldelats kontrakt avseende dessa andra vård- och omsorgsboenden kan i vart fall den lokala oron inte anses vara så omfattande att den kan sträcka sig till Norrmalms eller Kungsholmens stadsdelsnämnder, där Vasens respektive Solbackens vård- och omsorgsboende är belägna. Däremot är det mycket oklart om den lokala oron kan anses omringa angränsande områden till Södermalm eller om den lokala oron är begränsad till några kvarter kring Vintertullen och Katarinagården. Det kan inte anses sakligt motiverat att avbryta en upphandling på grund av en lokal oro begränsad till ett geografiskt område som varken leverantör eller beställare kan konkretisera och därmed förutse i upphandlingsprocessen. I detta ligger även att det inte kan anses vara förenligt med de grundläggande EU-rättsliga principerna, däribland särskilt likabehandlingsprincipen, att avbryta en upphandling på så sätt som skett avseende Katarinagården.

Som grund för att inte tilldela Attendo kontrakt avseende Katarinagården har Staden vidare angett att det finns en anhörig som med anledning av bolagets drift av Vintertullen flyttat en brukare till Katarinagården. Den anhörige har sedan reagerat med oro när Attendo tilldelades ansvaret för driften av Katarinagården. Det säger sig självt att det inte kan anses vara proportionerligt att avbryta upphandlingen och frånta Attendo chansen att erbjuda sina vårdtjänster på grund av skyddsintresset för en anhörig som reagerat på ett oroligt sätt på grund av brister på ett annat vårdboende, brister som dessutom blivit åtgärdade av bolaget. Upphandlingslagstiftningens skyddsintresse för leverantörer väger tyngre i detta fall. Enligt Staden finns det även andra anhöriga som har uttryckt en oro för Attendos övertagande av verksamheten vid Katarinagården. Skälen för oron uppges vara brister vid Vintertullen.

Under november 2011 har det enligt uppgift från Staden inkommit skriftliga klagomål och synpunkter från nio olika personer avseende Attendos drift av Vintertullen, varav vissa presenterat sig som anhöriga. Med tanke på Vintertullens stora antal lägenheter och vårdplatser är inte andelen klagomål onormalt hög även om Attendo självfallet alltid har som målsättning att uppnå högsta möjliga kundnöjdhet. Inte heller skyddsintresset för denna förhållandevis lilla grupp av anhöriga kan enligt Attendo anses vara proportionerligt i förhållande till den förlust som avbrytandet av upphandlingen innebär för bolagets verksamhet. I detta sammanhang betonas att de personer som fick störst utrymme i media när det riktades kritik mot Attendo och Vintertullen hade haft sina närstående på Vintertullen för många år sedan. Härtill kommer att eftersom inga flyttningar mellan verksamheter sker utan beslut från Staden så vet Staden alltid vem som flyttar och sannolikt även skälen härför. Staden har således haft all möjlighet att i förfrågningsunderlaget uppställa de kvalificeringskrav och utvärderingskriterier som Staden ansett vara nödvändiga för upphandlingen och inte släpa med en sådan förstärkt

kravnivå tills efter tilldelningen av kontrakt och därmed orsaka Attendo onödiga kostnader i upphandlingen.

Utöver oron hos anhöriga till brukare på Vintertullen är det Stadens uppfattning att en påstådd oro hos den breda "allmänheten" inom Södermalms stadsdelsförvaltning utgör saklig grund att avbryta upphandlingen. Till stöd för denna uppfattning hänvisar Staden bl.a. till att ordföranden i stadsdelsnämnden uttalat att "många hade hört av sig". Staden har inte inom ramen för överprövningsprocessen redogjort närmare för om och på vilket sätt allmänhetens oro skulle vara välmotiverad på sådant sätt att detta utgör ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen. För det fall att sådana godtyckliga skäl skulle anses utgöra sakligt godtagbara skäl för avbrytande av en upphandling, blir konsekvensen att det uppstår en omfattande rättsosäkerhet vid offentlig upphandling, vilket inte vore förenligt med den grundläggande principen om transparens. Härtill bör tilläggas att om Staden haft för avsikt att agera inom så omfattande ramar vid sitt ställningstagande att avbryta upphandlingen borde Staden rimligtvis ha upplyst om detta i förfrågningsunderlaget så att presumtiva leverantörer åtminstone fått möjlighet att inför risken för en sådan godtycklig bedömning välja att avstå från att nedlägga några anbuds-kostnader. Staden är dock sannolikt mycket medveten om att tydlighet i detta avseende skulle skrämja bort leverantörer och därmed minska konkurrenstrycket i upphandlingen, varför angiven grund nu i stället "drogs fram" först när det stod klart att, utifrån Stadens perspektiv, "fel" anbudsgivare vunnit kontraktet.

Staden

Staden bestrider Attendos yrkande. Till stöd för bestridandet anför Staden sammanfattningsvis följande. Förvaltningsrätten har gjort en ingående och riktig bedömning. Beslutet att avbryta förhandlingen är i enlighet med gällande rättspraxis och står inte i strid med gällande lagstiftning eller

grundläggande EU-rättsliga principer och har heller inte fattats utan godtagbara, objektiva och sakliga skäl.

I förfrågningsunderlagets utvärderingsdel anges bl.a. att poäng erhålls utifrån de mervärden som görs troligt genom beskrivningar och åtaganden och som stöds genom referenser och den bemanningsplan som ingivits. Detta innebär att erfarenheter från tidigare uppdrag i och för sig påverkat bedömningen i upphandlingens utvärderingsdel, som avser mervärdet i den i anbudet erbjudna kvaliteten. I förfrågningsunderlagets utvärderingsdel framgår att det är olika aspekter av kvalitet i den i anbudet erbjudna tjänsten som utvärderas.

Mot denna bakgrund anser Staden inte att de omständigheter som föranlett avbrytandebeslutet i och för sig skulle vara sådant som i en upphandling endast rör kvalificeringsdelen. De omständigheter som lett till beslutet att avbryta upphandlingen rör möjligheterna att vid utförande av driften tillhandahålla den erforderliga kvaliteten i form av inte minst trygghet för de boende.

Likabehandlingsprincipen utgör inte hinder för det nu aktuella beslutet eftersom omständigheterna skiljer sig mellan Katarinagården och de övriga boenden som också upphandlats. Den avgörande skillnaden består i den oro som tilldelningsbeslutet avseende Katarinagården föranlett.

Kammarrätten i Sundsvall har i dom den 26 mars 2012 konstaterat att upphandlande myndigheter enligt EU-praxis har ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar när det gäller avbrytande av upphandlingar. I den etablerade praxisen finns det inte heller något undantag avseende vissa skäl för avbrytande. Det är tydligt att praxis innebär att rätten att avbryta en upphandling ska prövas utifrån om det i varje enskilt fall finns sakliga och godtagbara skäl, som inte behöver vara tungt vägande samt utifrån om beslutet varit i strid med de grundläggande principerna.

Det förelåg brister vid Vintertullen när Attendo ansvarade för driften. Trots att dessa brister åtgärdades av Attendo före avtalstidens upphörande, så har detta lett till det bristande förtroende som visat sig efter tilldelningsbeslutet. Mot bakgrund härav måste frågan inskränkas till om dessa omständigheter utgjort godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen och att utreda om det finns mer ändamålsenliga former för drift av vård- och omsorgsboenden.

Särskild hänsyn måste tas till närhetsprincipen och att många vill bo i vård- och omsorgsboende som finns nära det tidigare hemmet. Detta förklarar att oron som föranletts av förhållandena vid Vintertullen riktats mot den framtida driften av Katarinagården och inte andra vård- och omsorgsboenden. Dessa omständigheter utgör godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Staden har inte på annat sätt kunnat ta sitt ansvar för att i enlighet med socialtjänstlagen (2001:453) och hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) ta hänsyn till brukarna och de boendes och anhörigas behov och rätt till trygghet.

När det gäller B-tjänster inom obligatorisk verksamhet, som socialtjänsten är för kommunen, måste det beaktas att kommunen har att följa en rad krav som uppställs i speciallagstiftningen. Staden delar inte Attendos inställning att sådana skyddsintressen måste stå tillbaka för syftet med den upphandlingsrättsliga lagstiftningen. Denna speciallagstiftning och detta ansvar måste kunna vägas in i bedömningen om det föreligger godtagbara skäl för avbrytandebeslutet.

Det rör sig inte bara om en "allmän opinionsbildning", som Attendo talar om, utan faktiskt om en konkret oro från kommunmedlemmar, som i första hand kan komma söka plats på boenden inom stadsdelen eller som har anhöriga där. Hänsynstagande till dessa enskildas eller anhörigas oro, som orsakats av tidigare brister vid Vintertullen, utgör godtagbara skäl för beslutet att avbryta upphandlingen. Det är socialtjänsten som svarar för att

ge äldre insats där dessa upplever trygghet och det är också socialtjänstens ansvar att samverka och ta hänsyn till enskildas vilja.

Utgångspunkten är att en upphandlande myndighet förfogar över beslut att påbörja och avsluta en upphandling. Detta förhållande vinner stöd i praxis, se RÅ 2009 ref. 43. Vidare framgår av praxis att avbrytandebeslut kan fattas även efter tilldelningsbeslut. Vad gäller proportionalitetsprincipen, så har det inte funnits något sätt att tilldela bolaget uppdraget och samtidigt säkerställa att Staden uppfyller sitt ansvar. Om bedömningen avseende proportionalitetsprincipen ska knytas till ett boendes storlek, så ska det göras till Katarinagården som har 55 lägenheter. Det avgörande i denna del är dock att den oro som uppstått efter tilldelningsbeslutet har inneburit att det inte har funnits något sätt för Staden att fullfölja upphandlingen och samtidigt uppnå ansvarstagande beträffande enskildas önskemål och säkerställande av enskildas trygghet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. De EU-rättsliga principerna för upphandlingsförfarandet ska iakttas i alla faser av upphandlingsförfarandet (prop. 2006/07:128 s.156).

Upphandlande myndighet har enligt EU-domstolens praxis ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (C-92/00, HI (REG 2002 s. I-5553). 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 följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (se bl.a. C-92/00, HI (REG 2002 s. I-5553), RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43).

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande.

Bland skäl som i praxis har ansetts vara sakligt godtagbara kan bl.a. nämnas omständigheten att endast ett anbud återstår, dvs. bristande konkurrens (jfr C-27/98, Fracasso och Leitschutz (REG 1999, s. I-5697) och RÅ 2008 ref. 35), att en upphandlande enhet efter att ha bedömt anbuden inser att den med hänsyn till innehållet i förfrågningsunderlaget inte har möjlighet att välja det bästa anbudet (jfr C-244/02, Kauppatalo Hansel (REG 2003, s. I-12139) och för dyra anbud (jfr RÅ 2009 ref. 43).

I målet är ostridigt *att* det förelåg brister vid Vintertullens omsorgsboende när Attendo ansvarade för driften, *att* Staden har känt till bristerna vid Vintertullens omsorgsboende innan upphandlingen påbörjades *samt att* bristerna vid Vintertullens omsorgsboende till största delen var åtgärdade under hösten 2011.

Förutsättningarna för en upphandling kan till följd av oförutsedda händelser komma att ändras under upphandlingens gång och det skulle, beroende på händelsernas art, kunna utgöra ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling.

I det nu aktuella fallet har Staden dock redan innan upphandlingen påbörjades känt till missförhållandena vid Vintertullen men ändå beslutat att tilldela Attendo uppdraget att svara för driften vid Katarinagården. Staden

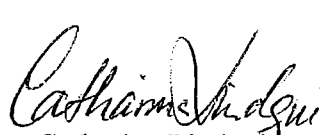
har även i samma centralupphandling slutit avtal med Attendo avseende driften av andra omsorgsboenden i Stockholm.


Dessa omständigheter talar emot att Stadens förtroende för Attendo varit så lågt att detta i sig skulle utgöra skäl att avbryta upphandlingen av driften av Katarinagården.

Fråga uppkommer då om en sådan lokal oro som åberopats kan anses utgöra ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling. Av utredningen i målet framgår att den lokala oron består i att ett antal personer har kontaktat Staden med anledning av att Attendo tilldelats driften av Katarinagården och uttryckt sin oro över detta. Staden har även invänt att den i enlighet med socialtjänstlagen och hälso- och sjukvårdslagen ska ta hänsyn till brukarna, de boendes och anhörigas behov och rätt till trygghet. Kammarrätten finner att även detta skäl motsägs av Stadens agerande i övrigt som redogjorts för ovan. Kammarrätten ifrågasätter inte att påtryckningar från allmänheten och den lokala oron utgjorde en olägenhet för Staden men finner det inte vara ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling. Sådana i sammanhanget ovidkommande hänsyn riskerar att skapa en osäkerhet för anbudsgivarna och på ett negativt sätt påverka förutsägbarheten i upphandlingsförfarandet.


Sammanfattningsvis finner kammarrätten att Staden inte har förmått visa att det förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Attendos ansökan om överprövning ska därför bifallas och Stadens beslut att avbryta upphandlingen upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Catharina Lindqvist
kammarrättsråd
ordförande


Henrik Jansson
kammarrättsråd
referent


Robert Sand
tf assessor


Bodil Fransén
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2012-06-15
Meddelad i
Stockholm

BILAGA A

Sida 1 (9)

Mål nr
5362-12
Enhet 13

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	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

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."

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

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-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

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.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.