



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-06-15
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
5160-12
Enhet 13

1

SÖKANDE

Carema Care AB, 556469-9105

Ombud 1: Chefsjuristen Catharina Piper
Carema Care Ab & Carema Sjukvård AB
Box 1565
171 29 Solna

Ombud 2: Advokaten Joakim Lavér och jur. kand. Erik Norderfeldt
Hannes Snellman Advokatbyrå AB
Box 7801
10396 Stockholm

MOTPART

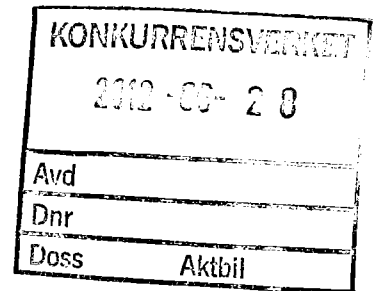
Stockholms stad
Serviceförvaltningen
VO, Upphandling
Box 7005
121 07 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



Dok.Id 234194

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	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 Carema Care AB verksamhetsdriften vid Axcgårdens 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 Axcgården.

”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 för Axcgården har framkommit brister avseende Koppargården och Carema Äldreomsorg ABs drift som innebär att det inte står klart att staden kan uppnå att äldres behov av trygghet tillgodoses, innan säkerställande av kvalitet vidtagits och vistats under längre tid.

När avtal därför inte kan träffas avseende Axcgården 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.

Carema Care AB (Carema eller bolaget) ansöker om överprövning samt förlängd avtalsspärr. Bolaget yrkar att förvaltningsrätten undanröjer avbrytandebeslutet samt beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts i form av att ett nytt tilldelningsbeslut fattas i vilket Carema tilldelas avtalet i enlighet med tidigare tilldelningsbeslut för hela den volym som upphandlingen avser. Bolaget anför bl.a. följande. Bolaget bestriker att något av de skäl som Stockholms stad anfört utgjort sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Bevisbördan för att sakliga skäl för avbrytande föreligger åligger den upphandlande myndigheten. Staden har de facto utslutit bolaget ur upphandlingen trots att bolaget uppfyller samtliga kvalificeringskrav. Det är inte förenligt med de grundläggande EU-rättsliga principerna eller 1 kap. 9 § LOU. Om Stockholms stad i förfrågningsunderlaget hade angett att kvalitetsbrister kunde beaktas hade Stockholms stad i kvalificeringsfasen alternativt i utvärderingsfasen kunnat beakta uppgifter om anbudsgivare om de var av värde vid bedömning av offererade tjänster. Stockholms stad har inte haft rätt att, fyra månader efter tilldelningsbeslut, lägga medieuppgifter eller andra uppgifter om anbudsgivare till grund för ett beslut om att avbryta upphandlingen. Ingenstans i förfrågningsunderlaget angavs att avbrytande kunde komma att ske efter det att tilldelningsbeslut meddelats, varken på grund av medierapportering eller andra skäl. Kvalitetsbrister relaterade till Caremas fullgörande av uppdraget avseende Koppargården var kända innan bolaget kvalificerades, utvärderades och

tilldelades kontrakt i upphandlingen. Det saknas därmed utrymme att *efter* tilldelningsbeslut åberopa omständigheter som förelåg redan innan tilldelningsbeslut fattades. Anledningen till att Stockholms stad har avbrutit upphandlingen synes vara omständigheter hänförliga till Koppargården. Bolaget bestrider att kvalitetsbrister som förekommit i ett annat avtal mellan Stockholms stad och bolaget kan utgöra sakliga skäl för avbrytande. Det bestrids också att omständigheter hänförliga till verksamheten vid Koppargården på något sätt förhindrar att avtal träffas med bolaget. Det är uppenbart att Stockholms stad missgynnar Carema genom att försöka undvika att skriva avtal trots att bolaget uppfyller ställda kvalifikationskrav, samtliga ställda skall-krav och har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Staden agerande leder till ett uppenbart åsidosättande av likabehandlingsprincipen, eftersom bolaget behandlas annorlunda än hur en annan anbudsgivare i samma situation skulle ha behandlats. Bolaget bestrider att det funnits en risk för att ett fullföljande av upphandlingen inte kunde göras på sätt som möjliggör för Stockholms stad att uppfylla sitt ansvar enligt annan lagstiftning. När det gäller medierapportering är det väl känt att bolagets äldrevård har beskrivits negativt i vissa medier. Den senaste tiden har det visat sig att stora delar av medierapporteringen varit felaktig. Även om det hade varit möjligt att avbryta upphandlingen under åberopande av de angivna skälen synes avbrytandebeslutet dessutom i mycket stor utsträckning vila på felaktiga och grovt överdrivna påståenden i media.

Stockholms stads agerande strider mot såväl svensk som EU-rättslig lagstiftning. Ovidkommande hänsyn har tagits vilket strider mot LOU och de grundläggande principerna i 1 kap. LOU. Det är uppenbart att Carema har särbehandlats på så sätt att bolaget trots att det har uppfyllt samtliga krav och lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte har tilldelats kontrakt i upphandlingen. Till följd av de felaktigheter som begåtts i upphandlingen har Carema lidit skada eller riskerar i vart fall att lida skada. Om inte avbrytandet hade skett hade Carema tilldelats kontraktet för Axcgården.

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. 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. Stockholms stad (staden) har objektiva och sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Till följd av sina åtaganden om kvalitet, bemanning, utbildning etc. har Carema tilldelats flera entreprenadkontrakt. Bolaget har utfört flertalet av dessa uppdrag väl. När det gäller Caremas drift av Koppargården, som bolaget tilldelades kontrakt för 2008, har det funnits problem avseende hälso- och sjukvården, som bolaget inte har lyckats åtgärda. Det har gjorts upprepade bedömningar om att patientsäkerheten riskerats. Trots att bristerna pågått och påtalats under flera år har bolaget inte lyckats komma till rätta med bristerna. De kvarstående bristerna rör kontinuiteten för sjuksköterskor samt patientkännedom, dokumentation, vårdplanering och vårdplaner, nutritionsarbete, utveckling av den palliativa vården, fallolyckor samt samverkan med läkarorganisationen. Under upphandlingen har utgångspunkten varit att bristerna skulle rättas till. Bolaget har vid driften av Koppargården gjort många förbättringar men när det efter tilldelningsbeslut tydliggjorts att de långvariga bristerna kvarstod fanns det skäl att avbryta upphandlingen. Staden är väl medveten om sina skyldigheter och sitt ansvar enligt socialtjänstlagen och hälso- och sjukvårdslagen och det ansvaret är av sådan karaktär att det inte räcker med att det finns patientsäkerhet i merparten av vård- och omsorgsboendena. Patientsäkerheten måste uppfyllas i alla boenden. Redan genom dessa omständigheter framgår att beslutet att avbryta upphandlingen är grundat på objektiva och godtagbara skäl. Enligt stadens mening är det uppenbart att sådana omständigheter som i och för sig medför uteslutningsgrunder eller som på annat sätt omfattas av förutsättningarna i förfrågningsunderlaget, såsom avtalsbrott, som tillkommer eller förtydligas under ett sent skede i upphandlingen också utifrån ett verksamhetsperspek-

tiv kan ligga till grund för ett beslut att avbryta en upphandling. Socialstyrelsen har bl. a. i beslut i januari 2012 uttalat kritik mot bolaget avseende händelser första halvåret 2011. Hässelby-Vällingby stadsdelsnämnd beslutade den 25 oktober 2011 att uppmana kommunstyrelsen att verka för en uppsägning av avtalet med Carema. Finns risk att ett fullföljande av en upphandling inte kan göras på sätt som möjliggör för den upphandlande myndigheten att uppfylla sitt ansvar enligt annan lagstiftning såsom socialtjänstlag och hälso- och sjukvårdslag, föreligger det objektiva och godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Sammantaget utgör de långvariga bristerna, som medfört risk för patientsäkerheten, sakliga och godtagbara skäl för staden att fatta beslut om avbrytande av upphandling på sätt som skett. Stadens beslut är därmed varken i strid med svensk rätt eller de unionsrättsliga principerna.

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 Carema driften av Axcgården (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 har framkommit brister avseende Caremas drift av Koppargården som innebär att det inte står klart att Staden kan uppnå att äldres behov av trygghet tillgodoses, innan säkerställande av kvalitet vidtagits och vistats under längre tid. I yttranden utvecklar och exemplifierar Staden de omständigheter som utgör grunden för tvivlen om Caremas möjlighet att inom ramen för ett nytt avtal tillhandahålla den kvalitet som upphandlingen avser när det gäller driften av Axcgården.

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. Caremas utfästelse om erbjuden tjänst och dess kvalitet avseende den kommande driften av Axgården 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 Axgården kan inte anses inrymma ett nytt, otillåtet kvalificeringskrav. Kvalificeringsfasen är passerad och upphandlingen avslutad. Avbrytandebeslutet kan däremot sägas blicka framåt och motiveras av därefter uppkomna tvivel avseende Caremas framtida förmåga att leverera den kvalitet som Staden avsett att uppnå med 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. Även om Carema varit vårdgivare vid ett antal vård- och omsorgsboenden har den konkreta vård- och omsorgen på Koppargården 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 Carema. Mot den bakgrunden kan det inte anses att avbrytandebeslutet avseende driften av Axgården innebär en särbehandling av Carema. Det strider därför inte mot likabehandlingsprincipen att bedöma och behandla effekterna av Caremas drift av Koppargården på annat sätt än övriga boenden i Caremas 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, inte står klart att Staden kan uppnå att äldres behov av trygghet kan tillgodoses innan säkerställande av kvalitet vidtagits och visats under längre tid. 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 Caremas 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. Caremas överklagande ska således 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