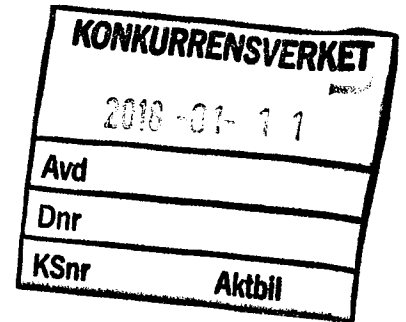




KLAGANDE

Care of Sweden AB, 556524-0578

Ombud: Advokat Sandra Hansson
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå HB
Kyrkängsgatan 8
503 38 Borås



MOTPARTER

1. Varbergs kommun (mål nr 190-17)
2. Falkenbergs kommun (mål nr 191-17)
3. Laholms kommun (mål nr 192-17)

Ombud för 1–3: Kommunjurist Anders Eriksson
Varbergs kommun
432 80 Varberg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 5 januari 2017 i mål nr 7452-16,
7478-16 och 7479-16, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Care of Sweden AB (bolaget) yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att de vinnande anbudena från Järven Plast och Smide AB (Järven) samt anbudena från NimaCare AB (NimaCare) förkastas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen görs om. Bolaget anför följande.

Trots att det klart framgår av skrivningen i förfrågningsunderlaget att ett anbud som inte uppfyller ställda krav ska förkastas har kommunerna godkänt flertalet offererade madrasser som inte uppfyller ställda krav. Detta strider mot likabehandlingsprincipen. Bolaget har lidit skada när kommunerna inte har förkastat anbuden från Järven och NimaCare trots att de inte uppfyller ska-kraven. Om kammarrätten kommer fram till att Järvens och NimaCares anbud uppfyller ska-kraven har förfrågningsunderlaget varit så otydligt formulerat att det strider mot transparensprincipen och upphandlingen skulle rätteligen ha gjorts om.

Delområde 1

Järven har i stället för att offerera en underliggande madrass i enlighet med avsnitt 1.3.1 i förfrågningsunderlaget offererat en bäddmadrass som inte motsvarar det ställda ska-kravet.. Kravet är en underliggande madrass vilket har betydelse för tryckavlastning, fukttransport osv. Den offererade madrassen är en tunnare madrass (bäddmadrass) som läggs ovanpå en annan madrass. Den offererade madrassen uppfyller därmed inte kravet på en madrass med sex cm tjocklek att användas under tryckväxlande madrasser eller dylikt.

Delområde 3–4

Det kan inte förutsättas att ett brandtest med flamkälla i form av gaslåga automatiskt förutsätts ge skydd mot antändlighet vid pyrande antändning, såsom en glödande cigarett. Därför ska båda testen genomföras. Bolaget har ingen invändning mot att NT Fire 037 är tillräcklig för att uppfylla SS 8760001. Detta motsvarar dock endast en standard av de tre standarder som kommunerna har ställt krav på i förfrågningsunderlaget. Kravet på de offererade madrasserna är att de ska vara brandtestade enligt EN 597-1 och EN 597-2 och SS 8760001 med godkänt resultat. I förfrågningsunderlaget lämnas inget utrymme för att acceptera likvärdiga tester. Järven har inte utfört brandtest enligt alla tre standarder och har inte heller bifogat något cigarett-test med sitt anbud. Järvens anbud innehåller endast uppgift om test

med gaslåga under 20 sekunder. Bolaget ifrågasätter uppgiften om att Järvens offererade madrass skulle ha klarat av tester med glödande cigarett. Även om kommunerna hade accepterat likvärdiga tester så kan NT Fire 037, test med gaslåga, inte anses motsvara både EN 597-1, självslocknande cigarett, och EN 597-2, tändsticksliknande gaslåga. Om förfrågningsunderlaget skulle anses vara formulerat på sådant sätt att det innebär att NT Fire 037 kan accepteras som ett motsvarande test måste förfrågningsunderlaget anses vara så otydligt att upphandlingen ska göras om i dessa delområden.

Begreppet ”oberoende testinstitut” måste avse att testinstitutet är oberoende såväl mot produkten som mot anbudsgivaren. Järvens underleverantör, Carpenter, är den som producerar den offererade madrassen och den som utför testet på madrassen. Testintyget som Järven har bifogat anbudet är således utfärdat av samma bolag som tillverkar varan. Det kan inte anses vara ett ”oberoende testinstitut”. Om ”oberoende testinstitut” inte innebär att testinstitutet ska vara oberoende från den vara som testats måste förfrågningsunderlaget anses vara så otydligt att upphandlingen ska göras om i dessa delområden.

Delområde 5–7

Även här är kravet på de offererade madrasserna att de ska vara brandtestade enligt EN 597-1 och EN 597-2 och SS 8760001 med godkänt resultat. Det är ostridigt att Järven inte har testat sin produkt i enlighet med SS 8760001. Först i förvaltningsrätten har kommunerna anfört att madrasserna inte behöver testas enligt SS 8760001, då det av SS 8760001 framgår att den standarden inte kräver några fristående tester för madrasser vid normal risk och att risknivån för de efterfrågade madrasserna på detta delområde inte är högre än normal risk. Det är riktigt att SS 8760001 inte är ett eget test som ska utföras vid sidan om EN 597-1 och EN 597-2. SS 8760001 anger dock vilka förutsättningar som ska vara uppfyllda när brandtesterna enligt EN 597-1 och EN 597-2 utförs. Det finns inga

undantag i förfrågningsunderlaget vad avser brandsäkerhetstest för delområdena 5–7. Brandtester ska därför ske enligt alla tre standarder. Om det av förfrågningsunderlaget inte går att dra några slutsatser av vad parterna anfört måste förfrågningsunderlaget anses vara så otydligt att upphandlingen ska göras om i dessa delar.

Tvättbara produkter som används i normalriskmiljö ska provas först efter en tvätt enligt SS 8760001. För att testerna ska vara godkända i normalriskmiljö krävs således att de har utförts på förtvättade testprodukter. Järvens anbud gäller madrasser med överdrag, som enligt kommunernas krav ska vara tvättbart. Själva madrassen ska inte tvättas före brandtest men madrass och överdrag ska testas som en enhet. Av Järvens testintyg framgår att överdraget på den offererade madrassen inte har tvättats före test. Det är överdraget som kommer närmast antändlighetskällan och det är för att säkerställa att eventuella flamskyddsmedel eller liknande inte försvinner eller försämras vid tvätt som det föreligger krav på förtvätt av tvättbara produkter. Att Järven 2015 genomförde ett test av madrassöverdraget saknar betydelse eftersom testet skedde utan madrassen.

Otydligheter i förfrågningsunderlaget ska belasta den upphandlande myndigheten, enligt transparensprincipen. Skrivningen är tydlig och vid anbudslämnandet gällde SS 8760001:2010.

NimaCares anbud

Bolaget vidhåller vad det tidigare anfört avseende NimaCare.

Bolaget ger in förfrågningsunderlaget, bruksanvisning för Melissa madrasser och överdrag, SS 8760001:1991, testrapport – Nordtest Fire 037:1988, SS 8760001:2010, testrapport – SS EN 597:1994 och rapporter från Swerea IVF AB samt från SP Technical Research Institute of Sweden.

Varbergs, Falkenbergs och Laholms kommuner anser att överklagandet ska avslås och anför följande.

Bolaget har angett att förfrågningsunderlagets föreskrifter i punkt 1.3.1 och 4.1.2 varit så otydligt formulerat att det strider mot transparensprincipen och att upphandlingen rätteligen skulle gjorts om. Bolagets anbud har dock inte förkastats på grund av att det inte skulle uppfylla något av dessa krav. Bolaget kan inte anses ha lidit skada eftersom det saknas adekvat kausalitet mellan den påstådda transparensbristen och den påstådda skadan.

Delområde 1

Punkt 1.3.1 i förfrågningsunderlaget utgör en allmän beskrivning av upphandlingens omfattning. Järven har offererat en sex centimeter tjock standardmadrass som kan användas under tryckväxlande madrasser. Att madrassen benämns bäddmadrass utesluter inte att den används under en annan madrass. Järvens anbud uppfyller därför kraven.

Delområde 3–4

NT Fire 037 är en tidigare standard som enligt senaste utgåvan av SS 8760001 inkluderar tester enligt såväl EN 597-1 som EN 597-2. Tidigare utgåva av SS 8760001 refererar till att tester som godkänts enligt NT Fire 037 anses uppfylla kraven även enligt SS 8760001. Tester enligt NT Fire 037 utförs både med glödande cigarett och gaslåga motsvarande brinnande tändsticka. Av testrapporterna framgår att Järvens erbjudna madrass klarar av en applicerad gaslåga motsvarande en brinnande tändsticka i 20 sekunder och glödande cigarett i 17 minuter och 48 sekunder. Det är således klart att Järvens erbjudna madrass genom godkänt testresultat enligt NT Fire 037 även uppfyller kraven i SS 8760001 och därigenom uppfylls även standarden i EN 597-1 och EN 597-2. NT Fire 037 är en testmetod som ställer högre krav än samtliga tre standarder i förfrågningsunderlaget.

Carpenter är ett oberoende institut. Det finns ingen ägarrelation eller annan koppling mellan Järven och Carpenter. Det finns inga omständigheter som tyder på att den påstådda avsaknaden av oberoende skulle ha inverkat på testresultaten. Järvens anbud uppfyller därför kraven.

Delområde 5–7

Järven har testat sin produkt i enlighet med SS 8760001 och produkten uppfyller därmed även de krav som ställs enligt standard EN 597-1 och EN 597-2. Det verkar som om bolaget har blandat ihop SS 8760001 med standarden SS 8760010. Standarden SS 8760010 avser användning i vårdmiljöer med hög risk, vilket inte har efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Madrassen är inte att betrakta som en tvättbar produkt och därför finns det inget krav på att den ska vara tvättad före brandprov. Madrasser tvättas inte i tvättmaskin i vården och Järven avråder från detta. Det framgår klart och tydligt vilka standarder som efterfrågas i upphandlingen varför förfrågningsunderlaget inte är otydligt.

Av bilagan som bifogades Järvens anbud framgår tydligt att överdragen är tvättade fem gånger före brandtest vilket motsvarar de tvätt-krav som gäller för produkter i högriskmiljö. Det finns inget krav att själva madrassen ska förtvättas.

Det måste vara upphandlande myndighet som har tolkningsföreträde av hur kraven för brandtest ska uppfyllas. I den nya standarden, SS 8760001:2017, ska hygienöverdrag inte tvättas före brandprovning. Kravet på tvättning är därmed uppfyllt.

Kommunerna ger in Standard NT Fire 037, SS 8760001:2010 och SS 8760001:2017.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Delområde 1

Kammarrätten instämmer i denna del i förvaltningsrättens bedömning.

Delområde 3–4

Kammarrätten konstaterar att SS 8760001 inte är ett eget test som ska utföras vid sidan om EN 597-1 och EN 597-2. I Järvens anbud av den offererade madrassen Melissa 12 hänvisas till godkända resultat enligt provningsmetoden NT Fire 037 och bifogas testrapport avseende gaslåga.

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning i den del som innebär att kommunerna inte har brutit mot lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, genom att formulera ett krav som innebär att NT Fire 037 accepteras som en motsvarande metod enligt aktuell standard.

Det är ostridigt att Järvens testrapport innehåller ett test med gaslåga. Däremot är parterna oense om huruvida anbudet innehåller test med glödande cigarett. Kommunerna har anfört att test har utförts med glödande cigarett i 17 minuter 48 sekunder. Detta framgår dock inte av någon av de ingivna testrapporterna. Enligt den beskrivning av testmetoden som åberopats i målet omfattar NT Fire 037 emellertid tester som utförs både med glödande cigarett och gaslåga.

Sammantaget finner kammarrätten att inget annat visats än att den offererade madrassen uppfyller förfrågningsunderlagets brandfordringar för såväl en självslocknande cigarett som en gaslåga.

Kravet är vidare att ett testintyg från oberoende testinstitut ska bifogas anbudet. Kammarrätten delar förvaltningsrättens bedömning att bolaget

som har utfört testen, i förfrågningsunderlagets mening, kan betraktas som ett oberoende testinstitut.

Delområde 5–7

Av ingiven testrapport den 24 september 2013 enligt EN 597:1994, avseende madrass Melissa Parad, framgår att godkända tester har utförts med slocknande cigarett och gaslåga. De offererade madrasserna är således brandtestade enligt standard EN 597-1 och EN 597-2. Parterna är ense om att SS 8760001 inte är ett eget test som ska utföras vid sidan om EN 597-1 och EN 597-2. Detta stöds också av ingiven utredning i målet. Ska-kravet är därför uppfyllt i denna del.

Nästa fråga är om förtvätt är ett krav. Parterna är ense om att det inte finns något krav på att själva madrassen ska förtvättas. Bolaget uppger att överdraget på Järvens offererade madrass inte har tvättats före test. Bolaget menar vidare att madrass och överdrag ska ses som en enhet varför detta innebär att den offererade madrassen inte uppfyller kravet på förtvätt. Kammarrätten noterar att det är fråga om krav i en normalriskmiljö och att det av tabell 1 – Riskklassificering i SS 8760001 framgår att det inte finns några krav på test av eldkälla för lakan, draglakan m.fl. komponenter i en normalriskmiljö. Eftersom det inte finns något krav på test av eldkälla för dessa produkter kan det inte heller finnas något krav på förtvätt. Kammarrätten anser därför att bolaget inte har gjort sannolikt att kommunerna har brutit mot LOU genom att bedöma att Järvens anbud uppfyller kraven avseende delområde 5–7.

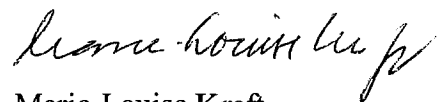
NimaCares anbud

Med hänsyn till kammarrättens bedömning ovan finns det ingen anledning att bedöma NimaCares anbud.

Sammanfattning

Bolaget har inte gjort sannolikt att kommunerna har brutit mot LOU eller att förfrågningsunderlaget varit så otydligt formulerat att det strider mot transparensprincipen. Överklagandet ska därför avslås.

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

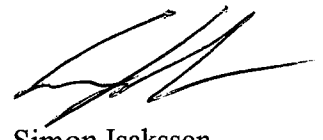


Marie-Louise Kraft



Anders Cedhagen

referent



Simon Isaksson



SÖKANDE

Care of Sweden, 556524-0578

Ombud: Advokaten Sandra Kristensen
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå HB
Kyrkängsgatan 8
503 38 Borås

MOTPARTER

1. Varbergs kommun (mål nr 7452-16)
2. Falkenbergs kommun (mål nr 7478-16)
3. Laholms kommun (mål nr 7479-16)

Ombud för 1–3: kommunjuristen Anders Eriksson
Varbergs kommun
432 80 Varberg

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Varbergs, Falkenbergs och Laholms kommuner genomför en upphandling av ramavtal avseende madrasser till vårdsängar, dnr KS 2015/0460. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU och är uppdelad i delområden, nr 1–7. Anbud har lämnats av Care of Sweden AB, Järven Plast & Smide AB och NIMACARE AB. Beslut har fattats att ingå ramavtal med Järven Plast och Smide AB avseende delområde 1 och 3–7.

YRKANDEN M.M.

Care of Sweden AB yrkar att förvaltningsrätten ska ingripa mot upphandlingen i delar som gäller delområdena 1 och 3–7. Bolaget anser att upphandlingen i första hand ska rättas på så vis att Järven Plast & Smide AB:s och NIMACARE AB:s anbud inte beaktas vid en ny utvärdering, och i andra hand ska göras om.

Care of Sweden anför bl.a. följande. Avseende delområde 1 framgår av avsnitt 1.3.1 i förfrågningsunderlaget att ”Madrassen ska användas under tryckväxlande madrasser eller dylikt”. Den madrass som Järven offererat är angiven som en bäddmadrass. Det användningsområde som kommunerna ställt som obligatoriskt krav är alltså en underliggande madrass, vilken har ett helt annat användningsområde än bäddmadrasser. Järvens anbud uppfyller därmed inte det obligatoriska kravet och ska således förkastas.

När det gäller delområde 3 och 4, finns följande krav i avsnitt 4.1.2, punkt 10, i förfrågningsunderlaget. ”Madrass ska vara antändlighetstestad (brandtestad) enligt europeisk Standard EN 597-1 och EN 597-2 och svensk standard SS 8760001 med godkänt resultat. Testintyg från oberoende testinstitut ska bifogas anbudet”. Järven har i sitt anbud offererat madrassen

Melissa 12. Järven har bifogat en rapport som hänvisar till provningsmetoden NT Fire 037. Madrassen är således inte testad enligt EN 597-1 och EN 597-2 och uppfyller därmed inte det obligatoriska kravet. Järvens anbud ska därför förkastas. Även om kommunerna skulle ha angett att likvärdiga brandtester accepteras är NT Fire 037 inte likvärdig EN 597-1 och EN 597-2. Detta då metoden NT Fire 037 exempelvis inte testar antändlighet mot glödande cigarett, vilket testas i EN 597-1. Av den testrapport Järven bifogat framgår att antändlighetstest endast utförts med gaslåga.

Därutöver ställs krav i avsnitt 4.1.2, punkt 10, på att testerna ska vara utförda med godkänt resultat, samt att testintyg från oberoende institut ska bifogas anbudet. Utförare av Järvens test är Carpenter Sweden AB som tillverkar de produkter som Järven offererat. Därmed är Carpenter underleverantör till Järven. Antändlighetstestet har således inte utförts av ett oberoende testinstitut vilket innebär att kravet inte heller är uppfyllt i denna del. Vidare har Carpenter angett att de gör bedömningen att om produkterna skulle testas av ett ackrediterat testinstitut så skulle produkterna uppfylla de brandtekniska kraven. Detta är inte att likställa med hur produkterna skulle klara en faktisk brandprovning vid ett ackrediterat institut. Den bifogade testrapporten uppvisar alltså enbart tillverkarens egen bedömning av sitt eget test på sin egen produkt. Testrapporten uppvisar därmed inte något godkänt resultat och anbudet uppfyller inte heller i denna del det obligatoriska kravet. Järvens anbud ska således förkastas.

Avseende delområde 5, 6 och 7 har Järven offererat madrassen Melissa Parad. Av den rapport som Järven har bifogat framgår att madrassen har testats enligt EN 597-1 och EN 597-2. Madrassen har dock inte testats enligt SS 876 00 01 vilket är ett krav enligt avsnitt 4.1.2, punkt 10, i förfrågningsunderlaget. Eftersom Järvens madrass inte har testats enligt SS 8760001 uppfyller deras anbud inte det obligatoriska kravet och anbudet ska därför förkastas. Dessutom är en förutsättning för att standarden SS 8760001 ska

kunna anses vara uppfylld att tvättbara produkter som används i normalriskmiljö ska provas efter en tvätt enligt SS 8760002. Av den testrapport som Järven bifogat sitt anbud framgår att testprodukten Melissa Parad inte är förtvättad. Således har madrassen inte testats enligt de förutsättningar som krävs för att uppfylla svensk standard enligt SS 8760001. Järvens anbud uppfyller därmed inte det obligatoriska kravet. Av samma skäl som angetts ovan avseende delområde 3 och 4 har inte heller testet av den offererade madrassen för de aktuella delområdena utförts av ett oberoende testinstitut och testrapporten uppvisar inte heller ett godkänt resultat.

När det gäller anbud från NIMACARE avseende delområde 3, 4, 5, 6 och 7, avser det brandtest som NIMACARE bifogat en helt annan madrass än den som NIMACARE har offererat. Därför är det obligatoriska kravet dokumentation för brandtest i punkt 4.1.2, punkt 10 i förfrågningsunderlaget inte uppfyllt och därmed ska NIMACARE:s anbud förkastas.

Care of Sweden skulle ha vunnit upphandlingen om Järvens och NIMACARE:s anbud hade förkastats. Därmed har Care of Sweden lidit skada av den felaktiga upphandlingen.

Varbergs, Falkenbergs och Laholms kommuner anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Såvitt avser NIMACARE stämmer det att den bifogade brandrapporten tillhör en annan madrass än den som erbjudits. Därmed skulle NIMACARE:s anbud rätteligen ha förkastats. Denna felaktighet har dock inte påverkat upphandlingen eftersom NIMACARE inte placerats som första alternativ i något delområde.

När det gäller delområde 1, har kommunen inte efterfrågat en speciell madrass utan en sex centimeter tjock standardmadrass. Den av Järven erbjudna madrassen uppfyller detta krav.

Vad avser delområde 3 och 4, har Järven bifogat en rapport för Melissa 12 som hänvisar till provningsmetoden NT Fire 037 som är godkänd av Svensk Standard. I SS 8760001:2010 anges att produkt som undersökts och godkänts enligt motsvarande krav och provningsmetoder enligt den föregående utgåvan av SS 876 00 01 anses uppfylla kraven också enligt denna standard och behöver därför inte prövas igen. NT Fire 037 är en tidigare testmetod som ställer högre krav än EN 597-1 och EN 597-2. NT Fire 037 är således ett acceptabelt test även utifrån förfrågningsunderlagets utformning. Det framgår även av testerna att produkten uppfyller båda delmomenten gaslåga och cigarett enligt NT Fire 037.

Avseende delområde 5, 6 och 7 har alla de madrasser som offererats av Järven testats enligt EN 597-1 och EN 597-2, enligt SS 876 00 01. Av SS 876000:2010 framgår att provningsmetod för madrass, tjock bäddmadrass, normalrisk, är EN 597-1 och EN 597-2. Det finns således inget fristående test enligt SS 8760001 som ska utföras vid test av madrasser vid normal risk. Det är först vid förhöjd risk som en särskild provningsmetod, SS 8760010, ska användas. Kommunen har inte efterfrågat madrasser som ska användas vid förhöjd risk. I och med att överdragen till madrasserna är att betrakta som tvättbara ska dessa prövas enligt tabell 1 i SS 8760001:2010. Hygienöverdragen är att jämställa med "Lakan, draglakan m.fl. komponenter". Vid normalrisk ställs inga krav på att överdragen ska tvättas innan provning. Dessutom framgår enligt tidigare översänd testrapport att produkten uppfyller kraven för hög risk, vilket således är högre krav än vad som uppställts i upphandlingen.

Avseende frågan om oberoende testinstitut, utgör Carpenter ett oberoende institut då det inte föreligger något delägarskap eller annan ägarrelation mellan utförare och beställare. Vidare framgår av förfrågningsunderlaget att det inte har uppställts något krav på att testerna ska utföras hos ackrediterat

institut. Järven har uppfyllt samtliga obligatoriska krav och det saknas anledning att ingripa mot upphandlingen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Utvärderingen av Järvens anbud

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Avseende delområde 1 har Care of Sweden anfört att madrassen enligt Järvens anbud inte uppfyller kraven enligt avsnitt 1.3.1 i förfrågningsunderlaget. Som stöd för detta åberopar Care of Sweden att den produkt anbudet gäller benämns bäddmadrass. Kommunerna menar dock att benämningen saknar betydelse och att madrassen i fråga uppfyller de krav på storlek och tjocklek som följer av avsnitt 1.3.1. Care of Sweden har inte åberopat någon utredning som talar emot det kommunerna har anfört i fråga om storlek och tjocklek på den madrass som avses enligt Järvens anbud. Care of

Sweden har därmed inte gjort sannolikt att kommunerna har brutit mot LOU i fråga om Järvens anbud beträffande delområde 1.

I vad gäller delområde 3 och 4, är kravet i avsnitt 4.1.2, punkt 10, i förfrågningsunderlaget av betydelse. I avsnittet anges följande. ”Madrass ska vara antändlighetstestad (brandtestad) enligt europeisk Standard EN 597-1 och EN 597-2 och svensk standard SS 8760001 med godkänt resultat. Testintyg från oberoende testinstitut ska bifogas anbudet.”

Det ovan citerade kravet i avsnitt 4.1.2, punkt 10, i förfrågningsunderlaget är till synes entydigt genom hänvisningarna till viss närmare angiven europeisk och svensk standard. Som framgått råder det dock delade meningar mellan parterna i målet om vad kravet innebär och huruvida produkterna enligt Järvens anbud uppfyller kravet.

När det gäller den närmare innebörden av kravet, framgår det av den av kommunerna åberopade och ingivna standarden (Svensk Standard, SS 8760001:2010, fastställd: 2010-08-16, publicerad: 2010-10-13, utgåva: 2) hur denna förhåller sig till produkter som undersökts och godkänts enligt tidigare standarder. Det anges under rubriken ”Orientering” att produkter, som undersökts och godkänts enligt motsvarande krav och provningsmetoder enligt den föregående utgåvan av SS 876 00 01, anses uppfylla kraven också enligt denna standard. Det framgår vidare av standarden att valet av provningsmetod – SS 8760010; EN 597-1 och EN 597-2; SS-EN ISO 12952-1 eller SS-EN ISO 12952-3 – är avhängigt produkt/komponent, vårdmiljö (hög risk eller normal risk), eldkälla (brännare, cigarett, låga eller inga krav).

Enligt förvaltningsrättens mening följer det av ordalydelsen i den ovan berörda standarden att den godtar godkännanden och provningsmetoder enligt föregående utgåva av samma standard. Eftersom det följer av standar-

den som sådan att provningsmetoder och godkännanden enligt föregående utgåva godtas, innebär det också att en produkt som är provad och godkänd enligt den tidigare utgåvan är förenlig med det i upphandlingen ställda kravet. Detta förutsätter dock att det rör sig om krav och provningsmetoder enligt den föregående utgåvan som är att anse som "motsvarande" i förhållande till den aktuella utgåvan.

Kommunerna menar att provningsmetoden NT fire 037 är en sådan "motsvarande" metod enligt föregående utgåva av standarden. Att det rör sig om en metod enligt föregående utgåva av standarden är inte ifrågasatt av Care of Sweden. Däremot tycks Care of Sweden mena att metoden inte är en motsvarande metod enligt den aktuella standarden. Som grund för detta har Care of Sweden angett att det finns skillnader i det närmare utförandet mellan de i den aktuella standarden angivna provningsmetoderna och NT fire 037. En sådan skillnad är enligt Care of Sweden att provningsmetoden NT fire 037 enbart innefattar test med gaslåga och inte med cigarett.

Att det kan förekomma skillnader i det närmare utförandet av provningsmetoderna enligt de båda utgåvorna av standarden – såsom storleken på gaslågan (värmeutveckling), hur länge materialet testas med värmekällan och olika värmekällor – innebär enligt förvaltningsrättens uppfattning inte med automatik att en provningsmetod enligt den tidigare utgåvan inte ska betraktas som en motsvarande metod. Det avgörande för frågan om vad som är en motsvarande metod är i stället vilken säkerhetsnivå provningsmetoden tar sikte på. Den skillnad som Care of Sweden har framhållit – enbart test med gaslåga och inte med cigarett – ger enligt förvaltningsrättens mening inte något särskilt starkt stöd för att provningsmetoden NT fire 037 skulle ta sikte på en säkerhetsnivå som på något avgörande sätt skiljer från den som metoderna i den tidigare utgåvan av standarden riktar in sig mot. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att Care of Sweden inte har gjort sanno-

likt att kommunerna har brutit mot LOU genom att formulera ett krav så att det innebär att NT fire 037 accepteras som en motsvarande metod enligt aktuell standard.

I fråga om föreskriften i förfrågningsunderlaget att ett testintyg från ett oberoende testinstitut ska bifogas anbudet, kan först konstateras att det inte rör sig om något krav på intyg från en ackrediterad organisation. Det finns således inte något stöd för det Care of Sweden påstår i fråga om ackreditering.

Vad Care of Sweden har anfört i fråga om ackrediterad organisation får dock även anses innefatta påståenden som tar sikte på begreppet "oberoende institut". Därvid kan förvaltningsrätten konstatera att det av kommunerna valda begreppet "oberoende testinstitut" är ett begrepp som i viss mån är öppet för tolkning och lämnar ett visst handlingsutrymme för kommunerna. Handlingsutrymmet är dock inte sådant att kravet ska anses strida mot öppenhetsprincipen. Vid tolkningen av begreppet ska syftet med kravet vägas in vilket får antas vara att kommunerna har med en viss grad av säkerhet önskat försäkra sig om att kraven enligt standarden är uppfyllda. I ett sådant sammanhang är ett testintyg från en organisation som är fristående från anbudsgivaren tillfyllest. Enligt förvaltningsrättens uppfattning kan kravet uppfyllas bl.a. genom ett testintyg från en från anbudsgivaren fristående juridisk person. Att en sådan fristående juridisk person också är leverantör till anbudsgivaren får inte som följd att den inte är att betrakta som "oberoende testinstitut" i förfrågningsunderlagets mening. Enligt förvaltningsrättens mening har Care of Sweden därmed inte gjort sannolikt att kommunerna har brutit mot LOU genom att formulera ett krav som innebär att standardens uppfyllande ska bevisas genom ett intyg från oberoende testinstitut.

När det gäller frågan om produkterna för delområde 3 och 4 enligt Järvens anbud uppfyller kraven i aktuell standard, har kommunerna gjort gällande att de är godkända och provade enligt föregående utgåva av standarden. Enligt förvaltningsrätten mening är den utredning som förebringats i målet i fråga om produkten ”Madrass – Melissa” – framför allt testrapporten Nordtest Fire 037:1988, 2007-03-29, beteckning 241 – tillräcklig för att slutsatsen ska dras att den uppfyller erforderlig standard, dvs. godkänd och provad enligt föregående utgåva av standarden, vilken innefattar provningsmetoden NT fire 037. Enligt testrapporten har produkten testats för antändlighet enligt Nordtest Fire 037:1988, Bedding components: Ignitability och uppfyller brandfordringarna för tändkälla 3 – gaslåga. Som förvaltningsrätten konstaterat ovan är det avgörande inte förekomsten av enskilda skillnader i utförandet av provningarna enligt aktuell standard och enligt föregående utgåva av standarden. Det viktiga är i stället vilken säkerhetsnivå provningarna tar sikte på. Att provet har gjorts med gaslåga och inte med cigarett är visserligen en skillnad mellan metoderna. Men denna skillnad ger enskilt enligt förvaltningsrättens bedömning inte något särskilt starkt stöd för att det skulle röra sig om en säkerhetsnivå som understiger den efterfrågade. Det framgår inte heller av utredning i målet i övrigt att säkerhetsnivån skulle understiga den efterfrågade. Care of Sweden har således inte gjort sannolikt att kommunerna har brutit mot LOU genom att bedöma att Järvens anbud uppfyller de obligatoriska kraven avseende delområde 3 och 4.

I fråga om delområde 5–7 har Care of Sweden åberopat en testrapport som gäller produkten Melissa Parad – Testrapport SS EN 597:1994, 2013-09-24, beteckning 283. Enligt Care of Sweden framgår det av rapporten att produkten har provats enligt metoderna EN 597-1 och EN 597-2. Däremot har den enligt bolaget inte prövats enligt SS 8760001. Detta är enligt bolaget en brist eftersom förfrågningsunderlaget föreskriver att produkterna ska prövas enligt samtliga tre metoder. Kommunerna har invänt mot denna tolk-

ning av förfrågningsunderlaget och påstått att den aktuella standarden inte kräver några fristående tester för madrasser vid normal risk och att risknivån för de efterfrågade madrasserna på dessa delområden inte är högre än normal risk. Denna invändning från kommunerna har inte kommenterats av Care of Sweden. Av det material som parterna har åberopat i målet går enligt förvaltningsrättens mening inte dra några slutsatser om riktigheten i någon av parternas påståenden. Under sådana förhållanden anser förvaltningsrätten att Care of Sweden i denna del inte har gjort sannolikt att kommunerna har brutit mot LOU genom att bedöma att Järvens anbud uppfyller de obligatoriska kraven avseende delområde 5–7.

Under skriftväxlingen i målet har Care of Sweden utvidgat sin talan i fråga om delområde 5–7 och gjort gällande att produkten Melissa Parad inte har provats enligt efterfrågad standard i fråga om förbehandling – krav på att materialet ska ha tvättats innan provningen genomförs. Care of Sweden har därvid åberopat den i stycket ovan berörda testrapporten. Kommunerna har invänt mot Care of Swedens påstående. Förvaltningsrätten har således att värdera intygets betydelse för frågan om kravet på aktuell standard.

Förvaltningsrätten konstaterar att betydelsen av intyget är oklar, om intyget tas ur sitt sammanhang. I intyget anges en, som förvaltningsrätten uppfattar det, provningsmetod med beteckningen SS EN 597:1994. Varken i den av kommunerna åberopade och ingivna standarden eller i den utredning som Care of Sweden har gett in i målet omnämns metoden. Det framgår inte heller av utredningen i målet om provningen primärt syftar till verifiera en säkerhetsnivå för madrassen som sådan eller om tvättbara produkter som i för sig ingår i provningen, såsom hygienöverdrag, även provas separat. I avsaknad av bl.a. de dokument som enligt den aktuella standarden ”är absolut nödvändiga” när standarden ska tillämpas (se avsnitt 2 Normativa lösningar i SS 8760001:2010), blir det tämligen oklart vad intyget i fråga är tänkt att närmare visa. Enligt förvaltningsrätten ger intyget mot denna

bakgrund inte något nämnvärt stöd för att förhållandena är sådana som Care of Sweden har påstått. Care of Sweden har således inte heller i denna del gjort sannolikt att kommunerna har brutit mot LOU genom att bedöma att Järvens anbud uppfyller de obligatoriska kraven avseende delområde 5–7.

Utvärderingen av NIMACARE:s anbud

Förvaltningsrättens bedömning

Oavsett hur det förhåller sig med de brister som Care of Sweden har påstått i fråga om NIMACARE:s anbud, innebär bristerna inte att Care of Sweden har lidit eller kan komma att lida skada. Detta följer av att förvaltningsrätten enligt det ovan anförda anser att det inte finns anledning att ingripa mot upphandlingen i fråga om de påstådda bristerna i Järvens anbud. Ett ingripande mot upphandlingen med de påstådda bristerna i NIMACARE:s anbud som grund, skulle således inte förändra Care of Swedens situation i så måtto att Care of Sweden skulle tilldelas kontrakt.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser att Care of Sweden inte har gjort sannolikt att kommunerna brutit mot LOU genom att formulera ett obligatoriskt krav på standard och bevisning om denna på sätt som skett och att bedöma att Järvens anbud uppfyller det obligatoriska kravet. När det gäller de påstådda bristerna i NIMACARE:s anbud, innebär de inte att Care of Sweden har lidit eller kan komma att lida skada. Det finns därmed inte skäl att ingripa mot upphandlingen. Ansökan ska därför avslås.

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



Mattias Almqvist

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Ingeli Lindell.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. 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 krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet 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 avtal inte får ingås, 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 innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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 för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.