



SÖKANDE

Nya Hovslätts Bussresor AB, 556775-9336
Box 9049
550 09 Jönköping

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

Ombud: Advokat Joel Gustafsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Jönköping Energi Biogas AB, 556742-8890
Box 5150
550 05 Jönköping

Ombud: Stadsjurist Thomas Nordqvist
Jönköpings kommun
Stadskontoret
551 89 Jönköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Nya Hovslätts Bussresor AB:s ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Jönköping Energi Biogas AB (Jönköping Energi) genomför en upphandling avseende transport av gasflak, *Transport av gasflak 12/17* (upphandlingen). Genom tilldelningsbeslut den 14 januari 2013 beslutade Jönköping

Dok.Id 101149

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Hamngatan 15	036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00

Energi att till leverantör utse JRAB. Nya Hovslätts Bussresor AB (Hovslätts) ansökte den 28 januari 2013 om överprövning av upphandlingen. Hovslätts ansökan behandlas av förvaltningsrätten i mål nr 407-13. Jönköping Energi har därefter, den 6 februari 2013, beslutat att avbryta upphandlingen. Hovslätts har nu ansökt om överprövning av Jönköping Energis beslut att avbryta upphandlingen.

Hovslätts

Hovslätts yrkar att förvaltningsrätten upphäver Jönköping Energis beslut att avbryta upphandlingen och anför i huvudsak följande. LUF innehåller inga regler om när en upphandlande myndighet har möjlighet att avbryta en pågående upphandling. Av rättspraxis från EU-domstolen följer emellertid att ett avbrytandebeslut ska vara förenligt med EU-rätten (se EU-domstolens mål C-92/00 Hospital Ingenieure Krnakenhaustechnik Planungs-GmbH mot Stadt Wien). De upphandlingsrättsliga regler som ska gälla för all offentlig upphandling är principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande samt proportionalitet (se 1 kap. 24 § LUF). För att ett beslut om att avbryta en upphandling ska stå i överensstämmelse med dessa principer krävs som regel att den upphandlande myndigheten kan anföra sakliga skäl som grund för avbrytandebeslutet. Av praxis från Högsta förvaltningsdomstolen följer att ledning ska hämtas från EU-domstolen vid en prövning av ett beslut om att avbryta en pågående upphandling (se RÅ 2008 ref. 35). Då en upphandlande myndighet väljer att genomföra en offentlig upphandling föreligger vissa skyldigheter för det fall den upphandlande myndigheten önskar avbryta upphandlingen. Skälet härför är att det kostar en anbudsgivare betydande belopp och resurser att upprätta ett anbud. Väljer sedan den upphandlande myndigheten att avbryta upphandlingen innebär detta att anbudsgivarnas uppoffringar varit förgäves. Av detta skäl ska det därför rimligtvis ställas höga krav på vad som kan utgöra sakliga skäl för att avbryta en pågående upphandling. Möjligheten att avbryta en pågående upphandling ska mot bak-

grund av ovanstående ses som en undantagssituation (se Kammarrätten Göteborgs avgörande från den 7 november 2006 i mål nr 5375-06). För att en upphandlande enhet ska ha rätt att avbryta en pågående upphandling krävs saklig grund. Att först genomföra förhandlingar i strid med LUF, offentligöra samtliga priser för att därefter avbryta upphandlingen är enligt Hovslätts oförenligt med LUF och det bakomliggande försörjningsdirektivet. Mot bakgrund av att Hovslätts skulle tilldelats upphandlingen om upphandlingen hade baserats på de priser som ursprungligen lämnades in i upphandlingen har Hovslätts lidit eller riskerar i vart fall att lida skada.

Jönköping Energi har genom förfrågningsunderlag inbjudit anbudsgivare att lämna anbud i upphandling. I förfrågningsunderlaget (punkt 1.1.3) har angetts att upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt LUF. Jönköping Energi har i förfrågningsunderlaget (punkt 3.2) angett att utvärderingsgrunden, det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, tillämpats i upphandlingen. Kriterierna har angetts till (1) Kompetens och erfarenhet (30 procent) och (2) Pris (70 procent). Vad gäller priset har de olika priserna utvärderats enligt en linjär skala. Hovslätts är en av leverantörerna som har lämnat anbud i upphandlingen. Av resultatrapporten som utgjorde en bilaga till tilldelningsbeslutet framgår att Hovslätts lämnat ett pris för utförande av uppdrag dagtid kl. 07.00 - 24.00 om 980 kr samtidigt som JR-Företagen AB (JRAB) lämnat ett pris om 899 kr. JRAB har också tilldelats kontraktet i upphandlingen. Efter att Hovslätts tagit del av tilldelningsbeslutet begärdes en kopia av övriga inlämnade anbud i upphandlingen. Av anbudet från JRAB framgår emellertid att JRAB, avseende ovan nämnda kostnadspost, lämnat ett pris om 1 152 kr och inte 899 kr. Med anledning av denna diskrepans tillskrevs Jönköping Energi. Jönköping Energi besvarade Hovslätts fråga med en allmän skrivning om att förhandlingar är tillåtet inom ramen för ett förenklat förfarande. Svaret från Jönköping Energi kan endast tolkas som att förhandlingar förevarit mellan Jönköping Energi å ena sidan och JRAB å den andra. Hovslätts har emellertid inte på

motsvarande sätt fått möjlighet att förhandla. Beskedet att avbryta upphandlingen överraskar Hovslätts. De skäl som anges i beskedet känns också som en efterhandskonstruktion. För det fall Jönköping Energi verkligen skulle varit av uppfattningen att anbudet överskred budget borde detta beslut ha tagits innan tilldelningsbeslutet meddelades. Att i efterhand, först efter att Hovslätts påpekat de felaktigheter som skett efter att anbudet inkommit till Jönköping Energi, avbryta upphandlingen, är inte ett korrekt agerande enligt LUF. Hovslätts förvånas också över att det besked som nu meddelats inte kunnat meddelas tidigare. Redan den 17 januari 2013 tillskrev Hovslätts den ansvarige upphandlaren med anledning av att Jönköping Energi brutit mot LUF. Vid denna korrespondens nämndes över huvud taget inte något om att priserna i upphandlingen överskridit budget. Ansvarig upphandlare vidgick istället att LUF kunde ha överträtts. Istället för att ge något klart besked med anledning av Hovslätts skrivelse gjorde Jönköping Energi en förlängning av avtalsspärren (något som kan ifrågasättas om det är möjligt) vilket innebar att Hovslätts nödgades att ge in en ansökan om överprövning till förvaltningsrätten. Det ska också anmärkas att Jönköping Energi inte följt LUF vid utformningen av beskedet att avbryta upphandlingen. Ett avbrytandebeslut enligt LUF kan bli föremål för överprövning på samma sätt som ett tilldelningsbeslut. Den besvärshänvisning som angetts i beskedet är således felaktigt utformad och riskerar dessutom att missleda anbudsgivarna. Detta är i sig anmärkningsvärt.

Jönköping Energi har gjort gällande att det funnits ett budgeterat pris innan upphandlingen annonserades. Vad denna budget utvisat har Jönköping Energi emellertid inte redovisat. Utan sådan redovisning kan det inte utslutas att uppgiften om en på förhand fastslagen budget är en efterhandskonstruktion. Det får också antas att Jönköping Energi, innan upphandlingen annonserades, gjorde en bedömning avseende de olika prisparametrarnas inbördes viktning. Jönköping Energi har gjort gällande att det varit svårt, eller "för att inte säga omöjligt", att på förhand veta hur transportbe-

hovet tidsmässigt skulle fördela sig. Eftersom det aktuella uppdraget utförts tidigare borde Jönköping Energi ha en relativt klar bild över när transporterna skulle aktualiseras. Med anledning därav får det också antas att den relativa viktningen mellan priserna (49 procent för dagtid, 17,5 procent för helg och 3,5 procent för övrig tid) som anges i utvärderingsmodellen bestämdes baserat på en erfarenhetsmässig bedömning. Jönköping Energi har också i förfrågningsunderlaget, se punkt 4.1.2, angett att transporter normalt sett utförs mellan kl. 07 - 24. Det är också Jönköping Energi som avropar transporterna och kan således styra när transporterna ska ske. Vad Jönköping Energi nu anför (att transportbehovet inte kunnat förutses) måste därför vara en efterhandskonstruktion. Vilken anbudsgivare som vid tidpunkten för anbudens inlämnande hade det bästa anbudet måste således avgöras med hänsyn till den utvärderingsmodell som Jönköping Energi på förhand utformat. Det är således ointressant huruvida alla anbudsgivare lämnat lägst pris på något av priserna i nu angivna tidsintervall. Hovslätts hade det klart ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet innan Jönköping Energi inledde förhandlingar med JRAB. Något skäl att endast förhandla med JRAB förelåg således inte och detta val var dessutom felaktigt och i strid med LUF. De övriga skäl som Jönköping Energi nu anför till stöd för varför förhandlingar endast fördes med JRAB visar inte på något sätt varför detta val skulle vara korrekt. Snarast visar de skäl som Jönköping Energi anført, tillsammans med det faktum att Hovslätts lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, att det var direkt felaktigt att förhandla endast med JRAB. För det fall förhandlingar endast skulle ha förts med en anbudsgivare skulle så ha skett med Hovslätts. Jönköping Energi har också vitsordat att det utgjort en överträdelse av LUF att endast förhandla med JRAB. Hovslätts vill särskilt notera att Jönköping Energi hänvisar till Sundstrand som stöd för att förhandling endast behöver genomföras med en leverantör. Hovslätts instämmer i att förhandling inte alltid måste ske med samtliga anbudslämnare. Den upphandlande enheten kan emellertid aldrig förbigå den anbudsgivare som har lämnat det ekonomiskt

mest fördelaktiga anbudet (eller det anbud med lägst pris) innan förhandlingarna inleds. Här kan hänvisas till vad just Sundstrand anfört i Blendow Lexnova Expertkommentar - Offentlig rätt, februari 2013. Sundstrand konstaterar i expertkommentaren att ”av definitionen av förhandlat förfarande i LOU och LUF framgår att upphandlande myndigheter och enheter kan välja att endast förhandla med en anbudsgivare. Förutsättningen torde dock vara att förhandlingar i sådana fall sker med den anbudsgivaren som ligger bäst till, eftersom förfarandet annars riskerar att strida mot likabehandlingsprincipen”. Hovslätts åberopar expertkommentaren till stöd för att Jönköping Energi agerat felaktigt då förhandlingar enbart förts med JRAB. För det fall Jönköping Energi verkligen varit av uppfattningen att en stor del av transportererna skulle komma att utföras på helgen skulle inte förfrågningsunderlaget och dess utvärderingsmodell ha utformats såsom skett. Jönköping Energi har inte heller förrän nu anfört detta som skäl till förhandlingen med JRAB. Återigen får det konstateras att vad Jönköping Energi anför inte kan vara någonting annat än en dålig efterhandskonstruktion. Jönköping Energi vitsordar också att det egentligen inte var tal om någon förhandling med JRAB utan enbart en begäran om att JRAB skulle lämna nya priser. Här kan noteras, vilket står i strid med vad Jönköping Energi anfört avseende vilka tider som skulle aktualiseras i stor utsträckning, att JRAB endast sänkte sitt pris för transporter under dagtid. Om en så stor del av transportererna skulle ske på helgen, vilket Jönköping Energi nu gör gällande, borde det varit detta pris som JRAB ombetts justera. En prisjustering måste också vara föranledd av någon ändring i anbudsgivarens anbud. Så har uppenbarligen inte skett i det aktuella fallet vilket i sig är en överträdelse av LUF. De brister som har präglat upphandlingen är föremål för förvaltningsrättens prövning i mål nr 407-13. Det enda sätt som ett ingripande kan ske gentemot upphandlingen och som reparerar den skada som Hovslätts annars riskerar att drabbas av är att en rättelse görs varvid en ny utvärdering genomförs baserad på de ursprungliga priserna. Med anledning härav kan inte heller Jönköping Energis be-

slut att avbryta upphandlingen godtas. Det kan inte utgöra sakliga skäl att genom efterhandskonstruktioner påstå att anbud inte ryms inom en budget (som inte heller presenterats i målet) och därav avbryta upphandlingen. Enligt Hovslätts är Jönköping Energis beslut att avbryta upphandlingen endast ett försök att undvika en prövning av förvaltningsrätten i mål nr 407-13. Ett sådant missbruk av möjligheten att avbryta påbörjade upphandlingar kan inte accepteras. Beslutet att avbryta upphandlingen måste därför upphävas av förvaltningsrätten.

Jönköping Energi

Jönköping Energi har i yttrande anfört bl.a. följande. Anbud skulle lämnas på transporter under tre olika tidsintervall: vardagar 07:00 - 24:00, helger 07:00 - 24:00 samt övrig tid. Dessa tidsintervall skulle vägas med 49 procent för vardagar, 17,5 procent för helger och med 3,5 procent för övrig tid, d.v.s. totalt 70 procent. I förfrågningsunderlaget angavs även, p. 3.1.2., att om inget anbud motsvarade ställda krav eller om anbudet på något sätt är oförmånliga kan upphandlingen avbrytas och samtliga anbud förkastas. Vidare angavs, p. 3.2.1., att vid bedömningen av vilket anbud som var det ekonomiskt mest fördelaktiga skulle Jönköping Energi komma att ta hänsyn till kriterier som var kopplade till föremålet för kontraktet. I samband med att arbetet med upphandlingen påbörjades gjordes en budgetering av kostnaderna och således sattes en övre gräns i kronor för vad Jönköping Energi kunde tänka sig att betala för transporterna. Ett budgeterat pris bestämdes för var och en av de tre tidsintervallen som beskrivits ovan. Det ska i sammanhanget också nämnas att det på förhand var omöjligt att bedöma åtgången av fordonsgas och därmed också den transportkapacitet som behövdes. Likaså var det på förhand omöjligt att bedöma hur den transportkapacitet som skulle komma att behövas skulle komma att fördelas på de olika tidsintervallen. Jönköping Energi erhöll tre anbud. Vid genomgång av dessa visade det sig att Hovslätts lagt det prismässigt lägsta anbudet för tidsintervallet vardagar 07:00 - 24:00, JRAB det lägsta anbudet

för tidsintervallet helger 07:00 - 24:00 och den tredje anbudsgivaren Transab det lägsta anbudet för övrig tid. Inget av anbuden låg inom ramen för vad som var budgeterat, d.v.s. samtliga anbudsgivare hade för samtliga tre tidsintervall erbjudit priser som låg högre än vad Jönköping Energi budgeterat. Jönköping Energi beslöt att förhandla med endast JRAB. Detta beslut grundades på ett flertal relevanta sakomständigheter. För det första hade samtliga tre anbudsgivare visat sig vara billigast avseende något av de tre tidsintervallen. För det andra var det svårt - för att inte säga omöjligt - att på förhand avgöra hur transportbehovet volym- och tidsmässigt skulle komma att fördela sig och hur det ekonomiska utfallet egentligen skulle komma att bli. För det tredje låg samtliga anbudsgivare i sina anbud utanför Jönköping Energis budgetram. För det fjärde fanns ett oundgängligt och konstant behov av transportkapacitet vilket behövde tillgodoses genom ett avtal härom. Ytterligare en anledning till att Jönköping Energi valde att förhandla med just JRAB var att JRAB hade lagt lägst bud för helgtransporterna. Erfarenhetsmässigt visste företrädare för Jönköping Energi att en stor del av transporterna skulle komma att utföras under helger. Emellertid var detta en bedömning baserad på historisk erfarenhet. I detta sammanhang vill Jönköping Energi understryka att bolaget har stöd i lagstiftningen för att enbart förhandla med endast en av anbudsgivarna, jfr bl.a. Sundstrand, *Offentlig upphandling - LOU och LUF*, sid. 115. Förhandlingen var inte någon förhandling i egentlig bemärkelse utan enbart en begäran från Jönköping Energis sida om att JRAB skulle göra en förnyad utvärdering av sitt anbud (priset). Ingen information lämnades om vare sig att JRAB låg över budget eller hur JRAB låg i förhållande till övriga anbudsgivare. JRAB återkom med ett reviderat pris vilket låg inom gränsen för vad Jönköping Energi budgeterat varför tilldelningsbeslut fattades i enlighet härmed. I och med att Hovslätts ifrågasatte riktigheten av fattat tilldelningsbeslut gjorde Jönköping Energi en förnyad bedömning av anbuderna och gjorde även en förnyad tolkning av de inom upphandlingslagstiftningen gällande principerna, bl.a. principen om likabehandling. Jönköping

Energi kom därvid fram till att Hovslätts kritik inte kunde lämnas utan avseende. Jönköping Energi ansåg sig ha stöd i såväl lag som rättspraxis för sitt agerande, nämligen att förhandla endast med en anbudsgivare och därvid välja den anbudsgivare som lagt lägst bud på det tidsintervall inom vilket en så pass stor del av transportererna skulle äga rum inom att detta skulle få en avgörande betydelse för vilket anbud som faktiskt skulle vara mest förmånligt för Jönköping Energi. Jönköping Energi beslutade, mot bakgrund av den kritik som Hovslätts framfört, att avbryta upphandlingen helt och hållet. Skälen till detta var för det första att samtliga anbud låg utanför vad som budgeterats av Jönköping Energi. För det andra var samtliga tre anbudsgivare billigast i någon del av de angivna tidsintervallen. Mot bakgrund av att det inte gick att fastställa vare sig hur många transporter som skulle behövas och när dessa skulle komma att utföras var det omöjligt att avgöra vilken anbudsgivare som lämnat det förmånligaste anbudet. För det tredje hade företrädare för Hovslätts med åberopande av offentlighetsprincipen begärt och fått ut uppgifter om JRAB:s anbud vilket innebar att Hovslätts hade skaffat sig information om JRAB:s offererade pris och att likabehandlingsprincipen inte längre kunde upprätthållas. För det fjärde har Jönköping Energi i förfrågningsunderlaget förbehållit sig rätten att avbryta upphandlingen. Jönköping Energi delar inte Hovslätts uppfattning att beslutet att avbryta upphandlingen skulle vara felaktigt. Jönköping Energi hänvisar i denna del till 9 kap. 9 § 2 st LUF där det framgår att beslut att avbryta en upphandling kan fattas. Det är korrekt att den fullföljdshänvisning som lämnats är felaktig. Detta har emellertid inte någon relevans för den materiella bedömningen av målet.

Då det är fråga om ett förenklat förfarande, d.v.s. upphandling enligt 15 kap. LUF vilket inte är direktivstyrt, gäller bara de nationella reglerna. De nationella reglerna ska dock tolkas enligt EU-rätten. Efter en kvalificering av leverantörerna och en utvärdering av anbuderna får upphandlande myndighet bjuda in en eller flera anbudsgivare till förhandling, jämför i denna

del Sundstrand, a.a.o., sid. 114 ff. samt EU-domstolens dom av den 17 juli 1997 i mål C-28/95, *Leur-Bloem mot Inspecteur der Belastingdienst /Ondernemingen Amsterdam 2,1* 1997 1-4161. Jönköping Energi hänvisar till Kammarrätten i Stockholms dom av den 23 januari 2013 i mål nr 4691-12. Kammarrätten refererar i domen till EU-domstolens dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Stadt Wien*, 2002 1-05553. Av denna dom framgår bl.a. att upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. Vidare hänvisas till EU-domstolens dom av den 16 september 1999 i mål C-27/98, *Metalmeccanica Fracasso SpA och Leitschutz Handels- und Montage GmbH mot Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, 1999 I-05697, av vilken framgår att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl. Vad gäller begreppet *sakligt godtagbara skäl* har i rättspraxis godtagits det förhållandet att en upphandlande enhet efter att ha bedömt anbudet inser att den med hänsyn till innehållet i förfrågningsunderlaget inte har möjlighet att välja det bästa anbudet, se EU-domstolens dom av den 16 oktober 2003 i mål nr C-244/02, *Kaupatalo Hansel OY mot Imatran Kapunki*, 2003 I-12141. HFD har i RÅ 2009 ref. 43 uttalat att för dyra anbud är ytterligare en anledning som utgör sakligt godtagbart skäl.

Det är korrekt att Jönköping Energi inte vare sig tidigare eller sedan Hovslätts begärt förvaltningsrättens prövning av upphandlingen redovisat hur Jönköping Energi budgeterat upphandlingen av gasflakstransporter. Detta är emellertid inte något anmärkningsvärt utan borde vara uppenbart för envar att det är direkt olämpligt att göra detta. Hela upphandlingslagstiftningen syftar till att det allmänna ska kunna köpa in varor och tjänster så billigt som möjligt och att garantera priskonkurrens mellan olika anbudsgivare. Om budgeterat belopp hade offentliggjorts hade detta varit detsamma som att offentligt kungöra hur mycket Jönköping Energi var villigt att be-

tala. Det är knappast troligt att någon enda anbudsgivare hade lagt sig under detta belopp om kunskap hade funnits om hur långt Jönköping Energis betalningsvilja sträckte sig. En redovisning av hur upphandlande enhet budgeterat sina inköp i en upphandling är därför direkt kontraproduktivt vad gäller målet att köpa in så billigt som möjligt och leder dessutom till att konkurrensen mellan anbudsgivarna upphör eller i vart fall påverkas negativt. Detta är inte i linje med lagstiftarens intentioner. Hovslätts påstående om att upphandlingen avbröts med hänvisning till att samtliga anbud översteg budgeterat pris skulle vara en efterhandskonstruktion bestrids med emfas. Varje investering eller inköp av en vara eller tjänst föranleder den som ska köpa att göra någon form av övervägande eller bedömning i frågan om priset. Det finns för varje övervägd investering en ekonomisk gräns. Passeras denna gräns övergår investeringen från att kunna "räknas hem" (d.v.s. generera ett positivt ekonomiskt utfall) till att bli en förlustaffär. Budgeten är även ett viktigt verktyg i arbetet att styra företagets ekonomi och att stämma av verkligt ekonomiskt utfall med det planerade utfallet och därifrån fatta relevanta beslut. Inte minst har budgeten en betydelse för Jönköping Energis prissättning av sina egna produkter. Som tidigare nämnts producerar och försäljer Jönköping Energi biogas. I det pris som Jönköping Energi tar ut av sina kunder för försåld gas ligger en del som avser en ersättning för transporter. Hur stor denna del är beror självfallet på Jönköping Energis kostnad för transporterna. Enligt den grundläggande nationalekonomiska principen om tillgång och efterfrågan, där tillgången ökar med stigande pris och tvärt om och där efterfrågan stiger med sjunkande pris och tvärt om, är det självfallet viktigt för Jönköping Energi att sätta sina priser så att Jönköping Energi både tjänar pengar, d.v.s. försäljningsintäkten överstiger produktionskostnaden (inklusive kostnaden för transporter), och samtidigt sätter sina priser konkurrenskraftigt så att en efterfrågan upprätthålls. I sammanhanget kan nämnas att den beräknade inköpsvolymen uppskattades inför upphandlingen till 1,8 Mkr. Det faller på sin egen orimlighet att ett bolag, särskilt ett offentligt ägt sådant, som

verkar på en konkurrensutsatt marknad skulle göra inköp i den storleken utan att på förhand ha gjort en budget för sina inköp av transporter. Dessutom skulle ett angivande av budgeterat pris i den nu pågående överprövningsprocessen innebära att Hovslätts i en kommande upphandling skulle få en fördel gentemot andra anbudsgivare, vilka inte känner till denna process och som därmed inte skulle kunna skaffa sig samma information. I och med detta skulle inte likabehandlingsprincipen kunna upprätthållas. Jönköping Energi anser att detta definitivt skulle utgöra ett brott mot upphandlingslagstiftningen. Avslutningsvis kan i denna del fogas följande synpunkt. Att samtliga anbud låg över budgeterat pris kan i andra ord uttryckas med att Jönköping Energi antingen inte hade råd med att anlita någon leverantör för offererat pris alternativt att produktionskostnaden, i vilken transportkostnaden ingår, skulle bli så hög att gasen inte skulle kunna säljas med vinst. Det kan inte vara lagstiftarens intention att upphandlande enhet under sådana förhållanden ska tvingas att köpa aktuell vara eller tjänst. Upphandlingslagstiftningens syfte är att bidra till i ekonomiskt avseende effektiva upphandlingar, inte att tvinga upphandlande enheter till förlustaffärer.

Hovslätts gör gällande att Jönköping Energi borde ha en "relativt klar bild över när transporterna skulle aktualiseras". Det är korrekt att Jönköping Energi i det inledande arbetet med ifrågavarande upphandling vägde in hur den tidsmässiga fördelningen av transporter sett ut historiskt. Däremot har Hovslätts fel i sitt påstående att detta kan tas till intäkt för att det framtida behovet av transportkapacitet kommer att överensstämma med hur det sett ut historiskt. Behovet av transportkapacitet styrs av två faktorer: producerad volym och efterfrågan. Den producerade volymen är beroende av tillgången på råvara och andra faktorer som styr produktionskapaciteten. Efterfrågan är beroende av ännu fler parametrar, t.ex. priset på alternativa drivmedel, det biljettpreis som köparen Keolis tar ut från sina passagerare, konkurrerande leverantörers prissättning, försäljningen av fordon som

drivs med fordonsgas m.m. Samtliga av dessa faktorer är sådana att de mer eller mindre kontinuerligt förändras och att detta sker på ett sådant sätt att förändringen inte går att förutse. Det ska också understrykas att Jönköping Energis verksamhet kontinuerligt växer. Bara under den tid som gått sedan förfrågningsunderlaget publicerades i slutet på 2012 och fram till dagens datum har produktionen ökat med 15 procent vilket innebär att transportbehovets fördelning under en vecka är sådan att den relativa viktningen som gjordes i förfrågningsunderlaget numera inte längre är relevant. För det fall förfrågningsunderlaget hade skrivits i dag hade m.a.o. tidsinterval- len angivits annorlunda för att bättre återspegla Jönköping Energis nuva- rande behov av transportkapacitet. Påståendet att Jönköping Energi ”kan således styra när transporterna ska ske” är direkt felaktigt. Jönköping Energi verkar på en konkurrensutsatt marknad. Med Jönköping Energi konkurrerande producenter av biogas finns i närområdet (Linköping, Säv- sjö, Falköping, Borås). Jönköping Energi säljer bl.a. till Keolis som sköter länstrafiken samt tillhandahåller den fordonsgas som säljs vid tre tanksta- tioner i Jönköping med omnejd. Ett trettiotal bussar i Jönköpings tätort drivs med fordonsgas. En av tankstationerna drivs av Jönköping Energi och de två andra av en privat operatör. Keolis är oerhört beroende av till- förlitliga leveranser i omedelbar anslutning till att behov därav uppstår. Keolis är dessutom Jönköping Energis största kund och kan i kraft av detta ställa villkor på tillförlitligheten och snabbheten i leveranserna. Skulle Jönköping Energi inte på ett tillfredsställande sätt kunna leverera efterfrå- gade volymer skulle detta med stor sannolikhet leda till att Keolis skulle anlita en annan leverantör. Likaså skulle otillräckliga leveranser till de båda mackarna leda till distributionsproblem och därmed till att den privata operatören sannolikt skulle anlita en annan leverantör. Jönköping Energis verksamhet är beroende av kundernas efterfrågan av fordonsgas. Denna styrs i sin tur av förbrukningen. Jönköping Energi har vidare krav på sig att med kort varsel kunna leverera gas så att ledtider, från föregående leverans till ny leverans, är så korta som möjligt. Detta illustreras tydligt av det för-

hållandet att Jönköping Energi i förfrågningsunderlaget även har med priser för helgleveranser. Hade det förhållit sig så som Hovslätts påstår hade det enbart funnits anledning att upphandla transportkapacitet på vardagar. Sammanfattningsvis är det alltså inte så att Jönköping Energi själv kan styra tidpunkten för leveranserna.

Hovslätts anför att "JRAB endast sänkte sitt pris för transporter under dagtid". Vidare anføres att "Om en så stor del av transportererna skulle ske på helgen... borde det varit detta pris JRAB ombetts justera.". Hovslätts har inte beaktat det förhållandet att JRAB redan var billigast såvitt avser transporter under helgerna. För att uppnå förmånligast möjliga pris valde Jönköping Energi att förhandla med JRAB avseende transporter under tid där JRAB inte var lägst. Det framstår dessutom som mindre meningsfullt att förhandla med en anbudsgivare om att denne ska sänka sitt pris ytterligare avseende en sorts leverans där denne redan är billigast. Här är marginalen för vinst rimligen minst och därmed också utrymmet för att sänka priset ytterligare. Däremot är det meningsfullt att förhandla om prisjustering avseende en annan sorts leverans där denne inte är billigast. Här är marginalen för vinst större och därmed även möjligheten att få ned priset. Hovslätts anför vidare att Jönköping Energi agerade fel när Jönköping Energi valde att förhandla med JRAB. Som tidigare redogjorts för har Jönköping Energi under kort tid haft en märkbart ökad produktion av biogas och har samtidigt också haft en efterfrågan som varit sådan att Jönköping Energi kunnat sälja hela sin producerade volym. Tidsmässigt har denna ökade efterfrågan till övervägande del infallit under helger. Som anförts i föregående inlaga var det JRAB som hade lagt det lägsta budet för transporter under helger och mot bakgrund av att Jönköping Energi såg ett ökat behov av transportkapacitet under helger innebar detta att priset för helgtransporterna skulle få ökad betydelse i den totala kostnadskalkylen. Hovslätts gör gällande att Jönköping Energi "vitsordat att det utgjort en överträdelse av LUF". Detta är inte korrekt. Jönköping Energi anser inte att dess agerande varit i strid

med LUF. Jönköping Energi var emellertid, mot bakgrund av den kritik som Hovslätts framförde, angelägen om att säkerställa att Jönköping Energis handläggning med ännu större marginal än tidigare höll sig inom ramen för LUF varför Jönköping Energi agerade så som beskrivits. Detta ska dock inte tas till intäkt för att Jönköping Energi medger att LUF i det inledande skedet åsidosatts. Jönköping Energi delar inte uppfattningen att förhandling, i den mån så endast skulle ha skett med en anbudsgivare, skulle ha skett med Hovslätts. Jönköping Energi ansåg och anser alltjämt att JRAB:s anbud var det då mest förmånliga anbudet. Det var mot den bakgrunden fullt naturligt att endast förhandla med JRAB.

De förutsättningar som gällde när förfrågningsunderlaget publicerades har väsentligen förändrats. Förutsättningarna i förfrågningsunderlaget motsvarar inte längre Jönköping Energis behov. Anbuderna sådana de nu är utformade (utifrån förfrågningsunderlaget) gör att det är omöjligt, eller i vart fall mycket svårt, att välja det billigaste anbudet. Samtliga anbud ligger över budgeterat belopp. Hovslätts har fått ut uppgifter om annan leverantörs priser. Likabehandlingsprincipen kan därför inte upprätthållas i ett fortsatt förfarande. Jönköping Energi har förbehållit sig rätten att avbryta upphandlingen. Hovslätts påstående att det skulle röra sig om efterhandskonstruktioner för att avbryta upphandlingen är grundlöst. Jönköping Energi har haft rätt att avbryta pågående upphandling av ovan nämnda skäl. Dessa skäl är både var för sig och sammantagna sådana att dessa utgör sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Hovslätts har beretts tillfälle att yttra sig i målet och därvid bl.a. anfört följande. Oavsett om Jönköping Energi faktiskt haft en på förhand fastställd budget eller inte är det mycket anmärkningsvärt att detta skäl lyfts fram först efter att Hovslätts ansökt om överprövning av upphandlingen. Om budgeten skulle varit ett reellt skäl till att avbryta upphandlingen skulle Jönköping Energi rimligen ha avbrutit upphandlingen i ett mycket tidigare

skede och i vart fall inte först tilldelat kontraktet till JRAB efter genomförda förhandlingar med endast JRAB. Jönköpings Energis påståenden om förlustaffärer etc. kan därmed starkt ifrågasättas. Med hänsyn till det sätt som Jönköping Energi agerat på kan inte Hovslätts utgå från något annat än att frågan om budget är en efterhandskonstruktion. Jönköping Energi måste vidare ta hänsyn till den utvärderingsmodell som utvecklats i samband med upphandlingen och som framgår av upphandlingsunderlaget. Ingenting av vad Jönköping Energi anför ger stöd för att Jönköping Energi hade rätt att endast förhandla med JRAB. Att i efterhand anföra en rad omständigheter för att avbryta upphandlingen, som endast kan vara ett sätt att undvika en prövning av det felaktiga agerandet under upphandlingen, är inte förenligt med LUF. Jönköping Energi lyfter också fram en rad omständigheter, till exempel avseende leveranser till Jönköping Energi, som måste varit kända för Jönköping Energi i ett långt tidigare skede. Att vissa omständigheter i sig förändras och att en upphandlande enhets behov i någon mån kan förändras kan inte heller per automatik ge rätt att avbryta en upphandling. I sådant fall skulle upphandlande enheter regelmässigt kunna avbryta pågående upphandlingar så snart behovet förändrades, oavsett i vilken utsträckning. Jönköping Energi har inte heller på något sätt styrkt att förutsättningarna för upphandlingen väsentligen förändrats, något som Jönköping Energi själva vitsordat krävs för att avbrytandet ska anses som sakligt grundat. Det vore mycket beklagligt om upphandlande enheter tilläts agera på det sätt som Jönköping Energi gjort. Huruvida det hade varit mindre meningsfullt att förhandla med Hovslätts är inte upp till Jönköping Energi att avgöra. Jönköping Energi har att iaktta LUF för det fall förhandlingar genomförs inom ramen för ett förenklat förfarande. I en sådan situation är det inte tillåtet att förbigå den anbudsgivare som vid den tidpunkten lämnat det bästa anbudet. Jönköping Energis försök att avbryta upphandlingen är uppenbarligen ett försök att kringgå Hovslätts möjlighet att få upphandlingen överprövad. Jönköping Energi har uppenbart agerat i strid med LUF då upphandlingen genomförts. Att först efter att ha tilldelat kon-

traktet samt även offentliggjort Hovslätts priser avbryta upphandlingen (utan att det därvid finns sakliga skäl för avbrytandet) är inte förenligt med LUF. Hovslätts rätt enligt LUF att få en upphandling överprövad kan inte tillgodoses om inte beslutet att avbryta upphandlingen upphävs.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Ett beslut om avbrytande av en upphandling måste, likt alla andra beslut i samband med en upphandling, ske med iakttagande av de grundläggande unionsrättsliga bestämmelserna och principerna inom offentlig upphandling.

Enligt praxis har myndigheter ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (jfr C-92/00, HI, REG 2002 s. I-5553). Möjligheten att avbryta en upphandling har vidare inte ansetts förbehållen undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl (jfr C-27/98, Fracasso och Leitschutz).

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att ett beslut om en upphandlings avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och att det inte får vara godtyckligt (RÅ 2009 ref. 43).

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 när anbuden överstiger upphandlande enhets budget (jfr RÅ 2009 ref. 43).

Förvaltningsrätten har således att pröva om beslutet att avbryta upphandlingen vilar på sakligt godtagbara skäl och om det i övrigt står i överensstämmelse med de grundläggande unionsrättsliga bestämmelser och principer som råder inom området för offentlig upphandling.

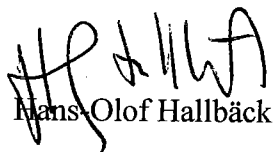
Som skäl för att avbryta upphandlingen har Jönköping Energi anfört att de tre anbudsgivarna lämnat det lägsta anbudspriset i var sitt av de angivna tidsintervallen, att likabehandlingsprincipen inte längre kunde upprätthållas sedan företrädare för Hovslätts begärt och fått ut uppgifter om JRAB:s anbud, att Jönköping Energi i förfrågningsunderlaget har förbehållit sig rätten att avbryta upphandlingen samt att samtliga anbud översteg vad som budgeterats. Därutöver har Jönköping Energi anfört att förutsättningarna i förfrågningsunderlaget inte längre motsvarar Jönköping Energis behov och att anbuden, sådana de nu är utformade, därför skulle göra det omöjligt eller i vart fall mycket svårt att välja det billigaste anbudet.

Enligt förvaltningsrättens bedömning kan inte det faktum att en upphandlande enhet förbehållit sig rätten att avbryta en pågående upphandling anses påverka bedömningen; ett avbrytande måste fortfarande vara motiverat utifrån sakligt godtagbara skäl. Att olika anbudsgivare kan vara billigast i olika delar av upphandlingen är normalt förekommande och kan inte heller anses utgöra ett sakligt godtagbart skäl. Förvaltningsrätten finner vidare inte att sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande föreligger på den grund att Hovslätts, sedan tilldelningsbeslut fattats, fått ut uppgifter om JRAB:s anbud.

Jönköping Energi har, som ovan angetts, också anfört att alla inkomna anbud översteg vad som budgeterats. Förvaltningsrätten konstaterar härvid att Jönköping Energi genom förhandling med JRAB förvisso erhållit ett anbud understigande Jönköping Energis budget men att Jönköping Energi genom detta agerande åsidosatt likabehandlingsprincipen. Förvaltningsrätten fin-

ner vid angivna förhållanden att det får anses tillfredställande utrett att samtliga giltiga anbud översteg Jönköping Energis budget (jfr RÅ 2009 ref. 43). Jönköping Energi får mot bakgrund härav anses ha haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Dessutom får vad Jönköping Energi anfört gällande förändringar i behovet som medfört att det varit omöjligt, eller i vart fall svårt, att välja det billigaste alternativet, även det anses utgöra ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen (jfr C-244/02, Kauppatalo Hansel, (REG 2003, s. I-12139). Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att Jönköping Energi Biogas AB:s beslut att avbryta upphandlingen har vilat på sakligt godtagbara skäl och att det inte framkommit att de grundläggande principerna i unionsrätten trätts för när. Nya Hovslätts Bussresor AB:s ansökan ska därmed avslås.

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


Hans Olof Hallbäck

