

**PARTER****Kärande**

Invexito AB, 556715-4140
Rådmansgatan 8
352 36 Växjö

Ställföreträdare: Johan Nordström och Patrik Åkesson
adress som ovan

Ombud: Advokat Henrik Månsson
Amber Advokater Karlskrona KB
Ronnebygatan 49
371 34 Karlskrona

Svarande

Landstinget Blekinge
371 81 Karlskrona

Ombud: Advokaterna Johan Palmgren och Björn Bergström
Ramberg Advokater KB
Box 3137
103 62 Stockholm

DOMSLUT

1. Landstinget Blekinge ska till Invexito AB betala 3 000 000 kr och ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 18 november 2017 till dess betalning sker.

2. Vardera part ska stå sin rättegångskostnad.

BAKGRUND

Under hösten 2015 fördes diskussioner mellan Invexito AB (i det följande Invexito) och företrädare för Landstinget Blekinge (i det följande Landstinget) angående hyra av en lokal tillhörande Invexito. Lokalen var avsedd att inrymma en MA-depå. Invexito påbörjade, i samband med diskussionerna med Landstinget, arbete för att anpassa sin lokal efter Landstingets önskemål. Den 29 april 2016 tecknade Landstinget ett avtal för samma ändamål med en annan aktör, Acrinova AB (i det följande Acrinova). Invexito väckte talan vid Förvaltningsrätten i Växjö med begäran om att avtalet mellan Landstinget och Acrinova skulle ogiltigförklaras enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Den avgörande frågan i det målet var enligt förvaltningsrätten om avtalet mellan Landstinget och Acrinova skulle betraktas som ett avtal gällande hyra av lokal och därmed undantas från LOU:s regler om offentlig upphandling enligt 1 kap. 6 § LOU (det så kallade hyresundantaget) eller om det skulle betraktas som en byggtreprenad. Förvaltningsrätten fann att det rörde sig om en byggtreprenad och ogiltigförklarade avtalet med stöd av 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU (Förvaltningsrätten i Växjös dom den 2 maj 2018 med mål nr 3697-16). Domen har vunnit laga kraft sedan Kammarrätten i Jönköping och därefter Högsta förvaltningsdomstolen efter överklagande inte har meddelat prövningstillstånd.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Invexito har yrkat att Landstinget till Invexito ska betala 11 229 809 kr och ränta enligt 6 § räntelagen från den 18 november 2017 till dess betalning sker.

Landstinget har motsatt sig Invexitos yrkande. Landstinget har godtagit 182 000 kr avseende ombudskostnader i överprövningsprocessen samt sättet att beräkna ränta som skäligt.

Parterna har yrkat ersättning för sin rättegångskostnad.

GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN**Invexito**

Landstinget har brutit mot LOU och därmed ådragit sig skadeståndsskyldighet enligt 16 kap. 20 § LOU. Invexitos yrkade belopp är fördelat enligt följande.

- 356 285 kr avser förberedelse lastbrygga/ramp med väderskydd
- 367 441 kr avser anpassning av omklädningsrum och iordningsställande av kontor
- 357 462 kr avser plåtmontage, väggar, tak etc samt väggmålning
- 413 621 kr avser kostnader för att möjliggöra deluthyrning av lokalen (skadebegränsande åtgärder)
- 9 515 000 kr avser utebliven hyra
- 260 000 kr avser ombudskostnader i överprövningsprocessen

Landstingets skadeståndsansvar vid den otillåtna direktupphandlingen

Acrinovas lokal har specialanpassats efter Landstingets önskemål och Landstinget har haft ett bestämmande inflytande över utförandet av arbetena i lokalen. Avtalet som Landstinget har tecknat med Acrinova är därför att betrakta som en byggtreprenad och inte ett renodlat hyresavtal. Hyresundantaget i 1 kap. 6 § LOU är därmed inte tillämpligt på avtalet och Landstinget har haft en skyldighet att följa bestämmelserna om offentlig upphandling i LOU.

Landstinget har underlåtit att följa bestämmelserna i LOU och avtalet med Acrinova utgör således en otillåten direktupphandling.

Hade Landstinget följt bestämmelserna i LOU skulle Invexito sannolikt lämnat ett anbud och haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet. Landstinget ska därför enligt 16 kap. 20 § LOU ersätta Invexito för den skada som Invexito i egenskap av leverantör har orsakats till följd av den otillåtna direktupphandlingen.

De anpassningar och förändringar av lokalen som Invexito har vidtagit har utförts på beställning av Landstinget. Landstingets företrädare Johan Larsson och/eller Patric Olgrim har haft behörighet att lämna aktuellt uppdrag med bindande verkan för Landstinget. Utifrån kontakterna med Johan Larsson och Patric Olgrim och det faktum att Landstingsstyrelsen den 16 november 2015 beslutade att MA-depån skulle flyttas till Invexitos lokal har Invexito haft befogad anledning att tro att Landstinget skulle hyra Invexitos lokal.

Enligt överenskommelse med Landstinget skulle anpassningarna och förändringarna av lokalen bekostas av Landstinget genom hyrestillägg i tio år alternativt genom att Landstinget skulle betala ett restvärde efter fem år. Det yrkade beloppet avseende utebliven hyra omfattar inte tillägg eller restvärde utan Invexitos kostnader i denna del har tagits upp som en egen post. Landstinget är skyldigt att utge skadestånd till Invexito med hela det positiva kontraktsintresset i vilket kostnaderna för anpassningar och förändringar av lokalen ingår.

Eftersom Landstinget har agerat som att avtal skulle ingås med Invexito har Invexito påbörjat arbetet med att anpassa lokalerna inför en flytt av MA-depån. Landstinget är därför skyldigt att ersätta Invexito även för kostnader som uppstått innan Landstingsstyrelsens beslut att flytta MA-depån.

De kostnader som har uppstått efter maj 2016 har varit nödvändiga för att få en del av lokalen uthyrd till en annan intressent och således begränsa skadan. En del av kostnaderna har krävts för att fullfölja redan påbörjade arbeten som har varit nödvändiga att färdigställa för att Invexito inte skulle ha obrukbara lokaler.

Invexito har varit i god tro avseende Landstingets överträdelse av LOU.

Invexito har vidtagit de åtgärder som krävts för att begränsa sin skada.

Det saknas skäl att jämka skadeståndet.

Landstinget

Landstinget har inte brutit mot LOU. Den lokal som avtalet mellan Landstinget och Acrinova gäller har tillkommit på Acrinovas initiativ. Lokalen har inte specialanpassats efter Landstingets behov och Landstinget har inte utövat bestämmande inflytande över utformandet av lokalen. Avtalet mellan Landstinget och Acrinova är därmed ett hyresavtal och undantaget bestämmelserna i LOU. Eftersom det rör sig om ett hyresavtal är det inte fråga om en otillåten direktupphandling.

För det fall tingsrätten finner att hyresundantaget inte är tillämpligt på avtalet mellan Landstinget och Acrinova är Invexito trots det inte berättigat till ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset, eftersom det inte är sannolikt att Invexito gått miste om kontraktet på grund av upphandlingsfelet och under alla omständigheter inte haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet vid en upphandling. Invexitos yrkande om ersättning för ombudskostnader i överprövningsprocessen är, utöver de 182 000 kr som godtagits som skäligt, oskäligt sett till målets natur och processens omfattning. Arbetsredogörelsen förefaller även omfatta arbete som utförts i ett annat ärende.

Landstinget har fyllt sitt behov av lokal för MA-depå i egen regi, utan att använda annan leverantör för lokaler. Eftersom avtalet mellan Landstinget och Acrinova har ogiltigförklarats och prestationerna har återgått har Invexito, under alla omständigheter, inte lidit någon skada.

Tingsrätten saknar med hänvisning till 13 kap. 1 § rättegångsbalken under alla omständigheter möjlighet att bifalla yrkandet till den del det avser skada för tid efter tingsrättens dom i målet.

Landstinget har inte träffat avtal med Invexito om hyra av aktuell lokal. Landstinget har inte heller beställt de arbeten som Invexito har utfört på lokalen. Landstingsstyrelsens beslut att flytta MA-depå avsåg inte Invexitos lokal och varken Johan Larsson eller Patric Olgrim har haft behörighet att med bindande verkan för Landstinget lämna de uppdrag som Invexito utfört.

Landstinget är därmed inte skyldigt att ersätta Invexito för kostnaderna avseende anpassningar/förändringar av lokalen. Under alla omständigheter kan inte ersättning utgå för anpassning av lokalen i den mån skadestånd enligt LOU skulle utgå för uteblivna hyresintäkter.

Invexito har utfört arbete till ett fakturerat belopp om ungefär 440 000 kr under tiden fram till dess att Landstinget fattade beslut om att flytta MA-depån. Landstinget är under alla omständigheter inte skyldigt att ersätta Invexito för kostnader som uppstått innan Landstingsstyrelsen fattade beslut om att flytta MA-depån.

Merparten av de kostnader som redovisas i Invexitos underlag hänför sig till perioden efter maj 2016 då Invexito enligt egen uppgift fick kännedom om att Landstinget tecknat avtal med Acrinova. Invexitos yrkande om ersättning för kostnader avseende anpassningar/förändringar av lokalen bestrids även av dessa skäl.

För det fall tingsrätten finner att hyresundantaget varit tillämpligt på avtalet mellan Landstinget och Acrinova, har Invexito under alla omständigheter varit i ond tro avseende landstingets överträdelse av LOU. Invexito har dessutom inte medverkat till att begränsa sin skada. För det fall tingsrätten skulle finna Landstinget skadeståndsskyldigt i sig ska skadeståndet därför jämkas till noll kr.

UTREDNING

På Invexitos begäran har partsförhör under sanningsförsäkran hållits med Patrik Åkesson och Johan Nordström. Vidare har vittnesförhör hållits med advokaten Per Håkansson, magasinansvarige på Marinmuseum Björn Jonasson, näringslivsutvecklaren Jakob Althini och verkställande direktören på Ahlbergs bil Johan Ahlberg.

På Landstingets begäran har vittnesförhör hållits med fastighetschefen Åsa Norrby, Patric Olgrim och Johan Larsson.

Parterna har därutöver åberopat skriftlig bevisning.

DOMSKÄL

Har Landstinget genomfört en otillåten direktupphandling?

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. I övergångsbestämmelserna anges dock att lagen (2007:1091) om offentlig upphandling alltjämt ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom det avtal som är föremål för tingsrättens prövning har ingåtts den 29 april 2016, dvs. före ikraftträdandet, är den sistnämnda lagen tillämplig i målet.

I 1 kap. 6 § första stycket 1 LOU anges att lagen inte gäller för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet. Av förarbetena till 1 kap. 6 § LOU (prop. 2006/07:128 del 1 s. 290 f.) framgår att undantaget i paragrafens första stycke punkten 1 inte ska omfatta byggtreprenadkontrakt.

Med byggtreprenadkontrakt avses enligt 2 kap. 3 § första stycket LOU ett kontrakt som avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1 - Förteckning över byggtreprenadkontrakt, eller medför att ett byggnadsverk realiseras, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.

Av praxis från EU-domstolen framgår att det är kontraktets huvudsakliga syfte som avgör om det ska bedömas som ett avtal om hyra eller byggtreprenad, och inte hur stor ersättning leverantören får eller hur denna betalning sker. Omständigheter som talar för att ett avtal ska kvalificeras som ett offentligt byggtreprenadkontrakt är t.ex. att byggnadsverken uppförs enligt mycket detaljerade specifikationer från den upphandlande myndigheten avseende byggnadens uppförande, dess egenskaper och utrustning samt att dessa specifikationer går mycket längre än en hyresgästs vanliga krav på en byggnad av viss storlek (jfr EU-domstolens dom i mål C-536/07 p. 55-61).

En annan förutsättning för att en avtalskonstruktion ska betraktas som ett byggtreprentkontrakt är att myndigheten ska erhålla en prestation mot vederlag. Även ett avtal som innehåller en utfästelse att hyra ut byggnader som ska uppföras i framtiden, och som har vissa särdrag som är utmärkande för ett hyresavtal, kan anses utgöra ett offentligt byggtreprentkontrakt. EU-domstolen har i ett fall som avsåg ett byggnadsverk som inte hade påbörjats vid den tidpunkt när leverantören föreslog att den upphandlande myndigheten skulle ingå det aktuella avtalet ansett att huvudsyftet med avtalet var själva uppförandet av byggnadsverket, vilket med nödvändighet förutsatte att byggnadsverket därefter hyrdes ut (jfr EU-domstolens dom i mål C-213/13). För att det ska röra sig om ett offentligt byggtreprentkontrakt krävs även att det planerade byggnadsverket motsvarar de behov som den upphandlande myndigheten angett. Så är fallet t.ex. när den upphandlande myndigheten har vidtagit åtgärder för att specificera byggtreprentaden eller åtminstone för att utöva ett bestämmande inflytande på dess projektering (jfr EU-domstolens dom i mål C-451/08 p. 67).

Ytterligare en förutsättning för att det ska kunna vara fråga om ett offentligt byggtreprentkontrakt, och inte ett lokalhyreskontrakt, är att den byggtreprent som är föremål för kontraktet i fråga på ett konkret eller materiellt sätt ska utföras åt den upphandlande myndigheten och att myndigheten har ett direkt ekonomiskt intresse av byggtreprentkontraktet. Enligt EU-domstolen kan en byggtreprent vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten t.ex. om den upphandlande myndigheten på rättslig grund garanteras tillgång till byggnationen för att använda den för offentliga ändamål. Det ekonomiska intresset kan även bestå i de ekonomiska fördelar som den upphandlande myndigheten kan få vid framtida användning eller överlåtelse av anläggningen, i att myndigheten bidragit ekonomiskt vid utförandet av byggtreprentaden eller i de risker som myndigheten står för det fall att byggtreprentaden blir ett ekonomiskt misslyckande. Ett ekonomiskt intresse kan således finnas även om den upphandlande myndigheten inte avser att äga hela eller delar av den uppförda anläggningen (jfr EU-domstolens dom i mål C-451/08 p. 47-52).

Enligt EU-domstolens rättspraxis är således utgångspunkten att undantag från upphandlingsbestämmelserna ska tolkas restriktivt och att det är den som åberopar undantaget som ska visa på omständigheter som gör undantaget tillämpligt (jfr EU-domstolens dom i mål C-20/01 och C-28/01 och prop. 2006/07:128, del 1, s. 291). Den upphandlande myndighet som åberopar ett undantag enligt t.ex. bestämmelsen i 1 kap. 6 § LOU har således i en domstolsprocess bevisbördan för att undantaget är tillämpligt. Uppfyller den upphandlande myndigheten inte sin bevisbörda i detta avseende och myndigheten har ingått ett avtal med stöd av bestämmelsen kan avtalet komma att betraktas som en otillåten direktupphandling.

Av utredningen framgår att landstinget den 29 april 2016 har ingått avtal med Acrinova benämnt "Hyreskontrakt för lokal" avseende en ännu inte uppförd byggnad. Landstinget har gjort gällande att avtalet med Acrinova är ett renodlat hyresavtal och att hyresundantaget i 1 kap. 6 § LOU är tillämpligt. Invexito har i sin tur anfört att avtalet i själva verket avser en förtäckt byggtreprenad som Landstinget varit skyldigt att upphandla i enlighet med bestämmelserna i LOU.

Det är ostridigt mellan parterna att det aktuella avtalet avser en byggnad som vid tidpunkten för avtalets ingående ännu inte hade uppförts. Det är vidare ostridigt att lokalen, avsedd att användas som en materieldepå för sjukvårdsmateriel, var i behov av omfattande anpassningar för att vara ändamålsenlig i förhållande till den planerade verksamheten.

Det kan inledningsvis konstateras att även om det inte uppställs något uttryckligt krav på att det ska röra sig om en befintlig byggnad för att hyresundantaget i 1 kap. 6 § första stycket 1 LOU ska vara tillämpligt så får redan den omständigheten att en ny byggnad ska uppföras för att därefter hyras ut till en upphandlande myndighet anses tala för att det rör sig om en beställning från lokalhyresgästen, dvs. Landstinget, av en byggtreprenad och inte ett renodlat hyreskontrakt. För att det ska röra sig om ett offentligt byggtreprenadkontrakt krävs emellertid även att byggnaden uppförts i enlighet med den upphandlande myndighetens närmare instruktioner och kan anses

vara särskilt anpassad efter myndighetens långsiktiga behov. Så är fallet t.ex. när den upphandlande myndigheten har vidtagit åtgärder för att specificera byggnationen eller åtminstone för att utöva ett bestämmande inflytande på dess projektering (jfr EU-domstolens domar i mål C-213/13 och C-451/08).

Invexito har till stöd för sin ansökan åberopat bevisning i form av bl.a. mejlkorrespondensen mellan Landstinget och Acrinova. Av denna korrespondens framgår bl.a. följande. Acrinova har i ett e-postmeddelande den 20 januari 2016 frågat Landstinget om maxvikten/kvm (dvs. belastningen på golvet) samt om byggnaden kan ha pelare i mitten eller om lagerdelen måste vara helt öppen. I ett e-postmeddelande den 9 februari 2016 har Landstinget ställt frågor om bl.a. takhöjd, lageryta, tillgång till lastkaj, placering av portar och storleken på soprum, varvid Acrinova svarat att bolaget ”justerar och återkommer”. I ett e-postmeddelande den 10 maj 2016 har Acrinova angett att bygglovsritningarna behöver gås igenom så att portarna hamnar på rätt plats med rätt avstånd mellan varje så att de passar till det Landstinget ska ha på insidan samt uppmärksammat Landstinget på att själva lastkajen är borttagen och ersatt med posthus. I ett e-postmeddelande den 17 juni 2016 har Acrinova bl.a. angett att bolaget saknar information angående vilka vikter som bolaget måste dimensionera golvkonstruktionen för. I samma e-postmeddelande anger Acrinova att bolaget måste invänta Landstingets upphandling av plock-/hissautomater för att golvet ska kunna konstrueras utifrån de valda plockmaskinernas punktbelastning på golvet. Vidare anger Acrinova att omfattningen av pålningsarbetet påverkar både tid och kostnad, varför bolaget kommit överens med Landstinget om att skjuta på beskedet om golvkonstruktionen till dess att Landstingets upphandling av plock/hissautomater är klar. Därtill har Landstinget i ett e-postmeddelande den 18 oktober 2016 uttryckt önskemål om att Acrinova ska anlägga epoxigolvet i samband med gjutningen av betongplattan samt föreslagit att kostnaden för epoxigolvet ska läggas på hyran eftersom garantin för golvet kommer att ligga på bolaget. Varpå Acrinova i ett e-postmeddelande samma dag svarar att det inte är några problem att lägga kostnaden för epoxigolvet på hyran samt att bolaget ska ta fram ett kostnadsförslag.

Även med beaktande av att Acrinova inte tillmötesgått alla de önskemål som Landstinget gett uttryck för samt att Åsa Norrby vittnat om att ett flertal åtgärder enligt hennes mening inte är specifika för Landstingets behov, anser tingsrätten att den uppförda byggnaden får anses motsvara de behov som Landstinget angett. Mot bakgrund av den skriftliga utredningen i form av t.ex. mejlkorrespondensen mellan Landstinget och Acrinova anser tingsrätten att det framstår som att Landstinget har vidtagit åtgärder för att specificera uppförandet och utformningen av Acrinovas lokal eller åtminstone för att utöva ett bestämmande inflytande på dess projektering. De uppgifter Åsa Norrby lämnat i sitt vittnesmål förändrar inte denna bedömning.

Landstinget har genom avtalet med Acrinova garanterats tillgång till den aktuella byggnaden i syfte att använda den för offentliga ändamål. Landstinget har även bidragit ekonomiskt vid uppförandet av byggnaden genom att Landstinget enligt Åsa Norrby bekostat inläggandet av epoxigolvet. Uppförandet av den aktuella byggnaden är således av direkt ekonomiskt intresse för Landstinget.

Vid en sammantagen bedömning finner tingsrätten i likhet med Förvaltningsrätten i Växjö att avtalet mellan Landstinget och Acrinova utgör ett byggtreprenadkontrakt och inte ett hyreskontrakt. Landstinget har således inte visat att hyresundantaget i 1 kap. 6 § LOU är tillämpligt på avtalsförhållandet mellan Landstinget och Acrinova.

Skadestånd på grund av otillåten direktupphandling

Landstinget har genomfört en otillåten direktupphandling genom att ingå det ovan nämnda avtalet med Acrinova. Landstingets agerande står alltså i strid med upphandlingslagstiftningen och kan leda till skadeståndsansvar.

Det är Invexito som ska bevisa att Landstingets otillåtna agerande orsakat bolaget skada. För det fall Invexito kan göra det sannolikt att det förlorat kontraktet till följd av överträdelsen kan skadestånd utgå med hela det positiva kontraktsintresset (se NJA 2000 s. 712 och NJA 2007 s. 349). Om ersättning ska utgå med det positiva

kontraktsintresset innebär det att Invexito ska försättas i samma ekonomiska läge som de hade hamnat i om de hade fått kontraktet.

Det har emellertid i rättspraxis uppmärksamrats att det, om överträdelsen av upphandlingslagstiftningen består i en otillåten direktupphandling, dvs. när beställaren inte infortrat några anbud, inte så enkelt låter sig fastställas vilken leverantör som skulle ha fått kontraktet om anbud hade infortrats och kriterierna hade preciserats i beställarens underlag. För att inte skyldigheten att infordra anbud ska urholkas, har det ansetts att leverantörer som i en sådan situation sannolikt skulle ha lämnat ett anbud och därvid skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet också ska kunna få skadestånd. Skadestånd på denna grund kan uppgå till mer än nedlagda kostnader och ska bestämmas efter en skönsässig bedömning (se t.ex. NJA 2007 s. 349). Det krävs i detta fall alltså inte att det varit sannolikt att leverantören vid en korrekt upphandling hade fått kontraktet för att leverantören ska ha rätt till ersättning med ett högre belopp än vad som motsvarar nedlagda kostnader.

I målet uppkommer därmed frågor om vad som hade hänt om kommunen hade följt upphandlingslagstiftningen och infortrat anbud innan avtalet med Acrionva ingicks. Flera av de frågor som ska bedömas är beroende av hur ett sådant hypotetiskt händelseförlopp hade gestaltat sig. Högsta domstolen har i rättsfallet NJA 2014 s. 272 uttalat sig om bl.a. principerna för bestämningen av ett hypotetiskt händelseförlopp. Tingsrätten uppfattar rättsläget så att tingsrätten bör ta fasta på vad som typiskt sett skulle ha varit en närliggande och rimlig händelseutveckling. Om flera händelseförlopp framstår som närliggande och rimliga bör bedömningen baseras på den händelseutveckling som framstår som mest sannolik (jfr nyss anförda rättsfall p. 47-48).

Invexito har inte gjort sannolikt att de gått miste om kontraktet

Utredningen i målet är sådan att det är råder betydande osäkerhet om vad som hade hänt om Landstinget hade infortrat anbud för hyra av lokal till MA-depån. Det har framgått att ingen av parterna tidigare anordnat eller deltagit i en sådan upphandling.

Invexito har gjort gällande att deras lokal skulle ha passat Landstinget som handen i handsken och pekat på de kontakter som Invexito och Landstinget hade under hösten 2015 och att Landstingsstyrelsen fattat beslut att flytta MA-depån till Invexitos lokaler. Invexito har emellertid inte redovisat något underlag som berör andra näringsidkares förutsättningar för och intresse av att hyra ut en lokal för angivet ändamål. Enligt tingsrättens bedömning förefaller det som närliggande och rimligt att anta att åtminstone några andra näringsidkare skulle ha varit intresserade av att lämna anbud avseende uthyrning av sådan lokal till Landstinget. Prövningen av om Invexito har gjort sannolikt att de gått miste om kontraktet ska ske mot denna bakgrund. Det är osäkert vilka närmare kriterier som skulle ha preciserats i den hypotetiska upphandlingen, hur många anbudsgivare som skulle ha deltagit i den och hur Invexito skulle ha stått sig i konkurrensen. Sammantaget är utredningsläget sådant att det inte kan sägas att Invexito har gjort sannolikt att de gått miste om kontrakt på grund av Landstingets upphandlingsfel.

Invexito har gjort sannolikt att de skulle ha lämnat ett anbud

Invexito är ett affärsdrivande företag vars verksamhet består i att hyra ut lokaler till företag och myndigheter, t.ex. Statens Maritima Museer. Av förhören med Patrik Åkesson och Johan Nordström men även Johan Larsson, Patric Olgrim och Åsa Norrby framgår att Invexito hade en lokal som passade Landstingets behov samt att Invexito var mycket intresserat av att hyra ut lokalen till Landstinget. Att Invexito hade ett stort intresse av få lokalen uthyrd till Landstinget framgår även av att Invexito omgående vidtog åtgärder för att anpassa lokalen efter vad Invexito uppfattade var Landstingets önskemål. Med hänsyn till detta anser därför tingsrätten att Invexito har gjort sannolikt att bolaget skulle ha lämnat anbud om Landstinget hade infordrat anbud i en upphandling av lokal för MA-depån.

Invexito hade haft en realistisk möjlighet att få kontraktet

Landstinget har gjort gällande att det, om det infordrat anbud på hyra av lokal till MA-depån, inte enbart skulle ha upphandlat en lokal, utan även inredning till lokalen.

Landstinget har menat att i och med detta kan varken Invexito eller någon annan lokaluthyrare göra sannolikt att man hade vunnit upphandlingen.

Enligt tingsrättens mening ska prövningen emellertid utgå från vad Landstinget sökte vid tiden för den otillåtna direktupphandlingen. Det Landstinget då efterfrågade var i princip en tom lagerlokal med tillhörande kontorsutrymme som Landstinget skulle inreda med bl.a. plockautomater, vilka Landstinget skulle upphandla separat. Det var dessutom en sådan lokal som Landstinget tecknade avtal med Acrinova om. Det finns med andra ord ingenting som tyder på att Landstinget, om det i början av år 2016 infordrat anbud på hyra av lokal till MA-depån, inte enbart skulle ha upphandlat en lokal, utan även inredning till lokalen. Att Landstinget i den upphandling av lokal till MA-depån som nu inletts upphandlar en nyckelfärdig lokal med inredning förändrar inte denna bedömning.

Vid tilldelning av kontrakt har den upphandlande myndigheten möjlighet att tillämpa två alternativa grunder för tilldelning, antingen till anbudet som är ekonomiskt mest fördelaktigt eller till anbudet med lägsta pris.

Landstinget har gjort gällande att det inte enbart skulle använt sig av tilldelningskriteriet lägsta pris utan även skulle ha beaktat andra parametrar vid valet av leverantör då Landstinget i denna typ av upphandling alltid främst tar hänsyn till totalkostnad (inkluderande Landstingets egna kostnader på grund av t.ex. ett bättre eller sämre flöde) istället för enbart pris. Med hänsyn till vad Landstinget anfört i denna del samt att den upphandling av lokal till MA-depån som nu inletts använder sig av tilldelningskriteriet lägsta totalkostnad, anser tingsrätten att Landstingets påstående om att tilldelning skulle ske på grundval av lägsta totalkostnad ska godtas.

Det framgår av utredningen att Landstinget vid den otillåtna direktupphandlingen

ingick avtal om hyra av en tom lagerlokal med tillhörande kontorsutrymme. Hyran var 850 kr/kvm och hyrestiden tio år. Lokalens storlek och omfattning var 2 400 kvm i ett plan.

Som tidigare redovisats bedömer tingsrätten det närliggande och rimligt att det vid en hypotetisk upphandling skulle ha varit flera näringsidkare som skulle ha varit intresserade av att lämna anbud på uthyrning av lokal för MA-depån till Landstinget. Det har enligt tingsrättens mening inte framkommit skäl att utgå från annat än att i vart fall också Acrinova skulle ha varit intresserat av att delta i en sådan upphandling. Det kan antas att ett upphandlingsförfarande skulle ha lett till en konkurrenssituation som resulterat i att Landstinget i något fall skulle ha erbjudits lägre priser än vad som blev fallet i det avtal som Landstinget direktupphandlade.

Det är förenat med betydande osäkerhet att bedöma hur en hypotetisk upphandling i övrigt skulle ha gestaltat sig. Det är t.ex. inte närmare utrett hur Landstinget skulle bedöma ett anbuds totalkostnad och vad som ingår i totalkostnaden. Trots att det finns skäl att utgå från att ett flertal näringsidkare skulle ha lämnat anbud och att ett upphandlingsförfarande måste antas leda till ökad konkurrens och därmed lägre priser och totalkostnader anser tingsrätten, inte minst mot bakgrund av att Invexitos erbjudna lokalhyra var 600 kr/kvm, dvs. lägre än Acrinovas, samt att bolagets lokal i övrigt framstår som i stort sett lika ändamålsenlig som Acrinovas, att Invexito skulle ha haft en realistisk möjlighet att tilldelas ett hyreskontrakt avseende MA-depån. Tingsrätten beaktar därvid bl.a. att Landstinget genom Johan Larsson har uttryckt sig positivt om Invexitos lokal och valt att jobba vidare med den som ett alternativ under hösten 2015, att landstingsstyrelsen den 16 november 2015 beslutade att flytta MA-depån till tillgängliga lokaler och vid det tillfället var det bara Invexitos lokal som var aktuell, att Landstingets behov av lokal var brådskande eftersom arbetsmiljön och lokalytan i den befintliga MA-depån var otillräcklig samt att Acrinovas lokal inte var uppförd när hyresavtalet med Acrinova tecknades. Landstinget är därmed i princip skadeståndsskyldigt mot Invexito.

Skadeståndets storlek*Utgångspunkter för bedömningen*

Som tidigare nämnts har Invexito inte lyckats göra sannolikt att bolaget gått miste om kontrakt på grund av Landstingets upphandlingsfel, men däremot gjort sannolikt att bolaget skulle ha lämnat anbud och därvid haft en realistisk möjlighet att få ett kontrakt. Ett skadestånd i en sådan situation ska bestämmas efter en skönsmässig bedömning. Det är av intresse vid en sådan bedömning att titta på vilka kostnader Invexito har haft och bolagets utsikter till vinst.

Invexito har gjort gällande att bolaget på uppdrag av Landstinget utfört anpassningar och andra förberedelser av lokalen inför att Landstinget skulle hyra bolagets lokal. Invexito har emellertid inte närmare kunnat precisera när och hur sådana beställningar har gjorts av Landstinget. De e-postmeddelanden som Invexito åberopat mellan Patrik Åkesson och Johan Larsson ger inte stöd för att Landstinget har gjort några sådana beställningar och Johan Larsson och Patric Olgrim har vittnat om att de inte har gjort några beställningar av något slag. Detsamma har Åsa Norrby vittnat om. Invexito har därför mot Landstingets bestridande inte styrkt att bolaget utfört förberedelse av lastbrygga, anpassat omklädningsrum och iordningsställande av kontor samt plåtmontage och golvmålning på uppdrag/beställning av Landstinget. De kostnader som Invexito haft för de här åtgärderna är därmed inte en del av Invexitos skada.

Invexito har även som sin skada angett utebliven hyra med 9 515 000 kr. Det beloppet är framräknat på följande sätt. Årshyran är 600 kr/kvm * 2 300 kvm = 1 380 000 kr. Utebliven hyra uppgår för år 2016 till 1 035 000 kr avseende april till och med december, för år 2017 till 1 055 000 kr avseende januari – december med avdrag för den hyresintäkt som Invexito erhållit eftersom bolaget har hyrt ut en del av lokalen och på så sätt minskat sin skada samt för åren 2018 till 2026 med 900 000 kr per år varvid Invexito har uppskattat att bolaget fram till år 2026 kan hyra ut en del av lokalen på samma sätt som idag.

Från detta belopp har Landstinget gjort gällande att avdrag ska göras för de inkomster Invexito skaffat eller kunnat skaffa sig från annat håll som en följd av att Invexito inte fick något hyresavtal med Landstinget (se t.ex. NJA 2007 s. 349). Utgångspunkten är att Landstinget har bevisbördan för att Invexito hade kunnat vidta skadebegränsande åtgärder. Skyldigheten att begränsa sin skada omfattar emellertid inte annat än att Invexito ska vidta skäliga åtgärder för att begränsa skadan (jfr NJA 2017 s. 9 p. 37). Av förhöret med Patrik Åkesson samt vittnesförhören med Björn Jonasson, Jakob Althini och Johan Ahlberg framgår att Invexito vidtagit omfattande och allvarligt menade åtgärder i syfte att försöka få lokalen uthyrd när bolaget fick kännedom om att Landstinget ingått ett hyresavtal med Acrinova. Invexito har därmed redovisat vilka ansträngningar bolaget gjort för att hyra ut eller på annat sätt få inkomster av lokalen. För att kunna hyra ut lokalen och därmed minska sin skada har Invexito dessutom gjort vissa åtgärder med lokalen. De här åtgärderna består i att det har satts upp en vägg som avgränsar lokalen samt att el och ventilation har dragits om. Allt detta till en kostnad om sammanlagt 413 621 kr och som Invexito menar är kostnader som bolaget haft för att begränsa sin skada. Genom de här åtgärderna kunde Invexito hyra ut 800 kvm av lokalen från den 1 mars 2017 med ett femårigt hyresavtal och en årshyra om 480 000 kr. Tingsrätten anser mot denna bakgrund att Invexito har vidtagit skäliga åtgärder för att begränsa sin skada. De kostnader som Invexito haft för att begränsa skadan framgår av åberopade fakturor och saknas skäl att ifrågasätta. Kostnaderna är rimliga.

Landstinget tecknade avtal med Acrinova i april 2016. Vid kontakter mellan Invexito och Landstinget under hösten 2015 framförde Landstinget önskemål om att få hyra lokalen från april 2016. Det är därför rimligt att uppskatta att Invexito skulle ha haft hyresintäkter från april 2016 om bolaget fått kontraktet.

Enligt praxis kan en parts kostnader vid överprövningsprocessen utgöra ersättningsgill skada om kostnaderna varit skäliga (NJA 2013 s. 762). Landstinget har godtagit 182 000 kr av yrkade 260 000 kr som skälig ersättning.

Per Håkansson har vittnat om det arbete som Amber Advokater utfört med anledning av Landstingets beslut att teckna avtal med Acrinova och Invexitos önskemål om att begära överprövning av detta. Av hans vittnesmål framgår att det krävdes omfattande arbete med förberedandet av processen och att Landstinget försvårade för Invexito att ta del av handlingar och underlag såsom e-postmeddelanden mellan Landstinget och Acrinova. Vidare framgår att processen i förvaltningsrätten inte var av enkel eller obetydlig omfattning. Den ersättning för ombudskostnader i överprövningsprocessen som Invexito yrkat framstår mot denna bakgrund och åberopad kostnadsräkning därför som skälig.

Tingsrättens bedömning av skadeståndets storlek

Eftersom Invexito inte har lyckats göra sannolikt att de mist kontrakt till följd av Landstingets upphandlingsfel har bolaget inte rätt till skadestånd motsvarande dess positiva kontraktsintresse. I stället ska skadeståndet bestämmas till ett skäligt belopp efter en skönsmässig bedömning och hänsyn ska då tas till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst (se t.ex. NJA 2000 s. 712, jfr även Björklund och Madell, Skadestånd vid offentlig upphandling, SvJT 2008 s. 578).

Vid denna bedömning beaktar tingsrätten att Landstinget genom sin otillåtna direktupphandling har begått en allvarlig överträdelse av upphandlingslagstiftningen, att Invexito har haft en realistisk möjlighet att vinna en upphandling av lokalen, att Invexito haft utlägg för skadebegränsande åtgärder med ca 400 000 kr samt att Invexitos kostnader i överprövningsprocessen uppgått till 260 000 kr. Vid en sammantagen skönsmässig bedömning anser tingsrätten, med beaktande av skadeståndsbestämmelsens både preventiva och reparativa syfte, att skadeståndets storlek ska bestämmas till 3 000 000 kr.

Jämkning

Landstinget har invänt att ett eventuellt skadestånd ska jämkas eftersom Invexito var i ond tro rörande Landstingets överträdelse av LOU när Landstinget tog kontakt med

Invexito hösten 2015 med avsikt att hyra en lokal för MA-depån. I den här delen kan konstateras att Patrik Åkesson och Johan Nordström, oemotsagda, har uppgett att de frågade Johan Larsson och Patric Olgrim om det var tillåtet för Landstinget att ingå ett hyresavtal med Invexito utan föregående upphandling. Enligt Patrik Åkesson och Johan Nordström svarade Johan Larsson och/eller Patric Olgrim att de hade talat med Landstingets jurister som uppgett att det inte var något problem. Invexito har således inte varit i ond tro i detta avseende. Redan på den grunden finns därför inte skäl att jämka skadeståndet.

Något annat skäl för jämkning finns inte.

Rättegångskostnader

Med hänsyn till utgången i målet, där frågan om Invexito har rätt till skadestånd har utgjort en betydande del av tvisten, ska vardera part ska stå sin rättegångskostnad.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (TR-02)

Den som vill överklaga ska göra det till Hovrätten över Skåne och Blekinge.

Överklagandet ska ha kommit in till tingsrätten senast den 21 mars 2019.

Lise-Lotte Bäckström

Per-Anders Toresten

Pernilla Smith



Hur man överklagar

Dom i tvistemål, tingsrätt

TR-02

Vill du att domen ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Ditt överklagande ska ha kommit in till domstolen inom 3 veckor från domens datum. Sista datum för överklagande finns på sista sidan i domen.

Överklaga efter att motparten överklagat

Om ena parten har överklagat i rätt tid, har den andra parten också rätt att överklaga även om tiden har gått ut. Det kallas att anslutningsöverklaga.

En part kan anslutningsöverklaga inom en extra vecka från det att överklagandet har gått ut. Ett anslutningsöverklagande måste alltså komma in inom 4 veckor från domens datum.

Ett anslutningsöverklagande upphör att gälla om det första överklagandet dras tillbaka eller av något annat skäl inte går vidare.

Så här gör du

1. Skriv tingsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att domen ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att hovrätten ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.

Det är inte säkert att du kan lägga fram nya bevis. Vill du göra det ska du förklara varför du inte lagt fram bevisen tidigare.

Vill du ha nya förhör med någon som redan förhörts eller en ny syn (till exempel besök på en plats), ska du berätta det och förklara varför.

Tala också om ifall du vill att motparten ska komma personligen vid en huvudförhandling.

4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skriv under överklagandet själv eller låt ditt ombud göra det.
6. Skicka eller lämna in överklagandet till tingsrätten. Du hittar adressen i domen.

Vad händer sedan?

Tingsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att domen gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar tingsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till hovrätten.

Har du tidigare fått brev genom förenklad delgivning, kan även hovrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i hovrätten

När överklagandet kommer in till hovrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Hovrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att tingsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om tingsrätten har dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller den överklagade domen. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt du vill föra fram.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med tingsrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i domen.

Mer information finns på www.domstol.se.