



PARTER

Kärande

IMPROD AB, 556924-1200
Boerydsgatan 32
567 33 Vaggeryd

Ombud: Advokat Björn Lind
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå i Jönköping HB
Box 684
551 19 Jönköping

Svarande

Akademiplatsen AB, 556565-1493
Box 8000
501 18 Borås

Ombud: Upphandlingsjurist Rasmus Lundqvist
c/o Borås Stad
501 80 Borås

DOMSLUT

1. Akademiplatsen AB ska utge skadestånd till IMPROD om 1 010 800 kr jämte dröjsmålsränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från den 16 december 2019 till dess betalning sker.
2. Akademiplatsen ska ersätta IMPROD för rättegångskostnader med 199 477 kr, jämte ränta enligt lag.

BAKGRUND

Akademiplatsen AB (härefter Akademiplatsen) bjöd under våren 2018 in till anbudsgivning gällande hyra av en LED-vägg till Borås Kongress ("Upphandling 1"). Tilldelningsbeslut fattades den 8 maj 2018 och kontrakt tilldelades IMPROD AB (härefter IMPROD). Beslutet begärdes överprövat av annat bolag varpå Akademiplatsen självant avbröt upphandlingen med hänvisning till att förfrågningsunderlaget varit otydligt. Efter att Akademiplatsen avbröt upphandlingen valde de att hyra en LED-vägg av Ledgruppen AB (härefter Ledgruppen) under 12 månader. IMPROD ansökte i oktober 2018 om överprövning av avtalets giltighet. Förvaltningsrätten i Jönköping beslutade att ogiltigförklara hyresavtalet genom dom av den 28 februari 2019. Domen vann laga kraft den 3 april 2019.

Det är ostridigt att Akademiplatsens hyresavtal med Ledgruppen varit en otillåten direktupphandling och således en överträdelse av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (härefter LOU), vilket även ledde fram till att sagda hyresavtal ogiltigförklarades av Förvaltningsrätten i Jönköping. Tvistefrågan i målet är om sagda överträdelse av LOU resulterat i en ersättningsgill skada för IMPROD och vilket belopp skadan i så fall uppgår till.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

IMPROD har yrkat att tingsrätten ska förpliktiga Akademiplatsen AB att utge skadestånd till IMPROD om 1 010 800 kr jämte dröjsmålsränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från den 16 december 2019 till dess betalning sker.

Akademiplatsen har, i första hand, bestridit IMPROD:s yrkande med anledning av att någon ersättningsgill skada inte föreligger. För det fall tingsrätten finner att det föreligger en ersättningsgill skada ska det av IMPROD yrkade beloppet jämkas till 141 500 kr med anledning av att IMPROD:s eventuella skada i så fall endast uppgår till detta belopp. Om tingsrätten anser att den av IMPROD angivna grunden för beräkning av en eventuell ersättningsgill skada ska anses vara den korrekta vitsordas de av

IMPROD angivna beloppen som skäliga i och för sig. Sättet att beräkna ränta har vitsordats som skäligt i och för sig.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN

IMPROD har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande.

Akademiplatsen har under våren 2018 bjudit in till anbudsgivning gällande hyra av en s.k. LED-vägg till Borås Kongress. Tilldelningsbeslutet fattades den 8 maj 2018 och kontraktet tilldelades IMPROD. Beslutet begärdes överprövat av annat bolag varpå Akademiplatsen självant avbröt upphandlingen med hänvisning till att förfrågningsunderlaget varit otydligt och meddelade att man avsåg att annonsera upphandlingen på nytt. Akademiplatsen har därefter genom en otillåten direktupphandling istället hyrt en motsvarande LED-vägg av Ledgruppen. Hyresavtalet kom att ogiltigförklaras av Förvaltningsrätten efter yrkande från IMPROD genom dom av den 28 februari 2019.

Hyreskostnaden i det ogiltigförklarade hyresavtalet var satt till 174 800 kr per månad, innebärande en total ersättning under hyrestiden om 2 097 600 kr. Om IMPROD fått möjlighet att lämna anbud för den tolv månadersperiod som Akademigruppen hyrt LED-vägg av Ledgruppen hade IMPROD dock varit beredd att lämna ett betydligt lägre anbudspris/hyreskostnad. Baserat på tidigare erfarenheter hade denna inte överstigit 122 650 kr per månad. Detta hade i sin tur inneburit att IMPROD hade tilldelats avtalet. Under alla omständigheter skulle IMPROD ha lämnat ett anbud och därvid haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet (vilket inte minst framgår av att IMPROD deltagit och tilldelats kontraktet i den upphandling som avbrutits).

IMPROD har således, i samband med att Akademiplatsen tilldelat kontraktet till Ledgruppen istället för IMPROD, lidit skada och ska därför ersättas med det s.k.

positiva kontraktsintresset, d.v.s. den vinst som IMPROD skulle erhållit om IMPROD hade tilldelats kontraktet istället för Ledgruppen. IMPROD:s skada uppgår till yrkat belopp.

Skadan har beräknats enligt följande:

- Inköp LED-skärm 1,8 mm och sändarboxar: 2 230 000 kr.
- Avskrivningstid: 5 år.
- Avskrivningskostnad per år: 446 000 kr.
- Installationskostnader: 15 000 kr.
- Uteblivna intäkter: 12 månader x 122 650 kr = 1 471 800 kr.
- Skada: 1 471 800 kr – 446 000 kr – 15 000 kr = 1 010 800 kr.

Beloppet 122 650 kr har sin utgångspunkt i andra upphandlingar där IMPROD levererat LED-skärm på liknande premisser (dvs. korttidshyra med rätt för kunden att återlämna skärmen efter hyrestidens utgång). Som ett exempel på detta kan särskilt illustreras en korttidshyra till Göteborgsoperan om 11 månader. I aktuell upphandling upphandlade Göteborgsoperan en LED-skärm på 200 m² från IMPROD där ett speciellt krav var att skärmen inte fick väga mer än 16 kg/m². Detta specifika krav medförde att samtliga leverantörer lämnade anbud på samma typ av LED-skärm, från samma fabrik. IMPROD lämnade anbud med en anbudssumma om 290 000 kronor per månad. Den aktuella skärmen till Göteborgsoperan köptes in för 542 250 USD, vilket (med beaktande av valutakurs, och kostnader för bl.a. frakter och viss tillkommande utrustning) motsvarade en total inköpskostnad för IMPROD om cirka 5 250 000 kronor. Även för denna skärm är avskrivningstakten fem år (dvs 20 procent per år) i enlighet med tillämpliga redovisningsprinciper. Detta innebär en årlig avskrivningskostnad om 1 050 000 kronor för den aktuella skärmen. Som framgår ovan satte IMPROD anbudssumman i denna upphandling till 290 000 kronor per månad under 11 månader, vilket innebär en relation mellan månatlig hyra/intäkt och total inköpskostnad om cirka 5,5 procent ($290\,000/5\,250\,000 \approx 0,055$).

Vid en tillämpning av samma relation mellan månatlig hyra/intäkt och total inköpskostnad i den hypotetiska upphandlingen av hyresavtalet som ligger till grund

för IMPROD:s skadeståndsberäkning hade detta resulterat i en månadskostnad/intäkt om 122 650 kronor ($0,055 \times 2\,230\,000 = 122\,650$), vilket även motsvarar den anbudssumma/månadshyra som IMPROD hade varit beredd att lämna anbud på till Akademiplatsen.

Avbrytandebeslutet avseende Upphandling 1 meddelades redan den 4 juni 2018 och påståendet om att Akademiplatsen tidsmässigt inte bort räkna med en överprövning av detta beslut är således helt felaktigt, då en överprövning av avbrytandebeslutet tidsmässigt motsvarar en överprövning av det inledande tilldelningsbeslutet (vilket en upphandlande myndighet enligt entydig praxis ska kalkylera med i sin tidsplanering inför en kommande upphandling). Det ska vidare noteras att avbrytandebeslutet motiverades av otydligheter i Akademiplatsens eget förfrågningsunderlag. Den synnerliga brådska som uppstod var således ensamt orsakad av Akademiplatsen. Redan på denna grund borde det ha stått klart för Akademiplatsen att en direktupphandling av hyra av LED-vägg inte var möjlig.

Under alla omständigheter måste det varit uppenbart för Akademiplatsen att anskaffningen aldrig skulle kunna uppfattas som absolut nödvändig (vilket är ytterligare ett uttryckligt lagkrav för att en direktupphandling av aktuellt slag ska få genomföras). Enligt direktivet till LOU kan en anskaffning endast anses vara absolut nödvändig om den utgörs av sådant som behövs för att skydda allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet eller för att skydda människors och djurs hälsa och liv eller för att bevara växter. Exempel på behov som har accepterats som nödvändiga är livsmedel till skolor, förskolor och servicehus.

En LED-vägg till Borås Kongress är självfallet inte något som behövs för allmän ordning, moral eller säkerhet eller till skydd av människor, djur eller växter på det sätt som anges ovan. En LED-vägg går givetvis inte heller att jämföra med behovet av livsmedel till allmänna inrättningar. Detta måste Akademiplatsen förstått och valt att bortse ifrån då man trots detta valde att ingå ett hyresavtal med Ledgruppen, som till sitt kontraktsvärde vida översteg fastslagen direktupphandlingsgräns.

I denna del ska det vidare noteras att andra, mindre kostsamma, lösningar hade kunnat vidtas av Akademiplatsen istället för den aktuella förhyrningen av en LED-vägg. Bl.a. hade en projektor (eller flera) kunnat förhyras eller hade billigare LED-skärmar kunnat köpas/hyras in. Båda alternativen hade kunnat ske till en betydligt lägre kostnad, som med all sannolikhet dessutom understigit direktupphandlingsgränsen (och således varit tillåten). IMPROD var även i kontakt med Akademiplatsen under sommaren 2018 för att diskutera sådana alternativa lösningar. IMPROD fick då beskedet att några alternativa eller tillfälliga lösningar inte var aktuella, utan att en ny upphandling skulle annonseras inom kort (helt i enlighet med vad som tidigare förmedlats i avbrytandebeslutet, men i direkt strid med vad som faktiskt skedde i augusti 2018).

Vad gäller den aktuella förhyrningen av LED-väggen från Ledgruppen ska det även noteras att Akademiplatsens påstående om att bolaget inte hyrt någon LED-vägg sedan förvaltningsrättens dom vann laga kraft, inte är en korrekt beskrivning av verkligheten. Den aktuella LED-väggen har - tvärtemot vad Akademiplatsen påstår - de facto funnits på plats i kongresshuset under en period som översteg den avtalade hyrestiden - förmodligen pga. en försenad leverans av den nya LED-vägg som upphandlades genom Akademiplatsens försorg under våren 2019 ("Upphandling 2").

Enligt uppgift har Ledgruppen under hela den tid som gått utöver den inledande sexmånadersperioden (då Akademiplatsen betalt hyra) erhållit ersättning direkt från Akademiplatsens hyresgäst, som i sin tur erhållit en nedsättning av hyran som fullt ut motsvarar den aktuella hyreskostnaden till Ledgruppen. Akademiplatsen har således fullt ut finansierat den fortsatta förhyrningen, även om betalningen genomförts av Akademiplatsens hyresgäst (trots att någon formell överlåtelse av avtalet inte ska ha skett).

Frågan kring Akademiplatsens betalning av hyra till Ledgruppen saknar dock helt betydelse vid bedömningen av under vilken period som IMPROD:s skada ska beräknas. Om den aktuella förhyrningen hade upphandlats på ett korrekt sätt (och IMPROD således haft möjlighet att lämna anbud och vinna upphandlingen) hade

avtalet aldrig kunnat ogiltigförklaras och således hade IMPROD erhållit hyra direkt från Akademiplatsen under hela den aktuella hyrestiden.

Vad gäller Upphandling 2 så ska det vidare noteras att Akademiplatsen – trots förvaltningsrättens dom som klargjorde att den aktuella förhyrningen var otillåten - anpassade Upphandling 2 i syfte att möjliggöra för Ledgruppen att offerera den otillåtet förhyrda LED-väggen till Akademiplatsen. Detta framgår inte minst av att Akademiplatsen uttryckligen öppnade upp för möjligheten att komma in med anbud som innefattade begagnade LED-väggar i Upphandling 2. Ledgruppen lämnade även in ett anbud i Upphandling 2, vilket (inte särskilt förvånande) kraftigt understeg övriga anbudsgivares anbudspriser då bolaget redan hade fått kostnadstäckning för sin investering i den aktuella LED-väggen. Enda anledningen till att Ledgruppen inte tilldelades det fortsatta uppdraget var således rena formella/administrativa brister i Ledgruppens anbud.

Hade IMPROD tilldelats det inledande hyresavtalet istället för Ledgruppen hade således bolaget med all sannolikhet även vunnit Upphandling 2. IMPROD vidhåller även att bolaget under alla omständigheter hade tilldelats det inledande hyresavtalet om Akademiplatsen hade konkurrensutsatt uppdraget. Som tidigare påpekats framgår detta bl.a. av att IMPROD de facto tilldelades uppdraget i Upphandling 1 och även var en av två kvalificerade anbudsgivarna i Upphandling 2. I detta sammanhang ska det dock vidare klargöras att upphandlingsrättsligt skadestånd inte kräver att IMPROD faktiskt visar att IMPROD hade vunnit den hypotetiska upphandlingen av hyresavtalet, utan endast att det är sannolikt att IMPROD skulle ha lämnat ett anbud och därvid skulle haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet (se NJA 2007 s. 349). Att så är fallet kan under rådande omständigheter knappast ifrågasättas.

Vad gäller det aktuella skadeståndsanspråket storlek så måste det även noteras att den ogiltigförklarade förhyrningen och Upphandling 2 skiljer sig väsentligt åt. Den mest väsentliga skillnaden ligger i uppdragets längd. Upphandling 2 har haft en garanterad avtalslängd om tre år, med en tillhörande optionstid om ytterligare två år.

Sammantaget har Upphandling 2 alltså innefattat en möjlig hyrestid om fem år. Det ogiltigförklarade avtalet om den inledande förhyrningen hade dock endast en avtalslängd om ett år, utan tillkommande optionstid. Detta innebär att en jämförelse med de anbudspriser som lämnats inom ramen för Upphandling 2 blir helt missvisande och därför inte heller kan ligga till grund för en beräkning av IMPROD:s skada. Detta framgår även tydligt av den leasingavgift om 174 800 kronor per månad som Akademiplatsen betalat till Ledgruppen under det ogiltigförklarade avtalet (dvs. en hyra som överstiger Akademiplatsen vitsordade belopp i denna del med nästan 100 000 kr per månad). Troligen hade även den mycket korta hyrestiden (och den därmed ökande risken för leverantören) inneburit att endast ett fåtal aktörer hade haft möjlighet att lämna anbud i en sådan upphandling (då en refinansiering via ett finansbolag inte är lika lätt att åstadkomma under dessa premisser).

Inte heller är det relevant att jämföra installationskostnaden i IMPROD:s anbud i Upphandling 2 med den som angivits i IMPROD:s skadeståndsberäkning, då det angivna beloppet om 96 500 kronor i Upphandling 2 är vad IMPROD begärt i ersättning för den aktuella installationen och alltså inte motsvarar IMPROD:s egna kostnad för densamma (vilket är det belopp som rätteligen ska beaktas i detta sammanhang).

Akademiplatsen har till stöd för sitt bestridande anfört i huvudsak följande.

Akademiplatsen genomförde under 2018 en upphandling av LED-vägg till Borås Kongress, diarienummer 2018/IN0028. Upphandlingen tilldelades till IMPROD och överprövades av två andra anbudsgivare efter tilldelningsbeslutet. Av ansökningarna om överprövning framkom att det fanns otydligheter i upphandlingsdokumenten vilket hade föranlett att olika anbudsgivare hade gjort olika tolkningar, bland annat av vad som skulle ingå i de olika prispositionerna. Detta gjorde att de offererade priserna, utifrån otydligheterna, inte kunde jämföras och Akademiplatsen beslutade därför att avbryta upphandlingen. Även beslutet att avbryta upphandlingen överprövades och

avgjordes av förvaltningsrätten i Jönköping i november 2018 med resultatet att ansökningarna om överprövning avslogs.

Upphandling 1, diarienummer 2018/IN0028, avbröts således eftersom den var så pass otydlig att anbudsgivarna inte kunde förstå hur priset skulle anges. På grund av detta går det inte att klart säga vilken anbudsgivare som skulle ha vunnit den om underlaget varit tydligt. Med anledning av otydligheterna och att upphandlingen inte avsåg en likadan LED-vägg som den inhyrda går det inte att använda denna upphandling för att avgöra huruvida IMPROD sannolikt skulle kunnat tilldelas ett kontrakt på den hyrda LED-väggen eller inte.

För att kunna ha en LED-vägg på plats till invigningen av Borås Kongress samt fram till en ny upphandling kunnat genomföras valde Akademiplatsen att hyra en enklare LED-vägg, än den som var tänkt att upphandlas, under 12 månader. Avtal gällande detta tecknades med Ledgruppen med en avtalstid från och med november 2018 till och med oktober 2019.

IMPROD ansökte i oktober 2018 om överprövning av avtalets giltighet. Förvaltningsrätten i Jönköping konstaterade i sin dom att det förelåg synnerlig brådska, vilken inte berodde på Akademiplatsen, samt att Akademiplatsen inte hade anledning att planera för att även beslutet att avbryta upphandlingen skulle bli överprövat och att den synnerliga brådska således inte var något som Akademiplatsen kunde ha förutsett. Förvaltningsrätten ansåg dock inte att det var absolut nödvändigt att tilldela kontraktet och beslutade därför att ogiltigförklara hyresavtalet mellan Akademiplatsen och Ledgruppen. Domen vann lagakraft den 3 april 2019 efter att Högsta förvaltningsdomstolen beslutat att inte meddela prövningstillstånd. Efter avtalet ogiltigförklarades har Akademiplatsen inte hyrt någon LED-vägg, i väntan på att avtalet från den nya upphandlingen skulle börja gälla, och LED-väggen hyrdes således endast under sex månader.

Akademiplatsen anser inte att det är relevant att debattera omständigheterna kring det upphävda hyresavtalet. Förvaltningsrätten har ogiltigförklarat hyresavtalet.

Akademiplatsen kan dock konstatera att det – tvärt emot vad som påstås av IMPROD – är fastställt i förvaltningsrättens avgörande att det förelåg synnerlig brådska och att denna brådska inte berodde på eller kunde ha förutsetts av Akademiplatsen.

IMPROD:s påstående att några alternativa lösningar inte övervägdes är felaktigt. Akademiplatsen tittade på olika lösningar och kom fram till att det inte skulle gå att genomföra för en lägre kostnad, särskilt utifrån att det skulle inneburi att en ombyggnation av vissa delar av lokalen hade behövt genomföras. När IMPROD var i kontakt med Akademiplatsen under sommaren 2018 var förhoppningen att det fortfarande skulle kunna genomföras en upphandling och få en LED-vägg på plats till invigningen. Med anledning av att Förvaltningsrättens dom gällande det överprövade avbrytandebeslutet inte kom förrän 15 november 2018 visade det sig att detta inte var möjligt.

Akademiplatsen genomförde under våren 2019 en ny upphandling, med diarienummer 2019-00017IN, av en LED-vägg som motsvarade den inhyrda och således med en lägre kravnivå än i den tidigare upphandlingen. Kravnivån sänktes utifrån att Akademiplatsen kunnat konstatera att denna lägre nivå uppfyllde bolagets behov. Utifrån att den nya upphandlingen, med diarienummer 2019-00017IN, motsvarar den inhyrda LED-väggen, vilket inte är fallet med den tidigare upphandlingen, bör en eventuell skada bedömas utifrån denna upphandling. Detta för att på ett jämförbart sätt kunna bedöma såväl sannolikheten att IMPROD skulle ha tilldelats kontraktet som storleken på ett eventuellt skadestånd. Att den hyrda LED-väggen från Ledgruppen inte uppfyller kraven enligt upphandlingen, 2018/IN0028, har vidare bekräftats av IMPROD i ett brev, daterat 5 april 2019, till Akademiplatsen.

I upphandlingen, 2019-00017IN ("Upphandling 2"), inkom det sju anbud varav anbudet från IMPROD var ett av dessa. Av anbudsgivarna så hade alla utom två missat att bifoga någon form av dokumentation och uteslöts därför. Kontraktet tilldelades det

ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till pris, vilket kom från Noxab i Malmö AB. Akademiplatsen kan således konstatera att i en konkurrensutsatt situation på en LED-vägg med samma krav som den inhyrda lämnade IMPROD inte det lägsta anbudet. Akademiplatsen anser därmed inte att det kan hållas sannolikt att de skulle ha gjort det vid en upphandling av hyresavtalet heller. Detta styrks ytterligare av att fyra av de fem förkastade anbuden i den nya upphandlingen lämnat ett lägre pris än IMPROD och skulle om de inte hade missat att bifoga dokumentation sannolikt ha tilldelats kontraktet före IMPROD.

För att en ersättningsgill skada ska uppstå krävs det att leverantören sannolikt skulle ha tilldelats kontraktet om upphandlingsfelet inte skulle ha förekommit. Utifrån ovanstående anser inte Akademiplatsen att IMPROD har lidit någon ersättningsgill skada eftersom de sannolikt inte skulle ha tilldelats kontraktet även om affären hade konkurrensutsatts.

Skulle tingsrätten anse att en ersättningsgill skada föreligger anser Akademiplatsen att det av IMPROD yrkade beloppet är felaktigt uträknat och för högt. Akademiplatsen anser att ett rimligt belopp i så fall skulle vara 141 500 kr i enlighet med beräkning nedan.

- Inköp LED-vägg: 2 230 000 kr
- Avskrivningstid: 3 år
- Restvärde: 850 000 kr
- Avskrivningskostnad per år: $(2\,200\,000 - 850\,000) / 3 = 460\,000$ kr/år
- Avskrivningskostnad per månad: $460\,000 / 12 = 38\,333$ kr/månad
- Installationskostnad: 96 500 kr
- Leasingkostnad: 78 000 kr/månad
- Uteblivna intäkter: 6 månader x 78 000 kr = 468 000 kr
- Eventuell skada: $468\,000 - (38\,333 * 6) - 96\,500 = 141\,500$ kr

Beloppet är framräknat utifrån de summor IMPROD offererat i upphandlingen, 2019-000171N, undantaget summan för inköp av LED-vägg, vilket inte efterfrågades i upphandlingen, där Akademiplatsen har fått förlita sig på summan IMPROD angett i sin stämmingsansökan. Eftersom upphandlingen baserades på tre år, med ett efterföljande restvärde, har denna tid använts för att räkna ut avskrivningen. Det eventuella skadeståndet har beräknats på sex månader eftersom hyresavtalet med Ledgruppen endast pågick under denna period och IMPROD:s skada således inte bör avse en längre period.

Akademiplatsen har inte hyrt någon LED-vägg sedan avtalet ogiltigförklarades. Eftersom Akademiplatsen inte har kunnat tillhandahålla någon LED-vägg under perioden har hyran sänkts för driftsentreprenören med anledning av förändrade förutsättningar. Under denna period har driftsentreprenören själv fått ordna med behövd utrustning. Akademiplatsen har aldrig påstått att det inte har funnits en LED-vägg i Borås Kongress, endast att den inte är hyrd av Akademiplatsen.

UTREDNING

IMPROD har som skriftlig bevisning åberopat faktura från IMPROD till Göteborgsoperan, tilldelningsbeslut från Göteborgsoperan, inköpsavtal avseende den LED-skärm som IMPROD in till Göteborgsoperan, IMPROD:s årsredovisning för räkenskapsåret 2018, tilldelningsbeslut av den 8 maj 2018, hyresavtal med avtalsnummer 1808291154 ingånget mellan Akademiplatsen och Ledgruppen samt upphandling 2019-000171N.

Akademiplatsen har som skriftlig bevisning åberopat tilldelningsbeslut av den 10 maj 2019, utvärdering från upphandling 2019-000171N, tekniskspecifikation hyresavtalet, tekniskspecifikation från upphandling 2019-000171N, tekniskspecifikation från upphandling 2018-IN0028, brev från IMPROD till Akademiplatsen daterat den 5 april 2019, IMPROD:s anbudsspecifikation från upphandlingen 2019-000171N,

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom i mål 5154-18 och Förvaltningsrätten i Jönköpings dom i mål 2584-18.

På IMPROD:s begäran har vittnesförhör hållits med bolagets försäljningschef Stefan Isaksson och Ledgruppens VD Akkileus Konstantoulas.

DOMSKÄL

Käromålet

Förutsättningar för skadeståndsskyldighet

Enligt 20 kap. 20 § första stycket LOU ska en upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LOU ersätta den leverantör som därigenom drabbats av skada. Av andra stycket framgår att rätten till skadestånd inbegriper leverantörens kostnader för att förbereda anbudet och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i LOU menligt har påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet. En första förutsättning för att skadestånd ska utgå är att överträdelsen av bestämmelserna i LOU är tillräckligt klar. I detta ligger att det ska vara fråga om en tydlig och inte bagatellartad avvikelse från de principer som gäller vid offentlig upphandling. Vidare krävs att det finns ett direkt orsakssamband mellan överträdelsen och den skada som den enskilde har lidit. (Se NJA 2016 s. 358.) Skadeståndsansvaret är strikt och inträder alltså oberoende av uppsåt eller oaktsamhet.

Av förarbetena till LOU följer att det är den som begär ersättning som har bevisbördan för skada, se prop. 1992/93:88 s. 102 f. Den som begär ersättning ska bevisa skadan samt att det finns ett orsakssamband mellan den uppkomna skadan och den felaktiga upphandlingen. Med uppkommen skada avses både onödiga kostnader och utebliven vinst. En kostnad som leverantören har ådragit sig i en överprövningsprocess kan i vissa fall anses onödig och därmed utgöra en ersättningsgill skada enligt 20 § första stycket.

I den situationen att det har fattats ett *felaktigt tilldelningsbeslut* och det därefter har ingåtts ett kontrakt med den som angetts i tilldelningsbeslutet, kan en leverantör som förlorat kontraktet ha rätt till skadestånd för utebliven vinst (det positiva kontraktsintresset). Detta förutsätter att leverantören visar att det är sannolikt att han förlorat kontraktet till följd av upphandlingsfelet eller, annorlunda uttryckt, att han med bortseende av det ansvarsgrundande upphandlingsfelet sannolikt skulle ha ingått tilldelningsbeslut. Det är alltså i detta fall kontraktstecknandet som är skadeståndsgrundande.

När ett *upphandlingsförfarande inte har inletts* är det svårt att fastställa vilken leverantör som skulle ha fått kontraktet om anbud hade inforrats. I en sådan situation är det tillräckligt för att skadestånd ska utgå att leverantören visar att han sannolikt skulle ha lämnat ett anbud och att han därvid skulle ha haft en realistisk möjlighet att få kontraktet. Skadestånd kan då bestämmas efter en skönsmässig bedömning och utgå med ett belopp som är skäligt med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikten till vinst. Även i dessa fall kan skadeståndet alltså behöva uppgå till mer än nedlagda kostnader och innefatta viss utebliven vinst. (Se NJA 2000 s. 712 och NJA 2007 s. 349.)

En tillräckligt klar överträdelse av LOU

Det är i målet ostridigt att Akademiplatsens hyresavtal med Ledgruppen varit en otillåten direktupphandling och således en överträdelse av bestämmelserna i LOU. Vidare är det ostridigt att hyresavtalet har ogiltigförklarats av Förvaltningsrätten i Jönköping. Överträdelsen har därmed varit tillräckligt klar för att grunda skadeståndsskyldighet för Akademiplatsen.

Det hypotetiska händelseförloppet

IMPROD har yrkat skadestånd för utebliven vinst. Prövningen av frågan om det finns ett sådant orsakssamband som krävs för att IMPROD har rätt till begärt skadestånd för utebliven vinst som hänför sig till upphandlingen ska göras utifrån ett antaget händelseförlopp där Akademiplatsen inte direktupphandlat uppdragsavtalet utan i

stället tillämpat ett annonserat förfarande. Bedömningen av det hypotetiska händelseförloppet bör ha sin utgångspunkt i vad som typiskt sett skulle ha varit en närliggande och rimlig händelseutveckling. Om någon annan händelseutveckling än den faktiska inte kan antas, föreligger det i princip inte någon ersättningsgill skada. För det fall flera händelseförlopp framstår som närliggande och rimliga, är utgångspunkten att skadebedömningen ska göras på grundval av den händelseutveckling som framstår som mest sannolik. (Se NJA 2014 s. 272 p. 47 och 48).

Parterna har haft olika uppfattningar när det gäller vilket hypotetiskt händelseförlopp som ska vara utgångspunkt för kausalitetsprövningen. IMPROD har hävdade att jämförelse ska ske med utgångspunkt i det ogiltigförklarade hyresavtalet. Enligt Akademiplatsen ska jämförelsen i stället göras med Upphandling 2.

Av utredningen framgår att Akademiplatsens avsikt med att direktupphandla en LED-vägg till Borås Kongress var att få en sådan vägg på plats till invigningen under hösten 2018. Mot den bakgrunden anser tingsrätten att en närliggande och rimlig händelseutveckling - och därmed det hypotetiska händelseförloppet - hade varit en annonserad upphandling av ett temporärt avtal, innehållsmässigt motsvarande det ogiltigförklarade hyresavtalet.

Har IMPROD visat att det sannolikt skulle ha lämnat ett anbud samt att det skulle ha haft en realistisk möjlighet att få kontraktet?

Frågan är därmed om IMPROD visat att det sannolikt skulle ha lämnat ett anbud vid ett annonserat förfarande samt att det skulle ha haft en realistisk möjlighet att få kontraktet.

Utgångspunkten vid prövningen av den frågan är att IMPROD hade deltagit i Upphandling 1 och sedermera även kom att delta i Upphandling 2. Stefan Isaksson har i sitt förhör därtill berättat att IMPROD var i kontakt med Akademiplatsen sedan Upphandling 1 avbrutits för att diskutera olika tillfälliga lösningar som bolaget skulle kunna bistå med. Mot den bakgrunden saknas det skäl att ifrågasätta Stefan Isakssons

uppgift om att IMPROD hade lämnat ett anbud för det fall uthyrningen av LED-väggen hade föregåtts av ett annonserat upphandlingsförfarande.

Nästa fråga blir då om IMPROD skulle ha haft en realistisk möjlighet att få kontraktet. Av åberopat hyresavtal mellan Akademiplatsen och Ledgruppen framgår att Akademiplatsen hyrde den aktuella LED-väggen av Ledgruppen för en kostnad om 174 800 kr per månad och att hyrestiden var avtalad till att avse 12 månader. Stefan Isaksson har uppgett att IMPROD bl.a. sysslar med korttidshyra av LED-väggar och hans bedömning är att IMPROD de hade lämnat ett anbud om uthyrning av relevant LED-vägg till en kostnad om cirka 120 000 kr per månad, vilket motsvarar cirka fem till sex procent av inköpspriset av den aktuella LED-väggen och är i enlighet med IMPROD:s prissättning vid längre korttidshyra av LED-väggar än uthyrning per vecka. Genom förhöret med Stefan Isaksson och åberopat tilldelning beslut från Göteborgsoperan har det således framkommit att IMPROD hade kunnat tillhandahålla en LED-vägg av det slag som efterfrågats. Mot denna bakgrund, och då IMPROD vunnit Upphandling 1, var en av två godkända anbudsgivare i Upphandling 2, och även vunnit upphandlingen avseende korttidshyra av LED-vägg till Göteborgsoperan, som synes likna den här aktuella anser tingsrätten att IMPROD även visat att bolaget skulle ha haft en realistisk möjlighet att tilldelas uppdragsavtalet (Jfr. Se Svea Hovrätts dom den 13 maj 2018 i mål T 7651-18). Som en följd av det är Akademiplatsen skyldigt att betala skadestånd till IMPROD.

Skadeståndet för utebliven vinst och onödiga kostnader

Vid angiven bedömning ska skadeståndet bestämmas till ett skäligt belopp med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikten till vinst. Som framgått ovan kan skadeståndet således även avse utebliven vinst. IMPROD har yrkat ersättning för utebliven vinst med 1 010 800 kr. Akademiplatsen har i sin tur uppgett att IMPROD:s eventuella skada endast uppgått till 141 500 kr. Nedan redogör tingsrätten för sin bedömning avseende de olika posterna i IMPROD:s skadeståndsyrkande.

Kostnad för inköp av LED-skärm

IMPROD har uppgett att den LED-skärm som hade varit bolaget haft att inköpa för aktuellt uppdrag hade kostat 2 230 000 kr. Detta belopp som har vitsordats av Akademiplatsen. Tingsrätten har således att utgå från beloppet vid skadeberäkningen.

Avskrivningstid för LED-skärm och ev. restvärde

IMPROD har vidare uppgett att avskrivningstiden för aktuell LED-skärm hade uppgått till fem år och i detta avseende hänvisat till bolagets årsredovisning för 2018. Att IMPROD tillämpar en femårig avskrivningstid för anläggningstillgångar talar med styrka talar för att avskrivningstiden även här ska bestämmas till fem år. I samma riktning talar den omständigheten att hyrestiden vid såväl Upphandling 1 som Upphandling 2 uppgick till tre år med en tillkommande optionstid om två år, dvs. en sammanlagd hyrestid om fem år. Akademiplatsen dock anfört att avskrivningstiden för aktuell LED-skärm ska bestämmas till tre år med ett restvärde för LED-skärmen om 850 000 kr. Som grund härför har Akademiplatsen anfört att Upphandling 2 baserades på tre år. Oavsett vilken metod som används har dock parterna vid skadeberäkningen utgått från en avskrivningskostnad per år om 460 000 kr, vilket också är det belopp som tingsrätten utgår ifrån vid skadeberäkningen.

Installationskostnad

IMPROD har vid sin skadeberäkning utgått ifrån en installationskostnad för LED-skärmen om 15 000 kr. Akademiplatsen har istället anfört att installationskostnaden ska bestämmas till 96 500 kr eftersom detta är det belopp som IMPROD angett i samband med upphandlingsförfarandet i Upphandling 1. Stefan Isaksson har i sitt förhör bekräftat att de i anbudsförfarandet angett att kostnaden för installation uppgår till 96 500 kr, men att det motsvarar det belopp som IMPROD avsett att debiterar kunden och inte den kostnad som bolaget haft i anledning härav. Han har vidare uppgett att det här skulle ha varit frågan om en enklare installation och kostnaden för IMPROD för installation istället skulle ha uppgått till mellan 13 000 – 18 000 kr. Stefan Isaksson har vidare uppgett att beloppet om 13 000 – 18 000 kr motsvarar två till tre personers arbete under några dagar. Vid beräkningen av storleken av IMPROD:s

uteblivna vinst anser tingsrätten att det är IMPROD:s kostnad för installationen som ska avräknas och inte det belopp som IMPROD skulle ha debiterat Akademiplatsen. Tingsrätten anser vidare att det saknas skäl att ifrågasätta de uppgifter som Stefan Isaksson lämnat under ed om att kostnaden för installation för IMPROD för installationen skulle ha uppgått till mellan 13 000 – 18 000 kr. Akademiplatsen har därtill – under förutsättning att tingsrätten anser att den av IMPROD angivna grunden för beräkning av en eventuell ersättningsgill skada ska anses vara den korrekta vitsordat de av IMPROD angivna beloppen som skäligen i och för sig – varför tingsrätten vid skadeberäkningen utgår från en installationskostnad om 15 000 kr.

Uteblivna intäkter

När det gäller uteblivna intäkter har IMPROD uppskattat denna post per månad till 122 650 kr. Beloppet om 122 650 kr motsvarar 5,5 procent av inköpspriset av den aktuella LED-skärmen om 2 230 000 kr. Stefan Isaksson har i sitt förhör uppgett att IMPROD vid veckouthyrning av LED-väggar debiterar motsvarande tio procent av inköpspriset och vid månadshyra debiterar mellan fem till sex procent av inköpspriset. Stefan Isaksson därtill uppgett att IMPROD vid uthyrning av LED-väggar till Göteborgsoperan fakturerade Göteborgsoperan cirka 5,5 procent av inköpspriset och att skillnaden mellan den upphandlingen och den hypotetiska upphandlingen är marginell. Tingsrätten saknar skäl att ifrågasätta dessa uppgifter. Stefan Isakssons uppgifter i denna del får också stöd av åberopad faktura till Göteborgsoperan.

Akademiplatsen har i sin tur uppgett att den uteblivna intäkten istället bör uppgå till 78 000 kr, vilket motsvarar det belopp som IMPROD angett i Upphandling 2. Stefan Isaksson har härvid uppgett att beloppet om 78 000 kr har beräknats med hänsyn till en hyrestid om fem år, medan det ogiltigförklarade hyresavtalet avsåg ett år. Att den debiterade hyreskostnaden många gånger blir lägre vid en längre hyresperiod än vid en kortare får anses allmänt veterligt. Att så är fallet även vid uthyrning av LED-skärmar får därtill starkt stöd av det faktum att Akademiplatsen betalade Ledgruppen 174 800 kr per månad i hyra för LED-vägg i enlighet med det ogiltigförklarade hyresavtalet. Akkileus Konstantoulas har i sitt förhör därtill uppgett att det stämmer att

Ledgruppen debiterade cirka 170 000 kr i månaden för den aktuella LED-väggen och att det beloppet täckte kostnaden för LED-väggen och transporten av densamma och att bolaget inte gjorde en stor vinst under uthyrningstiden. Han har dock uppgett att Ledgruppen kom att göra en god vinst på LED-väggen när de senare sålde den vidare.

Utifrån den bevisning som presenterats anser tingsrätten att de uteblivna intäkterna vid skadeberäkningen inte ska bestämmas utifrån de belopp som IMPROD angett i sitt anbud i Upphandling 2 som avsåg en hyresperiod om tre till fem år utan istället – såsom IMPROD gjort gällande – får beräknas utifrån vad som skulle varit skäligt vid ett hyresavtal om ett år. Akademiplatsen har vitsordat det angivna beloppet som skäligt i och för sig om tingsrätten skulle anse att den av IMPROD angivna grunden för beräkning av en eventuell ersättningsgill skada är den korrekta. Tingsrätten kommer därför vid skadeberäkningen utgå från att de uteblivna intäkterna uppgick till 122 650 kr per månad.

När det slutligen gäller om skadeståndet ska avse uteblivna intäkter om sex eller tolv månader gör tingsrätten följande överväganden. I målet är ostridigt att det ogiltigförklarade hyresavtalet mellan Akademiplatsen och Ledgruppen avsåg tolv månader. Vidare är det ostridigt att hyresavtalet ogiltigförklarades efter sex månader men att LED-skärmen kom att sitta kvar mer än de avtalade tolv månaderna. Slutligen är det ostridigt att hyran för LED-skärmen sedan hyresavtalet kom att ogiltigförklaras kom att betalas av hyresgästerna i Borås Kongress och att hyresgästerna fick en hyressänkning med motsvarande belopp. Av vittnesförhöret med Akkileus Konstantoulas framgår att LED-gruppen – genom ett leasingbolag – endast tecknat avtal med Akademiplatsen avseende hyran av LED-skärmen och att de från Ledgruppens sida hade kontakt med en och samma motpart under hela hyresperioden. Av Akkileus Konstantoulas uppgifter framgår således att hyrestagaren hela hyrestiden varit Akademiplatsen även om Akademiplatsen gjort en överenskommelse med hyresgästerna i Borås Kongress att dessa rent faktiskt betalade hyran för Led-väggen varje månad mot att de fick en hyressänkning om motsvarande belopp. Härav följer att skadeståndet vid skadeberäkningen ska avses uteblivna intäkter avseende tolv månader

i enlighet med vad IMPROD gjort gällande. Det uteblivna intäkterna uppgår därmed till 1 471 800 kr (12 månader *122 650 kr).

Akademiplatsen ska således betala skadestånd till IMPROD med sammanlagt 1 010 800 kr (1 471 800 kr – 446 000 kr – 15 000 kr). Begärd ränta har vitsordats av Akademiplatsen.

Sammanfattning

Landstinget har genom en otillåten direktupphandling orsakat IMPROD skada i form av utebliven vinst med ett belopp om 1 010 800 kr. Det innebär att Akademiplatsen ska betala skadestånd till IMPROD med 1 010 800 kr jämte ränta.

Rättegångskostnader

Med hänsyn till utgången i målet ska Akademiplatsen ersätta IMPROD:s rättegångskostnad. Om beloppen råder ingen tvist. Akademiplatsen ska därför ersätta IMPROD:s rättegångskostnad med 199 477 kr jämte ränta enligt lag.

ANVISNING FÖR ÖVERKLAGANDE, se bilaga 1 (TR 02)

Överklagande kan ske till Hovrätten för Västra Sverige och ska ha inkommit till tingsrätten senast den 23 februari 2021. Prövningstillstånd krävs.

Marie Sobilius



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.