



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Magdalena Mikic

Offentlighet och sekretess i offentlig upphandling

Examensarbete
20 poäng

Hans-Heinrich Vogel

Offentlig rätt

Termin
Ht 2004

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte	6
1.2 Avgränsning	6
1.3 Metod och material	7
1.4 Disposition	8
2 BAKGRUND	9
2.1 Allmänt offentlig upphandling	9
2.2 EG-rätt	9
2.2.1 Affärsmässighet och konkurrens	10
2.2.2 Öppenhet	12
2.3 Nya direktiv på upphandlingsområdet	13
2.4 Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling	13
2.5 Förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt	14
2.5.1 Direkt effekt	15
2.5.2 EG-rättens företräde framför nationell rätt	16
3 HANDLINGSOFFENTLIGHET OCH SEKRETESS	17
3.1 Rätten till insyn	17
3.2 Offentlighetsprincipen	17
3.3 Inskränkningar i rätten att ta del av allmänna handlingar	19
3.4 Upphandlingssekretess	20
3.4.1 Allmänt om 6 kap. 2 § sekretesslagen	21

3.4.2	Allmänt om 8 kap. 10 § sekretesslagen	22
3.5	Enheter som är skyldiga att iaktta TF	22
4	ANBUDSSEKRETESS	24
4.1	Absolut sekretess	24
4.2	Syftet med absolut sekretess	24
4.3	Rättsläget före år 2002	25
4.4	Alcatel-målet	26
4.4.1	Bakgrund	26
4.4.2	Den nationella domstolens frågor	27
4.4.3	EG-domstolens prövning i sak	28
5	UPPLYSNINGSPLIKT ENLIGT LOU OCH ÄNDRAD ANBUDSSEKRETESS	30
5.1	Alcatel-domens påverkan på svensk nationell rätt	30
5.2	Införande av upplysningsplikt i LOU	31
5.2.1	Utlämnande av upplysningar enligt 1 kap. 28 § LOU skall sekretessprövas	32
5.2.2	Konflikt mellan LOU och sekretesslagen?	32
5.3	Ändringar i sekretessreglerna avseende absolut sekretess	33
5.3.1	Begäran om utlämning av handling för att få insyn i tilldelningsbeslutet i praxis	34
6	SEKRETESS EFTER ATT BESLUT OM TILDELNINGSKONTRAKT HAR MEDDELATS	36
6.1	Begreppet skada i 6 kap. 2 § första stycket sekretesslagen	36
6.2	Begreppet skada i 8 kap. 10 § första stycket sekretesslagen	37
6.3	Skaderekvisitet i rättspraxis	38
6.3.1	Om ett utlämnande kan antas påverka kommande anbudsförfaranden negativt <i>föreligger skada</i>	39
6.3.2	Om en part konkretiserat risken för skallda <i>föreligger skada</i>	40
6.3.3	Om myndighetens ställning i förhandlingar på grundval av anbudet försvagas <i>föreligger skada</i>	41
6.3.4	Om uppgifterna är allmänt hållna föreligger <i>inte skada</i>	42
6.3.5	Utlämnning av vissa prisuppgifter innebär <i>inte skada</i>	43
7	SEKRETESS MED ANLEDNING AV ÖVERPRÖVNING	45
7.1	Överprövning av upphandling	45

7.2	Överprövning och sekretessfrågor i praxis	45
8	SEKRETESS EFTER AVBRUTEN UPPHANDLING	47
8.1	Avbruten upphandling	47
8.2	Avbruten upphandling och sekretessfrågor i praxis	47
9	FRÅN ANBUD TILL KONTRAKT- EN SAMMANFATTANDE ANALYS	49
10	AVSLUTANDE SYNPUNKTER	52
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	53
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	55

Sammanfattning

Den offentliga upphandlingen utgör en stor marknad i de flesta länder i fråga om varor, entreprenader och tjänster. Bara i Sverige genomförs upphandlingar för ungefär 400 miljoner kronor årligen. Den offentliga upphandlingen regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU. LOU bygger i sin tur huvudsakligen på EG-direktiv. EG-direktiven reglerar upphandlingar över vissa tröskelvärden, emedan LOU även omfattar upphandlingar under tröskelvärdena. Syftet med lagstiftningen är bland annat att skapa goda konkurrensförutsättningar på en öppen och fri marknad. En upphandling skall genomföras i enlighet med LOU och därutöver skall också några allmänna principer iakttas så som principen om likabehandling och icke-diskriminering.

Principen om *öppenhet och insyn* är av betydelse för den här uppsatsen. Principen innebär att en upphandling skall vara förutsebar och inte ske i det fördolda. Det skall finnas insyn i upphandlingsförfarandet samt möjligheter till kontroll. Med insyn menas i den här uppsatsen rätten att ta del av allmänna handlingar som upprättats inom ramen för en offentlig upphandling. Rätten att ta del av allmänna handlingar regleras i 2 kap. TF. Huvudregeln är att allmänna handlingar är offentliga. Historiskt sett har svensk rätt präglats av en vidsträckt offentlighetsprincip, vars syfte har varit och ännu är, att skapa garantier mot maktmissbruk. Rätten att ta del av allmänna handlingar begränsas genom bestämmelser i sekretesslagen. Syftet med uppsatsen är att redogöra för bestämmelserna som reglerar sekretess i den offentliga upphandlingen. Bestämmelserna återfinns i 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § första stycket sekretesslagen (1980:100). Reglerna skall skydda mot utlämning av uppgifter som rör det allmännas respektive den enskildes ekonomiska förhållanden om det kan antas att ett utlämnande kan medföra skada.

I det inledande skedet av upphandlingen gäller sekretess enligt 6 kap. 2 § sekretesslagen. När upphandlingen är i skedet då anbud infordras och bedöms är samtliga allmänna handlingar hemliga på grund av att de omfattas av absolut sekretess. När sedan ett beslut om att anta ett anbud har meddelats, upphör absolut sekretess att gälla. Frågan om sekretess skall därefter prövas enligt ett rakt skaderekvisit. Sekretessbestämmelserna har till viss del förändrats genom ett förhandsavgörande från EG-domstolen i det s.k. Alcatel-målet. I förhandsavgörandet slår EG-domstolen fast att en leverantör måste ha rätt att få insyn i det beslut som den upphandlande enheten fattar i fråga om vilket anbud den skall anta. Det skall vara möjligt att överpröva beslutet, och för detta krävs att leverantörer får insyn i det. Förhandsavgörandet från EG-domstolen har bland annat medfört två lagändringar i svensk nationell rätt med anknytning till sekretessreglerna. En bestämmelse om upplysningsskyldighet har införts i LOU. Regeln ålägger alla upphandlande enheter att meddela sina anbudsgivare om vem som har tilldelats ett anbudsavtal. I förarbetena till lagändringen anges

att informationen i upplysningarna bör sekretessprövas innan de lämnas ut. Det finns därmed ett förhållande mellan upplysningsplikten och sekretesslagstiftningen. Bestämmelsen som reglerar absolut sekretess genomgick också förändringar genom Alcatel-målet på så sätt att absolut sekretess i dagsläget upphör att gälla när tilldelningsbeslut har fattats. Ett avslag på en begäran om utlämnande av en allmän handling har förr kunnat grundas på regeln om absolut sekretess. Med stöd i bestämmelsen har absolut sekretess gällt i upphandlingen till dess att kontrakt har slutits. Lagändringen tycks ha resulterat i en mängd frågor kring offentlighet och sekretess i den offentliga upphandlingen. Detta märks inte minst på rättspraxis på området.

Rättspraxis berör i allmänhet utlämning av handling efter att tilldelningsbeslut har meddelats. En begäran om utfående av en allmän handling skall sekretessprövas enligt 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen. Sekretessprövningen sker enligt ett rakt skaderekvisit av den upphandlande enheten själv. Huvudregeln är offentlighet, men om det kan antas att en uppgift kan medföra *skada* om den lämnas ut, skall uppgiften beläggas med sekretess. Vad som är att betrakta som *skada* har utarbetats i praxis då lagen inte ger någon närmare vägledning, och några generella särdrag kan urskiljas. Om det finns risk för att kommande anbudsförfaranden skadas om en uppgift röjs, eller att den upphandlande enhetens förhandlingsposition kan komma att påverkas vid ett utlämnande tycks skadebegreppet i 6 kap. 2 § sekretesslagen vara uppfyllt, se RÅ 1988 not. 236 samt RÅ 1990 not. 9. Om en part konkretiserat risken för skada, genom att utförligt redogöra för de följder som ett utlämnande kan innebära, anses skadebegreppet i såväl 6 kap. 2 § samt 8 kap. 10 § sekretesslagen uppfyllt. Detta har bland annat fastslagits i RÅ 1987 not. 370 och i RÅ 1989 not. 208. Däremot om en anbudsgivare inte närmare angivit eller motiverat kravet på sekretess anses det inte finnas något sekretessbehov. Allmänt hållna uppgifter, eller prisuppgifter utgör inte någon risk för skada, se till exempel RÅ 1991 ref. 56 samt RÅ 1991 not. 307. En begäran om utlämnande av en allmän handling i en upphandling som håller på att överprövas skall bedömas på samma sätt som utlämnande frågor i övrigt. Samma sak gäller för en upphandling som avbrutits innan den slutförts. Likaså har Regeringsrätten i en relativt färsk dom, mål nr 8118-03, slagit fast att absolut sekretess inte föreligger för uppgifter i en avbruten upphandling som sedermera förts över i en ny upphandling rörande samma sak som den förra. Utlämning av sådana uppgifter skall bedömas enligt sedvanlig skadebedömning i 6 kap 2 § samt 8 kap 10 § sekretesslagen.

Förord

Jag vill särskilt tacka professor Hans-Heinrich Vogel för hans handledning under uppsatsens gång. Jag vill även tacka Sandra Svensson för hjälp med korrekturläsning. Slutligen riktar jag ett tack mot mina föräldrar, min syster och min sambo för allt stöd under min studietid.

Landskrona, januari 2005

Magdalena Mikic

Förkortningar

BrB	Brottsbalken (1962:700)
EG	Europeiska gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
EU	Europeiska unionen
JO	Justitieombudsmannen/männen
KR	Kammarrätt
LIU	Lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.
LOU	Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling
LR	Länsrätt
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd. I
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
Prop.	Kungl. Majt:s eller Regeringens proposition
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SekrL	Sekretesslagen (1980:100)
TF	Tryckfrihetsförordningen (1949:105)

1 Inledning

Den offentliga upphandlingen utgör i många länder en stor marknad för varor, entreprenader och tjänster. I Sverige fullbordas årligen offentliga upphandlingar för ett belopp av 400 miljoner kronor. De huvudsakliga aktörerna, kommuner, landsting och deras bolag samt staten, upphandlar därmed för ungefär 20 procent av den svenska bruttonationalprodukten. Kommunerna är de största upphandlarna med en omsättning på 250 miljoner kronor årligen.¹ Den offentliga upphandlingen utgör därmed ett stort rättsområde med flera intressanta problem. En fråga som jag finner mycket intressant är det som berör det allmännas och den enskildes rätt att få en inblick i de offentliga aktörernas affärsuppgörelser. Eftersom inköpen sker med skattemedel bör allmänheten ha rätt att veta vad, till vilket pris och under vilka villkor någonting köps. Enligt offentlighetsprincipen skall myndigheternas verksamhet så långt som möjligt ske i öppna former och under insyn av allmänhet och massmedia. Genom att medborgare tillförsäkras en rätt att ta del av information om förhållandena inom stat och kommun, skapas vissa tryggheter mot eventuellt maktmissbruk.

När det gäller den offentliga upphandlingen har det traditionellt sett varit så att inhemska upphandlingsmarknader har varit stängda för utländska deltagare. Inom EU har gemensamma regler och ett unisont förfarande antagits på upphandlingsområdet i syfte att skapa konkurrens på lika villkor för samtliga aktörer inom EU. Den offentlige beställaren får vanligtvis inte vända sig direkt enbart till en leverantör, utan all upphandling skall göras affärsmässigt utifrån tillgänglig konkurrens på marknaden.² Ett antal principer skall följas vid all upphandling i Sverige, oavsett vilket värde upphandlingen har. Samtliga anbudssökande och anbudsgivare skall behandlas *lika och rättvist* oberoende av nationalitet, anbud eller geografiskt läge. Offentliga beställare i ett medlemsland är skyldiga att *godta intyg och certifikat* som utfärdats i ett annat medlemsland. De krav den offentliga beställaren uppställer måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig *proportion* till det som upphandlas.³

Av betydelse för den här uppsatsen är principen om *öppenhet och insyn* som berättigar såväl leverantörer som allmänhet att kontrollera att en upphandling går rätt till. Ett förhandsavgörande från EG-domstolen i det s.k. Alcatel-målet är ett bevis på att allmänhetens intresse av insyn är av betydelse. Med insyn avses i den här uppsatsen rätten att ta del av allmänna handlingar som upprättats inom ramen för en offentlig upphandling. Genom att förfoga över nämnda handlingar kan en leverantör undersöka om den upphandlande enheten följt lagen om offentlig upphandling, för att därigenom vid behov söka rättelse i domstol. Flertalet offentliga beställare

¹ Sundblom, Per-Arne, 2004, s. 2.

² Kommerskollegium, Nutek, 1995, s. 7 f.

³ Slavicek, Michael: Upphandlingens olika ansikten, I: Europarättslig tidskrift 2002, s. 15-34, s. 21.

omfattas av bestämmelserna om handlingsoffentlighet i TF, dock inte alla. Huvudregeln är att allmänna handlingar är offentliga, men undantag finns. En begäran om utfående av en allmän handling i den offentliga upphandlingen kan nekas med hänvisning till bestämmelserna om upphandlingssekretess i sekretesslagen. Bestämmelserna skall skydda mot utlämning av uppgifter, som kan skada det allmännas eller den enskildes ekonomiska intressen. Till följd av ett förhandsavgörande från EG-domstolen i Alcatel-målet har reglerna om upphandlingssekretess genomgått förändringar. Betydelsen av utlämning av allmänna handlingar i den offentliga upphandlingen tycks sedermera ha ökat i betydelse.

1.1 Syfte

Tillsynsnämnden för offentlig upphandling, NOU, har en hemsida på Internet där det framgår att såväl leverantörer som offentliga beställare ofta inkommer med frågor som berör offentlighet och sekretess. Vanligen rör frågorna vilka handlingar eller uppgifter som kan sekretessbeläggas respektive offentliggöras.⁴ I lagtext föreskrivs två former av sekretess i den offentliga upphandlingen beroende på hur långt upphandlingen har fortskridit, absolut sekretess och sekretess med ett rakt skaderekvisit.

Syftet med uppsatsen är att redogöra för bestämmelserna som reglerar offentlighet och sekretess i den offentliga upphandlingen, främst med hänsyn till 6 kap 2 § och 8 kap. 10 § första stycket sekretesslagen (1980:100). För att en handling i den offentliga upphandlingen skall omfattas av sekretess krävs vid tillämning av det raka skaderekvisitet att ett röjande av uppgiften kan antas medföra skada. Den upphandlande enheten måste göra en skadebedömning. Vad som är att betrakta som skada har utarbetats i praxis då vare sig lag eller förarbeten ger någon närmare vägledning. Sekretessbestämmelserna har till viss del förändrats genom Alcatel-domen, bedömningen av skadebegreppet har därigenom också fått ökad betydelse. Jag kommer att beakta de förändringar som följt av Alcatel-domen eftersom jag anser att de till viss del hör ihop med frågorna om offentlighet och sekretess. Framställningen vänder sig till upphandlande myndigheter, leverantörer och andra som arbetar med offentlig upphandling.

1.2 Avgränsning

Rättsområdet, offentlig upphandling, har nära anknytning till EG-rätt. Upphandlingsområdet regleras således dels av EG-direktiv dels av LOU. Regelverken i sig rör enbart indirekt frågor om offentlighet och sekretess, då de huvudsakliga bestämmelserna finns i sekretesslagen. Men för att få en

⁴ <http://www.nou.se/sekretess.html>, 2004-12-21 kl. 11:02

helhetssyn av komplexiteten i den offentliga upphandlingen väljer jag ändå att ägna ett kapitel åt allmänna drag i den offentliga upphandlingen, och ett kapitel åt de båda regelverken på upphandlingsområdet. Både EG-direktiven och LOU innehåller en mängd olika begrepp som är speciella för den offentliga upphandlingen. Jag väljer att under uppsatsens gång förklara vissa begrepp, sådana som jag anser har relevans för framställningen. För innebörden av begrepp, som inte förklaras i uppsatsen, hänvisas till definitionerna i 1 kap. LOU. En fråga som inte utreds närmare i uppsatsen, som befinner sig utanför den offentliga upphandlingen, är frågan om begreppet allmän handling. Jag utreder inte begreppet i uppsatsen, utan utgångspunkten är att de handlingar, som det är fråga om i det här arbetet, är allmänna.

1.3 Metod och material

I arbetet har jag använt mig av rättsvetenskaplig metod, vilket innebär att uppsatsen grundar sig på de traditionella rättskällorna: lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin.

Förutom kommentaren till sekretesslagen, tycks det inte finnas litteratur som både behandlar offentlig upphandling och sekretessfrågor. Jag har använt annan information, såsom publikationer från NOU, vars månatliga informationsblad finns tillgängligt på Internet.⁵ Även juridiska databaser så som Pointlex, har varit en sökmotor i mitt urval särskilt när det gäller nyare rättspraxis.⁶ Urvalet har gjorts på grundval av vad som framkommit i litteraturen samt vad jag funnit i databasen. När det gäller skaderekvisitet i rättspraxis går det att uttyda vissa riktlinjer för när sekretess skall respektive inte skall gälla. För att det skall bli överskådligt presenterar jag rättspraxis i fall där utlämning av uppgifter *har ansetts kunna medföra skada* respektive där utlämning av uppgifter *inte har ansetts kunna medföra skada*, utan att ta hänsyn till om sekretessbedömningen har skett enligt 6 kap 2 § eller 8 kap. 10 § sekretesslagen. I de flesta fall sker en sekretessbedömning utifrån båda bestämmelserna.

Den del som redogör för lagtext samt rättspraxis är framför allt deskriptiv. Mina egna värderingar i ämnet har jag valt att samla i en sammanfattande analys. Avsikten i de två avslutande kapitlen är genomgående analytisk. Figuren som förekommer i uppsatsen har jag utformat på egen hand.

⁵ <http://www.nou.se/nouinfo.html> 2004-12-21 11:02

⁶ <http://www.pointlex.se> 2004-12-21 11:03

1.4 Disposition

Dispositionen i uppsatsen följer gången i den offentliga upphandlingen. Inledningsvis följer en bakgrund med allmänna principer. Huvudavsnittet berör sekretessreglerna och dess tillämpning från anbudsskedet till att anbud fattas, kontrakt slutes och upphandlingen avslutas.

Kapitel 2 innehåller en bakgrund och en redogörelse för grundläggande allmänna principer på upphandlingsområdet samt en överblick av regelverken på upphandlingsområdet, dels EG-rätt dels LOU. Förhållandet mellan regelverken klargörs och syftet med avsnittet är att ge läsaren en uppfattning om offentlig upphandling.

Kapitel 3 inleds med några allmänna ord om offentlighet och insyn. Därefter behandlas sekretessbestämmelserna. De grundläggande bestämmelserna i TF utgör utgångspunkt och sedan redogörs för upphandlingssekretessen, främst 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § första stycket sekretesslagen.

Kapitel 4 rör sekretessen i de inledande momenten i upphandlingen, dvs. sekretess i anbudsskedet. Sekretessen i detta skede är absolut. Alcatel-målet presenteras.

Kapitel 5 utgör en fortsättning på sekretessen i upphandlingens inledande skede. Sekretessen i anbudsskedet genomgick förändringar med anledning av ett förhandsavgörande från EG-domstolen i det s.k. Alcatel-målet. Domen medförde två förändringar i svensk rätt. Upplyningsplikt infördes för upphandlande enheter i samband med tilldelningskontraktet enligt 1 kap. 28 § LOU och den absoluta sekretessen ändrades. I detta kapitel uppmärksammas att det finns en förbindelse mellan bestämmelserna i sekretesslagen och upplyningsplikten enligt 1 kap. 28 § LOU.

Kapitel 6 behandlar sekretessen efter att ett anbud har fattats enligt 6 kap. 2 § första stycket samt 8 kap. 10 § första stycket sekretesslagen. Jag redogör för bestämmelsernas tillämpning i rättspraxis.

Kapitel 7 innehåller bestämmelser om sekretess efter avslutad upphandling. Här iakttas dels sekretessens tillämpning vid överprövning av en offentlig upphandling, dels sekretessens tillämpning vid en avbruten upphandling.

Kapitel 8 berör upphandlingssekretessen då en upphandling avbryts.

Kapitel 9 innehåller en sammanfattande analys där jag iakttar vad som framkommit under arbetets gång utifrån förarbeten, rättspraxis och övrig litteratur.

Kapitel 10 utgörs av avslutande synpunkter.

2 Bakgrund

2.1 Allmänt offentlig upphandling

I svensk nationell rätt regleras den offentliga upphandlingen i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU. Lagen bygger ursprungligen på ett antal EG-direktiv. I samband med Sveriges åtaganden enligt EES-avtalet fanns det behov av att se över den offentliga upphandlingen. Det primära syftet var att införliva EG-direktiven, så att de svenska upphandlingsbestämmelserna kom att överensstämma med gällande EG-rätt.

LOU trädde i kraft den 1 januari 1994. Kort därpå trädde en annan lag på upphandlingsområdet i kraft, lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling. Tillsammans med konkurrenslagen (1993:20) reglerar dessa tre lagar den svenska offentliga upphandlingen.⁷ Direktiven, liksom LOU, reglerar förfarandet i upphandlingsprocessen. Regelverken innehåller bestämmelser som ställer krav på annonsering, olika upphandlingsformer, tidsfrister för upphandlingen samt krav på information om hur en upphandling skall avslutas. Vidare definieras diverse begrepp som exempelvis upphandlande enhet, anbud, upphandlingskontrakt och leverantör. LIU samt konkurrenslagen kompletterar LOU och tillämpas främst då en upphandlande enhet på något vis betar sig otillbörligt. Regelverken på upphandlingsområdet berättigar förfördelade parter att i domstol ansöka om överprövning av den offentliga upphandlingen. Vid en överprövning kan domstolen besluta att upphandlingen måste göras om eller att upphandlingen först får avslutas efter att viss rättelse gjorts, en sådan prövning sker i allmän förvaltningsdomstol. Även frågor om utlämning av handlingar sker i allmän förvaltningsdomstol. En leverantör som anser sig ha lidit ekonomisk skada i LOU:s mening, och som vill söka skadestånd av den upphandlande enheten, måste begära en sådan prövning i allmän domstol.

2.2 EG-rätt

Offentliga upphandlingar inom EU omfattas av både primärrätt (EG-fördraget) och sekundärrätt (upphandlingsdirektiven). Delar av WTO-avtalet är införlivade i sekundärrätten, Government Procurement Agreement (GPA). EG-fördraget innehåller inte bestämmelser som direkt reglerar offentlig upphandling, däremot uppställs några generella drag hänförliga till offentlig upphandling. Enligt chefsjuristen för NOU fungerar upphandlingsdirektiven som formella tillägg till EG-fördraget; de är ett

⁷ Forsberg, Niclas, 2004, s. 13.

utflöde av själva fördraget.⁸ Exempel på bestämmelser i EG-fördraget som kan hänföras till den offentliga upphandlingen är artikel 12 om icke-diskriminering, artikel 28 om fri rörlighet för varor, artikel 43 om fri etableringsrätt och artikel 49 om fri rörlighet för tjänster. I undantagsfall får medlemsstaterna införa bestämmelser som hindrar den fria rörligheten för varor och tjänster, men detta måste vara särskilt föreskrivet eller framgå av EG-domstolens praxis. Till exempel utgör kravet på miljöskydd ett sådant undantag.⁹

Upphandlingsdirektiven reglerar upphandlingar inom två sektorer. Den så kallade klassiska sektorn rör upphandlingar i fråga om varor, tjänster, och byggarbeten, och försörjningssektorn reglerar upphandlingar i fråga om bland annat el, vatten, och telefoni. Varje potentiell leverantör har, om den har ansett sig lida skada på grund av ett beslut av den upphandlande enheten, rätt att begära överprövning av beslutet eller skadestånd. Rätten säkerställs genom det s.k. rättsmedelsdirektivet.¹⁰

I förarbetena till LOU anges att ”den grundläggande uppfattningen om hur en upphandling skall genomföras inte skiljer sig mellan Sverige och EG”. Jämlikt båda regelverken eftersträvades att en upphandling skulle ske affärsmässigt, i konkurrens, öppet och på ett icke-diskriminerande sätt.¹¹ Sett i ett EG-rättsligt perspektiv bygger nämnda kriterier på de fyra friheterna: fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital. De fyra friheterna är i sig avhängiga en öppen gemensam marknad. Regelverkens syfte är att förhindra upphandlingar som medför särbehandling av vissa aktörer. Att vissa aktörer särbehandlas kan innebära att andra diskrimineras.¹² Icke-diskriminering aktualiseras i samtliga tre begrepp som jag närmare redogör för nedan: affärsmässighet, konkurrens och öppenhet.

2.2.1 Affärsmässighet och konkurrens

Huvudregeln om affärsmässighet innebär att ett antagande av anbud i första hand skall stödjas på det anbud som har det lägsta priset. Som alternativ till lägsta pris anges i förarbetena att ett antagande av anbud även får grundas på det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till pris, driftskostnader, funktion, miljöpåverkan m.m.¹³ Principen om affärsmässighet regleras i 1 kap. 4 § LOU. En upphandlande enhet som väljer att använda en utvärderingsprincip som innebär att det ekonomiskt

⁸ Slavicek, Michael, s. 20.

⁹ Prop. 2001/02:142 s. 18 med hänvisning till EG-domstolens dom i mål 302/86 kommissionen mot Danmark, REG 1988 s. 4607.

¹⁰ 92/50/EEG (tjänster), 93/36/EEG (varor), 93/37/EEG (bygg- och anläggningsarbeten), 93/38/EEG (upphandling inom försörjningssektorerna), 89/665/EEG (allmänt rättsmedelsdirektiv), 92/11113/EEG (rättsmedel inom försörjningssektorerna) 97/52/EG (ändring i direktiv 92/50, 93/36, 93/37 EEG).

¹¹ Prop. 1992/93:88 s. 37.

¹² Slavicek, Michael, s. 21.

¹³ Prop. 1992/93:88 s. 51.

mest fördelaktiga anbudet kommer att antas, måste klart uttrycka detta när upphandlingen annonseras. Av annonsen måste i det fallet även framgå vilka andra kriterier anbudsbedömningen kommer att baseras på, till exempel kvalité eller miljöhänsyn eller något annat kriterium. Kriterierna skall helst rangordnas i förhållande till deras betydelse. En upphandlande enhet får inte välja ett anbud framför ett annat på grund av en omständighet som inte meddelats anbudsgivarna i förväg. En upphandlande enhet strider också mot principen om affärsmässighet om den under upphandlingens lägger till nya kriterier vid prövningen av anbud.¹⁴

Vidare framgår av bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU att en upphandling skall göras utan ovidkommande hänsyn, dvs. objektivt. Objektiviteten innefattar även kravet på icke-diskriminering. I förarbetena anges:

”I begreppet ”ovidkommande hänsyn” ligger ytterligare ett centralt moment för upphandlingen på den nya större europeiska marknaden, nämligen principen om icke-diskriminering (jmf. art. 7 i Romfördraget). [...] Reglerna är utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensvridet sätt.”¹⁵

Att en generell likabehandlingsprincip gäller, förutom vad som uttryckligen anges i fördragen, har fastslagits i EG-domstolen bland annat i de förenade målen 117/78 och 16/77 Ruckdeschel v. Hauptzollant Hamburg-St Annen. Innebörden av principen om likabehandling är att fall som är lika inte skall behandlas olika, om inte olikabehandlingen är objektivt motiverad.¹⁶

I EG-direktiven och i LOU anges i detalj hur en upphandling skall genomföras med hänsyn till annonsering, aktuella tidsperioder, hur anbudsgivare skall väljas och även formerna för anbudskonkurrens.¹⁷ Att bestämmelserna är så detaljerade beror på att de har utformats för att minimera möjligheterna att gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensvridet sätt. En upphandling skall ske på marknadens villkor, och det är marknaden som skall ge de billigaste och bästa villkoren.¹⁸ Därför ställs i lagtext krav på att en upphandling skall genomföras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt, se 1 kap. 4 § LOU. Exempel ur rättspraxis visar att en upphandlande enhet inte är får begära av anbudsgivare att de redovisar sina kostnader för det aktuella uppdraget. Enligt RÅ 1997 ref. 40 är detta att anse som konkurrensbegränsande.

¹⁴ Prop. 1992/93:88 s. 52.

¹⁵ Prop. 1992/93:88 s. 60.

¹⁶ Forsberg, Niclas, 2004, s. 48 f.

¹⁷ Sundblom, Per-Arne, 2004, s. 11 f.

¹⁸ Prop. 1992/93:88 s. 59 f.

2.2.2 Öppenhet

Som redan nämnts innehåller kravet på affärsmässighet och konkurrens att anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas lika. Av detta följer att ett anbud inte får avvisas godtyckligt. Motiv till varför avtal sluts med en viss leverantör måste uppges, samt varför andra anbud förkastas. För att ytterligare förstärka konkurrensen finns det även regler för kontroll och insyn i upphandlingsförfarandet. Ett krav på öppenhet och förutsebarhet följer av den s.k. transparensprincipen.¹⁹ Genom öppenhet erbjuds leverantörer i samtliga medlemsstater likvärdiga möjligheter att lämna anbud. Öppenheten bereder även den enskilde en möjlighet till insyn i den offentliga upphandlingen. Insynen ger den enskilde en möjlighet att upptäcka felaktigheter, och om han anser sig ha blivit oriktigt behandlad kan han begära överprövning av upphandlingen.²⁰

Kravet på öppenhet innebär en skyldighet för samtliga upphandlande enheter att annonsera och publicera upphandlingar i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT). En annons skall innehålla grundläggande information, exempelvis vad som skall upphandlas, formen för upphandlingen, tekniska och finansiella krav på leverantören och även vad valet av anbud kommer att grunda sig på. Det skall framgå av annonsen vilket språk ett anbud skall utformas på. Om detta inte anges får leverantören själv välja vilket språk han vill använda. Om det däremot i annonsen anges vilket språk ett anbud skall utformas på, får den upphandlande enheten förkasta anbud som inte är skrivna på det efterfrågade språket. En annons hänvisar ofta vidare till ett s.k. förfrågningsunderlag. I förfrågningsunderlaget uppställs samtliga krav på upphandlingen. Förfrågningsunderlaget måste vara väl utarbetat och genomtänkt eftersom upphandlaren inte får lägga till nya krav under upphandlingens gång. Inte heller får upphandlaren utvärdera sådant vid anbudsprövningen som inte har efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Skulle upphandlaren göra det, måste upphandlingen avbrytas och göras om från början. En upphandlande enhet är skyldig att inom en viss tid skicka ett förfrågningsunderlag till en leverantör som begär det.²¹

Regleringen kring annonsering omfattar i princip tre tillfällen. Förutom att annonsera inför varje upphandling, skall en upphandlande enhet i förväg annonsera om de upphandlingar som enheten avser att genomföra under ett år. När en upphandling är färdig är den upphandlande enheten även skyldig att annonsera resultatet av upphandlingen.²² Systemet innebär att informationsplikten och rapporteringen för upphandlande enheter är förhållandevis vidstäckt och en sekretessprövning i fråga om innehållet i en annons kan komma ifråga, se vidare 3.3.

¹⁹ Forsberg, Niclas, 2004, s. 48 f.

²⁰ Prop. 1992/93:88 s. 36 f.

²¹ Kommerskollegium, Nutek, 1995, s. 17-19.

²² Prop. 1992/93:88 s. 64.

2.3 Nya direktiv på upphandlingsområdet

I början på 2004 antogs två nya direktiv på upphandlingsområdet. Direktiven på den klassiska sektorn har slagits ihop till ett direktiv som samordnar förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Motsvarande har skett inom försörjningssektorn, där direktiven ersatts av ett direktiv som samordnar förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.²³ De två nya direktiven innehåller ett antal ändringar, såväl strukturella som i sak, samt en del tillägg. Bland annat lanseras ett nytt förfarande inom den klassiska sektorn, s.k. konkurrenspräglad dialog. Det nya förfarandet får användas i situationer när en upphandlande enhet inte kan ange vad som krävs för att tillgodose den upphandlande enhetens behov i den tekniska specifikationen. Förfarandet innebär huvudsakligen att myndigheterna annonserar sina behov, kvalificerar sökande och efter att dialogen har avslutats inforrar anbud och utvärderar.

Direktiven innehåller även regler om användning av elektroniska auktioner i vissa fall och s.k. dynamiska inköpssystem. Samtliga delar av direktiven behöver inte nödvändigt införas. Medlemsstaterna kan frivilligt bestämma om de vill införa bestämmelserna som reglerar konkurrenspräglad dialog, elektroniska auktioner samt dynamiska inköpssystem. Syftet med ändringarna i de nya direktiven är att tillämpningen av fördragets bestämmelser skall underlättas. Redaktionella förändringar skall göra direktiven mer lättlästa och en omstrukturering gör att de tydligare följer upphandlingsprocessens kronologiska ordning. För närvarande utreds hur direktiven skall införlivas i svensk rätt, förslag på detta skall lämnas senast den 1 februari 2005.²⁴

2.4 Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

I svensk nationell rätt regleras offentlig upphandling i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. Lagen har varit i kraft sedan 1 januari 1994 och sedan dess ändrats nio gånger, varav ett antal förändringar huvudsakligen berott på diskrepans mellan EG-rätt och svensk nationell rätt.²⁵ Genom LOU kom all offentlig upphandling att regleras i lag. LOU kan sägas utgöra en redigerad sammanfattning av upphandlingsdirektiven. Före inrättandet av LOU reglerades statlig upphandling i regeringens upphandlingsförordning (1986:366), UF. Kommuner och landsting följde andra upphandlingsregler, som var fastställda i ett upphandlingsreglemente. Upphandlingsreglementet

²³ 2004/17/EG (försörjningssektorn), 2004/18/EG (klassiska sektorn).

²⁴ Dir. 2004:47 s. 3 f.

²⁵ Dir. 2004:47 s. 6.

var uppställt av Kommunförbundet och Landstingsförbundet.²⁶ LOU utformades men kom inledningsvis, i enlighet med direktiven, enbart att reglera upphandlingar över vissa tröskelvärden. Detta medförde två önskade effekter i svensk nationell rätt. Den nya ordningen innebar för det första att den offentliga upphandlingen skulle regleras i flera regelverk. För det andra var EG-direktivens krets av upphandlande enheter vidare jämfört med vad som tidigare gällt i Sverige. Därmed skulle kretsen av upphandlande enheter *under tröskelvärdena* vara inskränkt jämfört med kretsen av upphandlande enheter *över tröskelvärdena*. Det ansågs otillfredsställande att upphandlingar utanför det direktivstyrda området skulle regleras i separat lagstiftning. Problemet löstes genom att LOU i efterhand kompletterades med bestämmelser för upphandlingar under tröskelvärden.²⁷ Bestämmelserna återfinns i kap. 6 LOU och har ingen motsvarighet i EG-direktiven.

Innehållsmässigt realiserar kapitel 2, 3 och 5 i LOU de klassiska direktiven, dvs. i tur och ordning varu-, bygg-, och tjänstedirektiven. Kapitel 4 LOU motsvarar det så kallade försörjningsdirektivet, dvs. upphandling av varor, byggtreprenader och tjänster inom försörjningssektorerna vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationsområdena.²⁸

I 1 kap. 5 § LOU stadgas att en upphandling är detsamma som köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, tjänster eller byggtreprenader. Upphandlingen kan ske i olika former beroende på kravet på affärsmässighet, konkurrensförutsättningar och upphandlingens art och omfattning.²⁹ Den som upphandlar kallas ”upphandlande enhet” och begreppet innefattar enligt 6 § LOU sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Vid upphandling enligt 4 och 6 kap. LOU finns en utvidgad krets av upphandlande enheter.

2.5 Förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt

EG-domstolen har i ett flertal mål behandlat frågan om vad som händer när nationell rätt strider mot EG:s primärrätt t.ex. EG-fördraget. Eftersom LOU huvudsakligen bygger på EG-direktiv gäller särskilda principer för den händelse att det mellan svensk lag och EG-rätt uppkommer en konflikt. Skulle fallet vara så att ett begrepp i LOU inte har samma betydelse som

²⁶ Prop. 1992/93:88 s. 33.

²⁷ Prop. 1993/94:78 s. 14.

²⁸ Prop. 2001/02:142 s.16 f.

²⁹ SOU 1999:139 s. 78. Lagen innehåller följande upphandlingsformer: öppen upphandling, selektiv upphandling, förhandlad upphandling, förenklad upphandling och direktupphandling.

motsvarande begrepp i ett EG-direktiv, skall begreppet i EG-direktivet ha företräde. EG-domstolen har utarbetat ett antal principer avseende gemenskapsrättens förhållande till nationell rätt. Två principer behandlas nedan, principen om gemenskapsreglernas direkta effekt samt principen om EG-rättens företräde framför nationell rätt.

2.5.1 Direkt effekt

Principen om EG-reglernas *direkta effekt* innebär att enskilda erhåller rättigheter eller åläggs skyldigheter genom vissa gemenskapsrättsliga bestämmelser. Rättigheterna eller skyldigheterna, som kan ha såväl vertikal som horisontell effekt, kan åberopas inför domstol och myndigheter i medlemsländerna. Vertikal direkt effekt innebär att bestämmelserna kan ha effekt i förhållandet mellan enskild och stat. Horisontell direkt effekt innebär att förhållandet kan ha effekt i förhållandet mellan enskilda.³⁰ För att en gemenskapsbestämmelse skall ha direkt effekt krävs att den är klar och entydig, den skall kunna åberopas inför nationell domstol och ligga till grund för ett avgörande i ett konkret mål. Regeln måste, för att ha direkt effekt, även vara ovillkorlig. Det innebär att den inte får vara beroende av någons bedömning eller fria skön. En regel får inte heller vara beroende av att en medlemsstat eller en EU-institution vidtar ytterligare åtgärder. Det innebär att en föreskrift i ett direktiv inte kan ha direkt effekt under tiden som medlemsstaterna införlivar direktivet i nationell rätt, vanligtvis två år. Om en medlemsstat inte införlivar ett direktiv kan det i förhållande till en enskild inte skydda sig med hänvisning till att den underlåtit att uppfylla de skyldigheter som ett direktiv innehåller. Detta kan jämföras med den s.k. estoppel-principen i anglosaxisk rätt, som innebär att ingen till sitt eget försvar kan åberopa sin egen försummelse. Däremot kan en enskild inte åberopa en regel som inte införlivats gentemot en annan enskild.³¹ Enligt Kommissionens uttalande i grönboken om offentlig upphandling, har de flesta artiklarna i upphandlingsdirektiven direkt effekt.³²

I RÅ 1996 ref. 50 tillämpade Regeringsrätten principen om direkt effekt. I målet var fråga om en prövning i länsrätten var möjlig efter att beslut om leverantör fattats. Enligt 7 kap. § 1 LOU var en sådan prövning inte möjlig. Det klassiska rättsmedelsdirektivet medgav däremot en sådan prövning fram till att avtal om upphandlingen har tecknats. Regeringsrätten gav rättsmedelsdirektivet företräde eftersom dess innebörd och mening framstod som helt klar i jämförelse med den svenska lagregeln.

³⁰ Melin, Mats, Schäder, Göran, 2004, s. 41 f.

³¹ Melin, Mats, Schäder, Göran, 2004, s. 42 f.

³² Grönboken om offentlig upphandling, 1996, s. 7.

2.5.2 EG-rättens företräde framför nationell rätt

Principen om *EG-rättens företräde framför nationell rätt* innebär att nationella domstolar skall tillämpa gemenskapsrättsliga bestämmelser framför en nationell bestämmelse som strider mot EG-rätten.³³ I Costa ./ ENEL-målet konstaterar EG-domstolen att gemenskapsrätten är en rättsordning av särskild natur som skiljer den från allmän folkrättslig traktaträtt.³⁴ Eftersom medlemsstaterna gemensamt accepterat EG-rätten som rättsordning, kan de inte gentemot den rättsordningen göra senare ensidigt beslutade regler gällande. Frågan om gemenskapsrättens företräde framför nationell rätt har prövats i EG-domstolen. Domstolen har i några rättsfall utvecklat principen om fördragskonform tolkning. Av principen följer att även om en bestämmelse saknar direkt effekt, skall nationella domstolarna tolka den nationella rätten ”i ljuset av” EG-bestämmelsen.³⁵

³³ Melin, Mats, Schäder, Göran, 2004, s. 47.

³⁴ Mål 6/64 Costa/ENEL [1964] ECR 1141 (vol. I s. 211).

³⁵ SOU 1999:139 s. 64 med hänvisning till C-14/83 von Colson och C-157/86 Murphy.

3 Handlingsoffentlighet och sekretess

3.1 Rätten till insyn

Genom EG-direktivens införande i svensk rätt har behovet av insyn i offentliga upphandlingar ökat.³⁶ Av tradition har många av EU:s medlemsländer haft en sluten förvaltningsorganisation där sekretess har förespråkats. Förhållandet har influerat synen på tillgången till handlingar inom EU. Öppenhetsfrågorna inom EU har fördragsfästs genom art. 1 EU och art. 255 EG. Tillämpningsområdet är enligt förordningen och artikel 255 EG begränsat till allmänhetens tillgång till parlamentets, kommissionens och rådets handlingar. Systemet för handlingsoffentlighet i Sverige har dock inte förändrats på grund av EU:s öppenhetsregler. I Sverige har frågor om offentlighetsprincipen alltid värderats högt.³⁷ Till skillnad från andra rättsordningar är svenska medborgare berättigade till insyn i den offentliga sfären genom en vidsträckt offentlighetsprincip. Svensk rätt är speciell i det här avseendet, främst för att offentlighetsprincipen är lagreglerad, och även för att den oftast också inkluderar avtalsrättsliga relationer med det allmänna.³⁸ För utländska anbudsgivare kan detta tyckas besynnerligt, liksom förhållandet att upphandlande enheter i Sverige, som är skyldiga att tillämpa 2 kap. TF, självständigt prövar om sekretess skall vara förhanden eller inte. Eftersom den myndighet som förvarar en handling prövar sekretessfrågan, förfogar den enskilde inte på något vis över sekretessprövningen och kan därmed inte heller ställa villkor i dessa avseenden. I vissa fall anger den enskilde särskilt varför handlingen bör omfattas av sekretess, och det i sig kan ge myndigheten ett vidare beslutsunderlag vid frågans prövning.³⁹

3.2 Offentlighetsprincipen

Vid omnämnande av offentlighetsprincipen avses i första hand grundsatsen om allmänna handlingars offentlighet, den s.k. handlingsoffentligheten. Principen reglerades första gången i ursprunget till tryckfrihetsförordningen, tryckfrihetsförordningen från 1766, som innehöll regler rörande handlingar i den rättsskipande och förvaltande verksamheten. Av regleringen följde att

³⁶ Prop. 2001/02:142 s. 55.

³⁷ Hedstad, Sophia, Öppenhet och insyn i myndigheters EU-arbete. Den svenska traditionen om en transparent förvaltning kontra EU:ett förenlighetsproblem?, I: Europarättslig tidskrift, 2002, s. 424-437, s. 434 f.

³⁸ <http://www.nou.se/sekretess.html> 2004-12-21 11:05.

³⁹ Se JK:s resonemang i JK 1993 s. 41.

handlingar i den offentliga verksamheten skulle vara åtkomliga för alla och få tryckas fritt med vissa undantag. Sedan långt tillbaka är principen en central beståndsdel av tryckfriheten. Av den anledningen har det ansetts att den bör ha sin plats i tryckfrihetslagstiftningen.⁴⁰

Offentlighetsprincipen kan sägas ha två funktioner. Principen skall garantera en källa för material till tryckta skrifter och tillgången till handlingar skall även främja ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning vilket följer av 2 kap. 1 § TF. Bestämmelsen bidrar till att betona att handlingsoffentligheten är en del av medborgarnas yttrande- och informationsfrihet, och därigenom en förutsättning för den fria demokratiska åsiktsbildningen. Tillgången till allmänna handlingar medverkar till att skapa en fri debatt i samhället och på så sätt skapa förutsättningar för en fungerande demokrati. Med stöd i handlingsoffentligheten garanteras medborgarnas insyn i den offentliga verksamheten. Därigenom främjas en rättssäker, effektiv förvaltning och ett effektivt folkstyre. Beträktat utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv fungerar offentlighetsprincipen som ett typiskt kontrollinstitut.⁴¹

Offentlighetsprincipen är lagfäst i 2 kap. TF. Av regleringen i 2 kap. 1 § TF följer att varje svensk medborgare har rätt att ta del av uppgifter som är dokumenterade i allmänna handlingar hos myndigheter. Flertalet upphandlande enheter är skyldiga att tillämpa bestämmelserna om handlingsoffentlighet i 2 kap. TF. Bestämmelserna ger den enskilde rätt att begära ut allmänna handlingar hos dessa enheter, förutsatt att den upphandlande enheten skall tillämpa bestämmelserna i TF och att hinder inte möter mot utlämning.

I det här arbetet är utgångspunkten att samtliga handlingar som upprättats eller förvaras hos en myndighet rörande den offentliga upphandlingen är allmänna. Jag vill ändå belysa detta med ett exempel. En typisk handling som upprättas hos en upphandlande myndighet, inom ramen för den offentliga upphandlingen, är det s.k. förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget innehåller samtliga uppgifter om upphandlingen och det ligger till grund för själva anbudsgivningen. Först den dag förfrågningsunderlaget expedieras och anbudsgivare får tillgång till det blir det en allmän handling. Även om förfrågningsmaterialet är färdigställt, är det fram till att det expedierats att betrakta som internt arbetsmaterial. Vid s.k. selektiv upphandling, förhandlad upphandling och urvalsupphandling blir förfrågningsunderlaget offentligt först när underlaget sänds till kvalificerade anbudssökande.⁴²

⁴⁰ Bohlin, Alf, 2001, s. 18 f.

⁴¹ Bohlin, Alf, 2001, s. 19 f.

⁴² <http://www.nou.se/sekretess.html> 2004-12-21 11:06.

3.3 Inskränkningar i rätten att ta del av allmänna handlingar

En förutsättning för att någon skall få ta del av en allmän handling är att handlingen i fråga får lämnas ut. I 2 kap. 2 § TF stadgas att rätten att ta del av allmänna handlingar i vissa fall är begränsad. Bestämmelsen reglerar sju skyddsintressen som anses kunna utgöra skäl för undantag från huvudregeln om sekretess. I bestämmelsens första stycke, femte och sjätte punkten, regleras de intressen som aktualiseras i den här uppsatsen. I femte punkten finns skyddet för det allmännas ekonomiska intresse, och i sjätte punkten finns skyddet för enskilds personliga eller ekonomiska intressen.

Föreskrifter om begränsningar i handlingsoffentligheten skall anges i särskild lag, här avses sekretesslagen. Sekretessreglerna har utformats så att sekretessen inte skall göras mer omfattande än vad som är nödvändigt för att skydda vissa intressen. Sekretess skall gälla endast när en skada kan förutses som en följd av att en uppgift lämnas ut. Av den anledningen är sekretessreglerna utformade så att det vid tillämpning är nödvändigt att ta hänsyn till skaderisken i det enskilda fallet. Särskilda skaderekvisit anger sekretessens styrka. Det finns två skaderekvisit, ett omvänt och ett rakt. Det raka skaderekvisitet innebär att offentlighet presumeras. Sekretess skall med andra ord endast gälla om det kan antas att *skada* uppkommer om uppgiften röjs. Det omvända skaderekvisitet föreskrivs när det anses finnas behov av ett starkare sekretesskydd. Huvudregeln för det omvända skaderekvisitet är att sekretess skall gälla om det inte står klart att uppgiften kan röjas utan *skada* eller *men*.⁴³ Med *skada* avses vanligtvis ekonomisk skada, medan *men*-bedömningen innefattas olika integritetskränkningar.⁴⁴ Det starkaste skyddet, absolut sekretess, föreskrivs i enstaka bestämmelser som till exempel bestämmelsen om anbudssekretess i 6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslagen.

Värt att påpeka är att sekretessen ibland kan begränsas. Uppgifter som omfattas av sekretess kan exempelvis lämnas ut till annan myndighet om uppgiftsskyldigheten är föreskriven i lag eller förordning, se 14 kap. 1 § sekretesslagen. I 14 kap. 4 § sekretesslagen föreskrivs att sekretess till skydd för en enskild i regel inte gäller i förhållande till den enskilde själv. Den som skyddas av sekretess får också helt eller delvis efterge sekretessen om inte annat stadgas i sekretesslagen. Att efterge sekretess innebär att samtycke ges till att en uppgift röjs. Slutligen kan sekretess också i vissa fall överföras enligt vad som sägs i 13 kap. sekretesslagen. Omständigheter av det här slaget kommer inte vidare att beaktas i framställningen.

⁴³ Prop. 1979/80:2 Del A, s. 78 f.

⁴⁴ Prop. 1979/80:2 Del A, s. 83.

3.4 Upphandlingssekretess

Bestämmelserna om upphandlingssekretess kan spåras ganska många år tillbaka i tiden. Redan före 1937 fanns det bestämmelser som reglerade upphandlingssekretess. Enligt förarbetena till sekretesslagens föregångare, lagen om rätten att utbekomma allmänna handlingar, var det allmännas möjlighet att driva verksamhet under affärsmässiga former beroende av att sådan verksamhet kunde skyddas mot konkurrenternas insyn. I förarbetena från år 1937 ställdes statens behov av att kunna bedriva rörelse i affärsmässiga former mot behovet av offentlig kontroll på områden där stora ekonomiska intressen stod på spel. Å ena sidan ansågs en alltför långtgående sekretess kunna ha mindre tilldragande konsekvenser som följd. Å andra sidan tydde myndigheternas erfarenheter i utlämnandefrågor på att en för långtgående offentlighet kunde utnyttjas till fullföljande av illojala enskilda intressen eller i vart fall mot statens intressen.⁴⁵

I den offentliga upphandlingen är det främst två bestämmelser som kan begränsa rätten att ta del av allmänna handlingar. De aktuella bestämmelserna i sekretesslagen är 6 kap. 2 § sekretesslagen och 8 kap. 10 § sekretesslagen. Bestämmelserna skyddar mot utlämning av uppgifter rörande det allmännas och den enskildes ekonomiska förhållanden, om det kan antas att ett utlämnande kan medföra skada. Sekretess enligt andra bestämmelser kan komma ifråga, till exempel enligt bestämmelsen om affärssekretess i 6 kap. 1 § sekretesslagen eller enligt bestämmelsen om försvarssekretess i 2 kap. 2 § sekretesslagen.⁴⁶ Chefsjuristen för NOU hävdar i en artikel att LOU:s samspel med annan lagstiftning på avtals- och handelsrättens område inte är helt oproblematiskt. Däribland nämns de bestämmelser i sekretesslagen som har relevans för den offentliga upphandlingen. Enligt chefsjuristen har de inte anpassats till LOU och det råder osäkerhet om den rätta tillämpningen av 6 kap. 1 och 2 §§ och 8 kap. 10 § sekretesslagen.⁴⁷

Chefsjuristens uttalande stämmer väl överens med innehållet i förarbetena till LOU. Lagstiftaren tar inte någon närmare ställning till sekretessfrågor i förarbetena. Det konstateras enbart att de nya upphandlingsreglerna inte strider mot bestämmelserna i sekretesslagen. Vid tidpunkten för lagens tillkomst diskuterades dock huruvida det nya vidsträckta annonseringskravet skulle kunna komma att innebära förändringar i sekretesslagen.⁴⁸ Genom att använda ordalydelsen *inte får* i 1 kap. 11 § LOU påminner lagstiftaren den upphandlande enheten om att det är möjligt att hålla vissa uppgifter utanför publiceringsplikten. I 1 kap. 11 § LOU stadgas att en annons *inte får* innehålla uppgifter vars publicering skulle strida mot något allmänt intresse eller motverka befogade affärs- eller konkurrensintressen. Liknande intressen är skyddade mot utlämning enligt sekretesslagen.

⁴⁵ SOU 1935:5 s. 72, samt prop. 1937:107 s. 90 och 96.

⁴⁶ Prop. 2001/02:142 s. 31.

⁴⁷ Slavicek, Michael, s. 27.

⁴⁸ Prop. 1992/93:88 s. 53 f.

3.4.1 Allmänt om 6 kap. 2 § sekretesslagen

6 kap. 2 § sekretesslagen reglerar sekretess till skydd för det allmännas ekonomiska intresse och avser främst upphandlingsärenden samt entreprenadärenden, men också ärenden beträffande sådan överlåtelse av egendom som äger rum genom att pengar och annan egendom tillskjuts vid aktiebolags bildande.⁴⁹ I 6 kap. 2 § tredje stycket regleras sekretessen i anbudsskedet i den offentliga upphandlingen. I anbudsskedet är sekretessen absolut och hinder för utlämning av en allmän handling föreligger. Med anbud avses ett erbjudande om att sluta avtal. Vissa anbud har inte ansetts utgöra ett anbud i avtalsrättslig mening.⁵⁰ Exempel på ett anbud som inte är ett anbud i avtalsrättslig mening är s.k. interna anbud. Ett internt anbud är vidare ett anbud som lämnas från ett organ till ett annat inom ett och samma rättssubjekt. Exempel på interna anbud är anbud som lämnas inom kommun, stat eller landsting.⁵¹ Enligt 6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslagen skall sekretessbestämmelserna tillämpas på samma sätt oavsett om anbudet är internt eller externt.

I 6 kap. 2 § första stycket regleras sekretess för uppgifter efter att beslut om anbud har meddelats. Av bestämmelsen framgår att sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende angående förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nytthet om det kan antas att det allmänna lider *skada* om uppgiften röjs. NOU som utövar tillsyn över svenskt upphandlingsförfarande, menar att det inte går att ge några generella upplysningar om vilka uppgifter i en offentlig upphandling som skall vara offentliga respektive sekretessbelagda. Utgångspunkten är offentlighet, men förhållandena i det enskilda fallet är avgörande och en upphandlande enhet måste i varje enskilt fall göra en sekretessprövning.⁵² I 6 kap. 2 § första stycket sekretesslagen undantas sådana tjänster från sekretess som innebär arbete, som för en myndighets behov utförs av dess egen personal eller annan myndighets personal. Undantaget avseende tjänster infördes för att förtydliga att uppgifter i ett ärende som rör upphandling av tjänstentreprenad kan sekretesskyddas.⁵³ Sekretess kan komma ifråga om det rör ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra.⁵⁴ Däremot kan inte bestämmelsen användas för att sekretessbelägga uppgifter om tjänstetillsättningar, se bland annat JO1988/89 s. 223.

⁴⁹ Prop. 1979/80:2 del A s. 148.

⁵⁰ Prop. 1993/94:188 s. 91.

⁵¹ Prop. 2001/02:142 s. 57 f.

⁵² <http://www.nou.se/sekretess.html> 2004-12-21 11:07.

⁵³ Prop. 1993/94:188 s. 90.

⁵⁴ Prop. 2001/02:142 s. 31.

3.4.2 Allmänt om 8 kap. 10 § sekretesslagen

8 kap. 10 § första stycket sekretesslagen reglerar sekretess till skydd för enskilds ekonomiska förhållanden. Sekretess med rakt skaderekvisit gäller hos en myndighet för uppgift om affärs- eller driftförhållanden för enskild som har trätt i affärsförbindelse med myndigheten. Sekretess skall gälla om det kan antas att ett utlämnande av en uppgift eller en handling kan medföra skada. Sekretessbehovet till skydd för enskilda intressen skall enligt förarbetena ställas mot allmänhetens intresse av insyn i myndigheternas ekonomiska verksamhet. Vidare uppges att *”bestämmelsen till skydd för enskilda görs för sin tillämplighet beroende av ett uttryckligt krav på sekretess från den enskildes sida”*.⁵⁵ För att 8 kap. 10 § första stycket sekretesslagen skall kunna bli tillämpligt krävs med andra ord, att den enskilde framställer ett krav på sekretess. I flertalet rättsfall som redovisas längre fram tycks det förhålla sig på det sättet.

När det gäller uttrycket ”träda i affärsförbindelse med enskild” har JK uttalat sig om detta. I en offentlig upphandling har ett landsting tagit emot ett anbud på ambulansverksamhet och förvarat det. Landstinget menade att det inte är att betrakta som en förvaltningsmyndighet, eftersom det är en beslutande församling. Enligt 2 kap. 5 § TF samt 1 kap. 8 § sekretesslagen skall dock beslutande församlingar likställas med myndighet vid tillämpning av sekretesslagen och bestämmelserna om handlingsoffentlighet i TF. Landstinget offentliggjorde anbudet och det kom till massmedias kännedom. Ärendet var vid offentliggörandet inte längre aktuellt för landstingets del och sekretess enligt 6 kap. 2 § förelåg inte enligt JK. Däremot ansåg JK att landstinget genom att motta ett anbud från en enskild har trätt i affärsförbindelse med denne. I och med att affärsförbindelse ansågs ha inträtts, borde landstinget ha sekretessprövat innehållet i offentliggörandet enligt bestämmelsen i 8 kap. 10 § första stycket sekretesslagen.⁵⁶

3.5 Enheter som är skyldiga att iaktta TF

Alla offentliga beställare är inte skyldiga att tillämpa reglerna om handlingsoffentlighet i TF. I och med införandet av LOU utökades antalet enheter att omfattas av begreppet upphandlande enhet. För att avgöra om en enhet är skyldig att tillämpa upphandlingsreglerna måste hänsyn tas dels till den verksamhet enheten faktiskt bedriver, dels till det bestämmande inflytande som eventuellt utövas över enheten av den offentliga sektorn. Det bestämmande inflytandet kan utgöras av ägande eller annan kontroll.⁵⁷ Vissa bolag omfattas inte av begreppet upphandlande enhet, men de omfattas ändå av LOU för att stat, kommun m.fl. innehar ett bestämmande inflytande över bolaget. Även bolag vars verksamhet är beroende av särskilt

⁵⁵ Prop. 1979/80:2 Del A s. 240 f.

⁵⁶ JK 1993 s. 41.

⁵⁷ Prop. 1992/93:88 s. 60.

tillstånd från en behörig myndighet omfattas av begreppet. Exempel då tillstånd kan komma att behövas är i samband med koncessioner där naturtillgångar brukas eller allmänna nyttigheter tillhandahålls.⁵⁸ I 4 kap. 1 § andra stycket LOU regleras den utvidgade kretsen av upphandlande enheter. Denna krets är i regel inte skyldig att tillämpa 2 kap. TF.

2 kap. 3 § i TF föreskriver att en handling är allmän om den förvaras hos myndighet eller är att anse som inkommen till eller upprättad hos myndigheten. Myndighetsbegreppet är utvidgat i TF och sekretesslagen. I 2 kap. 5 § TF samt 1 kap. 8 § sekretesslagen föreskrivs, att med myndighet skall jämföras riksdagen, beslutande kommunala församlingar, organ som anges i bilagan till sekretesslagen, aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar och stiftelser där bestämmande inflytande utövas av kommun, landsting eller kommunalförbund.⁵⁹

Vid en jämförelse av uppräkningsorganen av de organ som är skyldiga att iakttäva bestämmelserna om handlingsoffentlighet och de enheter som enligt definitionen i 1 kap. 5 § utgör upphandlande enheter, kan det fastställas att flertalet enheter som upphandlar enligt LOU omfattas av bestämmelserna som reglerar offentlighet och sekretess. Vissa statliga bolag, som inte är upptagna i sekretesslagens bilaga, samt privata bolag som skall följa 4 kap. LOU är däremot inte skyldiga att tillämpa reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess. I nästa kapitel redogörs för betydelsen av reglerna om anbudssekretess.

⁵⁸ Prop. 1992/93:88 s. 87 f.

⁵⁹ Vad som avses med att ”utöva ett bestämmande inflytande” framgår av 1 kap. 9 § sekretesslagen.

4 Anbudssekretess

4.1 Absolut sekretess

Sekretess till skydd för det allmänna regleras i 6 kap. 2 § sekretesslagen. I bestämmelsens tredje stycke regleras absolut sekretess. Absolut sekretess innebär att uppgifter om anbud inte i något fall får lämnas ut innan ett beslut om anbud har fattats inom ramen för upphandlingen. En begäran om utfående av en handling måste alltid nekas om upphandlingen är i ett skede där ett beslut om anbud ännu inte har fattats. Den absoluta sekretessen omfattar uppgifter i fråga om anbud, hänförliga till ärenden rörande upphandling eller försäljning av egendom för det allmännas del. Enligt förarbetena skall uppgifter skyddas om de på något vis kan tjäna som information. Uppgifter om ett anbud har lämnats eller avgivits skall skyddas mot utlämning. Skyddet omfattar också arbetspromemorior och andra handlingar som upprättas av myndighet, till exempel motförslag i samband med en förhandlingsupphandling.⁶⁰

JO har nyligen granskat ett fall där en anställd vid upphandlingsenheten i Mora kommun av oaktsamhet lämnat ut en sekretessbelagd handling i ett upphandlingsförfarande. En person hade begärt att få ta del av förfrågningsunderlaget och den anställde hade tillsammans med underlaget lämnat ut sändlistan över vilka leverantörer som inbjudits att lämna anbud. Eftersom sekretess enligt förarbetena skall gälla för uppgifter som kan tjäna som upplysning om ett visst anbud har infordrats eller avgivits eller som på annat sätt avser visst anbud, utredde JO huruvida den anställde gjort sig skyldig till brott mot tystnadsplikten enligt 20 kap. 3 § brottsbalken jämfört med 1 kap. 6 § sekretesslagen. Genom att lämna ut sändlistan har den anställde röjt en uppgift, som hon varit skyldig att hemlighålla enligt 6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslagen.⁶¹

4.2 Syftet med absolut sekretess

Huvudsyftet i den offentliga upphandlingen är att anbudsgivare skall konkurrera sinsemellan om att lämna det mest gynnsamma anbudet. I vissa fall anses det anbud som har det lägsta priset vara det mest gynnsamma, men som nämnts tidigare kan valet av leverantör grunda sig på andra kriterier än priset. Oavsett vilket är prisfrågan en känslig punkt. Det förekommer att anbudsgivare i hemlighet gör upp om det lägsta anbudets storlek, eller till och med beslutar om vem eller vilka som skall avge anbud. Anbudssamarbete av det slaget är förbjudet och skall förhindras genom

⁶⁰ Prop. 1979/80:2 s. 148 samt prop. 2001/02:142 s. 93.

⁶¹ 2004/05:JO1 s. 421-422.

LOU, LIU samt konkurrenslagen. Anbudssamarbete mellan leverantörer är en form av prissamverkan som kallas anbudskartell. Bildandet av anbudskarteller strider mot grundtanken med upphandling, att den skall bedrivas affärsmässigt, objektivt och med utnyttjande av befintliga konkurrensmöjligheter.⁶² Av den anledningen spelar betydelsen av absolut sekretess en särskild roll. Intentionen med införandet av absolut sekretess var att bestämmelsen skulle bidra till att förhindra anbudskarteller. Sekretesslagens föregångare, lagen om rätten att utbekomma allmänna handlingar, innehöll en liknande bestämmelse som sedermera överfördes till den nuvarande sekretesslagen.⁶³

Konkurrensmässigt är det av stor vikt att absolut sekretess gäller fram till att ett tilldelningsbeslut fattas.⁶⁴ Innan den upphandlande enheten fattar ett beslut att anta ett anbud, får upplysningar om anbud och anbudsansökningar i regel inte lämnas ut till någon annan än den som har lämnat ansökan eller anbudet. I förarbetena till sekretesslagen diskuteras huruvida uppgifter får lämnas ut i den mån det behövs för att anbud skall kunna prövas av en konsult utanför myndigheten. En konsult skall i sådant fall betraktas som om han ingår i myndigheten eftersom han deltar i myndighetens verksamhet. Enligt förarbetena torde sekretessreglerna inte utgöra hinder mot att ett anbud skall kunna prövas av en konsult utanför myndigheten, eftersom detta är nödvändigt för att myndigheten skall kunna fullgöra sin prövning av anbudet i enlighet med 1 kap. 5 § sekretesslagen.⁶⁵ Uppgifter får också lämnas till en av handelskammaren utsedd person. Den utsedde personen får ta del av de uppgifter som behövs för att kunna kontrollera att anbudshandlingar hanteras på ett korrekt sätt. Regeringsrätten har prövat frågan i RÅ 1996 ref. 85.

Absolut sekretess kan brytas tidigare genom offentligt anbudsöppnande. Vid offentligt anbudsöppnande offentliggörs alla anbud samtidigt, och den upphandlande enheten väljer själv formen för anbudsöppning. Tillämpas inte offentligt anbudsöppnande gäller sedan år 2002 att absolut sekretess upphör när den upphandlande enheten beslutar vem som skall tilldelas upphandlingskontraktet. Regleringen är en direkt följd av EG-domstolens förhandsavgörande i Alcatel-målet.

4.3 Rättsläget före år 2002

I bestämmelsen om upphandlingssekretess har upphörandet av absolut sekretess tidsmässigt förflyttats sedan LOU infördes. Företeelsen har ett samband med möjligheten att överpröva ett beslut inom den offentliga upphandlingen. Först genom införandet av LOU år 1994 tillförsäkrades

⁶² Bernitz, Ulf, 1996, s. 39.

⁶³ Prop. 1937:107 s. 91 och 96.

⁶⁴ Prop. 2001/02:142 s. 56.

⁶⁵ Prop. 1979/80:2 del A s. 148 f.

leverantörer en rätt att begära överprövning av samtliga beslut under en offentlig upphandling. Den tidigare gällande upphandlingsförordningen för statliga myndigheter medgav ingen rätt att överklaga upphandlingar. Det kommunala upphandlingsreglementet medgav överprövning av kommunala och kyrkokommunala beslut genom kommunalbesvär, dock omfattades inte kommunala bolag. En leverantör som inte var kommun- eller landstingsmedlem i kommunen kunde inte begära överprövning, eftersom kommunalbesvär förutsätter att en kommun- eller landstingsmedlem begär prövning enligt 10 kap. 1 § kommunallagen (1991:900). Rättsläget förändrades genom införandet av LOU och rättsmedelsdirektiven.⁶⁶ Det finns två rättsmedelsdirektiv varav det första reglerar rättsmedel vid upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, dvs. den klassiska sektorn som regleras i 2, 3 och 5 kap. LOU. Det andra rättsmedelsdirektivet reglerar upphandlingsförfaranden inom försörjningssektorerna, 4 kap. LOU. Huruvida överprövning var möjligt i hela den offentliga upphandlingen ifrågasattes i ett förhandsavgörande i EG-domstolen. Det tycktes som om det så kallade tilldelningsbeslutet, dvs. beslutet som anger vilken leverantör som tilldelas upphandlingskontraktet, inte kunde överklagas av leverantörer på grund av avsaknaden av insyn. Att en leverantör inte kunde få insyn i beslutet berodde på sekretessbestämmelsernas utformning i lagstiftningen. Genom Alcatel-målet förändrades tillämpningen av absolut sekretess i den offentliga upphandlingen.

4.4 Alcatel-målet

4.4.1 Bakgrund

Förhandsavgörandet från EG-domstolen i Alcatel-målet innehåller ett uttalande om tolkningen av det första rättsmedelsdirektivet.⁶⁷ Förhandsavgörandet begärdes av österrikisk domstol i samband med en tvist beträffande tilldelning av ett kontrakt rörande offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.⁶⁸ Upphandlingen annonserades i vanlig ordning och anbud infordrades. Kontraktet i fråga tilldelades bolaget Kapsch AG och ingicks samma dag. De andra anbudsgivarna fick kännedom om kontraktet genom ett pressmeddelande. Samtliga begärde prövning av kontraktet vid Bundesvergabeamt.

I sin begäran om förhandsavgörande konstaterar Bundesvergabeamt att österrikisk lag inte skiljer mellan en civilrättslig och en offentligrättslig del i den offentliga upphandlingen. En upphandlande myndighet i Österrike är

⁶⁶ Prop. 2001/02:142 s. 55.

⁶⁷ Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s.33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3 s. 48)

⁶⁸ Hela kapitel 4.4 behandlar mål C81/98 Alcatel Austria AG m.fl. och Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, REG 1999 s. 1-7671.

enligt lag innehavare av civilrättsliga skyldigheter under ett upphandlingsförfarande varmed civilrättsliga bestämmelser, former och medel tillämpas. Enligt österrikisk rätt uppstår en avtalsrätlig relation mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivaren, inom tilldelningsfristen, vid den tidpunkt vid vilken anbudsgivaren får kännedom om att hans anbud har antagits. Tilldelningen av kontraktet och dess ingående sammanfaller i regel inte i formellt hänseende enligt Bundesvergabeamt. Anbudet fattas internt inom myndighetsorganisationen utan att tredje man får kännedom om beslutet. För tredje man framstår det som om beslutet att anta ett kontrakt sammanfaller med kontraktets ingående. Tredje man kan inte dessförinnan lagligen få kännedom om vilket anbud den upphandlande myndigheten har beslutat att anta. Beslutet om vem som tilldelas kontraktet kan därmed inte heller angripas. Tidpunkten för beslutet att tilldela en part kontraktet har avgörande betydelse för prövningsförfarandets utformning vid Bundesvergabeamt.

4.4.2 Den nationella domstolens frågor

Den hänskjutande domstolen ställde följande tolkningsfrågor till domstolen.

1) Är medlemsstaterna när de införlivar direktiv 89/665/EEG enligt artikel 2.6 skyldiga att i samtliga fall tillhandahålla ett förfarande genom vilket anbudsgivaren kan få ett tilldelningsbeslutet undanröjt, trots att prövningsförfarandets rättsverkan efter kontraktets ingående kan begränsas till utdömmande av skadestånd?

2) Om fråga 1 besvarades jakande undrade Bundesvergabeamt om skyldigheten i fråga 1 är konkretiserad och bestämd på så sätt att den i sig ger den enskilde rätt att kräva ett prövningsförfarande enligt artikel 1 i direktiv 89/665/EEG, i vilket den nationella domstolen i varje fall måste ha möjlighet att vidta interimistiska åtgärder enligt artikel 2.1 a och b i direktiv 89/665/EEG och att undanröja den upphandlande myndighetens beslut att tilldela kontraktet och på så sätt att den enskilde under ett domstolsförfarande kan göra denna skyldighet gällande mot medlemsstaten.

3) Om fråga 2 besvarades jakande undrade Bundesvergabeamt om den beskrivna skyldigheten i fråga 1 är konkretiserad och bestämd på så sätt att den nationella domstolen under förfarandet inte får ta hänsyn till nationella bestämmelser av motsatt innehåll som skulle hindra den nationella domstolen från att uppfylla denna skyldighet, och på så sätt att den nationella domstolen skall uppfylla denna skyldighet omedelbart såsom en del av gemenskapsrättsordningen, även om det i nationell rätt saknas laga stöd för att vidta sådana åtgärder.

4.4.3 EG-domstolens prövning i sak

Den första frågan

Domstolen utreder om bestämmelserna i artikel 2.1 a och b samt artikel 2.6 i direktiv 89/665/EEG skall tolkas så att myndigheterna är skyldiga att, vad gäller den upphandlande myndighetens beslut innan kontraktet ingås, i samtliga fall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan begära att beslutet undanröjs.

Artikel 2.1 i direktivet föreskriver vilka åtgärder som skall vidtas inom ramen för det prövningsförfarande som medlemsstaterna skall införa i nationell rätt. *Punkt a* rör rätten att vidta interimistiska åtgärder, *punkt b* föreskriver möjligheten att undanröja olagliga beslut och *punkt c* gäller skadestånd. *Punkt b* innehåller inte en definition av vilka olagliga beslut som kan begäras undanröjda. I bestämmelsen anges att diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i de handlingar som har samband med upphandlingen i fråga kan vara föremål för talan om undanröjande. Enligt domstolen utesluter inte ordalydelsen i bestämmelsen att ett beslut om tilldelning av kontrakt inte skulle kunna tillhöra de olagliga beslut som kan vara föremål för en sådan talan.

Syftet med det första rättsmedelsdirektivet är enligt domstolen att tillförsäkra att direktiven på upphandlingsområdet tillämpas korrekt såväl nationellt som gemenskapsrättsligt. Överträdelser skall rättas till i så tidigt stadium som möjligt. Enligt artikel 1.1 i direktivet skall medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att en upphandlande myndighets beslut skall kunna prövas så effektivt och skyndsamt som möjligt. I artikel 2.6 i direktivet anges begränsningar i prövningsförfarandet. Domstolen konstaterar att bestämmelsen är tillämplig i situationer *efter* ingåendet av det kontrakt som följer på beslutet om tilldelning av kontrakt. Artikel 2.1 i direktivet är däremot tillämpligt i stadiet *före* ingåendet av kontrakt. Prövningsorganets behörighet är inte begränsad enligt denna bestämmelse. Domstolen slutsats är att bestämmelserna i artikel 2.1 a och b samt artikel 2.6 i direktiv 89/665/EEG skall tolkas så, att myndigheterna är skyldiga att, vad gäller den upphandlande myndighetens beslut innan kontraktet ingås, i samtliga fall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan begära att beslutet undanröjs.

Den andra och den tredje frågan

Eftersom beslutet att tilldela kontraktet och ingåendet av kontraktet praktiskt taget sammanfaller enligt österrikisk lag, konstaterar domstolen att det saknas ett förvaltningsbeslut som de berörda parterna kan få kännedom om. Eftersom ett beslut saknas kan en talan om undanröjande enligt artikel 2.1 a och b i direktiv 89/665/EEG inte aktualiseras. I och med att en rätt att väcka talan inte ges i enlighet med de villkor som anges i direktivet, kan de berörda enligt de förfaranden som är tillämpliga enligt nationell rätt, begära ersättning för den skada de har lidit på grund av att direktivet inte har genomförts inom den föreskrivna fristen. Domstolens slutsats är att artikel

2.1 a och b i direktiv 89/665/EEG *inte* kan tolkas så, att de organ som är behöriga att pröva förfarandena för offentlig upphandling i medlemsstaterna har en rätt att företa en prövning på de villkor som anges i denna bestämmelse, även när det inte finns ett beslut om tilldelning av ett kontrakt som kan bli föremål för talan om undanröjande.

Slutsats

Av förhandsavgörandet följer att medlemsstaterna har en skyldighet att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket en klagande part kan få till stånd en prövning av själva tilldelningsbeslutet. Ett prövningsförfarande skall inte kunna förhindras genom den upphandlande enhetens beslut att inte lämna ut en allmän handling. Det är nödvändigt för en leverantör att få tillgång till bevisning genom dokument om upphandlingen för att kunna tillvarata sin rätt och få till stånd en prövning av beslutet. Enligt EG-domstolen spelar leverantörernas behov av insyn i tilldelningsbeslutet en större roll än det allmännas behov av absolut sekretess.⁶⁹

Förhandsavgörandet från EG-domstolen har medfört förändringar i svensk nationell rätt, såväl i LOU som i sekretesslagen. Den 1 juli 2002 infördes två förändringar som en direkt följd av Alcatel-målet. En skyldighet att lämna upplysningar i samband med tilldelningskontraktet infördes i 1 kap. 28 § LOU. Denna reglering krävde i sin tur att reglerna om sekretess i den offentliga upphandlingen ändrades. Nästa kapitel innehåller en redogörelse för Alcatel-domens rättsverkningar i svensk nationell rätt.

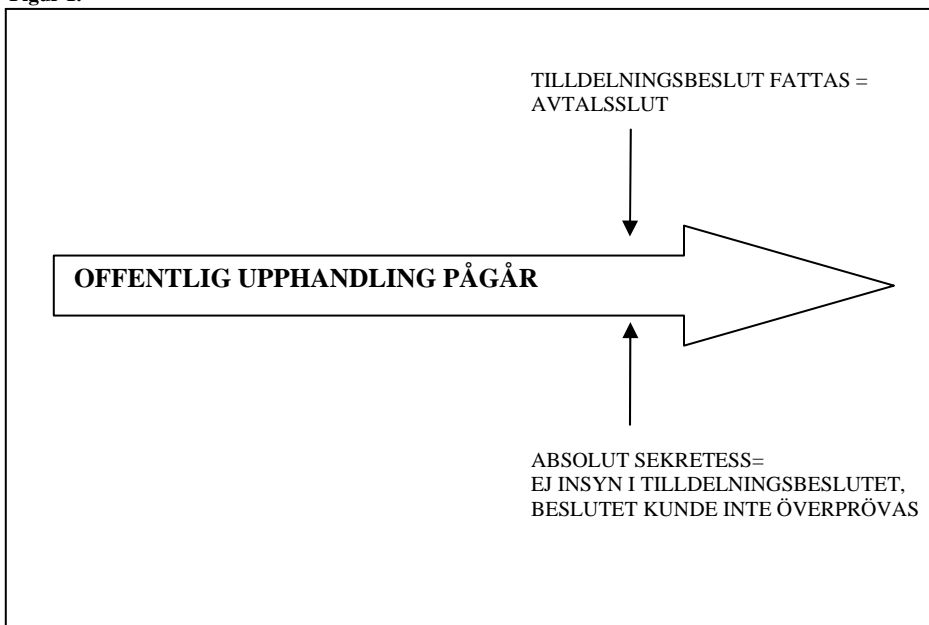
⁶⁹ Prop. 2001/02:142 s. 59 med hänvisning till ovan redovisade Alcatel-dom.

5 Upplyningsplikt enligt LOU och ändrad anbudssekretess

5.1 Alcatel-domens påverkan på svensk nationell rätt

Genom EG-domstolens förhandsavgörande i Alcatel-målet blev det nödvändigt att anpassa LOU samt bestämmelserna om anbudssekretess för att rättsmedelsdirektiven skulle vara uppfyllda i svensk rätt. Förhållandet att tilldelningsbeslutet och avtalsslutet sammanföll i svensk rätt innebar att den svenska lagstiftningen inte tillhandahöll ett prövningsförfarande genom vilket leverantörer kunde få överprövat ett tilldelningsbeslut. För det första krävdes att sekretessreglerna ändrades så att en upphandlande enhet efter en sekretessprövning skulle kunna lämna ut uppgifter om tilldelningsbeslutet. För det andra krävdes en bestämmelse som stadgar att en upphandling inte får avslutas förrän samtliga leverantörer haft en möjlighet att ta del av tilldelningsbeslutet.⁷⁰ Schematiskt kan förhållandena i svensk rätt *före* Alcatel-domen förklaras enligt figur 1.

Figur 1.



⁷⁰ Prop. 2001/02:142 s. 52 f.

5.2 Införande av upplysningsplikt i LOU

För att svensk lagstiftning skulle motsvara de krav som EG-rätten uppställde införades en gemensam bestämmelse som reglerar upphandlande enheters upplysningsplikt. Tidigare var upplysningsplikten inte enhetligt reglerad, utan det fanns olika regler beroende på vad upphandlingen rörde. Upplysningsplikten innebär att upphandlande enheter på eget initiativ skall lämna ut information till anbudsgivarna i fråga om det tilldelningsbeslut som den upphandlande enheten fattar. Informationen skall innehålla upplysningarna om vem som tilldelats upphandlingskontraktet samt skälen för beslutet. Alcatel-domen rör det första rättsmedelsdirektivet (klassiska sektorn), men eftersom rätten till överprövning inte är beroende av vad upphandlingen rör eller vilken verksamhet den upphandlande enheten bedriver, skall alla upphandlande enheter iaktta upplysningsskyldigheten. Utgångspunkten i lagförslaget var att reglera all offentlig upphandling så enhetligt som möjligt.⁷¹

Upplysningskyldigheten regleras i 1 kap. 28 § LOU. Från det att beslut om anbud har fattats och upplysningar om tilldelningskontraktet har lämnats till samtliga leverantörer, har en leverantör tio dagar på sig att begära överprövning av beslutet enligt 7 kap. 1 § LOU. Tidsfristen infördes samtidigt med upplysningsplikten. Frågan om när tiodagarsfristen börjar löpa har prövats i ett mål i länsrätten i Göteborg. En leverantör ville överklaga en upphandling rörande service och reparationer av pumpar. Åtta anbud inkom i upphandlingen och avtal slöts med två leverantörer. Den upphandlande enheten ansåg att upplysningar enligt 1 kap. 28 § LOU hade lämnats till den klagande dels via telefon, dels i tillställda handlingar. Den klagandes talan borde enligt enheten avvisas eftersom tiodagarsfristen hade löpt ut och upphandlingskontrakt tecknats. Klaganden menade att han inte hade tagit del av några upplysningar. Oavsett om klagande tagit del av upplysningar eller ej, menade länsrätten att samtliga berörda anbudsgivare ändå inte hade tagit del av sådana upplysningar. Av resonemanget följde att tiodagarsfristen inte hade börjat löpa, varmed länsrätten inte var förhindrad att pröva den klagandes begäran om överprövning.⁷²

En leverantör som inte automatiskt erhåller upplysningar från den upphandlande enheten, kan begära att få ut information om tilldelningskontraktet. Om enheten omfattas av reglerna i TF, är den enligt 2 kap. 12 § TF skyldig att lämna ut uppgifterna genast eller så snart det är möjligt till den leverantör som begär det. Uppgifter som lämnas ut i enlighet med bestämmelsen blir offentliga, samtidigt som uppgifter som inte lämnas ut som huvudregel får anses vara offentliga enligt vad som följer av det raka skaderekvisitet.⁷³ Om någon begär att få ut handlingarna måste den upphandlande enheten i fråga om de senare uppgifterna göra en skadebedömning enligt sekretesslagens bestämmelser.

⁷¹ Prop. 2001/02:142 s. 58-62.

⁷² Länsrätten i Göteborg mål nr 8547-03 E.

⁷³ Prop. 2001/02:142 s. 63.

5.2.1 Utlämnande av upplysningar enligt 1 kap. 28 § LOU skall sekretessprövas

I förarbetena anges att uppgifter om vilka faktorer tilldelningsbeslutet har grundat sig på huvudsakligen torde kunna lämnas ut utan att det allmänna eller någon enskild lider skada. Däremot bör en skadebedömning göras innan närmare uppgifter om det anbud som enheten beslutat att anta lämnas ut. Skadebedömningen är den samma som gäller vid utlämning av övriga uppgifter i den offentliga upphandlingen, det vill säga med hänsyn till 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen. Genom att den upphandlande enheten gör en skadebedömning innan uppgifter om anbuderna lämnas ut förhindras att informationen om tilldelningsbeslutet innehåller uppgifter som klassas som företagshemligheter. Men i förarbetena framhålls att inte enbart röjande av företagshemligheter kan medföra skada för en leverantör, utan också uppgifter rörande det allmänna och den enskildes affärs- och driftförhållanden. Den upphandlande enheten måste i det här skedet göra en lämplig avvägning mellan förlorande leverantörens rätt att få information om tilldelningsbeslutet och den vinnande leverantörens och den upphandlande enhetens intresse av att känsliga uppgifter inte lämnas ut till andra. Detta förutsätter att den upphandlande enheten ”gör en sekretessprövning när den bestämmer innehållet i upplysningarna om tilldelningsbeslutet”.⁷⁴ Vad den upphandlande enheten har att iaktta vid sekretessprövning redogörs för i kapitel 6.

Regleringen i 1 kap. 28 § LOU om offentliggörande av uppgifter som rör anbud eller erbjudanden innan avtal sluts har tillkommit för att fullfölja Sveriges åtaganden enligt EU. Att sekretessprövning är nödvändig följer indirekt av EG-direktiven. Bland annat föreskrivs att meddelande om avslutad upphandling inte får innehålla uppgifter vars publicering skulle strida mot något allmänt intresse och motverka befogade affärs- eller konkurrensintressen. Likaså innebär kravet på likabehandling att innehållet i upplysningarna som leverantörerna får skall utformas lika för alla leverantörer.⁷⁵

5.2.2 Konflikt mellan LOU och sekretesslagen?

Någon särskild reglering i 1 kap. 28 § LOU om att sekretess skall gälla enligt sekretesslagen för de upplysningar som lämnas ansågs inte nödvändig.⁷⁶ Lagrådet ifrågasatte om inte den föreslagna ordningen ändå skulle kunna medföra konflikter mellan upplysningsskyldigheten i LOU och sekretessreglerna. Lagrådet menade att det inte kan uteslutas att ett krav på att utlämning av upplysningar, jämte motivering, medför att uppgifter om andra anbud framförs. Dessa uppgifter skulle kunna omfattas av sekretess på

⁷⁴ Prop. 2001/02:142 s. 64.

⁷⁵ Prop. 2001/02:142 s. 64 f.

⁷⁶ Prop. 2001/02:142 s. 66.

grund av att de kanske kan komma att påverka kommande anbudsförfaranden.⁷⁷

Lagrådet menade att regleringen kan leda till att anbudsgivare där kommunen har rättsligt bestämmande inflytande och anbudsgivare av privaträttslig karaktär kommer att behandlas olika. Bolag där kommunen har rättslig inflytande jämställs som nämnts med myndigheter i sekretesslagens mening. I de fall den upphandlande myndigheten är en kommun, och anbudsgivaren är ett kommunalt bolag som söker upplysningar skall enligt lagrådet 14 kap. 1 § 2 meningens sekretesslagen tillämpas. Enligt bestämmelsen föreligger det inte hinder att en uppgift lämnas till en annan myndighet om detta följer av lag eller förordning. Lagrådets slutsats är att sekretess gentemot det kommunala bolaget då inte kan komma att gälla. I propositionen framhålles dock att det i upphandlingar ställs krav på likabehandling av leverantörer och att de upplysningar som lämnas till leverantörerna måste vara identiska.⁷⁸ Kommunen har ingen skyldighet att till ett kommunalt bolag lämna ytterligare upplysningar om upphandlingsärendet än de som lämnats till andra leverantörer om tilldelningskontraktet. Det kommunala bolaget kan därmed inte med stöd av 14 kap. 1 § sekretesslagen begära upplysningar som kommunen efter en sekretessprövning valt att inte meddela övriga leverantör. Beakta att sekretess för interna anbud skall gälla enligt samma förutsättning som sekretess för externa anbud. Interna anbud är som tidigare nämnts till exempel anbud inom en kommun, ett landsting, inom kommunala och statliga myndigheter liksom mellan statliga myndigheter.⁷⁹

5.3 Ändringar i sekretessreglerna avseende absolut sekretess

Absolut sekretess gällde förut så långt i upphandlingsförfarandet tills ett kontrakt var slutet. Leverantörer som inte tilldelades kontraktet hade ingen möjlighet att få insyn i tilldelningsbeslutet före kontraktsslutet och kunde därmed inte heller överklaga beslutet. I och med att upplysningar om tilldelningskontraktet skulle lämnas *före* avtalsslut, måste även den absoluta sekretessen upphöra före avtalsslutet. Den absoluta sekretessen skyddar utlämning av uppgifter både när det gäller det allmännas och den enskildes ekonomiska förhållanden. När den absoluta sekretessen upphör måste skyddet upprätthållas på annat sätt.⁸⁰ Det allmännas sekretessbehov tillgodoses genom andra bestämmelser i sekretesslagen, bland annat 6 kap. 2 § första stycket sekretesslagen, och för enskildas del genom 8 kap. 10 § första stycket sekretesslagen. Beakta dock att även andra sekretessregler kan aktualiseras, exempelvis 6 kap 1 § sekretesslagen.

⁷⁷ Prop. 2001/02:142, s. 133.

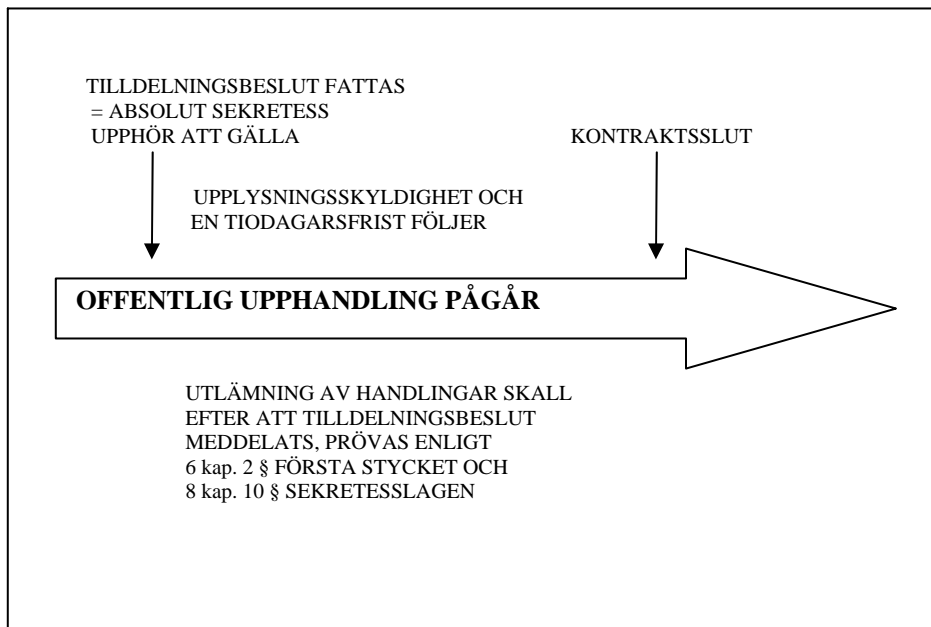
⁷⁸ Prop. 2001/02:142, s. 65.

⁷⁹ Prop. 2001/02:142 s. 93.

⁸⁰ Prop. 2001/02:142 s. 57.

Huvudregeln efter att den absoluta sekretessen har upphört är dock att handlingarna är offentliga. Vid en begäran om utlämnande av handling måste den upphandlande enheten göra en sekretessbedömning. Följderna av Alcatel-domen kan schematiskt uttryckas så som följer av figur 2.

Figur 2.



5.3.1 Begäran om utlämnande av handling för att få insyn i tilldelningsbeslutet i praxis

I ett nyligen avgjort mål i kammarrätten i Stockholm begärde en av anbudsgivarna i en offentlig upphandling av helikoptertjänster att få ut priser i samtliga anbud efter att tilldelningsbeslut hade meddelats. Den upphandlande enheten, Försvarets Materialverk (FMV), lämnade ut de begärda handlingarna men maskerade prisuppgifterna med hänvisning till sekretess. Klaganden menade att eftersom tilldelningsbeslut har meddelats bör bolaget ha rätt att få ut de ifrågavarande uppgifterna. Utan de begärda priserna fanns det ingen möjlighet för bolaget att göra en bedömning av utvärderingen för att eventuellt kunna använda materialet som underlag vid en eventuell överprövning av upphandlingen. FMV framförde att nya liknande upphandlingar pågick, att anbudstiden för dessa ännu inte har löpt ut och att sekretess måste gälla ur konkurrenssynpunkt. Domstolen beaktade förarbetena till lagändringen i 6 kap. 2 § sekretesslagen och hänvisade till avsikten med lagändringen. Enligt förarbetena skall leverantörer ges ökad insyn för att kunna bedöma om en överprövning av ett tilldelningsbeslut bör begäras. Efter tilldelningsbeslutet skall en sedvanlig sekretessprövning ske. Omständigheterna som legat till grund för tilldelningsbeslutet kan i regel lämnas ut utan att skada medföljer. Närmare uppgifter om det anbud som

enheten beslutat att anta bör dock inte lämnas ut utan en skadebedömning. Även andra uppgifter som rör det allmännas eller enskilds affärs- och driftsförhållanden kan vid utlämning innebära skada och bör därför också lämnas ut först efter en skadebedömning. Skadebedömningen sker då enligt 6 kap. 2 § första stycket sekretesslagen för det allmännas del och enligt 8 kap. 10 § sekretesslagen för den enskildes del. FMV hänvisade till sekretess enligt 8 kap. 10 § sekretesslagen och domstolen ansåg detta vara befogat.⁸¹

I ett annat mål i kammarrätten i Stockholm fördes ett likartat resonemang i en upphandling rörande el-entreprenader. Ett av de förlorande bolagen begärde av den upphandlande enheten, landstinget i Västmanland, att få ut anbud samt jämte underlag för anbudsvärderingen. Tilldelningsbeslut i ärendet meddelades den 4 december 2003. Bolaget hade frågor kring upphandlingen och menade att upphandlingen skett i strid med LOU. För att ha ytterligare underlag i sin utredning om landstinget faktiskt brutit mot LOU, och för att därigenom kunna begära överprövning av tilldelningsbeslutet, begärdes utlämning av handlingarna. Landstinget nekade utlämning med stöd av 6 kap. 2 § samt 8 kap. 10 § sekretesslagen. Då upphandlingen ännu pågick menade landstinget att såväl landstinget som enskilda anbudsgivare skulle kunna lida skada om uppgifterna röjdes. Enligt kammarrätten utgjorde omständigheten, att upphandlingen kan komma att göras om, inte en tillräckligt konkretiserad risk för skada för att skaderekvisitet i 6 kap. 2 § skulle anses uppfyllt. Kammarrätten menade att ett sådant synsätt stred mot syftet med lagändringen i bestämmelsens tredje stycke vars innebörd är att absolut sekretess skall upphöra då beslut om vem som tilldelas kontraktet meddelats, och inte som förut först när avtal slutits. Enligt kammarrätten var de skäl för sekretess som landstinget anförde så allmänt hållna att de inte utgjorde tillräcklig grund för sekretess vare sig enligt 6 kap. 2 § eller enligt 8 kap. 10 § sekretesslagen.⁸²

Frågan om absolut sekretess skall gälla i upphandlingar som avbryts har nyligen prövats i Regeringsrätten. Rättsfallet presenteras i kapitel 9 som rör sekretess i avbruten upphandling. Ovan introducerades bestämmelserna i 6 kap. 2 § första stycket och 8 kap. 10 § sekretesslagen. I kommande kapitel undersöks dessa bestämmelser och deras tillämpning i praxis.

⁸¹ Kammarrätten i Stockholm mål nr 891-04.

⁸² Kammarrätten i Stockholm mål nr 8210-03.

6 Sekretess efter att beslut om tilldelningskontrakt har meddelats

6.1 Begreppet *skada* i 6 kap. 2 § första stycket sekretesslagen

När absolut sekretess förekommer, omfattar skyddet både det allmännas och den enskildes intressen. Vid upphävande av absolut sekretess, det vill säga i samma stund som beslut om tilldelningskontrakt fattats, tillgodoses det allmännas sekretessbehov genom bland annat 6 kap 2 § första stycket sekretesslagen. Syftet med sekretessbestämmelserna är att förhindra att konkurrenter får insyn i det allmännas verksamhet efter att tilldelningsbeslut har fattats.⁸³

Absolut sekretess förhindrar sekretessprövning, medan sekretess enligt 6 kap. 2 § första stycket medger att en begäran om utlämnande av en allmän handling sekretessprövning med ett rakt skaderekvisit. Om det kan antas att det allmänna lider *skada* om uppgiften röjs skall uppgiften sekretessbeläggas. Av motiven till bestämmelsen framgår att det finns ett betydande intresse av insyn i myndigheternas handläggning av den typen av ärenden som regleras i lagrummet. Insynen bör dock inte få sträcka sig så långt att det allmänna därigenom skulle lida ekonomisk skada.⁸⁴

I förarbetena till lagändringen om absolut sekretess sägs följande:

”När den absoluta anbudssekretessen hävts är huvudregeln enligt 6 kap. 2 § första stycket första meningen och 8 kap. 10 § första stycket första meningen sekretesslagen att uppgifterna är offentliga. Det är först om det kan antas att det allmänna eller en enskild lider skada av att en uppgift lämnas ut som ett utlämnande inte får ske. När det gäller enskilds affärs- eller driftsförhållanden skall det dessutom, enligt sistnämnda bestämmelse finnas anledning att anta att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Uppgifter om vilka omständigheter som legat till grund för tilldelningsbeslutet torde i regel kunna lämnas ut utan att det allmänna eller någon enskild lider skada. Närmare uppgifter om det anbud som enheten beslutat att anta bör dock kunna lämnas ut först sedan en skadebedömning gjorts. Informationen om tilldelningsbeslutet skall givetvis inte innehålla uppgifter som är att anse som företagshemligheter. En enhet som röjer en företagshemlighet kan ådra sig

⁸³ Prop. 2001/02:142 s. 56.

⁸⁴ Prop. 1979/80:2 Del A s. 148.

skadeståndsansvar enligt lagen (1990:409) om företagshemligheter och det gäller oavsett om enheten har iakttagit reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess eller inte. Men det är inte endast utlämnande av uppgifter som kan kvalificeras som företagshemligheter som kan innebära skada för det allmänna eller enskilda. Även utlämnande av andra uppgifter rörande affärs- och driftsförhållanden kan innebära skada för en leverantör.”⁸⁵

Som synes innehåller varken lag eller förarbeten exempel på vad som skall betraktas som *skada* i bestämmelsens mening. Vägledning måste sökas i praxis.

6.2 Begreppet skada i 8 kap. 10 § första stycket sekretesslagen

Den enskildes skydd mot uppgiftsutlämning regleras i 8 kap. 10 § första stycket sekretesslagen. Bestämmelsen skyddar mot att uppgifter rörande enskilds affärs- och driftsförhållanden röjs när den enskilde ingått en affärsförbindelse med en myndighet. Bestämmelsen innehåller ett rakt skaderekvisit som innebär en presumtion för att uppgifterna är offentliga. Om det kan antas att en enskild lider skada om en uppgift röjs, får ett utlämnande inte ske. Skaderekvisitet är utformat i enlighet med ett utlåtande av militieombudsmannen i 1937 års sekretesslag. Det skall handla om en inte alltför obetydlig skada och det skall föreligga någon speciell omständighet eller särskilda förhållanden som kan åberopas för att sekretess skall gälla. Myndigheten måste utifrån den enskildes uppgifter bedöma om offentliggörande kan medföra skada för honom.⁸⁶ Enligt ett nyligen avgjort rättsfall i kammarrätten i Sundsvall, skall skadebedömningen vid ett sådant skaderekvisit ske med utgångspunkt i själva uppgiften. Kammarrätten menar att det skall vara avgörande om uppgiften som sådan är av den arten att ett utlämnande typiskt sett kan vara ägnat att medföra skada för det intresse som skall skyddas genom bestämmelsen. Dessutom krävs det enligt bestämmelsen att det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs.⁸⁷

I motiven till bestämmelsen anför:

”Anledning att hemlighålla anbudshandlingar som avses i lagrummet kan sägas föreligga, när det finns anledning att befara att ett offentliggörande av handlingarna skulle kunna medföra en inte alltför obetydlig skada för vederbörande verk eller anbudsgivare. Det bör emellertid för lagrummets tillämpning krävas att det skall föreligga någon speciell

⁸⁵ Prop. 2001/02:142 s. 63 och 64.

⁸⁶ Corell, Hans, m.fl., 1992, s. 256.

⁸⁷ Kammarrätten i Sundsvall mål nr 163-04 s. 6-7.

omständighet eller särskilda förhållanden som kan åberopas som skäl härför. Något krav på en mera ingående utredning härom bör emellertid inte ställas upp. Om vederbörande myndighet med hänsyn till omständigheterna finner sannolikt att handlingarnas offentliggörande skulle medföra skada för verket i fråga eller myndigheten finner sig böra sätta tilltro till vad anbudsgivarna har uppgett om att handlingarnas offentliggörande kan befaras medföra skada för honom, bör något hinder för anbudshandlingarnas hemlighållande i regel inte anses föreligga. En viss avvägning bör alltid företas med hänsyn till offentlighetsintresset. En begäran om konfidentiell behandling, som framställs av en anbudsgivare men som inte närmare motiveras och inte heller har karaktären av anbudsvillkor, bör i regel inte föranleda beslut om handlingarnas hemlighållande. Om det på grund av omständigheterna, som är kända för myndigheterna, kan befaras att underlåtenhet att efterkomma en sådan begäran skulle kunna medföra skada eller olägenhet för vederbörande verk eller anbudsgivaren, bör dock handlingarna kunna hemlighållas.”⁸⁸

Exempel på vad som skall betraktas som skada i den här bestämmelsens mening anges inte, men det framgår tydligt av förarbetena att om en enskild begär sekretess skall den upphandlande myndigheten följa en sådan begäran. Kravet är dock att behovet av sekretess motiveras.

6.3 Skaderekvisitet i rättspraxis

För att en handling eller en uppgift i den offentliga upphandlingen skall omfattas av sekretess måste röjandet av handlingen eller uppgiften kunna antas medföra *skada*. Närmare ledning ges varken i lag eller förarbeten. Skaderekvisiten har prövats i rättspraxis, och i de fall domstolen har funnit att sekretess skall gälla, har sekretess i flera fall ansetts följa både av 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen. I vissa rättsfall följer sekretess av 8 kap. 10 § sekretesslagen och en annan sekretessbestämmelse i lagen. Genom att redogöra för ett antal rättsfall kan domstolarnas resonemang kring skadebegreppet tydliggöras. Rättsfallen har grupperats så att det närmare framgår vilka uppgifter som *kan* respektive *inte kan* röjas med anledning av skaderekvisiten. I anslutning till vissa rättsfall ges en kort kommentar angående domstolens bedömning i frågan.

⁸⁸ Prop. 1979/80:2, Del A, s. 241.

6.3.1 Om ett utlämnande kan antas påverka kommande anbudsförfaranden negativt föreligger skada

Skada kan till exempel enligt praxis innebära att kommande anbudsförfarande påverkas negativt av att uppgifter lämnas ut från ett avslutat anbudsförfarande.

RÅ 1988 not. 236

I RÅ 1988 not. 236 avslag den upphandlande enheten, en stiftsnämnd, en enskilds begäran att få ta del av anbudshandlingar rörande rotpostförsäljningar. Andra parter inom virkeshantering kunde gynnas på myndighetens bekostnad om anbudshandlingarna lämnades ut. Skulle pris- och andra uppgifter kring rotpostförsäljningar lämnas ut, skulle kommande förhandlingar och övrig försäljningsverksamhet kunna påverkas negativt och följas av skador i form av lägre priser och sämre utdelning för pastoraten. Det konstaterades att stiftsnämnden bedrev en omfattande köp- och försäljningsverksamhet genom anbudsförfarande, med en försäljning på nästan 19 miljoner kronor under år 1985/1986. Om anbudshandlingarna lämnades ut, skulle verksamheten kunna lida skada vid kommande anbudsförfarande. Sekretess enligt 6 kap. 2 § sekretesslagen skulle följa.

1993 not. 409

RÅ 1993 not. 409 rörde utlämning av allmän handling i form av beslutsprotokoll och fullständig anbudssammanställning i en upphandling angående ombyggnader hos SJ Fastighetsdivision, Region Öst. SJ lämnade inte ut några handlingar med motiveringen att det vid tidpunkten för de begärda handlingarnas utlämnande pågick upphandlingsförfarande i nästa etapp av ombyggnaden av Centralstationen. På grund av ytterligare stationsupprustningar skulle fler upphandlingar av samma karaktär genomföras. Det ansågs finnas klara skäl att anta att det allmänna skulle lida skada om uppgifterna röjdes. Röjande av uppgifter skulle med föreliggande anledning även kunna medföra skada för enskilda anbudsgivare. I målet framkom att överklagande part åberopade utlämnande med stöd av vad som framkommit i RÅ 1991 not. 307 samt RÅ 1992 not. 537 (se nedan).

Regeringsrätten fastslog att det i det här målet inte var fråga om rutinmässiga upphandlingar eller sådana upphandlingssituationer som avsågs i de rättsfall som den överklagande parten åberopade. De begärda handlingarna innehöll sammanställningar av anbud med priser på generalentreprenader för ombyggnadsarbeten på Stockholms Centralstation. Om uppgifterna röjdes, skulle såväl det allmänna som enskild kunna lida skada. Regeringsrätten ansåg därför att sekretess skulle gälla enligt 6 kap. 2 § samt 8 kap. 10 § sekretesslagen och fastställde kammarrättens dom.

6.3.2 Om en part konkretiserat risken för skallda föreligger skada

När en part konkretiserad risken för skada som kan följa för att handlingar lämnas ut, har sekretess i vissa fall ansetts vara förhanden.

RA 1987 not. 370

I RA 1987 not. 370 begärde en privatperson att utfå kopior av samtliga anbudshandlingar rörande upphandling av snöröjning i Västerås kommun. Kommunstyrelsen beslutade att belägga handlingar beträffande snöröjningsupphandlingar för säsongen 1986/87 med sekretess. Beslutet överklagades och begränsades till att avse ett utfående av namnen på kommunens avtalsparter samt beloppen och villkoren på såväl anbuden som de slutliga avtalen. Kommunstyrelsen anförde att anledningen till att kommunen ansåg det nödvändigt att sekretessbelägga handlingar avseende upphandlingar av snöröjartjänster, berodde på att medlemmar i "Västerås snöröjarförening" samrått i samband med anbudsgivningen. Kommunens upphandling hade därmed väsentligt försvårats, och för att skapa gynnsammare förutsättningar för kommande upphandlingar av snöröjartjänster, ansåg kommunen det nödvändigt att sekretessbelägga handlingarna i ärendet.

Regeringsrätten fann, i enlighet med kammarrätten, att utredningen i målet tydde på att det kunde antas att kommunen skulle lida skada om uppgifterna i fråga lämnades ut. Skaderekvisitet i 6 kap. 2 § sekretesslagen ansågs uppfyllt.

RA 1989 not. 208

I RA 1989 not. 208 hade landstinget i Älvsborgs län beslutat att sälja ett sjukhem. Med anledning därav infordrades anbud på fastigheten. Samtliga 17 inkomna anbud öppnades samma dag. Dagen efter begärde en enskild att få ta del av anbuden. Landstinget lämnade inte ut de begärda handlingarna med motivering att anbuden i de flesta fall var förenade med förbehåll samt att vissa var s.k. förhandlingsanbud. För att anbuden skulle kunna jämföras med varandra krävdes förhandlingar mellan anbudsgivarna och landstinget. Om anbuden offentliggjordes innan förhandlingarna var slutförda, skulle anbudsgivarna kunna få ett övertag i förhandlingarna med landstinget. Dessutom menade landstinget att de angivna anbuden inte var bindande för anbudsgivarna, ett offentliggörande av anbuden före avtalsslut skulle även av den anledningen kunna vara till ekonomisk skada för landstinget. Under målets handläggning i kammarrätten lämnade landstingskommunen ut en av de 17 anbudshandlingarna.

Kammarrätten menade att vad som framkommit i målet inte gav stöd för annat antagande än att landstinget kunde lida skada om handlingarna lämnas ut. Sekretess enligt 6 kap. 2 § skulle gälla. Regeringsrätten gick på samma linje. Regeringsrätten menade med hänvisning till de omständigheter som

landstingskommunen angett i det överklagade beslutet, att det skulle kunna antas att landstingskommunen skulle lida ekonomisk skada om uppgifterna i de övriga anbuderna lämnades ut innan ett bindande avtal slutits eller frågan om försäljning av fastigheten förfallit.

6.3.3 Om myndighetens ställning i förhandlingar på grundval av anbudet försvagas föreligger skada

RA 1990 not. 9

I RA 1990 not. 9 överklagade ett datorföretag ett nekat beslut att få ut avtal som träffats i en upphandling om datatjänster mellan ett s.k. ADB-kontor tillhörande Göteborgs servicenämnd och ett annat datorföretag. ADB-kontoret anförde att det drevs utan anslag på den konkurrensutsatta marknadens villkor, och att det för kontorets framtid var av avgörande betydelse att kostnaderna hölls så låga som möjligt. För att kunna täcka nödvändiga fasta kostnader sålde kontoret i begränsad omfattning tjänster till andra än Göteborgs kommun. Avtalsparterna fäste stor vikt vid att affärshemligheter bevarades. För kontoret i framtiden skulle kunna fortsätta sluta avtal var det av största betydelse att innehållet i avtalen inte kom till andra kunders och konkurrenters kännedom.

Regeringsrätten fastslog att ett utlämnande av avtalen skulle kunna gynna den som driver likartad verksamhet i konkurrens med ADB-kontoret, sekretess med stöd av 6 kap. 1 § sekretesslagen skulle därför gälla. Sekretess skulle även gälla enligt 8 kap 10 § sekretesslagen då det antogs att kontorets enskilda motparter skulle kunna lida skada om avtalens innehåll röjdes.

RA 1993 not. 345

I RA 1993 not. 345 var frågan om prisuppgifter i avtal mellan Statens Invandrarverk och sex andra avtalsparter omfattades av sekretess. I målet framgår att även om sekretess betingas av konkurrenshänsyn, har behov av sekretess ansetts gälla också för att hindra att priser i upphandlingsärenden drivs upp.

Domstolen utreder vad som framkommit i praxis och kommer fram till att allmänt hållna uttalanden om skaderisken oftast inte utgjort tillräcklig grund för antagandet, att ett utlämnande av en prisuppgift medför ekonomisk förlust för myndigheten. Rättens argumentation i det här hänseendet bygger på vad som bland annat framkommit i RA 1991 ref. 56 samt RA 1991 not. 307 (se nedan). När part däremot konkretiserat risken för skada har uppgifter i vissa fall ansetts omfattas av sekretess, till exempel RA 1987 not. 370 samt RA 1988 not. 236 (se ovan). När avtal väl ingåtts

skall skäl för sekretess i regel inte föreligga enligt domstolen. I det här fallet ansågs betingelserna för Statens Invandrarverks upphandling speciella. Avtalen rörde avsevärda belopp, kretsen av möjliga anbudsgivare var starkt begränsad och slutna upphandling var i vissa fall överhuvudtaget inte möjlig. Detta var en ekonomiskt sårbar förhandlingsposition och offentliggörande av prisuppgifter, skulle kunna innebära en skadlig konkurrensbegränsning för verket. Sekretess enligt 6 kap. 2 § sekretesslagen skulle gälla, oavsett om sekretess också gällde enligt 8 kap. 10 § samma lag.

6.3.4 Om uppgifterna är allmänt hållna föreligger *inte* skada

Allmänt hållna uppgifter, som att sekretess är en förutsättning för fortsatt låg prisnivå vid en viss typ av upphandling, eller att flera leverantörer ställer krav på sekretess, utgör inte tillräcklig grund för att inte lämna ut en anbudssammanställning.⁸⁹

RA 1991 ref. 56

Exempelvis ansågs ett utlämnande i RA 1991 ref. 56 inte medföra skada. Målet rörde en begäran att få ta del av beslutsprotokoll och fullständig anbudssammanställning i en upphandling där Lunds energiverk var upphandlande enhet. Beslutsprotokollet skickades till frågeställaren, medan anbudssammanställningen belades med sekretess med stöd av 6 kap. 2 § sekretesslagen. Sammanställningen innehöll samtliga infordrade och inkomna anbud samt förslag på leverantörer. Utlämnandefrågan i den delen överklagades. Energiverket yttrade att inköpen av elmätare utgör led i en årligen återkommande upphandling av el-material. Verket uppgav vidare att sekretess är en förutsättning för en fortsatt låg prisnivå vid denna typ av upphandling, och att dessutom flera leverantörer ställde krav på sekretess.

Regeringsrätten menade att sådana allmänt hållna uppgifter inte utgjorde tillräcklig grund för antagandet att ett utlämnande av den begärda handlingen skulle kunna medföra ekonomisk skada för energiverket, varken vid kommande upphandlingar av el-material eller i annat hänseende. Rätten beaktade sekretesskyddet med hänsyn till de enskilda anbudsgivarnas intresse i enlighet med 8 kap. 10 § sekretesslagen. Vare sig innehållet i handlingarna eller vad som i övrigt förekommit i målet ansågs kunna medföra ett antagande om att sådan ekonomisk skada som avses i lagrummet skall kunna följa. Observera att de enskilda anbudsgivarna inte motiverat behovet av sekretess i målet, utgången kunde troligtvis ha blivit en annan då.

⁸⁹ Jämför med vad som framkommer i RA 1993 not. 345. Se även RA 1993 not. 409, redovisas ej här.

RA 1991 not. 307.

Inte heller ansågs skada förekomma i RA 1991 not. 307. En enskild begärde att få ut beslutsprotokoll, fullständig anbudssammanställning och antagen entreprenörs mängdförteckning beträffande beläggningsarbeten i Tomelilla kommun. Kommunen, i egenskap av upphandlande enhet, nekade utlämning av handlingarna.

Regeringsrätten konstaterade att den begärda handlingen innehöll en sammanställning över anbud avseende Tomelilla kommuns upphandling av beläggningsarbeten år 1990. Sekretess enligt 6 kap. 2 § sekretesslagen kräver att det antas att kommunen kommer att lida skada om uppgiften röjs. Vad som framkommit i målet ansågs inte utgöra tillräcklig grund för antagandet att ett utlämnande av den begärda handlingen skulle medföra ekonomisk skada för kommunen vare sig vid kommande upphandlingar eller i annat hänseende. Regeringsrätten tog därefter ställning till om sekretess ändå skulle förekomma med hänsyn till skyddet för de enskilda anbudsgivarnas ekonomiska intressen. Sekretess jämlikt bestämmelsen i 8 kap. 10 § sekretesslagen fordrar enligt Regeringsrätten att det av särskild anledning kan antas att någon anbudsgivare lider skada om uppgifterna i den begärda handlingen röjs. Varken innehållet i handlingen eller vad som i övrigt förekommit i målet ansågs visa att ekonomisk skada skulle kunna uppkomma varmed anbudssammanställningen skulle lämnas ut.

6.3.5 Utlämning av vissa prisuppgifter innebär *inte skada*

Kammarrätten i Sundsvall har år 2004 bland annat avgjort två mål vari fråga varit om utlämnande av anbudssammanställningar och vissa prisuppgifter. Utgången i målen skiljer sig åt, trots att förutsättningarna är ganska lika.

Mål nr 565-04

I en upphandling av matserverings- respektive städtjänster genomförd av Kommunalförbundet Gästrikre Inköp begärdes en anbudssammanställning ut. Ett av bolagen begärde tillgång till det beslutsunderlag som legat till grund för tilldelningsbeslutet. Bolagets granskning av objektiviteten i upphandlingen hade omöjliggjorts genom kommunförbundets beslut om sekretess. Utan att få del av grundläggande information menade bolaget att det inte har någon möjlighet att granska tilldelningsbeslutet innan tidsfristen gick ut för ett tänkbart överklagande. Kommunen ansåg att det borde vara tillräckligt att redovisa att tilldelningsbeslutet grundat sig på anbudet med det lägsta priset, och att det inte kan anses nödvändigt att dessutom ange detta pris. Anbudsgivaren i fråga om det anbud vars prisuppgifter begärs utlämnade, hade inte särskilt begärt sekretess i upphandlingsärendet.

Kammarrätten menade att utlämning av anbudssammanställningen inte skulle kunna antas medföra ekonomisk skada för kommunalförbundet vare

sig vid kommande upphandlingar eller i annat hänseende. Skaderekvisitet i 6 kap. 2 § sekretesslagen ansågs inte vara uppfyllt. Kammarrätten beaktade sekretesskyddet i 8 kap. 10 § sekretesslagen. Den begärda handlingens innehåll utgjordes dels av en sammanställning av det totala priset för matserverings- respektive städtjänsterna, dels en sammanställning innehållande detaljerade prisuppgifter i form av pris per portion vid olika skolor samt städkostnad per kvadratmeter. Enligt kammarrätten utgör den del av handlingen som innehåller detaljerade prisuppgifter, sådan information att det av särskild anledning kan komma att antas att leverantören lider skada om uppgifterna lämnas ut. För den delen förordnades om sekretess enligt 8 kap. 10 § sekretesslagen. Av domen följer att den del av en anbudssammanställning som innehåller totalpriser kan lämnas ut i sin helhet, medan den del av en anbudssammanställning som innehåller detaljerade prisuppgifter inte kan lämnas ut.⁹⁰

Domen är intressant eftersom det framgår i målet att den enskilda parten inte har begärt sekretess i ärendet, ändå väljer kammarrätten att besluta att sekretess skall gälla. Kammarrätten har i ett annat mål, men i en annan sammansättning, tydligt framfört vikten av den enskildes motivering.

Mål nr 2294-04

En liknande fråga prövades i en upphandling av Luleå Energi Elnät AB som rörde helikopterinspektionsuppdrag. En av anbudsgivare begärde att få ta del av de anbudspriser som lämnats i upphandlingen.

Kammarrätten konstaterade att efter att tilldelningsbeslut har meddelats är ett anbud offentligt om inte bestämmelserna i sekretesslagen utgör något hinder. Den upphandlande enheten hade inte gjort gällande sekretess enligt 6 kap. 1 eller 2 §§ sekretesslagen. Däremot hade den upphandlande enheten gjort gällande sekretess enligt 8 kap. 10 § sekretesslagen. Sekretesskyddet för enskild gäller endast om det av särskild anledning kan antas att anbudsgivaren lider skada om någon uppgift i anbudet röjs. Kammarrätten menade att enbart ett påstående om att enskild lider skada om en viss uppgift röjs, inte kan godtas. Om däremot en anbudsgivare har begärt att anbudet skall hållas hemligt kan detta utgöra en särskild anledning till antagande att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Enligt kammarrätten bör det dock krävas att anbudsgivaren angett varför sekretess bör gälla. Eftersom anbudsgivaren inte motiverat sin sekretessbegäran kan det inte anses utgöra särskild anledning till antagande att anbudsgivaren kan lida skada om prisuppgifterna röjs. Någon annan omständighet som föranleder en annan bedömning från kammarrättens sida har inte framkommit i målet. Något hinder att röja de ifrågakvarande uppgifterna fanns alltså inte.⁹¹

⁹⁰ Kammarrätten i Sundsvall mål nr 565-04.

⁹¹ Kammarrätten i Sundsvall mål nr 2294-04.

7 Sekretess med anledning av överprövning

7.1 Överprövning av upphandling

I kapitel 5.3.1 redogjordes för praxis rörande frågor om utlämning av handling efter att tilldelningsbeslut har meddelats. I vissa av fallen har parterna grundat sin begäran om utfående av allmän handling inom ramen för den offentliga upphandlingen genom att hänvisa till rätten att få insyn i tilldelningsbeslutet. Utan att få insyn i tilldelningsbeslutet kan inte en part granska om upphandlingen gått rätt och om eventuell överprövning kan aktualiseras.

En offentlig upphandling kan överprövas under ett pågående upphandlingsförfarande. Rättsmedelsdirektivet definierar inte vilka beslut som är olagliga utan hänvisar till diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i de handlingar som har samband med upphandlingen i fråga (se under Alcatel-målet, kapitel 4.4.3). Exempel på ett beslut som kan överprövas är ett beslut om annonsering. Till exempel kan annonserna ha utformats så att vissa deltagare utesluts. Ett annat exempel är den upphandlande enhetens sätt att formulera sina kvalifikationskrav. Kraven kan ha utformats på ett sätt som förhindrar reell anbudstävlan, då kan kraven överprövas.⁹² Överprövningsmöjligheten riktar sig till leverantörer som tycker att de inte kan medverka i en upphandling för att den sker på ett sätt som inte är korrekt och lagenligt. En överprövning innebär att en leverantör ansöker hos allmän förvaltningsdomstol (länsrätt) att den prövar frågan om upphandlingens fortsatta gång. Leverantörer som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot någon bestämmelse i LOU, får begära överprövning av en upphandling enligt 7 kap. 2 § LOU. Syftet med överprövning är att under tidigt stadium kunna komma till rätta med problem som kan medföra eventuella skador.⁹³

7.2 Överprövning och sekretessfrågor i praxis

I samband med en överprövning är det i regel inte tillräckligt för den upphandlande enheten att hänvisa till sekretess på grund av att upphandlingen eventuellt måste göras om. Enligt kammarrätten i Stockholm

⁹² Prop. 1992/93:88, s. 101.

⁹³ Forsberg, Niclas, 2004, s. 163 f.

strider ett sådant synsätt mot syftet med lagändringen av bestämmelserna om anbudssekretess.

Mål nr 2982-03

Stockholms läns landsting genomförde en upphandling av städtjänster. En av anbudsgivarna, begärde att få ut handlingar i upphandlingen. Parten hade överklagat upphandlingen hos länsrätten och begärt att den skulle göras om. För att kunna utveckla sin talan i länsrätten begärde företaget att få ta del av de handlingar som landstinget hade belagt med sekretess. De begärda handlingarna avsåg samtliga avgivna anbud, ett utvärderingsprotokoll beträffande samtliga anbud och även de för utvärderingen relevanta referenserna rörande anbudsgivarnas kompetens. Landstinget nekade utlämning av handlingarna med hänvisning till 6 kap. 2 § sekretesslagen med motiveringen att kommande anbudsförfaranden skulle kunna påverkas om handlingarna lämnades ut, särskilt om landstinget ålades att göra om upphandlingen. Ett offentliggörande skulle dessutom kunna försvåra för enskilda anbudsgivare att på nytt lämna anbud i upphandlingen. Konkurrensen skulle kunna snedvridas och utlämning av prislister skulle kunna öka risken för bildandet av anbudskarteller. Landstinget hänvisade även till sekretess enligt 8 kap. 10 § sekretesslagen eftersom en av anbudsgivarna hade begärt sekretess för uppgifter om kvalitetsarbete, kvalitetsplan, personalpolicy och personalutveckling.

Kammarrättens bedömning i målet var följande. Eftersom tilldelningsbeslut i upphandlingen hade meddelats, skulle sedvanlig sekretessprövning göras. Lagändringen, som innebär att absolut sekretess upphör då tilldelningsbeslut fattas, skall ge leverantörer insyn i tilldelningsbeslutet så att de kan bedöma om överprövning av ett tilldelningsbeslut bör begäras. Enbart den omständigheten att upphandlingen hade överklagats, och därmed skulle behövas göras om, utgjorde inte en tillräckligt konkretiserad risk för skada för att skaderekvisitet i 6 kap. 2 § sekretesslagen skulle anses uppfyllt. Att anamma ett sådant synsätt skulle enligt domstolen strida mot syftet med lagändringen. Någon risk för att konkurrensen snedvrids eller att risken för bildandet av anbudskarteller ökar ansågs inte kunna följa av ett utlämnande av handlingarna. Skaderekvisiten i 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen ansågs inte uppfyllda och handlingarna skulle lämnas ut.⁹⁴

⁹⁴ Kammarrätten i Stockholm mål nr 2982-03.

8 Sekretess efter avbruten upphandling

8.1 Avbruten upphandling

En upphandling är fullständigt genomförd först när ett civilrättsligt bindande avtal träffas mellan den upphandlande enheten och den vinnande anbudsgivaren. Vid avbruten upphandling har upphandlingen inte resulterat i ett civilrättsligt avtal mellan den upphandlande enheten och en anbudsgivare.⁹⁵

Frågan är hur en begäran om utfående av en allmän handling skall behandlas i en avbruten upphandling. Enligt NOU uppvisar inte praxis några generella drag som berättigar en upphandlande enhet att sekretessbelägga samtliga handlingar och alla inkomna anbud i en avbruten upphandling.⁹⁶ I mål 8118-03 prövade Regeringsrätten om sekretess skulle gälla för uppgifter i en avbruten upphandling som sedermera blev aktuella i en ny upphandling rörande samma sak. Omständigheterna i just det fallet föranledde sekretess enligt Regeringsrätten, eftersom en ny upphandling rörande samma sak skulle genomföras. Sekretessprövningen skulle enligt Regeringsrätten ske utifrån 6 kap. 2 § första stycket sekretesslagen och inte utifrån bestämmelsens tredje stycke, se nedan. Slutsatsen som kan dras av domen är att absolut sekretess inte aktualiseras för uppgifter i en avbruten upphandling som sedermera överförs till en ny upphandling rörande samma.

8.2 Avbruten upphandling och sekretessfrågor i praxis

Mål nr 2372-03

I kammarrätten i Jönköping prövades frågan om utlämning av allmän handling i en avbruten upphandling. Upphandlingen rörde takisolering. Den upphandlande enheten beslutade om tilldelningskontrakt den 24 maj 2003, men beslöt kort därefter att avbryta upphandlingen. En privatperson begärde att få ta del av samtliga inkomna anbud i upphandlingen. Med hänvisning till sekretess för skydd mot en enskilds ekonomiska förhållanden som ingår affärsförbindelse med myndighet, 8 kap. 10 § första stycket sekretesslagen, avlog den upphandlande enheten privatpersonens begäran. Beslutet överklagades till kammarrätten som fastställde att sekretess skulle gälla. Domstolen motiverade beslutet genom att fastställa att de begärda anbuden

⁹⁵ Forsberg, Niclas, 2004, s. 194.

⁹⁶ NOU Info, oktober 2003, s. 11.

innehöll tekniska lösningar, affärsidéer och prisuppgifter. Eftersom en likalydande upphandling skulle göras inom kort fann kammarrätten att enskilda anbudsgivare skulle kunna lida skade om uppgifterna lämnades ut.⁹⁷

Mål nr 8118-03

Regeringsrätten har i ett relativt färskt mål prövat frågan om sekretess i en avbruten upphandling. En av anbudsgivarna i en upphandling rörande en entreprenad avseende en om- och tillbyggnad av ett äldreboende i Lidingö kommun begärde att få ut samtliga handlingar i ärendet. Tilldelningsbeslut hade nyligen meddelats och kommunen avsåg anbudsgivarens begäran med hänvisning till 6 kap. 2 § samt 8 kap. 10 § sekretesslagen. Kommunens beslut grundade sig på den omständighet att det vid beslutstidpunkten fanns en risk att upphandlingen skulle göras om. Om handlingarna lämnades ut skulle anbudsgivarna vid den nya upphandlingen känna till varandras anbud från det första upphandlingstillfället.

Vid prövningen i kammarrätten ansågs det vid tidpunkten för kommunens beslut inte finnas fog för sekretess enligt ifrågavarande bestämmelser. Mot bakgrund av att det i kammarrätten upplysts om att upphandlingen avbrutits och att ny upphandling påbörjats med exakt samma upphandlingsinnehåll fann kammarrätten att sekretess förelåg enligt 6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslagen. Absolut sekretess skulle gälla för uppgifter i den avbrutna upphandlingen som förekom i den nya upphandlingen. Med hänsyn till den nya pågående upphandlingen ansåg kammarrätten att sekretess skulle gälla även för övriga uppgifter i upphandlingen enligt 6 kap. 2 § sekretesslagen.

Regeringsrätten prövade frågan om vilket stycke i 6 kap. 2 § sekretesslagen som kammarrätten borde ha tillämpat. Regeringsrätten gjorde följande bedömning. Enligt 6 kap. 2 § sekretesslagen gäller sekretess för uppgift ”som härför sig till” ett upphandlingsärende. Detta innebär att sekretessen visserligen följer med uppgiften när den lämnas till en annan myndighet. Däremot intar Regeringsrätten ståndpunkten att tidpunkten för den absoluta sekretessens upphörande i ett visst ärende *inte* kan utsträckas eller ånyo omfattas av absolut sekretess därför att motsvarande uppgifter förekommer i ett annat ärende i vilket absolut sekretess gäller. Enligt Regeringsrätten borde kammarrätten ha sekretessprövat samtliga uppgifter enligt 6 kap. 2 § första stycket sekretesslagen, och inte enligt bestämmelsens tredje stycke. Men eftersom kammarrätten gjort bedömningen att sekretess skall föreligga enligt 6 kap. 2 § första stycket sekretesslagen för de uppgifter som inte omfattades av sekretess enligt bestämmelsens tredje stycke, har utgången i målet inte påverkats av att tredje stycket tillämpats och inte första.⁹⁸

⁹⁷ Kammarrätten i Jönköping mål nr 2372-03.

⁹⁸ Regeringsrättens dom mål nr 8118-03.

9 Från anbud till kontrakt- en sammanfattande analys

När ett avtals sluts i den offentliga upphandlingen anses upphandlingen vara avslutad. Även när en upphandling avslutas kan sekretess komma att bli aktuellt om någon begär att få ut allmänna handlingar inom ramen för upphandlingen. Huvudregeln är liksom tidigare att offentlighet skall gälla. En skadebedömning enligt de redovisade bestämmelserna i sekretesslagen måste göras. Men gäller sekretessen för alltid? Nej, bestämmelserna i sekretesslagen innehåller i regel uppgifter om hur länge sekretess skall gälla. Sekretesstiden för uppgifter i allmänna handlingar är vanligtvis högst 20 år. Angående uppgifter i allmänna handlingar som fastställer villkoren i ett slutet avtal gäller en sekretesstid på två till fem år. Den längre sekretesstiden gäller hos statliga affärsverk, till exempel statens järnvägar och luftfartsverket.⁹⁹ Huvudregeln i 1 kap. 10 § sekretesslagen stadgar att begynnelsepunkten för sekretessen skall räknas från tidpunkten för handlingens tillkomst.

Vad har framkommit under uppsatsens gång i fråga om sekretessreglernas roll i den offentliga upphandlingen? För att tydliggöra detta har jag delat in upphandlingsförfarandet i fyra faser, jämför figur 3. Fas ett utgör själva inledningsfasen, förfrågningsunderlag håller fortfarande på att utarbetas och det finns ännu inga allmänna handlingar att ta del. När den upphandlande enheten har expedierat förfrågningsunderlaget, inkommer det inom kort handlingar i form av anbudsansökningar och anbud till den upphandlande enheten. En begäran om utlämning av allmän handling i detta skede kommer inte att beviljas med hänvisning till absolut sekretess enligt 6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslagen.

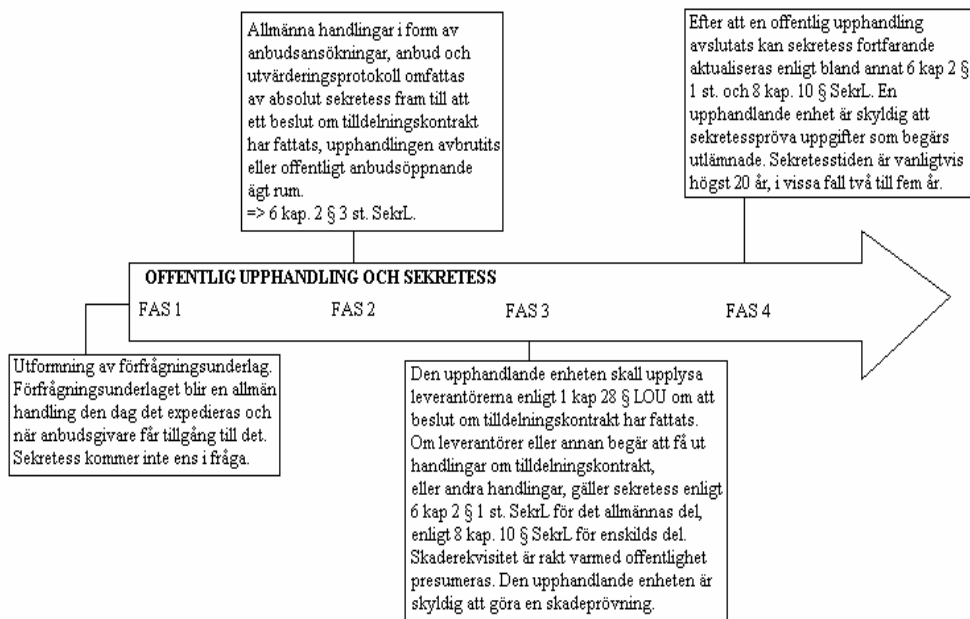
När beslut om tilldelningskontrakt meddelats, fas två, upphör regeln om absolut sekretess att gälla och sekretess med rakt skaderekvisit inträder. Samtidigt som fas två upphör kommer upphandlingen in i fas tre. I fas tre skall en begäran av utlämning av allmän handling sekretessprövas med beaktande av skaderekvisiten i 6 kap 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen. Vad innebär *skada*? Exempel på vad skada är anges inte i lag. I förarbetena till lagändringen står att uppgifter som är att betrakta som företagshemligheter inte skall lämnas ut, eftersom det kan medföra skada. Men inte enbart uppgifter som är att betrakta som företagshemligheter kan vid utlämning medföra skada, utan även andra uppgifter rörande leverantörers affärs- och driftsförhållanden. Exempel på sådana förhållanden uppges ej, utan praxis har fått visa vägen.

För att sekretess till skydd för enskilda ekonomiska förhållanden skall följa, måste någon speciell omständighet eller särskilda förhållanden åberopas som skäl. Tilltro bör sättas till vad anbudsgivare uppger i fråga om den

⁹⁹ Corell, Hans, m.fl., 1992, s. 134.

skada som kan följa av ett offentliggörande, men avvägning med hänsyn till offentlighetsintresset bör företas. Begärs konfidentiell behandling av en anbudsgivare bör denna begäran närmare motiveras och ha karaktären av anbudsvillkor, för att beslut om sekretess skall följa. Om myndigheten har kännedom om andra omständigheter som kan antas medföra skada eller olägenhet vid ett utlämnande, bör dock handlingarna kunna hemlighållas.

Figur 3.



Fas tre fanns inte före den s.k. Alcatel-domen från EG-domstolen. Domen har för svensk nationell rätt inneburit två förändringar. Den första förändringen är att upphörandet av sekretessbestämmelserna i den del som utgör absolut sekretess förflyttats tidsmässigt. Bestämmelsen om absolut sekretess gäller inte lika långt i upphandlingsprocessen idag som förut. Förändringen har medfört nya problem i fråga om allmänna handlingars utlämnande inom ramen för den offentliga upphandlingen. Rättsfall före lagändringen rör i regel enbart utlämnandefrågor *efter* att kontrakt i upphandlingen har slutits. Rättsfall efter lagändringen rör sekretess i utlämnandefrågor såväl *innan* som *efter* kontraktsslut, och vid överprövning och avbrutna upphandlingar. Ett utlämnande kan vara av betydelse för en leverantörs beslut att begära överprövning av upphandlingen. Samtidigt som EG-domstolen uttalat att en leverantörs rätt till insyn i tilldelningsbeslutet är av stor betydelse, måste ändå utlämnandefrågan vägas mot myndighetens behov av sekretess enligt den skadebedömning som förarbeten och praxis uppställer. Förändringen har även medfört frågor om den absoluta sekretessens giltighet i avbrutna upphandlingar, samt upphandlingar som skall överprövas. Det finns mycket lite rättspraxis på området, men troligtvis kommer mer att följa.

Den andra förändringen är införandet av en lagreglerad upplysningsskyldighet för samtliga upphandlande enheter gentemot leverantörerna. Vid denna tidpunkt har avtal ännu inte slutits. Något som inte framgår av bestämmelsen, men av förarbetena, är att upphandlande enheter i upplysningsfasen är skyldiga att sekretesspröva uppgifter som lämnas ut, enligt 6 kap. 2 § samt 8 kap. 10 § första stycket sekretesslagen. Sekretessprövningen skall ske enligt sedvanlig skadebedömning. Uppgifter om vilka omständigheter som legat till grund för tilldelningsbeslutet torde i regel kunna lämnas ut utan att det allmänna eller någon enskild lider skada. Uppgifter om det anbud som enheten beslutat att anta bör dock inte lämnas ut utan att en skadebedömning görs.

Först 10 dagar efter att upplysningar om tilldelningskontraktet lämnats får avtal slutas, fas fyra. I samband med avtalsslut får den offentliga upphandlingen anses avslutad. Detta innebär som redan nämnts ingalunda att samtliga uppgifter i upphandlingen kan lämnas ut. En upphandlande enhet kan aldrig veta vilka handlingar som kommer att begäras ut, och den kan inte heller i förväg veta om uppgifterna i det särskilda fallet kan komma att omfattas av sekretess. Av den anledningen kan upphandlande enheter i Sverige inte heller lova att hemlighålla vissa uppgifter för anbudsgivarna. Anbudsgivare som väl motiverar sitt behov av sekretess, har dock bättre förutsättningar att få igenom sin begäran med tanke på uttalandena i förarbetena till 8 kap. 10 § sekretesslagen.

10 Avslutande synpunkter

Syftet med den offentliga upphandlingen är att öka konkurrensen på den öppna marknaden med stöd av principer som likabehandling och icke-diskriminering. För att kraven skall kunna uppfyllas måste det finnas en fungerande insynsapparat. Offentlighetsprincipen tycks i Sverige fungera som ett kraftfullt verktyg för att säkerställa medborgarnas insyn i det offentliga affärsverksamheten. Vissa uppgifter skyddas dock mot utlämning på grund av särskilda skyddsintressen. Min avsikt med arbetet var att redogöra för två sekretessbestämmelser som aktualiseras vid en begäran om utfående av en allmän handling inom ramen för den offentliga upphandlingen. Sekretessbestämmelserna har kommit i fokus i samband med lagändringen 2002, som var en direkt följd av EG-domstolens utslag i Alcatel-målet. I målet framkom att medlemsstaterna har en skyldighet att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan väcka talan mot ett beslut, att tilldela en viss part ett upphandlingskontrakt.

Sedan bestämmelserna om upphandlingssekretess ändrats, tycks rättspraxis visa på att det finns obesvarade frågor avseende sekretessen i den offentliga upphandlingen. Detta gäller särskilt vid utlämnande av handlingar efter att tilldelningsbeslut har meddelats men innan kontrakt har slutits, och även vid avbrutna upphandlingar och vid förestående överprövning. Uppsatsen visar att de uppgifter som behöver skyddas skiftar från ett ärende till ett annat, och att varje enskilt fall kräver en individuell prövning. Prövningen grundar sig på en skadebedömning för vilken det inte finns närmare ledning i lag. Ledning måste sökas i förarbeten, men framförallt i praxis. Skaderekvisitet tycks uppfyllt om det kan påvisas en utlämnande utgör en risk för att kommande anbuds-förfaranden skadas, eller att den upphandlande enhetens förhandlingsposition riskerar att påverkas negativt. Utlämning av vissa priser anses inte föranleda sekretess, inte heller det faktum att ett företag ställer krav på sekretess utan att närmare motivera behovet.

En upphandlande enhet måste vid varje bedömning väga vikten av insyn i den offentliga verksamheten mot risken att utlämnande av uppgifter faktiskt kan medföra skada. Röjande av felaktiga uppgifter kan öppna vägar för leverantörer att bilda anbudskarteller, eller att de på något annat sätt kommer överens om hur priser skall sättas. Förhållandet är inte alls önskvärt ur konkurrenssynpunkt. Denna ständiga avvägning visar tydligt på de problem som en utlämnande-fråga i den offentliga upphandlingen är betäckt med.

Käll- och litteraturförteckning

Förarbeten

SOU

SOU 1935:5 Förslag till ändrade bestämmelser rörande allmänna handlingars offentlighet

SOU 1999:139 Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt

Propositioner

Prop. 1937:107 med förslag till lag om inskänkningar i rätten att utbekomma allmänna handlingar

Prop. 1979/80:2 med förslag till sekretesslag

Prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling

Prop. 1993/94: 78 Frågor om offentlig upphandling

Prop. 1993/94:188 Lokal demokrati

Prop. 2001/02:142 Ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m.

Dir. 2004:47 Genomförande av EG:s direktiv om offentlig upphandling och upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Litteratur

Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*, uppl. 1:2, Norstedts Juridik AB, 1996, Stockholm, ISBN 91-39-20008-6

Bohlin, Alf, *Offentlighetsprincipen*, uppl. 6:1, Norstedts Juridik AB, 2001, Stockholm, ISBN 91-39-20232-3

Corell, Hans, m.fl. *Sekretesslagen*, uppl. 3:1, Norstedts Juridik, 1992 Stockholm

Forsberg, Niclas, *Offentlig upphandling i praktiken*, uppl. 3:1, Norstedts Juridik AB, 2004 Stockholm, ISBN 91-39-10701-9

Melin, Mats, Schäder, Göran, *EU:s konstitution, Maktfördelningen mellan den europeiska unionen, medlemsstaterna och medborgarna*, uppl. 6:1, Norstedts Juridik AB, 2004 Stockholm, ISBN 91-39-20354-9

Tidskrifter

Slavicek, Michael, *Upphandlingens olika ansikten*, I: Europarättslig tidskrift 2002, s. 15-34

Hedstad, Sophia, *Öppenhet och insyn i myndigheters EU-arbete. Den svenska traditionen om en transparent förvaltning kontra EU: ett förenlighetsproblem?*, I: Europarättslig tidskrift, 2002, s. 424-437

Internetkällor

<http://www.nou.se/sekretess.html> 2004-12-21 11:26

<http://www.nou.se/nouinfo.html> 2004-12-21 11:26

<http://www.pointlex.se> 2004-12-21 11:26

Övrigt

JK 1993 s. 41

JO1988/89 s. 223

2004/05:JO1 s. 421-422.

Kommerskollegium, Nutek, *Offentlig upphandling*, uppl. 1:1, Fritzes förlag AB, 1995 Stockholm, ISBN 91-38-92544-3

Sundblom, Per-Arne, *Offentlig upphandling och konkurrens*,

Konkurrensverket, 2004 Stockholm,

NOU Info- oktober 2003

Grönboken om offentlig upphandling, 1996

Rättsfallsförteckning

NJA

2001 s. 3

RÅ

RÅ 1988 not. 236

RÅ 1990 not. 9

RÅ 1991 not. 307

RÅ 1991 ref. 56

RÅ 1993 not. 345

RÅ 1993 not. 409.

RÅ 1996 ref. 50

RÅ 1996 ref. 85

RÅ 1997 ref. 40

Regeringsrättens dom mål nr 8118-03

KR

Kammarrätten i Sundsvall mål nr 565-04

Kammarrätten i Stockholm mål nr 891-04

Kammarrätten i Jönköping mål nr 2372-03

Kammarrätten i Sundsvall mål nr 2294-04

Kammarrätten i Stockholm mål nr 2982-03

Kammarrätten i Stockholm mål nr 8210-03

Kammarrätten i Sundsvall mål nr 163-04

LR

Länsrätten i Göteborg mål nr 8547-03 E

EG-domstolen

Mål 6/64 Costa/ENEL [1964] ECR 1141 (vol. I s. 211)

Målen 117/78 och 16/77 Ruckdeschel v. Hauptzollamt Hamburg-St Annen

Mål 302/86 kommissionen mot Danmark, REG 1988 s. 4607

Mål C-76/97 Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse,
REG 1998 s. 5357

C81/98 Alcatel Austria AG m.fl. och Bundesministerium für Wissenschaft
und Verkehr, REG 1999 s. 1-7671