



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Viktor Larsson

Handlingsoffentlighet och sekretess vid offentlig upphandling

Behovet av insyn och öppenhet kontra behovet av sekretesskydd i
offentliga upphandlingar

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Bengt Lundell

Termin för examen: VT2014

Innehållsförteckning

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Avgränsning	9
1.4 Metod och material	10
1.5 Disposition	11
2 OFFENTLIG UPPHANDLING	13
2.1 Allmänt om offentlig upphandling	13
2.2 EU-direktiv inom offentlig upphandling	14
2.2.1 Sekretess enligt direktiven	15
2.2.2 Bakomliggande principer	17
2.2.2.1 Princip om insyn och öppenhet (transparensprincipen)	19
2.2.2.2 Principerna om likabehandling och icke-diskriminering	20
3 OFFENTLIGHETSPRINCIPEN	22
3.1 Handlingsoffentlighet	22
3.2 Allmän handling	24
3.2.1 Inkommen allmän handling	24
3.2.2 Upprättad allmän handling	25
3.2.3 Myndighetsbegreppet	26
4 ALLMÄNT OM SEKRETESS	28
4.1 Sekretessens innebörd och omfattning	28
4.2 Skadebedömning och skaderekvisit	30

4.3	Sekretesskyddsintressen	31
5	HANDLINGSOFFENTLIGHET I EN UPPHANDLINGSPROCESS	33
5.1	Handlingsoffentlighet för upphandlande myndigheter.....	33
5.2	Upplynings- och informationsskyldighet.....	35
5.3	Handlingsoffentligheten för leverantörer.....	37
6	ANBUDSSEKRETESS	39
6.1	Absolut anbudssekretess.....	39
6.1.1	Syfte med absolut anbudssekretess	41
7	SEKRETESSBESTÄMMELSER EFTER TILLDELNINGSBESLUTET	42
7.1	Sekretessprövning efter tilldelningsbeslutet.....	42
7.1.1	Sekretesskydd för det allmännas ekonomiska intresse (OSL 19 kap. 3 §).....	43
7.1.2	Sekretesskydd för enskilds ekonomiska förhållanden (OSL 31 kap. 16 §).....	44
7.1.3	Sekretesskydd på grund av annat intresse	45
7.1.3.1	Skydd för Företagshemligheter	46
8	SEKRETESSPRÖVNINGEN I RÄTTSPRAXIS	48
8.1	Skadebedömningen i rättspraxis	48
8.1.1	Sekretesskydd för det allmännas ekonomiska intresse (OSL 19 kap. 3 §).....	48
8.1.2	Sekretesskydd för enskilds ekonomiska förhållanden (OSL 31 kap. 16 §).....	50
8.1.3	Sekretesskydd på grund av annat intresse	53
9	AVSLUTANDE ANALYS OCH SLUTSATSER	54
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING.....	58
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	61

Summary

The public sector is a major operator on numerous different markets. In Sweden public purchases are made for great amounts every year. The public procurement procedure is governing these purchases and is mainly regulated in LOU. A procurement procedure is based on the idea to let contractors compete for public contracts in an open, equal and competitively neutral way. The Swedish public procurement rules, and mainly the underlying principles of transparency and equal treatment, are based on rules of the European Union. Amongst other things, these principles implicate a responsibility for the contracting authorities to give insight into the public procurement procedure so that contractors can be given equal treatment. From this follows that procurement documents primarily should be made public.

The transparency in Swedish authorities public services is also defined by the public access of documents. This fundamental principle of Swedish law is found in TF chapter 2 and regulates the right to access public documents from authorities. Tender documents in a public procurement are example of such public documents. Restrictions of the right to access these public documents can only be made given that certain interests of protection have been laid down. These certain interests of protection are regulated in TF and they are formed as confidentiality rules in OSL. This presentation is mainly focused on the confidentiality rules that derive from the public economical interests (OSL chapter 19 article 3) and individual economical interests (OSL chapter 31 article 16). A direct damage prerequisite is laid down as a provision for the confidentiality rules to be applicable. This means that the confidentiality is dependent on a damage assessment from the authorities and for confidentiality to be at hand there has to be certain damage when extradition of public documents have been made. The focus in these cases should be on whether data from a document could be of damage for the

public or an individual to its nature. Although, when it comes to OSL chapter 31 article 16 a wider confidentiality assessment is required.

Before these confidentiality rules could be applicable in a public procurement, in other words before a contract award decision has been made, tender documents are bound by strict confidentiality. This means that information about or from a tender cannot be handed out to anyone before a contract award decision, except to the person who submitted the tender.

When a contract award decision has been made the strict confidentiality ceases to exist and after that point in the public procurement a contracting authority has to consider the confidentiality rules in OSL chapter 19 article 3 and chapter 31 article 16 in order to decide whether extradition of tender information is possible or not. Such confidentiality assessment always have to be made after a contract award decision, this includes such information that contracting authorities are obligated to publish to the tenderers according to LOU chapter 9 and article 9 and 10. This responsibility to inform appeared in order to make it possible for tenderers in a public procurement to review a contract award decision. This opportunity did not exist in previous Swedish law.

Consequently the case-law concerning these confidentiality rules evaluates the possibility to access public documents in public procurements after a contract award decision and gives guidance in the assessment that has to be made whether a extradition of information can imply an damage assumption for the public or an individual.

Sammanfattning

Den offentliga sektorn är en stor aktör på många olika marknader. Offentliga inköp görs varje år för betydande summor i Sverige. Det offentliga upphandlingsförfarandet styr dessa inköp och regleras framförallt i LOU. Ett upphandlingsförfarande bygger på tanken att låta leverantörer konkurrera om offentliga kontrakt på ett öppet, likvärdigt och konkurrensneutralt sätt. De svenska upphandlingsbestämmelserna, och framförallt de grundläggande principerna om öppenhet och likabehandling, baseras på bestämmelser från EU-rätten. Dessa principer innebär bland annat en skyldighet för upphandlande myndigheter att lämna insyn i upphandlingsförfarandet så att leverantörer kan behandlas lika. Av detta följer att upphandlingsdokument i huvudsak ska vara offentliga.

Insynen i svenska myndigheters offentliga verksamhet präglas likaså av den så kallade handlingsoffentligheten. Denna grundläggande rättsprincip i den svenska rättsordningen, som finns att hitta i TF 2 kap., reglerar rätten att ta del av allmänna handlingar hos myndigheter. Anbudshandlingar i en offentlig upphandling är exempel på sådana allmänna handlingar. Begränsningar i rätten att ta del av allmänna handlingar får endast göras med hänsyn till vissa preciserade skyddsintressen. Dessa skyddsintressen finns reglerade i TF, och utformas vidare som sekretessbestämmelser i OSL. För denna framställning är framförallt de sekretessskyddsintressen som härrör sig till det allmännas ekonomiska intressen (OSL 19 kap. 3 §) och enskilda ekonomiska förhållanden (OSL 31 kap. 16 §) intressanta. För att dessa sekretessbestämmelser ska vara tillämpliga ställs det upp ett villkor om rakt skaderekvisit, vilket betyder att sekretessen är beroende av en skadebedömning från myndighetens sida och att viss skada måste föreligga vid ett utlämnande av allmän handling om sekretess ska föreligga. Fokus i dessa fall ska ligga på huruvida en uppgift till sin natur typiskt sett kan vara

till skada för det allmänna eller enskild. När det kommer till OSL 31 kap. 16 § krävs det dock en vidare sekretessprövning.

Innan dessa sekretessbestämmelser kan tillämpas i en upphandling, det vill säga innan ett beslut om tilldelning av kontrakt har tagits, gäller dock så kallad absolut sekretess för anbudshandlingar. Detta betyder att uppgifter som rör anbud inte får lämnas till annan än den som har lämnat anbudet förrän beslut tagits om tilldelning av kontrakt. När ett tilldelningsbeslut har fattats upphör alltså den absoluta anbudssekretessen och efter denna tidpunkt i upphandlingsförfarandet måste den upphandlande myndigheten beakta sekretessbestämmelserna i OSL 19 kap. 3 § och 31 kap. 16 § för att kunna avgöra om uppgifter som rör anbud kan lämnas ut eller inte. En sådan sekretessprövning måste alltid göras efter ett tilldelningsbeslut fattats, även för sådana upplysningar som upphandlande myndighet enligt LOU 9 kap. 9 och 10 §§ är skyldiga att lämna ut till anbudsgivarna. Denna informations- och upplysningsskyldighet har tillkommit för att göra det möjligt för leverantörer i en offentlig upphandling att överpröva ett tilldelningsbeslut. Tidigare fanns inte denna möjlighet i svensk rätt.

Den rättspraxis som rör dessa sekretessbestämmelser bedömer alltså möjligheten att ta del av allmänna handlingar i offentliga upphandlingar efter att ett tilldelningsbeslut har fattats och ger vägledning i den bedömning som måste göras huruvida ett utlämnande av uppgift kan medföra ett antagande om skada för det allmänna eller enskild.

Förord

Denna uppsats tillägnar jag min familj och mina vänner. Jag är otroligt tacksam för det stöd och den motivation ni har gett mig under hela min studieperiod. Ni har alltid funnits där och uppmuntrat mig när jag har behövt det som mest. Jag hade aldrig varit där jag är idag utan er. Tack.

Malmö, maj 2014

Viktor Larsson

Förkortningar

EU	Europeiska Unionen
EUD	Europeiska unionens domstol (EU-domstolen)
FL	Förvaltningslag (1986:223)
JO	Justitieombudsmannen
KL	Kommunallag (1991:900)
KR	Kammarrätt
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
OSL	Offentlighet- och sekretesslag (2009:400)
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsformen (1974:152)
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SekrL	Sekretesslagen (1980:100)
SOU	Statens offentliga utredningar
TF	Tryckfrihetsförordningen (1949:105)
YGL	Yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469)
ÄLOU	Lag (1992:1528) om offentlig upphandling

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Svenska myndigheters offentliga verksamhet har sedan länge präglats av öppenhet i olika former och av insyn för massmedia och allmänheten. Alla medborgare i vårt folkstyrda samhälle ska ha tillgång till information om förhållandena inom stat och kommun.¹ Denna grundläggande rättighet till insyn benämns som *offentlighetsprincipen* och finns reglerad i grundlag (RF, TF och YGL). Offentlighetsprincipen betyder bland annat att offentliga tjänstemän besitter meddelarfrihet samt åtnjuter samma yttrandefrihet som andra medborgare i landet. Likaså innebär den att det föreligger förhandlingsoffentlighet.

Denna uppsats fokuserar dock på den så kallade *handlingsoffentligheten*, som finns reglerad i TF 2 kap. 1 §, och det är oftast denna innebörd man syftar på när offentlighetsprincipen kommer på tal. Handlingsoffentligheten betyder att allmänna handlingar är offentliga för svenska medborgare, detta för att främja ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning.² Trots att denna huvudregel om rätt till insyn och öppenhet i stat, kommun och landsting fungerar som en grundpelare i den svenska rättsordningen finns det vissa inskränkningar i rätten att ta del av allmänna handlingar för att skydda de intressen som nämns i TF 2 kap. 2 §. Relevant för denna uppsats är framförallt paragrafens punkt 5 och 6 där begränsning i handlingsoffentligheten får göras med hänsyn till det allmännas ekonomiska intressen och skyddet för enskilds ekonomiska förhållanden. Dessa undantagsbestämmelser, eller med andra ord sekretessbestämmelser vidareutvecklas och stadgas i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), nedan OSL.

¹ Bohlin, Alf, *Offentlighetsprincipen*, Upplaga 8, 2010, Norstedts Juridik, s. 17.

² SOU 2003:99, Del 1 s. 97; Skatteverket, *Offentligt eller hemligt*, utgåva 4, Fritzes, 2009, s. 15-16.

Denna offentlighetsprincip, eller närmare bestämt handlingsoffentlighet, ter sig mycket intressant att beakta utifrån ett annat rättsområde, nämligen med utgångspunkt i den offentliga upphandlingen.

Offentliga inköp i Sverige, men även inom EU, görs årligen för betydande summor. Uppskattningsvis för svensk del uppgår den årliga offentliga upphandlingen till cirka 500 miljarder kronor, eller ungefär 17 % av BNP. Detta gör den offentliga sektorn till en stor aktör på många olika marknader.³ Med detta i beaktande kan det anses vara av stor angelägenhet för allmänheten att få ta del av information om hur den offentliga sektorn spenderar dessa skattepengar, som alltså finansierar de offentliga inköpen. Denna framställning väcker frågan hur enskildas och det allmännas rätt att ta del av allmänna handlingar enligt handlingsoffentligheten ter sig i en offentlig upphandling, alltså när och under vilka förutsättningar en upphandlande myndighet ska tillämpa bestämmelser om sekretess och handlingsoffentlighet som gäller enligt TF och OSL. Intressant är också i sammanhanget vilken betydelse de grundläggande principerna om öppenhet och insyn samt likabehandling har i ett upphandlingsförfarande.

1.2 Syfte och frågeställningar

Denna framställning redogör för sekretessbestämmelser som blir aktuella i ett upphandlingsförfarande. Dessa bestämmelser problematiseras och diskuteras, framförallt med utgångspunkt i praxis, och ställs i relation till den i svensk rätt fundamentala handlingsoffentligheten samt de grundläggande principer som ska iakttas av en upphandlande myndighet i en offentlig upphandling, närmare bestämt transparensprincipen (principen om öppenhet och insyn) samt likabehandlingsprincipen.

³ Bergman, Mats, Indén, Tobias, Lundberg, Sofia, Madell, Tom, *Offentlig upphandling – på rätt sätt och till rätt pris*, Upplaga 1, 2011, Studentlitteratur, s. 13-14.

För att kunna behandla syftet med uppsatsen på ett tillfredsställande sätt är det väsentligt att besvara följande frågeställningar:

- Hur ter sig handlingsoffentligheten i en offentlig upphandling? Vad betyder principerna om öppenhet och insyn samt likabehandlingsprincipen för en offentlig upphandling? Vad innebär att upphandlande myndigheter har en informations- och upplysningsskyldighet?
- Vilka sekretesskyddsintressen finns i en offentlig upphandling? Vilka sekretessbestämmelser begränsar möjligheten att få ut allmänna handlingar i en offentlig upphandling enligt handlingsoffentligheten?
- Vilken betydelse har absolut anbudssekretess vid offentlig upphandling?
- Hur görs skadebedömningen i en sekretessprövning vid offentlig upphandling? Hur ser prövningen ut i rättspraxis vad gäller tillämpliga sekretessbestämmelser vid offentliga upphandlingar?

1.3 Avgränsning

Uppsatsen avgränsar till stora delar den offentliga upphandlingen.

Författaren förutsätter att läsaren är insatt i upphandlingsförfarandet och anbudsprocessen. Fokus ligger alltså inte på de materiella och processuella upphandlingsreglerna i denna framställning, då relevanta bestämmelser i största drag finns att hitta i TF och OSL. Men till den del uppsatsen rör offentlig upphandling ligger fokus på den klassiska sektorn, det vill säga det klassiska direktivet och LOU. Således behandlas endast försörjningsdirektivet och LUF i generella drag.

Läsaren förutsätts även vara insatt i grundläggande EU-rätt och dess förhållande till svensk rätt. När det kommer till behandlingen av offentlighetsprincipen begränsar sig denna uppsats till redogörelset av

handlingsoffentligheten. Således är det väsentliga för denna framställning vilken innebär handlingsoffentligheten har och hur denna rätt att ta del av allmänna handlingar, då särskilt vid offentliga upphandlingar, kan begränsas genom sekretess. Arbetet inriktar sig med anledning av detta inte på den delen av sekretessen som begränsar yttrandefriheten enligt RF eller meddelarfriheten som följer av TF och YGL. Inte heller skildras förhandlingsoffentligheten i någon vidare utsträckning.

En annan avgränsning som är nödvändig är den delen av framställningen som behandlar allmänna handlingar. Härom redogörs endast allmänt vad som gäller för att en handling ska betraktas som allmän och på så sätt skapa en överblick angående de handlingar som är allmänna i en offentlig upphandling.

1.4 Metod och material

För skapandet av denna uppsats har den rättsdogmatiska metoden tillämpats. Med andra ord består författandet av uppsatsen i att rekonstruera gällande rättssystem.⁴ Härom har således de huvudsakliga rättskällorna, det vill säga lagar, förarbeten, praxis och doktrin tolkats, analyserats och redogjorts för inom de berörda rättsområdena. Utöver dessa traditionella rättskällor har även rättspraxis från olika instanser, myndighetsutlåtanden och övriga föreskrifter eller skrivelser bearbetats vid rekonstruerandet av gällande rätt.

När det kommer till materialet som har använts i uppsatsen finnas det inte särskilt mycket skrivet i doktrinen vad gäller offentlighet och sekretess i offentlig upphandling. Doktrinen behandlar endast detta förhållande i korthet i enstaka kapitel. Vägledning har, i doktrinen, främst hämtats från kommentarer till OSL och LOU. Till stor del bygger även framställningen

⁴ Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT, 2004, s.4.

på material från förarbeten till TF, OSL och LOU. För att få klarhet i den sekretessprövning och skadebedömning som görs vid tillämpandet av relevanta sekretessbestämmelser har det varit avgörande att söka vägledning i rättspraxis.

1.5 Disposition

Uppsatsen ger till att börja med (kapitel 2) en allmän överblick av den offentliga upphandlingen och en redogörelse för de bakomliggande direktiven och dess grundläggande principer. Det mest väsentliga härom är principen om insyn och öppenhet. Likaså behandlas här i korthet sekretessbestämmelser som stadgas i upphandlingsdirektiven.

Nästa del i uppsatsen (kapitel 3) behandlar den tryckande punkten i uppsatsen, det vill säga handlingsoffentligheten. I detta avsnitt förklaras vad som utgör en allmän handling. Här får läsaren även insyn i handlingsoffentlighetens omfång.

Nästkommande avsnitt (kapitel 4) innehåller en framställning om grunderna för sekretess och dess innebörd, samt de sekretessbestämmelser som är relevanta för uppsatsen. Här beskrivs således närmare hur sekretessen samspelar med handlingsoffentligheten, hur långt sekretessen sträcker sig, vilka sekretesskyddande intressen som finns samt hur en sekretessprövning och skadebedömning går till.

Vidare (kapitel 5) behandlas handlingsoffentligheten med utgångspunkt i en upphandlingsprocess. I avsnittet presenteras vilka upphandlande myndigheter som omfattas av handlingsoffentligheten i en offentlig upphandling. Framförallt går uppsatsen i denna del in på upphandlande myndigheters upplysnings- och informationsskyldighet.

Vidare går uppsatsen in på sekretess vad gäller uppgifter som rör anbudet och anbudsansökningar (kapitel 6). Här presenteras framförallt innebörden av absolut anbudssekretess.

Därefter (kapitel 7) går uppsatsen in på huruvida det är möjligt att lämna ut en allmän handling, exempelvis ett anbud, efter att den absoluta sekretessen har gått ut, dvs. efter ett tilldelningsbeslut. I detta avsnitt behandlas de olika sekretesskyddsintressena i en offentlig upphandling och här redogörs för den sekretessprövning som måste göras vid en begäran om att få uppgifter sekretesskyddade. Därefter redogör framställningen för hur rättspraxis har tillämpat denna sekretessprövning och hur skadebedömningen ser ut gällande dessa sekretessbestämmelser (kapitel 8).

Den sista delen av uppsatsen (kapitel 9) mynnar ut i en redogörelse av de slutsatser som kan dras av de beskrivande delarna i framställningen. Här ges även en avslutande analys av författarens egna synpunkter om rättsområdet.

2 Offentlig upphandling

2.1 Allmänt om offentlig upphandling

En offentlig upphandlings grundtanke kan förenklat sägas bygga på att låta potentiella leverantörer konkurrera om offentliga kontrakt på ett öppet, likvärdigt och konkurrensneutralt sätt. Denna konkurrens är önskvärd på aktuella marknader när offentliga inköp ska finansieras för att upphandlande myndigheter, med hjälp av ett offentligt upphandlingsförfarande, ska kunna skapa ett bättre värde av tillgängliga offentliga medel.⁵

De uppställda bestämmelser som styr detta offentliga upphandlingsförfarande genomgår kontinuerligt förändringar. En större reform inträffade den 1 januari 2008 då lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÅLOU) ersattes med två nya lagar – *lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)* och *lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)*.⁶ LOU behandlar upphandlingar av varor, tjänster och byggentreprenader, vilket även benämns som den klassiska sektorn. Här rör det sig om upphandlingar om sådant som myndigheten använder i sin egen verksamhet, exempelvis konsulttjänster eller kontorsmaterial. LUF däremot reglerar upphandlingar inom försörjningssektorerna, vilket innebär upphandlingar av sådant som är tänkt att användas direkt av medborgarna, exempelvis lokal busstrafik.⁷

De som är skyldiga att upphandla enligt LOU, eller med andra ord upphandlande myndigheter, består av kommunala och statliga myndigheter. Dessa jämföras med beslutande församlingar i kommuner och landsting, särskilda offentligt styrda organ samt sammanslutningar av sådana

⁵ Bergman, Mats, Indén, Tobias, Lundberg, Sofia, Madell, Tom, s. 15; Konkurrensverket, *Upphandlingsreglerna – en introduktion*, 2012, s. 6-7.

⁶ Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUFs och LOV*, Upplaga 2, 2013, Norstedts Juridik, s. 11.

⁷ Bergman, Mats, Indén, Tobias, Lundberg, Sofia, Madell, Tom, s. 15.

myndigheter, församlingar och organ.⁸ De som däremot är skyldiga att upphandla enligt LUF, så kallade upphandlande enheter, är upphandlande myndigheter, organ samt sådana offentliga företag som en myndighet har ett bestämmande inflytande över. Dessa myndigheter, organ och offentliga företag måste bedriva verksamhet inom försörjningssektorerna.⁹ Se vidare om upphandlande myndigheters och upphandlande enheters skyldighet att beakta handlingsoffentligheten vid offentliga upphandlingar i avsnitt 5 nedan.

2.2 EU-direktiv inom offentlig upphandling

Sedan årsskiftet 1994/95 är Sverige medlem i den Europeiska Unionen (EU) och av detta medlemskap följer en skyldighet att iaktta alla de regler som är fastställda för denna gemenskap. Upphandlingsrätten är en del av dessa gemensamma bestämmelser som Sverige som medlemsstat i EU är tvingade att iaktta. Således måste villkor, krav och specifikationer som rör offentlig upphandling tillämpas med bakgrund i de principer och bestämmelser som är reglerade på EU-nivå och framgår av primärrätten, EU-fördragen, likväl som av sekundärrätten, framförallt gällande EU-direktiv, eller av de svenska lagar där direktiven är implementerade.¹⁰ Att upphandlingsrätten omfattas av EU-direktiv grundar sig i tanken om ökade nationsgränsöverskridande offentliga inköp inom unionen.¹¹ Upphandlingsdirektiven utgör följaktligen en väsentlig del i strävan mot en effektivt fungerande inre marknad, detta via främjandet av den fria rörligheten för varor och tjänster inom unionen.¹²

⁸ LOU 2 kap. 19 §.

⁹ LUF 2 kap. 20 §; Prop. 2006/07:128, s. 147.

¹⁰ Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, Upplaga 1, 2009, Jure Förlag, s. 25.

¹¹ Bergman, Mats, Indén, Tobias, Lundberg, Sofia, Madell, Tom, s. 15.

¹² Konkurrensverket, *Upphandlingsreglerna – en introduktion*, 2012, s. 6-7.

Dessa svenska upphandlingslagar som ovan nämnts, LOU och LUF, grundar sig alltså i två EU-direktiv, närmare bestämt *direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster* samt *direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*.¹³ Värt att nämna härom är att Europaparlamentet den 15 januari 2014 antog nya EU-direktiv på området som tidigast kommer ersätta nuvarande direktiv år 2016 i Sverige.¹⁴

Upphandlingsdirektiven omfattar framförallt regler som tydliggör hur en upphandling ska gå till, med andra ord procedurregler som reglerar själva upphandlingsprocessen. Dessa regler innehåller oftast även materiella bestämmelser.¹⁵ Dessa materiella regler och procedurregler som följer av upphandlingsdirektiven och de svenska upphandlingslagarna, om exempelvis tröskelvärden, val av upphandlingsförfarande och annonsering, kommer dock inte utvecklas vidare i denna framställning.

2.2.1 Sekretess enligt direktiven

Relevant för denna studie blir istället bestämmelserna i upphandlingsdirektiven som berör sekretess. Både direktiv 2004/18/EG och direktiv 2004/17/EG behandlar upphandlande myndigheters informationsskyldighet, det vill säga skyldigheten att lämna ut olika typer av uppgifter i en upphandling.¹⁶ Denna skyldighet att underrätta anbudssökande och anbudsgivare då ett offentligt kontrakt tilldelats eller vid slutandet av ett ramavtal framgår av artiklarna 35.4 och 41 i det klassiska direktivet (se vidare om informationsskyldigheten i avsnitt 5.2 nedan).¹⁷ Vid

¹³ Falk, Jan-Erik, s. 30.

¹⁴ <http://www.upphandlingsstod.se/eu-direktiv>, 2014-05-14.

¹⁵ Falk, Jan-Erik, s. 32.

¹⁶ Prop. 2006/07:128, s. 265.

¹⁷ Direktiv 2004/18/EG, artikel 35.4 och artikel 41.

fullgörandet av informationsskyldigheten måste dock vissa skyddsintressen beaktas enligt upphandlingsdirektiven. Begränsningar i vilka uppgifter som får eller bör lämnas ut vid en offentlig upphandling reglerades inte i tidigare direktiv på området. Nu finns det emellertid generella bestämmelser om sekretess i det klassiska direktivet såväl som i försörjningsdirektivet. I det klassiska direktivet, som är i fokus i denna framställning, är det den generella bestämmelsen i artikel 6 som reglerar detta sekretessförhållande och här fastställs det att:¹⁸

“Utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i detta direktiv, särskilt bestämmelserna om upplysnings- och informationsskyldigheter i fråga om ingångna kontrakt och gentemot anbudssökande och anbudsgivare enligt artikel 35.4 och artikel

41, och i enlighet med den nationella lagstiftning som gäller för den upphandlande myndigheten, får denna inte offentliggöra uppgifter som lämnats in och förklarats sekretessbelagda av de ekonomiska aktörerna.

Sådan information omfattar i synnerhet tekniska hemligheter, affärshemligheter och konfidentiella aspekter i anbudet.”¹⁹

Andra särskilda sekretessbestämmelser i det klassiska direktivet berör exempelvis att innehållet i anbud beträffande ramavtal ska vara hemliga fram till den angivna svarstiden har löpt ut,²⁰ likaså utvecklas möjligheten för upphandlande myndigheter och upphandlande enheter att begränsa utlämnandet av vissa uppgifter. Enligt direktivet kan begränsning göras med hänsyn till allmänintresset, kommersiella intressen för offentliga eller privata ekonomiska aktörer, om det skulle hindra tillämpning av lag eller då utlämnandet av uppgifter motverkar en sund konkurrens mellan dessa aktörer.²¹

¹⁸ Prop. 2006/07:128, s. 265, 271.

¹⁹ Direktiv 2004/18/EG, artikel 6.

²⁰ Direktiv 2004/18/EG, artikel 32.4 andra stycket c.

²¹ Direktiv 2004/18/EG, artikel 35.4 femte stycket, artikel 41.3, artikel 69.2 andra stycket.

Dessa sekretessbestämmelser som regleras i upphandlingsdirektiven kan sägas motsvara de sekretessregler som finns i OSL vad gäller offentliga upphandlingar. Detta grundar sig bland annat i att direktivens generella sekretessbestämmelser såväl som hithörande bestämmelser i OSL avser att information ska kunna skyddas som berör leverantörers affärs- och driftsförhållanden (se vidare avsnitt 6-8 om OSL:s sekretessbestämmelser som gäller i offentlig upphandling). Med anledning av denna överensstämmelse i regelverken och att OSL ska tillämpas av upphandlande myndigheter och upphandlande enheter, då lagen gäller i det allmänna verksamheten, har det inte ansetts nödvändigt att ändra några särskilda sekretessregler i OSL på grund av sekretessbestämmelserna i upphandlingsdirektiven. Inte heller har det ansetts lämpligt att i LOU och LUF införa specifika sekretessbestämmelser, av informativ karaktär, som skulle gälla parallellt med sekretessbestämmelserna i OSL och lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter, detta eftersom det alltid ska prövas av upphandlande myndigheter och upphandlande enheter om dessa lagar utgör hinder för utlämnande av uppgifter från leverantörer.²²

2.2.2 Bakomliggande principer

De regler som den offentliga upphandlingen grundar sig på har främst sin utgångspunkt i EU:s fördrag²³, dock finns inga bestämmelser i fördragen som direkt hänvisar till offentlig upphandling. Däremot har ett flertal artiklar i fördragen fungerat som grund för nyssnämnda EU-direktiv om offentlig upphandling.²⁴ De fem grundläggande EU-rättsliga principer som följer av EU-direktiven, likabehandlingsprincipen, icke-diskrimineringsprincipen, transparensprincipen, principen om ömsesidigt

²² Prop. 2006/07:128, s. 265, 275-277.

²³ Fördraget om Europeiska Unionen (EU-fördraget) och Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (EUF-fördraget).

²⁴ Prop. 2006/07:128, s. 131.

erkännande och proportionalitetsprincipen, kan sägas baseras på artiklarna 34, 49, 56 och 106 i EUF-fördraget som reglerar förbud mot kvantitativa restriktioner, rätten till fri etablering, fri rörlighet av tjänster samt syftar till att säkerställa förverkligandet av den gemensamma EU-marknaden. Även principen om förbud mot diskriminering i artikel 18 EUF-fördraget har spelat in vid utarbetandet av dessa grundläggande principer i offentlig upphandling.²⁵

Den tidigare huvudregeln i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, ÄLOU 1 kap. 4 §, som använde begreppet *affärsmässighet* ersattes av LOU 1 kap. 9 §. Den nya bestämmelsen anknyter numera till de gällande EU-direktiven och dess grundläggande principer på området och behandlar istället ”principer för tilldelning av kontrakt”. Dock har bestämmelsen inte inneburit någon ändring i sak mot vad som tidigare gällde med begreppet *affärsmässighet*.²⁶ Den nya regleringen innebär att en upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Vidare ska upphandlingar genomföras på ett öppet sätt, likaså ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Samtliga de principer som kan iakttas av en upphandlande myndighet inom ramen för en offentlig upphandling finns inte redovisade i paragrafen och det har inte ansetts nödvändigt att ange att så är fallet i lagen.²⁷

Dessa bakomliggande principer ligger till grund för tillämpningen av andra mer detaljerade bestämmelser i LOU och genomsyrar på så sätt hela upphandlingsförfarandet. Följaktligen aktualiseras många gånger de nyss nämnda principerna i någon form vid domstolsavgöranden. Ofta beror

²⁵ Andersson Rosén, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, 2013, Norstedts Juridik, Zeteo, Lagkommentar till LOU 1 kap. 9 §.

²⁶ Prop. 2006/07:128, s. 2.

²⁷ LOU 1 kap. 9 §; Prop. 2006/07:128, s. 157; Andersson Rosén, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie, Lagkommentar till LOU 1 kap. 9 §.

upphandlingsrättsliga fel som är föremål för en överprövningsansökan på att dessa grundläggande principer har åsidosatts i upphandlingsförfarandet, vilket även kan vara fallet då situationen inte regleras i någon detaljerad bestämmelse i lagen.²⁸

2.2.2.1 Princip om insyn och öppenhet (transparensprincipen)

Den princip i en offentlig upphandling som är av mest relevans för denna framställning är principen om *öppenhet*. Principen kallas också med andra ord för transparensprincipen. Denna grundläggande princip har ett nära samband med likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering (se vidare avsnitt 2.2.1.2). Detta samband framgår bland annat i mål *C-92/00* där EU-domstolen i punkt 45 påpekar att principen om likabehandling innebär en skyldighet att lämna insyn, detta eftersom det ska kunna kontrolleras att likabehandlingsprincipen iakttas.²⁹ För att principerna om likabehandling och icke-diskriminering ska kunna upprätthållas är följaktligen principen om öppenhet fundamental.³⁰

Principen om öppenhet innebär att en upphandling förutsätts annonseras offentligt. Likaledes ingår det i principen att de leverantörer som deltar i upphandlingen ska få ta del av utgången av upphandlingen (se vidare avsnitt 5.2 om upplysnings- och informationsskyldighet). En annan förutsättning enligt principen är att upphandlingsdokumenten huvudsakligen är offentliga. Det är heller inte förenligt med principen att hemlighålla uppgifter som rör upphandlingsförfarandet. Ett upphandlingsförfarande ska alltså vara öppet för konkurrens och man ska kunna kontrollera att opartiskhet föreligger. Inom öppenhetsprincipen finns det dessutom ett krav på tydlighet och

²⁸ Andersson Rosén, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie, Lagkommentar till LOU 1 kap. 9 §.

²⁹ C-92/00, Hospital Ingenieure Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft GmbH (HI) och Stadt Wien.

³⁰ Falk, Jan-Erik, s. 63-64.

klarhet vad gäller förfrågningsunderlagets uppställda krav på det som ska upphandlas, detsamma gäller för tillämplig utvärderingsmodell.³¹

2.2.2.2 Principerna om likabehandling och icke-diskriminering

De grundläggande principerna om likabehandling och icke-diskriminering är två andra principer som i korthet bör nämnas i denna framställning. Det framgår av dessa principer att samtliga leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Detta innebär bland annat att en upphandlande myndighet inte får låta några leverantörer få ta del av mer information än övriga leverantörer. Inte heller får information ges ut tidigare till en viss leverantör än vad den ges ut till någon annan leverantör i upphandlingen. Det som är avgörande för om likabehandlingsprincipen är tillgodosedd är huruvida förmedlandet av information till en leverantör leder till erhållandet av en otillbörlig konkurrensfördel gentemot andra leverantörer eller inte.³²

Icke-diskrimineringsprincipen står som grund till likabehandlingsprincipen och innebär att både direkt och indirekt diskriminering på grund av nationalitet eller etablering i visst område eller medlemsstat är förbjuden i en offentlig upphandling.³³ I mål *C-243/89 Stora bält*, har exempelvis uppställda krav i upphandling på att leverantörer ska använda dansk arbetskraft och danska produkter medfört att andra leverantörer från andra medlemsstater diskriminerats, och sådana krav strider således mot principen om icke-diskriminering.³⁴

³¹ Andersson Rosén, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie, Lagkommentar till LOU 1 kap. 9 §.

³² Andersson Rosén, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie, Lagkommentar till LOU 1 kap. 9 §; Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2458-11.

³³ Andersson Rosén, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie, Lagkommentar till LOU 1 kap. 9 §.

³⁴ C-243/89 Stora bält

Vidare innebär, som ovan nämnts, även principerna om likabehandling och icke-diskriminering, enligt rättspraxis från EUD, att upphandlande myndigheter måste lämna insyn i upphandlingsförfarandet. För att leverantörer ska kunna behandlas lika och ges lika förutsättningar är det följaktligen avgörande att en offentlig upphandling sker på ett öppet sätt.³⁵

³⁵ Andersson Rosén, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie, Lagkommentar till LOU 1 kap. 9 §.

3 Offentlighetsprincipen

3.1 Handlingsoffentlighet

Som nämndes i inledningen har offentlighetsprincipen flera olika innebörder. Denna framställning kommer dock att begränsa sig till den kanske mest betydelsefulla innebörden härom, närmare bestämt handlingsoffentligheten. Handlingsoffentligheten regleras i TF 2 kap. och 1 §, kapitlets portalparagraf, stadgar att:

*”Till främjande av ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning skall varje svensk medborgare ha rätt att taga del av allmänna handlingar.”*³⁶

Paragrafen har ett tydligt samband med yttrande- och informationsfriheten och handlingsoffentligheten kan därför sägas vara en av de grundläggande förutsättningarna för en fri demokratisk åsiktsbildning.³⁷ Detta eftersom ett sådant främjande av tillgången till information ur allmänna handlingar (se avsnitt 3.2 vidare om allmän handling) skapar en möjlighet till kontroll av myndigheterna och medför att allmänheten, och inte minst journalister, får insyn i hur myndigheterna handlägger sina ärenden och att detta sker i enlighet med gällande regelverk.³⁸ Tillgången till information i allmänna handlingar leder alltså till att det skapas gynnsammare förutsättningar för den fria debatten i viktiga samhällsfrågor, vilket är avgörande för ett fungerande och öppet demokratiskt samhälle. Offentlighetsprincipen innebär således att massmedia och allmänheten ska ha insyn i kommunernas och statens verksamheter och som del i detta reglerar handlingsoffentligheten i sin tur bestämmelserna om allmänna handlingars

³⁶ Tryckfrihetsförordningen (TF) 2 kap. 1 §.

³⁷ Regeringsformen (RF) 2 kap. 1 § 1-2 pp; Prop. 2008/09:150, s. 272.

³⁸ Zetterström, Stefan, *Offentlighet och sekretess*, Upplaga 1, 2010, Liber AB, s. 12.

offentlighet.³⁹ För att sammanfatta kan handlingsoffentlighetens vidare syfte sägas vara att garantera rättssäkerheten och att effektivisera förvaltningen och folkstyret.⁴⁰

Alla svenska medborgare får ta del av allmänna handlingar som finns hos myndigheter. Denna rättighet tillkommer även utlänningar (TF 14 kap. 5 § 2 st) samt juridiska personer. I rättsfallet *RA 2003 ref. 83* uttalade Regeringsrätten att den rätt som finns för fysiska personer att del av allmänna handlingar även tillkommer juridiska personer. Likaså har myndighetens egen personal samma rättigheter som allmänheten att ta del av allmänna handlingar som är offentliga.⁴¹

Trots att handlingsoffentligheten utgör en grundläggande rättsprincip i den svenska rättsordningen är det möjligt att inskränka denna. Sådana inskränkningar får endast ske med stöd av sekretess enligt bestämmelser i Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) (OSL). Detta blir aktuellt då de är påkallat med hänsyn till olika skyddsintressen som finns preciserade i TF 2 kap. 2§. Särskilt relevant för denna framställning är TF 2 kap 2§ 5-6 pp. Dessa bestämmelser kommer i nedanstående avsnitten preciseras närmare. Vidare begränsas handlingsoffentligheten av att tillgängligheten och tillhandahållningen av handlingar endast gäller allmänna handlingar. I de fall en handling saknar denna egenskap är inte berörd myndighet skyldig att tillhandahålla information som utgår av handlingen.⁴²

³⁹ Prop. 2008/09:150, s. 272.

⁴⁰ Bohlin, Alf, s. 23.

⁴¹ Hed, Irja, *Sekretess! Handbok om offentlighets- och sekretesslagstiftningen*, Upplaga 16, 2009, Jure Förlag, s. 7; se även JO 1991/92 s.432.

⁴² Bohlin, Alf, s. 19-20, 24; Skatteverket, 2009, s. 15-16.

3.2 Allmän handling

En förutsättning för att handlingsoffentligheten ska gälla är alltså att handlingen är *allmän*. Till att börja med är det väsentligt att definiera vad en *handling* är. Av TF 2 kap. 3 § framgår det att en handling är en framställning i skrift eller bild samt upptagning som kan läsas, avlyssnas eller på annat sätt uppfattas endast med tekniskt hjälpmedel. Exempel på sådana handlingar kan vara e-post, brev eller upptagning från ett USB-minne.⁴³ Vidare är som huvudregel en handling allmän om den förvaras hos en myndighet och enligt TF 2 kap. 6 eller 7 § är att anse som inkommen till eller upprättad hos myndighet (TF 2 kap. 3 § 1 st 2 men). I TF 2 kap. 4 och 9-11 § § ställs det upp vissa undantag från att handlingar anses vara allmänna enligt huvudregeln.⁴⁴

Förvaring hos myndighet betyder att en handling fysiskt ska finnas hos myndigheten för att kunna bli allmän. Uttrycket gäller i första hand konventionella handlingar och är alltså ett krav på att handlingen har en lokal anknytning till myndigheten vid tidpunkten då en begäran av enskild görs att få ta del av denna, handlingen behöver således inte alltid befinna sig i myndighetens lokaler för att anses vara förvarad hos myndigheten. När istället en upptagning anses förvarad hos myndighet framgår av TF 2 kap. 3 § 2 st.⁴⁵

3.2.1 Inkommen allmän handling

Ytterligare en förutsättning för att en handling ska anses vara allmän enligt TF 2 kap. 3 § är att den ska vara *inkommen* till myndigheten. Av TF 2 kap. 6 § framgår att detta kriterium är uppfyllt då en konventionell handling

⁴³ Zetterström, Stefan, s. 18-19.

⁴⁴ Prop. 2008/09:150, s. 272.

⁴⁵ Prop. 1975/76:160, s. 122; Zetterström, Stefan, s. 21.

faktiskt har anlänt till myndigheten eller kommit behörig befattningshavare till handa. Från denna huvudregel, om när en handling anses inkommen till myndighet, finns dock undantag då det ansetts nödvändigt att skjuta upp den tidpunkt då en handling ska bedömas som inkommen. Detta gäller enligt TF 2 kap. 6 § 2 st sådana handlingar som innefattar tävlingsmoment, exempelvis anbud vid offentliga upphandlingar. Ett anbud som lämnas in i ett förseglat omslag ska således inte anses som inkommen före den tidpunkt som har bestämts för öppnandet. Denna begränsning har ansetts nödvändig i dessa fall där samtidigt öppnande av handlingar på bestämd tidpunkt är en förutsättning för att förhindra illojala förfaranden. Se vidare avsnitt 6 om anbudssekretess.⁴⁶

3.2.2 Upprättad allmän handling

Som ovan redogjorts för åsyftar bestämmelsen i TF 2 kap. 6 § sådana handlingar som en myndighet tagit emot från en utomstående. Men en handling kan likaså enligt TF 2 kap. 3 § vara allmän om denna betraktas som *upprättad* hos en myndighet. Bestämmelsen i TF 2 kap. 7 § avser alltså istället sådana handlingar som myndigheten själv har framställt eller utarbetat.⁴⁷ Enligt huvudregeln blir en handling *upprättad* då den har expedierats, eller med andra ord vid den tidpunkt den skickas iväg från berörd myndighet.⁴⁸

När det kommer till offentliga upphandlingar är förfrågningsunderlaget en sådan handling som myndigheten själv har utarbetat och framställt. Ett förfrågningsunderlag blir således en allmän handling först när upphandlingen i fråga har annonserats. Innan annonsering har skett betraktas förfrågningsunderlaget endast som internt arbetsmaterial. I de fall

⁴⁶ Bohlin, Alf, s. 66-67, 71-72.

⁴⁷ Bohlin, Alf, s. 80.

⁴⁸ Hed, Irja, s. 13.

det rör sig om selektiv upphandling, förhandlad upphandling och urvalsupphandling blir förfrågningsunderlaget en allmän handling, och likaså offentlig, vid den tidpunkt det expedieras, med andra ord vid tillfället då det sändes ut till anbudssökande som har kvalificerat sig för att få lämna anbud.⁴⁹

3.2.3 Myndighetsbegreppet

Offentlighetsprincipen och bestämmelserna om allmänna handlingars offentlighet ska tillämpas i myndigheters verksamheter, detta enligt TF 2 kap. Närmare bestämt är det en förutsättning, enligt TF 2 kap. 3 §, för att en handling ska vara allmän att den ska förvaras hos en *myndighet*. I TF och OSL definieras dock inte begreppet myndighet. Begreppet ska emellertid tolkas i enlighet med RF:s terminologi. Följaktligen avses myndigheter utgöra de organ som ingår i den offentlighetsrättsliga statliga och kommunala organisationen (förvaltningsmyndigheter), här inkluderas regeringen och domstolarna. Enligt TF 2 kap. 5 § likställs även riksdagen och beslutande kommunal församling med en myndighet.⁵⁰

Gränsdragningsproblem kan uppstå huruvida ett organ faller in under RF:s nyss nämnda definition av en myndighet eller ej. När sådana tveksamheter uppstår får man falla tillbaka på allmänna principer inom berört område. Avgörande för om organet ska behandlas som en myndighet eller ej kan vara organets funktionella och organisatoriska sidor. Utöver dessa förhållanden kan det vara nödvändigt att ta hänsyn till flertalet andra omständigheter för att kunna avgöra om organet anses utgöra en myndighet. Som exempel på sådan omständighet kan vara huruvida organet bildats enligt lag eller annan författning eller inte.⁵¹

⁴⁹ http://www.konkurrensverket.se/t/Process___2457.aspx, 2013-05-23.

⁵⁰ Prop. 1979/80:2 Del A, s. 125; Bohlin, Alf, s. 57.

⁵¹ Bohlin, Alf, s. 59-60; Zetterström, Stefan, s. 24-25.

Även enskilda rättssubjekt så som aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar och stiftelser kan i vissa fall likställas med en myndighet, och rätten att ta del av allmänna handlingar enligt handlingsoffentligheten gäller således även dessa verksamheter. Denna rätt gäller dock under förutsättning att kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande i sådana verksamheter. Ett rättsligt bestämmande inflytande kan exempelvis vara ett majoritetsinnehav av aktierösterna i ett aktiebolag (OSL 2 kap. 3 §). Om det inte existerar något rättsligt bestämmande inflytande över en sådan verksamhet där det privata ägandet är i majoritet är det viktigt att komma ihåg att kommuner och landsting trots detta är skyldiga att verka för insyn och att allmänheten ska ha rätt att ta del av handlingar från sådana enskilda rättssubjekt (se vidare KL 3 kap. 18 §).⁵²

Här bör även nämnas att bilagan till OSL ställer upp de organ, där tilldelade förvaltningsuppgifter består i myndighetsutövning, som jämställs med en myndighet enligt TF och OSL och som således omfattas av handlingsoffentligheten trots att det enligt OSL 2 kap. 3 § saknas rättsligt bestämmande inflytande för kommun eller landsting över dessa verksamheter. Om handlingarna hör till där angiven verksamhet hos dessa organ gäller alltså rätten att ta del av sådana handlingar, vilket framgår av OSL 2 kap. 4 §.⁵³

⁵² Prop. 2008/09:150, s. 273; Hed, Irja, s. 10.

⁵³ Zetterström, Stefan, s. 26.

4 Allmänt om sekretess

4.1 Sekretessens innebörd och omfattning

Som tidigare nämnts innehåller OSL bestämmelser som inskränker rätten att ta del av allmänna handlingar enligt TF, likaså rätten till yttrandefrihet och meddelarfrihet (OSL 1 kap. 1 §). Lagen innehåller således både bestämmelser om tystnadsplikt i det allmännas verksamhet och handlingssekretess. Det följer av TF 2 kap. 2 § 1 st att rätten att ta del av allmänna handlingar endast får begränsas då det är påkallat med hänsyn till flertalet, i paragrafen, preciserade skyddsintressen (se avsnitt 4.4 nedan). Till följd av detta stadgas det vidare i paragrafens andra stycke att dessa begränsningar i handlingsoffentligheten ska anges i en särskild lag, närmare bestämt OSL (ersatte den tidigare SekrL), eller i annan lag som OSL hänvisar till, i de fall det anses lämpligare. Regeringen har dessutom möjligheten att förtydliga en sekretessbestämmelses tillämplighet genom att meddela föreskrifter i offentlighets- och sekretessförordningen (2009:641).⁵⁴ Sekretess definieras i OSL 3 kap. 1 § på följande sätt:

”Ett förbud att röja en uppgift, vare sig det sker muntligen, genom utlämnande av en allmän handling eller på annat sätt.”⁵⁵

Utgångspunkten för sekretessbestämmelserna i OSL är att de inte ska gälla för andra organ än sådana där allmänna handlingar kan förekomma. Enligt OSL 2 kap. 1 § föreskrivs det följaktligen att förbudet att röja eller utnyttja uppgifter gäller för myndigheter (se ovan avsnitt 3.2.3 om myndighetsbegreppets omfattning). Bestämmelsen fastställer likaså vilken personkrets som förbudet omfattar. Exempelvis gäller förbudet för personer

⁵⁴ Lenberg, Eva, Geijer, Ulrika, Tansjö, Anna, *Offentlighets- och sekretesslagen – En kommentar*, 2014, Norstedts Juridik, Zeteo, Lagkommentar till OSL 1 kap. 1 §.

⁵⁵ OSL 3 kap. 1 §.

som fått kännedom om uppgifter som omfattas av sekretess enligt OSL på grund av anställning eller uppdrag hos en myndighet.⁵⁶

Vidare innebär sekretessen att en uppgift inte får röjas för enskilda personer, bolag, föreningar etc. förutom i särskilt angivna fall. Sådana sekretessbrytande bestämmelser måste enligt OSL 8 kap. 1 § anges i OSL eller annan lag eller förordning som OSL uttryckligen hänvisar till. Sekretessen gäller utöver detta även för andra myndigheter, vilket betyder att uppgifter inte får röjas till annan myndighet, om det inte på motsvarande sätt är medgivet i särskilda sekretessbrytande bestämmelser. Av OSL 8 kap. 2 § följer dessutom att olika verksamhetsgrenar inom en och samma myndighet inte får lämna uppgifter mellan sig. Detta är fallet om de olika verksamhetsgrenarna inom myndigheten kan betraktas som självständiga gentemot varandra.

De sekretessbrytande bestämmelserna kan även få relevans i en offentlig upphandling. Ett bra exempel härom är OSL 10 kap. 2 §. I paragrafen stadgas att en sekretesskyddad uppgift ändå kan röjas om det är nödvändigt för att den utlämnande myndigheten i fråga ska kunna fullgöra sin verksamhet.⁵⁷ I ett rättsfall uttalade Regeringsrätten att det är nödvändigt för fullgörandet av en myndighets verksamhet att kunna lämna ut vissa uppgifter från inkomna anbud i en upphandling, detta trots att absolut sekretess gällde för anbudet (se vidare avsnitt 6), till en person från handelskammaren som blivit utsedd att närvara vid anbudsöppnandet. Således bedömdes det som nödvändigt för myndighetens verksamhet att kunna kontrollera öppningsförfarandet enligt gällande bestämmelser i LOU och anbudssekretessen kunde alltså inte hindra att sådana uppgifter lämnades ut.⁵⁸

⁵⁶ Lenberg, Eva, Geijer, Ulrika, Tansjö, Anna, Lagkommentar till OSL 2 kap 1 §.

⁵⁷ Holstad, Sigvard, *Sekretess i allmän verksamhet – en introduktion till de grundläggande reglerna*, Upplaga 5, 2013, Norstedts Juridik, s. 20-21.

⁵⁸ RÅ 1996 ref. 85

4.2 Skadebedömning och skaderekvisit

Utgångspunkten vid utformningen av varje särskild sekretessbestämmelse har för lagstiftaren varit att man inte ska åstadkomma mer sekretess än vad som är absolut nödvändigt för att det intresse som föranlett bestämmelsen ska kunna skyddas. Om man inte kan förutse någon skada vid utlämnandet av en uppgift ska alltså denna inte omfattas av sekretess.⁵⁹ Följaktligen har sekretessens räckvidd begränsats i de flesta sekretessbestämmelser genom en typ av villkor som kallas *skaderekvisit*. När ett sådant skaderekvisit är uppställt i en sekretessbestämmelse är sekretessen beroende av en *skadebedömning* från myndighetens sida.⁶⁰ En sådan skadebedömning huruvida en *sekretessreglerad* uppgift⁶¹ är *sekretessbelagd*⁶² måste således göras i varje enskilt fall.

Det finns två huvudtyper av skaderekvisit i OSL. Man gör här skillnad på ett ”rakt” och ett ”omvänt” skaderekvisit. Det *raka skaderekvisit* betyder att sekretess föreligger endast i de fall då det kan antas att viss skada kommer att uppstå om uppgiften röjs. I dessa fall gäller således offentlighet som huvudregel. Om sekretess ska komma i fråga måste en viss skaderisk föreligga. När man istället talar om ett *omvänt skaderekvisit* innebär det att sekretess gäller då det inte står klart att en uppgift kan röjas utan att skada uppstår. Här blir istället huvudregeln att sekretess ska gälla. Således viker sekretessen endast då man kan utgå från att det, med viss grad av sannolikhet, är ofarligt att lämna ut en viss uppgift. De sekretessbestämmelser som dessa omvända skaderekvisit förekommer i behandlar endast sådana uppgifter som anses särskilt skyddsvärda. Följaktligen innehåller de allra flesta sekretessbestämmelser raka

⁵⁹ Prop. 1979/80:2 s. 78-81.

⁶⁰ Holstad, Sigvard, Norell, Gunnel, *Hemligt? – Vägledning till den nya sekretesslagen*, 1980, LiberFörlag, s. 25.

⁶¹ ”En uppgift för vilken det finns en bestämmelse om sekretess” (OSL 3 kap. 1 §).

⁶² ”En sekretessreglerad uppgift för vilken sekretess gäller i ett enskilt fall” (OSL 3 kap. 1 §).

skaderekvisit. Likaså berör sekretessbestämmelserna som är relevanta för denna framställning raka skaderekvisit.⁶³

De raka skaderekvisiten kan ibland vålla svårigheter när dessa ska tillämpas av en tjänsteman vid en myndighet. Detta eftersom personen i fråga då måste göra sin bedömning inom ganska vida ramar. Utgångspunkten för skadebedömningen ska i dessa fall vara i själva uppgiften. Någon individuell skadebedömning behöver således som regel inte göras i varje enskilt fall när ett rakt skaderekvisit är uppställt. Istället bör fokus ligga på uppgiften och huruvida denna som sådan är av det slaget att ett utlämnande typiskt sett kan vara till skada. Om uppgiften, genomsnittligt sett, betraktas som harmlös får denna anses hamna utanför sekretessen. Däremot om uppgiften skulle, till sin natur, vara av sådan art att den lätt skulle kunna komma till skada vid utlämnande får den anses omfattas av sekretessen.⁶⁴ I vissa fall, när det finns särskild anledning, kan det dock vara lämpligt med en närmare prövning av sekretessfrågan huruvida det raka skaderekvisitet är uppfyllt eller ej (se avsnitt 7.1.2 och 8.1.2 nedan).⁶⁵

4.3 Sekretesskyddsintressen

Bestämmelsen i TF 2 kap. 2 § reglerar de så kallade sekretessgrunderna. Det är dessa grunder som motiverar undantag från den grundläggande handlingsoffentligheten. I paragrafens första stycke stadgas nämligen att rätten att ta del av allmänna handlingar får begränsas endast om det är påkallat med hänsyn till:⁶⁶

”1. rikets säkerhet eller dess förhållande till annan stat eller mellanfolklig organisation,

⁶³ Holstad, Sigvard, 2013, s. 26.

⁶⁴ Prop. 1979/80:2, s. 80.

⁶⁵ Holstad, Sigvard, 2013, s. 27.

⁶⁶ Bohlin, Alf, s. 189-190.

2. rikets centrala finanspolitik, penningpolitik eller valutapolitik,
3. myndighets verksamhet för inspektion, kontroll eller annan tillsyn,
4. intresset att förebygga eller beivra brott,
5. det allmännas ekonomiska intresse,
6. skyddet för enskilds personliga eller ekonomiska förhållanden,
7. intresset att bevara djur- eller växtart.”⁶⁷

Några andra intressen än de som här räknas upp kan inte vara grund för hemlighållande av allmänna handlingar, utan det är sekretessgrunderna som styr utformningen av de materiella sekretessbestämmelserna i OSL. Enligt paragrafens andra stycke framgår det alltså att det är i OSL som dessa begränsningar av rätten att ta del av allmänna handlingar vidare ska angivas. Det är med andra ord i OSL det ska framgå vilka handlingar som betraktas som hemliga. När det kommer till punkterna 1-5 och 7 motsvaras dessa sekretessgrunder av 15-20 kap. OSL. Vidare motsvarar den punkt 6 den femte avdelningen i OSL.⁶⁸

De sekretesskyddsintressen som kan uppstå vid en offentlig upphandling hänför sig framförallt till punkterna 5 och 6 i paragrafen. Begränsning av handlingsoffentligheten kan i dessa fall ske om det är påkallat med hänsyn till det allmännas ekonomiska intresse eller skyddet för enskilds ekonomiska förhållanden. De materiella sekretessbestämmelser som kan bli aktuella vid en upphandling och som legitimeras genom dessa två punkter finns stadgade i OSL 19 kap. 3 § (allmännas ekonomiska intresse) samt 31 kap. 16 § (enskildas affärsförbindelser med myndigheter). Dessa bestämmelser, likväl som andra relevanta sekretesskyddsintressen i en offentlig upphandling, redogörs för och analyseras vidare nedan i avsnitt 7 och 8.

⁶⁷ TF 2 kap. 2 § 1 st.

⁶⁸ Lenberg, Eva, Geijer, Ulrika, Tansjö, Anna, Lagkommentar till OSL, TF 2 kap 2 §.

5 Handlingsoffentlighet i en upphandlingsprocess

5.1 Handlingsoffentlighet för upphandlande myndigheter

Handlingar som har inkommit (se avsnitt 3.2.1) eller upprättats (se avsnitt 3.2.2) hos en myndighet (se avsnitt 3.2.3) kan vara allmänna handlingar och därmed omfattas av handlingsoffentligheten enligt bestämmelserna i TF 2 kap. I en offentlig upphandling aktualiseras denna rätt för enskilda att ta del av sådana allmänna handlingar oftast då leverantörer har underrättats om tilldelningsbeslutet och leverantörerna begär då för egen del att få ta del av uppgifter i andra anbud.⁶⁹

Som ovan nämnts är det endast upphandlande myndigheter som omfattas av LOU. Upphandlande myndigheter (se avsnitt 2.1) definieras i LOU 2 kap. 19 § och avser sålunda statliga och kommunala myndigheter, beslutande församlingar i kommun och landsting samt offentligt styrda organ. Vad som menas med offentligt styrda organ förklaras i LOU 2 kap. 12 §. Begreppet avser sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet. I begreppet

⁶⁹ Andersson Rosén, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie, Lagkommentar till LOU 9 kap. 9 §.

upphandlande myndighet ingår likaså sammanslutningar av upphandlande myndigheter eller offentligt styrda organ.⁷⁰

Om man jämför begreppet upphandlande myndighet med tillämpningsområdet för OSL och TF går det att konstatera att det finns organ som inte omfattas av handlingsoffentligheten enligt bestämmelserna i TF 2 kap. och OSL men som faller in under definitionen upphandlande myndighet i LOU. Detta gäller framförallt statliga bolag, med vissa undantag i den bilaga som finns upprättad i LOU, men även sådana offentligt styrda organ som berörs i LOU 2 kap. 12 § där kommun eller landsting utövar ett visst inflytande, dock inte med ett sådant rättsligt bestämmande inflytande så att de kan inbegripas i myndighetsbegreppet enligt OSL 2 kap. 3 §.⁷¹

Ett sådant förhållande uppmärksammades i ett mål från Kammarrätten i Stockholm som rörde en begäran från en privatperson att få ta del av inkomna anbud i en offentlig upphandling som genomförts av SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) på egen hand. Domstolen konstaterade att inblandade kommuner inte förfogade över mer än hälften av rösterna i bolaget likväl som de inte hade rätt att utse eller avsätta mer än hälften av ledamöterna i SKI:s styrelse. Därmed fanns inget rättsligt bestämmande inflytande, som avses i OSL 2 kap. 3 §, över SKI. Med anledning av detta fastställdes att SKI inte kunde jämföras med myndigheter vid tillämpning av OSL. SKI var inte heller med i den bilaga som enligt OSL 2 kap. 4 § anger de bolag som jämföras med myndigheter enligt OSL och där handlingsoffentlighet ska gälla. Följaktligen kunde anbudshandlingarna inte betraktas som allmänna och således omfattades inte bolaget heller, som upphandlande myndighet, av handlingsoffentligheten.⁷²

⁷⁰ LOU 2 kap. 12 och 19 §§.

⁷¹ Prop 2006/07:128, s. 267.

⁷² Kammarrätten i Stockholm, mål nr 8459-12.

Det är dock viktigt att komma ihåg att upphandlande myndigheter som inte omfattas av bestämmelserna i TF 2 kap. om handlingsoffentlighet ändå är skyldiga att iaktta reglerna i LOU. Detta betyder att upphandlande myndigheter måste följa LOU och kan således inte avstå från att lämna information om tilldelningsbeslut enligt LOU 9 kap. 9 § och uppgifter begärda från leverantör enligt LOU 9 kap. 10 §.⁷³

5.2 Upplivnings- och informationskyldighet

När en upphandlande myndighet har beslutat att anta ett anbud från en viss leverantör, eller med andra ord då ett tilldelningsbeslut tagits för att anta ett upphandlingskontrakt eller sluta ett ramavtal, framgår det av LOU 9 kap. 9 § 1 st. att samtliga anbudsgivare och anbudssökande som deltagit i upphandlingen, snarast möjligt, skriftligen ska underrättas om ett sådant beslut, och skälen därtill. Denna informationskyldighet för upphandlande myndigheter tillkom för att säkerställa att leverantörer som inte tilldelats kontraktet eller ramavtalet skulle kunna ta vara på sina möjligheter till överprövning av tilldelningsbeslutet i domstol.⁷⁴ Med anledning av denna underrättelse möjliggörs alltså en kontroll av upphandlingarna för en leverantör, likaså utgör det ett viktigt instrument för att kunna bli konkurrenskraftigare i kommande upphandlingar.⁷⁵

Informationskyldigheten grundar sig i ett avgörande från EU-domstolen, det så kallade Alcatel-målet, där det fastslogs att ett tilldelningsbeslut måste kunna överprövas av leverantörer. En medlemsstat är därför skyldig att tillhandahålla ett prövningsförfarande så att leverantörer i en offentlig

⁷³ Falk, Jan-Erik, s. 485.

⁷⁴ LOU 9 kap. 9 §; Andersson Rosén, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie, Lagkommentar till LOU 9 kap. 9 §

⁷⁵ Falk, Jan-Erik, s. 273.

upphandling har möjlighet att få tilldelningsbeslutet undanröjt innan kontrakt ingås (avtalsslut). Tidigare i svensk rätt sammanföll tidpunkten för tilldelningsbeslutet och avtalsslutet, och således hade inte leverantörer denna möjlighet till överprövning av tilldelningsbeslutet.⁷⁶

Därför framgår det numera i paragrafens första stycke andra mening att leverantörer har tio dagar på sig att ansöka om överprövning då beslut meddelats genom elektroniskt medel om tilldelning av kontrakt eller ramavtal. Inom denna så kallade tiodagarsfristen, som regleras i LOU 16 kap. 1 §, måste således upphandlande myndigheter vänta med att ingå avtal (avtalsspärr) i tio dagar från det att sådan underrättelse skickats till anbudssökande och anbudsgivare i en upphandling. I paragrafens andra stycke regleras även att beslut som betyder att en upphandling blivit avbruten ska meddelas anbudssökandena och anbudsgivarna. Detta gäller även beslut som innebär att upphandlingen ska göras om. Även i dessa fall ska skälen till besluten anges.⁷⁷

Dessa skäl för ett tilldelningsbeslut måste dessutom ge anbudsgivare en tydlig bild av varför kontraktet tilldelats just en viss leverantör.⁷⁸ I rättspraxis har informationen som anbudsgivare fått i flertalet fall ansetts otillräcklig just av den anledningen att skälen för tilldelningsbeslutet varit för vaga för att leverantörer ska kunna ta tillvara på sin rätt att överpröva beslutet. Det är exempelvis inte tillräckligt skäl för tilldelningsbeslutet att endast informera om att ett vinnande anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om inte tillräckliga skäl anges vid tilldelningsbeslutet kan inte heller tiodagarsfristen börja löpa därefter då syftet i LOU 9 kap. 9 § inte är uppfyllt.⁷⁹

⁷⁶ C-81/98 Alcatel Austria; Prop. 2001/02:142, s. 52.

⁷⁷ LOU 9 kap. 9 § och 16 kap. 1 §; Falk, Jan-Erik, s. 272-273.

⁷⁸ Andersson Rosén, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie, Lagkommentar till LOU 9 kap. 9 §.

⁷⁹ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4554-2003; Kammarrätten i Jönköping, mål nr 549-07.

När ett tilldelningsbeslut har fattats av en upphandlande myndighet är det en förutsättning för anbudssökande eller anbudsgivare ska kunna bedöma huruvida upphandlingen kan omprövas eller inte, att även information förmedlas om skälen till varför anbudssökandes egen ansökan avslagits eller anbudsgivarens eget anbud förkastats. För att en leverantör ska kunna ta tillvara på rätten till överprövning fullt ut är det således inte endast skälen till varför en särskild leverantör tilldelats ett kontrakt eller ramavtal som kan vara avgörande. Leverantörer kan därför på eget initiativ, enligt LOU 9 kap. 10 § 1 st, begära upplysningar om skälen till varför ansökan eller anbudet förkastats av en upphandlande myndighet.⁸⁰ Se vidare avsnitt 7.1 om sekretessprövningen vid utlämnande av nyss nämnda upplysningar.

5.3 Handlingsoffentligheten för leverantörer

I en offentlig upphandling har en leverantör alltid möjligheten att få ta del av allmänna handlingar hos den upphandlande myndigheten, förutsatt att den upphandlande myndigheten är skyldig att tillämpa bestämmelserna om handlingsoffentlighet och så länge OSL medger utlämnandet av dessa handlingar. Det är alltså fritt fram för en leverantör, som anser att information som den upphandlande myndigheten lämnat (se 5.2 ovan) inte är tillräcklig, att begära ut ytterligare uppgifter med stöd av bestämmelserna om handlingsoffentlighet. Om en leverantör nekas att få ta del av dessa uppgifter kan ett sådant avslagsbeslut överklagas enligt OSL 6 kap. 7 §.

I ett överprövningsmål har en leverantör rätt att ta del av allt material i målet. Detta framgår av förvaltningsprocesslagen (1971:291), RB och OSL 10 kap. 3 §. Den sistnämnda bestämmelsen stadgar att sekretess inte hindrar att en part i ett mål eller ärende hos domstol eller annan myndighet och som

⁸⁰ Prop. 2001/02:142, s. 68.

på grund av sin partsställning har rätt till insyn i handläggningen tar del av en handling eller annat material i målet eller ärendet. Detsamma gäller då en leverantör är part i skadeståndsmål. Av detta följer att en leverantör, som är part i ett överprövningsmål, och som inte tycker sig ha fått tillräckligt med uppgifter om ett tilldelningsbeslut eller ramavtalsbeslut kan få tillgång till sådant underlag som är sekretessbelagt för andra än parten i målet. Dock framgår det av paragrafens andra mening att dessa uppgifter inte får lämnas ut till parten i den utsträckning det av hänsyn till allmänt eller enskilt intresse är av synnerlig vikt att sekretessbelagd uppgift i materialet inte röjs. Detta undantag ska tillämpas restriktivt, men väljer domstolen ändå att använda begränsningen är denna skyldig att lämna information till parten om materialet på annat sätt, i den utsträckning det behövs för att parten ska kunna ta till vara sin rätt och det kan ske utan allvarlig skada för det intresse som sekretessen ska skydda.⁸¹

⁸¹ Prop. 2006/07:128, s. 269; Prop. 2001/02:142, s. 65-66.

6 Anbudssekretess

6.1 Absolut anbudssekretess

De regler som rör sekretess vid en offentlig upphandling finns stadgade i TF och OSL. Av TF 2 kap. 3 § 1 st 2 men framgår att handlingar är allmänna som förvaras hos en myndighet och är att anse som inkommen eller upprättad hos myndighet. Ett anbud i en offentlig upphandling anses inte inkommen förrän den tidpunkt som bestämts för öppnandet av anbudet, vilket framgår av TF 2 kap. 6 §. När handlingar uppfyller dessa kriterier, och således betraktas som allmänna, är det emellertid inte alltid så att uppgifter som utgår av dessa handlingar ska lämnas ut. Allmänna handlingar kan således vara både offentliga och hemliga (omfattas av sekretess).⁸²

När det kommer till anbud i en offentlig upphandling gäller så kallad *absolut sekretess* enligt OSL 19 kap. 3 § 2 st under upphandlingsförfarandet. Närmare bestämt får uppgift som rör anbud inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet förrän alla anbud offentliggörs eller tilldelningsbeslut fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. Innebörden av *uppgift som rör anbud* är vidsträckt och här innefattas även sådana uppgifter som har anknytning till anbud. Det är således inte endast information om själva anbudet som följer av den absoluta anbudssekretessen, utan även uppgifter om exempelvis vilka leverantörer som lämnat anbud.⁸³ Likaså ingår uppgifter i arbetspromemorior och andra handlingar som myndigheten har upprättat gällande anbud av den absoluta anbudssekretessen.⁸⁴ Någon sekretessprövning huruvida det allmänna kan lida skada av att uppgifterna

⁸² Andersson Rosén, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie, Kommentar till ”Andra närliggande regelverk”; Falk, Jan-Erik, s. 487.

⁸³ OSL 19 kap. 3 § 2 st; Falk, Jan-Erik, s. 487.

⁸⁴ Prop. 2006/07:128, s. 268.

lämnas ut är inte nödvändig då bestämmelsen inte innehåller något sådant skaderekvisit. Följaktligen omfattas sådana uppgifter som rör anbud alltid av sekretess fram till den tidpunkt anbuden offentliggörs vid en anbudsöppning eller efter beslut tagits om att upphandling inte skall äga rum, tilldelningsbeslut fattas eller ärendet dessförinnan har slutförts.

Enligt de tidigare sekretessbestämmelserna upphörde den absoluta anbudssekretessen först då avtal slutits. Det var under dessa omständigheter oerhört svårt att som leverantör kunna överpröva ett tilldelningsbeslut, just på grund av att den absoluta sekretessen inte möjliggjorde något utlämnande av uppgifter som rör anbud då tilldelningsbeslut fattats. För att en berörd leverantör skulle kunna få ta del av sådant tilldelningsbeslut, innan det var för sent att överpröva då avtal slutits, var det nödvändigt att ändra tidpunkten för absolut anbudssekretess upphörande. Enligt EU-domstolens avgörande i Alcatel-målet ansågs således leverantörernas behov av insyn i ett tilldelningsbeslut väga tyngre än behovet av absolut anbudssekretess för det allmänna. Lämplig tidpunkt för upphörandet av den absoluta anbudssekretessen ansågs därför istället föreligga när tilldelningsbeslut fattats i upphandlingsärendet.⁸⁵

Att den absoluta anbudssekretessen upphör då tilldelningsbeslut fattas innebär inte att alla uppgifter som rör anbud alltid blir offentliga därefter. Efter denna tidpunkt måste den allmänna sekretessen i OSL 19 kap. 3 § 1 st beaktas, likaså måste det prövas huruvida OSL 31 kap. 16 § är tillämplig för uppgifter i upphandlingen.⁸⁶ Se vidare om denna sekretessprövning efter tilldelningsbeslut i avsnitten 7 och 8 nedan.

⁸⁵ Prop. 2006/07:128, s. 268; Prop. 2001/02:142, s. 55-56.

⁸⁶ Falk, Jan-Erik, s. 487.

6.1.1 Syfte med absolut anbudssekretess

En grundläggande tanke inom offentlig upphandling är att konkurrens ska råda från båda parter synpunkt. Detta innebär att olika leverantörer ska ha möjlighet att vara med och konkurrera genom att lämna anbud och att dessa anbud bedöms på ett objektivt och affärsmässigt sätt. Det innebär likaså att den upphandlande myndigheten ska kunna förutsätta att anbud som lämnats kommit till i fri konkurrens mellan anbudsgivarna om att lämna det mest fördelaktiga anbudet. I vissa situationer kan det dock vara lockande för leverantörer att samarbeta i hemlighet om det mest fördelaktiga anbudet, vanligtvis det anbud med lägsta priset. Ett sådant samarbete kan bestå i att leverantörer delar upp uppdragen mellan sig genom att bestämma vem som ska lämna anbud och vilka som ska avstå. Dessa typer av prissamverkan om anbud mellan leverantörer i en offentlig upphandling är alltså förbjuden och ett sådant anbudssamarbete kallas med andra ord *anbudskarteller*.⁸⁷

Syftet med den absoluta anbudssekretessen var vid införandet av bestämmelsen att förhindra nyss nämnda anbudskarteller. Ur konkurrenssynpunkt är det alltså viktigt att absolut anbudssekretess gäller fram till den tidpunkt tilldelningsbeslut fattats. Det blir på detta sätt svårare för anbudskarteller att komma överens om priser och sekretessen gör det likaså svårare att kontrollera hos upphandlande myndigheter att överenskomna prislistor följs.⁸⁸

⁸⁷ Bernitz, Ulf, *svensk och europeisk marknadsrätt 1 – Konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*, Upplaga 3, 2011, Norstedts Juridik, s. 116-117.

⁸⁸ Prop. 1937:107 s. 91; Prop. 2001/02:142, s. 56.

7 Sekretessbestämmelser efter tilldelningsbeslutet

7.1 Sekretessprövning efter tilldelningsbeslutet

När tilldelningsbeslut fattats i ett upphandlingsförfarande upphör alltså den absoluta anbudssekretessen vilket ger leverantörer en utökad insyn för att de på så sätt ska kunna bedöma om överprövning av tilldelningsbeslutet bör göras. Efter denna tidpunkt i processen kan dock, enligt OSL 19 kap. 3 § 1 st, upphandlingssekretess gälla till förmån för det allmännas ekonomiska intresse (se avsnitt 7.1.1 och 8.1.1) likaså kan sekretess gälla för enskildas ekonomiska intresse i enlighet med OSL 31 kap. 16 § (se avsnitt 7.1.2 och 8.1.2). Denna framställning fokuserar främst på dessa två sekretessbestämmelser. Det ska dock sägas att sekretess även kan gälla för andra intressen, dessa mindre frekventa sekretessbestämmelser i en offentlig upphandling rör exempelvis affärssekretess enligt OSL 19 kap. 1 § (se avsnitt 7.1.3 och 8.1.3) och försvarssekretess enligt OSL 15 kap. 2 §. En skadebedömning måste i dessa fall alltid göras huruvida uppgifter kan lämnas ut eller inte.⁸⁹

När allmänna handlingar har begärts ut i en offentlig upphandling är följaktligen den upphandlande myndigheten skyldig att skyndsamt göra en sekretessprövning för att kunna avgöra om handlingarna innehåller uppgifter som omfattas av någon av ovanstående sekretessbestämmelser. Att en sekretessprövning ska genomföras framgår av TF 2 kap. 14 § 2 st. För att underlätta en upphandlande myndighets sekretessprövning bör en leverantör redan i sitt anbud ange de uppgifter som denna anser ska omfattas av sekretessen. Emellertid kan inte den upphandlande myndigheten i förväg

⁸⁹ Prop. 2001/02:142, s. 63.

garantera att uppgifter i anbud får en konfidentiell behandling. Det är således upp till den upphandlande myndigheten att pröva och avgöra ifall uppgifter omfattas av sekretessen.⁹⁰

Även sådana upplysningar om ett tilldelningsbeslut som ska lämnas ut enligt LOU 9 kap. 9 och 10 §§ (se avsnitt 5.2) ska genomgå en sekretessprövning innan utlämnande kan ske. Detta kan sägas ha sin grund i artikel 41.3 i det klassiska direktivet där det anges att en upphandlande myndighet kan besluta att utlämnandet av viss information som stadgas i artikel 41.1, som rör tilldelning av kontrakt, inte ska göras om det skulle strida mot allmänintresset, hindra tillämpning av lag, skada berättigade intressen för offentliga eller privata leverantörer eller motverka sund konkurrens dem emellan. Bestämmelserna i artikeln har inte tagits in i LOU då redan motsvarande bestämmelser finns i OSL och lagen (1990:409) om företagshemligheter. Information om tilldelningsbeslut, så som det stadgas i LOU 9 kap. 9 och 10 §§, borde dock kunna lämnas ut utan att det allmänna eller enskild lider skada efter prövning enligt bestämmelserna i OSL(19 kap. 3 § 1 st och 31 kap. 16 §).⁹¹

I de fall det inte finns stöd i sekretessbestämmelserna att sekretessbelägga uppgifter från ett anbud ska sådan handling lämnas ut genast eller så snart det är möjligt.⁹²

7.1.1 Sekretesskydd för det allmännas ekonomiska intresse (OSL 19 kap. 3 §)

I OSL 19 kap. 3 § 1 st regleras den så kallade *upphandlingssekretessen*. Här avses främst begränsningar i rätten att ta del av allmänna handlingar i upphandlings- och entreprenadärenden. De uppgifter som sekretessen

⁹⁰ <http://www.kkv.se/t/Process.aspx?id=2457>, 2014-05-25.

⁹¹ Prop. 2001/02:142, s. 63-64; Prop. 2006/07:128, s. 380.

⁹² <http://www.kkv.se/t/Process.aspx?id=2457>, 2014-05-25.

omfattar hänför sig således till förvärv, överlåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nytthet, till exempel värme eller elektricitet.⁹³

Sekretessen enligt paragrafen är endast tillämplig om det allmänna kan antas lida skada av att uppgifter av detta slag röjs. Det allmänna härom innefattar alltså den upphandlande myndigheten. Med andra ord har det ansetts tillräckligt med ett rakt skaderekvisit (se även avsnitt 4.2) för att hindra konkurrenter allmän insyn i det allmännas verksamhet efter det att ett tilldelningsbeslut har fattats och då den absoluta anbudssekretessen därmed har upphört att gälla. I de fall en skada inte anses föreligga efter en skadebedömning har dock insyn i myndigheternas handläggning i dessa upphandlingsärenden ansetts vara av betydande intresse, och utlämnande av allmän handling är i dessa fall möjlig.⁹⁴

När det kommer till begreppet tjänst ska det sägas att sekretessbestämmelsens andra mening härom inte omfattar arbete som för myndighets behov utförs av dess egen eller någon annan myndighets personal, om det inte är fråga om ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra.⁹⁵

7.1.2 Sekretesskydd för enskilds ekonomiska förhållanden (OSL 31 kap. 16 §)

Det finns situationer då ett utlämnande av uppgifter inte skadar det allmännas ekonomiska intressen, men som däremot skadar någon enskilds ekonomiska intresse. Detta är en högst trolig situation i en offentlig upphandling då det rör sig om affärstransaktioner mellan upphandlande

⁹³ Lenberg, Eva, Geijer, Ulrika, Tansjö, Anna, Lagkommentar till OSL 19 kap. 3 §.

⁹⁴ Prop. 1979/80:2, del A, s. 148; Prop. 2001/02:142 s. 56.

⁹⁵ Prop. 2006/07:128, s. 267-268; OSL 19 kap 3 § 1 st.

myndigheter och enskilda leverantörer.⁹⁶ Att enskilda leverantörer kan få uppgifter i sitt anbud sekretessbelagda framgår av bestämmelsen i OSL 31 kap. 16 §. I paragrafen anges de förutsättningar för att sekretess ska gälla för uppgifter som rör enskildas affärs- och driftförhållanden då leverantörer har trätt i affärsförbindelse med en upphandlande myndighet. Även denna sekretessbestämmelse ställer upp ett rakt skaderekvisit, vilket alltså innebär att sekretess gäller för sådana uppgifter i anbud om det av *särskild anledning* kan antas att den enskilde lider skada av ett röjande av dessa uppgifter. I samband med anbudsgivningen bör en leverantör som anser sig behöva få uppgifter i sitt anbud sekretessbelagda lämna argument som styrker sin sak.⁹⁷

För att uppgift enligt bestämmelsen ska kunna sekretessbeläggas måste följaktligen ett röjande av denna innebära en inte alltför obetydligt skada för anbudsgivaren. Därav följer att endast särskilda förhållanden eller speciella omständigheter måste kunna åberopas som skäl för hemlighållande av sådana uppgifter. Om den upphandlande myndigheten finner tilltro till en anbudsgivares lämnade argument angående skälen till att ett offentliggörande av uppgift i anbud medför att denne skulle lida skada bör inte något hinder att hemlighålla sådan uppgift föreligga. Har emellertid inte en begäran om att belägga uppgift med sekretess motiverats ordentligt av leverantör bör det således inte finnas grund för ett hemlighållande av denna uppgift (se vidare avsnitt 8.1.2).⁹⁸

7.1.3 Sekretesskydd på grund av annat intresse

Allmänna handlingar i en offentlig upphandling kan dessutom vara hemliga med hänvisning till andra sekretessbestämmelser än de ovan nämnda. När

⁹⁶ Prop. 1979/80:2, del A s. 240.

⁹⁷ Falk, Jan-Erik, s. 488.

⁹⁸ Prop. 1979/80:2, del A s. 241.

handlingar till exempel innehåller information om myndighets affärsverksamhet gäller sekretess enligt OSL 19 kap. 1 § för uppgifter som hänför sig till en myndighets affärs- och driftförhållanden, om det kan antas att någon som driver likartad rörelse gynnas på myndighetens bekostnad om uppgifter röjs. Fastställandet av huruvida en uppgift ska hänföras till affärsverksamhet hos en myndighet beror på vilken del av verksamheten uppgiften behandlar. Om exempelvis kostnaden i ett upphandlingsärende påverkar priset på en vara eller tjänst som tillhandahålls, i konkurrens med annan, av den upphandlande myndigheten bör hithörande uppgifter i upphandlingen kunna sekretessbeläggas enligt bestämmelsen.⁹⁹

Även försvarssekretess enligt OSL 15 kap. 2 § kan vara grund för hemlighållande av uppgifter i en offentlig upphandling. Denna extraordinära sekretessbestämmelse kommer dock inte ytterligare att förklaras i denna framställning.

7.1.3.1 Skydd för Företagshemligheter

Utöver de bestämmelser som ovan redogjorts för, gällande sekretessen under en offentlig upphandling, i TF och OSL, finns det regler som ger skydd för företagshemligheter enligt lag (1990:409) om företagshemligheter. Dessa bestämmelser är subsidiära till offentlighets- och sekretessbestämmelserna i TF och OSL för de upphandlande myndigheter som omfattas av reglerna i TF och OSL (se avsnitt 4.1 och 5.1 ovan). Lagen ger leverantörer i en offentlig upphandling ett visst skydd för *företagshemligheter*, med detta menas enligt lagens 1 § information som rör affärs- och driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som denne håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för denne i konkurrenshänseende. Vidare i lagens 6 § framgår det att den som

⁹⁹ OSL 19 kap. 1 §; Lenberg, Eva, Geijer, Ulrika, Tansjö, Anna, Lagkommentar till OSL 19 kap. 1 §.

uppsåtligen eller av oaktsamhet obehörigen utnyttjat eller obehörigen röjt affärshemligheter från näringsidkare och som han i förtroende fått del av i samband med en affärsförbindelse med samma näringsidkare är skadeståndsskyldig gentemot denne för den skada som uppstår genom ett sådant agerande.¹⁰⁰

Det ligger i näringsidkarens eget intresse att klargöra, så tydligt som möjligt, att information ska anses som hemlig. Dock kan inte alla uppgifter som en näringsidkare uttrycker en vilja om att hemlighålla anses utgöra en företagshemlighet och därmed erhålla ett skydd för röjande av dessa uppgifter enligt lagens mening. Endast relevanta företagshemligheter ska skyddas och det är följaktligen först när röjandet av information kan anses innebära skada för näringsidkaren som uppgiften bedöms utgöra en företagshemlighet.¹⁰¹

Ett anbud kan innehålla hemlig information enligt lagen om företagshemligheter. Den som tagit del av sådan hemlig information som omfattas av lagen måste dock förstå att sådan information är hemlig och ska fortsätta vara så. Då det är den som har lämnat hemlig information, i detta fall en anbudsgivare, som har bevisbördan att uppgifter lämnats ut i förtroende är det därav av stor vikt för en anbudsgivare i en offentlig upphandling att framhålla för den upphandlande myndigheten att uppgift ska vara hemlig.¹⁰²

¹⁰⁰ Prop. 2006/07:128, s. 270-271; Falk, Jan-Erik, s. 488.

¹⁰¹ Prop. 1987/88:155, s. 13.

¹⁰² Falk, Jan-Erik, s. 489.

8 Sekretessprövningen i rättspraxis

8.1 Skadebedömningen i rättspraxis

Som ovan nämnts kräver alltså sekretessbestämmelserna i OSL 19 kap. 3 § samt 31 kap. 16 §, som kan begränsa rätten att ta del av allmänna handlingar i en offentlig upphandling, att en skadebedömning görs för att kunna avgöra huruvida ett utlämnande av uppgift kan medföra skada för det allmänna eller enskild. Det har i båda bestämmelserna ställts upp ett så kallat rakt skaderekvisit, vilket innebär att presumtion för offentlighet är förhanden. Med anledning av detta är det meningen att skadebedömningen ska göras med utgångspunkt i själva uppgiften som exempelvis en leverantör vill få utlämnad, och om uppgifter som sådan typiskt sett kan medföra skada för det allmänna eller enskild bör sekretess gälla för sådan uppgift.¹⁰³ För vidare vägledning av vilka uppgifter som typiskt sett medför skada vid ett röjande krävs det att rättspraxis på området undersöks och utvecklas. Det ska sägas att sekretess i flera fall ansetts föreligga enligt båda sekretessbestämmelserna, med andra ord kan ett röjande av uppgift skada det allmänna samtidigt som det även skadar någon enskild.

8.1.1 Sekretesskydd för det allmännas ekonomiska intresse (OSL 19 kap. 3 §)

Till att börja med kan skada inte anses föreligga då för allmänt hållna uttalanden om skaderisken har angetts. Detta framgår bland annat av fallet RÅ 1991 ref. 56, där begärda handlingar bestod av fullständig anbudssammanställning, det vill säga alla infortrade och inkomna anbud som rörde Lunds energiverks inköp av elmätare. Energiverket angav att sekretess var en förutsättning för dessa uppgifter för att kunna fortsätta ha

¹⁰³ Prop. 1979/80:2, del A, s. 80.

en låg prisnivå i dessa typer av upphandlingar. Detta ansåg Regeringsrätten vara för allmänt hållna uppgifter och någon skada för energiverket kunde inte antas föreligga vid kommande upphandlingar om ett utlämnande av handlingarna skulle ske.¹⁰⁴ Så var även fallet i RÅ 1992 not. 537 då Statens Järnvägar hade upphandlat parkeringsbevakning. Den handling som begärts ut var även här en sammanställning av anbud och innehöll information om anbudsgivarna likväl som information om anbudens priser. Även här hade Statens Järnvägar angivit för allmänt hållna skäl till varför sekretess skulle kunna föreligga för handlingen enligt OSL 19 kap. 3 §.¹⁰⁵

Vidare har det i rättspraxis konstaterats att det krävs av en upphandlande myndighet att konkretisera risken för att de, närmare bestämt det allmänna, skulle lida skada av ett utlämnande av en handling och sekretess således ska gälla enligt OSL 19 kap. 3 §. I ett mål från Kammarrätten i Stockholm gjordes en begäran om att få ut uppgifter om anbud och underlag för anbudsvärdering i en upphandling som rörde el-tjänster. Landstinget i Västmanland gjorde bedömningen att dessa uppgifter skulle vara sekretessbelagda med anledning av att upphandlingen ännu inte var avslutad. Kammarrätten i sin tur fann att omständigheten att upphandlingen eventuellt skulle behöva göras om då den ännu inte var avslutad var inte en tillräckligt konkretiserad risk för att skada skulle anses vara förhanden.¹⁰⁶ I de fall en tillräckligt konkretiserad risk för skada vid utlämnande av handling har angetts har domstolarna sällan frångått en sådan tydlig bedömning. Detta framgår bland annat i mål nr 3064-11 från Kammarrätten i Stockholm.¹⁰⁷

¹⁰⁴ RÅ 1991 ref. 56.

¹⁰⁵ RÅ 1992 not. 537.

¹⁰⁶ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 8210-03.

¹⁰⁷ Andersson Rosén, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie, Lagkommentar till LOU 9 kap. 9 §.

Skada kan även föreligga så som det stadgas i OSL 19 kap. 3 § om röjandet av uppgift påverkar framtida anbudsförfaranden negativt. I RÅ 1988 not. 236 valde Karlstads stiftsnämnd att inte lämna ut anbudshandlingar som rörde rotpostförsäljning. De ansåg att andra parter inom virkeshantering skulle kunna gynnas på myndighetens bekostnad i de fall sådana anbudshandlingar lämnas ut. De hävdade likaså att ett offentlighögörande av anbudshandlingarna skulle resultera i en spridning av pris- och andra uppgifter kring rotpostförsäljningar, vilket i sin tur skulle kunna resultera i negativa konsekvenser vid kommande anbudsförfaranden då det påverkar de olika anbudsgivarnas tillvägagångssätt. Kammarrätten konstaterade att Karlstads stiftsnämnd bedrev en omfattande köp-och försäljningsverksamhet med återkommande anbudsförfaranden. Den rotpostförsäljning som här upphandlades utgjorde dessutom en betydande del av denna köp-och försäljningsverksamhet. Med anledning av det som lades fram i målet konstaterade domstolen att sekretess skulle gälla då ett utlämnande skulle kunna resultera i att denna allmänna verksamhet lider skada vid framtida anbudsförfaranden.¹⁰⁸

8.1.2 Sekretesskydd för enskilds ekonomiska förhållanden (OSL 31 kap. 16 §)

Sekretess enligt OSL 31 kap. 16 § bör som ovan nämnts (se avsnitt 7.1.2) endast föreligga om det av *särskild anledning* kan antas att enskild lider skada av ett röjande av uppgift. Enligt förarbeten till bestämmelsen krävs det alltså en speciell omständighet eller särskilda förhållanden för att skada för enskild ska anses föreligga vid ett utlämnande av en uppgift. En viss avvägning med hänsyn till offentlighetsintresset bör dock alltid göras i dessa fall. I de fall en anbudsgivare begär konfidentiell behandling av viss handling bör dessa inte kunna sekretessbeläggas enligt OSL 31 kap. 16 §

¹⁰⁸ RÅ 1988 not. 236.

om inte denna begäran motiveras.¹⁰⁹ En sådan motivering för en begäran om sekretess har i rättsfallet Kammarätten i Sundsvall, mål nr 2945-11 tillmätts betydelse vid bedömningen. I fallet hade en anbudsgivare begärt sekretess för handlingar om prisangivelser och anfört att det finns särskilda skäl att anta att utlämnande av dessa uppgifter i anbudet skulle medföra skada för anbudsgivaren. Sådana skäl skulle, enligt anbudsgivaren, till exempel vara att konkurrenterna till anbudsgivaren med hjälp av dessa prisangivelser kan dra slutsatser om arbetsmetoder, affärsmässiga strategier med hänsyn till arbetets karaktär, leverantörspriser med mera. Med detta i beaktande gjorde domstolen följande bedömning.

Till att börja med konstaterades att endast prisangivelser i sig självt inte konstituerar sådan särskild anledning att beslut om hemlighållande kan fattas enligt OSL 31 kap. 16 §. Bedömningen blir emellertid en annan om de begärda uppgifterna innehåller information om anbudsgivares tillvägagångssätt för att uppfylla aktuella åtaganden. I detta fall skulle ett utlämnande av dessa prisangivelser inte bara avslöja prissättningen utan tillika begränsa anbudsgivarens möjlighet att återanvända de överväganden som legat till grund för framtagandet av anbudet. Således förelåg sådan särskild anledning, som förutsätts enligt OSL 31 kap. 16 §, till antagande om skada vid röjande av uppgifterna.¹¹⁰

Ett annat intressant fall som rör utlämnande av prisuppgifter i anbud och som aktualiserar sekretessbestämmelsen i OSL 31 kap. 16 § är Kammarätten i Jönköping, mål nr 2730-13. Härom hade ett bolag begärt att från Migrationsverket, som alltså var upphandlande myndighet, få ut uppgifter som härrör sig till annat bolags anbudspris och statistik ur upphandlingen som rörde telefontolkjänster. Som skäl till att sekretess ska gälla hade det andra bolaget angett att ett utlämnande skulle medföra risk

¹⁰⁹ Prop. 1979/80:2, del A, s. 241-242.

¹¹⁰ Kammarätten i Sundsvall, mål nr 2945-11.

för allvarlig skada på så sätt att bolaget i framtida upphandlingar skulle få svårigheter att konkurrera. Kammarrätten konstaterade att det rörde sig om sådana uppgifter som var hänförliga till bolagets affärs- och driftförhållanden. Vidare rörde det sig om en upphandling där anbudsgivarna agerar under stark inbördes konkurrens på en marknad med fåtal aktörer. Därav kunde dessa begärda pris- och statistikuppgifter antas ha stor betydelse för anbudsföretagens verksamhet och för deras anbud vid likartade upphandlingar. Domstolen fann således att det fanns särskild anledning till antagande att utlämnande av sådana uppgifter skulle medföra skada för bolaget. Sekretess enligt 31 kap. 16 § var således förhanden.¹¹¹

En liknande bedömning gjordes i ett rättsfall från Kammarrätten i Stockholm. I målet, som gällde en upphandling av ett ramavtal, begärde anbudsgivaren Telia att få ta del av uppgifter om prisbilagor från det vinnande anbudet som lämnats av Telenor. I det här fallet bedömde domstolen att, då det rör sig om en bransch (operatörer) med ett fåtal framstående aktörer i stark konkurrens, ett röjande av prisbilagor skulle avslöja Telenors överväganden bakom deras prissättning. Med anledning av detta förelåg det särskild anledning att anta att Telenor skulle lida skada om prisuppgifterna lämnades ut.¹¹²

En annan viktig aspekt av sekretessprövningen i OSL 31 kap. 16 § framgår av Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 575-11. Här rörde det sig om ett bolag som ville ta del av ett vinnande anbud i en upphandling avseende IT-drift i Timrå kommun. Kommunen avslög dock denna begäran och sekretessbelade anbudet till sin helhet med hänvisning till nu nämnda sekretessbestämmelse. Men efter överklagan konstaterade Kammarrätten att delar av det vinnande anbudet som kommunen sekretessbelagt enligt 31 kap. 16 § inte kan sägas skyddas av denna sekretessbestämmelse. Av detta

¹¹¹ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2730-13.

¹¹² Kammarrätten i Stockholm mål nr 6701-11.

följer att en upphandlande myndighet måste sekretesspröva varje uppgift och varje handling var för sig.¹¹³

8.1.3 Sekretesskydd på grund av annat intresse

Enligt bestämmelsen i OSL 19 kap. 1 § framgår det att sekretess gäller i myndighets affärsverksamhet för uppgift om myndighetens affärs- eller driftförhållanden, om det kan antas att någon som driver likartad rörelse gynnas på myndighetens bekostnad om uppgiften röjs. Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 642-2003 kan anges som ett exempel från rättspraxis angående hur denna sekretessbestämmelse tillämpas. I målet hade mängdförteckningar och styckprislistor begärts ut från en upphandling som Vägverket genomfört. Vägverket Produktion, som även var en av de leverantörer som lämnat anbud i upphandlingen, bedrev konkurrensutsatt och marknadsanpassad verksamhet, vilket ansågs hänföra sig till sådan affärsverksamhet som avses i sekretessbestämmelsen. Detta betydde att röjandet av sådana mängdförteckningar och styckprislistor som begärts utlämnade i anbudet kunde antas gynna den som drev konkurrerande rörelse på bekostnad av Vägverket Produktion. Således förelåg sekretess enligt OSL 19 kap. 1 § för dessa uppgifter i Vägverket Produktions anbud.¹¹⁴

¹¹³ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 575-11.

¹¹⁴ Kammarrätten i Sundsvall mål nr 642-2003.

9 Avslutande analys och slutsatser

En offentlig upphandling präglas av flertalet principer som gör gällande hur ett upphandlingsförfarande ska gå till. Av principen om öppenhet och insyn framgår bland annat att uppgifter som rör upphandlingar i regel inte får hemlighållas och att anbudsgivare ska informeras om resultatet i upphandlingen. Denna princip om öppenhet i offentliga upphandlingar går alltså hand i hand med vad som stadgas i LOU 9 kap. 9 och 10 §§ om upphandlande myndigheters informations- och upplysningsskyldighet. Detta är följaktligen en viktig del i den insyn som konstitueras i upphandlingsförfaranden.

Bestämmelserna betyder alltså att information ska lämnas om tilldelningsbeslut. Denna informations- och upplysningsskyldighet syftar till att göra det möjligt för leverantörer som deltar i en upphandling att tillvarata sin rätt till överprövning. Denna skyldighet för en upphandlande myndighet har ansetts vara avgörande för att kontroll ska kunna ske huruvida en upphandling har gått rätt till, det vill säga huruvida myndigheten har begått något fel eller inte vid antagandet av anbud. Det kan dock sägas vara oklart huruvida denna informations omfång, som ges ut enligt LOU kap. 9 och 10 §§, i praktiken är tillräckligt tillfredsställande för att en leverantör ska kunna tillvarata sin rätt till överprövning, då informationen som utgår av tilldelningsbeslutet är begränsad. I de fall det ändå går att avgöra huruvida upphandlande myndigheten tagit beslut på felaktiga grunder, utifrån den information som utgått av denna skyldighet, blir dessa bestämmelser ett viktigt verktyg för granskandet av upphandlingen.

De grundläggande principerna om öppenhet och likabehandling likväl som bestämmelser om information- och upplysningsplikt har sin grund i EU-

rätten och kan alltså sägas ge uttryck för ett omfattande behov av insyn i en upphandlingsprocess. Dessa upphandlingsrättsliga bestämmelser och principer kompletteras vidare med vår i svensk rätt fundamentala handlingsoffentlighet, eller med andra ord rätten att ta del av allmänna handlingar hos en myndighet. De flesta upphandlande myndigheter är skyldiga att tillämpa TF:s och OSL:s bestämmelser om handlingsoffentlighet och sekretess. Det finns dock vissa upphandlande myndigheter som inte omfattas av dessa bestämmelser. Insyn kan i dessa fall ändå föreligga då upphandlande myndigheter är bundna av LOU:s regler om informations- och upplysningsskyldighet likväl som de grundläggande principerna om öppenhet och likabehandling.

Vad finns det då för möjligheter att inskränka handlingsoffentligheten i en offentlig upphandling? Till att börja med är det viktigt att konstatera att denna rätt att ta del av allmänna handlingar är en viktig del i kontrollen av det allmänna. Dock har denna rätt ansetts kunna begränsas med hänsyn till särskilda skyddsintressen. De sekretessbestämmelser som blir aktuella i en offentlig upphandling behandlar upphandlingssekretess enligt OSL 19 kap. 3 § och sekretess till skydd för enskilda ekonomiska intressen enligt OSL 31 kap. 16 §. För tillämpningen av dessa bestämmelser krävs det att en sekretessprövning med tillhörande skadebedömning görs.

Däremot följer det av OSL 19 kap. 3 § 2 st. att ett anbud till stora delar i upphandlingsprocessen omfattas av absolut sekretess. Denna absoluta anbudssekretess betyder att leverantörer inte kan ta del av andra anbud förrän ett tilldelningsbeslut har fattats. Det har alltså i offentliga upphandlingar ansetts vara nödvändigt att anbudsförfarandet kan hållas hemligt tills dess ett beslut tagits om att tilldela kontrakt eller ramavtal. Detta har ansetts nödvändigt ur ett konkurrenshänseende, och främst med anledning av viljan att motverka bildandet av anbudskarteller. Följaktligen behöver en begäran om utlämnande av anbud innan tilldelningsbeslut fattats

inte genomgå någon sekretessprövning, då sekretess presumeras i denna del av upphandlingen.

Sekretessprövning sker alltså först i de fall tilldelningsbeslut fattats och då den absoluta anbudssekretessen upphör. Efter denna tidpunkt i förfarandet ska alltså en skadebedömning utföras av den upphandlande myndigheten för att avgöra huruvida ett utlämnande av uppgift kan medföra skada för det allmänna eller enskild. De nu relevanta bestämmelserna i OSL 19 kap. 3 § och 31 kap. 16 § ställer båda upp raka skaderekvisit, och av detta följer att offentlighet för uppgift presumeras.

Rättspraxis visar att det inte alla gånger är en lätt skadebedömning som en upphandlande myndighet har att göra och det är inte alltid självklart vilka uppgifter som kan innebära sådan skada som krävs för sekretess enligt OSL 19 kap. 3 § och 31 kap. 16 §. Skadebedömningen ska göras med utgångspunkt i själva uppgiften som begärs ska lämnas ut. Exempelvis har prisangivelser i anbud inte i sig självt kunnat konstituera sådan särskild anledning att skada kan antas vid ett röjande av uppgift som krävs enligt OSL 31 kap. 16 §. Dock kan andra omständigheter i enskilda fall påverka skadebedömningen. I de fall en leverantör inte har motiverat skäl för sekretess kan inte skada anses föreligga vid ett röjande av en uppgift. Vidare gäller att en risk för skada måste konkretiseras tillräckligt för att utlämnande ska kunna begränsas av sekretess. Det framgår även av rättspraxis att för allmänt hållna uppgifter om risk för skada vid utlämnande inte kan medföra sekretess enligt bestämmelserna.

Av det nu nämnda följer alltså att leverantörer måste vara tydliga med att ange vilka uppgifter som de anser vara nödvändiga att hemlighålla i sina anbud. Likaså är det viktigt att noga ange och konkretisera de skäl till varför en uppgifts röjande kan medföra skada för anbudsgivaren. Det bör därav vara angeläget att redan vid inlämnandet av anbud ange en önskan om

hemlighållande av uppgifter i anbudet. Ett sådant önskemål ska givetvis beaktas i skadebedömningen.

Skadebedömningen består alltså i att den upphandlande myndigheten har att bedöma huruvida ett röjande av uppgifter kan resultera i skada.

Det kan tyckas att behovet för en leverantör i en offentlig upphandling att få uppgifter i anbud sekretessbelagda oftare borde ställas mot behovet för annan leverantör att tillvarata dennes rätt till överprövning som framgår av upphandlingsrättsliga bestämmelser. En upphandlande myndighet borde vid varje sekretessprövning alltså även överväga de upphandlingsrättsliga bestämmelser och principer som konstituerar öppenhet och insyn vid bedömningen huruvida skada kan antas vid utlämnande av uppgift. Det finns alltid ett behov av insyn i offentliga upphandlingar då det faktiskt rör sig om kontroll av användandet av offentliga medel. Det är alltså viktigt att en upphandlande myndighet tar i beaktande detta behov av kontroll av allmänheten och att man sätter det i förhållande till de omständigheter som talar för att skada föreligger vid utlämnande av känsliga uppgifter.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Andersson Rosén, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, 2013, Norstedts Juridik, Zeteo

Bergman, Mats, Indén, Tobias, Lundberg, Sofia, Madell, Tom, *Offentlig upphandling – på rätt sätt och till rätt pris*, Upplaga 1, 2011, Studentlitteratur

Bernitz, Ulf, *svensk och europeisk marknadsrätt 1 – Konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*, Upplaga 3, 2011, Norstedts Juridik

Bohlin, Alf, *Offentlighetsprincipen*, Upplaga 8, 2010, Norstedts Juridik

Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, Upplaga 1, 2009, Jure Förlag

Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUFSS och LOV*, Upplaga 2, 2013, Norstedts Juridik

Hed, Irja, *Sekretess! Handbok om offentlighets- och sekretesslagstiftningen*, Upplaga 16, 2009, Jure Förlag

Holstad, Sigvard, Norell, Gunnel, *Hemligt? – Vägledning till den nya sekretesslagen*, 1980, LiberFörlag

Holstad, Sigvard, *Sekretess i allmän verksamhet – en introduktion till de grundläggande reglerna*, Norstedts Juridik, Upplaga 5, 2013

Lenberg, Eva, Geijer, Ulrika, Tansjö, Anna, *Offentlighets- och sekretesslagen – En kommentar*, 2014, Norstedts Juridik, Zeteo

Zetterström, Stefan, *Offentlighet och sekretess*, Upplaga 1, 2010, Liber AB

Svenskt offentligt tryck

Förvaltningslag (1986:223)

Kommunallag (1991:900)

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter

Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Offentlighets- och sekretesslag (2009:400)

Offentlighets- och sekretessförordningen (2009:641)

Regeringsformen (1974:152)

Tryckfrihetsförordningen (1949:105)

Yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469)

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

Prop. 1975/76:160 *Om nya grundlagsbestämmelser angående allmänna handlingars offentlighet*

Prop. 1979/80:2 *Med förslag till sekretesslag m.m.*

Prop. 1987/88:155 *Om skydd för företagshemligheter*

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

Prop. 2006/07:128 *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*

Prop. 2008/09:150 *Offentlighets- och sekretesslag*

SOU 2003:99 *Ny sekretesslag*

EU:s offentliga tryck

Fördraget om Europeiska Unionen (*EU-fördraget*)

Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (*EUF-fördraget*)

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (*Försörjningsdirektivet*)

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (*Det klassiska direktivet*)

Övrigt

http://www.kkv.se/t/Process____2457.aspx, 2013-05-23

<http://www.upphandlingsstod.se/eu-direktiv>, 2014-05-14

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT, 2004

JO 1991/92 s. 432

Konkurrensverket, *Upphandlingsreglerna – en introduktion*, 2012

Skatteverket, *Offentligt eller hemligt*, utgåva 4, Fritzes, 2009

Rättsfallsförteckning

Förvaltningsdomstolarnas praxis

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4554-2003

Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 642-2003

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 8210-03

Kammarrätten i Jönköping, mål nr 549-07

Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 575-11

Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2458-11

Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2945-11

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3064-11

Kammarrätten i Stockholm mål nr 6701-11

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 8459-12

Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2730-13

RÅ 1988 not. 236

RÅ 1991 ref. 56

RÅ 1992 not. 537

RÅ 1996 ref. 85

EU-rättslig praxis

C-243/89 Stora bält

C-81/98 Alcatel Austria

*C-92/00, Hospital Ingenieure Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik
Planungs- Gesellschaft GmbH (HI) och Stadt Wien*