



UPPSALA  
UNIVERSITET

Juridiska institutionen  
Höstterminen 2022

Examensarbete i offentlig rätt, särskilt förvaltningsrätt  
30 högskolepoäng

## ”Offentlig” upphandling

— En problematisering av förlorande anbudsgivares insynsmöjligheter i det vinnande anbudet, utanför och inom en pågående överprövningsprocess

*(A problematization of losing tenderers' access to the winning tender, outside and within an ongoing review procedure)*

Författare: Victoria Andersson

Handledare: Professor Olle Lundin



## Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BrB	Brottsbalk (1962:700)
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
FEU	Europeiska unionens fördrag
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FHL	Lag (2018:558) om företagshemligheter
FL	Förvaltningslag (2017:900)
FPL	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
KL	Kommunallag (2017:725)
KöpL	Köplag (1990:931)
LOU	Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling
LOU-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
NJA	Nytt juridiskt arkiv
OSL	Offentlighets- och sekretesslag (2009:400)
Prop.	Proposition
RÅ	Regeringsrättens årsbok

Rättsmedelsdirektivet	Rådets direktiv (89/665/EEG) av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
TF	Tryckfrihetsförordning (1949:105)
Ändringsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling

# Innehållsförteckning

<b>FÖRKORTNINGAR.....</b>	<b>II</b>
<b>INNEHÅLLSFÖRTECKNING .....</b>	<b>IV</b>
<b>1 INLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1 PROBLEMFÖRMULERING .....	1
1.2 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR .....	2
1.3 AVGRÄNSNING .....	3
1.4 METOD OCH MATERIAL.....	5
1.5 DISPOSITION .....	6
<b>2 OFFENTLIG UPPHANDLING – EN LAGREGLAD INKÖSPROCESS ....</b>	<b>7</b>
2.1 BAKGRUND.....	7
2.1.1 <i>Den unionsrättsliga kopplingen</i> .....	7
2.1.2 <i>Upphandlingsprinciperna</i> .....	8
2.1.2.1 Likabehandlingsprincipen.....	8
2.1.2.2 Proportionalitetsprincipen.....	9
2.1.2.3 Icke-diskrimineringsprincipen.....	9
2.1.2.4 Principen om ömsesidigt erkännande.....	9
2.1.2.5 Transparensprincipen.....	9
2.2 UPPHANDLINGENS UPPLÄGG.....	11
2.2.1 <i>Förberedelsestadiet</i> .....	12
2.2.2 <i>Genomförandestadiet</i> .....	12
2.2.2.1 Upprättandet av upphandlingsdokumentet .....	12
2.2.2.2 Annonsering.....	15
2.2.2.3 Anbudsöppning och den efterföljande prövningen.....	15
2.2.3 <i>Leveransstadiet</i> .....	16
2.3 ÖVERPRÖVNINGSMÖJLIGHETER .....	16
2.4 ANBUDSGIVARENS INSYNMÖJLIGHETER GENOM 12 KAP. 12–13 §§ LOU.....	18
<b>3 HANDLINGSOFFENTLIGHET OCH DESS INSKRÄNKNINGAR .....</b>	<b>22</b>
3.1 RÄTTEN ATT FÅ TA DEL AV ALLMÄNNA HANDLINGAR .....	22
3.1.1 <i>Handlingsoffentligheten – en konstitutionell kontrollfunktion</i> .....	22
3.1.2 <i>Tillämpningsområdet för handlingsoffentlighet och sekretess</i> .....	23
3.1.3 <i>EU-rätten och offentlighet</i> .....	24
3.2 PROCESSEN VID UTLÄMNANDET AV ALLMÄNNA HANDLINGAR .....	26
3.2.1 <i>Hur en begäran behandlas hos den upphandlande myndigheten</i> .....	26
3.2.2 <i>Sekretessprövningen och de olika skaderekvisiten</i> .....	27
3.3 SEKRETESS SOM KAN AKTUALISERAS UNDER EN UPPHANDLING .....	29
3.3.1 <i>Sekretess före ett tilldelningsbeslut har meddelats</i> .....	29
3.3.2 <i>Sekretess efter ett tilldelningsbeslut har meddelats</i> .....	30
3.3.2.1 Upphandlingssekretess (19 kap. 3 § st. 1 OSL).....	30
3.3.2.2 Anbudssekretess för enskildas affärsförhållanden (31 kap. 16 § OSL).....	30
3.3.2.3 Domstolssekretess (36 kap. 2 § OSL).....	35
3.4 ANBUDSGIVARENS INSYNMÖJLIGHETER UTANFÖR EN ÖVERPRÖVNING .....	37

<b>4</b>	<b>FÖRVALTNINGSPROCESSEN VID ÖVERPRÖVNING.....</b>	<b>42</b>
4.1	DET EU-RÄTTSLIGA INFLYTANDET: PROCESSUELL AUTONOMI.....	42
4.2	FÖRVALTNINGSPROCESSUELLA UTGÅNGSPUNKTER.....	43
4.2.1	<i>En översikt av förvaltningsprocessen</i> .....	44
4.2.2	<i>Domstolens processram i upphandlingsmål</i> .....	45
4.2.3	<i>Insynsmöjligheter genom kommunikering och partsinsyn</i> .....	49
4.2.3.1	Kommuniceringsbestämmelserna.....	49
4.2.3.2	Partsinsyn.....	51
4.2.3.3	Begränsningar.....	53
4.3	UTREDNINGSSKYLDIGHETEN I UPPHANDLINGSMÅL .....	54
4.3.1	<i>Varec-målet</i> .....	54
4.3.2	<i>Högsta förvaltningsdomstolens utveckling av utredningsskyldigheten</i> ....	56
4.4	EDITIONSFÖRELÄGGANDE – EN ALTERNATIV INFORDRANDEGRUND .....	60
4.5	ANBUDSGIVARENS INSYNSMÖJLIGHETER INOM EN ÖVERPRÖVNING .....	61
<b>5</b>	<b>EN UTVÄRDERING AV GÄLLANDE RÄTT .....</b>	<b>65</b>
5.1	BEGRÄNSAD INSYN OCH EN KAMP MOT KLOCKAN .....	65
5.1.1	<i>En sammanfattning av förlorande anbudsgivares insynsmöjligheter</i> .....	65
5.1.2	<i>Den nyligen införda preklusionsfristen vid upphandlingsmål</i> .....	66
5.1.3	<i>Avvägningen mellan insyn och sekretess hos den upphandlande myndigheten</i> .....	68
5.2	BALANSGÅNGEN MELLAN INSYNS- OCH SEKRETESSINTRESSET.....	70
5.2.1	<i>Kopplingen mellan Varec-målet och utredningsskyldigheten</i> .....	70
5.2.2	<i>Tilldelningsbeslutet och dess nuvarande brister</i> .....	73
<b>6</b>	<b>AVSLUTNING.....</b>	<b>76</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING.....</b>	<b>77</b>
	<b>OFFENTLIGT TRYCK .....</b>	<b>77</b>
	<i>Statens offentliga utredningar</i> .....	77
	<i>Propositioner</i> .....	77
	<i>Rapporter</i> .....	77
	<b>LITTERATUR .....</b>	<b>78</b>
	<b>PRAXIS.....</b>	<b>83</b>
	<i>EU-domstolen</i> .....	83
	<i>Högsta domstolen</i> .....	86
	<i>Högsta förvaltningsdomstolen</i> .....	86
	<i>Kammarrättsavgöranden</i> .....	86
	<i>Förvaltningsrättsavgöranden</i> .....	87
	<i>JK-beslut</i> .....	87
	<b>ÖVRIGA KÄLLOR.....</b>	<b>88</b>

# 1 Inledning

## 1.1 Problemformulering

Den svenska upphandlingsmarknaden omsätter ungefär 800 miljarder kronor årligen, vilket uppgår till cirka 20 % av Sveriges årliga BNP.<sup>1</sup> I ett nötskal är offentlig upphandling den process genom vilken offentliga organ köper varor och tjänster från leverantörer. I och med att offentliga medel används, är ett huvudmål för den upphandlande myndigheten att förvärva dessa varor eller tjänster på bästa möjliga villkor. Det främsta verktyget som står till myndighetens förfogande för att uppnå målet, är att skapa konkurrens genom att tillåta flera potentiella leverantörer att delta i upphandlingen. Föga förvånande, är upphandlingar attraktiva från en näringslivssynpunkt och leder regelbundet till kommersiella kontrakt mellan offentliga och privata aktörer.

Fastän upphandlingsområdet i allmänhet och dess genomförande i synnerhet är minutiöst reglerat, har antalet överprövade upphandlingar legat på ungefär 7,3 % per år mellan 2016 och 2020.<sup>2</sup> Den näst vanligaste grunden till att en förlorande anbudsgivare begär överprövning, är att den anser att det vinnande anbudet inte uppfyller obligatoriska krav som uppställts av den upphandlande myndigheten.<sup>3</sup> Mot bakgrund av detta finns vanligtvis ett intresse hos anbudsgivaren att inte enbart kunna granska hur den upphandlande myndigheten har utvärderat dennes anbud, utan även det vinnande anbudet.

En möjlighet som är nära till hands för en förfördelad anbudsgivare är att få ta del av det vinnande anbudet genom offentlighetsprincipen, då den upphandlande myndigheten inte sällan omfattas av principen. Principen möjliggör, åtminstone i teorin, att en förlorande anbudsgivare kan begära ut det vinnande anbudet för att kontrollera att detta uppnår samtliga krav. Utöver offentlighetsprincipen, finns det även vissa insynsmöjligheter i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) samt förvaltningsprocesslagen (1971:291) (FPL).

---

<sup>1</sup> Se Upphandlingsmyndighetens hemsida, under underrubriken "Bidra till hållbar samhällsutveckling", samt Upphandlingsmyndighetens och Konkurrensverkets statistikrapport (2020:4 och 2020:5) om offentlig upphandling, s. 34.

<sup>2</sup> Se Konkurrensverkets statistikrapport (2021:2) om överprövningsärenden i domstol, s. 8.

<sup>3</sup> Upphandlingsmyndighetens rapport (2017:7) av mål om överprövning, s. 55 f.

Det finns emellertid inskränkningar i dessa insynsmöjligheter, bland annat i form av den nationella sekretessregleringen, offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) (OSL). Begränsningarna föreligger inte enbart under upphandlingens gång, utan kan även begränsa den enskildes möjlighet att få ta del av anbudet *efter* kontraktet har tilldelats den vinnande leverantören. Begränsningarna kommer således överlappa med perioden den förlorande anbudsgivaren har på sig att begära överprövning av upphandlingen – innebärandes att insynsmöjligheten kan inverka på den förfördelade anbudsgivarens möjligheter att få till stånd en lyckad överprövning.

Avvägningen mellan den vinnande anbudsgivarens intresse av att inte få kommersiellt känsliga uppgifter röjda respektive förlorande anbudsgivarens intresse av att få insyn i ett upphandlingsförfarande har behandlats under en längre tid.<sup>4</sup> Avvägningen har återigen berörts i samband med de senaste lagändringarna på upphandlingsområdet, vilket tyder på att frågan är minst lika aktuell nu som den var för tjugo år sedan. Mot denna bakgrund är det av intresse att utreda vilka insynsmöjligheter i det vinnande anbudet som förfördelade anbudsgivare har såväl inom som utanför en överprövningsprocess.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

I detta arbete redogörs insynsmöjligheterna som en förlorande anbudsgivare kan utnyttja när denna önskar att få ta del av anbudshandlingar som återfinns hos den upphandlande myndigheten, utanför en överprövningsprocess. Därutöver behandlas möjligheterna för anbudsgivaren att ta del av det vinnande anbudet inom ramen för en överprövningsprocess.

Frågeställningarna som behandlas i detta arbete är således:

- Vilka insynsmöjligheter har en förlorande anbudsgivare i det vinnande anbudet innan en överprövningsprocess har initierats? Hur ändras dessa förutsättningar före respektive efter ett tilldelningsbeslut har meddelats?
- Hur ser förutsättningarna ut för insyn i det vinnande anbudet under en pågående överprövningsprocess? Hur påverkas denna möjlighet av förvaltningsprocessuella regler?

---

<sup>4</sup> Se bland annat prop. 2001/02:142 s. 63 ff., prop. 2006/07:128 s. 265 ff. samt prop. 2021/22:120 s. 27. Se även Nilsson och Lundqvist (2022) s. 53 och jfr. Halonen (2016) s. 539 ff.

Genom att behandla dessa insynsmöjligheter, skisserar jag i detta arbete förfördelade anbudsgivares reella möjligheter att få tillgång till det vinnande anbudet. Jag påvisar även vilka potentiella hinder som kan uppstå för den förlorande anbudsgivaren som önskar driva en överprövningsprocess av en upphandling. Slutligen, utvärderas dessa insynsmöjligheter. Detta sker delvis genom att utreda om ett annat upplägg än den nuvarande i större utsträckning skulle kunna uppfylla ändamålen som ligger bakom upphandlingsregelverket i allmänhet, överprövningsinstitutet i synnerhet.

### 1.3 Avgränsning

Det finns ett flertal regelverk som reglerar upphandlingsförfarandet inom särskilda verksamhetsområden, men som alla delar en liknande uppbyggnad.<sup>5</sup> För enkelhetens skull utgår detta arbete från lagen (2016:1145) om offentlig upphandling då det är regelverket med vidast tillämpningsområde och omfattar således majoriteten av köp som sker inom den offentliga sektorn.

Mot bakgrund av att upphandlingar ger upphov till kommersiella avtal mellan offentliga och privata aktörer, aktualiseras inte enbart upphandlingslagstiftningen, utan även allmän förvaltningsrätt (FL), offentlighet- och sekretesslagstiftning, kommunalrätt (KL) och civilrätt (exempelvis SkL, AvtL och KöpL) kan aktualiseras. Inom ramen för detta arbete kommer varken FL, KL eller civilrätten i allmänhet att beröras. Därutöver berörs inte regelverk som berör hur marknaden fungerar, exempelvis statsstödsregler och konkurrensrätt, inte beaktas.<sup>6</sup>

Tre olika överprövningsförfaranden kan aktualiseras i samband med en upphandling: överprövning av en upphandling, ogiltigförklaring av ett upphandlat avtal samt överprövning av ett beslut som avbrutit en upphandling. Det är endast det förstnämnda överprövningsförfarandet som berörs. Inte heller behandlas överprövningar som kan ske innan ett tilldelningsbeslut har meddelats. Detta är en naturlig utgångspunkt, då nästan alla överprövningar sker efter att ett tilldelningsbeslut har meddelats.<sup>7</sup> Det är inte heller

---

<sup>5</sup> Se exempel på andra lagar i 1 kap. 3 § LOU. Andra generella undantag från LOU:s tillämpningsområde framgår i 3 kap. LOU.

<sup>6</sup> Reglerna om den inre marknaden och konkurrens återfinns i artiklarna 101–109 FEUF. Statsstödsreglerna regleras närmare i 107–109 FEUF.

<sup>7</sup> Kartläggning och analys av mål om överprövning (2017:7) s. 66, 68 samt 122 f.



förrän beslutet har tagits som andra anbudsgivare har ett intresse av att utforska det vinnande anbudet och på vilka grunder beslutet potentiellt kan överprövas.

Inom ramen för detta examensarbete är det särskilt den förlorande respektive vinnande anbudsgivarens intressen som diskuteras. Av denna orsak behandlas endast sekretessbestämmelser som aktualiseras med avsikten att skydda den vinnande anbudsgivaren från skada, mest anmärkningsvärt är sekretessbestämmelsen som avser skydda den enskildes affärs- och driftsförhållanden (31 kap. 16 § OSL).<sup>8</sup> Därutöver behandlas sekretessbestämmelsen som aktualiseras för handlingar som ligger hos en domstol, 36 kap. 2 § OSL.

Vid sidan av den nationella sekretesslagstiftningen finns även lagen (2018:558) om företagshemligheter (FHL) som kan aktualiseras i samband med affärshemligheter. Eftersom OSL vid en normkonflikt har företräde framför FHL lämnas lagen därhän.<sup>9</sup> Däremot berörs lagen kort för att beskriva rättsläget när den upphandlande myndigheten inte omfattas av offentlighetsprincipen.

Eftersom LOU är en implementering av LOU-direktivet, har majoriteten av rättsreglerna däri en koppling till EU-rätten. Upphandlingar kan delas in i ett icke-direktivstyrt och ett direktivstyrt område och denna indelning är avhängig om upphandlingens värde överstiger ett visst tröskelvärde.<sup>10</sup> Inom ramen för detta arbete, presumeras upphandlingarna vara direktivstyrda, vilket medför att LOU-direktivet och LOU är tillämpliga i sin helhet. Vid en upphandling som överskrider särskilda tröskelvärden, måste den upphandlande myndigheten välja och förhålla sig till ett särskilt upphandlingsförfarande.<sup>11</sup> När upphandlingsprocessen berörs i detta arbete, är det presumerat att den upphandlande myndigheten utnyttjar ett *öppet förfarande*, 6 kap. 2 § LOU.

---

<sup>8</sup> Det finns även en sekretessbestämmelse som skyddar det *allmännas* ekonomiska intressen enligt 19 kap. 3§ st. 1 OSL, men denna avgränsas bort i avsnitt 3.3.2.1.

<sup>9</sup> Fahlbeck et al (2021), under huvudrubriken ”4.4. Offentlighet och sekretess på den offentliga sektorn.”, under rubriken ”4.4.1. Inledning”.

<sup>10</sup> Se 5 kap. LOU.

<sup>11</sup> Förfarandet kan ske: öppet, selektivt, genom ett förhandlat förfarande med föregående annonsering, genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, via konkurrenspräglad dialog samt genom inrättande av innovationsprojekt, se 6 kap. 1 § LOU. Se även prop. 2015/16:195 s. 287.

## 1.4 Metod och material

I detta arbete används i huvudsak en rättsdogmatisk metod för att etablera anbudsgivarens insynsmöjligheter inom och utanför en överprövningsprocess – det vill säga metoden som etablerar gällande rätt genom att granska vedertagna rättskällor såsom lagar, förarbeten, rättspraxis och doktrin.<sup>12</sup> I samband med att gällande rätt fastställs, analyseras regleringens konsekvenser för en förfördelad anbudsgivares insynsmöjligheter. Detta sker särskilt i förhållande till dennes överprövningsmöjligheter. I och med att regleringens praktiska konsekvenser behandlas, sker viss hänvisning till källor som typiskt sett saknar rättskällevärde, exempelvis underinstansavgöranden och remissyttranden. Vid överklagande av såväl sekretessmål som upphandlingsmål synliggörs inte sällan de praktiska problemen med den gällande regleringen, exempelvis genom förlorande anbudsgivares yrkanden och grunder.

Därutöver förekommer inslag av kritisk rättsdogmatik i det femte avsnittet.<sup>13</sup> I avsnittet utreds om den nuvarande regleringen är tillfredsställande, eller om ett annat upplägg i större utsträckning kan uppfylla ändamålen bakom regelverken.

Mot bakgrund av att arbetet behandlar direktivstyrda upphandlingar, utnyttjas även primär- och sekundärrätten samt tolkningsstöd i doktrin för att fastställa direktivets innehåll och bakomliggande syften.<sup>14</sup> I arbetet brukas bland annat en direktivkonform tolkning, det vill säga att ändamål och syften som har sitt ursprung i EU-rätten beaktas vid tolkningen av den nationella lagstiftningen.<sup>15</sup> Eftersom avsnitt 2 behandlar LOU förekommer EU-rättsliga källor i större utsträckning, medan gällande rätt vid handlingsoffentlighet och förvaltningsprocess fastställs med huvudsakligen inhemska rättskällor.

---

<sup>12</sup> Kleineman (2018) s. 21.

<sup>13</sup> Hjertstedt (2019) s. 167.

<sup>14</sup> Sundstrand (2012) s. 24. Detta särskilt eftersom det svenska regelverket har utformats i nära anslutning till direktiven, vilket innefattar såväl innehållet i sak som terminologiskt, se prop. 2015/16:195 s. 300 ff.

<sup>15</sup> Se Reichel (2018) s. 113 f. samt C-14/83, *von Colson*, p. 26, där EU-rättens *indirekta effekt* fastställs. En sådan skyldighet åligger även upphandlande myndigheter, se C-76/97, *Tögel*, p. 25. Se även Asplund et al (2012) s. 28.

## 1.5 Disposition

Uppsatsen delas upp i sex avsnitt, där det första är inledningen. I det andra avsnittet beskrivs regelverken som utgör det upphandlingsrättsliga rättsområdet och syftena bakom denna. En redogörelse görs också för hur ett typiskt, öppet upphandlingsförfarande ser ut. Därefter behandlas överprövningsmöjligheterna som står till förlorande anbudsgivarens förfogande, samt insynsmöjligheten utanför en sådan process enligt LOU.

Det tredje avsnittet behandlar i huvudsak insynsmöjligheten enligt offentlighetsprincipen samt de olika sekretessbestämmelser som kan aktualiseras när anbudsgivaren begär ut handlingar hos den upphandlande myndigheten. Det sista avsnittet skildrar samtliga insynsmöjligheter som står till förlorande anbudsgivarens förfoganden utanför en överprövningsprocess (TF och LOU) samt sekretessregeln som inskränker dessa.

I det fjärde avsnittet behandlas den förlorande anbudsgivarens möjligheter att få ta del av det vinnande anbudet inom ramen för en överprövning. Här ska anbudsgivarens möjlighet att få ta del av det vinnande anbudet utrönas utifrån två förutsättningar som måste föreligga: att det vinnande anbudet över huvud taget finns hos prövningsorganet, samt att domstolen anser att anbudet kan lämnas ut till sökanden.

I det femte avsnittet sammanfattas de gällande insynsmöjligheterna i korthet för vidare behandling och problematisering. Arbetat avslutas i det sjätte avsnittet.

## 2 Offentlig upphandling – en lagreglad inköpsprocess

### 2.1 Bakgrund

#### 2.1.1 Den unionsrättsliga kopplingen

Eftersom det nationella upphandlingsregelverket är en implementering av LOU-direktivet har det medfört att EU-rätten måste beaktas vid dess tillämpning.<sup>16</sup> Mot bakgrund av att upphandlingsdirektivet är ett minimidirektiv spelar dess genomförande mindre roll, förutsatt att LOU:s tillämpning och utveckling förhåller sig till och tillåter unionsrättens syften att få genomslag.<sup>17</sup>

En av direktivets främsta målsättningar är att skapa en gemensam marknad och att eliminera potentiella hinder för handel mellan medlemsstater. På detta vis ökar konkurrensen vilket leder till förbättrad ekonomisk välfärd och tillväxt, inte enbart på unionsnivå utan även på nationsnivå.<sup>18</sup> Det finns även ett intresse för medlemsstaten att utföra en upphandling som möjliggör näringsidkare att konkurrera däremellan, då det främjar en effektiv användning av statliga medel.<sup>19</sup>

På grund av den stora omsättningen och syftena bakom EU-rätten, är det inte oväntat att intresset för att reglera upphandlingsområdet har varit stort. En så pass stor omsättning innebär att regleringen på området påverkar den offentliga verksamheten liksom en betydande del av det svenska näringslivet, vilket är ett intresseområde för EU-rätten i och med att dess grundpelare är att främja fri rörlighet och sund konkurrens.<sup>20</sup>

Grundläggande unionsrättsliga principer och regler framgår främst i kärnfördragen, det vill säga fördraget om Europeiska unionen (FEU) samt fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).<sup>21</sup> FEU etablerar rättsprinciperna som gäller och det är

---

<sup>16</sup> Prop. 2006/07:128 s. 131 f., Arrowsmith (2014) s. 150, Falk (2020) s. 24 ff. samt Bernitz & Kjellgren (2022) s. 55 ff. och 121.

<sup>17</sup> Prop. 2015/16:195 s. 300. Se även Asplund et al (2012) s. 25, Falk (2020) s. 28 f. och 42 samt Sundstrand (2012) s. 62.

<sup>18</sup> LOU-direktivets skäl 1, C-450/06, *Varec*, p. 33–34, C-380/98, *The University of Cambridge*, p. 16–17, C-305/08, *CoNISMa*, p. 37 samt C-26/03, *Stadt Halle*, p. 44. Se även Arrowsmith (2014) s. 150 ff., Falk (2020) s. 27 ff. och Toftegaard (2022) s. 21 f.

<sup>19</sup> LOU-direktivets skäl 47.

<sup>20</sup> Werling (2012) s. 10, Arrowsmith (2014) s. 153, Toftegaard (2022) s. 22 f. och Bernitz & Kjellgren (2022) s. 35.

<sup>21</sup> Jfr. Pedersen (2019) s. 22 f och Falk (2020) s. 19 f.

däribland dessa som ska tolkas direktivkonformt vid en tillämpning av det svenska upphandlingsregelverket. FEUF hanterar handelsfrågor inom EU och har gett upphov till sekundärlagstiftning som avser att reglera särskilda handelssituationer – varav ett är LOU-direktivet.

### 2.1.2 Upphandlingsprinciperna

Ett sätt som EU-rätten genomsyrar tillämpningen av den inhemska upphandlingslagstiftningen, är genom att upphandlingsmyndigheterna ska beakta rättsprinciper som härstammar därifrån.<sup>22</sup> Rättsprinciperna som framhållits som särskilt viktiga i upphandlingssammanhang är de så kallade *upphandlingsprinciperna*. Dessa framgår i LOU-direktivets artikel 18, men har även lyfts fram i 4 kap. 1–2 §§ LOU. Mot bakgrund av EU-rättens inflytande är upphandlande myndigheter skyldiga att behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt att beakta proportionalitet, ömsesidigt erkännande och öppenhet.<sup>23</sup>

Principerna är vägledande för hur upphandlingsreglerna ska tillämpas och ska således beaktas under hela upphandlingsprocessen.<sup>24</sup> Om en princip inte efterlevs ordentligt, kan det innebära en överträdelse av LOU, som i sin tur kan aktualisera en överprövningsprocess. Principerna beskrivs kortfattat nedan.

#### 2.1.2.1 Likabehandlingsprincipen

Den upphandlande myndigheten ska säkerställa att alla anbudsgivare, oavsett deras bakgrund, ska få delta i upphandlingsförfarandet på lika förutsättningar. Ett exempel på detta är att samtliga anbudsgivare ska få tillgång till information som berör upphandlingen samtidigt. Detta sker för att undvika ett informationsövertag för en eller flera aktörer.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Prop. 2015/16:195 s. 302. Se även LOU-direktivets skäl 1 och 90 och Sundstrand (2012) s. 40 ff.

<sup>23</sup> Se även upphandlingsprincipernas omnämnande i artikel 18 och 76 i LOU-direktivet samt skäl 1. Se även artikel 1, 4–5 FEU samt prop. 2006/07:128 s. 131 f.

<sup>24</sup> Prop. 2006/07:128 s. 156. Se även Toftegaard (2022) s. 49 f. och Pedersen (2019) s. 32.

<sup>25</sup> Prop. 2006/07:128 s. 132, Pedersen (2019) s. 32 samt Sundstrand (2012) s. 43 f.

Ett exempel på likabehandlingsprincipens verkan är att obligatoriska krav som uppställts av den upphandlande myndigheten i upphandlingsdokumentet<sup>26</sup> ska kastas av den upphandlande myndigheten. Att anta ett bristande anbud strider mot principen.<sup>27</sup>

#### 2.1.2.2 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen säkerställer att kraven som utformas är såväl lämpliga som har ett naturligt samband med det som upphandlas. Kraven som utformas ska kunna omvandlas till mätbar nytta i det som slutligen upphandlas, men de ska inte heller vara så pass högt ställda att det går utöver vad som behövs för att åstadkomma det avsedda syftet.<sup>28</sup>

#### 2.1.2.3 Icke-diskrimineringsprincipen

Denna princip tar sikte på situationen där en leverantör som deltar i en offentlig upphandling utsätts för direkt eller indirekt diskriminering. Kraven får inte vara utformade på ett sådant sätt att exempelvis utländska leverantörer diskrimineras, genom att införa krav som endast en lokal leverantör kan uppfylla.<sup>29</sup>

#### 2.1.2.4 Principen om ömsesidigt erkännande

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att ett nationellt certifikat eller intyg som har utfärdats hos en medlemsstat ska vara giltigt i de övriga medlemsstaterna. Liknande som vid icke-diskriminering, ska inte ett upphandlingsdokument ställa upp ett krav som kräver att leverantören innehar ett särskilt nationellt certifikat.<sup>30</sup>

#### 2.1.2.5 Transparensprincipen

Denna princip kallas även för öppenhetsprincipen och de två begreppen kommer framöver användas synonymt. Principen ger uttryck för målsättningen att alla

---

<sup>26</sup> 1 kap. 23 § LOU. Begreppet utreds i avsnitt 2.2.2.1.

<sup>27</sup> Se C-243/89, *Kommissionen mot Danmark*, p. 37 och 40–43 där det framgår att likabehandlingsprincipen kräver att samtliga anbud uppfyller de obligatoriska kraven för att säkerställa att utvärderingen kan ske på objektiva grunder. Att anbudet ska kastas framgår även av HFD 2016 ref 37 I och II – det finns tämligen begränsade möjligheter för en upphandlande myndighet att acceptera brister vid dessa krav. Jfr. även Rosén Andersson et al (2020) s. 261, Falk (2020) s. 311 och 347 f. samt Pedersen (2019) s. 129.

<sup>28</sup> Prop. 2006/07:128 s. 131 f. Jfr. Werling (2012) s. 17, Sundstrand (2010) s. 33 samt Pedersen (2019) s. 32.

<sup>29</sup> Prop. 2006/07:128 s. 132.

<sup>30</sup> Se Werling (2012) s. 18, Pedersen (2019) s. 32 samt Sundstrand (2010) s. 33.

upphandlande myndigheter ska bedriva upphandlingsprocessen på ett öppet och förutsebart sätt.<sup>31</sup> På detta sätt kan den upphandlande myndigheten säkerställa att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet tilldelas kontraktet vid upphandlingen.<sup>32</sup>

Principen består av tre huvudsakliga beståndsdelar: (1) att erbjuda alla anbudsgivare möjligheten att ta del av dokumentet som beskriver och fastställer innehållet i upphandlingen (*upphandlingsdokumentet*<sup>33</sup>) på lika villkor, (2) att annonseringen<sup>34</sup> inför upphandlingen går rätt till och sker offentligt samt (3) att alla som deltagit i upphandlingen ska få ta del av tilldelningsbeslutet, det vill säga resultatet av upphandlingen.<sup>35</sup>

Den första och tredje beståndsdelan medför en skyldighet för den upphandlande myndigheten att förhålla sig till kraven och kriterierna som framgår i upphandlingsdokumenten när denna tar det slutgiltiga tilldelningsbeslutet. I beslutet ska det även framgå vilka omständigheter som tillmätts betydelse.<sup>36</sup> Detta sker delvis för att säkerställa att konkurrerande anbudsgivare i efterhand kan kontrollera att upphandlingen har utförts i enlighet med upphandlingsprinciperna, exempelvis likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen.<sup>37</sup>

Det är alltså vid insynen i en kommande eller pågående upphandling som transparensprincipen får sin huvudsakliga betydelse.<sup>38</sup> Principen har i varken förarbeten

---

<sup>31</sup> Prop. 2006/07:128 s. 132. Se även Pedersen (2019) s. 32 och Sundstrand (2012) s. 46.

<sup>32</sup> LOU-direktivets skäl 90.

<sup>33</sup> Se 1 kap. 23 § LOU samt jfr. Falk (2020) s. 74 f. Se även LOU-direktivet, artikel 2.13 samt 6 kap. 7 § LOU.

<sup>34</sup> Annonseringen säkerställer att flera potentiella leverantörer får reda på den kommande upphandlingen och kan lämna in ett anbud, se C-410/14, *Dr. Falk Pharma*, p. 44–45 och C-458/03, *Parking Brizen*, p. 55 och 72. Jfr. Arrowsmith (2014) s. 268 ff.

<sup>35</sup> Prop. 2006/07:128 s. 155 och Arrowsmith (2014) s. 264 ff. Se mer om beslutet i avsnitt 2.3 och 2.4.

<sup>36</sup> RÅ 2002 ref 50 och Toftegaard (2022) s. 68. Detta reflekteras även i EU-domstolens praxis, se C-87/94, *Kommissionen mot Belgien*, p. 15–22. Här ansåg EU-domstolen att insynen ska upprätthållas genom att ha tydliga bedömningsgrunder så att andra på ett enkelt sätt kan se på vilka grunder ett beslut har tagits. I fallet hade den upphandlande myndigheten beaktat nya grunder som inte hade framgått i upphandlingsdokumentet, efter anbudsfristen löpt ut.

<sup>37</sup> Se C-324/98, *Telaustria*, p. 61–62, där transparensprincipen innebar en positiv skyldighet för den upphandlande myndigheten att lämna insyn så att konkurrerande anbudsgivare kunde säkerställa att överträdelser av andra rättsprinciper inte hade förekommit. Jfr. Sundstrand (2012) s. 84. Enligt EUD ankommer det på den nationella domstolen att avgöra om denna skyldighet har uppfyllts. EUD preciserade däremot inte vilken art eller ens grad av offentlighet som krävs, för att inte tala om kriterierna dessa ska fatta beslutet utifrån. Se även C-92/00, *HI*, p. 45 och C-470/99, *Universale-bau*, p. 91–92.

<sup>38</sup> Halonen (2016) s. 530.

eller rättspraxis ansetts utgöra en självständig grund för att begära ut det vinnande anbudet från den upphandlande myndigheten, vilket jag återkommer till i avsnitt 3.1.3.

## 2.2 Upphandlingens upplägg

För att kunna följa resonemangen som förs är det viktigt att ha en översiktlig bild av det öppna upphandlingsförfarandet. Förfarandet kan typiskt sett delas upp i tre huvudsakliga stadier: förberedelsestadiet, genomförandestadiet och leveransstadiet.<sup>39</sup> Det är själva genomförandestadiet som regleras av LOU och den upphandlande myndigheten ska under hela stadiet säkerställa att upphandlingen är förenlig med upphandlingsprinciperna. Om ett förhållande inte regleras i LOU, gäller i stället andra nationella regelverk.<sup>40</sup>

Upphandlingsprocessen avser tidsperioden från och med att den upphandlande myndigheten har bestämt sig för ett särskilt upphandlingsförfarande fram till att den upphandlande myndigheten och leverantören har tecknat ett giltigt avtal i enlighet med LOU.<sup>41</sup> Båda dessa steg ingår i genomförandestadiet.

LOU är tillämpligt och ska efterlevas vid upphandlingar som har finansierats med offentliga medel av en upphandlande myndighet.<sup>42</sup> Med ”upphandling” avses processen där en myndighet vidtar åtgärder i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt som är av ett direkt ekonomiskt intresse för myndigheten.<sup>43</sup> Anskaffningsbegreppet ska medföra en vidsträckt tolkning – så länge den upphandlande myndigheten genomför ett utbyte av ekonomiskt mätbara prestationer, anses det vara ett anskaffande.<sup>44</sup> Därutöver, för att det upphandlingsrättsliga regelverket ska bli tillämpligt, måste den som köper tjänster eller varor anses vara en *upphandlande myndighet*. Det är ett tämligen inkluderande begrepp, som omfattar alla organisationer

---

<sup>39</sup> Toftegaard (2022) s. 67.

<sup>40</sup> Exempelvis under leveransstadiet är det i stället civilrättsliga regler som aktualiseras, jfr. Sundstrand (2010) s. 24 f. och 39 ff. samt Toftegaard (2022) s. 68 f.

<sup>41</sup> Jfr. begrepps användningen i Sundstrand (2010) s. 39 samt Nilsson et al (2020) s. 187.

<sup>42</sup> En *upphandlande myndighet* definieras i bl.a. LOU-direktivets artikel 2.1 samt 1 kap. 22 § LOU. Vad som kan anses vara en upphandlande myndighet är tämligen vidsträckt. Ett offentligt styrt organ enligt LOU behöver varken vara ägt eller kontrollerat av det allmänna, utan det räcker att det för det mesta är offentligt finansierat, se prop. 2015/16:195 s. 284, 286 och 691. Se även Toftegaard (2022) s. 19.

<sup>43</sup> 1 kap. 2 § LOU. Jfr. C-451/08, *Helmut Müller*, p. 48–49.

<sup>44</sup> Prop. 2015/16:195 s. 317 samt LOU-direktivets artikel 1.2 och skäl 4. Se även Pedersen (2019) s. 41 och Toftegaard (2022) s. 20.



som utgör del av den offentliga sektorn, är nära förbunden med en sådan organisation, eller aktörer som en sådan organisation kontrollerar.<sup>45</sup>

### 2.2.1 Förberedelsestadiet

Förberedelsestadiet syftar till att utröna de olika behov som myndigheter har och omfattar planeringen inför en eventuell upphandling. Fastän det kan uppfattas som ett strikt affärsmässigt steg och som följaktligen faller utanför LOU:s ramar, är det viktigt för den upphandlande myndigheten att säkerställa att denna har tillräckligt med information för att utforma tydliga krav för deltagandet, men inte i alltför begränsande ordalag då det riskerar bli alltför selektivt och medför att många potentiella leverantörer inte kvalificerar för att delta i upphandlingen.<sup>46</sup> I och med målet att främja konkurrens, är det viktigt att utforma behoven och kraven i objektiva och neutrala ordalag.<sup>47</sup>

Förberedelsestadiet avslutas när den upphandlande myndigheten har tagit ett beslut om att finansiera ett särskilt projekt eller tjänst. I nästföljande steg är det viktigt för den upphandlande myndigheten att införskaffa dessa varor eller tjänster som på bästa sätt uppfyller de intressen och behov som har identifierats och samtidigt se till att arbetet tilldelas den lämpligaste kandidaten, för att säkerställa ett effektivt utnyttjande av resurser.<sup>48</sup>

### 2.2.2 Genomförandestadiet

#### 2.2.2.1 Upprättandet av upphandlingsdokumentet

Vid början av genomförandestadiet ska upphandlingsdokumentet upprättas. Upphandlingsdokumentet (även benämnt förfrågningsunderlaget) är samlingen av alla dokument som utarbetas av den upphandlande myndigheten för att informera anbudsgivarna om hur anbudet ska utformas och vad den ska innehålla.<sup>49</sup> Det är utifrån

---

<sup>45</sup> Se 1 kap. 18 och 22 §§ LOU. Jfr. även Rosén Andersson et al (2020) s. 123 och 127 f. samt Asplund et al (2012) s. 84 ff.

<sup>46</sup> Alltför snävt utformade krav vid detta steg kan resultera i att konkurrensen hämmas och kan således anses strida mot EU-rätten, se Sundstrand (2010) s. 136, Pedersen (2019) s. 123 samt Falk (2020) s. 74 f. Se även C-234/03, *Contse m.fl.*, p. 60–71.

<sup>47</sup> Jfr. Toftegaard (2022) s. 78.

<sup>48</sup> Arrowsmith (2014) s. 2. och Werling (2012) s. 8.

<sup>49</sup> Se 1 kap. 23 § LOU samt LOU-direktivets artikel 2.13.

dessa krav och kriterier som bedömningen kommer ske och fastställer således ramarna för upphandlingen och är vad som ska ligga till grund för tilldelningsbeslutet. Den upphandlande myndigheten får av denna anledning inte ändra dokumentet i något väsentligt hänseende när upphandlingen väl är påbörjad.<sup>50</sup> Enligt praxis ska dokumentet vara utformat på ett sådant sätt att dokumentet ska vara så pass klart, precist och entydigt, att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.<sup>51</sup>

Upphandlingsdokumentet består typiskt sett av fem beståndsdelar: (1) urvalskriterier (även benämnt kvalificerings- eller kvalifikationskrav), (2) kravspecifikation, (3) tilldelningskriterier (även benämnt utvärderingskriterier), (4) kommersiella villkor samt (5) administrativa föreskrifter.

I urvalskriterierna beskrivs de krav som en upphandlande myndighet kan ställa på anbudsgivaren, vilket antingen är obligatoriska enligt LOU, eller fakultativa.<sup>52</sup> Oftast bedömer den upphandlande myndigheten först om anbudsgivaren ska uteslutas på de obligatoriska grunder som framgår i LOU, eller på fakultativa grunder denna själv har uppställt (*uteslutningsprövningen*).<sup>53</sup> På detta sätt kan otillräckligt kvalificerade anbudsgivare uteslutas tidigt i upphandlingen. Efter uteslutningsprövningen, beaktar myndigheten kvalificeringskraven den anser vara viktiga för att bedöma leverantörens förmåga att leverera de varor eller tjänster som upphandlingen avser.<sup>54</sup> Exempel på sådana krav är leverantörens erfarenhet, utrustning denna har att tillgå samt personalstyrka.<sup>55</sup> Det är ofta den upphandlande myndighetens efterlevnad av urvalskriterierna som klagande anbudsgivare anför har genomförts felaktigt, då anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven ska kastas.<sup>56</sup>

---

<sup>50</sup> Se 6 kap. 7 § LOU samt artikel 2.13 i LOU-direktivet. Se även C-27/15, *Pippo Pizzo*, p. 36–39 samt Asplund et al (2012) s. 193, Pedersen (2019) s. 122 ff., Rosén Andersson et al (2020) s. 130 och Forsberg (2019) s. 356 f.

<sup>51</sup> Jfr. även C-171/15, *Connexion Taxi Services*, p. 40, C-19/00, *SIAC Construction*, p. 42 samt C-27/15, *Pippo Pizzo*, p. 36. I RÅ 2002 ref 50 har domstolen fastslagit att upphandlingsdokument som inte är optimalt utformade, kan fortfarande vara tillåtna förutsatt att dessa inte bryter mot upphandlingsprinciperna. Se även Arrowsmith (2014) s. 268.

<sup>52</sup> Se 13 och 14 kap. LOU.

<sup>53</sup> Se obligatoriska grunderna i 13 kap. 1–2 §§ LOU samt fakultativa grunder i 13 kap. 3 § LOU. Se även Pedersen (2019) s. 144 ff.

<sup>54</sup> 14 kap. 1 § LOU p. 1–3 samt 14 kap. 2–5 §§ LOU. Jfr. Falk (2020) s. 309 f.

<sup>55</sup> Jfr. 14 kap. 1 och 5 §§ LOU och C-532/06, *Lianakis, m.fl.*, p. 32.

<sup>56</sup> Se avsnitt 2.1.2.1, specifikt fotnot 27.

I kravspecifikationen beskrivs själva kontraktsföremålet.<sup>57</sup> Beskrivningen av föremålet ska ske genom att utforma en teknisk specifikation, vilken kan ta tre olika former. Specifikationen kan utgöras av prestanda- eller funktionskrav, eller vara en hänvisning till vissa standarder eller bedömningar. Den kan även vara en blandning av dessa två metoder.<sup>58</sup>

Den upphandlande myndigheten ska genom tilldelningskriterierna föreskriva vilka kriterier denna kommer använda sig av när den sammanvägda bedömningen genomförs vid anbudsvärderingen. Detta inkluderar även hur kriterierna kommer viktas mot varandra.<sup>59</sup> Vad den upphandlande myndigheten anser vara det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet ska alltså bedömas utifrån tilldelningskriterierna som framgår i upphandlingsdokumentet.<sup>60</sup> I vissa fall är detta steg tämligen enkelt, då den upphandlande myndigheten anser att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är det med lägst pris. Däremot, kan myndigheten föreskriva att denna avser godta anbudet med det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.<sup>61</sup> Det senare föranleder förstås en betydligt mer komplicerad bedömning, då myndigheten kan välja att beakta många olika slags faktorer att grunda beslutet på: kvalitet, tekniska fördelar, funktionella egenskaper, med mera.<sup>62</sup>

Den fjärde beståndsdelen föreskriver olika formkrav som den upphandlande myndigheten ställer upp vid upphandlingen, exempelvis hur anbudet ska utformas, när denna ska skickas in samt vilka tidsfrister som gäller.<sup>63</sup> I den femte beståndsdelen framgår eventuella avtalsvillkor såsom leveransvillkor, betalningsplaner och hävningsregler.<sup>64</sup>

Alla beståndsdelar förutom utvärderingskriterierna kan innehålla både ”bör”- och ”ska”-krav, men återfinns oftast vid urvalskriterierna samt kravspecifikationen. Användandet av obligatoriska krav (ska-krav) medför att dessa måste vara uppfyllda för att ett anbud över huvud taget kan utvärderas – då den upphandlande myndigheten är förpliktad att kasta anbud som brister i dessa krav. Det är oftast på denna grund som en

---

<sup>57</sup> Se 9 kap. LOU samt Toftegaard (2022) s. 71 f.

<sup>58</sup> 9 kap. 3–5 §§ LOU.

<sup>59</sup> Se bland annat 16 kap. 1 och 6 §§ LOU samt Falk (2020) s. 339 ff.

<sup>60</sup> 16 kap. 1 § st. 3. LOU.

<sup>61</sup> Se 16 kap. 1 § p. 3 LOU respektive 16 kap. 1 § p. 1 LOU.

<sup>62</sup> Se prop. 2015/16:195 s. 1110 samt LOU-direktivets artikel 67.2.

<sup>63</sup> Rosén Andersson et al (2020) s. 131. Se 11 kap. LOU för olika tidsfrister som den upphandlande myndigheten kan uppställa. Jfr. Pedersen (2019) s. 136 f.

<sup>64</sup> Se 17 kap. LOU samt prop. 2015/16:195 s. 800 f.

förlorande anbudsgivare försöker angripa ett, enligt denna, felaktigt tilldelningsbeslut.<sup>65</sup> Detta är föga förvånande, då anbudsutvärderingen som omfattar flera kriterier ("bör"-krav) som den upphandlande myndigheten har viktat inbördes medför otvivelaktigt större bevissvårigheter i en eventuell överprövningsprocess.

#### 2.2.2.2 Annonsering

Efter upphandlingsdokumentet har utformats ska den upphandlande myndigheten annonsera upphandlingen.<sup>66</sup> Genom att utnyttja det öppna upphandlingsförfarandet, medför det en skyldighet för upphandlande myndigheter att uppmana potentiella leverantörer att lämna anbud, *anbudsinfordran*, exempelvis genom att publicera detta i Europeiska unionens officiella tidning (EUT).<sup>67</sup> Annonseringen följer av transparensprincipen, och sker för att säkerställa att alla potentiella anbudsgivare får information om en kommande upphandling och ska enligt huvudregeln ske med elektroniska medel.<sup>68</sup>

En deadline för anbudslämnandet ska sättas, och när denna har utlöpt ska alla anbud öppnas och värderas samtidigt.<sup>69</sup>

#### 2.2.2.3 Anbudsöppning och den efterföljande prövningen

Efter att anbudstiden har löpt ut, ska den upphandlande myndigheten öppna alla inkomna anbud samtidigt och värdera dessa.<sup>70</sup> Värderingen sker genom att den upphandlande myndigheten först genomför leverantörsprövningen med hjälp av urvalskriterierna. Här utesluts olämpliga anbudsgivare.

Därefter företas anbudsprövningen som beaktar tekniska specifikationerna som framgår i kravspecifikationen. Därefter kontrolleras om anbudsgivarna har angivit att de accepterar de kommersiella villkor som framgick i avtalsvillkoren. Slutligen sker anbudsutvärderingen, där myndigheten viktat fördelarna hos de olika anbuden och utser

---

<sup>65</sup> Jfr. Upphandlingsmyndighetens rapport (2017:7) av mål om överprövning s. 55 f.

<sup>66</sup> Se bland annat 10 kap. 1 § LOU. Eftersom ett öppet förfarande används, kan *inte* en förhandsannons användas enligt 10 kap. 1 § st. 2 LOU.

<sup>67</sup> 6 kap. 1 § p. 1 och 10 kap. 1 § LOU och Pedersen (2019) s. 121 och Forsberg (2019) s. 194 f.

<sup>68</sup> Sundstrand (2010) s. 149. Se 12 kap. 1 §. Undantagen till denna huvudregel framgår i 12 kap. 2–5 §§ LOU. Jfr. Pedersen (2019) s. 119.

<sup>69</sup> Se 11 kap. 1 § och 12 kap. 10 § LOU.

<sup>70</sup> 12 kap. 10 § LOU.

en vinnande anbudsgivare.<sup>71</sup> Beslutet att tilldela en viss leverantör ett kontrakt kallas för ett tilldelningsbeslut och ska meddelas alla delaktiga anbudsgivare skriftligen, snarast och samtidigt.<sup>72</sup> Beslutet är betydelsefullt av flera anledningar:

1. I och med att tilldelningsbeslutet meddelas anbudsgivarna, upphör den absoluta sekretessen (19 kap. 3 § st. 2 OSL), som gällt framtill dess, att gälla.<sup>73</sup>
2. Tilldelningsbeslutet kan angripas av förfördelade anbudsgivare genom en överprövningsprocess, 20 kap. 1, 4 och 11 §§ LOU.
3. I anknytning till den första och andra punkten, kommer den så kallade *avtalsspärren* att börja löpa när anbudsgivarna får reda på tilldelningsbeslutet, 20 kap. 1 § och 12 kap. 12 § LOU. Detta innebär att den upphandlande myndigheten och den vinnande anbudsgivaren inte får ingå avtal förrän denna tidsfrist utlöpt.
4. Tilldelningsbeslutet informerar andra anbudsgivare om beslutet och skälen som låg till grund för denna, 12 kap. 1 LOU. Därutöver kan även förfördelade anbudsgivare som lämnat ett godtagbart anbud begära ytterligare upplysningar från den upphandlande myndigheten enligt 12 kap. 13 § LOU.<sup>74</sup>

### 2.2.3 Leveransstadiet

När avtalsspärren har löpt, ingår den upphandlande myndigheten och den vinnande anbudsgivaren ett avtal och det är dags för leverantören att leverera det som upphandlats. Eftersom upphandlingsprocessen vid denna tidpunkt har upphört, är det inte längre LOU som reglerar förhållandet.

## 2.3 Överprövningsmöjligheter

Den förlorande anbudsgivarens överprövningsmöjligheterna regleras i 20 kap. LOU. Förutsatt att anbudsgivaren kan bevisa att denna har lidit eller kunna komma att lida skada samt att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av upphandlingsprinciperna eller en annan LOU-bestämmelse, har denna talerätt och kan begära överprövning.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> Pedersen (2019) s. 158 f.

<sup>72</sup> 12 kap. 10 och 12 §§ LOU. Se även Prop. 2006/07:128 s. 164 f. samt Forsberg (2019) s. 216.

<sup>73</sup> Sekretessbestämmelserna som kan aktualiseras under upphandlingsprocessen behandlas i avsnitt 3.

<sup>74</sup> Se mer om detta i avsnitt 2.4 som berör insynsmöjligheterna som står till förlorande anbudsgivares förfogande genom LOU.

<sup>75</sup> 20 kap. 4 § p. 1 LOU.

Överprövningen ska genomföras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist, 20 kap. 5 § LOU. Parterna vid en överprövning är den sökande (förlorande anbudsgivaren) samt motparten (upphandlande myndigheten).<sup>76</sup>

Det tjugonde kapitlet i LOU är en implementering av två EU-direktiv. Det första direktivet reglerar överprövningsmöjligheterna för den klassiska sektorn och kallas framöver för rättsmedelsdirektivet.<sup>77</sup> Det huvudsakliga syftet bakom rättsmedelsdirektivet är att möjliggöra anbudsgivare att överpröva beslut som fattas av den upphandlande myndigheten, och att detta ska ske skyndsamt och effektivt.<sup>78</sup> Genom det andra, senare tillkomna direktivet (*ändringsdirektivet*) infördes nya bestämmelser till det förstnämnda direktivet. Ändringarna medförde en skyldighet för medlemsstaterna att inte göra det orimligt svårt för enskilda att begära överprövning, och att en sådan ska ske effektivt.<sup>79</sup>

Innan ändringsdirektivet implementerades var medlemsstaterna inte skyldiga att införa en tidsfrist mellan tilldelningsbeslutet och kontraktsskrivandet. Detta medförde i praktiken att den upphandlande myndigheten och den vinnande leverantören ofta ingick avtal så snabbt som möjligt för att undvika risken att andra anbudsgivare begärde överprövning av tilldelningsbeslutet.<sup>80</sup> Genom direktivet infördes således en tidsfrist, det som ovan benämns avtalsspärren.<sup>81</sup> Den ska som kortast vara 10–15 dagar beroende på sättet som den upphandlande myndigheten meddelat tilldelningsbeslutet.<sup>82</sup> Om det skickas med elektroniskt medel gäller en tidsfrist på 10 dagar och övriga metoder medför i stället en tidsfrist på 15 dagar.<sup>83</sup>

---

<sup>76</sup> Pedersen (2019) s. 204, Rosén Andersson et al (2020) s. 905 f. samt Asplund et al (2012) s. 81.

<sup>77</sup> Eftersom endast den klassiska sektorn (LOU-direktivet) behandlas i detta arbete, är det endast direktivet som avser överprövningar för denna sektor som avses.

<sup>78</sup> Se rättsmedelsdirektivets artikel 1.1 samt C-81/98, *Alcatel*, p. 34 och C-470/99, *Universale-bau*, p. 74–76.

<sup>79</sup> Se bland annat ändringsdirektivets artikel 1.1 st. 3. Se även Norman & de Jounge (2022), kommentaren till 20 kap. LOU.

<sup>80</sup> Se prop. 2009/10:180 s. 100, ändringsdirektivets skäl 4 samt Asplund et al (2012) s. 24 och 79.

<sup>81</sup> Prop. 2001/02:142 s. 53 f. Se även ändringsdirektivets artikel 2a p. 1–2 jämfört med LOU-direktivets artikel 50 och 55.

<sup>82</sup> Det är även möjligt för myndigheten att ange en längre avtalsspärr, se 20 kap. 1 § st. 4 LOU.

<sup>83</sup> 20 kap. 1 § st. 1–3 och 12 kap. 12 § st. 1.

Om kontraktsskrivandet genomförs innan avtalsspärren har löpt ut, kan en ogiltighetstalan initieras alternativt en självständig skadeståndstalan föras.<sup>84</sup> Det är viktigt att tilldelningsbeslutet tillhandahålls samtliga anbudsgivare, samt att skälen för beslutet och avtalsspärrens längd framgår.<sup>85</sup> Avtalsspärren börjar inte löpa förrän underrättelsen uppfyller dessa krav.<sup>86</sup>

När sökanden skickar in en överprövningsansökan till den upphandlande myndigheten under avtalsspärren, fortsätter denna löpa medan ärendet handläggs hos förvaltningsrätten (*förlängd avtalsspärr*).<sup>87</sup> En överprövning kan antingen leda till att upphandlingen ska göras om på nytt av den upphandlande myndigheten, eller att rättelse ska ske innan den avslutas.<sup>88</sup> Vad gäller rättsföljden, är inte prövningsorganet bundet av parternas yrkande, utan domstolen ska utifrån felet eller bristen som föreligger välja vilken lösning som framstår som mest adekvat.<sup>89</sup>

För att anbudsgivaren ska kunna utröna om det finns någon grund att överpröva upphandlingen, är det av intresse att närmare utreda vad tilldelningsbeslut kan innehålla, men även vilka andra insynsmöjligheter som står denna till buds. Exempelvis finns möjligheten att begära ut ytterligare upplysningar om beslutet enligt 12 kap. 13 § st. 2 LOU, men även möjligheten att begära ut så kallade allmänna handlingar hos den upphandlande myndigheten. Det sistnämnda alternativet behandlas i avsnitt 3.1, medan tilldelningsbeslutet och de närmare upplysningarna behandlas i nästföljande avsnitt.

## 2.4 Anbudsgivarens insynsmöjligheter genom 12 kap. 12–13 §§

### LOU

Genom upplysningsskyldigheten som har ålagts den upphandlande myndigheten genom tilldelningsbeslutet (12 kap. 12 § LOU) samt de ytterligare upplysningarna som kan begäras av en anbudsgivare enligt 12 kap. 13 § LOU, finns det en viss möjlighet att få

---

<sup>84</sup> 20 kap. 4 p. 2 och 20 kap. 6 § st. 1.

<sup>85</sup> 20 kap. 1 och 12 kap. 12 §§ LOU. Jfr. Norman & de Jonge (2022), kommentaren till 20 kap. LOU, under huvudrubriken ”Tilldelningsbeslut”, under rubriken ”Skyldigheten att motivera tilldelningsbeslutet”.

<sup>86</sup> Prop. 2015/16:195 s. 1074, prop. 2009/10:180 s. 109 ff., 134 och 338 samt prop. 2001/02:142 s. 97.

<sup>87</sup> 20 kap. 1, 8 och 11 §§ LOU.

<sup>88</sup> 20 kap. 6 § LOU.

<sup>89</sup> Se prop. 2021/22:120 s. 26 samt RÅ 2005 ref 47, HFD 2013 ref 5 och HFD 2012 ref 2.

insyn på det konkurrerande, vinnande anbudet utanför en överprövningsprocess. Här är det viktigt att uppmärksamma att tilldelningsbeslutet enligt 12 kap. 12 § LOU *måste* ges ut av den upphandlande myndigheten, det vill säga obeaktat en potentiell anbudsgivares begäran, medan de ytterligare upplysningar som kan ges ut enligt 12 kap. 13 § LOU *måste* begäras av den enskilde. Även kretsen av potentiella mottagare skiljer sig mellan 12 kap. 12 och 13 §§ LOU, då tilldelningsbeslutet ska kommuniceras till samtliga deltagande anbudsgivare, medan möjligheten att begära ut ytterligare upplysningarna enligt 12 kap. 13 § LOU endast tillhandahålls anbudsgivare som har lämnat in ett godtagbart bud.<sup>90</sup> Möjligheten att begära ut information skiljer sig därmed åt mot bakgrund av hur långt anbudsgivaren kom i upphandlingen.

Genom ändringsdirektivet har det införts en skyldighet för upphandlande myndigheter att i tilldelningsbeslutet förtydliga vilka omständigheter som låg till grund för dess val att anta ett anbud.<sup>91</sup> Enligt förarbeten ska det i beslutet framgå tillräckligt mycket information för att anbudsgivare ska kunna utröna om en överprövning kan begäras.<sup>92</sup> Detta är viktigt för att säkerställa att anbudsgivarna ska kunna ansöka om effektiv prövning.<sup>93</sup>

Förutom kravet att tilldelningsbeslutet ska innehålla skälen till besluten samt information om avtalsspärren enligt 20 kap. 1 § LOU, har inte beslutets innehåll reglerats.<sup>94</sup> Det finns således inga tydliga krav på hur denna information ska vara utformad, eller ens i vilken utsträckning den upphandlande myndigheten ska motivera beslutet. Lagstiftaren övervägde att införa ett obligatoriskt, materiellt innehåll i samtliga tilldelningsbeslut, men bedömde i slutändan att dess innehåll ska justeras utifrån en individuell prövning av den upphandlande myndigheten.<sup>95</sup> Däremot, har lagstiftaren

---

<sup>90</sup> Jfr. ordalydelsen i 12 kap. 12 § LOU och 12 kap. 13 § st. 2 LOU. Ett bud anses vara godtagbart om den uppfyller kraven i 6, 10 och 11 kap. LOU, se Rosén Andersson et al (2020) s. 606.

<sup>91</sup> Se prop. 2001/02:142 s. 61, ändringsdirektivets artikel 2a p. 2 samt LOU-direktivets artikel 55. Se även Steinicke & Vesterdorf (2018) s. 592 ff. samt 1418 f.

<sup>92</sup> Prop. 2006/07:128 s. 275, prop. 2015/16:195 s. 670 och 693 samt prop. 2021/22:120 s. 53. Se även Steinicke & Vesterdorf (2018) s. 592 ff. och Halonen et al (2019) s. 76 f.

<sup>93</sup> Se skäl 6 och 7 i ändringsdirektivet samt prop. 2009/10:180 s. 113. Se även Halonen et al (2019) s. 76 f. Jfr. även LOU-direktivets artikel 55.3.

<sup>94</sup> Jfr. Falk (2020) s. 283.

<sup>95</sup> Se överväganden i prop. 2001/02:142 s. 61, prop. 2009/10:180 s. 112 ff. samt prop. 2015/16:195 s. 670.



ansett att omständigheterna som myndigheten har tagit hänsyn till vid bedömningen bör framgå.<sup>96</sup>

Eftersom underlaget för tilldelningsbeslutet sker på en in casu-bedömning, framgår det inte vad som är tillräckligt för att en anbudsgivare ska kunna avgöra om denna vill ansöka om överprövning av upphandlingen.<sup>97</sup> Därutöver ska innehållet i tilldelningsbeslutet begränsas av sekretesslagstiftningen när den upphandlande myndigheten utformar beslutet. Det innebär bland annat att närmare information om det vinnande anbudet eller företagshemligheter måste utelämnas.<sup>98</sup>

Vad gäller de ytterligare upplysningarna som kan begäras enligt 12 kap. 13 § LOU, ska den upphandlande myndigheten jämföra den förlorande anbudsgivarens anbud med det vinnande anbudet.<sup>99</sup> En sådan upplysning skulle kunna vara att den upphandlande myndigheten anger vilka kriterier som det vinnande anbudet poängsattes högre i.<sup>100</sup> Problemet med en sådan jämförelse är att det rimligtvis endast gäller de kriterier som har viktats mot varandra (*bör-kraven*).<sup>101</sup> För att över huvud taget kunna begära ut ytterligare upplysningar, förutsätter lagrummets tillämplighet att såväl det vinnande anbudet som det förlorande anbudet har skickat in ett godtagbart bud, vilket kräver att samtliga *ska*-krav – åtminstone enligt den upphandlande myndigheten – har uppfyllts. Detta skulle således inte underlätta anbudsgivaren att kontrollera om det vinnande anbudet i realiteten uppfyller de obligatoriska kraven. 12 kap. 13 § LOU framstår snarare som en möjlighet för sökanden att ta reda på vilka sätt dennes egna anbud brister i förhållande till det vinnande anbudet vad gäller viktningsskriterierna. Liksom det som gäller för tilldelningsbeslutet, ska även innehållet i de närmare upplysningarna begränsas genom en sekretessprövning av den upphandlande myndigheten innan dessa lämnas ut.<sup>102</sup>

---

<sup>96</sup> Jfr. prop. 2001/02:142 s. 97.

<sup>97</sup> Jfr. prop. 2015/16:195 s. 670, prop. 2009/10:180 s. 114 samt Halonen (2016) s. 533.

<sup>98</sup> Prop. 2001/02:142 s. 64 och prop. 2015/16:195 s. 670 f. Detta uttalande torde omfatta både sekretessbelagda uppgifter enligt OSL samt företagshemligheter enligt FHL, se prop. 2015/16:195 s. 711.

<sup>99</sup> Prop. 2015/16:195 s. 673 och prop. 2006/07:128 s. 380.

<sup>100</sup> Steinicke & Vesterdorf (2018) s. 596 f.

<sup>101</sup> Detta sker under anbudsvärderingen, och ska beakta utvärderingsgrunderna (*bör-kraven*) som uppställts i upphandlingsdokumenten, jfr. 16 kap. 6 § LOU.

<sup>102</sup> Prop. 2015/16:195 s. 674. En sådan begränsning var tillåten enligt LOU-direktivets artikel 55.3, jfr. prop. 2015/16:195 s. 713. Se även Pedersen (2019) s. 168.

Mot bakgrund av detta, framstår det som att anbudsgivarens möjlighet att få insyn i det vinnande anbudet genom 12 kap. 12–13 §§ LOU är tämligen begränsad – varav den största begränsningen utgörs av den nationella sekretesslagstiftningen. Detta ansåg lagstiftaren vara ett rimligt upplägg, då sekretessbestämmelsen som oftast aktualiseras i samband med anbudshandlingar (31 kap. 16 § OSL) presumerar offentlighet på grund av det kvalificerade, raka skaderekvisitet däri. Mot bakgrund av det högt ställda kravet för att bryta presumptionen för offentlighet, resonerade lagstiftaren att relevanta uppgifter i slutändan ändå skulle kunna lämnas ut.<sup>103</sup>

Eftersom upplysningsskyldighetens främsta begränsning är sekretess, föranleder detta en närmare utredning i insynsmöjligheterna som står till förlorande anbudsgivarens förfogande genom offentlighetsprincipen, men även dess begränsningar i OSL. Kan man anse att lagstiftarens slutsats om den svaga sekretessen i 31 kap. 16 § OSL stämmer?

---

<sup>103</sup> Prop. 2001/02:142 s. 63 f. Jfr. även prop. 2006/07:128 s. 269.

## 3 Handlingsoffentlighet och dess inskränkningar

I många fall lyder en upphandlande myndighet under offentlighetsprincipen och sekretesslagstiftningens bestämmelser.<sup>104</sup> Eftersom anbudet har skickats in till den upphandlande myndigheten i samband med anbudsinfordran är dessa att anses som inkomna och därmed allmänna handlingar.<sup>105</sup> Mot bakgrund av detta kan den förfördelade anbudsgivaren begära ut dessa handlingar, exempelvis i syfte att kontrollera tilldelningsbeslutets förenlighet med gällande upphandlingsrättsliga regler.

Genom offentlighetsprincipen finns således en lagstadgad möjlighet för enskilda att begära ut det vinnande anbudet. Av denna orsak är det av intresse att utreda insynsmöjligheten som möjliggörs genom principen, samt dess inskränkningar.

### 3.1 Rätten att få ta del av allmänna handlingar

#### 3.1.1 Handlingsoffentligheten – en konstitutionell kontrollfunktion

En hörnsten i den svenska rättskroppen är den så kallade offentlighetsprincipen, som bland annat ger uttryck för handlingsoffentligheten, vilket ger såväl enskilda som juridiska personer rätten att ta del av allmänna handlingar.<sup>106</sup> Hädanefter kommer offentlighetsprincipen och handlingsoffentligheten att användas synonymt.

Utgångspunkten är att det råder offentlighet för allmänna handlingar, vilket framgår i 2 kap. 1 § TF. Däremot, kan denna rätt begränsas om det anges i en särskild lag.<sup>107</sup> En sådan lag är OSL. Efter en sekretessprövning kan myndigheten som sitter på en allmän handling bestämma att antingen sekretessbelägga vissa uppgifter eller handlingen i sin helhet mot bakgrund av en sekretessgrundande bestämmelse i OSL.

Offentlighetsprincipen är avsedd att säkerställa rättssäkerheten samt effektiviteten inom förvaltningen och folkstyret genom att möjliggöra enskilda insyn till hur den offentliga verksamheten bedrivs.<sup>108</sup> Rättssäkerheten är viktig för att säkerställa att lagar

---

<sup>104</sup> Se ”myndighet” enligt 2 kap. 2 och 4 §§ TF, tillsammans med 1 kap. 1 och 4 kap. 1 §§ OSL.

<sup>105</sup> 2 kap. 4 och 9 §§ TF.

<sup>106</sup> 2 kap. 3 § OSL och Zetterström, Lind och Dahlqvist (2021), s. 10.

<sup>107</sup> 2 kap. 2 § st. 2 TF. Av särskilt intresse inom ramen för detta arbete är skyddet för enskildas ekonomiska förhållanden enligt p. 6.

<sup>108</sup> Zetterström, Lind och Dahlqvist (2021), s. 16, Nilsson och Lundqvist (2022) s. 25, Axberger (2019) s. 256 samt Funcke (2019) s. 45. Se även prop. 2015/16:144 s. 9 f.

inte tillämpas godtyckligt och att det finns möjligheter att begära att processer kan initieras när så är fallet. Genom insyn i hur verksamheterna bedrivs och hur skattebetalarnas pengar används, fungerar principen i mångt och mycket som en konstitutionell kontrollfunktion.<sup>109</sup>

### 3.1.2 Tillämpningsområdet för handlingsoffentlighet och sekretess

För att uppgifter ska kunna begäras ut mot bakgrund av offentlighetsprincipen, måste dessa ingå i en handling som förvaras hos en myndighet och är att anse som antingen inkommen till eller upprättad däri.<sup>110</sup> Givetvis är det endast handlingar som bedömts vara allmänna som kan medföra en skyldighet för upphandlande myndigheter att behandla en begäran att få en handling utlämnad.<sup>111</sup>

Därutöver gäller skyldigheten att förhålla sig till offentlighetsprincipen för all verksamhet som bedrivs av myndigheter. Myndighetsbegreppet enligt TF och OSL är tämligen vidsträckt och omfattar bland annat:

- Statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter samt regeringen och domstolarna<sup>112</sup>
- Folkvalda organ (2 kap. 2 § OSL)
- Enskilda rättssubjekt som är myndigheter enligt OSL och TF.<sup>113</sup>

Däremot omfattas inte exempelvis statligt ägda bolag och statliga aktiebolag med flera juridiska personer av bestämmelsen.<sup>114</sup> Detta innebär att en aktör som uppfyller kriterierna för att vara en upphandlande myndighet enligt LOU, inte nödvändigtvis omfattas av offentlighetsprincipen som framgår av TF. Detta medför att handlingar som skulle bedömas vara allmänna och offentliga när dessa återfinns hos en upphandlande myndighet inte kan begäras ut om den hade befunnit sig hos en annan upphandlande

---

<sup>109</sup> Axberger (2019) s. 256 f.

<sup>110</sup> 2 kap. 4 § TF.

<sup>111</sup> Det ankommer således en myndighet vare sig ett förbud eller skyldighet att behandla en begäran om handlingen inte är att anses vara allmän enligt 2 kap. 4 § TF.

<sup>112</sup> Zetterström, Lind och Dahlqvist (2021) s. 32 f.

<sup>113</sup> Det ankommer myndigheter och juridiska personer att förhålla sig till offentlighetsprincipen: (a) juridiska personer som kommuner eller regioner utövar ett rättsligt bestämmande inflytande i (2 kap. 3 § OSL), (b) olika organ som utför förvaltningsuppgifter som innefattar myndighetsutövning (2 kap. 4 § OSL), (c) organ som hanterar allmänna handlingar (2 kap. 5 § OSL) samt (d) svenska kyrkan som hanterar allmänna handlingar (2 kap. 5 § OSL).

<sup>114</sup> Jfr. Rosén Andersson et al (2020) s. 593 f. och Nilsson och Lundqvist (2022) s. 26 f. och 68 f. Se även prop. 2015/16:195 s. 691.

myndighet. Hur denna diskrepans påverkar den förlorande anbudsgivarens insynsmöjligheter behandlas i avsnitt 3.4.

### 3.1.3 EU-rätten och offentlighet

När Sverige inträdde EU år 1995, uppstod diskurs kring offentlighetsprincipens överensstämmelse med unionsrätten, där offentlighet för handlingar snarare var ett undantag än huvudregel.<sup>115</sup> I slutändan fick principen kvarstå förutsatt att Sverige kunde följa EU-rättens gällande regler, även om detta innebär att offentlighetsprincipen ibland måste värja till fördel för sekretess.<sup>116</sup> Obeaktat detta, går det att härröra en självständig grund för att få ta del av anbudshandlingar enligt EU-rätten?

I såväl FEUF som EU-stadgan återfinns en slags handlingsoffentlighet, men denna gäller endast handlingar som återfinns hos EU-institutioner.<sup>117</sup> Om man ser till LOU-direktivet, rättsmedelsdirektivet och ändringsdirektivet framgår inga uttryckliga regler om rätten att få ta del av handlingar.

I LOU-direktivet återfinns artikel 21.1 som syftar att behandla sekretessreglerna som gäller vid upphandlingar, men som även snuddar vid frågan om enskildas möjlighet att få ta del av handlingar hos den upphandlande myndigheten:

”Om inte annat föreskrivs i detta direktiv eller nationell rätt som den upphandlande myndigheten omfattas av, särskilt *lagstiftning om tillgång till information*, och utan att det påverkar upplysningsskyldigheten i fråga om tilldelade kontrakt och information till anbudssökande och anbudsgivare enligt artiklarna 50 och 55, får den upphandlande myndigheten inte offentliggöra uppgifter som lämnats in och *förklarats konfidentiella av de ekonomiska aktörerna*, inklusive men inte begränsat till tekniska hemligheter, affärshemligheter och konfidentiella aspekter i anbudet. [Mina kursiveringar.]”

I artikeln framgår huvudregeln att den upphandlande myndigheten *inte* ska offentliggöra uppgifter som anbudsgivarna har förklarat vara konfidentiella. Det finns två undantag till denna huvudregel:

- 1) huvudregeln ska inte inskränka den upphandlande myndighetens upplysningsskyldighet vad gäller tilldelningsbeslutet (LOU-direktivets artikel 50;

---

<sup>115</sup> Jfr. Strömberg och Lundell (2019) s. 83.

<sup>116</sup> Jfr. Prop. 2016/17:208 s. 91 f.

<sup>117</sup> FEUF artikel 15 p. 1 och 3 samt EU-stadgans artikel 42.

12 kap 12 § LOU) eller annan information som anbudsgivarna har rätt till (LOU-direktivets artikel 55; 12 kap. 13 § LOU), samt

- 2) huvudregeln kan frångås genom nationell lagstiftning som reglerar tillgången till information.

Artikeln kan tolkas som att den ger en anbudsgivare ett självständigt EU-rättsligt skydd för konfidentiell information.<sup>118</sup> Dess skyddsomfång kan endast påverkas av ovannämnda inskränkningar, men mest anmärkningsvärt är den potentiella begränsningen som kan föreskrivas i den nationella lagstiftningen. En sådan begränsning återfinns i svensk rätt – nämligen offentlighetsprincipen. Däremot finns även den inhemska sekretesslagstiftningen som fungerar som en inskränkning av begränsningen.<sup>119</sup>

Artikeln kan ge intryck av att bedömningen av vad som kan anses vara ”konfidentiell information” är ett unilateralt beslut taget av anbudsgivaren när denna lämnar in anbudet och begär sekretess för uppgifter.<sup>120</sup> Eftersom artikeln inte föreskriver att informationen måste vara av särskild karaktär eller ha en särskild betydelse för näringsidkaren, framstår det potentiella skyddet som kan tillerkännas en anbudsgivares affärshemligheter i detta fall som inte enbart generöst, men även att vad som kan bli föremål för skydd är något som är avhängigt anbudsgivaren själv.<sup>121</sup> Detta särskilt eftersom artikeln varken ställer upp när ett krav för att hålla informationen konfidentiell ska framföras av anbudsgivaren, och inte heller om skyddet är begränsat till perioden innan eller efter tilldelningsbeslutet har meddelats.

Vid implementeringen av LOU-direktivet, ansåg lagstiftaren att denna – vid en första anblick – generösa sekretessbestämmelse måste tolkas i sitt sammanhang. Mot bakgrund av att öppenhet framhävs vid upphandlingar samt rätts- och ändringsdirektivets ändamål

---

<sup>118</sup> Jfr. Arrowsmith (2014) s. 1340 och Halonen et al (2019) s. 28 f.

<sup>119</sup> Mer om sekretessen vid upphandlingar i svensk rätt återkommer i avsnitt 3.3.

<sup>120</sup> Jfr. ”... förklarats konfidentiella av de ekonomiska aktörerna...”, enligt LOU-direktivets artikel 21.1. Den icke-uttömmande listan på vad för slags uppgifter som kan vara konfidentiella: ”tekniska hemligheter, affärshemligheter och konfidentiella aspekter i anbudet” ger inte någon vidare vägledning för vilken information som *inte* skulle kunna förklaras konfidentiell av anbudsgivaren. Den svenska lagstiftaren ansett att den icke-uttömmande listan måste avse uppgifter om enskildas affärs- och driftsförhållanden, se prop. 2006/07:128 s. 275.

<sup>121</sup> Upplägget att det är de ekonomiska aktörernas (exempelvis en anbudsgivare enligt artikel 2.11 i LOU-direktivet) uppfattning om uppgifternas kommersiella känslighet som påverkar vilka av dessa som slutligen sekretessbeläggs, reflekteras till viss del i anbudsssekretessen som framgår i 31 kap. 16 § OSL. Se mer om detta i avsnitt 4.2. Jfr. även Steinicke & Vesterdorf (2018) s. 344 f.

att möjliggöra förlorande anbudsgivare att begära överprövning, torde det krävas mer än att näringsidkaren blott skickar in en sekretessbegäran för att sekretess ska upprätthållas.<sup>122</sup> Av denna orsak krävs det fortfarande att en självständig skadeprövning ska ske av den upphandlande myndigheten, för att genomföra avvägningen mellan affärssekretess och rätten att få ta del av handlingar enligt TF.<sup>123</sup> Däremot ska den upphandlande myndigheten utgå från vad anbudsgivaren har angett i sekretessbegäran vid skadeprövningen.<sup>124</sup>

Mot bakgrund av detta, är det av intresse att fastställa hur skyddet för enskildas affärsangelägenheter är reglerat i nationell rätt. Detta utreds i avsnitt 3.3. Innan dess ska processen som initieras när en allmän handling begärs ut behandlas i nästföljande avsnitt.

## 3.2 Processen vid utlämnandet av allmänna handlingar

### 3.2.1 Hur en begäran behandlas hos den upphandlande myndigheten

En begäran om att ta del av en handling ska genast behandlas av en handläggare på myndigheten som förvarar den, det vill säga den upphandlande myndigheten.<sup>125</sup> Hur lång tid en myndighet har på sig att behandla en begäran kan påverkas av handlingens omfattning och den precision som sökanden använder sig av vid begäran.<sup>126</sup>

Utgångspunkten är att handlingen ska tas fram samma dag som begäran skickas in eller nästföljande dag. Om myndigheten måste ta ställning till vissa uppgifters potentiella sekretessbelagda natur, kan det medföra att processen tar längre tid.<sup>127</sup> Detta eftersom handläggaren i en omfattande handling måste skilja mellan vilka uppgifter i en handling som är offentliga respektive sekretessbelagda, särskilt då prövningen ska ske noggrant.<sup>128</sup>

---

<sup>122</sup> Prop. 2006/07:128 s. 275.

<sup>123</sup> Jfr. avsnitt 3.2.2 och 3.3.2.

<sup>124</sup> Prop. 2006/07:128 s. 275 f. Se mer om denna skadeprövning i avsnitt 3.3.2.2.

<sup>125</sup> 2 kap. 17 § TF samt 6 kap. 2–3 §§ OSL.

<sup>126</sup> Zetterström, Lind och Dahlqvist (2021) s. 126 f samt Nilsson och Lundqvist (2022) s. 45 f. Jfr. även HFD 2018 ref 8.

<sup>127</sup> Jfr. Nilsson och Lundqvist (2022) s. 44f., Funcke (2019) s. 123 och Zetterström, Lind & Dahlqvist (2021) s. 53 f.

<sup>128</sup> Detta följer även av 2 kap. 15 § st. 1 TF. Se även Funcke (2019) s. 125, prop. 1993/94:133 s. 53 och prop. 2016/17:208 s. 109.

Om handläggaren bedömer att vissa uppgifter i handlingen ska sekretessbeläggas, kan sökanden begära ut handlingen med undantag för dessa uppgifter.<sup>129</sup>

Därutöver kan en fördröjning vara tillåten om en enskild lämnar in en tämligen opreciserad begäran om vilka uppgifter denna vill begära ut. Eftersom det åligger den upphandlande myndigheten en serviceskyldighet måste handläggaren leta fram dessa uppgifter i ett inte sällan omfattande material, vilket kan leda till ytterligare fördröjning.<sup>130</sup> Däremot begränsas denna serviceskyldighet om begäran riskerar att medföra att myndigheten behöver vidta omfattande utredningsåtgärder för att identifiera den relevanta handlingen.<sup>131</sup>

När den relevanta handlingen har identifierats, måste uppgifterna som ingår i denna bedömas vara offentliga för att kunna lämnas ut, 6 kap. 4 § OSL. För att utreda om ett utlämnande får komma till stånd, ska den upphandlande myndigheten genomföra en sekretessprövning.

### *3.2.2 Sekretessprövningen och de olika skaderekvisiten*

Givet att en handling har bedömts vara allmän, är det upp till den ansvariga handläggaren att avgöra om ett utlämnande av handlingen skulle medföra en sådan skada att uppgifterna borde sekretessbeläggas.<sup>132</sup> Den ansvariga handläggarens beslut att inte lämna ut en handling eller särskilda uppgifter måste grunda sig på en sekretessbestämmelse. Sekretessbestämmelserna ger inte ett ovillkorligt skydd för uppgifterna, utan den ansvariga handläggaren på myndigheten ska göra en avvägning mellan intresset för insyn och sekretess.<sup>133</sup>

En faktor som kan påverka sekretessprövningen är bland annat de olika graderna av sekretess som handläggaren måste förhålla sig till. Sekretessgraderna kan uppfattas genom att läsa ut förekomsten av ett skaderekvisit i den aktuella sekretessbestämmelsen,

---

<sup>129</sup> Se 12 kap. 15 § TF st. 1 och 6 kap. 1a § OSL st. 1. Se även Lenberg et al (2022), kommentar till 2 kap. 15 § TF st. 1 och prop. 1993/94:133 s. 53.

<sup>130</sup> Se bland annat 6 § FL och Hed (2019) s. 25, Ahola (2018) s. 114 f. samt Zetterström, Lind & Dahlgvist (2021) s. 55.

<sup>131</sup> Se HFD 2018 ref 8. Jfr. även de diverse åtgärder en myndighet bör vidta för att underlätta sökandet efter relevanta allmänna handlingar, 4 kap. OSL.

<sup>132</sup> Staaf och Zanderin (2020) s. 70, Ahola (2018) s. 133 f. samt Funcke (2019) s. 155 f.

<sup>133</sup> 2 kap. 2 och 17 §§ TF, prop. 1979/80:2 Del A s. 75 f. samt prop. 2001/02:142 s. 64 f.



som antingen kan vara ett rakt skaderekvisit, ett omvänt skaderekvisit eller avsaknaden av ett sådant.<sup>134</sup>

Det raka skaderekvisitet innebär att sekretess gäller om det kan antas att en viss skada eller men uppkommer om uppgiften röjs.<sup>135</sup> Med skada avses ekonomisk skada, och med men avses en påtaglig olägenhet.<sup>136</sup> Utgångspunkten är att offentlighet gäller och att dessa uppgifter ska lämnas ut. Det finns en underkategori av det raka skaderekvisitet som kallas för ett kvalificerat rakt skaderekvisit. Sekretessbestämmelsen som skyddar enskildas affärs- och driftförhållanden i 31 kap. 16 § OSL är ett exempel på ett sådant, eftersom sekretess endast gäller för uppgifter om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgifterna röjs. Ett omvänt skaderekvisit innebär att sekretess föreligger såvida det inte står klart att uppgiften kan röjas utan att den enskilde eller någon närstående till denne lider skada eller men om uppgiften röjs.<sup>137</sup> Slutligen finns sekretessbestämmelser som saknar skaderekvisit – så kallat absolut sekretess – och dessa ska under inga omständigheter lämnas ut. På grund av detta sker ingen skadeprövning, utan en eventuell begäran kommer helt enkelt leda till avslag.<sup>138</sup> När flera sekretessbestämmelser är tillämpliga för samma uppgift, får regeln som ger starkast skydd typiskt sett företräde.<sup>139</sup>

När en begäran om utlämnande av allmän handling inkommer, är det den förvarande myndighetens (som regel den upphandlande myndighetens) ansvar att genomföra sekretessbedömningen. Bedömningen görs för varje enskilt fall och ska ske ordentligt.<sup>140</sup> Fastän en sekretessbestämmelse är tillämplig på uppgiften, kan en skadeprövning medföra att ett utlämnande kan komma till stånd ändå. Om den upphandlande myndigheten valt att inte lämna ut handlingen, kan beslutet överklagas direkt till

---

<sup>134</sup> Prop. 2008/09:150 s. 284 f. Se även Strömberg och Lundell (2019) s. 47 f., Ahola (2018) s. 141 f., Zetterström, Lind & Dahlqvist (2021) s. 72 f. samt Funcke (2019) s. 156 f.

<sup>135</sup> Se exempelvis 19 kap. 3 § st. 1 OSL.

<sup>136</sup> Prop. 1979/80:2 Del A s. 84 samt prop. 2008/09:150 s. 349.

<sup>137</sup> Se exempelvis 43 kap. 4 § st. 1 OSL.

<sup>138</sup> Se exempelvis 19 kap. 3 § st. 2 OSL. Prop. 2008/09:150 s. 284 f.

<sup>139</sup> Detta förhållande framgår av 7 kap. 3 § OSL. När den aktuella handlingen överförs från en myndighet till rättskipande verksamhet kommer däremot en annan, primär sekretessbestämmelse att gälla i stället (se bland annat 3 kap. 1 § OSL samt 43 kap. 3 § OSL). Se mer om detta i avsnitt 3.3.2.3.

<sup>140</sup> 2 kap. 17 § TF, Nilsson och Lundqvist (2022) s. 46 f. samt Funcke (2019) s. 151 f.

kammarrätten, och en sådan överklagan ska handläggas skyndsamt, 2 kap. 19 § TF samt 6 kap 7–8 §§ OSL.

### 3.3 Sekretess som kan aktualiseras under en upphandling

I detta avsnitt behandlas vilka sekretessbestämmelser som kan aktualiseras under upphandlingsprocessen. Här är det viktigt att ha i åtanke att olika sekretessbestämmelser kan aktualiseras beroende på vilket i skede upphandlingen befinner sig när anbudsgivaren begär ut uppgifterna samt vilken myndighet denna begär ut uppgiften från.

#### 3.3.1 Sekretess före ett tilldelningsbeslut har meddelats

Innan tilldelningsbeslutet har meddelats, gäller absolut sekretess för uppgifter som angår enskildas ekonomiska förhållanden, 19 kap. 3 § stycke 2 OSL. Detta inkluderar anbudsdocumenten som har mottagits mot bakgrund av den upphandlande myndighetens anbudsfordran.<sup>141</sup> Om en anbudsgivare begär ut en uppgift från anbudshandlingarna skulle alltså en sekretessprövning inte ske över huvud taget, utan begäran ska avslås och uppgiften kommer förbli sekretessbelagd.

Syftet bakom regleringen är att motverka en snedförvriddning av konkurrensen, särskilt situationen där anbudsgivare emellan har uppgjorda prisöverenskommelser och genom fullständig insyn i anbudsdocumenten kan kontrollera att dessa efterlevs.<sup>142</sup>

Tanken bakom att låta den absoluta sekretessen upphävas i samband med att tilldelningsbeslutet har meddelats, är att möjliggöra förlorande anbudsgivare att undersöka grunderna till tilldelningsbeslutet och utröna om det finns grunder att överpröva det.<sup>143</sup> Innan ändringen som påkallades av ändringsdirektivet var det nämligen inte möjligt för anbudsgivare att få ta del av skälen bakom ett visst tilldelningsbeslut.<sup>144</sup> Numera kräver EU-rätten som bekant att det finns en tidsfrist mellan att tilldelningsbeslutet meddelas och att avtal sluts (avtalsspärr), men även att tilldelningsbeslutet informerar skälen bakom beslutet från den upphandlande myndigheten till berörda anbudsgivare.

---

<sup>141</sup> Prop. 2001/02:142 s. 56.

<sup>142</sup> Prop. 1937:107 s. 91.

<sup>143</sup> Prop. 2001/02:142 s. 55 f. och 61.

<sup>144</sup> Prop. 2001/02:142 s. 53 f.

Eftersom den absoluta anbudssekretessen medför att anbudsgivare inte kan begära ut varandras anbud, är det av större intresse att redogöra för sekretessbestämmelserna som kan aktualiseras efter att tilldelningsbeslutet har meddelats.

### *3.3.2 Sekretess efter ett tilldelningsbeslut har meddelats*

Från och med att ett tilldelningsbeslut har meddelats, kommer den absoluta sekretessen som har gällt framtill dess att bortfalla. Här träder vanligtvis en annan sekretessbestämmelse in och utgör grunden för att sekretess ska gälla. Vid en upphandling aktualiseras antingen upphandlingssekretessen enligt 19 kap. 3 § st. 1 OSL alternativt anbudssekretess för enskildes affärs- eller driftförhållanden, 31 kap. 16 § OSL.

Till skillnad från den absoluta sekretessen som gäller före tilldelningsbeslutet, kan båda dessa sekretessbestämmelser brytas genom en skadeprövning som utförs av en handläggare på den upphandlande myndigheten, när en förlorande anbudsgivare har begärt ut anbudet enligt 2 kap. 1 § TF. Mot bakgrund av att anbudshandlingar inte sällan har uppgifter som kan anses omfattas av 31 kap. 16 § OSL, utreds särskilt denna sekretessbestämmelse. Därutöver ska 36 kap. 2 § OSL (*domstolssekretess*) behandlas i avsnitt 3.3.2.3, eftersom det är denna sekretessbestämmelse som kan bli tillämplig för anbudshandlingen eller uppgifterna däri när den mottagande domstolen erhåller anbudet inom ramen för en överprövning.

#### 3.3.2.1 Upphandlingssekretess (19 kap. 3 § st. 1 OSL)

Denna sekretessbestämmelse tar sikte på situationen där den upphandlande myndigheten ("det allmänna") kan lida skada av att vissa uppgifter röjs. Eftersom det i första hand är den vinnande anbudsgivarens intresse av att upprätthålla sekretess som ska viktas mot en förlorande anbudsgivares intresse av att kunna kontrollera och eventuellt överpröva tilldelningsbeslutet, är upphandlingssekretessen av underordnad betydelse för den fortsatta framställningen.

#### 3.3.2.2 Anbudssekretess för enskildas affärsförhållanden (31 kap. 16 § OSL)

Sekretessbestämmelsen 31 kap. 16 § OSL aktualiseras när en myndighet och ett privat företag har trätt i affärsförbindelse med varandra. I uttrycket "affärsförbindelse"

innefattas förvärv, avyttring samt upplåtelse av egendom eller arbete som ska utföras.<sup>145</sup> Inom ramen för ett upphandlingsförfarande blir paragrafen tillämplig på anbudshandlingar så snart dessa lämnas in hos den upphandlande myndigheten.<sup>146</sup>

Sekretess ska gälla för uppgifter när det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Detta tyder på ett kvalificerat rakt skaderekvisit, vilket innebär att det råder stark presumtion för offentlighet för uppgifterna. Vid skadeprövningen ska skadebedömningen ta utgångspunkt i själva uppgiften och inte nödvändigtvis en potentiell och konkret skada i det enskilda fallet.<sup>147</sup>

För att tolka och tillämpa skaderekvisitet i 31 kap. 16 § OSL, utgår såväl myndigheter som domstolar ofta från en före detta Militieombudsmans uppfattning som lyder:<sup>148</sup>

”Anledning att hemlighålla anbudshandlingar som avses i lagrummet kan sägas föreligga, när det finns anledning att befara att ett offentliggörande av handlingarna skulle kunna medföra en *inte alltför obetydlig skada* för vederbörande verk eller anbudsgivare. Det bör emellertid för lagrummets tillämpning krävas att det skall föreligga någon *speciell omständighet eller särskilda förhållanden* som kan åberopas som skäl härför. *Något krav på en mera ingående utredning härom bör emellertid inte ställas upp.* Om vederbörande myndighet med hänsyn till omständigheterna *finner sannolikt* att handlingarnas offentliggörande skulle medföra skada för verket i fråga *eller myndigheten finner sig böra sätta tilltro till vad anbudsgivare har uppgett om att handlingarnas offentliggörande* kan befaras medföra skada för honom, bör *något hinder för anbudshandlingarnas hemlighållande i regel inte anses föreligga. En viss avvägning bör alltid företas med hänsyn till offentlighetsintresset.* En begäran om konfidentiell behandling, som framställs av en anbudsgivare men som inte närmare motiveras och inte heller har karaktären av ett anbudsvillkor, bör i regel inte föranleda beslut om handlingarnas hemlighållande. Om det på grund av omständigheter, som är kända för myndigheten, kan befaras att underlåtenhet att efterkomma en sådan begäran skulle kunna medföra skada eller olägenhet för vederbörande verk eller

---

<sup>145</sup> Lenberg et al (2022) kommentar till 31 kap. 16 § OSL st. 1.

<sup>146</sup> JK 1993 s. 41 samt Asplund et al (2012) s. 342 f.

<sup>147</sup> Prop. 1979/80:2 Del A s. 80.

<sup>148</sup> Se bland annat referensen till detta uttalande i mål kungjorda av HFD: HFD 2017 not 2, HFD 2016 ref 17, RÅ 2007 not 154 samt i kammarrättsavgöranden: Kammarrätten i Sundsvall dom 2021-09-07 i mål nr 1467-21, dom 2018-04-16 i mål nr 401-18 samt dom 2013-02-14 i mål nr 2886-12; Kammarrätten i Stockholm dom 2019-10-01 i mål nr 4944-19, dom 2019-07-02 i mål nr 3558-19, dom 2019-02-04 i mål nr 10077-18, dom 2016-09-28 i mål nr 4885-16 samt dom 2015-02-20 i mål nr 8242-14; Kammarrätten i Jönköping, dom 2022-06-21 i mål nr 630-22, dom 2018-12-13 i mål nr 2783-18, dom 2018-06-18 i mål nr 1081-18, dom 2017-12-11 i mål nr 2833-17, dom 2017-12-21 i mål nr 3225-17, dom 2016-05-23 i mål nr 1398-15, dom 2015-02-02 i mål nr 2998-14; Kammarrätten i Göteborg dom 2014-06-17 i mål nr 1500-14.

för anbudsgivaren, bör dock handlingarna kunna hemlighållas. [Mina kursiveringar.]”<sup>149</sup>

Enligt förarbeten framhävs två huvudsakliga och alternativa grunder som kan leda till sekretessbeläggandet av uppgifter. Den första är om myndigheten med hänsyn till omständigheter finner sannolikt att offentliggörandet skulle medföra skada hos den vinnande anbudsgivaren. Den andra är då anbudsgivaren uppgett att offentliggörandet av handlingarna skulle kunna leda till skada för honom, och myndigheten finner att den bör sätta tilltro till detta.<sup>150</sup> En sekretessbegäran som sker i samband med anbudsinfördran ska enligt förarbeten närmare motiveras. En bristfällig sekretessbegäran behöver däremot inte nödvändigtvis medföra att uppgifterna inte beläggs med sekretess, då det i slutändan är den upphandlande myndigheten som ska genomföra en självständig prövning.<sup>151</sup>

Det kan förefalla underligt att det ska föreligga antingen en speciell omständighet eller särskilda förhållanden för ett sekretessbeläggande, samtidigt som den upphandlande myndigheten inte åläggs en skyldighet att företa en mer ingående utredning.<sup>152</sup> Detta har lämnat ett större utrymme för anbudsgivaren att anföra grunder till att ett sekretessbeläggande borde ske som myndigheten svepande kan lägga till grund för sekretessbeläggandet.<sup>153</sup> Eftersom myndigheten sällan har anledning att ifrågasätta det den enskilda näringsidkaren anför om den potentiella skadan, talar detta upplägg för att uppgifter anbudsgivaren begär sekretess för, ska sekretessbeläggas.<sup>154</sup> En sådan tolkning avviker från den starka presumtion för offentlighet som ska gälla enligt det kvalificerade raka skaderekvisitet i 31 kap. 16 § OSL.

Denna tolkning av sekretessbestämmelsen i kombination med att många anbudsgivare numera skickar in en sekretessbegäran för kommersiellt känsliga uppgifter i samband

---

<sup>149</sup> Prop. 1979/80:2 Del A s. 79 f.

<sup>150</sup> Se bland annat HFD 2017 not 2.

<sup>151</sup> Det är värt att uppmärksamma att en begäran om att få uppgifter sekretessbelagda enligt förarbeten varken är ett nödvändigt eller ens tillräckligt rekvisit för att bevilja sekretess, jfr. HFD 2016 ref 17 där anbudsgivaren begärde sekretess för vissa uppgifter, men som i slutändan lämnades ut av HFD. Se även prop. 2008/09:150 s. 300.

<sup>152</sup> Se prop. 1979/80:2 Del A s. 79 f., HFD 2017 not 2 samt HFD 2016 ref 17.

<sup>153</sup> I förarbeten har det fastslagits att den upphandlande myndighetens sekretessprövning ska ta avstamp i anbudsgivarens sekretessbegäran när denna genomför skadeprovningen, se prop. 2006/07:128 s. 275 f.

<sup>154</sup> Se Militieombudsmannens uppfattning, ”något hinder... i regel inte anses föreligga”, prop. 1979/80:2 Del A s. 79 f.

med anbudsinfordran<sup>155</sup>, riskerar att medföra en omfattande sekretessbeläggning för relevanta uppgifter som en förlorande anbudsgivare önskar få ta del av inför en eventuell överprövningsprocess.

Att anbudsgivarens inställning tillmäts stor vikt vid frågan om en uppgift ska omfattas av sekretess enligt 31 kap. 16 § OSL framgår i de få rättsfall som kungjorts av HFD som berör handlingsoffentlighet i upphandlingsärenden. Detta förhållande kan bland annat utläsas i HFD 2016 ref 17. I målet hade sökanden begärt att få ta del av två anbudsgivares anbud. Anbuderna hade lämnats ut med undantag för vissa uppgifter som förblev maskerade. Sökanden överklagade sekretessbeslutet i förhållande till uppgifterna som inte hade lämnats ut. Det som är anmärkningsvärt i rättsfallet, är att samma slags uppgifter (namn på kunder) som HFD ansåg motivera en fortsatt sekretessbeläggning hos det ena anbudet, inte medförde sekretess i det andra anbudet. Det avgörande för sekretessbeläggandet var således sekretessbegäran från den ena anbudsgivaren.<sup>156</sup>

Ett annat förhållande som belyser vikten som den sekretessprövande myndigheten ålägger anbudsgivarens sekretessbegäran, är att myndigheten ska godta sekretessbegäran förutsatt att denna kan ”sätta tilltro till det anbudsgivaren anför”.<sup>157</sup> I HFD 2017 not 2 hade anbudsgivaren i sin sekretessbegäran anfört varför vissa uppgifter bör föranleda sekretessbeläggning enligt 31 kap. 16 § OSL. I slutändan ansåg domstolen att den sekretessbegäran som lämnades var tillräcklig för att bevilja sekretess, mot bakgrund av att ”det saknas anledning att ifrågasätta denna uppgift”.<sup>158</sup> HFD avslutade sin bedömning med att konstatera att omständigheten att andra anbudsgivare inte hade begärt sekretess för dessa uppgifter inte medförde någon annan bedömning.

En annan omständighet som kan hindra en förlorande anbudsgivare från att begära ut det vinnande anbudet, är att sökandens syfte bakom sin begäran har beaktats vid skadeprövningen. I RÅ 2007 not 154 hade en sökande begärt ut uppgifter som berörde en upphandling och fått avslag i kammarrätten. Sökanden ansökte om och fick beviljat

---

<sup>155</sup> Nilsson och Lundqvist (2022) s. 141, Pedersen (2019) s. 173 samt Asplund et al (2012) s. 342 f. och Savin och Kulander (2017) s. 513 f.

<sup>156</sup> Se även exempel på detta i Kammarrätten i Stockholm dom 2017-07-03 i mål nr 1895-17.

<sup>157</sup> Jfr. prop. 1979/80:2 Del A s. 79 f.

<sup>158</sup> HFD 2017 not 2. Se även Kammarrätten i Jönköping dom 2016-06-21 i mål nr i 1466-16, där kammarrätten anför att denna ”... finner inte skäl att betvivla att det förhåller sig på så sätt” i förhållande till vad som framgår i sekretessbegäran om uppgifternas känslighet.

prövningstillstånd i HFD, varav domstolen skulle bedöma om de aktuella uppgifterna skulle omfattas av sekretess. Vid skadeprövningen beaktade domstolen sökandens ändamål med att begära ut handlingarna, vilket var att pröva om det vinnande anbudet underprissatt sina arbeten i den nuvarande och tidigare upphandlingar och på detta sätt lyckats vinna dessa. Omständigheten att den sökanden med sin ansökan önskade underlag för att kontrollera upphandlingens lagenlighet inför en senare överprövning, medförde att skaderekvisitet ansågs uppfyllt: ”[HFD] finner, mot bakgrund av vad [sökanden] anfört om syftet med sin framställning, att det av särskild anledning kan antas att [leverantör vars anbud begärdes ut] lider skada om uppgifterna lämnas ut.”<sup>159</sup>. Liknande resonemang har förts i kammarrätterna, vilket har lett till att uppgifter förblivit sekretessbelagda och inte lämnats ut.<sup>160</sup>

Här kan några tankar belysas. Att en förlorande anbudsgivare har ett intresse av att begära ut handlingar via TF med avsikten att kontrollera en upphandlings lagenlighet är tämligen självklart, det förekommer inte sällan som ett yrkande alternativt en grund hos såväl kammar- som förvaltningsrätter.<sup>161</sup> Ett beviljande av en sådan begäran kan utgöra en möjlighet för denna att kontrollera att upphandlingen har skett i enlighet med gällande rätt, men kan även vara värdefull från en bevissamlingssynpunkt.<sup>162</sup> Genom att beakta syftet bakom begäran vid skadeprövningen som en anledning att belägga uppgifterna med sekretess, innebär det att offentlighetsprincipen ska inskränkas vid upphandlingsmål i allmänhet och vid överprövning av en sådan i synnerhet. Att syftet bakom att begära ut uppgifterna kan avgöra huruvida uppgifterna ska beläggas med sekretess rimmar inte

---

<sup>159</sup> Se RÅ 2007 not 154. Jfr. även prop. 1979/80:2 Del A s. 83.

<sup>160</sup> Se Kammarrätten i Stockholm dom 2019-02-04 i mål nr 10077-18: ”... med hänsyn till vad [sökanden] uppgett om syftet med begäran...”, Kammarrätten i Stockholm dom 2016-09-28 i mål nr 4885-16, Kammarrätten i Stockholm dom 2011-11-09 i mål nr 6701-11, Kammarrätten i Jönköping dom 2016-05-23 i mål nr 1398-15, Kammarrätten i Jönköping dom 2015-02-02 i mål nr 2998-14 ”... vad [sökanden] anfört om syftet med sin begäran...” samt Kammarrätten i Göteborg dom 2014-06-17 i mål nr 1500-14 (” vad klaganden anfört om syftet med sin framställning...”).

<sup>161</sup> Det finns flera avgöranden där sökanden yrkar på bland annat insynsintresset och möjligheten att få till en effektiv prövning av upphandlingen, när dessa inte lyckats erhålla begära ut vissa uppgifter via TF på grund av sekretess. Se bland annat Förvaltningsrätten i Malmö dom 2022-04-19 i mål nr 12465-21, Förvaltningsrätten i Malmö dom 2020-12-04 i mål nr 12043-20, Kammarrätten i Stockholm dom 2015-04-28 i mål nr 1247-15, Förvaltningsrätten i Uppsala dom 2019-04-01 i mål nr 1673-19, Förvaltningsrätten i Linköping dom 2018-04-19 i mål nr 797-18, Förvaltningsrätten i Göteborg dom 2021-11-11 i mål nr 11659-21. Jfr. även Savin och Kulander (2017) s. 513.

<sup>162</sup> Här bör en åtskillnad göras mellan anbudsgivarens intresse av att kontrollera om det över huvud taget föreligger en brist i det vinnande anbudet, jämfört med dennes intresse att samla in bevis för att ett specifikt ska-krav inte uppnås inför en senare överprövning. Detta berörs i avsnitt 4.3-4.5.

heller väl med förarbetsuttalanden som förespråkar att skadebedömningen ska utgå från uppgiftens art.<sup>163</sup>

Mot bakgrund av vikten som åläggs anbudsgivarens sekretessbegäran samt att det enbart räcker med att myndigheten finner det sannolikt alternativt kan sätta tilltro till det anbudsgivaren påstår, riskerar regleringen att medföra en omfattande sekretessbeläggning av anbudshandlingar. Det finns inte heller en brist på incitament för att anbudsgivaren ska skicka in en sekretessbegäran och be om att så många uppgifter som möjligt ska sekretessbeläggas. Att det är inom en anbudsgivares intresse att upprätthålla sekretess för sina uppgifter är tämligen självklar; uppgifternas röjande kan mycket väl medföra skada ur ett konkurrensperspektiv. Därutöver finns en risk för att dessa uppgifter utgör en möjlighet för förfördelade anbudsgivare att genomföra en lyckad överprövning av upphandlingen. Mot denna bakgrund, är det föga förvånande att anbudsgivare vanligtvis skickar in en sekretessbegäran i samband med anbudsinfordran.

I och med att det är anbudsgivarna som tillhör en viss bransch som har bäst insyn i vilka uppgifter som kan vara känsliga från en konkurrenshänsyn, är det troligtvis sällan en upphandlande myndighet frångår dennes bedömning.<sup>164</sup> Att handläggaren på den upphandlande myndigheten även riskerar sanktioner vid ett röjande av företagshemligheter tillför ytterligare incitament för den ansvariga handläggaren att lämna ut för lite uppgifter – det vill säga bedöma sekretessfrågan till den vinnande anbudsgivarens fördel.<sup>165</sup> Att risken för en framtida överprövning kan beaktas vid skadeprövningen medför ytterligare risk för att den upphandlande myndigheten beviljar omfattande sekretess.

### 3.3.2.3 Domstolssekretess (36 kap. 2 § OSL)

Denna sekretessbestämmelse aktualiseras i samband med att en förvaltningsdomstol tar emot handlingar, som i och med överförandet anses vara inkomna och därmed en allmän handling enligt 2 kap. 4 § TF. Huruvida dessa handlingar ska beläggas med sekretess är något som bedöms när enskilda begär ut dem från förvaltningsdomstolen. Domstolen genomför som bekant en självständig sekretessprövning.

---

<sup>163</sup> Jfr. fotnot 147 och Nilsson och Lundqvist (2022) s. 54

<sup>164</sup> Jfr. Soloveičeik (2018) s. 15 samt Lidbom och Rappe (2018) s. 243 f.

<sup>165</sup> Jfr. 20 kap. 3 § BrB.



Huvudregeln är att en sekretessbestämmelse som bedömdes vara tillämplig på en handling eller särskilda uppgifter av en myndighet även ska gälla hos den mottagande myndigheten, 43 kap. 2 § OSL. Däremot finns det en särreglering som medför att vissa sekretessbestämmelser inte ska tillämpas hos en myndighet i dess rättskipande eller rättsvårdande verksamhet, 43 kap. 3 § stycke 1 OSL. Ett exempel på en sådan sekretessbestämmelse är 31 kap. 16 § OSL, vilket medför att sekretessen bortfaller när den inkommer till förvaltningsrätten i samband med en överprövning.<sup>166</sup> Detta innebär inte nödvändigtvis att anbudet numera är offentligt, då en annan sekretessbestämmelse i stället kan läggas till grund för att hindra handlingens utlämnande. En sådan sekretessbestämmelse är 36 kap. 2 § OSL (*domstolssekretess*) ett exempel på.

I 36 kap. 2 § OSL gäller ett kvalificerat rakt skaderekvisit, men med något svagare sekretesskydd än 31 kap. 16 § OSL.<sup>167</sup> Domstolssekretess kräver nämligen att avsevärd skada kan antas ske, medan det i 31 kap. 16 § OSL krävs en särskild anledning att anta att skada kan tillföras den enskilde. Som framgått i avsnitt 3.3.2.2, kan tillämpningen av ”särskild anledning” påverkas av en sekretessbegäran från anbudsgivaren, medan det är oklart i vilken utsträckning samma möjlighet är möjlig enligt 36 kap. 2 § OSL.<sup>168</sup>

Vad gäller skyddsområdet för domstolssekretessen, skyddas liknande uppgifter som omfattas av 31 kap. 16 § OSL. Dock krävs det att sekretess endast beviljas i de fall där behovet av sekretess verkligen är kännbart.<sup>169</sup> Exempelvis i förarbeten anges att skadeprövningen i regel bör vara tillämplig när det gäller en företagshemlighet enligt FHL, det vill säga att ett röjande av denna uppgift skulle påverka konkurrensförmågan i negativ riktning.<sup>170</sup> Detta tyder på att paragrafens tillämpningsområde är något snävare än det som skyddas enligt 31 kap. 16 § OSL, där ett sådant kriterium inte uppställs.

---

<sup>166</sup> Observera, att denna reglering inte gäller om saken i domstolen angår en överklagan av ett sekretessbeslut hos kammarrätten, se 43 kap. 3 § st. 3.

<sup>167</sup> ”.. om det kan antas att den som uppgiften rör lider *avsevärd skada* om uppgiften röjs.”. Se även Rick (2019) s. 80, Geijer, Liljekvist och Lundahl (2021) s. 85 samt Asplund et al (2012) s. 346 f.

<sup>168</sup> Däremot kan uppmärksammas att inom ramen för en överprövningsprocess, ska prövningsorganet innan denna lämnar ut information till en part i förfarandet ge den ekonomiska aktören (vinnande anbudsgivaren) en möjlighet att uttrycka om handlingen innehåller konfidentiell information eller affärshemligheter, jfr. C-450/06, *Varec*, p. 54. Dock gäller en begäran där 36 kap. 2 § aktualiseras snarare ett utövande av offentlighetsprincipen och torde inte innebära en överträdelse av EU-rätten, mot bakgrund av artikel 21 LOU-direktivet som diskuterades i avsnitt 3.1.2.

<sup>169</sup> Prop. 1979/80:2 Del A s. 248.

<sup>170</sup> Prop. 2017/18:200 s. 103.

Därutöver förespråkas ett mer insynsvänligt förhållningssätt vad gäller handlingar som återfinns hos en domstol.<sup>171</sup>

Tillämpligheten av domstolssekretessen förutsätter däremot, som ovan nämnt, att handlingen befinner sig hos förvaltningsrätten. Eftersom det är den upphandlande myndigheten och den förlorande anbudsgivaren som är parter i målet, kommer inte nödvändigtvis anbudshandlingen att befinna sig hos domstolen. För att begära in anbudet, är det upp till sökanden att begära ut den från den (presumtivt ovilliga) vinnande anbudsgivaren, eller be den upphandlande myndigheten skicka in denna till domstolen.

Inom ramen för en överprövning, är det även möjligt att den upphandlande myndigheten skickar in anbudet som bevisunderlag. Om detta inte sker, skulle det vara möjligt att i stället begära domstolen att fordra in denna genom utredningsskyldigheten som åvilar denna, alternativt editionsföreläggande.<sup>172</sup>

Av denna orsak är det av intresse att utreda vilka insynsmöjligheter anbudsgivaren erbjuds vid en överprövningsprocess i förvaltningsrätten, vilket utreds i avsnitt 4.

### 3.4 Anbudsgivarens insynsmöjligheter utanför en överprövning

Mot bakgrund av det anförda i detta avsnitt, har EU-rätten lämnat medlemsstaterna utrymme att själva reglera i vilken utsträckning anbudsgivare kan få ta del av konkurrenternas anbudshandlingar. I Sverige regleras möjligheten att få ta del av handlingarna i den utsträckning som den upphandlande myndigheten omfattas av TF:s tillämpningsområde, samt att uppgiften bedöms vara offentlig efter en sekretessprövning. Det finns även en möjlighet att erhålla viss information om det vinnande anbudet genom 12 kap. 12–13 §§ LOU.

Däremot inskränks förlorande anbudsgivarens möjligheter att få insyn på tre huvudsakliga sätt: (1) sekretessregleringen som gäller enligt OSL begränsar *både* rätten att få ta del av en allmän handling enligt TF samt innehållet i såväl tilldelningsbeslutet som närmare upplysningar enligt 12 kap. 12 respektive 13 §§ LOU; (2) tillämpningen av den mest använda sekretessbestämmelsen vid denna inskränkning kan i hög utsträckning påverkas av den vinnande anbudsgivarens sekretessbegäran och (3) det finns i vissa fall

---

<sup>171</sup> Jfr. RÅ 1981 bb 214, prop. 2017/18:200 s. 107 samt prop. 2008/09:150 s. 345.

<sup>172</sup> Detta behandlas i avsnitt 4.3 respektive 4.4.

inte ens en möjlighet att begära ut allmänna handlingar då en upphandlande myndighet inte nödvändigtvis omfattas av offentlighetsprincipen.

Den första och andra begränsningen samverkar, då informationen som anbudsgivaren kan få tillgång till via tilldelningsbeslutet och de närmare upplysningarna ger denna olika goda förutsättningar att precisera en begäran när denna vill få ut anbudet från den upphandlande myndigheten via TF. Ju mer preciserad begäran är, desto mindre är risken för att den upphandlande myndigheten spenderar lång tid på att kontrollera handlingarna för att identifiera potentiellt känsliga uppgifter däri. Därutöver föreligger samma begränsning för alla dessa insynsmöjligheter – sekretessbestämmelsen 31 kap. 16 § OSL – som ofta åberopas som grund för sekretess. Denna, som har påvisats i avsnitt 3.3.2.2., riskerar att medföra omfattande sekretess.

I detta sammanhang är det viktigt att uppmärksamma de olika tidsfristerna som anbudsgivaren måste förhålla sig till. Från och med att tilldelningsbeslutet meddelas, har denna typiskt sett tio dagar på sig att ansöka om överprövning på grund av avtalsspärren. Det är inom denna tidsfrist som anbudsgivaren måste ta reda på om det finns någon grund för att begära en överprövning. Det är av värde att påpeka att den upphandlande myndigheten har upp till 15 dagar på sig att besvara en begäran enligt 12 kap. 13 § LOU.<sup>173</sup> Därmed finns en risk för att insynen som erbjuds denna väg inte möjliggörs förrän avtalsspärren har utlöpt. Det kan även anmärkas att det inte finns någon sanktion mot ett överskridande av tidsgränsen.

Därutöver ska en begäran att erhålla en allmän handling som bekant handläggas skyndsamt. Trots detta finns en reell risk för att den vinnande anbudsgivaren inte hinner ta del av uppgifterna förrän efter avtalsspärren utlöpt. Här är det viktigt att ha i åtanke att en överklagan av sekretessbeslutet inte garanterar att uppgifterna i slutändan lämnas ut, och det är även möjligt att den övre instansen beslutar att sekretessprövningen ska ske på nytt hos den upphandlande myndigheten i stället för att lämna ut uppgifterna, vilket riskerar att dra ut på tiden ytterligare. Tidsramen, efter man tagit del av det vinnande

---

<sup>173</sup> 12 kap. 13 § st. 3 LOU.

anbudet, för att samla information och eventuellt bevis för att förbereda sina yrkanden och grunder vid en överprövning kan därmed bli tämligen begränsad.<sup>174</sup>

Den nuvarande regleringen möjliggör således att den vinnande anbudsgivaren själv kan påverka i vilken utsträckning dennes anbud ska sekretessbeläggas, vilket i sin tur kan leda till en ökad mängd överklaganden i hopp om att erhålla uppgifterna från överinstansen. En sådan överklagan till kammarrätten kräver inget prövningstillstånd, men kommer kräva en del tid – samtidigt som avtalsspärren löper. Att deltagande anbudsgivare har ett egenintresse av att begära sekretess för uppgifter påverkar inte nödvändigtvis deras möjligheter att vinna en upphandling, däremot påverkar den otvivelaktigt andra anbudsgivares möjligheter att ifrågasätta beslutet.

En annan problematik med den nuvarande tillämpningen av 31 kap. 16 § OSL, är att bestämmelsen inte endast utgör sekretessgrunden när den upphandlande myndigheten genomför sekretessprövningen vid en begäran enligt TF, men utgör även sekretessgrunden i förhållande till tilldelningsbeslutets innehåll (12 kap. 12 § LOU) och de närmare upplysningarna (12 kap. 13 § LOU). Som framgick i avsnitt 2.4, är syftet med att informera anbudsgivare om skälen till tilldelningsbeslutet samt eventuella ytterligare upplysningarna att tillgodose anbudsgivarens rätt till en effektiv prövning, som inbegriper rätten för denna att få ut tillräckligt med underlag för att kunna utröna om det finns skäl att begära överprövning.<sup>175</sup> Om innehållet begränsas för mycket, riskerar tillämpningen av sekretessbestämmelsen att krocka med dessa motiv.

Därutöver, finns det även en risk för att anbudshandlingarna inte omfattas av handlingsoffentligheten över huvud taget, jämför avsnitt 3.1.2. Att detta var en reell risk har uppmärksamats i förarbeten till LOU-direktivets implementering, vilket resulterade i att det infördes (inhemska) regler i 12 kap. 19–25 §§ LOU som möjliggör berörda leverantörer att få tillgång till det upphandlande kontraktet, 12 kap. 18–19 §§ LOU. Berörda leverantörer är samtliga anbudsgivare, men även leverantörer som har eller skulle

---

<sup>174</sup> Som diskuteras i 4.2.1, krävs det redan vid överprövningsansökan att anbudsgivaren har yrkanden och grunder denna åberopar för att stödja dessa. Om anbudsgivaren haft svårt att över huvud taget få tillgång till uppgifter *innan* överprövningsansökan kom in, riskerar dennes ansökan att avvisas.

<sup>175</sup> Se avsnitt 2.4, specifikt fotnot 92–93. Man kan även undra hur detta resonemang rimmar med tankarna om transparensprincipen, specifikt beståndsdelen som förespråkar en möjlighet för anbudsgivarna att i efterhand kontrollera om upphandlingen överensstämmer med gällande rätt, jfr. avsnitt 2.1.2.5, fotnot 37.

haft talerätt för en ogiltighetstalan av det upphandlande kontraktet.<sup>176</sup> En sådan begäran ska – liksom en begäran enligt offentlighetsprincipen – behandlas skyndsamt enligt 12 kap. 21 § LOU.

Fastän 12 kap. 18–19 §§ LOU medför viss kontrollmöjlighet av kraven som ställts upp i upphandlingsdokumentet, exempelvis genom att jämföra kontraktets innehåll med villkoren enligt upphandlingsdokumentet, saknar anbudsgivaren möjlighet att få tillgång till det vinnande anbudet. Därutöver kan fortfarande uppgifter i det upphandlande kontraktet maskeras, fastän det endast kan ske i den utsträckning uppgifterna anses vara företagshemligheter enligt FHL.<sup>177</sup>

Mot bakgrund av detta har insynsmöjligheterna som vid en första anblick framstår som omfattande inskränkts genom sekretesslagstiftningen. Att detta upplägg gäller samtidigt som anbudsgivaren måste förhålla sig till den begränsade avtalsspärren, riskerar att medföra att anbudsgivaren skickar in en överprövningsansökan fastän denna inte ännu vet om det finns någon grund för att överpröva upphandlingen.

Lagstiftarens resonemang om att insynsbegränsningen via sekretesslagstiftningen inte skulle vara särskilt påtaglig på grund av den starka presumtionen för offentlighet verkar således inte gälla i praktiken (se avsnitt 2.4). Det framstår knappast som enkelt att erhålla dessa uppgifter, om inte omöjligt när den upphandlande myndigheten inte omfattas av offentlighetsprincipen.

Däremot har även lagstiftaren uttalat sig i förhållande till situationen där en anbudsgivares insynsmöjligheter blir begränsade av sekretessregleringen. I denna situation anser lagstiftaren att den förlorande anbudsgivaren i stället kan använda sig av processrättsliga medel som tillgängliggörs vid en överprövningsprocess för att få ta del av de sekretessbelagda uppgifterna.<sup>178</sup> Detta kan ske genom partsinsyn, editionsförelägganden och rimligtvis även genom den svagare domstolssekretessen enligt

---

<sup>176</sup> Prop. 2015/16:195 s. 694 och HFD 2017 ref 62 som behandlar talerätten vid överprövningsmål, se fotnot 272.

<sup>177</sup> 20 kap. 20 § LOU samt prop. 2015/16:195 s. 696. Se även 2 § FHL. Detta är således ett snävare skydd än vad som gäller enligt 31 kap. 16 § OSL.

<sup>178</sup> Prop. 2001/02:142 s. 65 f. och 97 samt Prop. 2015/16:195 s. 1075. Man kan undra hur lämpligt det är att en förfördelad anbudsgivare ska vara hänvisad till att ansöka om överprövning, i hopp om att under målets handläggning få tag i anbudet och undersöka om det över huvud taget finns brister däri. En mer naturlig ordning skulle vara att dessa redan innan har fått ta del av tillräckligt mycket information för att uttröna om det föreligger skäl att begära överprövning, exempelvis i tilldelningsbeslutet. Se mer om detta i avsnitt 5.2.2.

36 kap. 2 § OSL. Till skillnad från lagstiftarens resonemang om den ”svaga” sekretessen i 31 kap. 16 § OSL som skulle möjliggjort insyn, stämmer detta antagande?

Mot denna bakgrund utreds den förlorande anbudsgivarens möjligheter att få ta del av det vinnande anbudet under en överprövningsprocess i avsnitt 4.

## 4 Förvaltningsprocessen vid överprövning

Som nämnts ovan befinner sig upphandlingslagstiftningen i gränslandet mellan offentlig- och civilrätt, eftersom det delvis berör en offentlig aktör som måste förhålla sig till det normtunga offentligrättsliga regelverk samtidigt som dess motpart ofta är en privat näringsidkare som aktualiserar privata och kommersiella intressen.

Eftersom överprövningen sker hos förvaltningsrätten samt att LOU endast innehåller rättsmedlen som står till anbudsgivares förfogande<sup>179</sup>, regleras överprövningsprocessen av FPL och andra allmänna förvaltningsrättsliga principer.<sup>180</sup> Det huvudsakliga syftet bakom FPL:s införande var att möjliggöra enskilda ett förutsebart sätt att begära en överprövning av ett offentligt organs beslut, det vill säga en möjlighet att tillvarata sina intressen och erhålla ett materiellt riktigt avgörande.<sup>181</sup> Förvaltningsprocessen vid upphandlingsmål kännetecknas i högre utsträckning än andra av skyndsamhet mot bakgrund av artikel 1.1 i rättsmedelsdirektivet, som nyligen har förtydligats genom ett kodifierat skyndsamhetskrav i 20 kap. 5a § LOU.<sup>182</sup>

Mot bakgrund av avsnitt 3.4, utreds anbudsgivarens insynsmöjligheter under en överprövningsprocess.

### 4.1 Det EU-rättsliga inflytandet: processuell autonomi

Innan de gällande förvaltningsrättsliga reglerna som gäller på området berörs, ska det unionsrättsliga inflytandet beskrivas i syfte att få en bättre helhetsbild av rättsläget.

Utgångspunkten är att processuell autonomi gäller för medlemsstaterna. Detta innebär att EU-rätten lämnar den huvudsakliga förvaltningsprocessuella regleringen till medlemsstaterna, förutsatt att dessa kan tillförsäkra enskilda de rättigheter som dessa har

---

<sup>179</sup> LOU reglerar nästan exklusivt procedurregler som gäller vid upphandlingsprocessen. Detta innebär att de huvudsakliga processrättsliga förutsättningarna vid en överprövning framgår i FPL.

<sup>180</sup> 20 kap. 4 § st. 1 LOU och prop. 2021/22:120 s. 22.

<sup>181</sup> Prop. 1971:30 s. 278 ff. och 580. Det är även intresset för materiellt riktiga avgöranden som motiverar utredningsskyldigheten vid dessa mål, i jämförelse med dispositiva tvistemål där domstolens utredningsskyldighet är kraftigt begränsad. (jfr. för bevisning enligt 35 kap. 6 § RB). Se von Essen (2022), allmän kommentar till FPL, med huvudrubriken "Förvaltningsprocessen", under rubriken "Förvaltningsprocessens funktion" samt Mellqvist (2020) s. 164.

<sup>182</sup> Jfr. Prop. 2021/22:120 s. 25 f.

enligt EU-rätten.<sup>183</sup> I C-33/76, *Rewe*, fastställdes likvärdighetsprincipen samt effektivitetsprincipen. Den förra principen innebär att de processuella regler som gäller för en prövning vid en unionsöverträdelse inte får vara mindre förmånliga än de som avser liknande åtgärder av inhemsk karaktär. Den senare principen innebär att dessa nationella regler inte får medföra att det blir orimligt svårt att utöva rättigheterna som tillkommer den enskilda genom unionsrätten.<sup>184</sup> Principerna utgör den yttersta gränsen för den processuella autonomi och om dessa inte efterlevs kan det innebära att tolkningen är i strid med EU-rätten.

Enligt rättsmedels- och ändringsdirektivet samt EU-praxis, åligger det den nationella domstolen att tillhandahålla sökanden en effektiv prövning och få eventuella felaktigheter korrigerade om denna gör gällande att ett beslut taget av en upphandlande myndighet strider mot upphandlingsregelverket.<sup>185</sup> Denna rättighet bygger vidare på den EU-rättsliga grundprincipen om enskildas rätt till effektiva rättsmedel, som har kodifierats i EU-stadgans 47:e artikel.<sup>186</sup>

Vad som krävs för att anse att det nationella prövningsorganet har tillhandahållit sökanden en effektiv prövning är inte alldeles lätt att besvara, då prövningen görs in casu. Däremot, har EU-domstolen i C-450/06, *Varec*, fastställt vilka överväganden som ska göras av prövningsorganet vid en sådan bedömning i ett överprövningsmål. Avgörandet kommer utredas närmare i avsnitt 4.3.1 och 5.2.

## 4.2 Förvaltningsprocessuella utgångspunkter

Eftersom överprövningen ska ske hos en förvaltningsrätt, innebär det att rättskipningen ska följa de processuella reglerna som gäller enligt FPL, se 20 kap. 4–5 §§ LOU samt 1 § FPL. Däremot gäller endast reglerna i FPL i den utsträckning det inte finns någon speciallagstiftning som reglerar förhållandet, 2 § FPL. Sådan avvikande reglering kan

---

<sup>183</sup> Se bland annat C-33/76, *Rewe*, p. 5 samt C-45/76, *Comet*, p. 12–15. Se även Ehn (2017) s. 251.

<sup>184</sup> C-199/82, *Amministrazione delle finanze dello Stato*, p. 14. Se även Prop. 2021/22:120 s. 22 samt Sundstrand (2012) s. 68 f.

<sup>185</sup> C-450/06, *Varec*, p. 42–46 och 52 samt rättsmedelsdirektivets artikel 1.1 och hänvisningen till rättigheten i skäl 2, 4, 6, 34 och 36 samt artikel 1.1, stycke 3 i ändringsdirektivet. Jfr även Asplund et al (2012) s. 32. Se även C-81/98, *Alcatel*, p. 34.

<sup>186</sup> Jfr. även artiklarna 6 och 13 i EKMR.



förekomma i det aktuella upphandlingsregelverket, LOU, men även i såväl EU- som nationell praxis.

I detta avsnitt behandlas de grundläggande form- och materiella kraven som gäller vid en överprövningsansökan. Därutöver beskrivs den typiska förvaltningsprocessen, med särskilt fokus på domstolens processram vid upphandlingsmål. Avsnittet avslutas med att behandla de insynsmöjligheterna som gäller.

#### *4.2.1 En översikt av förvaltningsprocessen*

Förvaltningsprocessen sker enligt huvudregeln skriftligt. Såvida inte någon av parterna eller domstolen ex officio väcker frågan om muntlig förhandling, kommer all kommunikation ske via skriftväxling mellan parterna, se 9 § FPL.<sup>187</sup>

Processen påbörjas genom att sökanden skickar in en ansökan om överprövning, 3–4 §§ FPL. Förutsatt att ansökan är tillräckligt fullständig för att tas upp till prövning, ska motparten (den upphandlande myndigheten) föreläggas, 10 § FPL. Den upphandlande myndigheten ska därefter svara på det som yrkas av sökanden och, om detta sker, ska denna ange skälen för bestridandet och bevisen som åberopas, 11 § FPL. Efter att skriftväxlingen enligt 10–12 och 18 §§ FPL anses avslutad, ska rätten bedöma om någon ytterligare utredning behöver tillföras, 8 § FPL. Om detta inte anses vara fallet, ska rätten förklara målet klart för avgörande och bedömer därefter om det finns skäl att ingripa i upphandlingen, det vill säga bifalla eller avslå sökandens ansökan.<sup>188</sup>

När den förlorande anbudsgivaren ännu är inom avtalsspärrens tidsfrist och önskar överpröva ett tilldelningsbeslut, måste alltså denna utforma en formenlig överprövningsansökan. Överprövningsansökans innehåll måste delvis uppfylla vissa formkrav, 3 § FPL, men även kravet på ett visst sakligt innehåll enligt 4 § FPL. Enligt det senare lagrummet ska det i ansökan framgå vad som yrkas samt omständigheterna som åberopas till stöd för yrkandet. Om en ansökan är så pass ofullständig att den inte kan läggas till grund för en materiell prövning av domstolen, ska rätten förelägga klaganden att avhjälpa bristen. Om den enskilda misslyckas med detta kommer inte talan tas upp till prövning, 5 § FPL.

---

<sup>187</sup> Prop. 2021/22:120 s. 26. Se även Mellqvist (2020) s. 162 f. och Asplund et al (2012) s. 113 och 128.

<sup>188</sup> Prop. 2021/22:120 s. 26 ff. Se även Asplund et al (2012) s. 128 f.

I ett scenario där sökanden misstänker att det föreligger någon brist i det vinnande anbudet, är detta en sådan omständighet som ska anges vid ansökan. Det första problemet anbudsgivaren stöter på är således om omständigheterna denna åberopar i samband med överprövningsansökan, mot bakgrund av att denna inte tagit del av det vinnande anbudet, är för oprecist för att riskera avvisning mot bakgrund av 5 § FPL. Även i de fall då anbudsgivaren lyckas ta del av det vinnande anbudet efter en överklagan, riskerar det att vara för sent att utforma en formenlig överprövningsansökan på grund av den korta tidsfristen (avtalspärren) denna måste förhålla sig till.

#### *4.2.2 Domstolens processram i upphandlingsmål*

Formföreskriften i 4 § FPL är viktig, eftersom den tillsammans med 8 och 30 §§ FPL utgör processramen för vad rätten ska beakta och handlägga.<sup>189</sup> I 8 § FPL framgår domstolens utredningsansvar, vilket bland annat omfattar skyldigheten att klarlägga partens yrkande och vilka omständigheter denna gör gällande. Det slutliga avgörandet ska endast grundas på vad som har förekommit i målet och omständigheterna som legat till grund för beslutet ska klargöras i samband med att domstolen meddelar sitt avgörande, 30 § FPL. Huvudregeln vid förvaltningsmål är att allt som har förekommit under målets handläggning utgör processmaterial, oavsett av vem eller i vilket sammanhang det har presenterats.<sup>190</sup> Förvaltningsdomstolar är typiskt sett inte bunden till vad parterna faktiskt har åberopat.<sup>191</sup>

Vad gäller frågan om rätten ex officio kan ta upp omständigheter som inte åberopats av parterna själva är detta något som, enligt EU-domstolen, ska regleras i den nationella rättsordningen.<sup>192</sup> Frågan tillhör således den processuella autonomi, vilket innebär att det varken finns en skyldighet eller ett förbud enligt EU-rätten mot att domstolen ex officio beslutar att pröva felaktigheter som inte har åberopats.

Fastän huvudregeln är att domstolen inte är bunden till parternas åberopanden, har denna huvudregel frångåtts genom utveckling av HFD-praxis på upphandlingsområdet. I

---

<sup>189</sup> Prop. 2021/22:120 s. 26 samt von Essen (2016) s. 185.

<sup>190</sup> von Essen (2022), kommentar till 30 § FPL med huvudrubriken ”Omständigheter som förekommer i målet”, under rubriken ”Huvudregeln”.

<sup>191</sup> Jermsten, kommentaren till 30 § FPL och von Essen (2022), kommentar till 30 § FPL under rubriken ”Allmänt”.

<sup>192</sup> C-315/01, *GAT*, p. 46. Jfr. även RÅ 2009 ref. 69.

RÅ 2009 ref 69 berördes en överprövning av en upphandling enligt LOU, där den sökanden (förlorande anbudsgivaren) i länsrätten hade åberopat omständigheten att det vinnande anbudet inte uppfyllde ett av upphandlingsdokumentets ska-krav, vilket bör föranlett motparten (den upphandlande myndigheten) att kasta anbudet. I slutändan biföll länsrätten överprövningen, men gjorde detta mot bakgrund av en omständighet som inte hade åberopats av sökanden. Frågan som skulle besvaras av HFD var huruvida det var tillåtet för länsrätten att beakta icke-åberopade omständigheter till grund för domslutet.

Inledningsvis utredde domstolen om förvaltningsrättsprocessen, som kännetecknas av officialprincipen, kan innebära att rätten får beakta icke-åberopade omständigheter. Domstolen anförde att principens motsats är den så kallade förhandlingsprincipen, som innebär att ansvaret för utredningen åligger parterna. Domstolen resonerade att upphandlingsmål gäller ekonomiska förbindelser mellan enskilda näringsidkare och har därmed ett närmare samband med mål inom den allmänna processrätten som tillämpar förhandlingsprincipen. Mot denna bakgrund måste officialprincipen tillämpas på ett försiktigt sätt i dessa mål. Detta medför att sökanden som huvudprincip ska på ett ”klart sätt” ange vilka omständigheter denna grundar sin talan på.

HFD:s uttalanden har både i förarbeten och doktrin tolkats som att sökanden har ålagts en slags åberopsbörda för de faktiska omständigheter som denna grundar sin talan på.<sup>193</sup> Det räcker inte med att sökanden exempelvis åberopar att upphandlingen brister mot bakgrund av likabehandlingsprincipen (*abstrakt rättsfakta*<sup>194</sup>), utan sökanden måste åberopa de faktiska omständigheterna (*konkreta rättsfakta*<sup>195</sup>) denna grundar sin talan på.<sup>196</sup> Huvudregeln är således att domstolen är bunden av de faktiska sakförhållanden som åberopas av sökanden.

---

<sup>193</sup> Prop. 2021/22:120 s. 26, prop. 2009/10:180 s. 150 samt SOU 2015:12 s. 110 och 148. Se även Asplund et al (2012) s. 279 f., von Essen (2022), kommentar till 4 § FPL st. 1, under rubriken ”yrkanden och omständigheter”, Sandin (2009) s. 927 och fotnot 36 samt Mellqvist (2020) s. 159.

<sup>194</sup> Abstrakta rättsfakta är beskrivningarna i en rättsregel som leder till en viss rättsföljd. Enligt principen *jura novit curia* förutsätts att rätten känner till lagen och kan tillämpa en relevant rättsregel utifrån de konkreta rättsfakta som har anförts, se Asplund et al (2012) s. 283, Nordback (2010) s. 145 f. och 153 samt Lindell (2021) s. 127 f.

<sup>195</sup> Konkreta rättsfakta är faktiska omständigheter som är relevanta för att bedöma om det abstrakta rättsfaktumet är uppfyllt, prop. 1971/30 s. 519, von Essen (2016) s. 186 ff., Nordback (2010) s. 145 f., Asplund et al (2012) s. 282 f., samt Rappman (2019) s. 381 och 384.

<sup>196</sup> Nordback (2010) s. 145 samt Rappman (2019) s. 377 och 381. Vid dispositiva tvistemål delas rättsfakta in i så kallade *abstrakta* och *konkreta* sådana, se Nordh (2019(b)) s. 43 ff., von Essen (2016) s. 189 samt Ekelöf et al (2016), s. 13.

Hur högt ställt är kravet på att sökanden på ett klart sätt måste åberopa vilka omständigheter denna vill grunda sin talan på? Denna fråga besvaras inte ordagrant av HFD.<sup>197</sup> I målet hade sökanden angett att den upphandlande myndigheten hade antagit ett anbud som inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav, vilket borde medfört att anbudet skulle kastas. Sökanden anförde även att upphandlingen inte uppfyllde transparensprincipen, då myndigheten hade ändrat förutsättningarna för hur utvärderingen genomfördes genom att frånga det obligatoriska kravet och godta en lägre standard. I samband med detta åberopade sökanden en bilaga till upphandlingsdokumentet där de obligatoriska kraven framgick.

Nordback har uttalat sig om HFD-avgörandet och åberopsbördan i upphandlingsmål. Han anser att åberopandet av själva bilagan till upphandlingsdokumentet är en faktisk omständighet som sedan kan läggas till grund för den rättsliga kvalificeringen ("bristande transparens"), som rätten är förpliktad att göra mot bakgrund av *jura novit curia*.<sup>198</sup> Det borde enligt hans mening räcka med att sökanden åberopar delen av upphandlingsdokumentet som denna har invändningar mot, för att anse att denna har uppfyllt sin åberopsbörda.<sup>199</sup> Han anser däremot att en generell hänvisning till en handling inte räcker för att dessa kan betraktas som åberopade.<sup>200</sup>

Utifrån denna tolkning torde en sökande som anser att den upphandlande myndigheten har antagit ett anbud trots att det vinnande anbudet inte uppfyller samtliga ska-krav, dels behöva hänvisa till upphandlingsdokumentet där ska-kraven framgår, dels ungefär var i det vinnande anbudet som en brist kan påträffas. På detta sätt kan sökanden anses ha uppfyllt åberopsbördan. Domstolen förpliktas därmed att undersöka de åberopade delarna av anbudet efter eventuella brister och utröna om något av dessa uppfyller ett abstrakt rättsfaktum (exempelvis att beslutet strider mot likabehandlingsprincipen).

---

<sup>197</sup> Av denna orsak skulle det vara intressant att undersöka hur förvaltningsdomstolar förhåller sig till åberopsbördan och vilka krav som typiskt sett ställs på sökandens åberopanden. Detta skulle kunna ske genom att undersöka hur sökanden har fört sin talan i understanser och vilka av dessa som ansetts uppnå kravet på "ett klart sätt". Att utgå från underinstansavgöranden bör även vara godtagbart, eftersom HFD sällan beviljar prövningstillstånd för upphandlingsmål. Enligt förarbeten anses underinstansernas domar (förvaltnings- och kammarrätter) av denna anledning ha viss prejudicerande verkan, SOU 2013:12 s. 349. Eftersom det är fullt möjligt att skriva ett fristående examensarbete om detta så har jag valt att lämna frågan därhän.

<sup>198</sup> Jfr. fotnot 194 samt Nordback (2009) s. 146 f. och 148 f.

<sup>199</sup> Nordback (2009) s. 146 f., 148 och 157. Jfr. Asplund et al (2012) s. 284 f., som verkar hålla med om Nordbacks uppfattning.

<sup>200</sup> Jfr. Nordback (2009) s. 159 samt fotnot 52 däri.

Melvås är av en annan åsikt, och anser att det inte räcker med att sökanden enbart åberopar i vilken del av en bilaga eller handling som en eventuell brist kan påträffas. Detta eftersom en sådan tolkning däribland skulle innebära att det endast föreligger en åberopsbörda i förhållande till positiva rättsfakta och inte negativa sådana. I stället anser han att det krävs att den sökanden preciserar på vilket sätt som bristen manifesteras, exempelvis genom att förtydliga på vilket sätt som tilldelningsbeslutet strider mot likabehandlingsprincipen.<sup>201</sup>

Mot bakgrund av rättspraxisutvecklingen som har ägt rum sedan dessa motstående åsikter framfördes, framstår det som att Melvås uppfattning om åberopsbördans omfattning är mer förenlig med gällande rätt.<sup>202</sup> Obeaktat detta, anser jag att oavsett vilken uppfattning man ansluter sig till och vilken av dessa som kan betraktas som mer förenlig med gällande rätt, kräver båda uppfattningar att sökanden måste fått viss insyn i det vinnande anbudet för att undersöka om det finns några brister. Utifrån Nordbacks uppfattning torde det krävas att sökanden åberopar relevanta handlingar där bristerna framgår, exempelvis upphandlingsdokumentet med de obligatoriska kraven, samt med viss precision var i det vinnande anbudet som bristen kan påträffas. För att kunna få en överprövningsansökan beviljad utifrån en sådan tolkning, krävs det att sökanden har fått tillgång till antingen hela eller åtminstone delar av det vinnande anbudet. Enligt Melvås uppfattning är kraven för precision något högre ställda, då det inte räcker med att på ett ungefärligt sätt utpeka den relevanta delen av det vinnande anbudet, utan sökanden måste även förtydliga på vilket sätt som upphandlingen har överträtt en LOU-bestämmelse, exempelvis likabehandlingsprincipen. För att kunna uppnå sådan precision, krävs otvivelaktigt tillgång till det vinnande anbudet.

Mot bakgrund av det ovannämnda, räcker det troligtvis inte med att sökanden blott anför att det vinnande anbudet inte uppnår de obligatoriska kraven och att beslutet därmed

---

<sup>201</sup> Melvås (2013) s. 39 f.

<sup>202</sup> Fastän jag inte vill förta spänningen av motstående åsikter i litteraturen, har den senare rättsutvecklingen genom HFD 2015 ref 55 samt HFD 2018 ref 28 (jfr. avsnitt 4.3.2) behandlat åberopsbördan, men då i förhållande till utredningsskyldigheten i 8 § FPL. Numera uppställer HFD 2018 ref 28 ett krav på att infordrande- och granskningsskyldigheten som åligger denna mot bakgrund av 8 § FPL, endast omfattar omständigheterna som sökanden har åberopat. Denna slutsats i kombination med tydlighetskravet från HFD 2015 ref 55, medför att det troligtvis inte räcker med ett generellt påstående om att det föreligger en brist i det vinnande anbudet för att en omständighet ska anses vara åberopad.

strider mot likabehandlingsprincipen. Enligt min mening stöds denna slutsats av HFD:s uttalanden i RÅ 2009 ref 69, då ett sådant förhållningssätt till kravet att på ett ”klart sätt” ange en omständighet, knappast framstår som rimlig – särskilt då upphandlingsmål av HFD har konstaterats ha mer likheter med den allmänna processen. Det torde åtminstone krävas att sökanden kan specificera vilket ska-krav i upphandlingsdokumentet som det vinnande anbudet inte uppfyller. För att kunna göra detta, måste anbudsgivaren ha kännedom om att det vinnande anbudet innehåller en sådan brist, vilket givetvis underlättas om denna har tillgång till anbudet.

För att kunna kontrollera att de obligatoriska kraven uppfylls och för att uppfylla sin åberopsbörda, behöver sökanden alltså inte enbart upphandlingsdokumentet som denna fick tillgång till genom att delta i upphandlingen, men även dokument som styrker bristens förekomst, vilket rimligtvis framgår i det vinnande anbudet. Finns det då möjligheter att under en överprövningsprocess få tillgång till anbudet?

### *4.2.3 Insynsmöjligheter genom kommunikering och partsinsyn*

#### *4.2.3.1 Kommunikeringsbestämmelserna*

En möjlighet för sökanden att få ta del av det vinnande anbudet under en överprövningsprocess, är genom att utnyttja kommunikeringsmöjligheten som erbjuds enligt FPL. När sökanden erhåller svaromålet från svaranden (upphandlande myndigheten), kan sökanden begära att få ta del av bilagor som den upphandlande myndigheten har skickat in till rätten enligt kommunikeringsregeln i 12 § FPL.<sup>203</sup> Det är även möjligt att få ta del av övriga handlingar som har tillförts målet under hela målets handläggningstid, jämför 18 § FPL.<sup>204</sup> Här bör däremot uppmärksammas att tiden då det är möjligt att kommunicera inlagor, mot bakgrund av det lagstadgade skyndsamhetskravet, är avsedd att vara begränsad och rätten ska vara restriktiv med att bevilja anstånd för yttranden.<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> För materialet som inkommer i svaromålet gäller 12 § FPL, det vill säga materialet genom vilket målet har anhängiggjorts (11 § FPL). Annat material som tillkommer under målets handläggning kan i stället kommuniceras med den allmänna kommunikeringsregeln i 18 § FPL, se von Essen (2022), kommentar till 18 § FPL, under rubriken ”Allmänt”.

<sup>204</sup> Denna bestämmelse kan bli aktuell när domstolen genom antingen sin utredningsskyldighet alternativt editionsföreläggande har fordrat in handlingar, jfr. HFD 2018 ref 28.

<sup>205</sup> Prop. 2021/22:120 s. 31 f. och 84.

Syftet bakom kommuniseringsreglerna är att bereda parten en möjlighet att yttra sig över materialet som har skickats in, oavsett om det är svaranden eller tredje part som har skickat in denna.<sup>206</sup> Om sökanden har åberopat att det vinnande anbudet inte uppfyller vissa obligatoriska krav, kommer svaromålet sannolikt innehålla sakinvändningen att detta inte stämmer, följt av att den upphandlande myndigheten åberopar anbudshandlingen som bevis för att stödja detta, jämför 11 § FPL. Det är i sådana fall denna handling som sökanden har ett intresse av att kommuniceras.

Den allmänna kommuniseringsregeln i 18 § FPL är viktig eftersom den utgör ett skydd för rättssäkerhetsaspekten vid förvaltningsprocesser. Genom att få ta del av handlingarna som tillförts målet, kan sökanden säkerställa att utredningen sker ordentligt och eftersom det är utifrån denna som ett avgörande grundas på; ett materiellt riktigt avgörande. Parten får möjlighet att komma till tals, men även möjligheten att tillvarata sina intressen genom att vara informerad om det som har anförts av motparten.<sup>207</sup>

Det är domstolen som bedömer om kommunikering ska tillåtas. Kommunikering av svaromålet och dess bilagor ska endast underlåtas när det är obehövligt (12 § FPL) och kommunikering av övrigt material som tillförts målet enligt 18 § FPL ska underlåtas om något av undantagen enligt 10 § stycke 2 punkt 1–4 föreligger.<sup>208</sup> Däremot kan sekretessbelagda uppgifter undantas från kommunikeringen enligt 19 § FPL och en bedömning ska då utgå från 10 kap. 3 § OSL. Enligt bestämmelsen ska kommunikering endast underlåtas om det av hänsyn till ett enskilt intresse är av synnerlig vikt att uppgiften inte röjs samt att ett sådant röjande inte skulle innebära allvarlig skada för den enskilde (vinnande anbudsgivaren). En sådan reglering talar för att sekretessintresset ofta får vika för sökandens rätt till insyn i målet, men det är värt att nämna att affärshemligheter har ansetts uppfylla kravet på synnerlig vikt under en överprövning av en upphandling.<sup>209</sup>

---

<sup>206</sup> Asplund et al (2012) s. 128 f. Jfr. von Essen (2022), kommentar till 12 § FPL, under rubriken "Föremålet för kommunikation" samt kommentar till 18 § FPL, under rubriken "Föremålet för kommunikation".

<sup>207</sup> Jfr. prop. 1971:30 s. 543 f. samt von Essen (2022), kommentar till 18 § FPL, under rubriken "Allmänt".

<sup>208</sup> Underlåtelse är tillåtet om det antingen: inte finns anledning att anta att talan kommer att bifallas helt eller delvis, om underrättelse annars är uppenbart onödig, om motparten är en förvaltningsmyndighet och en underrättelse är onödig eller om det kan befaras att underrättelse skulle avsevärt försvåra genomförandet av beslut i målet. Om man jämför dessa olika undantag med undantaget i 12 § FPL, framstår 12 § som strängare (jfr. "om det ej är obehövligt").

<sup>209</sup> Se HFD 2018 ref 28.

Med detta i åtanke, har alltså anbudsgivaren en möjlighet att få ta det vinnande anbudet som följer med som bilaga i svaromålet enligt 12 § FPL, men även om den inkommer senare under målets handläggning, se 18 § FPL. Denna möjlighet begränsas dock av 10 kap. 3 § OSL.

#### 4.2.3.2 Partsinsyn

Även rätten till partsinsyn kan möjliggöra sökanden att få ta del av inlagorna som har tillförts målet, 43 § FPL. Det är värt att nämna att möjligheten att utnyttja partsinsyn är något som ska yrkas av sökanden, medan kommunikation enligt 18 § FPL ska ske obeaktat sökandens begäran.<sup>210</sup> Likt vad som gäller för kommuniseringsreglerna, kan partsinsynen begränsas enligt 10 kap. 3 § OSL om handlingen anses innehålla sekretessbelagda uppgifter, 43 § FPL. Det är således en kollisionssnorm som reglerar å ena sidan den enskildes intresse av att sekretessen upprätthålls, å andra sidan sökandens intresse av att få insyn i ärendet.<sup>211</sup>

Till skillnad mot syftena som gav upphov till handlingsoffentligheten och dess begränsning genom sekretessregeln 31 kap. 16 § OSL, framhävs i partsinsynen vikten av att en part får ta del av sådant material som ingår vid en pågående prövning. Detta är separat från insynsintresset som aktualiseras vid en begäran av allmänna handlingar enligt TF, då begäran grundas på en rätt som föranleds av FPL.<sup>212</sup> Offentligheten ska endast i undantagsfall vika till förmån för ett starkt sekretessintresse och begränsningen av partsinsynen ska tillämpas restriktivt.<sup>213</sup>

Partsoffentligheten motiveras av att enskilda ska få ta del av handlingarna för att kunna tillvarata sin rätt under en process och har ansetts vara en allmän rättsgrundsats i såväl nationell rätt som EU-rätt.<sup>214</sup> Mot bakgrund av intresset för parten att få ta del av materialet i en pågående process där denna avser tillvarata sin rätt, torde möjligheten att få ta del av handlingarna vara bättre än vid en begäran av allmänna handlingar. Eftersom partsinsynen kan utnyttjas oavsett om handlingen i fråga är att anses som allmän,

---

<sup>210</sup> von Essen (2022) kommentar till 43 § FPL, under rubriken ”Allmänt”.

<sup>211</sup> Se Prop. 2016/17:180 s. 77.

<sup>212</sup> Jfr. von Essen (2022) kommentar till 19 § FPL och Strömberg och Lundell (2019) s. 56 f. och 64.

<sup>213</sup> Se RÅ 1994 ref 79, prop. 1971:30 s. 425 f. samt prop. 2006/07:128 s. 268 f.

<sup>214</sup> Se Strömberg och Lundell (2019) s. 86 och Ahola (2018) s. 166 f. Se även prop. 1971:30 s. 561 f. samt prop. 2016/17:180 s. 77 f.



offentlig, sekretessbelagd eller ingetdera<sup>215</sup>, har alla klagande anbudsgivare samma möjligheter att begära partsinsyn, oavsett om den upphandlande myndigheten omfattas av offentlighetsprincipen eller inte.

Om rätten beslutar att partsinsynen ska begränsas för att affärssekretessen väger tyngre, måste domstolen i stället ge parten upplysning om vad materialet innehåller, 10 kap. 3 § st. 1 OSL. Detta ska ske i den utsträckning som krävs för att se till att parten kan ta till vara sin rätt, samtidigt som det är av vikt att se till att det inte sker någon allvarlig skada för intresset som sekretessen var avsedd att skydda. Att uppgifterna skulle ha betydelse för målets avgörande, föranleder ingen annan bedömning.<sup>216</sup>

Den förlorande anbudsgivaren kan alltså få ta del av handlingarna genom att antingen (1) få oinskränkt tillgång till anbudet via partsinsynen, (2) få ta del av dess innehåll genom att domstolen alternativt en sakkunnig granskar anbudet<sup>217</sup>, (3) erhålla anbudet med förbehåll<sup>218</sup> eller genom att (4) erhålla anbudet med förbehåll där endast sökandes ombud kan få ta del av innehållet<sup>219</sup>. Enligt scenario 2–4 kan domstolen tillförsäkra att anbudshandlingarna granskas, samtidigt som sekretessen upprätthålls för anbudsgivaren.

Det är värt att nämna att det mot bakgrund av ett EU-avgörande kan utläsas att förvaltningsrätten potentiellt måste be om ett yttrande från den vinnande anbudsgivaren, innan denna låter sökanden få ta del av anbudshandlingen.<sup>220</sup> Kan detta tala för att den vinnande anbudsgivaren även vid en överprövningsprocess har möjligheten att, likt upplägget vid sekretessprövningen vid 31 kap. 16 § OSL, påverka i vilken utsträckning dessa handlingar kan lämnas ut? Än så länge verkar inte det föreligga en sådan skyldighet enligt svensk rättspraxis. Om ett sådant upplägg i praktiken utnyttjas, riskerar sekretessbedömningen att förfogas av anbudsgivaren själv, likt vad som gäller vid en tillämpning av 31 kap. 16 § OSL.

---

<sup>215</sup> Jfr. prop. 2016/17:180 s. 80, Ahola (2018) s. 166 f. samt von Essen, kommentar till 43 § FPL, under rubriken ”Föremålet för partsinsyn”.

<sup>216</sup> Geijer, Liljeqvist & Lundahl (2021) s. 62.

<sup>217</sup> Se HFD 2018 ref 28.

<sup>218</sup> 10 kap. 4 § OSL och prop. 1971:30 s. 424.

<sup>219</sup> Prop. 1971:30 s. 425 f och 433.

<sup>220</sup> Jfr. C-450/06, *Varec*, p. 54.

#### 4.2.3.3 Begränsningar

Som behandlats ovan, är det möjligt för anbudsgivaren att ta del av materialet som har tillförts målet under handläggningstiden genom såväl partsinsyn som kommuniceringsreglerna. Delvis är kommuniceringsmöjligheten något som kan aktualiseras redan i samband med att svaromålet inkommer, men svaranden kan även få ta del av annat material som inkommit ända fram till tidpunkten då rätten anser att målet är redo för avgörande.

Både kommuniceringsreglerna samt partsinsynen ska begränsas mot bakgrund av 10 kap. 3 § OSL, jämför 19 och 43 §§ FPL. Som fastställts ovan, krävs det att det enskilda intresset är av synnerlig vikt för att en sekretessbelagd uppgift inte ska röjas, och denna inskränkning ska tillämpas restriktivt. Detta talar för att sekretessintresset ofta får ge vika till förmån för insynsintresset. Mot bakgrund av detta, möjliggör kommuniceringsreglerna och partsinsynen tämligen goda möjligheter för sökanden att få ta del av och granska det vinnande anbudet. Huruvida handlingarna faktiskt har tillförts målet är dock en annan fråga.

För att sökanden ska kunna utnyttja insynen som möjliggörs genom kommuniceringsreglerna och partsinsynen, förutsätts att det vinnande anbudet har tillförts målet – det vill säga att den över huvud taget finns hos överprövningsinstansen. Om anbudet inte återfinns hos förvaltningsrätten, exempelvis eftersom den upphandlande myndigheten inte har skickat in det vinnande anbudet, kan varken partsinsynen eller kommuniceringsreglerna möjliggöra anbudsgivaren att få ta del av anbudet.

Hur kan då sökanden se till att det vinnande anbudet inkommer till domstolen? Två HFD-avgöranden<sup>221</sup> har fastställt att domstolen *kan* åläggas en skyldighet att infordra handlingar, obeaktat om dessa innehåller sekretessbelagda uppgifter, mot bakgrund av dess utredningsskyldighet enligt 8 § FPL. Det finns även en möjlighet för sökanden att yrka att den upphandlande myndigheten ska föreläggas att förete en sekretessbelagd handling (*editionsföreläggande*).

Mot denna bakgrund, utreds i nästföljande avsnitt den sökandens möjligheter att begära att det vinnande anbudet infordras genom domstolens utredningsskyldighet. Även editionsföreläggande och dess förhållande till utredningsskyldigheten utreds i avsnitt 4.4.

---

<sup>221</sup> HFD 2015 ref 55 och HFD 2018 ref 28.

### 4.3 Utredningsskyldigheten i upphandlingsmål

Utgångspunkten vid förvaltningsprocesser är att det till skillnad från rättsförfaranden i allmän domstol ofta åligger rätten en utredningsskyldighet, 8 § FPL.<sup>222</sup> Detta har sitt ursprung i den så kallade officialprincipen, som innebär att domstolen ska sörja för att målet blir tillräckligt utrett innan det avgörs.<sup>223</sup> Mot bakgrund av att FPL är tillämplig i vitt skilda ärenden, varierar officialprincipens omfattning från ärende till ärende, särskilt med beaktande av processföremålets natur och partsförhållandena i målet.<sup>224</sup>

En fråga som inte sällan aktualiseras i samband med upphandlingsmål, är vilket utrymme domstolen har att processleda parterna, eller för den delen sörja för att målet blir tillräckligt utrett.<sup>225</sup> En sådan skyldighet kan innefatta åtgärder såsom att uppmuntra parten om att berika eller förtydliga dennes talan och kan även i vissa fall medföra en skyldighet för rätten att fordra in och granska handlingar från andra myndigheter.<sup>226</sup>

Vilka förutsättningar måste föreligga för att aktualisera denna skyldighet, och är det ett tänkbart alternativ för sökanden att få ta del av handlingar som belagts med sekretess? För att utreda detta, utreds utredningsskyldighetens omfattning vid upphandlingsmål, som har utvecklats i praxis.

#### 4.3.1 *Varec-målet*

Utredningsskyldigheten inom ramen för en överprövningsprocess har inte utvecklats i ett vakuum, utan denna skyldighet har uppstått i kölvattnet av C-450/06, *Varec*, som berörde balansen mellan insyns- och sekretessintresset.

I målet hade företaget Varec (sökanden) deltagit i ett anbudsförfarande avseende byggandet av stridsvagnar, men förlorat upphandlingen till det konkurrerande företaget D. Sökanden begärde en överprövning av tilldelningsbeslutet och i samband med detta lämnade den upphandlande myndigheten in handlingar till prövningsorganet,

---

<sup>222</sup> När utredningsskyldigheten diskuteras, är det den som åläggs en förvaltningsdomstol i samband med en överprövning av en upphandling. Det är således *inte* den upphandlande myndighetens utredningsskyldighet som avses.

<sup>223</sup> Jfr. Asplund et al (2012) s. 280 f., Rosén Andersson et al (2020) s. 916 samt von Essen (2022), kommentar till 8 § FPL st. 1, under rubriken "officialprincipens förhållande till bevisbördesreglerna".

<sup>224</sup> Prop. 2012/13:45 s. 113 och prop. 1971:30 s. 526 ff. Jfr. prop. 2016/17:180 s. 148.

<sup>225</sup> Jfr. prop. 2009/10:180 s. 204 samt Mellqvist (2020) s. 164.

<sup>226</sup> Prop. 1971:30 s. 530 och 580. Se nedan HFD 2015 ref 55 och HFD 2018 ref 28.

exkluderande företag D:s anbud. Sökanden begärde under överprövningen att företag D:s anbudshandlingar skulle överlämnas till rätten av den upphandlande myndigheten, vilket skedde med undantag för vissa uppgifter som företag D begärt den upphandlande myndigheten att återlämna till denna. Den upphandlande myndigheten rekommenderade att i det fallet förlorande anbudsgivaren önskar få ta del av dessa handlingar, får den be företag D om att erhålla dessa – en begäran som företag D, föga förvånande, avböjde. Mot denna bakgrund begärde den nationella domstolen ett förhandsavgörande. Frågan denna hänsköt till EU-domstolen, var om det åligger den nationella domstolen att upprätthålla den konfidentiella behandlingen (och därmed skyddet för affärshemligheter) i de handlingar som parterna, inkluderande den upphandlande myndigheten, överlämnar till domstolen, när domstolen själv kan ta del av och beakta uppgifterna.<sup>227</sup>

EU-domstolen valde att dela upp frågan i två delar: Kan domstolen besluta att inte lämna ut handlingar som innehåller kommersiellt känsliga uppgifter?<sup>228</sup> Om svaret är jakande, hur förhåller sig en sådan insynsbegränsning med den sökandens rätt till en effektiv prövning och en rättvis rättegång?<sup>229</sup>

EU-domstolen tog avstamp i det huvudsakliga syftet som ligger bakom offentlig upphandling: att främja en sund konkurrens i alla medlemsstater. För att säkerställa detta mål är det viktigt att upphandlande myndigheter inte lämnar ut information som kan användas för att snedvrیدا konkurrens, vare sig det gäller en pågående upphandling eller en framtida sådan.<sup>230</sup> Vidare ansåg domstolen att det föreligger en viss förtroenderelation mellan den upphandlande myndigheten och näringsidkarna som deltar vid offentliga upphandlingar, och det ska således inte föreligga någon rädsla för att dessa uppgifter lämnas ut till tredje man som kan medföra skada för dessa. Av denna orsak ska det finnas en möjlighet för domstolen att inte lämna ut sådan konfidentiell information, förutsatt att detta är nödvändigt för att säkerställa skyddet för en sund konkurrens eller för ekonomiska aktörers legitima intressen som avses i gemenskapsrätten.<sup>231</sup> Ett sådant intresse är skyddet för yrkeshemligheter, som enligt EU-domstolen är en EU-rättslig grundprincip.<sup>232</sup>

---

<sup>227</sup> C-450/06, *Varec*, p. 21.

<sup>228</sup> C-450/06, *Varec*, p. 28–43

<sup>229</sup> C-450/06, *Varec*, p. 42–52.

<sup>230</sup> C-450/06, *Varec*, p. 34–35.

<sup>231</sup> C-450/06, *Varec*, p. 43.

<sup>232</sup> C-450/06, *Varec*, p. 47–49 och 53.

Mot denna bakgrund bedömde EU-domstolen att den upphandlande myndighetens beslut att inte lämna ut handlingarna till sökanden, *inte* per automatik är oförenlig med dennes rättigheter enligt EU-rätten. Däremot, måste en sådan behandling av konfidentiella uppgifter ske mot bakgrund av den sökandens rätt till ett effektivt rättsligt skydd. Detta innefattar bland annat skyldigheten för domstolen att ha tillgång till den information som krävs för att kunna avgöra målet, inklusive kommersiellt känsliga uppgifter.<sup>233</sup> I slutändan bedömde EU-domstolen att övervältra avvägningen som ska ske mellan den enas rätt till information och den andres rätt till skydd för sina affärshemligheter, på de nationella prövningsorganen. Det är dessa intressen som står i centrum, men bedömningen ska även genomsyras av upphandlingsregelverkets bakomliggande syften såsom sund konkurrens samt den sökandens rätt till ett effektivt rättsligt skydd.

I rättsfallet uppmärksammades den konflikt som kan uppstå, när en klagande anbudsgivare önskar få ta del av anbudshandlingar för att kontrollera upphandlingens förenlighet med upphandlingsregelverken, samt den vinnande anbudsgivarens intresse av att upprätthålla skydd för sina affärshemligheter. Genom rättsfallet har nationella domstolar ålagts en skyldighet att väga dessa intressen mot varandra vid en överprövning.

#### *4.3.2 Högsta förvaltningsdomstolens utveckling av utredningsskyldigheten*

Mot bakgrund av Varec-målet, har HFD utvecklat en viss *infordrande- och granskningsskyldighet* för prövningsorgan under ett överprövningsförfarande. Dessa skyldigheter kan åläggas prövningsorganet mot bakgrund av utredningsskyldigheten enligt 8 § FPL och har utformats i Avonova<sup>234</sup>- och Telenor-målet<sup>235</sup>.

I det så kallade Avonova-målet hade sökanden (Avonova) efter utvärderingen placerats på andra plats. För att kontrollera att upphandlingen hade gått rätt till, begärde Avonova ut det vinnande anbudet mot bakgrund av TF, varav den upphandlande myndigheten lämnade ut handlingen med undantag för uppgifter denna bedömde omfattades av sekretess. Avonova överklagade sekretessbeslutet, men fick avslag mot bakgrund av att ett röjande av uppgifterna skulle leda till skada för den vinnande

---

<sup>233</sup> C-450/06, *Varec*, p. 52–53.

<sup>234</sup> HFD 2015 ref 55.

<sup>235</sup> HFD 2018 ref 28.

anbudsgivaren. Parallellt med att Avonova försökte begära ut det omaskerade anbudet från kammarrätten, ansökte denna om överprövning av upphandlingen hos förvaltningsrätten, och yrkade däribland att den upphandlande myndigheten skulle föreläggas att förete de sekretessbelagda avsnitten av anbudet (*editionsföreläggande*). I HFD anförde Avonova bland annat att intresset för sökanden att få ta del av det vinnande anbudet är stark, mot bakgrund av att det annars hindrar dennes tillgång till effektivt rättsmedel. HFD ansåg att yrkandet om editionsföreläggande skulle behandlas efter domstolens bedömning om de sekretessbelagda uppgifterna borde ha fordrats in (*infordrandeskyldigheten*) mot bakgrund av dess utredningsskyldighet enligt 8 § FPL.<sup>236</sup>

Avonova-målet behandlade situationen där en part inte lyckades få ta del av uppgifterna som hade sekretessbelagts hos den upphandlande myndigheten, även efter en överklagan till kammarrätten. Av denna anledning behövde HFD resonera kring rättsläget angående domstolens utredningsansvar när sekretessbelagda handlingar inte har lämnats ut till sökanden av den upphandlande myndigheten, och inte heller återfinns hos domstolen. Denna skyldighet ansågs aktiveras i den utsträckning uppgifterna krävs för att prövningsorganet ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning. Mot denna bakgrund bedömde HFD att domstolen kan bli skyldig att fordra in relevanta uppgifter från den upphandlande myndigheten (*infordrandeskyldigheten*), för att därefter bedöma om uppgifterna kan kommuniceras enligt 18 § FPL alternativt genom rätten till partsinsyn enligt 43 § FPL. En eventuell begränsning av kommunikationsreglerna samt rätten till partsinsyn ska även bedömas av rätten i enlighet med 10 kap. 3 § OSL. Om ett infordrande beviljas genom utredningsskyldigheten, behöver inte prövningsorganet ta ställning till yrkandet om edition.

Rättsfallet återspeglar de överväganden som EU-domstolen förde i Varec-målet; det vill säga att prövningsorganet kan bli skyldiga att fordra in och göra en avvägning mellan den sökandens rätt att få ta del av uppgifterna samt den vinnande anbudsgivarens affärssekretess. I avgörandet uppställde domstolen tre krav som sökanden måste uppfylla för att prövningsorganet ska förpliktas att fordra in uppgifter enligt 8 § FPL: (1) sökanden ska på ett klart sätt ange omständigheterna som denna grundar sin talan på, (2) sökanden ska utan framgång ha försökt få tillgång till uppgifterna från den upphandlande

---

<sup>236</sup> Jfr. C-450/06, *Varec*, p. 53 och 55.

myndigheten<sup>237</sup> och (3) uppgifterna ska krävs för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning.

I Telenor-målet har HFD vidareutvecklat skyldigheten som kan åläggas domstolen att granska ett vinnande anbud som innehåller sekretessbelagda uppgifter. Detta sker för att säkerställa att en sökande som inte själv får granska anbudet mot bakgrund av 10 kap. 3 § OSL, ska få möjlighet att ta till vara sin rätt. Hädanefter kallas detta för granskningskyldigheten.

Telenor-målet berörde en situation där kammarrätten inom ramen för ett överprövningsförfarande hade fordrat in de sekretessbelagda delarna av anbudet från den upphandlande myndigheten, men valt att inte kommunicera den till parten mot bakgrund av att partsinsynen begränsades. Telenor (sökanden) ansåg att det förelåg omständigheter som talade för att det vinnande anbudet inte uppfyllde samtliga ska-krav i upphandlingen, däribland mot bakgrund av att anbudet var betydligt lägre prissatt än övriga anbud. Sökanden anförde att rätten till en effektiv prövning borde möjliggöra en anbudsgivare som deltagit i en upphandling att granska och kontrollera det vinnande anbudet. En sådan möjlighet skulle möjliggjort sökanden att precisera sin talan och argumentera för att en överträdelse av LOU var för handen.

HFD konstaterade att fastän ett infordrande av det vinnande anbudet sker av domstolen, innebär inte detta att sökanden får en obegränsad rätt att granska anbudet.<sup>238</sup> Här ska en avvägning mellan insyns- och sekretessintresset ske enligt 10 kap. 3 § OSL. Om domstolen väljer att inte kommunicera anbudet till sökanden, måste den lämna upplysning om vad den innehåller så att denna kan ta till vara sin rätt, vilket sker genom att domstolen granskar handlingen efter brister enligt granskningskyldigheten. HFD fastslog att granskningen endast ska ske mot bakgrund av *skälen* till att det vinnande anbudet hämtades in. Vid ett läsande av Telenor-målet mot bakgrund av Avonova-målet och RÅ 2009 ref 69, verkar dessa ”skäl” avse de omständigheter som sökanden har

---

<sup>237</sup> Detta framgår av ”... vad som rimligen kan anses ankomma på en sökande för att få ta del av de uppgifter som bolaget utgör stöd för dess talan”, se HFD 2015 ref. 55. Om sökanden inte försökt erhålla den efterfrågade handlingen hos den upphandlande myndighet, ansågs inte detta krav vara uppfyllt enligt Förvaltningsrätten i Stockholm dom 2017-01-18 i mål nr 15872-16 och 16132-16. Det framgår inte i avgörandet om det krävs att sökanden har överklagat sekretessbeslutet till kammarrätten för att anses uppfylla detta krav.

<sup>238</sup> Jfr. C-450/06, *Varec*, p. 51.

åberopat under målets handläggning.<sup>239</sup> Detta innebär att en eventuell brist i det vinnande anbudet som domstolen upptäcker under granskningen inte får beaktas, såvida inte sökanden själv har åberopat bristen.

Sammanfattningsvis, kan utredningsskyldigheten mot bakgrund av Avonova- och Telenor-målen utgöra en möjlighet för sökanden att fordra in anbudet och därefter få tillgång till den genom partsinsynen eller kommuniseringsreglerna. Däremot kan insynsmöjligheten begränsas mot bakgrund av 10 kap. 3 § OSL, exempelvis genom att granskningen i stället genomförs av domstolen och att denna endast sker mot bakgrund av omständigheterna som sökanden tidigare har åberopat (granskningsskyldigheten). Detta begränsar sökandens möjlighet att själv kontrollera det vinnande anbudet efter eventuella brister. Om något kräver detta upplägg att klagande redan har viss insyn i det vinnande anbudet och bristen däri. För att kunna aktivera infordrandeskyldigheten måste ju sökanden, enligt tydlighetskravet i Avonova-målet, ha uppfyllt sin åberopsbörd i förhållande till bristen som påstås föreligga.

Om den sökanden inte får tillgång till det vinnande anbudet framstår utredningsskyldigheten främst som ett verktyg för sökanden att fordra in bevis för att den befarade bristen som ursprungligen åberopats föreligger.<sup>240</sup> Den erbjuder således ingen möjlighet för sökanden att granska anbudet för att utröna om det föreligger andra eventuella brister. Att det ligger till på detta sätt kan även uppfattas mot bakgrund av att icke-åberopade brister som domstolen råkar upptäcka vid sin granskning inte får beaktas.

Mot bakgrund av det ovanstående, krävs således inte enbart att sökanden måste ha åberopat sina grunder på ett tillräckligt klart sätt för att aktivera infordrandeskyldigheten, men dessa åberopanden kan även begränsa granskningsskyldigheten som kan åläggas domstolen enligt 10 kap. 3 § OSL. Om domstolen fordrar in och granskar anbudet åt sökanden, möjliggör knappast utredningsskyldigheten enligt 8 § FPL sökanden en obegränsad rätt att få ta del av anbudet och kontrollera dess förenlighet med upphandlingsregelverket.

---

<sup>239</sup> Jfr. Nord, kommentaren till 20 kap. 6 § LOU.

<sup>240</sup> Jfr. Rappman (2019) s. 392 ff.



#### 4.4 Editions föreläggande – en alternativ infordrandegrund

En annan möjlighet att fordra in handlingar, inklusive sekretessbelagda uppgifter, är genom editionsförelägganden. Mot bakgrund av Avonova-målet ska ett yrkande om edition prövas efter att möjligheten att fordra in uppgifterna genom domstolens utredningsskyldighet har prövats.

Editionsreglerna framgår i 20 § FPL, som hänvisar till de relevanta reglerna i RB, 38 kap. 1–5 och 7–9 §§. Ett editionsföreläggande innebär att en part kan anses vara skyldig att förete en handling om handlingen har betydelse som bevis, 38 kap. 2 § RB och 38 kap. 4 § RB. Denna editionsplikt kan åläggas såväl motparten (upphandlande myndigheten) som tredje man (vinnande anbudsgivaren).<sup>241</sup>

Om handlingen är allmän enligt 2 kap. 4 § TF, måste däremot grunden för editionsföreläggandet vara 38 kap. 8 § RB, vilket kan aktualiseras obeaktat om den är offentlig eller sekretessbelagd.<sup>242</sup> Detta kan vara fallet om anbudet ligger hos en upphandlande myndighet som omfattas av offentlighetsprincipen. Det finns även en möjlighet att begära ut uppgifter från en upphandlande myndighet som inte omfattas av offentlighetsprincipen, se 38 kap. 2 och 4 §§ RB.

För att sökandens editionsbegäran ska bifallas behöver sökanden däribland kunna identifiera den relevanta handlingen och anföra varför den är av relevans för ett åberopat bevisstema.<sup>243</sup> Om sökandens begäran uppfyller samtliga krav, kommer även prövningsorganet i ett andra steg bedöma om begränsningen i 10 kap. 3 § OSL hindrar sökanden att få ta del av uppgifterna i det infordrade, vinnande anbudet.<sup>244</sup> Det är värt att nämna att det finns en inskränkning i editionsplikten som föreskrivs i 38 kap. 2, 4 samt 8 §§ RB, om det som begärs innehåller yrkeshemligheter.<sup>245</sup> I dessa fall lämnas inte sådana uppgifter ut, såvida det inte föreligger någon synnerlig anledning som talar för motsatsen.

---

<sup>241</sup> Jfr. Nordh (2019(a)) s. 105 ff. och Ekelöf et al (2016) s. 259.

<sup>242</sup> Asplund et al (2012) s. 352 f., Nordh (2019(a)) s. 109 och Ekelöf et al (2016) s. 262.

<sup>243</sup> Se bland annat NJA 1959 s. 230 och NJA 1998 s. 590 I. För kravet att sökanden ska kunna identifiera och anföra varför det är av relevans för bevisstemat, se Asplund et al (2012) s. 353. Jfr. även Nordh (2019(a)) s. 105 ff., Ekelöf et al (2016) s. 264 samt Ribbing (2018) s. 145 f. Se även Ekelöf et al (2016) s. 263 ff. för en fullständig redogörelse för samtliga krav som sökanden måste uppfylla.

<sup>244</sup> Asplund et al (2012) s. 355 f.

<sup>245</sup> Jfr. Ekelöf et al (2016) s. 270 och 38 kap. 8 § RB p. 3. Asplund et al (2012) s. 355. Enligt Ribbing (2018) s. 171 och fotnot 958, torde tillämpningsområdet för ”yrkeshemlighet” vara densamma som för företagshemlighet enligt FHL 1 §. Det är dess ekonomiska värde och betydelse som bevis som beaktas.

Som beskrivits ovan, kan editionsplikten endast aktiveras om den begärda handlingen kan knytas an till en omständighet av betydelse i målet, exempelvis ett faktiskt sakförhållande som har åberopats av sökanden. På detta sätt krävs det således att sökanden har åberopat tillräckligt precisa grunder för att en sådan editionsplikt ska kunna åläggas någon, likt vad som krävs vid infordrandeskyldigheten enligt 8 § FPL. Syftet bakom editionsförelägganden är således inte att möjliggöra en part att få ta del av uppgifterna för att precisera nya åberopanden – utan att fordra in bevishandlingar för en redan åberopad grund.<sup>246</sup> Mot denna bakgrund, är editionsföreläggandets förmåga att erbjuda sökanden en möjlighet att kontrollera det vinnande anbudet begränsad.

#### 4.5 Anbudsgivarens insynsmöjligheter inom en överprövning

Som berörts i avsnitt 3.4, ansåg lagstiftaren att eventuella begränsningar i insynsmöjligheterna utanför en överprövningsprocess kan läkas genom olika förvaltningsprocessuella regler, i synnerhet partsinsyn och editionsförelägganden.<sup>247</sup> För att kunna redogöra för detta, sammanfattas den förlorande anbudsgivarens insynsmöjligheter inom ramen för en överprövning i detta avsnitt.

Vad gäller rätten till partsinsyn och kommuniceringsreglerna, har det i avsnitt 4.2.3 konstaterats att sökanden kan få tillgång till och granska det vinnande anbudet genom reglerna. Kommuniceringsreglerna samt partsinsyn begränsas i första hand av 10 kap. 3 § OSL, men sekretessintresset får ofta ge vika till förmån för insynsintresset.

Förutsatt att det vinnande anbudet befinner sig hos förvaltningsrätten i samband med en överprövning, kan sökanden även begära ut anbudet från domstolen mot bakgrund av handlingsoffentligheten. I jämförelse med sekretessbestämmelsen (31 kap. 16 § OSL) som gäller när anbudet återfinns hos den upphandlande myndigheten, är det i stället domstolssekretessen (36 kap. 2 § OSL) som utgör sekretessgrunden när anbudet återfinns hos domstolen. Domstolssekretessen medger ett något svagare skydd för affärshemligheter än 31 kap. 16 § OSL och kan därför möjliggöra sökanden att få ut flera delar av anbudet, om inte anbudet i sin helhet, när denna begär ut handlingen från förvaltningsrätten.

---

<sup>246</sup> Nilsson och Lundqvist (2022) s. 158 f., Ekelöf et al (2016) s. 263 samt Lindell (2021) s. 577.

<sup>247</sup> Prop. 2001/02:142 s. 97 samt prop. 2015/16:195 s. 1075.

För att sökanden ska kunna dra nytta av partsinsynen, kommuniceringsreglerna samt den svagare domstolssekretessen, förutsätter det att det vinnande anbudet kan återfinnas hos domstolen, vilket antingen kan ske genom att den upphandlande myndigheten eller tredjeman frivilligt lämnar in anbudet, genom infordrandeskyldigheten som härrör från utredningsskyldigheten (8 § FPL) eller editionsföreläggande.

Vid första anblick, verkar infordrandeskyldigheten möjliggöra sökanden att få ta del av anbudet och kontrollera dess överensstämmelse med kraven enligt upphandlingsdokumentet samt upphandlingsregelverket. Däremot, förutsätter en sådan skyldighet att sökanden har lyckats uppfylla tre krav (jämför Avonova-målet). Särskilt den första förutsättningen – tydlighetskravet – begränsar sökandens möjligheter att begära domstolen att fordra in anbudet.

Mot bakgrund av tydlighetskravet som ställs på den sökanden för att aktivera infordrandeskyldigheten, förefaller den gällande regleringen något märklig. Det krävs att sökanden ska ha begärt att få ut handlingar från den upphandlande myndigheten och att denna ska ha fått avslag för sin begäran *men* denna ska alltså på ett tillräckligt klart sätt kunna precisera sin begäran för att få ta del av uppgifterna. En sökande som fått avslag från att erhålla anbudet från den upphandlande myndigheten har redan en mer begränsad möjlighet att precisera sina åberopanden som krävs för att aktivera infordrandeskyldigheten – sökanden har ju inte fått tillgång till anbudet. Den klagande anbudsgivaren hamnar i en besvärlig situation, där dennes brist på information begränsar dess möjligheter att få tillgång till den.

Mot denna bakgrund verkar infordrandeskyldigheten, liksom editionsföreläggande, främst fungera som ett sätt för en sökande, som redan har tillräckligt med insyn i det vinnande anbudet, att fordra in bevismaterial för en redan åberopad grund. Detta förhållande framstår som särskilt uppenbart i de fall domstolen har fordrat in en handling men valt att begränsa partsinsynen genom att själv ta sig an uppgiften att granska innehållet (*granskningskyldighet*). Som konstaterats i Telenor-målet, ska de åberopade omständigheterna som möjliggjort infordrandet även begränsa domstolens granskning av det vinnande anbudet. Domstolen kan således inte beakta eventuella brister – oavsett hur uppenbara dessa är – om dessa inte har åberopats av sökanden.

Mot bakgrund av att det ställs tämligen höga krav för att kunna fordra in handlingen genom utredningsskyldigheten (8 § FPL) eller editionsföreläggande – finns det en

begränsad möjlighet för sökanden att utnyttja dessa som verktyg för att granska anbudet efter brister, det vill säga leta fram nya grunder att angripa upphandlingen på.

Utredningsskyldighetens omfattning på upphandlingsområdet har således utvecklats i rättspraxis, där Varec-, Avonova- samt Telenor-målet har berört balansen mellan anbudsgivarnas möjlighet att få ta del av uppgifterna under en överprövning av upphandlingen, samt intresset för deltagande anbudsgivare att bibehålla sekretess för deras anbud. Enligt Varec-målet, ska denna intresseavvägning även ske mot beaktande av andra allmänna intressen, såsom sund konkurrens samt för att upprätthålla den sökandens rätt till effektiv prövning.<sup>248</sup>

En märkvärdig aspekt av rättsutvecklingen som har införts genom Avonova-målet, är att de tre krav som uppställdes var i förhållande till den initiala infordrandeskyldigheten som kan åläggas en förvaltningsdomstol. Att sökanden måste uppfylla dessa tre krav för att prövningsorganet över huvud taget ska åläggas en skyldighet att fordra in det vinnande anbudet, kan inte utläsas från Varec-målet, då EU-domstolen endast fastställer att det är "... nödvändigt att det nationella prövningsorganet har tillgång till den information som krävs för att kunna avgöra målet...".<sup>249</sup> Det framstår som naturligt att anta att det vinnande anbudet är nödvändigt för att kunna avgöra en överprövning, som initierats mot bakgrund av att anbudet befaras inte uppnå ett eller flera ska-krav.

Möjliggör då HFD:s tolkning av Varec-målet, som gett upphov till den initiala prövningen av infordrandeskyldigheten, den intresseavvägning som förespråkades av EU-domstolen? Här avses med intresseavvägningen, den som ska företas för att utröna om den förlorande anbudsgivaren ska få ta del av "kommersiellt känsliga uppgifter" (de maskerade delarna av det vinnande anbudet). Denna avvägning verkar inte ske förrän *efter* sökanden har uppnått de tre krav som fastställdes i Avonova-målet och fått anbudet infordrat. Detta eftersom bedömningen om anbudets innehåll kan kommuniceras med sökanden genom partsinsyn eller kommuniceringsreglerna – och om detta ska begränsas mot bakgrund av 10 kap. 3 § OSL – inte aktualiseras förrän *efter* infordrandet har skett.

Eftersom förlorande anbudsgivare riskerar att misslyckas med att uppnå kraven för att ett infordrande ska företas av prövningsorganet, kommer rimligtvis inte

---

<sup>248</sup> Jfr. C-450/06, *Varec*, p. 42.

<sup>249</sup> Jfr. C-450/06, *Varec*, p. 53.

intresseavvägningen som förespråkades av EU-domstolen i Varec-målet att företas om anbudet inte återfinns hos prövningsorganet. Är kraven som uppställts i HFD-målen skäligen, och är detta verkligen en optimal reglering för att möjliggöra avvägningen mellan den vinnande anbudsgivarens sekretessintresse och den förlorande anbudsgivarens insynsintresse? Detta särskilt eftersom EU-domstolen i Varec-målet fastslog att intresseavvägningen ska ske mot bakgrund av syftena som ligger bakom upphandlingsdirektivet (sund konkurrens) samt rätts- och ändringsdirektivet (rätt till effektiv prövning). Detta utreds närmare i avsnitt 5.2.1.

## 5 En utvärdering av gällande rätt

### 5.1 Begränsad insyn och en kamp mot klockan

#### 5.1.1 *En sammanfattning av förlorande anbudsgivares insynsmöjligheter*

Mot bakgrund av vad som har anförts i de tidigare avsnitten, finns en tämligen begränsad möjlighet för en anbudsgivare att kontrollera det vinnande anbudets överensstämmelse med inte enbart den aktuella upphandlingens krav, men även upphandlingsregelverket i allmänhet. Syftet bakom tilldelningsbeslutet är att möjliggöra förlorande anbudsgivare att utröna om det finns någon grund till att överpröva upphandlingen, men när dess innehåll begränsas uppmuntras anbudsgivaren att i stället begära ut anbudet mot bakgrund av offentlighetsprincipen. Eftersom det är samma upphandlande myndighet som bedömer innehållet i tilldelningsbeslutet, de närmare upplysningarna (12 kap. 13 § LOU) samt en begäran enligt 2 kap. 4 § TF och denna bedömning utgår från samma sekretessgrund (31 kap. 16 § OSL), är det knappast otänkbart att samma uppgifter blir sekretessbelagda i samtliga ärenden.

Lagstiftaren har motiverat att sökanden i stället kan få ta del av de relevanta uppgifterna genom att utnyttja processrättsliga medel under en överprövningsprocess. Mot bakgrund av redogörelsen i avsnitt 4, framstår detta som något av en felbedömning från lagstiftarens sida.

Förutom att sökanden måste förhålla sig till att den upphandlande myndigheten kan ta upp till 15 dagar på sig att lämna närmare upplysningar enligt 12 kap. 13 § LOU, måste denna även begära ut handlingar från den upphandlande myndigheten, potentiellt få helt eller delvis avslag för sin begäran, överpröva sekretessbeslutet och vara i ovisshet om denna överklagan kommer medföra att uppgifterna i slutändan lämnas ut. Dessa insatser är inte heller möjliga förrän den absoluta sekretess som gällde innan tilldelningsbeslutet upphävs.

Att processen som företas för att erhålla relevanta uppgifter riskerar att ta längre tid än den korta avtalsspärren kan medföra problem för en anbudsgivare att åberopa omständigheter, både i sin överprövningsansökan och under målets handläggning. Detta problem är särskilt påtagligt då dessa omständigheter utgör processramen för rätten och samtidigt en begränsning till huruvida domstolen kan fordra in och granska det vinnande anbudet inom ramen för sin utredningsskyldighet.

### 5.1.2 Den nyligen införda preklusionsfristen vid upphandlingsmål

I samband med svårigheterna en sökande kan stöta på när denna måste ange omständigheterna som denna avser grunda sin talan på, är det av vikt att uppmärksamma den nyligen införda preklusionsfristen vid upphandlingsmål i 20 kap. 5b § LOU.<sup>250</sup> Numera kan endast nya omständigheter anföras i tre veckor från och med att överprövningsansökan inkom hos förvaltningsrätten, däremot är det fullt tillåtet att åberopa nya bevis under hela målets handläggning.

Den nya preklusionsregeln är betydelsefull, eftersom rättens prövning kommer avgränsas till att endast beakta fel och brister som förekommit i upphandlingen och som har åberopats av sökanden inom den angivna tiden. Detta är givetvis av intresse när möjligheten att åberopa såväl nya omständigheter som bevis kan vara avhängigt utgången i en annan, parallell process.<sup>251</sup> Inte sällan kan utgången i den parallella processen inte enbart påverka framställningen i den andra, men potentiellt även utgången i denna. Att detta är en regel som gäller vid just upphandlingsmål är särskilt beklagligt för den förlorande anbudsgivaren, mot bakgrund av att tiden denna har på sig att överpröva beslutet är förhållandevis kort, vilket medför en begränsad tid för denna att utforma sin talan.<sup>252</sup>

Däremot framhävs det i förarbeten att upphandlingsmålen till sin natur är komplexa, vilket innebär att det bör finnas ett ”förhållandevis stort utrymme” för sökanden att utveckla sin talan under målets handläggning. Emellertid framhäver lagstiftaren samtidigt att om en sökande inledningsvis har åberopat att upphandlingen strider mot en viss regel (exempelvis vid utvärderings- eller kvalificeringsfasen) och efter fristen beskriver vad felet består i, bör kompletteringen *inte* beaktas.<sup>253</sup> Detta innebär att ett förtydligande om vilket obligatoriskt krav som det vinnande anbudsgivaren inte har uppnått är en sådan

---

<sup>250</sup> Innan denna regel infördes, fanns ingen uttrycklig preklusionsregel och parterna antogs kunna anföras nya omständigheter under tiden målet var under handläggning, se Asplund et al (2012) s. 179, fotnot 386 samt s. 299. Se även von Essen (2016) s. 185. Se även Prop. 2021/22:120 s. 44 och SOU 2015:12 s. 149.

<sup>251</sup> Jfr. prop. 2021/22:120 s. 85 som behandlar undantagsregeln (”giltig ursäkt”), där lagstiftaren uppmärksammar risken för att anbudsgivaren kan komma att behöva avvakta utfallet i ett annat mål. Exempelvis kan detta vara fallet när sökanden håller på att begära ut en allmän handling från den upphandlande myndigheten alternativt avvaktar utfallet av en överklagan av ett sekretessbeslut hos kammarrätten.

<sup>252</sup> Eftersom preklusionsfristen börjar gälla efter att tre veckor har passerat sedan överprövningsansökan har lämnats in (10 § FPL), finns en risk för att denna inte har erhållit och granskat svarsyttrandet innan preklusion inträder, jfr. remissinstanserna som lyfter denna problematik i prop. 2021/22:120 s. 43.

<sup>253</sup> Prop. 2021/22:120 s. 85.

omständighet som enligt huvudregeln inte ska beaktas efter tidsfristen löpt. Det enda sättet att åberopa en sådan omständighet är genom att utnyttja undantagsregeln ("giltig ursäkt") i 20 kap. 5b § LOU, som enligt lagstiftaren ska tillämpas restriktivt. Enligt samma förarbetsuttalanden torde det vara en giltig ursäkt att åberopa en omständighet som kom anbudsgivaren till känna efter att uppgifterna i en allmän handling har lämnats ut till sökanden först efter överklagande till domstol.<sup>254</sup>

Den förhållandevis korta redogörelsen om vad som konstituerar en giltig ursäkt enligt regeln väcker mer otydligheter än svar.<sup>255</sup> Kan en giltig ursäkt bestå i att anbudsgivaren inte lyckats få ta del av uppgifterna förrän kommuneringsmöjligheten enligt 12 eller 18 §§ FPL aktualiserats, om rätten bedömde att dessa kunde erhållas *efter* att fristen löpt ut?<sup>256</sup> Kan omständigheten att parten har begärt ut samma handlingar, men från förvaltningsrätten som numera innehar den enligt den svagare domstolssekretessen enligt 36 kap. 2 § OSL, konstituera en giltig ursäkt? Kan en giltig ursäkt vara att sökanden fått ta del av de sekretessbelagda handlingarna efter att ha begärt in dessa via utredningsskyldigheten och utifrån det som upptäckts i anbudet, åberopat en ny omständighet? Detta är något som måste besvaras i praxis. Innan detta har skett, är möjligheten att aktualisera undantagsregeln för att kunna åberopa omständigheter – med beaktande av den korta avtalsspärren – inte fastslagen. Omständigheten att upphandlingsmål kan vara tämligen komplicerade innebär också att det kan ta lång tid för anbudsgivaren att förbereda sin talan.

Mot bakgrund av tidsramen som anbudsgivaren måste förhålla sig till, kommer troligtvis undantagsregeln i 20 kap. 5b § LOU behöva utnyttjas flitigt av sökanden som önskar åberopa omständigheter som denna upptäcker efter att ha tagit del av det vinnande anbudet.<sup>257</sup> Att begära vilandeförklaring av överprövningsmålet torde knappast komma på

---

<sup>254</sup> Prop. 2021/22:120 s. 85. Se även s. 52.

<sup>255</sup> Jfr. remissyttranden från olika instanser som påpekar den bristande vägledningen kring vad som kan konstituera en giltig ursäkt: Förvaltningsrätten i Göteborgs remissyttrande till lagförslaget, Förvaltningsrätten i Umeås remissyttrande till lagförslaget, Kammarrätten i Jönköpings remissyttrande till lagförslaget, Svenskt Näringslivs remissyttrande till lagförslaget samt Upphandlingsmyndighetens remissyttrande till lagförslaget, s. 9.

<sup>256</sup> I och med att svaranden kan ta tid på sig att inkomma med svaromål, föreligger ju en risk för att möjligheten att åberopa vissa omständigheter som framkommer däri löper ut innan denna fått ta del av handlingen, jfr. vad remissinstanserna har anfört i Prop. 2021/22:120 s. 43.

<sup>257</sup> Rimligtvis skulle samma undantag gälla för anbudsgivare som får ta del av det upphandlade kontraktet genom 12 kap. 18–25 §§ LOU, men detta har inte berörts i förarbeten.



tal, särskilt mot bakgrund av skyndsamhetskravet som infördes i samband med preklusionsregeln.<sup>258</sup>

Mot bakgrund av att åberopandet av omständigheter krävs för en fullgod ansökan enligt 4 § FPL samt mot bakgrund av preklusionsregeln, sätter det mer press på sökanden att tidigt i förvaltningsprocessen skicka in relevanta inlagor och utforma sin talan. Detta fastän både lagstiftaren och flera remissinstanser har uppmärksammat att vissa sakförhållanden helt enkelt inte kan upptäckas och åberopas förrän sökanden fått ta del av anbudet.<sup>259</sup> Sökanden riskerar därmed att spela ett probabilitetsspel, där bristen denna misstänker föreligger ska åberopas i ovisshet om en sådan faktiskt föreligger.

### *5.1.3 Avvägningen mellan insyn och sekretess hos den upphandlande myndigheten*

Hur ska den upphandlande myndigheten göra en lämplig avvägning mellan insyns- och sekretessintresset? Är det lämpligt att sekretessprövningen som sker hos den upphandlande myndigheten utifrån 31 kap. 16 § OSL, ställer högre krav för att bevilja sekretess, eventuellt genom att inte beakta vad anbudsgivaren har anfört i sekretessbegäran? Enligt mig skulle en sådan reglering innebära att det är den individuella handläggaren på myndigheten som ansvarar för att identifiera vad som kan anses vara kommersiellt känslig information. Detta är svårt att upprätthålla på ett konsekvent sätt, särskilt då handläggare inom olika myndigheter knappast har insyn i de varierande leverantörernas branscher som kan komma att delta vid en upphandling.<sup>260</sup> Det skulle troligtvis medföra att nästintill all kommersiell information offentliggörs och då kan var och en begära ut denna, obeaktat om sökande är intresserad av handlingarna för att begära en överprövning eller för att utnyttja affärshemligheterna för att bli mer konkurrenskraftiga. Ett sådant upplägg riskerar att motverka konkurrens, då det inte enbart kan resultera i att färre anbudsgivare deltar i upphandlingen, utan även riskerar medföra att anbudsgivaren skickar in kortfattade anbud, vilket ger den upphandlande myndigheten sämre underlag för att utreda vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga.

---

<sup>258</sup> Jfr. 20 kap. 5a § LOU samt prop. 2021/22:120 s. 84.

<sup>259</sup> Jfr. prop. 2021/22:120 s. 53 samt Svenskt Näringslivs remissyttrande till lagförslaget.

<sup>260</sup> Jfr. Soloveičeik (2018) s. 15 f.

Det är värt att nämna att den vinnande anbudsgivaren varken kan överklaga den upphandlande myndighetens eller kammarrättens beslut att lämna ut anbudet. Den vinnande anbudsgivaren är inte part i ärendet och kan inte försvara upprätthållandet av sekretess.<sup>261</sup> En sådan avsaknad för den vinnande anbudsgivaren att få sin röst hörd står i skarp kontrast till dennes möjligheter vid en eventuell överprövningsprocess. Detta eftersom HFD har beviljat denna såväl yttrande- som överklaganderätt förutsatt att denna riskerar att få sitt anbud kastat till följd av en överprövningsansökan.<sup>262</sup>

Mot bakgrund av att anbudsgivaren ska kunna förlita sig på att den upphandlande myndigheten inte utan ordning börjar röja affärshemligheter<sup>263</sup> i kombination med dennes bristande möjligheter att avstyra ett sådant händelseförlopp är det – enligt mig – inte sekretessprövningen som sker hos de upphandlande myndigheterna som i första hand bör omvärderas.<sup>264</sup> Att företa en omstrukturering av sekretessprövningen skulle inte heller erbjuda bättre insynsmöjligheter för förlorande anbudsgivare som har deltagit i en upphandling som har genomförts av en upphandlande myndighet som inte omfattas av offentlighetsprincipen.

Jag anser i stället att möjligheten att få tillgång till relevanta uppgifter i anbudet bör tillhandahållas genom ett utförligare tilldelningsbeslut samt genom utredningsskyldigheten (8 § FPL) som åvilar prövningsorganet. Dessa möjligheter behandlas i nästföljande avsnitt.

---

<sup>261</sup> Även EU-domstolen har uppmärksammat detta förhållande, se C-450/06, *Varec*, p. 41.

<sup>262</sup> Se HFD 2011 ref 29 samt jfr. Pedersen (2019) s. 205. Se även Rosén Andersson et al (2020) s. 909 f. och 919 f. samt Asplund et al (2012) s. 104 f.

<sup>263</sup> I slutändan är det ju förtroenderelationen mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivaren som tillförsäkrar att ett ordentligt underlag, inkluderande kommersiellt känslig information, skickas in under anbudsinfordran. Jfr. C-450/06, *Varec*, p. 36.

<sup>264</sup> Däremot, finns det givetvis ett intresse av att myndigheter använder sig av tydligare riktlinjer om hur dessa bedömningar ska företas, för att säkerställa att beviljandet sker på ett så konsekvent sätt som möjligt. Detta särskilt eftersom den gällande regleringen, ställt på sin spets, riskerar att blott vara ett införlivande av en erhållen sekretessbegäran (jfr avsnitt 3.3.2.2). En konsekvens av sådana slentriamässiga bedömningar kan innebära att det i realiteten är överprövningsinstansen (kammarrätten) som genomför en noggrann och ordentlig sekretessprövning och som agerar som första instans i stället för den upphandlande myndigheten. Detta är både processekonomiskt ineffektivt samt riskerar att medföra att kammarrätten utför det arbetet som ålagts den upphandlande myndigheten. Jfr. Nilsson et al (2020) s. 196.

## 5.2 Balansgången mellan insyns- och sekretessintresset

Utgångspunkten för uppsatsen har varit att behandla förlorande anbudsgivares insynsmöjligheter i det vinnande anbudet. Denna redogörelse kan svårligen undvika diskussionen om hur avvägningen ska ske mellan den vinnande anbudsgivarens intresse av att inte röja affärshemligheter samt den förlorande anbudsgivarens intresse av att få ta del av det vinnande anbudet. Mot bakgrund av Varec-målet, kan denna intresseavvägning under en överprövning inte endast beakta dessa faktorer. Avvägningen ska även genomsyras av intressen såsom upprätthållandet av sund konkurrens samt den förlorande anbudsgivarens intresse av att erhålla en effektiv prövning.<sup>265</sup>

Mot denna bakgrund behandlas i avsnitt 5.2.1 HFD:s tolkning av Varec-målet som har gett upphov till den gällande uppfattningen om domstolens utredningsskyldighet vid upphandlingsmål. I avsnittet utreds delvis HFD:s tolkning, men även om en annan tolkning eller utformning av utredningsansvaret kan beakta relevanta intressen såsom insynsintresset, affärssekretess, rätten till effektiv prövning samt sund konkurrens i större utsträckning.

I avsnitt 5.2.2 behandlas den bristande vägledningen kring tilldelningsbeslutets (12 kap. 12 § LOU) innehåll och huruvida ett högre ställt innehållskrav i större utsträckning kan beakta syftena bakom upphandlingsregelverket samt rättsmedel- och ändringsdirektivet. Här avses särskilt sund konkurrens och rätten till effektiv prövning.

### 5.2.1 Kopplingen mellan Varec-målet och utredningsskyldigheten

Som bekant, saknas en självständig grund för att begära ut det vinnande anbudet eller upphandlande kontraktet från myndigheter genom såväl primär- som sekundärrätten. Tillgängligheten till kommersiellt känsliga uppgifter utanför en överprövningsprocess har således överlämnats till nationell lagstiftning.<sup>266</sup> Detta förhållande har medfört ett vitt spektrum av hur nationella myndigheter och domstolar förhåller sig till konfidentiella uppgifter – alltifrån omfattande transparens till omfattande sekretess.<sup>267</sup>

---

<sup>265</sup> Jfr. C-450/06, *Varec*, p. 42.

<sup>266</sup> Ett undantag till detta är den begränsade insynsmöjligheten som tillhandahålls genom tilldelningsbeslutet, vilket behandlas i avsnitt 5.2.2.

<sup>267</sup> Man kan se vitt skilda regleringar av skydd för affärshemligheter contra rätten till anbudshandlingar, inom som utanför ramen för en överprövningsprocess, Halonen et al (2019) s. 79. I Italien sammankopplas rätten till anbudshandlingar till en effektiv prövning. I Finland var det tidigare möjligt för samtliga

Däremot, har EU-domstolen i Varec-målet fastslagit en insynsmöjlighet för klagande anbudsgivare inom ramen för en överprövning. Denna intresseavvägning mellan insyns- och sekretessintresset har övervälrats på de nationella prövningsorganen genom målet, och i domen har även andra intressen utpekats som särskilt viktiga för domstolarna att beakta under avvägningen: rätten till en effektiv prövning och sund konkurrens. Intresseavvägningen sker typiskt sett i samband med att domstolen bedömer om sökanden kan få ta del av det vinnande anbudet genom exempelvis partsinsyn.

Målet har fått genomslag i den nationella rätten genom Avonova-målet och Telenor-målet, som har möjliggjort sökanden att i viss utsträckning få tillgång till det vinnande anbudet. Om anbudshandlingarna inte återfinns hos domstolen, sker denna prövning däremot i en tvåstegsprocess. Först ska domstolen pröva om denna är skyldig att fordra in uppgifter (*infordrandeskyldighet*), för att därefter pröva om partsinsynen eller kommuniceringsreglerna kan möjliggöra sökanden att granska dessa uppgifter, 19 och 43 §§ FPL. Om detta inte är möjligt, ska domstolen granska anbudet utifrån sökandens åberopanden (*granskningskyldighet*), jämför 10 kap. 3 § OSL.

Enligt min mening, är domstolens tillgång till konfidentiell information (det vinnande anbudet) en nödvändig förutsättning för att kunna möjliggöra intresseavvägningen mellan den vinnande och förlorande anbudsgivaren, som förespråkades av EU-domstolen i Varec-målet.<sup>268</sup> Ingenstans i Varec-målet framgår det ett krav på att sökanden måste utforma och precisera sin talan i tillräcklig utsträckning för att ett infordrande av det vinnande anbudet ska vara aktuell. Det är emellertid denna tolkning som har vunnit gehör i HFD, då domstolen har uppställt tre krav – mest nämnvärt tydlighetskravet för sökandens åberopade omständigheter – för att prövningsorganet över huvud taget ska fordra in dessa uppgifter. Som beskrivits ovan, företas en prövning om anbudsgivaren ska få ta del av konfidentiella uppgifter endast i förhållande till sådant material som återfinns hos prövningsorganet. Om materialet inte redan befinner sig hos domstolen medför de högt ställda kraven på åberopanden – som även kan begränsa vilka uppgifter i anbudet

---

deltagande anbudsgivare att få oinskränkt tillgång till alla upphandlingsdokument samt konkurrerande anbud, Halonen (2016) s. 529 och 538. En mer transparensvänlig reglering återfinns även i Litauen, se Soloveičeik (2018), s 16 f.

<sup>268</sup> Jfr. C-450/06, *Varec*, p. 53, ”Det är därför *nödvändigt* att prövningsorganet har tillgång till den information som krävs för att kunna avgöra målet... inbegripet konfidentiell information och affärshemligheter. [Min kursivering.]”.

som fordras in– ett betydande hinder för att säkerställa att uppgifterna befinner sig hos domstolen och att intresseavvägningen genomförs

EU-domstolen ställde aldrig upp tvåstegsprocessen som förespråkas av HFD och en sådan härledning från Varec-målet framstår knappast som given. Det tyder snarare på att den svenska regleringen ställer högre krav (eller ett krav överhuvudtaget) för att det nationella prövningsorganet ska förpliktas att fordra in det vinnande anbudet. Med en sådan reglering framstår tvåstegsprocessen som ett betydande hinder för sökandens insynsmöjligheter, men även dennes möjlighet att erhålla en effektiv prövning. Detta särskilt då sökanden kan stöta på problem med att uppnå sin återopsörda, eftersom denna inte har lyckats få ta del av det vinnande anbudet mot bakgrund av den omfattande sekretessbeläggningen som sker hos den upphandlande myndigheten.

Ett alternativt upplägg skulle kunna vara att prövningsorganet fordrar in det vinnande anbudet så snabbt sökanden har framfört att det föreligger en brist i denna. Detta innebär att domstolen åläggs en infordrandeskyldighet oavsett om sökanden uppfyller kraven som fastställdes i Avonova-målet. Detta framstår som skäligt eftersom anbudsgivare som bedriver affärer inom samma bransch rimligtvis har tillräcklig koll på sina konkurrenter för att ha en välgrundad misstanke att det föreligger brister i anbudet, men saknar tillräcklig insyn i denna för att kunna återropa bristen med precisionen som krävs. Därefter kan sökanden få ta del av vissa delar av anbudet, antingen genom partsinsyn alternativt kommuniceringsreglerna.

I och med att handlingen i sådant fall numera befinner sig hos domstolen, finns även en möjlighet för sökanden att begära ut anbudet från förvaltningsrätten. Som bekant gäller numera den svagare domstolssekretessen i 36 kap. 2 § OSL<sup>269</sup>, vilket förbättrar sökandens möjligheter att få ta del av uppgifter som annars skulle bedömts vara sekretessbelagda enligt 31 kap. 16 § OSL.

Efter detta bör sökanden ha bättre förutsättningar att precisera sin talan och återropa eventuella brister i anbudet. Om delarna av anbudet som innehåller dessa brister fortfarande bedömts vara sekretessbelagda enligt prövningsorganet, kan i stället domstolen eller en sakkunnig granska denna enligt sin granskningskyldighet. Genom ett

---

<sup>269</sup> Såväl domstolssekretess som partsinsyn aktualiserar andra intressen än de som gäller vid en begäran av en allmän handling. Rätten att kunna tillvarata sin rätt blir framstående, inte minst efter uttalanden kring denna skyldighet hos prövningsorganet i C-450/06, *Varec*, p. 55.

upplägg som förutsätter att domstolen har tillgång till anbudet, kommer domstolen i samtliga fall där det föreligger informationsasymmetri kunna ta ställning till om *hur* uppgifterna i det vinnande anbudet ska granskas, vare sig det sker av domstolen eller sökanden. Mot bakgrund av att de tre krav som uppställts i Avonova-målet för att aktivera infordrandeskyldigheten inte framgår i Varec-målet, torde knappast en sådan tolkning strida mot EU-rätt.

Ett alternativt upplägg som kan utnyttjas för att balansera ut intresseavvägningen mellan den vinnande respektive förlorande anbudsgivaren, är att domstolen inom ramen för sin utredningsskyldighet *ex officio* kan beakta eventuella brister som upptäcks i samband med granskningen av anbudet. Som konstaterats i avsnitt 4.1, är de nationella prövningsorganen enligt EU-rätten varken skyldiga eller förbjudna från att göra detta. Kammarrätten som var underinstans i Telenor-målet ansåg att uppenbara brister i det vinnande anbudet borde kunna tillföras målet av domstolen *ex officio*, en bedömning som prejudikatinstansen ställde sig tvärt emot.

Enligt min mening kan upplägget som föreslogs av underinstansen inte innebära att intresset för skyddet för yrkeshemligheter äventyras, eftersom sökanden själv inte får ta del av anbudet. Man kan knappast heller anse att det allmänna intresset för att sund konkurrens motarbetas, eftersom detta upplägg medför att anbud som rätteligen skulle kastas inte vinner upphandlingen. Att ha en reglering som skyddar yrkeshemligheter i en sådan utsträckning att den riskerar att skydda felaktiga tilldelningsbeslut, kan inte anses vara förenligt med sund konkurrens<sup>270</sup> eller FPL:s strävan att uppnå materiellt riktiga beslut.

### *5.2.2 Tilldelningsbeslutet och dess nuvarande brister*

I förhållande till anbudsgivarens möjlighet att få ta del av skälen bakom ett beslut, är det lämpligt att återigen uppmärksamma bristen på vägledning om tilldelningsbeslutet innehåll.<sup>271</sup> Beslutet är viktigt eftersom det är denna som ska informera samtliga deltagande anbudsgivare om beslutet och säkerställer att anbudsgivare kan utröna om det finns en grund att överpröva beslutet på. En fördel med att omreglera just tilldelningsbeslutets innehåll, är att samtliga upphandlande myndigheter – oavsett om

---

<sup>270</sup> Detta är ett huvudsyfte bakom upphandlingsregelverket, men även något som ska beaktas vid avvägningen enligt EU-domstolen i C-450/06, *Varec*, p. 42.

<sup>271</sup> Som berörs i avsnitt 2.4, har dess konkreta innehåll inte fastställts i vare sig lagtext eller förarbeten.

dessa omfattas av offentlighetsprincipen eller inte – har en skyldighet att upprätta ett sådant beslut samt informera de deltagande anbudsgivarna om detta.

Vilka krav som ställs på tilldelningsbeslutet innehåll framgår inte. Ska det framgå tillräckligt med information för att en anbudsgivare ska kunna utforma en överprövningsansökan som inte kommer avvisas enligt 5 § FPL? Ska det finnas tillräckligt med information för att denna ska kunna hitta en omständighet som, om denna kan tillföra tillräckligt med bevismedel, kan medföra en bifallande överprövningsdom? Eftersom det sker en *in casu*-bedömning är det omöjligt att besvara dessa frågor.

För att kunna kontrollera eventuella brister i de obligatoriska krav som uppställts i upphandlingsdokumentet, skulle det kunna krävas att den upphandlande myndigheten i tilldelningsbeslutet inte enbart anger att den vinnande anbudsgivaren har uppnått samtliga obligatoriska krav i upphandlingsdokumentet, men även *varför* myndigheten anser att så är fallet. Att endast ange att det vinnandet anbudet uppfyller dessa krav tillför inget, eftersom ett uppfyllande av dessa krav var en nödvändig förutsättning för att anbudet över huvud taget kunde vinna upphandlingen. Ett upplägg som innebär en sådan obligatorisk beskrivning om varför dessa krav uppfylls skulle möjliggöra förlorande anbudsgivare att jämföra det som framgår i tilldelningsbeslutet med upphandlingsdokumentets innehåll.

Ett ytterligare argument för att det initiala tilldelningsbeslutet bör innehålla mer information är att dess mottagare – de deltagande anbudsgivarna – inte enbart har ett ekonomiskt incitament att begära en överprövning, utan över huvud taget har en möjlighet att begära att en sådan initieras<sup>272</sup>. Eftersom den upphandlande myndigheten enbart har en skyldighet att informera deltagande anbudsgivare om tilldelningsbeslutet, är det viktigt att förse just dessa med bättre förutsättningar för att kontrollera och eventuellt överpröva upphandlingen. Det är dessa som blir informerade om besluten som tas i upphandlingen samt har de bästa, alltjämt bristande, insynsmöjligheterna.

Det får även antas ligga inom den upphandlande myndighetens intresse att omständigheterna som ligger bakom beslutet framgår i tilldelningsbeslutet för att undvika

---

<sup>272</sup> Däremot omfattar ”taleberättigade leverantörer” både leverantörer som har lämnat anbud och inte blivit tilldelad kontraktet, samt potentiella leverantörer som inte kunnat delta på ett i korrekt och i lagen förutsatt sätt. Se HFD 2017 ref 62 där leverantörsbegreppet i 1 kap. 16 § och 20 kap. 4 § p. 2 LOU utreds. Detta framgår även i mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 40 – det vill säga att det inte krävs att en leverantör har deltagit i den aktuella upphandlingen för att få talerätt. Jfr. även Falk (2020) s. 438, Pedersen (2019) s. 197 samt Asplund et al (2012) s. 102.

att förlorande anbudsgivare begär en överprövning mot bakgrund av en bristfällig motivering. Oavsett om en begärd överprövning visar sig vara grundad eller inte, kommer den medföra att den upphandlande myndigheten och leverantören inte kan övergå till leveransstadiet av upphandlingen.<sup>273</sup> Ett sådant upplägg motverkar således att onödiga överprövningar initieras av sökanden som är i ovisshet om skälen bakom beslutet.

Här är det värt att uppmärksamma, att överprövningsinstrumentet inte enbart är en möjlighet för enskilda anbudsgivare att tillvarata sina intressen, utan den fungerar även som ett viktigt verktyg för att motverka osund konkurrens och sörja för att upphandlingsregelverket efterföljs.<sup>274</sup> Genom att försvåra möjligheterna som anbudsgivarna har att begära en överprövning sätter man även mekanismen som motverkar felaktigt utförda upphandlingar ur spel.

---

<sup>273</sup> Jfr. den förlängda avtalsspärren som inträder under en överprövningsprocess enligt 20 kap. 8 § LOU. Se även prop. 2001/02:142 s. 61, prop. 2009/10:180 s. 114 samt SOU 2013:12 s. 346 f.

<sup>274</sup> Jfr. att Upphandlingsmyndighetens remissyttrande, s. 2 f., resonerar i samma linje. Se även skälen till rättsmedelsdirektivet, specifikt tredje och sjunde stycket. Jfr även von Essens överväganden i SOU 2015:12 s. 91.



## 6 Avslutning

Min avsikt med arbetet var att behandla insynsproblematiken för den förlorande anbudsgivaren och min förhoppning var att göra framställningen så lättillgänglig som möjligt. Nu i efterhand måste jag erkänna att det har varit snårigt då frågeställningarna visade sig beröra vitt skilda rättsområden, men mitt intresse för problematiken har icke desto mindre avsvannat.

För att på ett rättvisande sätt skissera den förlorande anbudsgivarens predikament, måste dess samtliga insynsmöjligheter och förvaltningsprocessuella förutsättningar beaktas. Att tilldelningsbeslutets innehåll kan vara tämligen intetsägande; att anbudet till viss del eller i sin helhet riskerar att sekretessbeläggas; att sökanden som utgångspunkt åläggs en bevis-<sup>275</sup> och åberopsbörda vid överprövningsärenden; att denna måste förhålla sig till en preklusionsfrist – talar för att dennes insynsintresse och i viss mån rätt till en effektiv prövning får vika för sekretessintresset. Det är beklagligt att den gällande regleringen har medfört att den som måste ha tillgång till anbudet för att få sina intressen och rättigheter bevarade, även är den som är mest begränsad till att få ta del av det.

Att sammanfatta arbetet kan svårligen göras i en kort avslutning, men jag hoppas att jag med denna beskrivning lämnar läsaren en uppfattning om den besvärliga situation som den förlorande anbudsgivare kan komma att infinna sig i. Jag vill även understryka att jag anser att sekretess- och insynsintresset inte nödvändigtvis behöver vara så oförenliga som domstolar och doktrin får det att framstå. Genom att överprövningsorganet i större utsträckning kan fordra in och granska det vinnande anbudet för brister i kombination med ett mer utförligt tilldelningsbeslut, kan både den vinnande anbudsgivarens intresse av att kommersiellt känslig information inte regelmässigt röjs, samt den förlorande anbudsgivarens intresse av att få insyn och tillgång till en effektiv prövning tillgodoses.

Jag tror att insynsproblematiken är långt från slutbehandlad, men jag hoppas att mina tankar har varit av visst värde för att röra diskussionen framåt.

---

<sup>275</sup> Se Lindkvist (2019) s. 22 och Ehn (2017) s. 256. Jfr. Asplund et al (2012) s. 33, Ehn (2017) s. 259 f. samt Rosén Andersson et al (2020) s. 931. Jfr. även C-538/13, *eVigilio*, p. 43 som anger att bevisbördans placering kan påverka sökandens rätt till en effektiv prövning.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### *Statens offentliga utredningar*

SOU 2013:12 *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*

SOU 2015:12 *Överprövning av upphandlingsmål m.m.*

### *Propositioner*

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

Prop. 1971:30 *Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar*

Prop. 1979/80:2 *Del A med förslag till sekretesslag m.m.*

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*

Prop. 2009/10:180 *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet*

Prop. 2012/13:45 *En mer ändamålsenlig förvaltningsprocess*

Prop. 2015/16:144 *Offentlighet och sekretess för uppgifter i domstolsavgöranden*

Prop. 2015/16:195 *Nytt regelverk om upphandling*

Prop. 2016/17:180 *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag*

Prop. 2016/17:208 *Några frågor om offentlighet och sekretess*

Prop. 2017/18:200 *En ny lag om företagshemligheter*

Prop. 2021/22:120 *En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar*

### *Rapporter*

Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:7, *Kartläggning och analys av mål om överprövning* (Cit: Upphandlingsmyndighetens rapport (2017:7) av mål om överprövning)

Upphandlingsmyndighetens och Konkurrensverkets rapport 2020:4 samt 2020:5, *Statistik om offentlig upphandling* (Cit: Upphandlingsmyndighetens och konkurrensverket statistikrapport (2020:4 och 2020:5) om offentlig upphandling)

Konkurrensverket analys i korthet 2021:2, *Statistik om överprövningsärenden i domstol 2020 – samt nyckeltal för antal överprövade upphandlingar* (Cit: Konkurrensverkets statistikrapport (2021:2) om överprövningsärenden i domstol)

## Litteratur

Ahola, M., *Offentlighet eller sekretess – handläggningen steg för steg*, Norstedts Juridik AB, 2018. (Cit: Ahola (2018))

Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, 3 uppl., Sweet and Maxwell, 2014. (Cit: Arrowsmith (2014))

Asplund, A. & Ehn, M. & Johansson, D. & Olsson, E., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Jure Förlag AB, 2012. (Cit: Asplund et al (2012))

Axberger, H-G., *Yttrandefrihetsgrundlagarna* (JUNO version 4) (Cit: Axberger (2019))

Bernitz, U & Kjellgren, A., *Europarättens grunder*, 7 uppl., Norstedts Juridik AB, 2022. (Cit: Bernitz & Kjellgren (2022))

Ehn, M., Kan du bevisa det? – Åberopsbörda och bevisbörda i upphandlingsmål, *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, s. 251–261. (Cit: Ehn (2017))

Ekelöf, P-O. & Edelstam, H. & Heuman, L., *Rättegång. Fjärde häftet* (JUNO version 7) (Cit: Ekelöf et al (2016))

Falk, J-E., *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, 4 uppl., Jure Förlag AB, 2020. (Cit: Falk (2020))

Fahlbeck, R. & Bengtsson, H. & Selberg, N. & Svensäter, L., *Lagen om företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter* (JUNO version 4A) (Cit: Fahlbeck et al (2021))

Forsberg, N., *Upphandling – enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV*, 5 uppl., Norstedts Juridik AB, 2019. (Cit: Forsberg (2019))

Funcke, N., *Offentlighetsprincipen – Praktik och teori*, 2 uppl., Studentlitteratur AB, 2019. (Cit: Funcke (2019))

Geijer, U. & Liljeqvist, P. & Lundahl, G., *Sekretess m.m. hos allmän förvaltningsdomstol – En handbok*, 4 uppl., Lunds Domarakademi, 2017. (Cit: Geijer, Liljeqvist och Lundahl (2021))

Halonen, K-M. & Caranta, R. & Sanchez-Graells., *Transparency in EU Procurements – Disclosure Within Public Procurement and During Contract Execution*, Edward Elgar Publishing, 2019. (Cit: Halonen et al (2019))

Halonen, K-M., 2016. Disclosure rules in EU Public Procurement: Balancing Between Competition and Transparency., *Journal of Public Procurement*, 16(4), 528-553. (Cit: Halonen (2016))

Hed, I., *Sekretess! – Handbok om offentlighets- och sekretesslagstiftningen*, 19 uppl., Jure AB, 2019. (Cit: Hed (2019))

Hjertstedt, M., *Beskrivningar av rättsdogmatisk metod: om innehållet i metodavsnitt vid användning av ett rättsdogmatiskt tillvägagångssätt*. I: Festskrift till Örjan Edström, Mannelqvist, R. & Ingmanson, S. & Ulander-Wänman, C. (red.), Umeå universitet, 2019. (Cit: Hjertstedt (2019))

Jermsten, R., Förvaltningsprocesslag (1971:291) 30 §, Karnov. (Cit: Jermsten, kommentaren till 30 § FPL.)

Kleineman, J., *Rättsdogmatisk metod*. I: Juridisk metodlära, Nääv, M. & Zamboni, M. (red.), 2 uppl., Studentlitteratur AB, 2018. (Cit: Kleineman (2018))

Lenberg, E., Tansjö, A. & Geijer., U, Offentlighets- och sekretesslagen, En kommentar (JUNO version 26) (Cit: Lenberg et al (2022))

Lidbom, M. & Rappe, A., Möjligheten till en effektiv överprövning när bevisning omfattas av sekretess, Upphandlingsrättslig Tidskrift, s. 239–247. (Cit: Lidbom och Rappe (2018))

Lindahl Toftegaard, E., *Offentlig upphandling – LOU och upphandlingsprocessen* (JUNO version 3) (Cit: Toftegaard (2022))

Lindell, B., *Civilprocessen – rättegång samt skiljeförfarande och medling* (JUNO version 5) (Cit: Lindell (2021))

Lindkvist, G., *Bevisfrågor i förvaltningsprocessen – En översikt* (JUNO version 1) (Cit: Lindkvist (2019))

Melvås, B., *En åberopsbörda för negativa rättsfakta i LOU-mål*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, s. 33–42. (Cit: Melvås (2013))

Mellqvist, M., *Processrätt – grunderna för domstolsprocessen* (JUNO version 4) (Cit: Mellqvist (2020))

Nilsson, A. & Erikson, A-N. & Lundqvist, H., Offentlighet och sekretess vid offentlig upphandling, Upphandlingsrättslig tidskrift, s. 183-199. (Cit: Nilsson et al (2020).

Nilsson, A. & Lundqvist, H., *Offentlighet och sekretess vid offentlig upphandling*, 2 uppl., Norstedts Juridik AB, 2022. (Cit: Nilsson och Lundqvist (2022))

Nord, E., Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 20 kap. 6 §, Karnov. (Cit: Nord, kommentaren till 20 kap. 6 § LOU.)

Nordback, K., *Relevanta "omständigheter" vid ett bristande förfrågningsunderlag – vilka är de egentligen? Reflektioner kring ett par kammarrättsavgöranden*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, s. 143–159. (Cit: Nordback (2010))

Nordh, R., *Bevisrätt A – Allmänna bevisfrågor* (JUNO version 2) (Cit: Nordh 2019(a))

Nordh, R., *Processens ram i tvistemål* (JUNO version 4) (Cit: Nordh (2019(b)))

Norman, P. & de Jounge, M., *Offentlig upphandling – en handbok* (JUNO version 41) (Cit: Norman & de Jounge (2022))

Pedersen, K., *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 5 uppl., Jure Förlag Ab, 2019. (Cit: Pedersen (2019))

Rappman, H., *Ansvarsfördelningen mellan processsubjekten vid en försiktig tillämpning av officialprincipen i upphandlingsmål*, Juridisk Publikation, s. 373–396. (Cit: Rappman (2019))

Reichel, J., *EU-rättslig metod*. I: Juridisk metodlära, Nääv, M. & Zamboni, M. (red.), 2 uppl., Studentlitteratur AB, 2018. (Cit: Reichel (2018))

Ribbing, M., *Förvaltningsprocessen och Rättegångsbalken*, Jure Förlag AB, 2018. (Cit: Ribbing (2018))

Rick, J., Sekretess i Upphandlingsmål i Förvaltningsdomstolar – Några reflektioner kring gällande rätt på området, *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, s. 79–85. (Cit: Rick (2019))

Rosén Andersson, H. & Mühlenbock, E-M. & Hallberg, O. & Norlén, H. & Näslund, J. & Piper, C. & Willquist, H., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, 3 uppl., Norstedts Juridik AB, 2020 (Cit: Rosén Andersson et al (2020))

Sandin, E., Åberopsbörda i mål om offentlig upphandling – två steg framåt, ett steg bakåt, *Juridisk Tidskrift*, s. 917–928. (Cit: Sandin (2009))

Savin, P. & Kulander, M., *Offentlig upphandling och sekretess*, *Juridisk tidskrift*, s. 513–517. (Cit: Savin och Kulander (2017))

Soloveičeik, D., Rethinking the Confidentiality in public procurement: does public mean naked public?, *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, s. 11–26. (Cit: Soloveičeik (2018))

StAAF, A. & Zanderin, L., *Förvaltningsrätt – En introduktion för professionsutbildningar* (JUNO version 6) (Cit: StAAF och Zanderin (2020))

Steinicke, M. & Vesterdorf, P., *EU Public Procurement Law*, Beck Publishing, 2018. (Cit: Steinicke & Vesterdorf (2018))

Strömberg, H. & Lundell, B., *Handlingsoffentlighet och sekretess*, 13 uppl., Studentlitteratur AB, 2019. (Cit: Strömberg och Lundell (2019))

Sundstrand, A., *Offentlig upphandling – LOU och LUF*, Studentlitteratur AB, 2010. (Cit: Sundstrand (2010))

Sundstrand, A., *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure Förlag AB, 2012. (Cit: Sundstrand (2012))

von Essen, U., *Processramen i förvaltningsmål – Ändring av talan och anslutande frågor* (JUNO version 2) (Cit: von Essen (2016))

von Essen, U., *Förvaltningsprocessen m.m. – en kommentar* (JUNO version 7D) (Cit: von Essen (2022))

Werling, P., *Offentlig upphandling – från A till Ö.*, Liber Ab, 2012. (Cit: Werling (2012))

Zetterström, S. & Lind, A-S. & Dahlgvist, A., *Offentlighet, sekretess och dataskydd – en introduktion*, 2 uppl., Liber AB, 2021. (Cit: Zetterström, Lind och Dahlgvist (2021))

## **Praxis**

### *EU-domstolen*

Domstolens dom av den 16 december 1976, Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG mot Landwirtschaftskammer für das Saarland, C-33/76, EU:C:1976:188 (Cit: C-33/76, *Rewe*)

Domstolens dom av den 16 december 1976, Comet BV mot Produktschap voor Siergewassen, C-45/76, EU:C:1976:191 (Cit: C-45/76, *Comet*)

Domstolens dom av den 9 november 1983, Amministrazione delle finanze dello Stato mot SpA San Giorgio, C-199/82, EU:C:1983:318 (Cit: C-199/82, *Amministrazione delle finanze dello Stato*)

Domstolens dom av den 10 april 1984, Sabine von Colson och Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen, C-14/83, EU:C:1984:153 (Cit: C-14/83, *von Colson*)

Domstolens dom av den 22 juni 1993, Kommissionen mot Danmark, C-243/89, EU:C:1993:257 (Cit: C-243/89, *Kommissionen mot Danmark*)

Domstolens dom av den 25 april 1996, Europeiska kommissionen mot Konungariket Belgien, C-87/94, EU:C:1996:161 (Cit: C-87/94, *Kommissionen mot Belgien*)



Domstolens dom av den 24 september 1998, Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, C-76/97, EU:C:1998:432 (Cit: C-76/97, *Tögel*)

Domstolens dom av den 28 oktober 1999, Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich och Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, C-81/98, EU:C:1999:534 (Cit: C-81/98, *Alcatel*)

Domstolens dom av den 3 oktober 2000, The Queen mot H.M. Treasury och The University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529 (Cit: C-380/98, *The University of Cambridge*)

Domstolens dom av den 7 december 2000, Telaarstria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG, C-324/98, EU:C:2000:669 (Cit: C-324/98, *Telaarstria*)

Domstolens dom av den 18 oktober 2001, SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo, C-19/00, EU:C:2001:553 (Cit: C-19/00, *SIAC Construction*)

Domstolens dom av den 18 juni 2002, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Stadt Wien, C-92/00, EU:C:2002:379 (Cit: C-92/00, *HI*)

Domstolens dom av den 12 december 2002, Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, C-470/99, EU:C:2002:746 (Cit: C-470/99, *Universale-Bau*)

Domstolens dom av den 19 juni 2003, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) mot Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG), C-315/01, EU:C:2003:360 (Cit: C-315/01, *GAT*)

Domstolens dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, C-26/03, EU:C:2005:5 (Cit: C-26/03, *Stadt Halle*)

Domstolens dom av den 13 oktober 2005, Parking Brizen GmbH mot Gemeinde Brizen och Stadtwerke Brizen AG, C-458/03, EU:C:2005:605 (Cit: C-458/03, *Parking Brizen*)

Domstolens dom av den 27 oktober 2005, Contse SA, Vivisol Srl och Oxigen Salud SA mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, C-234/03, EU:C:2005:644 (Cit: C-234/03, *Contse m.fl.*)

Domstolens dom av den 24 januari 2008, Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon, Nikolaos Vlachopoulos mot Dimos Alexandroupolis, m.m., C-532/06, EU:C:2008:40 (Cit: C-532/06, *Lianakis, m.fl.*)

Domstolens dom av den 14 februari 2008, Varec SA mot État belge, C-450/06, EU:C:2008:91 (C-450/06, *Varec*)

Domstolens dom av den 23 december 2009, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) mot Regione Marche, C-305/08, EU:2009:807 (Cit: C-305/08, *CoNISMa*)

Domstolens dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, C-451/08, EU:C:2010:168 (Cit: C-451/08, *Helmut Müller*)

Domstolens dom av den 12 mars 2015, eVigilo Ltd mot Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos, C-538/13, EU:C:2015:166 (Cit: C-538/13, *eVigilio*)

Domstolens dom av den 2 juni 2016, Dr. Falk Pharma GmbH mot DAK-gesundheit, C-410/14, EU:C:2016:399 (Cit: C-410/14, *Dr. Falk Pharma*)

Domstolens dom av den 2 juni 2016, Pippo Pizzo mot CRGT Srl, C-27/15, EU:C:2016:404 (Cit: C-27/15, *Pippo Pizzo*)

Domstolens dom av den 14 december 2016, Connexxion Taxi Services BV mot Staat der Nederlanden m.fl., C-171/15, EU:C:2016:948 (Cit: C-171/15, *Connexxion Taxi Services*)

#### *Högsta domstolen*

NJA 1959 s 230

NJA 1998 s. 590 I

#### *Högsta förvaltningsdomstolen*

RÅ 1981 bb 214

RÅ 2002 ref 50

RÅ 2005 ref 47

RÅ 2007 not 154

RÅ 2009 ref 69

HFD 2011 ref 29

HFD 2012 ref 2

HFD 2013 ref 5

HFD 2015 ref 55

HFD 2016 ref 17

HFD 2016 ref 37

HFD 2017 not 2

HFD 2017 ref 62

HFD 2018 ref 8

HFD 2018 ref 28

#### *Kammarrättsavgöranden*

Kammarrätten i Göteborg dom 2014-06-17 i mål nr 1500-14

Kammarrätten i Jönköping dom 2015-02-02 i mål nr 2998-14

Kammarrätten i Jönköping dom 2016-05-23 i mål nr 1398-15

Kammarrätten i Jönköping dom 2016-06-21 i mål nr i 1466-16

Kammarrätten i Jönköping dom 2017-12-11 i mål nr 2833-17  
Kammarrätten i Jönköping dom 2017-12-21 i mål nr 3225-17  
Kammarrätten i Jönköping dom 2018-06-18 i mål nr 1081-18  
Kammarrätten i Jönköping dom 2018-12-13 i mål nr 2783-18  
Kammarrätten i Jönköping dom 2022-06-21 i mål nr 630-22  
Kammarrätten i Stockholm dom 2011-11-09 i mål nr 6701-11  
Kammarrätten i Stockholm dom 2015-02-20 i mål nr 8242-14  
Kammarrätten i Stockholm dom 2015-04-28 i mål nr 1247-15  
Kammarrätten i Stockholm dom 2016-09-28 i mål nr 4885-16  
Kammarrätten i Stockholm dom 2017-07-03 i mål nr 1895-17  
Kammarrätten i Stockholm dom 2019-02-04 i mål nr 10077-18  
Kammarrätten i Stockholm dom 2019-07-02 i mål nr 3558-19  
Kammarrätten i Stockholm dom 2019-10-01 i mål nr 4944-19  
Kammarrätten i Sundsvall dom 2013-02-14 i mål nr 2886-12  
Kammarrätten i Sundsvall dom 2018-04-16 i mål nr 401-18  
Kammarrätten i Sundsvall dom 2021-09-07 i mål nr 1467-21

#### *Förvaltningsrättsavgöranden*

Förvaltningsrätten i Stockholm dom 2017-01-18 i mål nr 15872-16 och 16132-16.  
Förvaltningsrätten i Linköping dom 2018-04-19 i mål nr 797-18,  
Förvaltningsrätten i Uppsala dom 2019-04-01 i mål nr 1673-19,  
Förvaltningsrätten i Malmö dom 2020-12-04 i mål nr 12043-20  
Förvaltningsrätten i Göteborg dom 2021-11-11 i mål nr 11659-21  
Förvaltningsrätten i Malmö dom 2022-04-19 i mål nr 12465-21

#### *JK-beslut*

JK 1993 s. 41 (Justitiekanslerns beslut den 10 maj 1993)

## Övriga källor

Upphandlingsmyndigheten. *Om Offentlig Upphandling.*  
<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/om-offentlig-upphandling/> (Besökt den 2022-12-08) (Cit: Upphandlingsmyndighetens hemsida).

Förvaltningsrätten i Göteborg. *Remissyttrande över utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar*  
<https://www.regeringen.se/496695/contentassets/3fb615e3208346e1be29f5d6dc8b4102/forvaltningsratten-i-goteborg.pdf> (Cit: Förvaltningsrätten i Göteborgs remissyttrande till lagförslaget)

Förvaltningsrätten i Umeå. *Utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar*  
<https://www.regeringen.se/4966a3/contentassets/3fb615e3208346e1be29f5d6dc8b4102/forvaltningsratten-i-umea.pdf> (Cit: Förvaltningsrätten i Umeås remissyttrande till lagförslaget)

Kammarrätten i Jönköping. *Yttrande över Utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar*  
<https://www.regeringen.se/4966ac/contentassets/3fb615e3208346e1be29f5d6dc8b4102/kammarratten-i-jonkoping.pdf> (Cit: Kammarrätten i Jönköpings remissyttrande till lagförslaget)

Upphandlingsmyndigheten. *En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar*  
<https://www.regeringen.se/49673b/contentassets/3fb615e3208346e1be29f5d6dc8b4102/upphandlingsmyndigheten.pdf> (Cit: Upphandlingsmyndighetens remissyttrande till lagförslaget)

Svenskt Näringsliv. *Utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar*  
<https://www.regeringen.se/49670b/contentassets/3fb615e3208346e1be29f5d6dc8b4102/svenskt-naringsliv.pdf> (Cit: Svenskt Näringslivs remissyttrande till lagförslaget)