**Offentlighetsprincipens begränsningar missbrukas i offentliga upphandlingar**

*”Till främjande av ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning skall varje svensk medborgare ha rätt att taga del av allmänna handlingar.”* Med dessa vackra ord etableras den unika grundlagsskyddade regeln om handlingars offentlighet i Sverige. Handlingar hos myndigheter, kommuner och landsting är offentliga för vem som helst att ta del av för att kontrollera att verksamheten bedrivs på bästa sätt och är en av grundbultarna i den svenska demokratin.

Reglerna är inte bara till för grävande journalister och bekymrade privatpersoner. Varje år omsätts ca 683 miljarder skattekronor genom upphandlingslagstiftningen vars syfte är att säkerställa fri konkurrens mellan leverantörerna till de offentliga. Genom att konkurrensutsätta de offentliga kontrakten ska det offentliga få mesta möjliga för sina skattepengar och svågerpolitik och korruption ska omöjliggöras. För att kontrollera och korrigera när det blir fel finns också rätten att överpröva upphandlingar. Det är dock den som påstår att en felaktighet har begåtts som har den så kallade bevisbördan för påståendet, den måste kunna lägga fram handlingar och bevis som bevisar påståendet.

**Undantag från principen**

I vissa fall får man lov att göra undantag från huvudregeln att alla allmänna handlingar är offentliga. Det gäller bland annat för att skydda enskilda företags ekonomiska intressen, deras affärshemligheter ska inte behöva bli offentliga handlingar om de lämnar anbud i en upphandling. Sekretessbedömningen görs av den myndighet som tagit emot handlingarna och för att en handling ska omfattas av sekretess krävs enligt Högsta Förvaltningsdomstolen en tydlig motivering av hur man riskerar lida skada ifall handlingen blir offentlig. Om en sådan motivering finns har bedömningen från domstolarna på senare år blivit allt generösare för att tillåta att handlingarna sekretessmarkeras. I praxis har det utvecklats vad som kan liknas vid en katalog på uppgifter som ”typiskt sett anses utgöra företagshemligheter” (se bl.a. HFD 2016 ref. 17). Referensuppdrag, genomförandebeskrivningar, metoder och processer, CV, enskilda prisposter och teknisk information om produkter är exempel på sådant som domstolarna ansetts kunna utgöra affärshemligheter. Faller uppgiften inom denna ganska omfattande katalog och det finns en någorlunda välformulerad motivering brukar domstolarna dra sig från att upphäva beslutet. Det finns därför goda skäl till att vara noggrann med en sådan motivering.

Utifrån tillgänglig praxis dömer kammarrätterna oftast till fördel för myndigheterna när dessa bedömt att uppgifter i anbuden ska omfattas av sekretess och detta senare överprövas. Under de första månaderna i år meddelades tolv sådana domar. I åtta fall dömdes till fördel för myndigheten och sekretessbedömningen ansågs vara korrekt, två fall ansågs inget undantag mot offentlighetsprincipen föreligga och i två fall hade den upphandlande myndigheten sekretessbelagt mer information än vad som ansågs vara befogat.

**En illavarslande trend**

Vår erfarenhet är att sekretessbedömningen inom det offentliga blivit mer och mer frikostig till förmån för anbudsgivarna. Många upphandlande myndigheter har på förhand bestämt att CV, genomförandebeskrivningar och liknande regelmässigt ska sekretessbeläggas, trots att leverantören knappt, om ens något, motiverat varför de skulle kunna lida skada. En vanlig uppfattning är att den som är missnöjd alltid kan överklaga sekretessbeslutet. Ett sådant tankesätt är dock helt i strid med hur reglerna är tänkta att tillämpas. Myndigheten är i sig själv första instans i prövningen av sekretessen och har en skyldighet att utreda ärendet och ta korrekta beslut. Kammarrätterna är förvisso den första domstolen som kan granska ett sådant beslut men är andra instans i prövningen. Normalt i förvaltningsrättsliga frågor är att förvaltningsrätten är första instans.

Leverantörerna har oftast järnkoll på varandra och kan ofta veta, utan att se hela anbudet, att en konkurrent inte klarar av allt den måste för att vinna kontraktet. Möjligheten finns att överpröva sekretessbeslutet i hopp om att hitta något som kan ligga till grund för överprövning av upphandlingen. Leverantören måste också överpröva sekretessbeslutet och upphandlingen samtidigt vilket är en svår process att lyckas med. Den är också kostsam och tar lång tid, för leverantören, den upphandlande myndigheten och inte minst för domstolarna. Vi tror därför många drar sig för att dra igång en sådan process och är övertygad om att det finns ett stort mörkertal i domstolarnas praxis.

**Konsekvenser av slapphänt hantering av undantagen**

En slentrianmässig sekretessbedömning leder till begränsad möjlighet till kontroll av det offentliga och förhindrar grundlagens syfte och målsättning. Samma sak gäller för anbudsgivarna och den tendens som utvecklats att mer eller mindre alltid begära sekretess, oavsett om det finns något värt att skydda eller inte. I längden riskerar också möjligheten att överpröva upphandlingar och korrigera de fel som kan begås i samband med sådana att urholkas. Den fria konkurrensen kan inte garanteras och istället öppnas det upp för godtycke och, i värsta fall, mutor och jäv. Myndigheter och anbudsgivare men även vi juridiska ombud har alla ett gemensamt ansvar att upprätthålla den grundlagsskyddade offentlighetsprincipen.

Gustav Knopp och Rudolf Laurin, verksamma vid Wistrand Advokatbyrås upphandlings- och konkurrensavdelning respektive miljö- och energiavdelning. För kontakt: förnamn.efternamn@wistrand.se