FØYEN

Hur skyddar man affärshemligheter i en offentlig upphandling?

Handlingar som inkommer till en svensk myndighet är allmänna. Om man lämnar anbud i en upphandling är alltså anbudet en allmän handling. Betyder det att konkurrenterna kan få reda på alla affärshemligheter? Så är det naturligtvis inte men var går egentligen gränsen mellan offentlighetsprincipen och skyddet för de enskildas affärshemligheter och hur gör man för att skydda sina affärshemligheter när man deltar i en offentlig upphandling?

I Tryckfrihetsförordningen, en av Sveriges grundlagar, anges att allmänna handlingar är offentliga. Det är ett uttryck för offentlighetsprincipen som möjliggör allmänhetens insyn och tillgång till information om myndigheternas verksamhet.
Handlingar är i det här fallet allt som innehåller information av något slag; texter, bilder eller information lagrad på annat sätt, t.ex. i en dator eller på ett USB-minne.
Handlingen är allmän om den förvaras hos en myndighet och är inkommen till, eller upprättad hos myndigheten. Även handlingar som finns utanför myndighetens lokaler kan anses förvarade hos myndigheten. Högsta förvaltningsdomstolen har i två mål (RÅ 1996 ref 25 samt HFD 2017 ref 15) kommit fram till att handlingar som inkommit till och förvaras hos ett företag som haft i uppdrag att utföra arbete åt myndigheten resp. som myndigheten haft inflytande över och insyn i, var förvarade för myndighetens räkning och därmed utgjorde allmänna handlingar.

Anbud i en offentlig upphandling är inkommen till myndigheten och förvaras där. Om anbudet av någon anledning inte skulle finnas kvar hos myndigheten är den inte längre allmän. En säkerhetskopia anses inte vara en allmän handling.

Huvudregeln är att allmänna handlingar är offentliga. Det inkomna, förvarade anbudet är alltså som huvudregel offentligt. Rätten att ta del av allmänna handlingar kan dock begränsas genom sekretess. Det kan vara så att en del uppgifter i en allmän handling omfattas av sekretess och att en del är offentliga. Bestämmelserna om sekretess finns i Offentlighets- och sekretesslagen och så vitt gäller myndighetens intresse samt bolags affärshemligheter är det 19 kap. 3 § respektive 31 kap 16–17 §§ som är av intresse. Av dessa följer den absoluta anbudssekretessen som gäller till dess att tilldelningsbeslut meddelats alternativt att upphandlingen avbrutits. Därefter fortsatt sekretess såväl till skydd för det allmänna som för uppgift om enskilds affärs- eller driftförhållanden när denne har ingått i affärsförbindelse med en myndighet om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs.
Enlig rättspraxis innebär att lämna anbud i en offentlig upphandling att den enskilde har trätt i affärsförbindelse med myndigheten. Sekretess enligt bestämmelse kan därför gälla för uppgifter i anbud även om anbudsgivare inte har tilldelats kontrakt i upphandlingen och avtal har tecknats.

För att en uppgift ska sekretessbeläggas krävs dock att myndigheten har särskild anledning att anta att anbudslämnaren kommer att lida skada om uppgiften inte sekretessbeläggs. Allmänt hållna uppgifter omfattas inte av sekretess.
Av rättspraxis framgår att uppgifter i anbud om detaljerade priser (tim- eller à-priser) är sådana uppgifter som typiskt sett skulle kunna leda till att en anbudslämnare lider skada om de lämnats ut. Sådana uppgifter anses visa anbudslämnarens unika prissättningsstrategier och kan således skada anbudslämnarens konkurrenskraft. Detsamma har bedömts avseende uppgifter i förklaringar till onormalt låga anbud om de innehåller prissättningsstrategier. Om det inte går att dra några slutsatser om prissättningsstrategier har prisuppgifter såsom totalsummor och vissa delsummor, av domstolarna inte ansetts kunna skada anbudsgivaren. Förutom priser har även referensuppgifter och kunduppgifter ansetts typiskt sett utgöra företagshemligheter. I branscher där personalen är anbudsgivarens främsta tillgång, exempelvis konsultföretag, kan uppgifter som kan leda till att anbudsgivarens konsulter identifieras vara en företagshemlighet som ska omfattas av sekretess, således även uppgifter om hur ett uppdrag ska bemannas. Uppgifter om ett företags organisation, processer och arbetssätt anses ofta vara företagshemligheter. Detta naturligtvis om de inte är allt för allmänt hållna. Uppgifter om företags underleverantörer är typiskt sett sådana att de kan vara en affärshemlighet. Uppgifter om specifika tekniska lösningar och val av produkter, såväl enskilt som sammansättningar av produkter, finns det typiskt sett särskilda skäl att anta att en anbudsgivare kan lida skada av om uppgiften röjs.

Sammantaget är det en mängd uppgifter som kan anses utgöra företagshemligheter men det krävs att de i så fall inte är allmänt hållna och att myndigheten har särskilda skäl att anta att anbudslämnaren lider skada av om uppgiften röjs.

Hur gör man då som anbudslämnare för att få sekretess? När har myndigheten särskilda skäl att anta att anbudslämnaren lider skada?

Det finns inga garantier att uppgifter i ens anbud kommer att bedömas som uppgifter som ska beläggas med sekretess. Det är i slutändan ett beslut som den upphandlande myndigheten ska fatta. Beslutet fattas inte i förväg och man kan inte få förhandsbesked om man kommer att få sina uppgifter sekretessbelagda.

Det man ska göra är att se till att redan i sitt anbud skicka med information till myndigheten avseende vilka uppgifter som man själv anser ska sekretessbeläggas samt tydligt ange grunden för varför de ska sekretessbeläggas, dvs. vilken skada bolaget skulle lida om uppgifterna lämnas ut. Om sedan handlingarna eller uppgifterna begärs ut har myndigheten klart för sig hur bolaget ser på ev. sekretess av inlämnade uppgifter och en motivering. Anbudslämnarens önskemål om sekretess är inte bindande för myndigheten men i rättspraxis återkommer formuleringen att det saknas skäl att ifrågasätta anbudslämnarens påstående att uppgifterna är kommersiellt känsliga och påverkar

anbudslämnarens konkurrenssituation. Tid bör alltså läggas på att redan i anbudet ange vilka uppgifter som önskas sekretessbeläggas och inte minst en noga formulerad motivering till varför.

Advokat Ann Garmland

Ann Garmland, advokat på Foyen Advokatfirma
ann.garmland@foyen.se

Som medlem i SBR har du tillgång till 15 minuters fri rådgivning hos Foyen Advokatfirma. Rådgivningen når du på 08-506 184 00.