

Så kan vi minska sekretessen i upphandling

Swedish Medtech har under de senaste åren noterat en trend i ökad sekretess i upphandling, framför allt gällande priser men även på produktblad och annan allmän information. Detta är en utveckling vi vill bryta då sekretessen för med sig ett flertal negativa konsekvenser för framför allt leverantörer/anslagsgivare och upphandlande myndigheter men även för offentlig upphandling generellt. Mer om detta kan ni läsa i dokumentet "Swedish Medtech_Risker vid ökad sekretess i upphandling".

I enlighet med offentlighetsprincipen (som uttrycks i Tryckfrihetsförordningen) ska allmänna handlingar hos myndigheter vara tillgängliga för allmänheten. Huvudregeln är med andra ord offentlighet, för att möjliggöra för medborgare att sätta sig in i vad myndigheterna gör. Undantaget är sekretess och reglerna för vilken typ av uppgifter som kan omfattas av sekretess finns i Offentlighets- och sekretesslagen.

Utifrån trenden med ökad sekretess i upphandling kan man dock fundera över om undantaget fortsatt är ett undantag. För Swedish Medtech är det prioriterat att arbeta för att värna om den svenska offentlighetsprincipen – till fördel för leverantör/anslagsgivare, upphandlande myndigheter, medborgare och journalister samt offentlig upphandling generellt. Det arbetet ser vi behöver göras i första hand av leverantörer som deltar i offentlig upphandling, och i andra hand med stöd av upphandlande myndigheter.

Observera att sekretess för affärshemligheter fortsatt är en självklar viktig möjlighet och del av offentlig upphandling, om det finns särskild anledning att anta att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Swedish Medtechs arbete för att minska sekretessen i upphandling riktar sig främst mot uppgifter av allmän/generell karaktär som inte torde vara känslig att offentliggöra i samband med upphandling.

Ett steg i rätt riktning – för anbudsgivare / leverantörer

Ett steg i rätt riktning är att anbudsgivare återoppar sekretess för färre uppgifter i sina anbud.

I Offentlighets- och sekretesslagen står följande om **sekretess till skydd för leverantörer, 31 kap 16§ OSL:**

Sekretess gäller för uppgift om en enskilds affärs- eller driftförhållanden när denne [...] har trätt i affärsförbindelse med en myndighet, om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs.

Bestämmelsen i OSL har ett rakt skaderekvisit, vilket innebär en presumtion för att uppgifterna är offentliga – det är huvudregeln. Men om det föreligger en konkret risk för att

leverantören skulle skadas om uppgiften lämnades ut, kan uppgiften omfattas av sekretess. Notera dock att det krävs en *särskild anledning*.

Av den särskilda anledningen bör en leverantör aktivt löpande se över de uppgifter som begärs att omfattas av sekretess i anbud – för att undvika eventuell slentrianmässig begäran och begäran för att "alla andra" gör det samt andra skäl för uppgifter som inte bedöms vara affärshemligheter.

Några exempel på punkter för en leverantör att internt diskutera och fundera kring:

- Tänk på att sekretess gäller för uppgifter i handlingar, inte hela handlingar.
- Vilka uppgifter som inlämnas i vårt anbud är affärshemligheter, som därmed skulle skada oss om de blev offentliga? På vilket sätt skulle det skada oss? För att en uppgift ska omfattas av sekretess, bör ni kunna motivera skadan för respektive uppgift, inte hela bilagor.
- Av vilka skäl kan det vara befogat att begära sekretess på produkter och information som rör produkter?
- Har ni som företag alltid begärt sekretess på de uppgifter som ni nu önskar sekretess på? Om inte, vad har hänt/ändrats som gör att ni nu anser att ni lider skada om uppgifterna lämnas ut?
- Finns uppgifterna redan allmänt tillgängliga, t.ex. på webbsidan? I sådant fall lider ni normalt inte skada om uppgifterna lämnas ut.
- Önskar ni se uppgifter i andras anbud, tex priser och produktblad, under avtalsspärren efter tilldelningsbeslut för att kunna säkerställa att upphandlingen genomförts på korrekt sätt? Om svaret är ja, begär inte själva sekretess för era motsvarande uppgifter.
- Fundera på om röjande av uppgifter endast är känslig under en viss tid, t.ex. om informationen kommer att publiceras inom kort.

[Andra steg i rätt riktning – för upphandlande myndigheter](#)

Enligt Swedish Medtech kommer det att krävas mer för att bryta trenden än att enbart be anbudsgivare att minska på den begärda sekretessen. Swedish Medtech har tillsammans med flertalet regioner inom Ledningsnätverket för regionernas Upphandling (LfU), fört dialog om sekretess under en längre tid – det förefaller som vi har samma syn på konsekvenserna och det faktum att den onda cirkeln behöver brytas.

Swedish Medtech ser det som en god grund för att tillsammans med regionerna arbeta fram förslag på vad vi som enskilda parter kan göra och hur vi gemensamt kan arbeta för att skapa önskad förändring.

Ett förslag

Swedish Medtech ser det som önskvärt att redan i upphandlingsdokumenten ha en formulering som markerar vilka typer av uppgifter som normalt inte anses kunna beläggas med sekretess. Till exempel att uppgifter som legat till grund för kvalificering eller utvärdering, endast undantagsvis är av sådan karaktär att de kan omfattas av sekretess.

Nedan exempel syftar till att inspirera till utformning av en sådan formulering, för att med gemensamma krafter försöka bryta trenden med ökad sekretess.

Exempel 1

Begäran om sekretess

Precisera vilka uppgifter som avses samt vilken skada som skulle drabba er om uppgifterna röjs. För sekretess krävs att leverantören visar att uppgifterna avser affärs- eller driftförhållanden samt att det av särskild anledning kan antas att leverantören kan komma att lida skada om uppgifterna röjs.

Observera att uppgifter som rör anbudspris och upphandlingsdokumentens utvärderingskriterier endast undantagsvis är av sådan karaktär att de kan sekretessbeläggas. Upphandlande myndighet beslutar och avgör om begärda uppgifter kan sekretessbeläggas.

I ovan fall är det oklart vad "anbudspris" syftar på. Swedish Medtechs tolkning är att det rör prisuppgifter för produkterna och inte den totala anbudssumman. Om det enbart är anbudssumman som visas, skapas inte tillräcklig transparens för att möjliggöra kontroll att utvärderingen gått rätt till och misstro uppstår lätt i onödan.

Exempel 2

Upphandlingen följer reglerna i Offentlighets- och sekretesslag (2009:400). Absolut sekretess gäller tills att tilldelningsbeslut har fattats i upphandlingen eller upphandlingen på annat sätt avslutats. Som huvudregel är alla handlingar offentliga efter att tilldelningsbeslut offentliggjorts. Region X omfattas av offentlighetsprincipen.

Varje gång en allmän handling begärs utlämnad görs en självständig sekretessprövning av den upphandlande myndigheten om de begärda handlingarna kan lämnas ut. Om en Anbudsgivare anser att vissa uppgifter i dennes anbud omfattas av sekretess även efter att upphandlingen har avslutats, är det önskvärt att Anbudsgivaren lämnar önskemål om sekretess i Anbudet. Vänligen ange i så fall motivering till detta med tydlig beskrivning av den skada som ni kan komma att åsamkas genom ett utlämnande. Tydlig information ska lämnas gällande var i anbudet de uppgifter som ni önskar belägga med sekretess återfinns. Endast i undantagsfall kan hela bilagor eller beskrivningar sekretessbeläggas, varför det är av stor vikt att specificera de specifika delar/skrivningar/stycken som kan medföra skada vid utlämnande.

Ett beslut att sekretessbelägga uppgifter i ett anbud kräver stöd i lag och kan överklagas och slutligen prövas av domstol. En begäran om sekretess medför inte att uppgifter automatiskt sekretessbeläggs, men det tas i beaktande när Region X fattar beslut om utlämnande.

Exempel 3 - på en upphandlande myndighets utskick till anbudsgivare inför tilldelning

Det har blivit dags att tilldela upphandling xx. Detta mail skickas ut till dig som anbudsgivare i upphandlingen.

Vi vill innan tilldelning förklara att de uppgifter som medföljer en tilldelning och således en utvärdering är följande men inte uteslutande:

- Leverantörens namn
- Huruvida de obligatoriska kraven uppfylls inkl. eventuella kommentarer
- Poängsättning funktion/handhavande
- Uppfyllnad miljömål (ja/delvis/nej)
- Jämförelsevärde per vardera produktgrupp, dvs inte enskilda positioner.

Anbudsgivare som i anbudet begärt sekretess på någon av informationen ovan ska skyndsamt inkomma med tydlig motivering till varför detta ska sekretessbeläggas samt motivering kring hur ni kan lida skada och exakt vilket/vilka priser eller annat ni önskar sekretess på. Det är av yttersta vikt att vi får in denna information för att vi i vår tur kunna göra en bedömning. Nämnvärt är att ovan information är ett sätt att för alla parter att säkerställa att utvärdering skett korrekt, transparent och följer likabehandlingsprincipen.

Har ni i anbudet bifogat en motivering, önskar vi härmed en dialog kring detta.

Har ni inte skickat in någon begäran på sekretess i anbudet kan ni bortse från detta mail.

Swedish Medtech ser det även som önskvärt att anbudsgivare i upphandlingsdokumenten ges möjligheten att aktivt uppge att det inte finns några uppgifter i anbudet som omfattas av sekretess. En sådan aktivt lämnad information skulle underlätta sekretessprövningen då den skulle ge stöd vid eventuella tveksamheter hos den upphandlande myndigheten inför ett utlämnande av uppgifter.

Det faktum att man som anbudsgivare kan välja inför anbudsinslämning att antingen åberopa sekretess eller inte åberopa sekretess, skulle även kunna signalera för leverantörerna att sekretess inte är presumtion utan ett undantag.

[Ett annat förslag](#)

Enligt Swedish Medtech vore det positivt om upphandlande myndighet inför en sekretessprövning, tydliggör att det krävs att leverantören kan motivera skadan för varje uppgift. I fall av att en leverantör inkommer med generella och/eller svepande motiveringar



för sekretess, bör upphandlande myndighet vända sig tillbaka till leverantören och be om en ny begäran samt tydliggöra att det för sekretess krävs att leverantören kan motivera skada per uppgift. Sannolikt skulle ett sådant tydligt motkrav leda till att ett antal sekretessbegäran dras tillbaka samt att det sannolikt skulle innebära att ett antal prövningar i domstol skulle kunna undvikas för att uppgifterna redan kunnat lämnas ut.

Ett antal domar från Kammarrätter har på senaste tiden resulterat i att beslut om sekretess från upphandlande myndighet, har upphävts och åter visats till myndigheten för ny prövning. Anledningen har varit att handlingar som belagts med sekretess, har innehållit uppgifter som omfattats av sekretess men också uppgifter av allmän karaktär som inte torde omfattas av sekretessen. Andra domar har resulterat i att prisuppgifter har bedömts kunna lämnas ut på grund av att de ligger till grund för avtalstecknande eller att de uppgifter som begärts sekretessbelagda inte är att se som affärshemligheter och att de därför ska lämnas ut.

Signalen från Kammarrätterna, om att det krävs mer noggrann sekretessprövning, är ett möjligt (positivt) trendbrott i praxis som både upphandlande myndigheter och leverantörer bör ta fasta på. För att uppnå den goda affären i varje offentlig upphandling, är öppenhet och insyn viktiga grunder att stå på.

Upphandlingskommittén inom Swedish Medtech

Stockholm, 23 februari 2023

Läs även:

- Dokumentet "Swedish Medtech_Risker vid ökad sekretess i upphandling"