



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
föredraget den 12 maj 2022<sup>1</sup>

**Mål C-54/21**

**Konsorcjum: ANTEA POLSKA SA, Pectore-Eco sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska –  
Państwowy Instytut Badawczy**

**mot**

**Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie,**

**Andra parter i målet:**

**ARUP Polska sp. z o.o.,**

**CDM Smith sp. z o.o.,**

**Konsorcjum: Multiconsult Polska Sp. z o.o., ARCADIS Sp. z o.o., HYDROCONSULT sp. z  
o.o. Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych**

(begäran om förhandsavgörande från Krajowa Izba Odwoławcza (nationell överklagandenämnd  
för offentlig upphandling, Polen))

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Direktiv 2014/24/EU –  
Artikel 21 – Sekretess – Motiverad ansökan om sekretessförklaring och bevis –  
Den upphandlande myndighetens behörighet – Sekretessförklaring – Motivering – Ändring av  
sekretessens räckvidd i den nationella lagstiftningen – Företagshemligheter –  
Direktiv (EU) 2016/943 – Tillämplighet – Bedömning av sekretessen med avseende på  
kategorier av handlingar – Undantag – Individuell bedömning”

1. I förevarande begäran om förhandsavgörande ombeds domstolen att klargöra gränserna för sekretessen kring de uppgifter som anbudsgivarna lämnar tillsammans med sina anbud, i samband med offentliga upphandlingsförfaranden.

2. I domen *Klaipėdos*,<sup>2</sup> som meddelades efter att den aktuella begäran om förhandsavgörande registrerades, behandlade domstolen de problem som de artiklar i direktiv 2014/24/EU<sup>3</sup>, i synnerhet artikel 21, som rör sekretessen kring sådana uppgifter ger upphov till.

<sup>1</sup> Originalspråk: spanska.

<sup>2</sup> Dom av den 7 september 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras* (C-927/19, EU:C:2021:700) (nedan kallad domen *Klaipėdos*). Dess betydelse för förevarande mål togs upp av de som medverkade vid förhandlingen.

<sup>3</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

3. Övervägandena i den domen underlättar svaret på några av frågorna från Krajowa Izba Odwoławcza (nationell överklagandenämnd för offentlig upphandling, Polen), som är den hänskjutande domstolen.<sup>4</sup>

## I. Tillämpliga bestämmelser

### A. Unionsrätt

#### 1. Direktiv 2014/24

4. Artikel 21 ("Sekretess") har följande lydelse:

"1. 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.

2. En upphandlande myndighet får ställa krav på ekonomiska aktörer för att skydda den konfidentiella karaktären hos de uppgifter som myndigheten lämnar ut under upphandlingsförfarandet."

5. I artikel 50 ("Meddelanden om kontraktstilldelning") föreskrivs följande:

"...

4. Viss information som rör kontraktstilldelningen eller ingåendet av ett ramavtal behöver inte offentliggöras om ett utlämnande av sådan information skulle kunna hindra tillämpning av lagen eller i övrigt strida mot allmänintresset, skada berättigade kommersiella intressen för en viss offentlig eller privat ekonomisk aktör eller motverka sund konkurrens mellan ekonomiska aktörer."

6. Artikel 55 ("Information till anbudssökande och anbudsgivare") har följande lydelse:

"...

3. Den upphandlande myndigheten får besluta att inte lämna ut viss information som avses i punkterna 1 och 2 och som rör kontraktstilldelningen eller ingåendet av ett ramavtal eller tillträde till ett dynamiskt inköpssystem, om ett utlämnande av sådan information skulle kunna hindra tillämpning av lagen eller i övrigt strida mot allmänintresset, skada berättigade kommersiella intressen för en viss offentlig eller privat ekonomisk aktör, eller motverka sund konkurrens mellan ekonomiska aktörer."

<sup>4</sup> Domstolen har funnit att Nationella överklagandenämnden får begära förhandsavgöranden i bland andra dom av den 13 december 2012, Forposta och ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), och dom av den 11 maj 2017, Archus och Gama (C-131/16, EU:C:2017:358).

2. *Direktiv (EU) 2016/943*<sup>5</sup>

7. Skäl 18 har följande lydelse:

”Vidare bör anskaffande, utnyttjande eller röjande av företagshemligheter som föreskrivs eller tillåts i lag, anses vara lagligt vid tillämpningen av detta direktiv.... Detta direktiv bör framför allt inte undanta offentliga myndigheter från deras skyldigheter i fråga om konfidentialitet i samband med information som överlämnas av innehavare av företagshemligheter, oavsett om dessa skyldigheter fastställs i unionsrätt eller i nationell rätt. Dessa sekretesskrav omfattar bland annat skyldigheter i fråga om information som lämnas till upphandlande myndigheter i samband med offentlig upphandling, vilka fastställs ... i ... direktiv 2014/24/EU ...”

8. I artikel 1 (”Syfte och tillämpningsområde”) föreskrivs följande:

”...

2. Detta direktiv ska inte påverka

...

c) tillämpningen av unionsbestämmelser eller nationella bestämmelser enligt vilka unionens institutioner och organ eller nationella offentliga myndigheter är skyldiga eller har rätt att röja sådan information som lämnats av företag och som institutionerna, organen eller myndigheterna innehar enligt – och i överensstämmelse med – de skyldigheter och befogenheter som fastställs i unionsrätt eller nationell rätt,

...”.

9. Artikel 2 (”Definitioner”) har följande lydelse:

”I detta direktiv avses med

1) Företagshemlighet: information som uppfyller samtliga följande krav:

a) Den är hemlig i den meningen att den inte, som helhet eller i den form dess beståndsdelar ordnats och satts samman, är allmänt känd hos eller lättillgänglig för personer i de kretsar som normalt sett handskas med typen av information i fråga.

b) Den har kommersiellt värde på grund av att den är hemlig.

c) Den person som lagligen kontrollerar den har med hänsyn till omständigheterna vidtagit rimliga åtgärder för att hålla den hemlig.

...”.

<sup>5</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/943 av den 8 juni 2016 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs (EUT L 157, 2016, s. 1).

10. Artikel 3 ("Lagligt anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemligheter") har följande lydelse:

"...

2. Anskaffande, utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet ska anses som lagligt i den utsträckning som sådant anskaffande, utnyttjande eller röjande krävs eller medges enligt unionsrätt eller nationell rätt."

### **B. Polsk rätt**

1. *Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych*<sup>6</sup>

11. I artikel 7 föreskrivs följande:

"1. Den upphandlande myndigheten ska förbereda och genomföra ett upphandlingsförfarande på ett sådant sätt att sund konkurrens och likabehandling av ekonomiska aktörer säkerställs och i enlighet med proportionalitetsprincipen och principen om öppenhet.

..."

12. I artikel 8 föreskrivs följande:

"1. Upphandlingsförfarandena ska vara öppna för allmänheten

2. Den upphandlande myndigheten får endast begränsa tillgången till information om upphandlingsförfarandet i de fall som föreskrivs i lag.

2a. Den upphandlande myndigheten får i förfrågningsunderlaget uppställa krav på att den information som lämnas till den ekonomiska aktören under förfarandet ska förbli konfidentiell.

3. Information som utgör en företagshemlighet i den mening som avses i lagstiftningen mot illojal konkurrens ska inte röjas om den ekonomiska aktören, senast inom fristen för att lämna anbud eller ansökningar om att få delta i förfarandet, har preciserat att informationen inte kan göras tillgänglig och har visat att den sekretessbelagda informationen utgör företagshemlighet. Den ekonomiska aktören får inte sekretessbelägga de uppgifter som avses i artikel 86.4. Bestämmelsen gäller i tillämpliga delar för projektävlingar.

..."

2. *Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*<sup>7</sup>

13. Artikel 11.2 har följande lydelse:

"Med företagshemligheter avses teknisk, teknologisk och organisatorisk information om företaget eller annan information av ekonomiskt värde som i sin helhet eller i den form deras beståndsdelar

<sup>6</sup> Lagen av den 29 januari 2004 om offentlig upphandling.

<sup>7</sup> Lagen av den 16 april 1993 om bekämpning av illojal konkurrens.

ordnats och satts samman, är allmänt känd för personer i de kretsar som normalt sett handskas med denna typ av information, eller inte är lättillgängliga för dessa personer, förutsatt att den som har rätt att använda informationen eller förfoga över informationen, med all den omsorg som krävs, har vidtagit åtgärder för att bevara dem konfidentiella.”

## II. Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

14. År 2019<sup>8</sup> inledde Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (det statliga vattenverket Wody Polskie, Polen) ett öppet förfarande för offentlig upphandling avseende ”utarbetande av projekt II för uppdatering av förvaltningsplaner för avrinningsdistrikt (II aPGW) inklusive metoder”.

15. I förfrågningsunderlaget angavs att anbudet skulle utvärderas i enlighet med tre kriterier: pris (40 %), koncept för utarbetande (42 %) samt beskrivning av hur kontraktet ska fullgöras (18 %).

16. Fyra aktörer lämnade anbud, bland annat ett konsortium av företag under ledning av ANTEA POLSKA SA (nedan kallat Antea Polska).<sup>9</sup> CDM Smith Sp.z o.o. (nedan kallat CDM) tilldelades kontraktet.

17. Antea Polska, som hamnade på andra plats, överklagade tilldelningsbeslutet till Krajowa Izba Odwoławcza (nationell överklagandenämnd för offentlig upphandling, Polen). Antea Polska yrkade bland annat att det skulle få tillgång till vissa handlingar och uppgifter som sekretessbelagts som affärshemligheter av CDM och av andra anbudsgivare.

18. Enligt Antea Polska medförde sekretessbeläggandet av dessa uppgifter ett åsidosättande av principerna om likabehandling och öppenhet, vilka innebär att sekretessbestämmelserna ska tolkas strikt. Dessutom menade Antea Polska att det alltför omfattande sekretessbeläggandet av uppgifter och bristen på en adekvat motivering, hade berövat Antea Polska rätten till ett effektivt domstolsskydd, eftersom Antea Polska inte fick kännedom om det närmare innehållet i konkurrenternas anbud.

19. Den upphandlande myndigheten bemötte detta med bland annat följande argument:

- De som innehade de sekretessbelagda uppgifterna uppfyllde sin skyldighet att ge en rimlig förklaring till varför de skulle vara sekretessbelagda.
- Konceptet för utarbetande och beskrivningen av hur kontraktet ska fullgöras är handlingar som utgör upphovsrättsliga verk och ett röjande av dem skulle kunna skada upphovsmannens intressen.
- Uppgifterna i CDM:s anbud hade ett kommersiellt värde. Om dessa röjdes skulle konkurrenterna kunna utnyttja anbudsgivarens tekniska kunskaper och de tekniska och organisatoriska lösningar som denne har utarbetat.
- Förteckningen över personer som ska delta i fullgörande av kontraktet innehåller uppgifter som gör det möjligt att identifiera personer, vilket kan vålla förluster för den ekonomiska aktören

<sup>8</sup> Meddelande om offentlig upphandling som offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 19 december 2019, under nummer 2019/S 245–603343.

<sup>9</sup> I konsortiet ingick, förutom Antea Polska, Pectore-Eco sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy.

om konkurrenter försöker att anlita dessa personer. På samma sätt innehåller anbudsformuläret detaljerade uppgifter om tredje man som tillhandahåller resurser som har ett kommersiellt värde.

20. Mot bakgrund av detta har Krajowa Izba Odwoławcza (nationell överklagandenämnd för offentlig upphandling, Polen), som ska pröva överklagandet av den upphandlande myndighetens beslut, hänskjutit sju tolkningsfrågor. På uppmaning av domstolen ska jag bara bedöma de fyra första, vilka har följande lydelse:

- ”1) Innebär principen om att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt principen om öppenhet i artikel 18.1 i... direktiv 2014/24/EU..., att artikel 21.1 i direktiv 2014/24... och artikel 2.1 i... direktiv 2016/943..., i synnerhet följande formuleringar: 'som helhet eller i den form dess beståndsdelar ordnats och satts samman, är allmänt känd hos eller lättillgänglig' och '[d]en har kommersiellt värde på grund av att den är hemlig' och hänvisningen till att 'den upphandlande myndigheten, ... inte [får] offentliggöra uppgifter som ... förklarats sekretessbelagda av de ekonomiska aktörerna' kan tolkas så, att en ekonomisk aktör får sekretessbelägga all information som affärshemlighet och att den av den anledningen inte vill att denna information röjs för den ekonomiska aktörens konkurrenter?
- 2) Innebär principen om att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt principen om öppenhet i artikel 18.1 i direktiv 2014/24/EU att artikel 21.1 i direktiv 2014/24/EU och artikel 2.1 i direktiv 2016/943, kan tolkas så, att de ekonomiska aktörer som är anbudsgivare vid en offentlig upphandling får sekretessbelägga de handlingar som avses i artiklarna 59 och 60 i direktiv 2014/24/EU och bilaga XII till direktiv 2014/24/EU, helt eller delvis, som företagshemlighet, i synnerhet förteckningar över yrkeserfarenhet, referenser, förteckningar över personer som föreslagits för fullgörandet av kontraktet och deras yrkeskvalifikationer, namn på och kapaciteten hos potentiella aktörer vars kapacitet de ekonomiska aktörerna hänvisar till och underentreprenörer om dessa handlingar krävs för att visa att villkoren för deltagande i förfarandet är uppfyllda och för att mot bakgrund av utvärderingskriterierna utvärdera anbudet och fastställa huruvida anbudet uppfyller andra krav som den upphandlande myndigheten uppställt i anbudshandlingarna (meddelandet om upphandling, förfrågningsunderlaget)?
- 3) Innebär principen om att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt principen om öppenhet i artikel 18.1 i direktiv 2014/24/EU i samband med artiklarna 58.1, 63.1 och artikel 67.2 b i direktiv 2014/24/EU, att den upphandlande myndigheten samtidigt kan godta den ekonomiska aktörens förklaring om att den förfogar över den personal som den upphandlande myndigheten kräver och som den ekonomiska aktören själv angett, aktörer som ska fullgöra kontraktet och underentreprenörer, vilket den i enlighet med bestämmelserna måste bevisa för den upphandlande myndigheten, och förklaringen om att redan det förhållandet att information om dessa personer eller aktörer (efternamn, namn, erfarenheter, kvalifikationer) röjs för den ekonomiska aktörens konkurrenter i sig kan leda till att de 'bjuds över' av dessa ekonomiska aktörer, varför det är nödvändigt att betrakta denna information som affärshemlighet? Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan detta kortlivade förhållande mellan den ekonomiska aktören och dessa personer och aktörer under dessa omständigheter anses utgöra ett bevis för att den ekonomiska aktören förfogar över dessa resurser och, i synnerhet, medföra att den ekonomiska aktören tilldelas tilläggspoäng enligt kriterierna för utvärdering av anbudet?

- 4) Innebär principen om att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt principen om öppenhet i direktiv 2014/24/EU, att artikel 21.1 i direktiv 2014/24/EU och artikel 2.1 i direktiv 2016/943 ska tolkas så, att de ekonomiska aktörer som är anbudsgivare vid en offentlig upphandling kan sekretessbelägga de handlingar som krävs för att kontrollera att ett anbud uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten uppställt i förfrågningsunderlaget (inbegripet beskrivningen av föremålet för upphandlingen) eller utvärdera ett anbud enligt kriterierna för utvärdering av anbud, som affärshemlighet, särskilt när dessa handlingar gäller iakttagandet av de krav som den upphandlande myndigheten uppställt och som anges i förfrågningsunderlaget, i lagstiftning, och i andra handlingar som är offentligt tillgängliga eller tillgängliga för berörda personer, i synnerhet om denna utvärdering inte sker enligt objektiva jämförbara metoder eller matematiskt eller fysiskt mätbara och jämförbara indikatorer, utan enligt en bedömning i det enskilda fallet av den upphandlande myndigheten? Ska artikel 21.1 i direktiv 2014/24/och artikel 2.1 i direktiv 2016/943 följaktligen tolkas så, att en förklaring som lämnats av en ekonomisk aktör i ett anbud om fullgörande av ett visst föremål av upphandlingen enligt den upphandlande myndighetens anvisningar i förfrågningsunderlaget, som kontrolleras och utvärderas av den upphandlande myndigheten med tanke på en bedömning om dessa krav uppfyllts kan anses utgöra företagshemligheter, även om det ankommer på den ekonomiska aktören att välja de metoder som ska användas för att uppnå den verkan som krävs av den upphandlande myndigheten (föremålet för upphandlingen)?”

### III. Förfarandet vid EU-domstolen

21. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 29 januari 2021.
22. Skriftliga yttranden har getts in av Antea Polska, Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Statens vattenförvaltningsföretag), den polska och den österrikiska regeringen samt Europeiska kommissionen.
23. Vid förhandlingen som hölls den 16 mars 2022 deltog Antea Polska, Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Statens vattenförvaltningsföretag), CDM, den polska regeringen och kommissionen.

### IV. Bedömning

#### A. Inledning: Tillämpligt direktiv

24. I domen Klaipėdos (punkterna 96–102) slog domstolen fast att de bestämmelser som är tillämpliga i mål som rör skydd för konfidentiella uppgifter vid offentliga upphandlingsförfaranden finns i direktiv 2014/24, som utgör *lex specialis*, och inte i direktiv 2016/943.

25. Domstolen beaktade härvid följande:

- ”Med hänsyn till dess syfte avser direktiv 2016/943, såsom anges i artikel 1.1 i detta direktiv jämförd med skäl 4, endast skydd mot att företagshemligheter olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs. *I direktivet föreskrivs inga åtgärder för att skydda sekretessen för företagshemligheter vid andra typer av domstolsförfaranden, såsom förfaranden vid offentlig*

*upphandling.*<sup>10</sup>

- I skäl 18 i direktiv 2016/943 anges att "[d]etta direktiv bör framför allt inte undanta offentliga myndigheter från deras skyldigheter i fråga om konfidentialitet i samband med information som överlämnas av innehavare av företagshemligheter, oavsett om dessa skyldigheter fastställs i unionsrätt eller i nationell rätt. Dessa sekretesskrav omfattar bland annat skyldigheter i fråga om information som lämnas till upphandlande myndigheter i samband med offentlig upphandling, vilka fastställs ... i ... direktiv 2014/24/EU ..."

26. Mot bakgrund av detta finns det inget som hindrar att begreppen i direktiv 2016/943<sup>11</sup> beaktas när den nationella lagstiftningen hänvisar till dem för att reglera systemet för sekretess vid offentliga upphandlingsförfaranden, vilket är fallet här. Jag ska återkomma till denna fråga längre fram.

### **B. Den första frågan**

27. Den hänskjutande domstolen vill i första hand veta om artikel 21 i direktiv 2014/24<sup>12</sup> ska tolkas så, att en anbudsgivare får sekretessbelägga all information som affärshemlighet som denne inte vill att den röjs för konkurrenterna.

28. Frågan ska uppfattas så, att den hänskjutande domstolen inte i första hand syftar på anbudsgivarens ensidiga handlande, utan på de konsekvenser som detta får för den upphandlande myndigheten.

29. Jag anser att svaret kan härledas från domen Klaipėdos, i vilken domstolen slog fast följande:

- "... Huvudsyftet med de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling omfattar att området öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater. För att uppnå detta mål, är det väsentligt att de upphandlande myndigheterna inte lämnar ut sådan information avseende offentliga upphandlingsförfaranden vars innehåll skulle kunna användas för att snedvrیدا konkurrensen, antingen inom ramen för ett pågående upphandlingsförfarande eller inom ramen för ett framtida upphandlingsförfarande."<sup>13</sup>
- "Det följer av bestämmelserna i direktiv 2014/24, vilka citeras ovan i punkterna 113 och 114, samt av den rättspraxis som nämns ovan i punkt 116, att när en ekonomisk aktör har vänt sig till en upphandlande myndighet med en begäran om att få ta del av uppgifter som anses konfidentiella i anbudet från den konkurrent som har tilldelats kontraktet, ska den upphandlande myndigheten i princip inte lämna ut dessa uppgifter."<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Domen Klaipėdos, punkt 97 (min kursivering). I det målet var hänvisningen till domstolsförfaranden lämplig, eftersom frågan rörde tolkningen av artikel 9 i direktiv 2016/943 ("Bevarande av konfidentialiteten för företagshemligheter under domstolsförfaranden"). Resonemanget i den domen kan emellertid utan svårighet tillämpas på det föregående skedet, i vilket den upphandlande myndigheten ska uttala sig om konfidentialiteten.

<sup>11</sup> I vissa språkversioner (den spanska, den engelska, den tyska, den rumänska, den italienska och den portugisiska) används begreppet "affärshemligheter" i såväl direktiv 2014/24 som direktiv 2016/943. I andra versioner (till exempel den polska och den franska) används uttrycket "affärshemligheter" i det förstnämnda direktivet och uttrycket "företagshemligheter" i det sistnämnda. Denna skillnad saknar betydelse i förevarande mål, eftersom de båda begreppen är likvärdiga.

<sup>12</sup> Även om det i denna fråga även hänvisas till principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet, räcker det för att besvara frågan att tolka artikel 21 i direktiv 2014/24, där dessa principer preciseras.

<sup>13</sup> Domen Klaipėdos, punkt 115.

<sup>14</sup> *Ibidem*, punkt 116.



- "... den upphandlande myndigheten [kan] emellertid inte anses vara bunden av en ekonomisk aktörs blotta påstående om att de ingivna uppgifterna är konfidentiella. En sådan aktör måste nämligen styrka att de uppgifter, vars utlämnande den har motsatt sig, verkligen är konfidentiella, genom att exempelvis visa att dessa innehåller tekniska eller kommersiella hemligheter, att deras innehåll skulle kunna användas för att snedvrída konkurrensen eller att ett utlämnande av dem skulle kunna vara till skada för den ifrågavarande aktören."<sup>15</sup>
- "... Om den upphandlande myndigheten ifrågasätter huruvida uppgifter som lämnats av en ekonomisk aktör är konfidentiella, måste den, innan den fattar beslut om att ge den som begär det tillgång till dessa uppgifter, följaktligen bereda den berörda aktören tillfälle att inkomma med ytterligare bevisning för att säkerställa att aktörens rätt till försvar iakttas."<sup>16</sup>

30. Såväl den upphandlande myndigheten som de organ som prövar dess beslut ges således i uppgift att pröva den konfidentialitet som anbudsgivaren gör gällande, och inte bara godta den som ett faktum. De har tillräckliga befogenheter för att bekämpa det som enligt beslutet att begära förhandsavgörande utgör ett förfarandemissbruk ("patologiskt missbruk") hos anbudsgivare som har för vana att på ett orimligt sätt använda sig av möjligheten att beteckna delar av sina anbud som konfidentiella, trots att de i själva verket inte är det.

31. Av beslutet att begära förhandsavgörande följer att trots att den polska lagstiftaren velat begränsa sekretessens omfattning, gör vissa anbudsgivare systematiskt gällande att en stor del av den information som finns i deras anbud är affärshemligheter och de upphandlande myndigheterna är benägna att sätta tilltro till dessa påståenden.<sup>17</sup>

32. Om det förhåller sig så och det finns en onormal tillämpning av den nationella bestämmelse som införlivar direktiv 2014/24, ankommer det på de nationella domstolarna att korrigera den för att unionsrätten ska iakttas.

33. Även om den hänskjutande domstolen inte ägnar någon särskild uppmärksamhet åt det jag nu ska ta upp, diskuterades i parternas yttranden och vid förhandlingen den begränsning som finns i den nationella bestämmelsen (artikel 8.3 i lagen om offentlig upphandling) och som enbart förhindrar röjande av information som utgör affärshemlighet, i den mening som avses i bestämmelserna om illojal konkurrens.<sup>18</sup>

34. Tvisten har handlat om huruvida den nationella bestämmelsen är förenlig med artikel 21 i direktiv 2014/24, som behandlar sekretess i en vidare mening än enbart avseende tekniska hemligheter och affärshemligheter<sup>19</sup> (den innefattar till exempel även "konfidentiella aspekter i anbuderna").

<sup>15</sup> *Ibidem*, punkt 117.

<sup>16</sup> *Ibidem*, punkt 118.

<sup>17</sup> Punkt IV.B i beslutet att begära förhandsavgörande. Den hänskjutande domstolen förklarar att de upphandlande myndigheterna har två skäl till att förfara på det sättet. Dels är de rädda för att röja handlingar som framställts som konfidentiella, för att inte utsätta sig för svårigheter eller ådra sig ansvar. Dels gynnas de av bristen på insyn, eftersom det innebär att deras beslut blir näst intill omöjliga att angripa på grund av att anbudsgivarna saknar information om förtjänsterna och svagheter i den utvalda anbudsgivarens anbud.

<sup>18</sup> Så som den polska regeringen förklarade vid förhandlingen, kan denna bristande uppmärksamhet bero på att den information som lämnades tillsammans med det vinnande anbudet var hemlig och därmed omfattades av begreppet affärshemlighet. Det saknas således skäl att behandla de övriga begreppen i artikel 21 i direktiv 2014/24.

<sup>19</sup> I direktiv 2016/943 ingår tekniska hemligheter i företagshemligheter. Enligt skäl 14 i direktivet ingår tekniska kunskaper i "företagshemligheter".

35. Som jag tidigare har påpekat<sup>20</sup> är skyddet enligt artikel 21 i direktiv 2014/24 inte begränsat till tekniska hemligheter och affärshemligheter, utan omfattar även bland annat konfidentiella aspekter i anbuden. Således kan denna bestämmelse sträcka sig till information som inte, i strikt mening, kan betecknas som en teknisk hemlighet eller en affärshemlighet. Jag anser att den tanken även ligger bakom flera delar i domen *Klaipėdos*.<sup>21</sup>

36. Eftersom den nya lydelsen av artikel 11 i lagen om illojal konkurrens,<sup>22</sup> genom vilken direktiv 2016/943 införlivas, innehåller den definition av begreppet ”företagshemlighet” som finns i det sistnämnda direktivet, utmynnar den polska lagstiftningen om offentlig upphandling genom denna kedja av hänvisningar i den definition av begreppet ”företagshemlighet” som finns i direktiv 2016/943.<sup>23</sup>

37. Frågan är således indirekt huruvida en nationell lagstiftning som ger begreppet sekretess en mer begränsad räckvidd än den som anges i artikel 21 i direktiv 2014/21, är förenlig med det direktivet.

38. Vid första anblicken förefaller det inte finnas något hinder för att den nationella lagen innehåller en sådan begränsning, eftersom artikel 21 i direktiv 2014/24 ska tillämpas ”om inte annat föreskrivs i detta direktiv eller nationell rätt[l] som den upphandlande myndigheten omfattas av”.

39. Detta *förbehåll* ger medlemsstaterna ett utrymme för skönsmässig bedömning, på ett liknande sätt som andra bestämmelser i direktiv 2014/24 som hänvisar till den nationella lagstiftningen. Så är fallet med artikel 57.7 i direktiv 2014/24, i vilken det klargörs att medlemsstaterna ska fastställa villkoren för tillämpning av dessa skäl ”med hänsyn till unionsrätten”.

40. EU-domstolen har emellertid tolkat det så att ”medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning inte är oinskränkt och att en medlemsstat som beslutar att införa ett av de fakultativa skälen för uteslutning enligt direktiv 2014/24 är skyldig att iaktta dess utmärkande egenskaper, så som de beskrivs i direktivet. Det förhållandet att det i artikel 57.7 i direktiv 2014/24 anges att medlemsstaterna ska 'fastställa villkoren för tillämpning av denna artikel' 'med hänsyn till unionsrätten' innebär att medlemsstaterna inte kan förvanska de fakultativa skälen för uteslutning som anges i den bestämmelsen eller bortse från de mål eller principer som ligger till grund för vart och ett av dessa skäl.”<sup>24</sup>

41. Jag anser att denna rättspraxis analogivis kan tillämpas i förevarande mål. Under förutsättning att medlemsstaterna iakttar unionsrätten, får de anpassa sekretessens räckvidd, vilket innebär att det i princip inte finns något hinder för dem att begränsa den information som skyddas till ”affärshemligheter”, vilket är mer restriktivt än den allmänna bestämmelsen i artikel 21 i direktiv 2014/24.

<sup>20</sup> Förslag till avgörande i målet *Klaipėdos* (C-927/19, EU:C:2021:295, punkt 44).

<sup>21</sup> Till exempel i punkt 130, där det hänvisas till ”behovet av att ... skydda *information som verkligen är konfidentiell och särskilt företagshemligheterna* för de som deltar i anbudsförfarandet”. Min kursivering.

<sup>22</sup> Den polska regeringen bekräftade vid förhandlingen att *ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw* (lag om ändring av lagen om illojal konkurrens och andra lagar (Dz.U. 2018/1637 z dnia 2018.08.27)) införlivade direktiv 2016/943 med den nationella rätten.

<sup>23</sup> En jämförelse mellan artikel 11.2 i lagen om illojal konkurrens och artikel 2.1 i direktiv 2016/943, visar att definitionen av begreppet företagshemlighet i allt väsentligt sammanfaller i de båda rättsakterna, och den hänskjutande domstolen anser inte att det föreligger någon motsättning här.

<sup>24</sup> Dom av den 19 juni 2019, *Meca* (C-41/18, EU:C:2019:507, punkt 13). Denna ståndpunkt bekräftas i beslut av den 20 november 2019, *Indaco Service*, (C-552/18, ej offentliggjort EU:C:2019:997, punkt 23).

42. För att tolka begreppet affärshemlighet kan det vara användbart att se till direktiv 2016/943, i vilket ramarna för det begrepp som används i artikel 21 i direktiv 2014/24 klargörs. Så är i synnerhet fallet när en nationell lagstiftning, genom det ovan beskrivna användandet av hänvisningar, knyter prövningen av konfidentialiteten inom området offentlig upphandling till affärshemligheter, så som de definieras i den lag genom vilken direktiv 2016/943 införlivas.

43. Direktiv 2016/943, som har till syfte att generellt reglera företagshemligheter, kan hjälpa den upphandlande myndigheten – och de organ som prövar dess beslut – att hitta en balans mellan de principer som särskilt rör konfidentialiteten och de principer som ligger till grund för det offentliga upphandlingssystemet i direktiv 2014/24, samt tillgången till ett effektivt system med rättsmedel.

44. Emellertid bör andra bestämmelser i direktiv 2014/24 än artikel 21 beaktas, mot bakgrund av direktivets allmänna syften. En tillämpning av dem innebär att viss konfidentiell information, även om den inte i strikt mening omfattas av begreppet affärshemlighet, ska skyddas för att värna om en icke snedvriden konkurrens mellan de ekonomiska aktörerna eller en ekonomisk aktörs berättigade kommersiella intressen.

45. Enligt artikel 21 i direktiv 2014/24 ska den upphandlande myndigheten lämna information till anbudssökande och anbudsgivare enligt artiklarna 50 och 55. Denna information omfattas i princip inte av kravet på konfidentialitet, men den kan bli konfidentiell om de omständigheter föreligger som avses i artikel 50.4 och artikel 55.3 i direktiv 2014/24.

46. Således ska uppgifter (som inte nödvändigtvis behöver vara affärshemligheter) som om de lämnades ut ”skulle kunna... skada berättigade kommersiella intressen för en viss... ekonomisk aktör, eller motverka sund konkurrens mellan ekonomiska aktörer” omfattas av sekretesskyldigheten.

47. Även om artikel 55.3 i direktiv 2014/24 specifikt rör sådana uppgifter som nämns i punkt 1 och 2 i samma artikel, är det viktiga i det här sammanhanget att uppmärksamheten riktas mot syftet att inte skada en ekonomisk aktörs (konkurrents) *berättigade* kommersiella intressen och att värna om konkurrensen.

48. Denna dubbla uppmärksamhet har anammats av EU-domstolen i dess praxis rörande offentlig upphandling i vidare mening. Av den kan följande slutsats dras:

- Konkurrensen mellan operatörer skulle kunna bli lidande om en av dem på ett oberättigat sätt utnyttjar känslig information som andra har lämnat i den här typen av förfaranden. I domen *Klaipėdos bekräftade* EU-domstolen att det ”... är... väsentligt att de upphandlande myndigheterna inte lämnar ut sådan information avseende offentliga upphandlingsförfaranden vars innehåll skulle kunna användas för att snedvrیدا konkurrensen, antingen inom ramen för ett pågående upphandlingsförfarande eller inom ramen för ett framtida upphandlingsförfarande”<sup>25</sup>.
- Det ska förhindras att andra ekonomiska, offentliga eller privata, aktörers berättigade intressen skadas, som en logisk gräns för utlämnandet av sådan information som de har lämnat till den

<sup>25</sup> Punkt 115 (min kursivering).

upphandlande myndigheten.<sup>26</sup> Det ankommer också på den upphandlande myndigheten, att på begäran av den anbudsgivare som begär det, pröva huruvida det finns ett berättigat intresse av att hålla viss information hemlig.

49. Enligt artikel 50.4 och artikel 55.3 i direktiv 2014/24 får de upphandlande myndigheterna besluta att inte lämna ut sådan känslig information som avses i dessa båda artiklar. Ingen av dessa båda bestämmelser innehåller det förbehåll som utmärker artikel 21.1 i samma direktiv ("om inte annat föreskrivs i... nationell rätt"), vilket innebär att tillämpningen av dem inte villkoras av de nationella bestämmelserna.

50. Under alla förhållanden kan de upphandlande myndigheternas rätt att lämna ut information som finns i anbudet, även om den inte utgör affärshemligheter i egentlig mening, begränsas av andra sektorspecifika bestämmelser där detta föreskrivs.<sup>27</sup>

51. Sammanfattningsvis anser jag att den första tolkningsfrågan ska besvaras enligt följande. Artikel 21 i direktiv 2014/24 ska tolkas på så sätt

- att den utgör hinder för att en ekonomisk aktör betecknar all information som hemlig, enbart för att denne inte vill lämna ut den till konkurrenterna,
- att den innebär att den upphandlande myndigheten inte är bunden av en ekonomisk aktörs blotta påstående om att de ingivna uppgifterna är hemliga, och
- att den inte utgör hinder för att en medlemsstat begränsar sekretessen till att enbart omfatta affärshemligheter, under förutsättning att unionsrätten iakttas och att den information som lämnas ut, på grund av att den inte omfattas av det begreppet, inte kan användas på ett sätt som skadar andra ekonomiska aktörers berättigade kommersiella intressen eller för att snedvrیدا konkurrensen mellan dem.

### ***C. Den andra, den tredje och den fjärde frågan***

52. Genom dessa frågor, som kan besvaras gemensamt, uttrycker den hänskjutande domstolen sina tvivel rörande möjligheten att den av anbudsgivaren åberopade sekretessen bland annat berör

- "förteckningar över yrkeserfarenhet, referenser, förteckningar över personer som föreslagits för fullgörandet av kontraktet och deras yrkeskvalifikationer, namn på och kapaciteten hos potentiella aktörer vars kapacitet de ekonomiska aktörerna hänvisar till" (den andra frågan),
- "den ekonomiska aktörens förklaring om att den förfogar över den personal som den upphandlande myndigheten kräver och som den ekonomiska aktören själv angett, aktörer som ska fullgöra kontraktet och underentreprenörer" (den tredje frågan),

<sup>26</sup> Domen *Klaipėdos*, punkt 115. "Eftersom förfaranden för offentlig upphandling grundar sig på ett förtroendeförhållande mellan den upphandlande myndigheten och de ekonomiska aktörerna, måste dessa ha möjlighet att till den upphandlande myndigheten lämna alla användbara uppgifter i upphandlingsförfarandet, utan att befara att den till tredje man lämnar ut sådana uppgifter vars utlämnande skulle kunna vara till skada för nämnda aktörer (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 februari 2008, *Varec*, C-450/06, EU:C:2008:91, punkterna 34–36 och dom av den 15 juli 2021, *kommissionen/Landesbank Baden-Württemberg och SRB*, C-584/20 P och C-621/20 P, EU:C:2021:601, punkt 112 samt där angiven rättspraxis)". Min kursivering.

<sup>27</sup> Vid förhandlingen nämndes aspekter som har samband med skydd av personuppgifter och med immateriella rättigheter. Jag ska återkomma till de sistnämnda rättigheterna längre fram.

- ”de handlingar som krävs för att kontrollera att ett anbud uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten uppställt i förfrågningsunderlaget (inbegripet beskrivningen av föremålet för upphandlingen) eller utvärdera ett anbud enligt kriterierna för utvärdering av anbud, som affärshemlighet, särskilt när dessa handlingar gäller iakttagandet av de krav som den upphandlande myndigheten uppställt och som anges i förfrågningsunderlaget, i lagstiftning, och i andra handlingar som är offentligt tillgängliga eller tillgängliga för berörda personer” (den fjärde frågan).

53. Även här ger domen Klaipėdos den hänskjutande domstolen hjälp att själv kunna fastställa huruvida denna information (eller annan information som medföljer en anbudsgivares anbud) är konfidentiell eller inte i det mål som den handlägger.

54. Domen Klaipėdos innebär, enligt min uppfattning, att sekretessen ska vara så specifik som möjligt:<sup>28</sup>

- För det första talar sambandet mellan ”[beslutet] att behandla vissa uppgifter som konfidentiella” och skyldigheten att ”i en neutral form... lämna ut deras huvudsakliga innehåll till en anbudsgivare som begär dem”,<sup>29</sup> för att generell sekretessbeläggning eller sekretessbeläggning av allmänna kategorier av handlingar inte ska godtas.
- För det andra ”får den upphandlande myndigheten, förutsatt att den nationella rätt som den omfattas av inte utgör hinder för detta, i en sammanfattad form lämna ut vissa delar av ansökningshandlingarna eller av ett anbud samt dess tekniska egenskaper, på ett sådant sätt att konfidentiella uppgifter inte kan identifieras”, även om det finns olika sätt att göra en avvägning mellan de principer som står mot varandra och de är svåra att definiera.<sup>30</sup>
- För det tredje har de upphandlande myndigheterna tillgång till mekanismer som ökar deras handlingsutrymme: ”i artikel 21.2 i direktiv 2014/24 föreskrivs att en upphandlande myndighet får ställa krav på ekonomiska aktörer för att skydda den konfidentiella karaktären hos de uppgifter som myndigheten lämnar ut under upphandlingsförfarandet. Om det antas att de icke-konfidentiella uppgifterna är lämpliga för detta ändamål, kan en upphandlande myndighet således även använda sig av denna möjlighet för att säkerställa att den uteslutna anbudsgivarens rätt till ett effektivt rättsmedel iakttas, genom att begära att den aktör som har tilldelats kontraktet ska tillhandahålla en icke-konfidentiell version av de handlingar som innehåller konfidentiella uppgifter.”<sup>31</sup>

55. Den tolkning av artikel 21 i direktiv 2014/24 som bygger på denna rättspraxis är förenlig med andra bestämmelser i det direktivet som behandlar sekretessens *specifika karaktär*.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> I punkt 129 i domen Klaipėdos används uttrycket ”tillräckliga uppgifter” för att säkerställa rätten till ett effektivt rättsmedel. Denna rätt ska ”avvägas mot andra ekonomiska aktörers rätt till skydd för deras konfidentiella information och företagshemligheter”.

<sup>29</sup> Domen Klaipėdos, punkt 123.

<sup>30</sup> *Ibidem*, punkt 124.

<sup>31</sup> *Ibidem*, punkt 125. Tillhandhållandet av en icke-konfidentiell version är ett uttryck för att viss konkret information får sekretessbeläggas. Det innebär att en och samma handling får behandlas på ett sådant sätt att bara vissa delar av den skyddas från allmän insyn.

<sup>32</sup> Det gäller till exempel artikel 31.6 i direktiv 2014/24: ”Vid innovationspartnerskap med flera partner får den upphandlande myndigheten i enlighet med artikel 21 inte röja för övriga partner vilka lösningar som har föreslagits eller annan konfidentiell information som har förmedlats av en partner inom ramen för partnerskapet utan dennes samtycke. Ett sådant samtycke får inte ha formen av ett allmänt avstående från rättigheter utan ska lämnas specifikt för kommunikation av *viss information*” (min kursivering).

56. Vid förhandlingen diskuterades ”principen om minimering”, för att använda sig av den hänskjutande domstolens formulering, som kriterium för att begränsa sekretessen till ett nödvändigt minimum. Endast sådan information och sådana uppgifter, delar eller passager i de handlingar som medföljer anbuden (eller i själva anbuden) får sekretessbeläggas som specifikt anses vara nödvändiga för att skydda anbudsgivarens berättigade intressen och förhindra att någon av dennes konkurrenter snedvrider konkurrensen mellan dem.

57. Det finns inget att invända mot tillämpningen av en sådan princip, som bara rör vissa delar av den tillhandahållna informationen och inte handlingarna i sin helhet, om den upphandlande myndigheten finner det lämpligt. Under alla förhållanden kan det inte på förhand slås fast när en handling kan sekretessbeläggas, eftersom det är beroende av egenskaperna hos varje enskild handling i ett visst mål.

58. Det tycks framgå av beslutet att begära förhandsavgörande att den upphandlande myndigheten har förfarit generellt med avseende på vissa kategorier av information och inte behandlat dem individuellt på det sätt som är nödvändigt.

59. Detta är emellertid något som det utslutande ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva. Den ska ingående och med angivande av skälen bedöma följande:

- Huruvida anbudsgivaren gjort en motiverad ansökan om att varje enskild handling vars innehåll denne vill dölja för sina konkurrenter, helt eller delvis ska anses utgöra affärshemligheter.
- Huruvida den upphandlande myndigheten i varje enskilt fall har uttalat sig om skälen till den ansett att en viss konkret handling, eller grupp av handlingar, ska anses omfattas av sekretess, samt räckvidden och villkoren för denna.
- Huruvida de skäl som den upphandlande myndigheten anfört för att inte offentliggöra information som anbudsgivaren hade framställt som sekretessbelagd var motiverade.

60. Utan avsikt att träda i den hänskjutande domstolens ställe när det gäller denna uppgift (vilken snarare rör tillämpningen av bestämmelsen än tolkningen av den), ska jag kort behandla den information i anbuden som tolkningsfrågorna handlar om och som den hänskjutande domstolen för samman till två kategorier.

61. Den första omfattar de handlingar som beskriver ”den personliga situationen för den ekonomiska aktör som tilldelats kontrakt beträffande dennes erfarenhet, de aktörer och den personal som föreslagits för genomförande av kontraktet”.

62. Enligt den hänskjutande domstolen krävdes i förfrågningsunderlaget bara sådana handlingar som föreskrivs i artiklarna 59 och 60 och i bilaga XII till direktiv 2014/24 (förutom de som krävs enligt nationell rätt).

63. Om det förhåller sig på det sättet, kan knappast handlingar som direktiv 2014/24 föreskriver att de ska vara offentliga betecknas som affärshemligheter eller någon annan typ av konfidentiell information.

64. Den hänskjutande domstolen har vidare angett, beträffande uppgifter om anbudsgivarens personliga situation (ekonomiska förmåga), att det i förfrågningsunderlaget bara angavs att den måste ligga över en viss nivå, men denna förmåga behövde inte beskrivas utförligt och det behövde inte preciseras vilka tillgångar som anbudsgivaren hade hos sin bank.

65. Något liknande kan sägas när det gäller situationen för tredje män eller aktörer som ska fullgöra kontraktet och underentreprenörer som anbudsgivaren föreslår i sitt anbud. Med förbehåll för allmänna skyldigheter när det gäller skydd av personuppgifter, kan uppgifterna om dessa båda kategorier inte hållas hemliga när det i förfrågningsunderlaget anges att de ska offentliggöras och det räcker härvid inte med en hänvisning till en hypotetisk risk för att dennes personal "bjuds över".

66. Vad beträffar den andra kategorin av handlingar, avser den "handlingar som begärts av den upphandlande myndigheten... för att kunna utvärdera anbuden utifrån kvalitetskriterier", i form av "Koncept för utarbetande" och "Beskrivning av hur kontraktet ska fullgöras".

67. I princip kan det inte uteslutas att någon av de handlingar som en ekonomisk aktör har lämnat in tillsammans med sitt anbud innehåller känslig information som omfattas av det immaterialrättsliga skyddet och som tredje man inte ska få tillgång till utan tillstånd.<sup>33</sup>

68. Vid förhandlingen rådde olika uppfattningar om detta bland parterna, men det bekräftades till sist att det ankommer på den hänskjutande domstolen att mot bakgrund av omständigheterna i målet bedöma huruvida det skett ett åsidosättande av sådana rättigheter.<sup>34</sup>

69. Dessa reflektioner visar hur svårt det är att på förhand generellt slå fast att information som ingår i anbudsgivarnas anbud är av konfidentiell karaktär, oavsett om det rör sig om affärshemligheter eller inte. Artikel 21 i direktiv 2014/24 måste oundvikligen innehålla allmänna formuleringar som gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna och de organ som prövar deras beslut att tillämpa dem i varje enskilt fall på ett motiverat sätt.

## V. Förslag till avgörande

70. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara de fyra tolkningsfrågorna från Krajowa Izba Odwoławcza (nationell prövningsnämnd för offentlig upphandling, Polen) på följande sätt:

Artikel 21 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG ska tolkas på följande sätt:

- Den upphandlande myndigheten är inte bunden av en ekonomisk aktörs blotta påstående om att de uppgifter som denne lämnat i sitt anbud är hemliga.
- En medlemsstat får begränsa sekretessen till att enbart omfatta företagshemligheter, under förutsättning att unionsrätten iaktas och att den information som lämnas ut på grund av att

<sup>33</sup> Enligt artiklarna 2–4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (EGT L 167, 2001, s. 10), är medlemsstaterna bland annat skyldiga att föreskriva en ensamrätt för upphovsmän att tillåta eller förbjuda mångfaldigande av deras verk (artikel 2 a), att tillåta eller förbjuda överföring till allmänheten av deras verk (artikel 3.1) och att tillåta eller förbjuda spridning av deras verk (artikel 4.1).

<sup>34</sup> I beslutet att begära förhandsavgörande (punkt IV.B) anges att ingen har ifrågasatt att "handlingarna inte innehåller innovativa lösningar inom denna sektor, vilket innebär att de innehåller kunskaper som är tillgängliga för fackmän".

den inte omfattas av det begreppet, inte kan användas på ett sätt som skadar en viss ekonomisk aktörs berättigade kommersiella intressen eller för att snedvrída konkurrensen mellan dem.

- En upphandlande myndighet som har mottagit en begäran från en ekonomisk aktör om att vissa uppgifter ska hållas hemliga, ska ingående och med angivande av skälen bedöma huruvida det är nödvändigt att ge företräde för den ekonomiska aktörens rätt att skydda sin information framför konkurrenternas rätt att få kännedom om den för att de, i förekommande fall, ska kunna överklaga tilldelningsbeslutet.