

Justis- og beredskapsdepartementet
Lovavdelingen@jd.dep.no

Vår dato: 24.05.2016
Deres dato: 25.02.2016
Vår referanse: 273/39604 -AP
Deres referanse: 16/1243 EO
OKL/bj

Hørings svar – Evalueringen av offentleglova

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) viser til høringsbrev av 25.2.2016 om evalueringen av offentleglova og sakens øvrige dokumenter.

Vi ser positivt på at Justis og beredskapsdepartementet (JD) gjennomfører en evaluering av offentleglova og inviterer høringsinstansene til å komme med innspill. Bakgrunnen for evalueringen er at Stortinget i forbindelse med vedtakelse av loven ønsket en evaluering. Et viktig dokument i høringssaken er evalueringsrapporten fra Oxford Research AS med tittelen Innsyn i forvaltningen – Kompetanse, etterspørsel og makt. Evalueringsrapporten er skrevet på oppdrag fra JD og er vedlagt høringsbrevet.

Offentleglova bygger på offentlighetsprinsippet. Som hovedregel har enhver rett til å gjøre seg kjent med forvaltningens saksdokumenter. Gjennomgående ser NHO positivt på at Norge er et land med stor grad av åpenhet i forvaltningen. Et grunnleggende spørsmål er imidlertid om pendelen i retning av offentlighet har svingt for langt, og om det bør gjøres noen lovmessige korrigeringer. Når loven skal evalueres, vil vi fremheve noen viktige rettssikkerhetsmessige forhold for næringslivet knyttet til viktige unntaksregler i loven:

- Taushetsbelagte opplysninger
- Innsyn i tilbud og protokoller
- Utsatt offentlighet i tilsynssaker

Når det gjelder punktet ovenfor om utsatt offentlighet i tilsynssaker, har vi under arbeid et forslag om lovendring med tilhørende utredning som tilfredsstillende utredningsinstruksens krav. Vi kommer tilbake til departementet når dette arbeidet er ferdig.

Generelt om undersøkelsen og NHOs vurdering

Oxford Research har som hovedkonklusjon at innføringen av ny offentlighetslov har vært positiv. Evalueringen viser at offentleglova i hovedsak praktiseres etter intensjonene. Offentleglova er imidlertid utfordrende å praktisere når forvaltningen skal ta stilling til noen av unntaksreglene som har skjønnsmessige vurderingstemaer, især innsyn i dokumenter som inneholder taushetsbelagte opplysninger og innsyn i tilbud og protokoller. Evalueringsrapporten viser at forvaltningen opplever loven som vanskelig å praktisere. Klageordningen fungerer, men har noen klare svakheter. Blant annet er det indikasjoner på at klageinstansene ikke har lik praksis. En av hovedkonklusjonene er at brukerne av offentleglova og pressen har stor potensiell makt, og kan bruke loven i strid med intensjonene.

Etter NHOs vurdering har Oxford Research gitt et godt bidrag til det videre arbeidet med evalueringen av offentleglova, særlig sett fra forvaltningens ståsted. Når det er sagt, kunne evalueringen med fordel vært bygget ut til å omfatte hvordan næringslivet opplever praktiseringen av loven. Selv om problemer knyttet til praktisering av unntaksreglene i loven i en viss grad kan være sammenfallende for næringslivet og for forvaltningen, er det en mangel ved evalueringsrapporten at den i liten grad adresserer hvilke særlige utfordringer bedriftene møter ved praktiseringen av loven. Vi foreslår at departementet utvider evalueringen til å omfatte de særlige utfordringer næringslivet står ovenfor ved praktiseringen av offentleglova. Vi kan for eksempel ikke se at et hovedanliggende for bedriftene er drøftet: Betydningen av å sikre korrekte faktaopplysninger i forvaltningens (utkast til) tilsynsrapporter og tilsynsdokumenter, og behovet for utvidede og klarere regler om utsatt offentlighet. Vi viser til eget avsnitt om dette nedenfor.

Konkurransesensitive taushetsbelagte opplysninger

Innsyn i dokumenter som inneholder taushetsbelagte opplysninger er fremhevet som en av de viktigste og mest utfordrende sakene å håndtere for forvaltningen. Vurderingene er i stor grad preget av skjønn, og det etterlyses klarere retningslinjer (rapporten s.14).

Sett fra næringslivets ståsted er det viktig å understreke at forvaltningen må etablere gode rutiner for å sikre at taushetsbelagt konkurransesensitiv informasjon ikke blir offentliggjort. Det er straffbart å offentliggjøre konkurransesensitiv informasjon (forretningshemmeligheter), og forvaltningen har ansvaret for at dokumenter som inneholder slik informasjon skal unntas offentlighet, for eksempel ved at opplysningene sladdes. I rapporten er det fremhevet at det er krevende å sikre at taushetsplikten blir overholdt. Feil kan få store konsekvenser. Videre er det svært kompetansekrevene å vurdere hva som er forretningshemmelig, både ut fra tekniske og bransjemessige vurderinger. Selv om det foreligger enkelte veiledende tolkningsuttalelser om hva som skal regnes som konkurransesensitiv informasjon, er det etter NHOs syn behov for praktisk rettet veiledningsmateriale om dette. Gjennomgående er det fare for at terskelen for hva som er konkurransesensitive opplysninger legges for høyt, slik at det blir gitt innsyn i dokumenter og informasjon som skulle vært unntatt offentlighet. Dagens veiledere og tolkningsuttalelser fra Lovavdelingen og Sivilombudsmannen kan bidra til å skape et inntrykk av at listen ligger høyere enn den egentlig er. Veilederne og uttalelsene tar i liten grad hensyn til bransjespesifikke forhold – som også kan være forbigående i tid. Som eksempel er det i fergebransjen for tiden stort trykk på innovasjon og miljøteknologi. Mye av teknologien er riktignok kjent fra før. Konkurransfordelene til den enkelte bedrift avgjøres gjerne av hvordan man klarer å hente ut det lille ekstra i den enkelte komponent, og ikke minst hvordan komponentene settes sammen. For 10 år siden ville nok færre deler av de tekniske spesifikasjoner i en ferjekonkurranse vært konkurransesensitiv. Om 10 år er vi kanskje igjen tilbake til en situasjon med flere standardløsninger. Det er derfor viktig at de offentlige innkjøperne er bevisste på dynamikken i ulike bransjer og markeder.

Tilsynsetater og konkurransesensitiv informasjon

Ofte ber tilsynsmyndighetene om å få oversendt deler av styringssystemet (internkontrollsystemet) for bedriften. Isolert sett kan det synes som et styrende dokument har liten konkurransemessig betydning. Imidlertid så fungerer styringssystemet som en erfaringsdatabase, som oppdateres ut fra nye erfaringer og hendelser. Styringssystemet er på mange måter bedriftens «know-how», som konkurrerende bedrifter ønsker tilgang til.

Tilsynsmyndighetene ønsker å se på om rammebetingelsene påvirker HMS-nivået. De er derfor ivrige etter å få tilgang til de delene av kontraktene med leverandørene som omhandler HMS; blant annet hvilke insentiver som er kontraktfestet. Enhver tilgang til kontrakt er problematisk, og må godkjennes av begge parter. Likevel synes leverandørene (generelt sett) at dette er mindre problematisk, fordi leverandørene føler at tilsynsmyndighetene ivaretar deres situasjon ovenfor en sterkere operatør.

For petroleumssektoren er det også viktig å kjenne til at en har særregulering om taushetsplikt i petroleumsforskriften https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/1997-06-27-653/KAPITTEL_12#KAPITTEL_12

Enhver som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan, plikter å hindre at uvedkommende får adgang til eller kjennskap til det han i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om geologiske, reservoartekniske og produksjonstekniske forhold i rapporter eller annet materiale som sendes offentlige myndigheter.

Det vanskeligste med denne bestemmelsen i praksis er å definere «produksjonstekniske forhold».

Forøvrig er det i senere tid blitt økt oppmerksomhet omkring offentliggjøring av tegninger av tekniske installasjoner etc, som kan misbrukes til ondsinnede handlinger.

En mulig forbedring av offentleglova kunne være om det ble krav til å innhente uttalelse fra virksomheten som dokumentene eller informasjonen skriver seg fra eller direkte gjelder, før bedriftsinterne dokumenter ble utlevert. Selv om mange offentlige etater har interne rutiner som involverer bedriften før innsynsbejæringer blir avgjort, kjenner vi til tilfeller der det ikke er gjort. Det vil fremme rettsikkerheten for bedriftene å kunne argumentere for hvorfor dokumenter er konkurransesensitive.

Innsyn i tilbud og protokoller

I rapporten fra Oxford Research er innsyn i tilbud og protokoller fremhevet som særlig utfordrende for forvaltningen å håndtere (rapporten s 47). Det er særlig krevende å vurdere hva som skal regnes som forretningshemmeligheter i tilbud.

Forvaltningen står overfor flere kryssende hensyn når det bes om innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoller. Viktigste er å sikre at taushetsbelagt informasjon ikke blir offentliggjort. Forvaltningen bruker derfor betydelig tid på å sladde informasjon i dokumenter, og foreta en selvstendig vurdering av informasjon som er sladdet av leverandørene etter en forhåndsvurdering. Dernest er det viktig å oppfylle formålet med anskaffelsesloven og sikre at leverandørene får tilstrekkelig informasjon til å etterprøve om konkurransen har gått riktig for seg. Leverandørene skal kunne kontrollere om feil er begått i anskaffelsesprosessen.

Antall innsynsbejæringer i tilbud og protokoller henger nøye sammen med hvilken begrunnelse forvaltningen plikter å gi leverandører som deltar i en konkurranse om offentlige anskaffelser. Innsyn er essensielt for å etterprøve om anskaffelsesprosessen har gått riktig for seg. Protokoll og begrunnelse bør være så god at det av leverandørene ikke anses nødvendig å bejære innsyn i tilbudsdokumentene. Tilbyder må ha mulighet til å se beregningen av vektingen og at dette fremkommer i protokollen. Vi har erfaring med at

enkelte kommuner avslår å utlevere protokoll, enten fordi de ikke har skrevet noen protokoll eller at denne er lite opplysende.

Bedriftene opplever også at det enkelte ganger sladdes altfor mye, og at det således ikke blir en reell overprøving. Det er behov for å styrke kompetansen hos offentlige oppdragsgivere for vurderinger av taushetsbelagte opplysninger, slik at ikke "alt" sladdes ukritisk fordi leverandøren har et ønske om det. Sladding uten rettslig grunnlag kan også generere unødvendige klagesaker i anskaffelsesprosessen.

En konkret og aktuell problemstilling er innsyn i totalpris, etterfulgt av avlysning på grunn av feil i anskaffelsesprosessen. Hvis totalprisen "blåses" og oppdragsgiver har gjort en feil i konkurransegrunnlaget som tilsier ny konkurranse, vil det være problematisk for leverandørene å gi nye tilbud. En etterfølgende konkurranse uten å endre konkurransegrunnlaget vil kunne bli parodisk for leverandørene. Dette er en problemstilling som bør vurderes nærmere med sikte på endring av praksis.

NHO er i dialog med NFD som ansvarlig departement om problemstillingene som gjelder offentlige anskaffelser. Vi understreker at begrunnelsesplikten, innsyn i protokoll og tilbudsdokumentene må ses i sammenheng. Etter vårt syn vil det være en fordel å gå tilbake til den gamle regelen om todelt begrunnelsesplikt for oppdragsgiver. NHO mener begrunnelsesplikten må omfatte relative forhold mellom den som ber om begrunnelse og vinneren. Det vil forebygge en rekke innsynskrav i tilbud og klageprosesser, og således være ressursbesparende. Videre er det et klart forbedringspotensial når det gjelder innholdet i offentlige anskaffelsesprotokoller. Leverandørene som ber om innsyn opplever tidvis intetsigende protokoller, så praksis bør innskjerpes.

Behov for lovendring: Ny bestemmelse om utsatt offentlighet i tilsynssaker

Statlige tilsyn har i sin myndighetsutøvelse utstrakt kontakt med bedrifter og med næringslivet for øvrig. En viktig del av tilsynsaktiviteten er å gjøre tilsynsresultater kjent, både for bedriften selv, og for samfunnet for øvrig. Næringslivet og bedriftene har en egeninteresse i at tilsynsrapporter og -resultater bygger på riktig fakta før offentligheten blir kjent med innholdet. Flere medlemsbedrifter og øvrige virksomheter har erfart at offentligheten er blitt kjent med innholdet i rapportene fra utførte tilsyn, uten at virksomheten har fått anledning til å kommentere rapporten på forhånd. Når rapportene inneholder faktafeil, kan resultatet gi skadevirkninger både for den berørte virksomhet og for det aktuelle tilsyn. Og når skaden først har skjedd, er det vanskelig – om ikke umulig – å gjenopprette inntrykket som er skapt i media.

Offentleglova har ingen tilstrekkelig klare hjemler som ivaretar bedriftenes interesser i slike tilfeller. Enkelt sagt er det tale om innsyn i "uferdige dokumenter". En hjemmel om utsatt offentlighet vil gi bedriftene et bedre vern og motvirke feilinformasjon, og er etterspurt av bedriftene.

NHO arbeider som nevnt med et lovforslag og tilhørende konsekvensutredning, og vi kommer tilbake til dette om relativt kort tid.

Med vennlig hilsen
NÆRINGSLIVETS HOVEDORGANISASJON
Område Næringspolitikk



Ingebjørg Harto
direktør



Andreas Pihlstrøm
advokat