

Høringsnotat

Forslag til endring i forskrift til offentleglova og forskrift til havenergilova

- unntak fra innsyn i konkurranse om prekvalifisering og tildelinger av prosjektområder for vindkraft til havs

1. Hovedinnholdet i høringsnotatet

Olje- og energidepartementet legger, i samråd med Justis- og beredskapsdepartementet, med dette frem et forslag om endringer i offentligforskrifta § 9 og forslag til en ny bestemmelse i havenergilovforskrifta. Etter forslaget skal det kunne gjøres unntak fra innsyn i søknader og protokoller i saker om prekvalifisering og tildeling av prosjektområder for vindkraft til havs.

2. Bakgrunnen for forslaget

2.1 Prekvalifisering og tildeling av prosjektområder for vindkraft til havs

De første prosjektområdene for vindkraft til havs, første fase av Sørlege Nordsjø II og Utsira Nord, ble lyst ut 29. mars 2023. Prekvalifisering og tildelingen av prosjektområder gjennomføres i samsvar med havenergilova § 2-3 og havenergilovforskrifta kapittel 2A.

2.2 Gjeldende rett

Det følger av offentliglova § 3 at «saksdokument, journalar og liknande register for organet er opne for innsyn dersom ikkje anna følgjer av lov eller forskrift med heimel i lov». Det følger imidlertid av offentliglova § 23 tredje ledd at det kan nektes innsyn i tilbud og protokoller i forbindelse med offentlige anskaffelser etter regelverk gitt i medhold av anskaffelsesloven (lov 17. juni 2016 nr. 73). Etter offentligforskrifta § 9 andre ledd kan det gjøres tilsvarende unntak ved kjøp av flyrutetjenester etter luftfartsloven. I tillegg vil opplysninger i slike saker kunne omfattes av unntaket i offentliglova § 23 første ledd, der det heter at det blant annet kan gjøres unntak av hensyn til en forsvarlig økonomiforvaltning. Dette gjelder forhandlinger som gjelder organets økonomiforvaltning.

Prekvalifisering og tildeling av prosjektområder for havvind innebærer også en konkurranse, men er likevel ikke en offentlig anskaffelse. Disse sakene omfattes derfor ikke av de ovennevnte unntakene fra innsynsretten. Imidlertid vil de samme hensynene som ligger bak unntakene i offentliglova § 23 tredje ledd og offentligforskrifta § 9 andre ledd, også gjøre seg gjeldende i saker om prekvalifisering og tildeling av prosjektområder for vindkraft til havs.

Etter offentliglova § 13 første ledd er «opplysningar som er underlagde teieplikt i lov eller i medhald av lov», unntatt fra innsyn. Mye av innholdet i søknadene om prekvalifisering og prosjektområder for havvind vil være informasjon om «tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår», og som derfor er underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

Det er første gang det avholdes en konkurranse om prekvalifisering og tildeling av prosjektområder for vindkraft til havs, så departementet har ikke konkrete eksempler på hvordan søknadene om prekvalifisering og tildeling av prosjektområde vil være. Departementet antar likevel at taushetsbelagte opplysninger trolig vil utgjøre den vesentligste delen av dokumentene, eller at det vil være urimelig arbeidskrevende for departementet å skille ut den taushetsbelagte informasjonen. Med forbehold om at departementet ikke har sett en søknad, er det grunn til å anta at hele søknaden kan unntas fra innsyn med hjemmel i både offentliglova §§ 12 bokstav b og c.

Det følger av forvaltningsloven § 13 b første ledd nr. 1. at taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 ikke er til hinder for at «opplysningene i en sak gjøres kjent for sakens parter eller deres representanter». Videre følger det av forvaltningsloven § 18 første ledd at «en part har rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter».

Partens rett etter forvaltningsloven § 18 blir innskrenket av forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b, som fastslår at «en part har ikke krav på å få gjøre seg kjent med de opplysninger i et dokument som angår tekniske innretninger, produksjonsmetoder, forretningsmessige analyser og beregninger og forretningshemmeligheter ellers, når de er av en slik art at andre kan utnytte dem i sin egen næringsvirksomhet».

Bestemmelsen må forstås på samme måte som taushetspliktsregelen i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, og som nevnt over vil dette derfor trolig omfatte store deler av søknadene.

Derimot oppstiller bestemmelsen ingen taushetsplikt om de opplysninger som ikke inngår i opplistingen. Det betyr at en «part» i utgangspunktet har rett til å gjøre seg kjent med den delen av søknaden som ikke «angår tekniske innretninger, produksjonsmetoder, forretningsmessige analyser og beregninger og forretningshemmeligheter». Dette vil, som nevnt, antageligvis utgjøre en liten del av søknaden, men etter §§ 18 og 19 skal likevel gjøres en konkret vurdering av hvilke deler av søknadene som de andre partene kan få tilgang til.

Verken havenergilova eller havenergilovforskriften har bestemmelser som regulerer innsyn eller taushetsplikt.

3. Departementets vurdering

3.1. Behovet for unntak fra innsyn i søknader

Søknadene om prekvalifisering og tildeling av prosjektområder for vindkraft til havs vil være omfangsrike og komplekse, og vil inneholde en stor mengde taushetsbelagte opplysninger. Departementet mener det vil være ressurskrevende å vurdere eventuelt unntak for resten av dokumentet etter § 12 i offentleglova og forvaltningsloven §§ 18 og 19, samtidig som man evaluerer søknadene. Det antas at det vil komme mange begjæringer om innsyn, og dersom departementet også må gjøre større vurderinger knyttet til disse, vil det føre til lengre saksbehandlingstid for søknadene. Olje- og energidepartement ser derfor at det både er behov for unntak fra innsyn i søknadene og for å begrense partsinnsyn.

3.2. Nytt unntak fra innsyn i offentlegforskrifta

Det følger som nevnt av offentleglova § 23 tredje ledd og offentlegforskrifta § 9 andre ledd at det kan nektes innsyn i tilbud og protokoller i saker etter henholdsvis regelverk gitt i medhold av anskaffelsesloven og ved kjøp av flyrutetjenester etter luftfartsloven.

Offentlighetslovutvalget (NOU 2003:30) vurderte fordeler og ulemper med å gjøre unntak fra reglene om offentlig anskaffelser. Et flertall i utvalget foreslo at bare tilbudene skulle kunne unntas fra innsyn, også etter valg av leverandør, mens derimot protokollene skulle være offentlige fra leverandør var valgt. Begrunnelsen til flertallet for deres løsning var at det ville innebære en betydelig arbeidsbyrde å gå gjennom tilbudene med tanke på taushetsbelagte opplysninger (NOU 2003:30 s. 195).

I høringen av forslaget til offentleglova i 2007 tok Samferdselsdepartementet opp at unntaket i offentleglova § 23 tredje ledd ikke omfatter kjøp av flyrutetjenester, siden slike kjøp skjer etter regelverk gitt i medhold av luftfartslova 11. juni 1993 nr. 101. Det ble derfor fremsatt et ønske om et tilsvarende unntak, fastsatt i forskrifta, for kjøp av flyrutetjenester. I kongelig resolusjon 17. oktober 2008 heter det i punkt 5.2.3 følgende:

«Justisdepartementet er einig i at unntakshøvet for dokument tilknytt kjøp av flyrutetjenestar ikkje bør vere annleis enn for dokument tilknytt andre offentlege innkjøp. Eit unntak for tilbod og protokollar i slike saker vil nok i all hovudsak falle innanfor det generelle unntaket knytt til forsvarleg økonomiforvaltning for offentlege organ i offentleglova § 23 fyrste ledd, men Justisdepartementet er likevel einig i at det bør fastsetjast eit tilsvarende unntak for kjøp av flyrutetjenestar i forskrifta som det ein finn i offentleglova § 23 tredje ledd for andre offentlege innkjøp. Dette vil avklare situasjonen, hindre at det oppstår tvil i slike saker, og spare dei aktuelle organa for unødvendig meirarbeid. Unntaket vil, på same vis som det tilsvarende unntaket i offentleglova § 23 tredje ledd, ikkje omfatte andre dokument enn tilbod og protokollar, og berre gjelde inntil val av leverandør er gjort. I den grad desse dokumenta inneheld opplysningar som er underlagt teieplikt, skal unntak framleis gjelde for desse på vanleg måte.»

Departementet mener at konkurranse om prekvalifisering og tildeling av prosjektområde for vindkraft til havs har klare praktiske likhetstrekk med både store offentlige anskaffelser og kjøp av flyrutetjenester som reguleres av offentleglova § 23 og offentlegforskrifta § 9, og at hensynet til enhetlig regulering tilsier at en unntak fra innsyn for søknader om tildeling av prosjektområde for havvind også bør plasseres i offentlegforskrifta § 9.

Hjemmel for offentlegforskrifta § 9 er offentleglova § 27 med følgende ordlyd: «Kongen kan i forskrift fastsetje at det kan gjerast unntak frå innsyn for journalar og alle dokument på saksområde der det kan eller skal gjerast unntak frå innsyn for det alt vesentlege av dokumenta. Slik forskrift kan berre fastsetjast når særleg tungtvegande grunnar taler for det».

I merknadene til bestemmelsen i Ot.prp.nr. 102 (2004-2005) heter det at:

«slike forskrifter berre kan givast når særleg tungtvegande grunnar taler for det. Dette er strenge vilkår. For det første er det eit krav at det skal eller kan gjerast unntak for det alt vesentlege av dokumenta på det aktuelle saksområde. Det er ikkje nok at det er unntaksheimel for dei fleste eller langt på veg dei fleste dokumenta, f.eks. 60 til 70 prosent. Det alt vesentlege må tolkast som tilnærma alle, det vil seie minst om lag 90

prosent. Det må likevel takast omsyn også til kvalitative kriterium» [og] «at det kan eller skal gjerast unntak for det alt vesentlege av dokumenta på det aktuelle saksområdet, er likevel ikkje eit tilstrekkeleg vilkår for å gi unntaksforskrifter. Det er også eit krav at særlege tungtvegande grunnar taler for det. Her må det leggjast vekt på kor arbeidskrevjande det vil vere å vurdere innsyn i kvart enkelt tilfelle på det aktuelle området, men også på i kva grad det er omsyn som taler for at ålmenta bør ha innsyn i dei gjenstående opplysningane og dokumenta på området.»

Departementet mener at vurderingen i punkt 2 om at dokumentene allerede i det alt vesentlige vil kunne unntas fra innsyn og hensynet til kapasiteten til forvaltningen tilsier at det foreligger tilstrekkelige tungtveiende grunner for å fastsette et unntak fra innsyn i søknader om prekvalifisering og tildeling av prosjektområder for havvind.

3.3. Unntak fra partsinnsyn i havenergilovforskrifta

Unntaket fra innsyn i offentleglova § 23 og offentlegforskrifta § 9 begrenser ikke parters rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter etter forvaltningsloven § 18. Departementet vil derfor fremdeles måtte vurdere hvilke deler av søknaden som partene vil kunne få innsyn i behandlingen av søknadene.

I forbindelse med høringen av forslag til veileder for havvind og tilhørende forslag til regelverksendringer i august 2021 fikk Olje- og energidepartementet innspill om at:

«Innholdet i søknader om tildeling av areal og evt. auksjonsrunder må antas å inneholde en del teknisk, kommersiell og strategisk informasjon, slik som vurderinger av arealene, utbyggingskonsepter, kontraktsstrategier og kostnadsnivå mv. Søknader vil i stor grad inneholde forretningshemmeligheter som er særlig sensitive frem til departementet har vurdert og tildelt areal til bestemte søkere.

Departementet bør vurdere å innføre en egen bestemmelse i forskriften om unntak fra forvaltningsloven § 18 første ledd om en parts rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter. Det er særlig hensynet til beskyttelse av verdifull informasjon, utilsiktet informasjonsdeling og evt. misbruk mellom konkurrerende prosjekter så lenge tildelingsprosessen pågår, som aktualiserer et slikt særskilt unntak om taushetsplikt inntil tildeling til de aktuelle området er besluttet. En lignende bestemmelse gjelder for søknad om utvinningstillatelse etter petroleumslovforskriften § 85 første og annet ledd.»

Gjennomgangen i punkt 2 over viser at søkere, som «part», vil ha en adgang til å få se deler av andre søknader, i den grad de ikke inneholder forretningshemmeligheter.

Forvaltningsloven § 19 tredje ledd lyder: «Kongen kan gi forskrifter som for særskilte saksområder utfyller eller nærmere fastlegger hvordan §§ 18 til 19 skal anvendes. Når tungtveiende grunner taler for det, kan forskriftene også gjøre unntak fra disse paragrafer.»

I forarbeidene til bestemmelsen fremgår det vil være «et særlig behov for lempingsregler fordi lovbestemmelsene må bygge på gjennomsnittsynspunkter som kanskje ikke passer på alle saker» (Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) s. 82).

Petroleumsforskriften § 85 første ledd begrenser hele anvendelsen av forvaltningsloven § 18 første ledd. En slik regulering ivaretar også hensynet om å skjerme kapasiteten i forvaltningen i den perioden man vurderer søknadene.

Før tildelingen er skjedd mener departementet at det kan være situasjoner, for eksempel når det er to parallelle konkurranser med ulik innsendelsesfrist, som tilsier at partsinnsyn kan være konkurransevridende. I tillegg vil kapasitetshensynet til forvaltningen være like gjeldende ved partsinnsyn, som ved det generelle innsynskravet, jf. vurderingen i punktet over. Departementet mener derfor det er tungtveiende grunner for å gjøre unntak for partsinnsyn ved søknader om prekvalifisering og tildeling av prosjektområde for havvind.

Departementet fremmer derfor forslag om en ny bestemmelse i havenergilovforskrifta om unntak fra partsinnsyn, med hjemmel i forvaltningsloven § 19 tredje ledd.

4. Økonomiske og administrative konsekvenser

Forslaget til endring i offentlegforskrifta § 9 og ny bestemmelse i havenergilovforskrifta vil ikke føre til store endringer på innsynsfeltet, og det vil trolig i liten grad medføre økonomiske eller administrative konsekvenser. Unntakene tilsier spart ressursbruk i forvaltningen.

5. Merknader til forskriftsforslaget

Til offentlegforskrifta § 9 tredje ledd

Med søknad menes det som leveres som svar på en konkurranse, uavhengig av hvilken konkurranseform som blir benyttet.

Det er ingen tilsvarende formelle krav til protokoll etter havenergilova eller havenergilovforskrifta som etter lov om offentlige anskaffelser. Departementet ser for seg å ha en form for oppsummering av søknadene og rangeringene i forbindelse med konkurranse om tildeling av prosjektområdene. Denne oppsummeringen og lignende dokumenter vil være omfattet av «dokument som inneheld rangeringar, oppsummeringar eller liknande omtale av slike søknadar».

Departementet foreslår at det kan gjøres unntak for hele søknadene og de øvrige dokumentene som omfattes av unntaket. Unntaksadgangen er altså ikke begrenset til opplysninger.

Til ny § 22 i havenergilovforskrifta

Bestemmelsen gir unntak for retten til partsinnsyn etter forvaltningsloven § 18 i saker om prekvalifisering og tildelingen av prosjektområde. Unntak gjelder fra innlevering av søknad og frem til endelig prekvalifisering og tildeling har funnet sted.

6. Forslag til forskrift om endringer i offentlegforskrifta og havenergilovforskrifta

I

I forskrift 17. oktober 2008 nr. 1119 til offentleglova blir det gjort følgende endringer:

§ 9 tredje ledd skal lyde:

Det kan gjerast unntak frå innsyn for søknadar i saker om prekvalifisering og i saker om tildeling av prosjektområde etter regelverk gitt etter havenergilova, og for dokument som inneheld rangeringar, oppsummeringar eller liknande omtale av slike søknadar, inntil tildelinga er gjort.

Nåværende § 9 tredje til femte ledd blir fjerde til nytt sjettede ledd.

II

I forskrift 12. juni 2020 nr. 1192 til havenergilova blir det gjort følgende endringer:

Ny § 22 i kapittel 4 skal lyde:

§ 22 Unntak frå retten til partsinnsyn

Ein part har ikkje krav på å få gjere seg kjend med søknadar i saker om prekvalifisering og i saker om tildeling av prosjektområde etter kapittel 2A i denne forskrifta, eller med dokument som inneheld rangeringar, oppsummeringar eller liknande omtale av slike søknadar, før tildelinga er gjort.

Nåværende § 22 blir ny § 23 i kapittel 5.

III

Forskriften trer i kraft fra den tiden Kongen bestemmer.