



**DET KONGELEGE
JUSTIS- OG POLITIDEPARTEMENT**

Lovavdelingen

Fornyings-, administrasjons- og kyrkjedepartementet
Postboks 8004 Dep
0030 OSLO

Dykkar ref.
200903069

Vår ref.
201005859 EO KRY/OKL/bj

Dato
20.01.2011

Vurdering av spørsmål om unntak fra innsyn i saker om offentlege innkjøp

1 Innleiing

Vi viser til brev 12. oktober 2010 frå Fornyings- administrasjons- og kyrkje- departementet, der det blir bede om ei utgreiing om handlingsrommet i offentleglova i saker om offentlege innkjøp. Spørsmålet gjeld særleg kva for unntaksreglar i offentleglova som er aktuelle for tilbodsdokument i saker der det blir avhalde tilbodskonkurranse.

Etter offentleglova § 23 tredje ledd kan det gjerast unntak frå innsyn for protokollar og tilbod etter regelverk som er gjeve i medhald av lov om offentlege innkjøp, inntil valet av leverandør er gjort. Føresegna gjev såleis berre høve til eit tidsavgrensa unntak. Dersom det skal gjerast unntak ut over denne tida, må dette heimlast i andre unntaksreglar.

2 Unntak for opplysningar som er omfatta av teieplikt

Innkome tilbod og andre dokument i tilbodssaker vil i mange tilfelle innehalde opplysningar som er omfatta av teieplikt. Offentleglova § 13 fyrste ledd slår fast at det skal gjerast unntak for opplysningar som det er teieplikt for.

Etter forvaltningslova § 13 fyrste ledd nr. 2 er opplysningar om "tekniske innretningar og fremgangsmåter samt drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysninga angår", omfatta av teieplikt. Den sentrale avgrensinga av teieplikta ligg i vilkåret om at det må vere av "konkurransemessig betydning" for den aktuelle verksemda at opplysningane ikkje kjem ut. For at opplysningane skal vere omfatta av teieplikt, må det

kunne føre til fare for økonomisk tap eller redusert gevinst for verksemda dersom dei blir kjende. Alminneleg kjende eller tilgjengelege opplysningar om produkt, prisar, tilverkningsmetodar og anna vil ikkje vere omfatta av teieplikt, jf. forvaltningslova § 13 a nr. 3.

Kjerneområdet for teieplikt etter § 13 fyrste ledd nr. 2 er næringsopplysningar som andre kan ha nytta av i eiga verksemd, altså forretningsløyndomar i meir tradisjonell forstand. Ved tilbod om levering av fysiske varer vil opplysningar om produksjonsmetodar og nye produkt som er under utvikling, vere typiske døme. Ved tilbod om levering av tenester kan det i tillegg dreie seg om informasjon om strategiar og liknande, og ved oppdrag som gjeld bygging og anna entreprenørarbeid, kan opplysningar om arbeidsteknikkar vere å rekne som forretningsløyndomar. Vidare kan informasjon om marknadsanalysar, økonomiske utrekningar og prognosar, konkrete forretningsstrategiar og liknande ha ein slik karakter at konkurrentar kan utnytte dei.

Opplysningar som meir generelt kan ha uheldige verknader for verksemda, fell normalt utanfor teieplikta. Det er til dømes lagt til grunn at opplysningar om økonomisk stilling, administrative forhold, produksjonskapasitet og -kvantum, forvaltningsvedtak som gjeld verksemda, og avtaler med forretningspartnarar normalt fell utanfor teieplikta, jf. Woxholth, Forvaltningsloven (2006) s. 255. Men igjen er det vilkåret om "konkurransmessig betydning" som vil vere avgjerande.

Opplysningar kan vere omfatta av teieplikt dersom dei kan skade forhandlingsposisjonen til verksemda i noverande eller framtidige forhandlingar, til dømes ved at andre tilpasser sine produksjonsmetodar, prisar og forretningsstrategiar etter opplysningane. Det same gjeld dersom andre kan nytte informasjonen til å erobre ein forretningspartnar eller ta marknadsdelar frå verksemda.

I tvilstilfelle må ein gjere ei konkret vurdering av i kva grad omsyna bak teieplikta gjer seg gjeldande. Risikoen for skade og omfanget av den eventuelle skaden er relevante moment i vurderinga. Vidare må ein sjå på om det er vanleg praksis i bransjen å hemmeleghalde denne typen opplysningar. Tilliten til forvaltninga er eit anna omsyn. Dersom innsyn vil føre til at aktuelle verksemder ikkje leverer tilbod, er det eit moment som i tvilstilfelle talar for at opplysningane er omfatta av teieplikt.

Teieplikta kan variere over tid. Dersom prisar, økonomiske utrekningar, prognosar eller andre leveringsvilkår er utarbeidde eller tilpassa heilt konkret i samband med det aktuelle prosjektet, vil teieplikta ofte falle bort når den aktuelle konkurransen er over. Føresetnaden er at opplysningane ikkje gjev grunnlag for utnytting i seinare tilfelle, og at det derfor ikkje vil vere av "konkurransmessig betydning" å hannelighalde dei. Dersom opplysningane kan nyttast i seinare forhandlingar, vil dei derimot vere omfatta av teieplikt også etter at valet av leverandør er gjort, og kontrakten er inngått.

Dersom ein konkurranse skal lysast ut på nytt, vil òg prisar, økonomiske prognosar og annan informasjon som berre er relevant for den aktuelle saka, kunne vere omfatta av teieplikt. Andre tilbydarar vil elles kunne tilpasse sine tilbod etter dei aktuelle opplysningane. Vi legg såleis til grunn at opplysningane vil vere omfatta av teieplikt inntil det er klart at konkurransen vil bli avgjort på grunnlag av dei innkomne tilboda. Dersom dette ikkje er klart før ved kontraktsinngåinga, vil opplysningane vere omfatta av teieplikt fram til dette tidspunktet.

Eit krav om innsyn skal avgjerast utan ugrunna opphald, jf. offentleglova § 29 fyrste ledd andre punktum. Generelt må ein vere varsam med å gje ut opplysningar som kan tenkjast å vere omfatta av teieplikt, inntil det er avklara at dette ikkje er tilfelle. Denne vurderinga kan i ein del tilfelle ta noko tid. Dersom det dreier seg om tvilsame spørsmål eller kravet gjeld store eller mange dokument, kan ein bruke meir tid på vurderinga enn det som elles er rettleiande tidsbruk for vurdering av meir vanlege innsynskrav (1-3 arbeidsdagar, jf. Rettleiar til offentleglova punkt 9.3, på side 164).

Vi nemner her særskilt føresegna i offentleglova § 32 andre ledd fyrste punktum, som seier at dersom det ikkje har kome svar på eit innsynskrav innan fem arbeidsdagar, skal dette reknast som eit avslag som kan påklagast. Dette medfører likevel ikkje nokon lengstefrist for handsaming av innsynskrav. Ei sakshandsamingstid på over fem dagar kan vere innanfor lova, så lenge kravet blir avgjort "utan ugrunna opphald". Retten til å klage etter fem dagar gjeld likevel absolutt, slik at det kan liggje føre rett til å klage før fristen for å avgjere innsynskravet er ute. Sjå nærare om dette i Rettleiar til offentleglova punkt 10.2, side 175-176.

3 Unntak av omsyn til det offentlege si økonomiforvaltning

Offentleglova § 23 fyrste ledd opnar for å gjere unntak for opplysningar når dette er påkravd av omsyn til ei forsvarleg gjennomføring av økonomi-, løns- eller personalforvaltninga til organet. Det aktuelle alternativet her er økonomiforvaltninga. Dette unntaket vernar om dei privatøkonomiske interessene til organet i forhandlingssituasjonar. Unntak på dette grunnlaget kan vere aktuelt i tilfelle der organet sin forhandlingsposisjon eller strategiske stilling kan bli svekt, anten i den aktuelle saka eller i seinare saker. Vidare kan unntak berre gjerast av omsyn til organet, ikkje av omsyn til ein privat motpart. Dersom det skal vere aktuelt med unntak for opplysningar om ein tilbydar etter § 23 fyrste ledd, må offentleggjering såleis kunne svekkje stillinga til det offentlege i forhandlingar. I tillegg må det vere "påkravd" med unntak, noko som inneber at faren for at innsyn vil skade det offentlege si stilling i forhandlingane må vere relativt konkret, og den moglege skaden må vere av eit visst omfang. Føresegna vil normalt ikkje vil gje grunnlag for å gjere unntak over lang tid. Når dei aktuelle forhandlingane er avslutta, vil det i mange tilfelle ikkje lenger vere påkravd med unntak. Dette kan stille seg annleis for generelle retningslinjer, forhandlingsstrategiar og liknande opplysningar som òg vil vere aktuelle ved seinare forhandlingar.

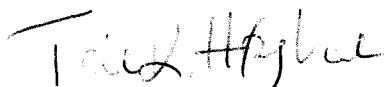
I saker som fell utanfor verkeområdet til lov om offentlege innkjøp, vil ein ofte kunne gjere unntak for dei sentrale opplysningane i tilbod og protokollar etter § 23 fyrste ledd inntil valet av leverandør er gjort. Utanfor dette må det vurderast konkret om § 23 fyrste ledd kan gje vidare rett til unntak enn det som allereie følgjer av tredje ledd. Når valet av leverandør er gjort, vil det truleg ofte vere liten grunn til å gjere unntak for tilbodsdokument av omsyn til det offentlege sin posisjon. Unntak etter § 23 fyrste ledd kan likevel tenkjast dersom det er aktuelt å lyse ut konkurransen på nytt, og innsyn vil svekke organet sin posisjon i forhandlingane. (Her kan det gjelde teieplikt for dei same opplysningane, slik at spørsmålet ikkje kjem på spissen.) Det kan dessutan vere aktuelt å gjere unntak etter § 23 fyrste ledd for opplysningar i andre dokument som byggjer på tilbodskonkurransar, til dømes seinare korrespondanse mellom organet og tilbydaren som fekk kontrakten.

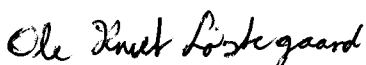
Når konkurransen er avslutta, vil prognosar og liknande utarbeidd særskilt i høve den aktuelle kontrakten ofte falle utanfor teieplikta, jf. punkt 2 ovanfor. At tilbydaren ynskjer at opplysningane ikkje kjem ut, gjev ikkje i seg sjølv grunnlag for unntak, men det kan tenkjast at innsyn kan ha så negative følgjer for forhandlingsposisjonen til det offentlege at unntaksvilkåra i § 23 fyrste ledd er oppfylte. I særlege tilfelle kan det tenkjast at tilbydaren vil trekkje seg dersom informasjonen kjem ut. Innsyn kan òg føre til at aktørar ikkje vil kome med tilbod seinare, eller at dei vil vere varsame med å sende nyttig informasjon til det offentlege. Vurderinga må skje konkret i kvart tilfelle.

4 Unntak for resten av dokumentet

Offentleglova § 23 tredje ledd gjev høve til å gjere unntak for "tilbod og protokoll". Føresegnene om teieplikt i § 13 og om økonomiforvaltning i § 23 fyrste ledd gjev derimot berre høve til å gjere unntak for "opplysningar". Unntak for resten av dokumentet må eventuelt skje på grunnlag av ei av føresegnene i offentleglova § 12, sjå nærare i Rettleiar til offentleglova punkt 5.2 på s. 69-70. Dersom ingen av desse er aktuelle, må unntak skje ved at dei aktuelle opplysningane som er omfatta av teieplikt, eller av ei anna unntaksføresegn, blir sladda i den kopien som blir gjeve ut.

Med helsing


for Kristin Ryan
lovrådgjevar e.f.


Ole Knut Løstegaard
rådgjevar