

Mottaker
Justis- og beredskapsdepartementet -
Lovavdelingen
Postboks 8005 Dep
0030 OSLO
Norge

Deres ref.:

Vår ref.: 2016/0085-2

Saksbehandler: Marion Stamnes
Saksansvarlig: Karin Stakkestad Laastad

Dato: 25.05.2016

Høringsuttalelse - evaluering av offentleglova

Konkurransetilsynet viser til høringsbrev fra Justis- og beredskapsdepartementet 25. februar 2016 som gjelder Oxford Research sin evaluering av offentleglova. Høringsfristen er satt til 25. mai 2016.

Evalueringen påpeker at det i praksis har vært utfordrende for forvaltningen å håndtere vurderingen av innsyn i forbindelse med offentlige innkjøp etter offentleglova § 23 tredje ledd, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Konkurransetilsynet ønsker å knytte noen kommentarer til dette.

I utgangspunktet åpnes det for innsyn når innkjøper har bestemt hvilken leverandør som tildeles oppdraget, jf. offentleglova § 23 tredje ledd. Når det gis innsyn forutsettes det likevel at forretningshemmeligheter skal unntas etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Rapporten fra Oxford Research påpeker at det er vanskelig for saksbehandler å vurdere hva som er konkurransesensitivt og at en reell vurdering i mange tilfeller forutsetter spesialkompetanse om det aktuelle markedet. Resultatet blir dermed i praksis ofte at det gis innsyn når leverandøren har gitt tilbakemelding om at det ikke foreligger forretningshemmeligheter.

Konkurransetilsynet ønsker å påpeke at usikkerhet knyttet til konkurrenters markedsatferd er en viktig forutsetning for velfungerende konkurranse. Utveksling av informasjon kan redusere denne usikkerheten. Slik utveksling kan derfor skade konkurransen, både når informasjon utveksles direkte mellom konkurrenter og indirekte ved at innkjøper fungerer som et mellomledd.

Den konkrete skadevirkningen vil avhenge av markedsmessig kontekst, hvilken informasjon som utveksles og hvordan utvekslingen av informasjon kan påvirke den markedsmessige konteksten.

Strategisk informasjon der utveksling vil påvirke konkurransen negativt kan eksempelvis omhandle pris (faktiske priser, rabatter, prisøkninger eller prisreduksjoner), kundelister, produksjonskostnader, produksjonsomfang, omsetning, salg, kapasitet, kvalitet, markedsføringsplaner, risikovurderinger, investeringer, teknologi samt forsknings- og utviklingsprogrammer og resultater av disse.

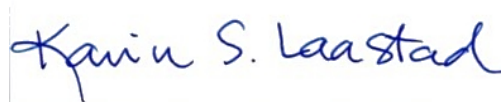
I markeder med få aktører, stor gjennomsiktighet, stor grad av stabilitet, stor grad av symmetri og oversiktlige innsatsfaktorer kan detaljert innsyn i sentrale konkurranseparametere, eksempelvis i delpriser, føre til omfattende begrensning av konkurransen.¹ Alle de nevnte faktorene øker sannsynligheten for konkurranseskade, men alle faktorene trenger ikke være til stede samtidig for at slik skade skal materialisere seg.

Innsyn i sentrale konkurranseparametere vil gi konkurrerende foretak innsikt i hverandres markedsstrategi på en slik måte at den risiko og usikkerhet som er forbundet med konkurranse i et marked fjernes eller reduseres. Dersom det aktuelle markedet er et anbudsmarked, hvor samme begrensede krets av konkurrenter møtes gjentatte ganger, vil potensialet for en slik skadevirkning øke. Informasjon som det gis innsyn i fra en innkjøper kan dermed tilrettelegge for en samordnet opptreden, slik at koordinering av foretakenes atferd oppnås eller opprettholdes. På sikt kan resultatet bli lavere innovasjon og utvikling, mindre effektiv ressursutnyttelse og høyere priser. Innsyn i historiske data kan også føre til konkurranseskade, eksempelvis når markedet er konsentrert, gjennomiktig, og har stor grad av stabilitet.

Konkurransetilsynet er kjent med at hensynet bak regelen om innsyn etter offentleglova § 23 tredje ledd er muligheten til å kontrollere prosessen og påvirke utfallet i tiden mellom valg av leverandør og endelig signering av kontrakt. Det stilles likevel spørsmål ved hvilken grad av innsyn som kreves for å innfri dette formålet, og om det er mulig å ivareta slike hensyn uten at det gis innsyn i konkurransesensitiv informasjon på et så detaljert nivå at konkurransen skades.

Konkurransetilsynet er derfor av den oppfatning at det bør utredes nærmere hvordan regelen kan utformes, slik at man oppnår en bedre balansering mellom hensynet til gjennomsiktighet i prosessen og hensynet til en velfungerende konkurranse. Avveilingen av disse hensynene omtales blant annet av OECD i rapporten "*Competition and Procurement*" fra 2011.² Rapporten peker på at utstrakt grad av åpenhet i forbindelse med en anbudskonkurranse forenkler etablering og opprettholdelse av ulovlige anbudssamarbeid. Graden av gjennomsiktighet som er formålstjenlig vil dermed være avhengig av omstendighetene, og et formål om å motvirke innsyn som begrenser konkurransen bør inngå i vurderingen.

Med hilsen



Karin Stakkestad Laastad (e.f.)
juridisk direktør

¹ Kommisjonens retningslinjer for horisontalt samarbeid, OJ [2011] B11/1 avsnitt 58 og 77.

² Hovedfunn omtalt i avsnitt 11 på side 19, se <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/48315205.pdf>

Mottaker

Justis- og beredskapsdepartementet -
Lovavdelingen

Postadresse

Postboks 8005 Dep

Poststed

0030 OSLO
Norge

Kontakt/e-post

Lovavdelingen@jd.dep.
no