

Taushetsplikt ved offentlige anskaffelser

- Hvilke tilbudsopplysninger skal unntas fra innsyn, eksemplifisert ved typetilfellene pris og CV.

Kandidatnummer: 588

Leveringsfrist: 25.11.2015

Antall ord: 16929



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Taushetsplikt som tema i offentlige anskaffelser.....	1
1.2	Problemstilling	2
1.3	Avgrensning	3
2	RETTSKILDER OG METODE	4
2.1	Overordnet om anskaffelsesretten.....	4
2.1.1	EU-direktivets bestemmelser om taushetsplikt	5
2.1.2	Forholdet mellom EØS-rett og nasjonal rett.....	5
2.2	Offentleglova, forvaltningsloven og tvisteloven.....	7
2.3	Rettspraksis m.v	7
2.3.1	Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA).....	8
2.4	Kort om håndhevelsesdirektivet og kommende endringer	9
2.4.1	Håndhevelsesdirektivet og betydningen av endringene	9
2.4.2	Kommende endringer innenfor anskaffelsesområdet	10
3	OVERORDNET OM TAUSHETSPLIKTREGLENE	11
3.1	Taushetspliktbestemmelsene i forskriften.....	11
3.1.1	Taushetsplikt etter forskriften § 3-6	11
3.1.2	Taushetspliktbestemmelser i forskriften utover § 3-6	12
3.2	Hensynet bak taushetspliktreglene.....	12
3.3	Praktisk anvendelse av taushetspliktreglene	13
3.3.1	I hvilken grad utgjør temaet et praktisk problem for innkjøpere i dag?.....	13
3.3.2	Hvem er omfattet av taushetspliktreglene?	14
3.3.3	Hva innebærer plikten til å hindre at andre får tilgang til opplysningene?	15
3.3.4	Oppdragsgivers plikt til å foreta en selvstendig vurdering.....	15
4	VILKÅRENE FOR TAUSHETSPLIKT ETTER FVL. § 13 (1) NR.2	16
4.1	Innledning	16
4.2	Opplysningens art	17
4.3	Kravet til "konkurransemessig betydning å hemmeligholde"	18
5	ER OPPLYSNINGER I PRIS OG CV OMFATTET AV TAUSHETSPLIKTEN?	21
5.1	Innledning og valg av typetilfeller	21
5.2	Er opplysninger i tilbudspriser omfattet av lovbestemt taushetsplikt?	22

5.2.1	Opplysningens art	22
5.2.2	Konkurransemessig betydning å hemmeligholde.....	22
5.2.3	Oppsummering pris	35
5.3	Er opplysninger i CV omfattet av lovbestemt taushetsplikt?.....	36
5.3.1	Opplysningens art	36
5.3.2	Konkurransemessig betydning å hemmeligholde.....	37
6	OPPSUMMERING	45
	LITTERATURLISTE.....	47

1 Innledning

1.1 Taushetsplikt som tema i offentlige anskaffelser

Tema for oppgaven er skjæringspunktet mellom allmennhetens innsynsrett versus hensynet til forretningsmessige og økonomiske interesser hos leverandører som leverer tilbud i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser. Rent praktisk oppstår dette fenomenet i forbindelse med innsynsbegjæringer i anskaffelsesprosesser, og da i hovedsak ved innsynsbegjæringer der opplysninger i innkomne tilbud etterspørres. Oppgaven vil belyse rettsreglene som kommer til anvendelse i de tilfeller tilbudsopplysninger omfattes av taushetspliktbestemmelsen i forskrift om offentlige anskaffelser (FOA).¹ Problemstillingen blir eksemplifisert med to typetilfeller av opplysninger, henholdsvis pris og CV hos tilbudt personell.

Offentlig sektor kjøper inn varer og tjenester for nærmere 400 milliarder kroner årlig.² Av formålsbestemmelsen i lov om offentlige anskaffelser (LOA)³ § 1 følger det at anskaffelsesregelverket skal *bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling*. Regelverket skal videre *bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.*"

Gjennomsiktighet og etterprøvbarehet er grunnleggende prinsipper i anskaffelsesretten, jf. formålsparagrafen og LOA § 5. I forbindelse med konkurransegjennomføring etter anskaffelsesregelverket mottar, og eller innhenter, offentlig forvaltning opplysninger av ulik karakter, både fra privatpersoner og næringslivet. Innsynsretten i offentlige anskaffelsesprosesser er begrunnet utfra tilbydernes og allmennhetens mulighet til kontroll slik at det ikke tas utenforliggende hensyn når det offentliges midler blir disponert. Videre skal innsynsretten bidra til økt rettsikkerhet for leverandørene, samt bidra til å hindre korrupsjon og andre uheldige forhold.⁴

For offentlige oppdragsgivere er velfungerende anskaffelsesprosesser en forutsetning for at det offentlige skal kunne inngå samfunnsøkonomisk gode avtaler og etterleve anbudsinstutets overordnede formål om effektiv ressursutnyttelse og konkurranse. Som EU-domstolen poengterer, er det i denne forbindelse viktig at de økonomiske aktørene får sine interesser vernet av den offentlige oppdragsgiver.⁵

¹ Forskrift av 7.april 2006 om offentlige anskaffelser

² //www.regjeringen.no/nb/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-listeside/id2001699/ (lesedato 9.11.2015).

³ Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69

⁴ NOU 2003:30 s.195 og Ot.prp.nr102 (2004-2005) s.72

⁵ Sak C450/06 Varec

For de private aktørene, som tilbydere av ulike varer og tjenester, er det imidlertid et viktig hensyn at disse i en konkurransepreget markedshverdag, kan innrette seg i tillit til at det offentlige ikke misbruker opplysninger som utveksles som ledd i en anskaffelsesprosess og senere avtaleforhold. De private aktører må være trygge på at drifts- og forretningshemmeligheter ikke tilflyter konkurrenter på en måte som kan medføre skade eller få uheldige konsekvenser for bedriften selv, eller konkurransesituasjonen i markedet.

Innsynsrettens har samtidig en ikke ubetydelig praktisk side til forvaltningens mulighet til effektiv saksbehandling og gjennomføringsevne i forhold til de arbeidsoppgaver som skal utføres. Vurderinger knyttet til innsynsbegjæringer i forbindelse med offentlige anbudprosesser er til dels en svært praktisk og tidkrevende utfordring for offentlige innkjøpere, som ofte blir stilt ovenfor spørsmålet om hvorvidt aktuelle dokumenter kan utleveres som de er, eller hvorvidt det foreligger taushetsplikt ovenfor enkeltopplysninger i hele eller deler av dokumentene.

Åpenhet i offentlig forvaltning har i dette skjæringspunktet flere sider å ivareta, herunder ivaretagelse av næringsinteresser, personvern og som instrument til å etterprøve forvaltningen, men også en side til hvorvidt innsynsretten kan virke urimelig arbeidskrevende og ineffektivt for forvaltningen.

1.2 Problemstilling

Som nevnt innledningsvis i pkt. 1.1 er oppgavens problemstilling todelt;

1. Hvilke rettsregler kommer til anvendelse når offentlige oppdragsgivere skal vurdere hvorvidt tilbudsopplysninger som fremkommer i offentlige anskaffelsesprosesser, er underlagt lovbestemt taushetsplikt?
2. I hvilke tilfeller er opplysninger knyttet til pris og CV hos tilbudt personell, inngitt i forbindelse med tilbud i offentlige anskaffelsesprosesser, underlagt lovbestemt taushetsplikt?

Bakgrunnen for at nettopp pris og CV vil bli behandlet, er at informasjon knyttet til disse kategoriene ofte etterspørres i konkurransegrunnlaget. Videre er forhold knyttet til pris og CV hyppig anvendt som tildelingskriterier, og i den forlengelse ofte sentrale ved tildeling av kontrakter. Pris er ofte *det* avgjørende tildelingskriteriet, og er således på bakgrunn av dette av særlig interesse. Når det gjelder pris er dette en variabel som er sentral både i forbindelse med vare, tjenestekjøp og bygge- og anleggskontrakter, mens CV i hovedsak er aktuelt ved tjenestekjøp og bygge- og anleggskontrakter.

Problemstillingen for oppgaven er å redegjøre for rettsregler knyttet til opplysninger som omfattes av reglene i FOA § 3-6 om taushetsplikt. Redegjørelsens utgangspunkt er de tilfeller der

det offentlige driver forretningsmessig drift, altså når det offentlige skal kjøpe varer og tjenester i det private marked, og må forholde seg til regelverket for offentlige anskaffelser. Oppgaven må sees på bakgrunn av regelverket for offentlige anskaffelser og de spesielle hensyn og bestemmelser som i den forbindelse gjør seg gjeldende. Det vil derfor være nødvendig å presentere hovedtrekkene innenfor anskaffelsesretten, samt gi en oversikt over hvilke særskilte forhold som aktualiserer de ovenfor beskrevne problemstillinger.

Det rettslige utgangspunktet for oppgavens problemstilling er FOA § 3-6 som lyder: "*Oppdragsgiver og dennes ansatte plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, jf. lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 13.*"

Oppgaven gjelder lovbestemt taushetsplikt. Med "lovbestemt" menes at taushetsplikten må følge direkte av lov eller av regler gitt med hjemmel i lov.⁶

Når det gjelder pris foreligger det en del praksis, både fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), sivilombudsmannen og fra domstolene, der prisopplysninger vurderes opp mot lovbestemt taushetsplikt. For CV er rettskildebildet imidlertid knapt innenfor anskaffelsesområdet. Det vil således være interessant å vurdere hvorvidt de momenter som er relevante ved vurderingen av priskategorien er egnet til å anvende på vurdering av opplysninger i CV.

1.3 Avgrensning

Oppgaven vil ikke behandle sider knyttet til det offentlige som forvaltningsorgan som sådan. Det vil heller ikke foretas en nærmere vurdering av hvem som er subjekt for taushetsplikten. Oppgaven vil videre kun drøfte opplysninger som er innkommet ifm. tilbud til det offentlige. Prosedyrevalg, mål for anskaffelsen eller lignende vil ikke inngå i vurderingen. Eventuelle taushetsbelagte opplysninger som kan fremkomme i oppdragsgivers dokumenter vernes av andre regler og faller således utenfor oppgaven.

Det er vanlig å kategorisere to typer unntak fra innsynsretten etter offentleglova (offl.),⁷ henholdsvis det som *kan* unntas jf. offl. kapittel 3 og det som *skal* unntas jf. forvaltningsloven (fvl.) §13,⁸ jf. offl. §13. Fokus i denne oppgaven vil være på sistnevnte.

Som det fremkommer av FOA § 3-6 *plikter* oppdragsgiver og dennes ansatte å sørge for at taushetsbelagte opplysninger ikke kommer uvedkommende i hende. Brudd på taushetsplikten

⁶ Justisdepartementet (2010)

⁷ Lov av 19. mai 2006 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova)

⁸ Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

etter fvl. §13 (1) nr. 2 kan medføre straffeansvar jfr. straffeloven § 209.⁹ Problemstillinger knyttet til dette faller imidlertid utenfor oppgaven.

Taushetsplikten i FOA § 3-6, jf. fvl. §13 (1) nr. 2, har en klar side til tvisteloven (tvl.).¹⁰ Tvistelovens kapittel 22 omhandler adgangen til å føre lovbestemt taushetsbelagte opplysninger som bevis og er således en relevant rettskilde. Domstolpraksis viser at vurderinger knyttet til taushetspliktbestemmelsen hovedsakelig skjer i tilfeller der leverandør ønsker å etterprøve oppdragsgivers tildelingsbeslutning, eller der de har behov for enkeltopplysninger i forbindelse med erstatningssøksmål. utfordringen for oppdragsgiver består i å sørge for at leverandørene får tilgang til alle relevante opplysninger i saken slik at de effektivt kan etterprøve oppdragsgivers beslutninger. Samtidig skal opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt ivaretas. I tvisteloven er dette en velkjent avveining av det kontradiktoriske prinsipp versus hensynet til sakens opplysning. Oppgaven avgrenses mot tvistelovens bestemmelser. Tvistelovens bestemmelser gjelder imidlertid i de tilfeller klagenemnda skal behandle klagesaker.

2 Rettskilder og metode

2.1 Overordnet om anskaffelsesretten

Anskaffelsesreglene følger av lov om offentlige anskaffelser (LOA), samt tilhørende forskrift om offentlige anskaffelser (FOA). Anskaffelsesretten slik den er regulert pr. i dag er et relativt "ungt" rettsområde, til "tross for at formelle forskrifter for statlige kjøp av varer og tjenester ble vedtatt for første gang allerede i 1899."¹¹ Store deler av de norske forarbeidene gjelder regelverket slik det trådte i kraft fra 1.juli 2001, og som følge av at det er foretatt relativt betydelige endringer siden 2001, anses deler av forarbeidet som noe utdatert.¹²

Anskaffelsesregelverket er i hovedsak implementering av EUs anskaffelsesdirektiver, der EØS-avtalen¹³ og EU-direktiv 2004/18¹⁴ EF er av særlig betydning. I tillegg inneholder regelverket en viss kodifisering av ulovfestet nasjonal anbudsrett.¹⁵

⁹ Lov av 20. mai 2005 om straff (straffeloven)

¹⁰ Lov av 17.juni 2005 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

¹¹ NOU 2014:4 s.39

¹² Dragsten (2013) s.53

¹³ EØS-avtalen, inntatt ved norsk lov av 27. november 1992, nr. 109

¹⁴ Direktiv 2004/18 EF vil bli erstattet av nytt direktiv 2014/24/EU som implementeres i norsk rett ila.våren 2016. Utgangspunktet for oppgaven er Direktiv 2004/18 EF.

¹⁵ Goller m.fl. (2014) s.14

2.1.1 EU-direktivets bestemmelser om taushetsplikt

Det rettslige utgangspunktet for dagens regelverk følger av EU-retten. Europaparlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EG har i gjeldende regelverk følgende bestemmelse knyttet til taushetsplikt i direktivets artikkel 6 – Confidentiality:

"Without prejudice to the provisions of this Directive, in particular those concerning the obligations relating to the advertising of awarded contracts and to the information to candidates and tenderers set out in Articles 35(4) and 41, and in accordance with the national law to which the contracting authority is subject, the contracting authority shall not disclose information forwarded to it by economic operators which they have designated as confidential; such information includes, in particular, technical or trade secrets and the confidential aspects of tenders."

Direktivbestemmelsen viser til at det er opp til nasjonal lovgivning å utforme nærmere regler om taushetsplikt. Basert på ordlyden synes det imidlertid å ligge et absolutt grunnvilkår om at nasjonal rett ikke kan tillate at oppdragsgivere utleverer informasjon som av leverandør oppgis å være fortrolige. Praksis fra EU-domstolen slår fast at det åpnes for å begrense partenes innsynsrett i tilfeller der det er strengt nødvendig. I dette kan imidlertid ikke tolkes at leverandøren selv skal markere store deler, eller tilbudet i sin helhet, dersom det faktisk ikke foreligger beskyttelsesverdige opplysninger. Det er således vanskelig å se at bestemmelsen kan tolkes etter sin ordlyd her, da bestemmelsen neppe er ment å gjelde uavhengig av hvor mye, eller lite, av opplysninger leverandør oppgir å være fortrolige.

Gitt en streng fortolkning av ordlyden vil for øvrig norsk rett ikke være i tråd med direktivet. Etter norsk rett plikter oppdragsgiver å ta selvstendig stilling til hvorvidt det faktisk foreligger taushetsbelagte opplysninger. I dette ligger at oppdragsgiver kan overprøve leverandørens sladding. Det vil ikke bli drøftet nærmere hvorvidt norsk rett er forenlig med direktivteksten, alternativt hvordan en motstrid kan/skal løses. Oppdragsgivers håndtering av leverandørens sladding vil bli nærmere omtalt senere.

Det følger av direktivets ordlyd, "such information includes, in particular", at artikkel 6 ikke er uttømmende, men at det særlig gjelder opplysninger om tekniske hemmeligheter, forretningshemmeligheter og fortrolige aspekter av tilbudet. Ordlyden trekker i retning av et relativt vidt anvendelsesområde og at hensynet til de private interesser skal være tungtveiende.

2.1.2 Forholdet mellom EØS-rett og nasjonal rett

Avtalen om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS-avtalen) ble undertegnet 2. mai 1992, og trådte i kraft 1. januar 1994. EØS-avtalen er begrenset til å gjelde de landene som har undertegnet EØS-avtalen. Avtalens formål "er økonomisk markedstilpasning, og av-

talen innebar at EFTA-statene ble gjort til en del av EUs indre marked; med fri flyt av varer, tjenester, arbeid og kapital, og med felles konkurransevilkår for næringslivet."¹⁶

EØS-avtalen forplikter EFTA-statene, og det følger av avtalens § 2 at gjennomføringslovgivningen går foran norsk lov, hvilket innebærer at "EU-domstolens praksis ikke bare er en sentral rettskilde ved tolkningen av EØS-avtalen, den er den sentrale rettskilden. Dette kan blant annet forankres i homogenitetsmålsettingen, EØS art. 6, og EFTA-domstolens praksis."¹⁷

Anskaffelsesretten er innenfor kjerneområdet til EØS, dette er bekreftet av praksis fra EU-domstolen, der domstolen fremhever at det overordnede formålet med anskaffelsesregelverket er realisering av det indre marked.¹⁸

For anskaffelseskontrakter over EØS-terskelverdier er Norge forpliktet til å følge reguleringsene i anskaffelsesdirektivet. Det materielle innholdet i EØS-retten er en forlengelse av EU-retten, og skal tolkes og anvendes på samme måte som i EU, både hva angår rettsregler og rettspraksis fra EU-domstolen.¹⁹ I tillegg til føringene fra EØS har norske myndigheter valgt å innføre regler som er noe mer detaljert enn det EØS-avtalen krever. Direktivene gjelder kun for beløp som overstiger EØS –terskelverdier. Terskelverdiene for offentlige oppdragsgivere justeres hvert annet år i henhold til EØS og WTO-avtalens bestemmelser. Dagens terskelverdier gjelder for perioden 2014-15 og trådte i kraft 14. juni 2014.²⁰ Anskaffelser over EØS-terskelverdi er regulert i forskriftens del III. For anskaffelsesforskriftens del I og II gjelder et nasjonalt regelverk. Under terskelverdiene er medlemslandene gitt relativt vide rammer for nasjonal tilpasning. Norsk lovgiver har imidlertid valgt å tilpasse bestemmelsene under EØS-terskelverdi forholdsvis nær opp mot EU-lovgivningen. Sondringen mellom EU/EØS –baserte regler og nasjonale regler er således av betydning hva angår metode og rettskildebildet på anskaffelsesområdet.²¹ Når det gjelder innsynsregler og taushetspliktbestemmelser fremgår disse av forskriftens del I og gjelder uavhengig av anskaffelsens verdi.

Forarbeider er tradisjonelt en sentral rettskildefaktor i norsk rett. Innenfor anskaffelsesretten stiller det seg noe annerledes ettersom det er den EØS-rettslige forståelsen av bestemmelsene

¹⁶ Sejersted m.fl. (2011) kap 1.

¹⁷ Sejersted m.fl. (2011). kap 13

¹⁸ NOU 2014:4 s. 66

¹⁹ Sejersted m.fl. (2011). kap 1

²⁰ <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-listeside/terskelverdier> (lesedato 15.11.2015)

²¹ NOU 2014:14 s. 59

som vil være avgjørende i forhold til norsk tolkning i anskaffelser som overstiger terskelverdiene.²²

2.2 Offentleglova, forvaltningsloven og tvisteloven

Anskaffelsesregelverket har ingen særskilte bestemmelser som detaljregulerer innsynsrett og taushetsplikt. FOA § 3-5 henviser imidlertid til at offentliglova gjelder for innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll, og av FOA § 3-6 fremkommer det at for forhold knyttet til taushetsplikt gjelder forvaltningslovens § 13.

Offentliglova er det rettslige utgangspunkt hva gjelder retten til innsyn i det offentlige dokumenter og opplysninger som fremgår av disse. Hovedregelen er at alle offentlige saksdokumenter er tilgjengelig for innsyn. Praktisering av offentliglova består av å ta stilling til innsynsbegjæringer, samt legge relevante dokumenter tilgjengelig for publikum. Offentliglova inneholder visse unntak fra innsyn som gjelder innenfor anskaffelsesområdet. Det gjelder først og fremst offl. § 23 (3), såkalt utsatt innsyn. Bestemmelsen åpner for at oppdragsgiver kan nekte å imøtekomme innsynsbegjæringer som gjelder for anskaffelsesprotokoll og tilbud, fram til leverandør er valgt.

Det rettslige utgangspunktet for lovbestemt taushetsplikt er forvaltningsloven § 13. Det er nærmere presisert i fvl. § 13 (1) nr. 2 som er interessant i denne forbindelse da bestemmelsens første ledd om "*noens personlige forhold*" faller utenom oppgavens tema. Fvl. § 13 (1) nr. 2 oppstiller en plikt til å unnta fra innsyn opplysninger som det kan være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde.

Selv om ovennevnte regelverk kommer til anvendelse på enkelte av anskaffelsesrettens områder må problemstillingen sees på bakgrunn av regelverket for offentlige anskaffelser og de spesielle hensyn og bestemmelser som gjør seg gjeldende på dette området. Det rettslige utgangspunktet er således anskaffelsesregelverket, med blant annet de bestemmelser som omhandler plikt til å grunngi valg av tilbyder, plikt til å meddele om valg av tilbyder til berørte deltagere, samt reglene om karenperiode og suspensjon.

2.3 Rettspraksis m.v

Rettskilder som lov og forskrift, samt praksis fra EU-retten, suppleres med rettspraksis fra norske domstoler, sivilombudsmannens uttalelser, tolkningsuttalelser fra Justisdepartementet, samt juridisk teori. Praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)²³ nevnes

²² Dragsten (2013) s. 54

²³ www.kofa.no

særskilt, ikke fordi klagenemnda relativt sett har stor rettskildemessig vekt, men fordi det er klagenemnda som har størst tilfang av saker som omhandler temaet. Klagenemnda er helt klart den klageinstans som har flest saker knyttet til temaet og nemnda omtales av den grunn særskilt i pkt. 2.3.1.

Det er begrenset relevant rettspraksis i EU-domstolen og norske domstoler. Av rettspraksis finnes det likevel avgjørelser fra flere nivåer som er egnet til å belyse oppgavens tema og problemstilling.

De saker som foreligger er i all hovedsak knyttet opp mot dokumentfremleggelse i forbindelse med klagesaker der konkurrenter ønsker innsyn i vinnertilbudet for å vurdere hvorvidt oppdragsgivers tildeling har vært rettmessig. Hvorvidt tilbudsopplysninger er underlagt lovbestemt taushetsplikt er først relevant i det andre enn den leverandør som eier opplysningen og oppdragsgiver ønsker tilgang til opplysningene.

Den sentrale EU- dommen, som direkte omhandler avveiningen mellom det kontradiktoriske prinsipp versus retten til å verne forretningshemmeligheter, er EU-domstolens sak C-450/06 (Varec). Som Sejersted m. flere²⁴ påpeker, er premissene for denne dommen bindende for norsk rett. I Varec-saken kommer domstolen til at hensynet til taushetsplikten skal gå foran partens behov for å få innsyn i opplysninger ved en eventuell rettssak. Det foreligger pr. i dag ingen dommer fra Høyesterett som drøfter taushetsplikt i forbindelse med anskaffelsessaker. I tingretten og lagmannsretten har spørsmålet imidlertid vært vurdert, og av nyere kjennelser vises det til Oslo tingrett, desember 2014.²⁵ Tingretten drøfter her spørsmålet om bevisstilgang til opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt. Saken gjaldt utlevering av enhetspriser i forbindelse med et erstatningssøksmål etter endt anbudskonkurranse. Saken ble anket til lagmannsretten, som i januar 2015 kom til det motsatte utfall av tingretten. Lagmannsrettens kjennelse ble imidlertid opphevet av Høyesterett som følge av saksbehandlingsfeil. Saken ble ikke behandlet på nytt da klager trakk saken. Den rettskildemessige vekten er noe begrenset, men drøftingene i kjennelsene vedrørende hvorvidt de konkrete opplysningene er taushetsbelagte er likevel av interesse.

2.3.1 Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

Klagenemnda er et uavhengig organ sammensatt av 10 nemndsmedlemmer og et sekretariat, underlagt Konkurransetilsynet. Til tross for at klagenemndas avgjørelser kun er rådgivende og at organets uttalelser må anses å ha begrenset rettskildemessig vekt, er det rimelig å anta at

²⁴ Sejersted m.fl. (2011) Kap.10.4

²⁵ Oslo tingrett (2014) sak 2014-70655

klagenemndas vurderinger likevel har en veiledende effekt og at offentlige oppdragsgivere i stor grad innretter seg etter klagenemndas avgjørelser.

Når det gjelder klagenemndas vurdering av spørsmål knyttet til taushetsplikt, er det særlig spørsmål knyttet til hvorvidt priser i forbindelse med anbudskonkurranser, både enkeltpriser og totalpriser, er å anse som underlagt lovbestemt taushetsplikt, som har vært mest fremtredende. Problemstillingen materialiserer seg i forbindelse med innsynsbegjæringer, der den som besitter opplysningene har sladdet de deler av tilbudet som de mener inneholder forretningshemmeligheter. Problemstillingen oppstår hovedsakelig i perioden etter at valg av leverandør er foretatt, eller etter at kontrakt er signert. Det foreligger imidlertid også saker der offentlige oppdragsgivere er innklaget til klagenemnda som følge av at oppdragsgiver har utlevert sensitive opplysninger i forbindelse med forhandlingsprosesser.

Spørsmål om taushetsplikt kan også gjøre seg gjeldende i forbindelse med selve dokumentfremleggelsen for klagenemnda. Det følger av klagenemndas forskrift §11 at tvistelovens regler for bevisfremleggelse gjelder. Av forarbeidene²⁶ til klagenemnda fremgår det at formålet er å sikre tvisteløsningsorganet innsynsrett tilsvarende den de ordinære domstoler har. Utgangspunktet er da at drifts- og forretningshemmeligheter undergitt offentlig oppdragsgivers taushetsplikt ikke kan føres som bevis, jf. tvl. § 22-3 første ledd.

Det klare utgangspunktet er således at et offentlig organ ikke kan pålegges å fremlegge den delen av et dokument som inneholder opplysninger som er omfattet av lovbestemt taushetsplikt, jf. tvl § 22-3. Enkelte unntak fra taushetsplikten gjelder imidlertid, men gjennomgang av disse faller utenfor oppgaven.

2.4 Kort om håndhevelsesdirektivet og kommende endringer

2.4.1 Håndhevelsesdirektivet og betydningen av endringene

I forbindelse med gjennomgang av rettskildebildet er det naturlig å kommentere kort EUs håndhevelsesdirektiv for offentlige anskaffelser (direktiv 2007/66 EF), og de endringene som er av betydning for temaet i oppgaven. Direktivet ble implementert i norsk rett med virkning fra 1.juli 2012. Formålet med å påpeke dette er å synliggjøre at anskaffelsesområdet er i stadig utvikling, hvilket påvirker tilfang og tolkning av rettskilder innenfor området.

Utgangspunktet for direktivet var å effektivisere håndhevelsen av anskaffelsesreglene ved å legge til rette for tvisteløsning før kontrakt inngås, samt å ramme ulovlige direkteanskaffelser.

²⁶ Ot.prp.nr.3 (2000-2001) s. 18

Formålet med NOU 2010:2 var således å utrede og anbefale hvordan de nye håndhevelsesreglene for offentlige anskaffelser som ble inntatt i EØS-avtalen, mest mulig hensiktsmessig skulle gjennomføres i norsk rett. De viktigste materielle reglene som reguleres i håndhevelsesdirektivet, og som ble innført, var innføring av obligatorisk karenperiode. Denne nye bestemmelsen medførte ikke de store praktiske endringene i norsk rett da norske myndigheter allerede hadde innført en slik venteperiode fra tildeling til kontraktsgivning, tidligere omtalt som klagefrist. Regler som tilrettelegger for tvisteløsning før kontraktsgivning og obligatorisk karenperiode gir likevel tydelige signaler om betydningen av at leverandører som ikke har nådd opp i konkurransen skal ha best mulige forutsetninger til å vurdere oppdragsgivers beslutninger. Det er i denne sammenheng verd å merke seg at karenperioden ikke er å anse som en klagefrist, da tildeling også kan påklages etter karenperiodens utløp.

Leverandørens mulighet for økt innsikt i prosessen og beslutninger tatt underveis, innebærer i enkelte tilfeller også behov for innsyn i konkurrerende tilbud, for å sikre at oppdragsgiver har vektlagt de riktige forhold. På denne bakgrunn er karenperioden sentral med hensyn til temaet i oppgaven, idet det er i denne perioden spørsmålene knyttet til håndtering av innsynsbejæringer, herunder behandling av taushetsbelagte opplysninger, er mest praktisk.

2.4.2 Kommende endringer innenfor anskaffelsesområdet

Tre nye anskaffelsesdirektiver ble vedtatt av EU 26. februar 2014. Et for klassisk sektor (direktiv 2014/24/EU), et for forsyningssektoren (direktiv 2014/25/EU) og et for konsesjonskontrakter (direktiv 2014/23/EU). Det kommende direktivet for klassisk sektor skal erstatte direktiv 2004/18/EC²⁷ og det tas sikte på å implementere det nye direktivet våren 2016. Kommende direktiver har rettslig sett begrenset verdi, men EU-domstolen og nasjonale domstoler tenderer likevel til en viss grad å hensynta kommende endringer i avgjørelser dersom slike betraktninger er egnet i den konkrete saken.

Oppgaven behandler gjeldende regelverk, men det er naturlig å kommentere kort at det nye direktivet foretar justeringer hva angår bestemmelsen knyttet til taushetsplikt. Justeringene er imidlertid marginale. I det nye direktivet gjelder Artikkel 22 Confidentiality. Bestemmelsen står i kapittel 2 under allmenne bestemmelser. Artikkel 22 er en videreføring av artikkel 6 i nåværende direktiv 2004/18/EG²⁴, og endringen i ordlyden utgjør ingen materielle endringer i forhold til dagens bestemmelse. Foreliggende rettspraksis vil følgelig være av betydning for tolkning av det nye direktivet. I artikkel 21 nr. 2 kodifiseres gjeldende rett om at oppdragsgiver

²⁷

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Faktaark_anskaffelsesdirektiver.pdf

ver kan pålegge leverandørene taushetsplikt om opplysninger som de får tilgang til i anskaffelsesprosedyren.

Av nye direktivbestemmelser som omhandler taushetsplikt i konkrete faser av anskaffelsesprosessen, vises det til artikkel 53, som gjelder håndtering av taushetsbelagte opplysninger i konkurransedokumenter fra oppdragsgiver i forbindelse med elektronisk tilgang til dokumenter. Artikkel 57 i) presiserer at økonomiske aktørene som blant annet har forsøkt å tilegne seg taushetsbelagt informasjon som kan gi aktøren en utilbørlig fordel, kan avvises.

3 Overordnet om taushetspliktreglene

3.1 Taushetspliktbestemmelsene i forskriften

3.1.1 Taushetsplikt etter forskriften § 3-6

Det rettslige utgangspunktet for taushetsplikten er FOA § 3-6. Bestemmelsen er inntatt i *kapittel 3 – alminnelige regler* og gjelder alle anskaffelser uavhengig av verdi og prosedyre. FOA § 3-6 er en henvisningsbestemmelse som viser til at fvl. § 13 (1) nr. 2 gjelder. "*Oppdragsgiver og dennes ansatte plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, jf. lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 13.*"

Ordlyden i FOA § 3-6 er imidlertid ikke identisk med ordlyden i fvl. § 13. Til sammenligning presiseres det at fvl. §13 eksplisitt fremhever at *hemmeligholdet* gjelder av "*hensyn til den som opplysningen angår.*" En naturlig språklig forståelse av disse to bestemmelsene sett i sammenheng er at hemmeligholdet også i FOA gjelder av hensyn til den leverandør som har inngitt opplysningen. Tross noe forskjell i ordlyden er meningsinnholdet i bestemmelsene ment å være det samme.

Taushetsplikten gjelder videre overfor "*andre*". I dette omfattes alle uvedkommende tredjepersoner utenom oppdragsgiver og leverandør som har inngitt opplysningene.²⁸

I de tilfeller taushetsplikten følger direkte av fvl. § 13 har FOA § 3-6 ingen selvstendig betydning.²⁹ Dette gjelder når oppdragsgiver er et forvaltningsorgan, som i praksis vil gjelde de aller fleste oppdragsgivere. Taushetspliktreglene i forskriften gjelder imidlertid også virksomheter som ikke er et forvaltningsorgan, jf. FOA § 1-2 (3).

²⁸ Dragsten (2013) s.214

²⁹ Dragsten (2013) s.213

Forskriftens henvisning til fvl. § 13 tilsier at FOA § 3-6 må forstås på samme måte, samt at forarbeider og praksis knyttet til fvl. § 13 vil være relevante rettskildefaktorer ved tolkning.³⁰ Fvl. § 13 (1) nr. 2 er utgangspunkt når vilkårene skal drøftes nærmere i pkt. 4 og 5.

3.1.2 Taushetspliktbestemmelser i forskriften utover § 3-6

For ordens skyld bemerkes det kort at forskriften inneholder taushetspliktbestemmelser utover § 3-6. Dette gjelder henholdsvis FOA § 17-8 (6) og § 17-9 (5). Bestemmelsene gjelder dokumentasjon av leverandørens kvalifikasjoner, henholdsvis den økonomiske og finansielle stilling i førstnevnte, og dokumentasjon der faglige kvalifikasjoner fremkommer i FOA §17-9 (5).

Videre følger det av FOA § 18-4 (5) at opplysninger knyttet til kunngjøringen av konkurranseresultatet, kan unntas fra kunngjøringen gitt visse vilkår.

Ovennevnte bestemmelser gjelder kun i forskriftens del III, uten at det fremkommer tilsvarende bestemmelser i del II. Bestemmelsene i FOA § 3-6 gjelder imidlertid for hele forskriften, og det er denne bestemmelsen som behandles i oppgaven.

Taushetsplikten gjelder ikke bare skriftlige dokumenter, også muntlig gjengivelse av opplysninger er omfattet. Dette fremkommer blant annet av FOA § 11-8 (3), jf. § 20-11, der det presiseres at gjennomføring av forhandlinger "skal skje i samsvar med de alminnelige regler i § 3-1, herunder kravene til likebehandling og god forretningsskikk, samt reglene om taushetsplikt i § 3-6", og at "[o]ppdragsgiver skal særlig sørge for at det ikke gis opplysninger om innholdet i øvrige deltagers tilbud eller som kan stille noen leverandører bedre enn andre." Flere KOFA-saker gjelder vurdering av brudd på § 11-8 ved at taushetsbelagte tilbudsopplysninger er utlevert til konkurrenter i forbindelse med avvikling av forhandlinger.³¹

3.2 Hensynet bak taushetspliktreglene

Det sentrale hensynet bak taushetspliktbestemmelsen er å beskytte tilbyderes interesser, slik at uvedkommende ikke får tilgang til opplysningene som inngis i forbindelse med en anskaffelsesprosess og derav muligheten til å utnytte disse i konkurransesammenheng. Eckhoff/Smith omtaler taushetsplikt som plikten "til å sørge for at visse opplysninger ikke kommer ut, verken ved å fortelle om dem eller ved å overlate dokumenter til andre." ³²

³⁰ Nærings- og fiskeridepartementet (2013) s.82

³¹ Eks. KOFA, sak 2007/154, sak 2014/101

³² Eckhoff/Smith (2010) s. 206. jf. Woxholt (2006) s.242

Fvl. § 13 omfatter bare privates personopplysninger og privates næringsopplysninger, dette i motsetning til offentlige interesser eller yrkesinteresser.³³ Hensynet til tillit til det offentlige er imidlertid et hensyn bak FOA § 3-6. Forarbeidene uttaler i denne forbindelse at formålet med taushetspliktreglene er "...dels å hindre spredning av opplysninger som kan føre til økonomiske tap for et foretak, enten direkte eller ved at konkurrenter får tilgang til opplysningene. Dels er formålet å sikre/opprettholde tillitsforholdet mellom det offentlige og foretaket..."³⁴. At det offentlige ivaretar leverandørens interesser, skal bidra til at leverandører ikke opplever det som risikofyllt å inngi opplysninger til oppdragsgiver i anskaffelsesprosesser. I EU- domstolen sak C-450/60 (Varec), ble betydningen av at de økonomiske aktørene får sine interesser vernet av den offentlige oppdragsgiver fremhevet som sentral, og som et nødvendig virkemiddel for å sikre best mulig konkurranse.³⁵ Sagt på en enkel måte er det virksomhetens konkurransevne som skal beskyttes.

Mothensyn til beskyttelse av den enkelte tilbyders interesser, er gjennomsiktighetsprinsippet og hensynet til sakens opplysning. Avveiningen mellom disse hensynene er viktig for forståelsen av bestemmelsen om taushetsplikt, samt hvordan bestemmelsen skal praktiseres i forbindelse med offentlige anskaffelser.

3.3 Praktisk anvendelse av taushetspliktreglene

3.3.1 I hvilken grad utgjør temaet et praktisk problem for innkjøpere i dag?

At allmenhetens innsynsrett for alvor ble stadfestet i offentlighetsloven fra 2009, antas å kunne bidra til å forklare det noe begrensede tilfang av rettspraksis på området. Den nasjonale kunngjøringsdatabasen, Doffin, opplyser at for året 2014 ble det kunngjort over 12.000 konkurranser innenfor klassisk sektor og forsyningssektoren. I tillegg til kunngjøringer på Doffin antas det at det gjennomføres et ikke ubetydelig antall saker etter forskriftens del I som ikke omfattes av denne statistikken. Dette tallet sammenholdt med regjeringens anslag om at det offentlige kjøper for ca. 400 mrd. årlig, viser at det er få saker innenfor dette området hvor uenigheter synliggjøres i form av rettsak, klagesak hos ombudsmann, klagenemnda eller lignende.

I denne sammenheng kan også nevnes at siden KOFA ble etablert i 2003 har nemnda hatt 2987 innkomne saker, hvorav kun ca. 27 saker omhandler taushetspliktbestemmelsen i FOA § 3-6 direkte.³⁶

³³ Woxholth (2006) s 243

³⁴ Ot. Prop. nr. 4 (1981-1982) s.33-35

³⁵ C-450/06 Varec, premiss 34 flg.

³⁶ Kofa.no

Ovennevnte forhold kan etterlate et inntrykk av at temaet ikke nødvendigvis utgjør et problem for oppdragsgivere eller leverandører. Tilbakemeldinger fra høringsinstansene i NOU 2012:2, samt praksis fra ulike oppdragsgivere kan imidlertid tyde på at situasjonen er en noe annen. Oppdragsgivere adresserer tvert imot den utfordringen innsynsbegjæringer faktisk utgjør i det daglige. Utfordringene gjelder ikke bare den arbeidsbelastning og merarbeid innsynsrunder medfører. Det kan synes som om manglende kunnskap og kompetanse hos innkjøpere kan være vel så utfordrende når det skal vurderes hvilke opplysninger som faktisk omfattes av taushetsplikten. Håndtering av innsynsbegjæringer krever inngående regelverkskunnskap og ikke minst inngående kjennskap til de ulike markeder.

Kunnskap om, og riktig praktisering av, taushetspliktregler i anskaffelsesprosesser kan hevdes å være en forutsetning for at private aktører, herunder næringsdrivende, skal ha tillit til å inngi mest mulig komplette saksopplysninger til forvaltningen, uten å frykte for at sensitiv informasjon tilflyter uvedkommende. Basert på uttalelser fra ulike offentlige oppdragsgivere, og deres erfaring med anskaffelsesprosesser, må det således antas at temaet og problemstillingen denne oppgaven berører er et relevant praktisk problem.

3.3.2 Hvem er omfattet av taushetspliktreglene?

"Enhver som utfører tjenester eller arbeid for et forvaltningsorgan"³⁷ er omfattet av forvaltningsloven og herunder taushetspliktreglene i denne. Dette omfatter som et utgangspunkt alle tredjepersoner utenfor oppdragsgiver og leverandøren som har avgitt opplysningene, herunder andre offentlige organer.³⁸ Personkretsen er følgelig vidtrekkende og inkluderer ikke bare samtlige fast ansatte tjenestemenn, men også andre personer som kommer i befatning med organets dokumenter og taushetsbelagte opplysninger. Taushetsplikten gjelder dermed også renholdspersonell, postombærere og andre personer som "betalt og ubetalt personell som arbeider i virksomheten på timesbasis eller fast basis, sakkyndige, tolker."³⁹

Ordlyden i FOA § 3-6 viser til at "oppdragsgiver og dennes ansatte" er omfattet av taushetspliktbestemmelsen. Bestemmelsen må likevel forstås som at den omfatter tilsvarende personkrets som i forvaltningsloven § 13, og ikke bare oppdragsgiver og personer med ansettelsesforhold til denne. NOU 1997:21 legger også til grunn denne forståelsen av bestemmelsen. På denne bakgrunn vil personer utover de som er ansatte hos oppdragsgiver, dersom disse er involvert i anskaffelsesprosesser, være omfattet av bestemmelsen. Dette kan eksempelvis gjelde innleide ressurser.

³⁷ jf. fvl. §1 jf § 4 (1).

³⁸ Dragsten (2013) s 214

³⁹ Woxholt (2006) s.243

3.3.3 Hva innebærer plikten til å hindre at andre får tilgang til opplysningene?

Plikten til å hindre at andre får tilgang til opplysningene innebærer at det ikke er tilstrekkelig å unnlate å bringe opplysningene videre. Oppdragsgivere har en plikt til å forhindre at andre enn de som bidrar i evalueringen får kjennskap til opplysningene. Taushetspliktbestemmelsen innebærer at tilbudsopplysninger som er taushetsbelagte, eller andre innkomne dokumenter som må antas å kunne inneholde slike opplysninger, bør holdes innenfor en så snever krets av personer at det kun er de personer som har en definert rolle og fullmakt i evalueringsprosessen som får tilgang til opplysningene. Dersom mange deltar i evalueringen kan dette hensyn ivaretas ved signering av en taushetserklæring.

Ofte vil ikke leverandørene angi nærmere hva som er konfidensielle opplysninger før eventuelle innsynsbegjæringer, og spørsmålet om hva som er taushetsbelagt aktualiserer seg. Oppdragsgiver bør av hensyn til både leverandørene og av hensyn til en mest mulig upåvirket og nøytral tilbudsevaluering, begrense selve personkretsen som har tilgang til tilbudene. Jo færre som får tilgang til dokumentene, jo mindre fare er det for at opplysninger tilflyter uvedkommende. Av den grunn er det viktig at deltagere i tilbudsevalueringen ikke konfererer med uvedkommende om noen sider av tilbudene.

Når det gjelder selve sladdingen, skal oppdragsgiver sørge for at tekst, tabeller, tegninger eller lignende blir sladdet slik at det ikke er mulig å se hva som skjuler seg bak sladdingen. Sladdingen skal heller ikke foretas på en slik måte at det ikke fremgår hvor mye eller hvilke deler av tilbudet som er sladdet.

3.3.4 Oppdragsgivers plikt til å foreta en selvstendig vurdering

Oppdragsgiver plikter å foreta en selvstendig vurdering av hvilke opplysninger som oppfyller vilkårene for taushetsplikt jf. § 3-6. Oppdragsgiver må dermed selv sørge for å dokumentere og godtgjøre at vilkårene for taushetsplikt er oppfylt.⁴⁰ Brudd på taushetsplikten etter fvl. § 13 (1) 2 kan medføre straffeansvar jf. straffeloven. § 209.

I forbindelse med innsynsbegjæringer er det gjerne leverandør som i første omgang angir hvilke tilbudsopplysninger de mener er taushetsbelagte. Det er ulike tilnærminger til dette og fremgangsmåten ved sladding varierer. Enkelte oppdragsgivere etterspør både usladdet og ferdig sladdet tilbud ved tilbudsinnleveringen, mens andre avventer å kontakte leverandørene til det foreligger en konkret innsynsbegjæring. Praksis viser at det er vanlig fremgangsmåte å be leverandørene om å sladde aktuelle opplysninger, samt oppgi begrunnelse for hvorfor de mener enkeltopplysninger er forretningshemmeligheter.

⁴⁰ Nærings- og fiskeridepartementet (2013) s. 84

Flere offentlige⁴¹ instanser har tilgjengeliggjort veiledere for sladding av tilbud på egne nettsider. Det synes som om samtlige i hovedsak gir anvisning på at leverandør selv bør få anledning til å uttale seg om hvilke opplysninger de mener skal unntas. Formålet med dette er todelte, dels vil leverandørens egne vurderinger kunne tillegges vekt, dels er formålet at oppdragsgiver ikke skal bruke unødvendig tid på å vurdere opplysninger leverandør likevel samtykker i å utgi. En slik fremgangsmåte er også i tråd med prinsippet om god forretningsskikk.

I sak 2011/326 stadfester klagenemnda at plikten til å hindre at uvedkommende får kjennskap til taushetsbelagt informasjon påhviler oppdragsgiver. Innklagede hadde i dette tilfellet utgitt taushetsbelagt informasjon, og begrunnet det med at leverandør ikke hadde sladdet opplysningene i sitt tilbud. Konkurransesekretariatet oppfordret til at leverandørene skulle sladdet fortrolige opplysninger og innklagede argumenterte med at manglende sladding fra leverandør var oppfattet som samtykke til offentliggjøring. Innklagede ble ikke hørt i dette, da manglende sladding neppe var å forstå "som et samtykke til offentliggjøring, i en situasjon der det på tidspunktet for innsynsbejæringen er aktuelt å vurdere avlysning av konkurransen."⁴²

4 Vilkårene for taushetsplikt etter fvl. § 13 (1) nr.2

4.1 Innledning

Det følger av fvl. § 13 (1) nr. 2 at taushetsplikten omfatter: "tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår". Det fremgår av ordlyden at bestemmelsen knytter seg til opplysninger som sådan og ikke til dokumenter i sin helhet. Bestemmelsen oppstiller to vilkår. Det første vilkåret gjelder opplysningens karakter, nærmere bestemt at opplysningen må gjelde "tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold". Det andre vilkåret gjelder virkningen av at opplysningene blir kjent for utenforstående, nemlig at opplysningene må være av "konkurransemessig betydning å hemmeligholde". Sistnevnte anses i praksis å være hovedvilkåret, da opplysninger som er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde som hovedregel vil kategoriseres under ett av alternativene i det første vilkåret. Avgjørende for taushetspliktavurderingen er at offentliggjøring av opplysningene vil kunne føre til økonomisk tap eller redusert gevinst for den som har krav på hemmelighold. Praksis benytter gjerne kun begrepet *forretningshemmeligheter* når bestemmelsen som sådan omtales.

⁴¹ jf.Difi.no, jf.sykehuspartner.no, jf.Nærings-og fiskeridepartementet (2013)

⁴² Klagenemnda sak 2011/326, premiss 31

I det følgende vil vilkårene bli behandlet separat. I praksis vil det imidlertid ofte være hensiktsmessig å foreta vurderingen samlet.

4.2 Opplysningens art

Det første vilkåret gjelder opplysningens art, og det forhold at denne type opplysninger kan bli underlagt lovbestemt taushetsplikt dersom de er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Av bestemmelsen fremgår det at "*tekniske innretninger*" og "*fremgangsmåter*" og "*drifts- eller forretningsforhold*" omfattes. Lovens ordlyd har få føringer på hva som kreves av nærmere innhold i den enkelte opplysning, og i juridisk teori fremgår det at de fleste opplysninger om næringsforhold faller inn under lovens begreper.⁴³

Bestemmelsens ordlyd avgrenser imidlertid mot opplysninger som ikke er direkte relatert til næringsvirksomhet. I stedet for å angi hvilke konkrete opplysninger som er omfattet, har forarbeidene listet opp en rekke opplysninger som *ikke* omfattes av bestemmelsen. Eksempelvis nevnes en bedrifts økonomiske stilling, avtaler med forretningsforbindelser, administrative forhold og opplysninger om produksjonsstørrelse og kapasitet. Enkelte reservasjoner tas imidlertid under oppramsingen, eksempelvis at "en avtale kan tenkes å være av slik art at den helt eller delvis beskyttes av taushetsplikten", og under produksjonsstørrelse der det fremkommer at "men løsningen blir en annen dersom opplysningene indirekte forteller om metoder."⁴⁴

For at opplysninger om administrative eller økonomiske forhold skal være omfattet, må det gjerne kreves at opplysningene er mer detaljerte, herunder at opplysningene avslører forhold som andre kan dra nytte av, eller slik at de svekker virksomhetens posisjon, forhandlingsevne eller tilsvarende. Veileder for offentlige anskaffelser trekker videre frem at også opplysninger om strategi kan berettige unntak fra innsyn.⁴⁵ Videre forutsettes opplysninger som faller inn under forretningshemmelighet å dekke både tekniske og kommersielle hemmeligheter.⁴⁶ I anskaffelsessammenheng vil dermed de fleste tilbudsopplysninger etter sin art kunne omfattes.

Lovavdelingen i Justisdepartementet uttaler at taushetsplikten også kan gjelde forhold som *ikke* naturlig faller inn under opplysningens art. "Det er tilstrekkelig at hemmelighold kan være av konkurransemessig betydning"⁴⁷. Dette synliggjør at vilkåret om *konkurransemessig betydning* er avgjørende i vurderingen.

⁴³ Woxholt (2006) s.254

⁴⁴ Ot.prop.nr.3 (1976-77) s.142

⁴⁵ Nærings- og fiskeridepartementet (2013) s.83

⁴⁶ Frostating lagmannsrett (2008) LF-2008-82111

⁴⁷ Justisdepartementet (1997)

Et eksempel på opplysning som etter sin art ikke faller naturlig inn under næringsvirksomhetskategorien, er utlevering av opplysninger i forskningsverdenen, "der forsker har opplysninger om pågående forskningsprosjekt, el. planer for prosjekt som det kan være av forretningsmessig interesse å hemmeligholde."⁴⁸

Justisdepartementets lovavdeling beskriver drifts - og forretningsforhold slik, "*Driftshemmeligheter*» er opplysninger om tekniske metoder og kunnskaper, mens «*forretningshemmeligheter*» innebærer at det må være tale om opplysninger med betydning for omsetningen, se blant annet Rt-1965-759 og Rt-1997-964." ⁴⁹

Loven stiller med dette svært generelle krav til hvilke opplysninger som kan omfattes av taushetspliktbestemmelsen. Vilåret "opplysningens art" gir ikke nærmere retningslinjer i forhold til hva som faktisk er å anse som forretningshemmeligheter utover å være en samlebetegnelse for næringsopplysninger. Den sentrale begrensningen ligger i vilåret "konkurransmessig betydning å hemmeligholde."

4.3 Kravet til "konkurransmessig betydning å hemmeligholde"

Hovedvilåret i FOA § 3-6, jf. fvl. § 13 (1) nr. 2 er kravet til "konkurransmessig betydning å hemmeligholde." I forarbeidene fremkommer det at "I kravet om at det må dreie seg om en hemmelighet, ligger for det første at opplysningene ikke må være alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder." Videre må opplysningen være av en viss betydning, og den må være av en slik art at det er naturlig å rekne med at en i vedkommende virksomhet anser den som en hemmelighet.⁵⁰ Videre uttaler lovavdelingen at "Vilåret om at det må være av konkurransmessig betydning å hemmeligholde opplysningen innebærer at det bare vil være taushetsplikt for opplysninger der en offentliggjøring av opplysningen vil kunne føre til økonomisk tap eller redusert gevinst for den som har krav på hemmelighold."⁵¹ De sentrale vurderingsmomentene er at det må være tale om en hemmelighet, og at virkningene, den konkurransmessige betydningen, av at disse blir kjent kan føre til skade for vedkommende som har behov for vern. Det er ikke noe krav om at den opplysningene gjelder *faktisk* blir skadelidende. Det er tilstrekkelig at fremleggelse av opplysningene åpner for en utnyttelse fra andre, som ellers ikke ville vært mulig.

En grunnleggende forutsetning er at det må foreligge en årsakssammenheng mellom offentliggjøringen og risikoen for tap. Eventuelle skadevirkninger som uansett ville oppstå faller

⁴⁸ Bernt/Hove (2009) s. 67

⁴⁹ Justisdepartementet (2004)

⁵⁰ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 22

⁵¹ Justisdepartementet (2008)

normalt sett utenfor vurderingen. Etter lovendringen i 1982, ble det foretatt en viss utvidelse av taushetsplikten fra opprinnelig bestemmelse. Endringen som ble inntatt innebar at "det ikke lenger er noe vilkår for taushetsplikten at andre kan "utnytte" opplysningen i sin egen næringsvirksomhet", det er tilstrekkelig at opplysningene etter sin art kan ha skadevirkninger.⁵² Til tross for endringen i bestemmelsens ordlyd i 1982 er forarbeider og praksis før endringen relevante rettskilder.

Både forarbeidene og juridisk teori stadfester at opplysninger som *kan* ha uheldige virkninger for den virksomhet det gjelder, dersom de blir kjent, ikke omfattes av taushetsplikten i tilfeller der konkurransemessige virkninger er fraværende. Lovavdelingen uttaler at "Synspunktet kan begrunnes i at bedriftenes interesse i å hemmeligholde slike opplysninger, ofte vil være mindre beskyttelsesverdig enn når det gjelder opplysninger om bedriftsmessige forhold i mer tradisjonell forstand."⁵³ Det siktes i denne sammenheng spesielt til opplysninger som stiller bedriften i et ugunstig lys ovenfor allmenheten eller ovenfor dens kunder.

Når det gjelder kravet til hemmelighet følger det som nevnt av forarbeidene at den naturlige avgrensningen går mot opplysninger som er alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder. Dette følger også av fvl. § 13 bokstav a nr.3, som gjelder begrensninger i taushetsplikten når det ikke foreligger behov for beskyttelse. En naturlig språklig forståelse, av begrepet hemmelig, tilsier at informasjonen må være spesiell og særlig tilknyttet den konkrete virksomheten. Forarbeidene uttaler at "Opplysninger som allerede er kjent innen vedkommende bransje er det lite behov for å holde skjult for allmenheten."⁵⁴ Dersom opplysninger som er kjent innenfor en spesifikk bransje benyttes eller settes sammen i unike kombinasjoner, og/eller etter utradisjonelle mønstre, slik at det kan gi virksomheten konkurransefortrinn i en anskaffelsesprosess, kan imidlertid vurderingen få et annet resultat. Forhold som trekker i retning av at vilkåret er oppfylt, er at virksomheten selv anser opplysningene som hemmelige, selv om dette ikke vil være avgjørende.

I vurderingen av hva som er hemmelig er tidsaspektet et sentralt forhold. Særlig for opplysninger som fremkommer i anskaffelsesprosesser må det antas at behovet for hemmelighold, i nær alle saker, har begrenset varighet. Selv om denne varigheten varierer. I anskaffelsessaker utgjør tiden før og etter at kontrakt er signert et viktig skille. Det følger av praksis at flere av tilbudsopplysningene vil omfattes av taushetspliktbestemmelsene i aktiv konkurranse enn etter at valg av leverandør er foretatt. Etter at kontrakt er signert avtar behovet for hemmelig-

⁵² Woxholt (2006) s. 255

⁵³ Justisdepartementet (1997)

⁵⁴ Ot.prop.nr.3 (1976-77) s.142

hold ytterligere. Med andre ord kan en opplysning på et gitt tidspunkt være taushetsbelagt, mens samme opplysning på et senere tidspunkt ikke er taushetsbelagt.

Når det gjelder opplysninger som er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, knytter dette seg til *virkningene* av at opplysningene blir kjent. Ordlyden referer seg til en virksomhets posisjon i markedet i forhold til konkurrentene, samt at eventuell offentliggjøring av opplysningene vil kunne forrykke denne posisjonen og påføre virksomheten tap eller skade. Utlevering av opplysninger som kan skade leverandørens forhandlingsposisjon, i pågående eller fremtidig konkurranser, vil kunne oppfylle vilkåret. Eksempelvis dersom oppdragsgiver utleverer detaljert informasjon om konkurrenters pristilbud, eller tekniske innretninger. Det kan også gjelde situasjoner der leverandør får tilgang til opplysninger som gjør at leverandøren kan knytte til seg andre, eller "erobre en forretningspartner eller å ta markedsdeler fra virksomheten."⁵⁵ Det følger både av forarbeider og praksis at det generelt skal lite til for at vilkåret konkurransemessig betydning er oppfylt.

Det følger imidlertid av Høyesterettspraksis at det også må kunne konkretiseres og dokumenteres i noe grad hva et eventuelt tap vil innebære, jf. uttalelse "Transportavstander kan påvirke prisene, og voksestedets høyde over havet kan påvirke kvaliteten for visse type produksjoner, og dermed interessen for kjøp. Denne argumentasjonen fremstår som nokså teoretisk. Opplysningene er ikke underbygget med konkrete økonomiske data, og jeg kan, som lagmannsretten, ikke se at det er godgjort at offentliggjøring av opplysningene i seg selv vil få konkurransemessig betydning."⁵⁶

I vurderingen av om opplysninger er underlagt taushetsplikt må det foretas en avveining av hensynet til den som har behov for beskyttelse og hensynet til sakens opplysning. I flere avgjørelser fra sivilombudsmannen, herunder sak 2009/1960, fremkommer det videre at hensynet til innsyn i det offentliges disponering av offentlige midler også vil kunne være av betydning i vurderingen. Det presiseres i denne sammenheng at når det vises til ovennevnte avveining må dette ikke forveksles med den avveiningen domstolene foretar når de prøver en sak etter tvl. § 22-3 (3). Domstolene, i motsetning til offentlige oppdragsgivere, kan komme til at bevis skal fremlegges, til tross for at opplysningene er underlagt lovbestemt taushetsplikt. Vurderingene som drøftes i denne oppgaven gjelder den faktiske vurderingen av om opplysninger oppfyller vilkårene for taushetsplikt.

⁵⁵ Dragsten (2013) s.216

⁵⁶ Høyesterett (2010) sak 2010/226

5 Er opplysninger i pris og cv omfattet av taushetsplikten?

5.1 Innledning og valg av typetilfeller

Problemstilling nummer 2 i oppgaven er å se nærmere på typetilfellene pris og CV, for å vurdere i hvilken grad disse kategoriene inneholder opplysninger som omfattes av taushetspliktbestemmelsen i FOA § 3-6, jf. fvl. §13 (1) nr. 2.

Som det fremkommer av redegjørelsen for vilkårene i taushetspliktbestemmelsene under pkt. 4, er det en rekke opplysninger av ulik karakter som kan oppfylle vilkårene for taushetsplikt. Formålet med å velge ut to typetilfeller er muligheten for å gå i dybden på to kategorier som hyppig etterspørres av oppdragsgivere og som ofte er knyttet til tildelingskriterier i konkurransesammenheng.

Pris benyttes som tildelingskriterium i de fleste anskaffelsesprosesser. Oppdragsgiver gir anvisning på hvorledes prisene skal inngis, og det er ulike prismodeller som benyttes. Et tilbud kan således inneholde totalpris, enhetspriser, timepriser, påslag mv. Siden pris er hyppig benyttet kriterium og i tillegg må sies å ligge innenfor kjerneområdet for taushetspliktens omfang foreligger det således en del praksis der pris er vurdert opp mot taushetspliktbestemmelsene. Jeg vil ved gjennomgang av priskategorien se om det er mulig å utlede nærmere rekkevidde for taushetsplikten innenfor priskategorien.

Det er videre vanlig å etterspørre opplysninger knyttet til kompetanse og kapasitet, for å sikre gjennomføringsevne i kontraktperioden. I denne sammenheng etterspørres ofte CV og annen dokumentasjon som bla. beskriver tilbudt personell og tilbudt kompetanse. Konkrete tilbudte ressurser kan både være enkeltressurser og/eller sammensetning av team. Når tilbudte ressursers kompetanse og erfaring er anvendt som tildelingskriterium, er gjerne CV dokumentasjonskrav.

I motsetning til pris er det lite rettspraksis der opplysninger i CV vurderes opp mot taushetspliktbestemmelsen. Jeg vil derfor i det følgende sammenligne CV opp mot den praksis som foreligger innenfor priskategorien for å se om det også er mulig å utlede nærmere rekkevidde for taushetsplikten hva angår opplysninger i CV.

I vurderingen av om vilkårene for taushetsplikt er oppfylt vil jeg ta utgangspunkt i et utvalg av de mest sentrale vurderingstemaene. Hvilke forhold som tillegges vekt i enkeltsaker vil bero på en konkret vurdering. Av den grunn har jeg valgt forhold som anses mest sentrale i juridisk teori og som har vært hyppigst gjenstand for vurdering i praksis. Vurderingsmomentene i denne fremstillingen er ikke uttømmende.

For begge kategoriene følger en kort redegjørelse for hvilke opplysninger som kan være aktuelle, samt variasjonene i disse. For begge typetilfellene vil hovedvekten av drøftelsen være knyttet til vilkåret konkurransemessig betydning, da dette også i praksis er det bærende vilkåret. Pris og CV behandles separat i det følgende.

5.2 Er opplysninger i tilbudspriser omfattet av lovbestemt taushetsplikt?

5.2.1 Opplysningens art

Priskategorien kan deles inn i flere priselementer, der de vanligste formene er enhetspris, delpris, totalpris, påslag og ulike rabattordninger. Ordlyden i fvl. § 13 er vidtrekkende, og det skal ikke mye til for at opplysninger anses som drifts- eller forretningsforhold. Woxholth⁵⁷ viser til at det er tilstrekkelig at opplysningen etter sin art kan ha skadevirkninger. Både domstolpraksis og praksis fra klagenemnda og Sivilombudsmannen legger til grunn at prisopplysninger kan være underlagt lovbestemt taushetsplikt. Pris, prisstrategier og lignende må etter dette sies å kunne være omfattet av begrepet "drifts- og forretningsforhold."

Det er således på det rene at pris som en generell kategori, vil kunne omfattes. Spørsmålet knyttet til prisopplysninger er derimot om den/de aktuelle prisen(e) er av "konkurransemessig betydning å hemmeligholde."

5.2.2 Konkurransemessig betydning å hemmeligholde

Det avgjørende vilkåret for taushetspliktavurderingen er hvorvidt opplysningene er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Kjernen i vilkåret er andre leverandørers mulighet til å bruke prisopplysningene i konkurranseøyemed. Vurderingstemaer som kan være aktuelle å benytte i denne vurderingen blir nærmere belyst i det følgende. Vilklårene for om en opplysning er å anse som forretningshemmelighet eller ikke vil være de samme, men hvilke forhold som etter omstendighetene vurderes og eventuelt vektlegges, vil nødvendigvis bero på en helhetsvurdering av det konkrete forhold.

5.2.2.1 Kravet til hemmelighet

For nærmere om innholdet i kravet vises det til redegjørelsen i pkt. 4.3 ovenfor. I mange bransjer har leverandørene offentlig tilgjengelige nettsider eller lignende, der produktpriser, kataloger, eller tilsvarende fremkommer. Dette skulle i utgangspunktet tilsi at slike priser ikke oppfyller kravet til hemmelighet. Pristilbud i anbudskonkurranser vil imidlertid ikke nødvendigvis gjenspeile slike offentlige tilgjengelige prislister. Konkurranser innrettes på svært ulike måter når det gjelder hvordan prisene skal inngis. Dersom prisstrukturen innrettes slik at en-

⁵⁷ Woxholth (2006) s. 255

kelte priselementer kan brytes ned til et detaljeringsnivå som er egnet til å avsløre sensitive driftsforhold, som ikke er allmen kjent, kan dette tale for at kravet likevel er oppfylt.

Frostating lagmannsrett uttalte i 2008 at selv fakturaer "for leveranser i henhold til et vunnet anbud også gir uttrykk for de priser vedkommende leverandør har tilbudt, og dermed også avslører rabatter og andre forretningsvilkår som det ikke finnes opplysninger om andre steder."⁵⁸ I dette tilfellet kom lagmannsretten til at slik de konkrete fakturaene fremstod, utgjorde de opplysninger som ikke fremgikk andre steder, hvilket trakk i klar retning av at prisene var underlagt taushetsplikt.

5.2.2.2 Årsakssammenheng – virkningen av offentliggjøring

Som redegjort for ovenfor, gjelder den potensielle skadevirkning opplysninger som kan benyttes operativt, mer eller mindre umiddelbart, i nær fremtid, samt i tilfeller der skadeevnen vil ha betydning også i forhold til strategisk planlegging fremover. Når det gjelder priser vil spørsmålet være hvilken virkningen det får om konkurrenter får kjennskap til de ulike pris-kategoriene.

Det følger av praksis at totalpriser som hovedregel ikke kan unntas med mindre prisstrukturen er rigget slik at man med enkelthet kan regne seg tilbake til enhetspriser, rabatter eller lignende. Enhetspriser, delpriser og andre prisdetaljer⁵⁹ antas i større grad for å være egnet til å avsløre forretningsmessige forhold og andre driftsforhold. Det er "en presumpsjon for at opplysningene også vil være relevante ved senere konkurranser eller overfor andre potensielle kjøpere."⁶⁰ Det må som utgangspunkt være reelle enhetspriser. Dersom leverandør får tilgang til konkurrentenes enhetspriser vil han kunne benytte denne informasjonen ved beregning av pristilbud i tilsvarende konkurranser og slik sett få et konkurransefortrinn som han ellers ikke ville hatt.

Når det gjelder enkelte varegrupper, eksempelvis møbler, IKT-hardware, kontorrekvisita etc., vil prisopplysninger ofte ligge åpent tilgjengelig i leverandørens nettportaler eller lignende. Isolert sett taler dette for at offentliggjøring ikke vil ha skadevirkninger. Det som imidlertid ikke fremkommer i slike prislister er nærmere informasjon om leverandørens egne innkjøpspriser eller andre prisberegningssystemer som leverandører opererer med. Dette er opplysninger som kan fremkomme i tilbud der konkurransegrunnlaget krever at det oppgis eksempelvis innkjøpspris og ulike påslagsprosenten som vil ha betydning for det samlede prisbildet. Offentlig tilgjengelige priser er ofte veiledende, i motsetning til de prisene leverandør tilpas-

⁵⁸ Frostating lagmannsrett (2008) LF-2008-82111

⁵⁹ Klagenemnda sak 2005/201

⁶⁰ Dragsten (2013) s. 219

ser og anvender strategisk i forbindelse med anbudskonkurranser. Dette blant annet fordi leverandørene står fritt til å tilby andre priser, prisstrukturer, påslag og rabatter i de konkrete tilbud. Særlig i tilfeller der sterke konkurrenter ofte konkurrerer om kontrakter til samme oppdragsgivere vil hensynet til den enkelte leverandør, samt å verne dennes unike innretning, være av betydning. Kjennskap til strategiske prisdetaljer som kan benyttes av konkurrenter, taler i klar retning for at disse prisene kan ha skadevirkninger ved offentliggjøring.

Ethvert pristilbud vil til en viss grad være skreddersøm og dermed kunne være egnet til å avsløre forretningstaktikk eller lignende. I tilfeller der oppdragsgiver skreddersyr prisoppsett, eksempelvis ved unike utvalg av produkter, volum etc. vil det "generelt være mindre grunn til å holde et pristilbud hemmelig."⁶¹ På den annen side kan skreddersøm være egnet til å synliggjøre strategiske priser, rabatter og hvilke priselementer som utgjør størst fortjenestemargin for leverandør, og av den grunn falle innenfor kjernen av taushetspliktbestemmelsens anvendelsesområde.

Det er ikke uvanlig med strategisk prising dersom tilbyder virkelig ønsker den aktuelle kontrakten for å etablere en markedsposisjon el. Anskaffelsesregelverket er ikke til hinder for at leverandører kan tilby enkeltpriser som i utgangspunktet påfører tap for virksomheten. Hvorvidt leverandør er villig til å gå med tap på deler av kontrakten beror blant annet på hvor viktig leverandør anser kontrakten for å være. Det kan argumenteres for at konkurranseelementer som lett kan justeres fra konkurranse til konkurranse ikke bør være å anse som forretningshemmelighet ettersom leverandør ikke er bundet av tidligere pristilbud i nye konkurranser. På den annen side kan strategisk prising, særlig i tilfeller hvor konkurrentene kan kartlegge et mønster, fortelle mye om bakenforliggende strategiske vurderinger som leverandøren ikke ønsker at andre skal kjenne til.

Det følger av praksis at der markedspriser endrer seg raskt kan dette tale for at prisopplysningene ikke er å anse som forretningshemmeligheter, ettersom muligheten for at andre leverandører nyttiggjør seg opplysningene ikke utgjør samme risiko. På den andre side kan nettopp slike hyppige endringer tale for det motsatte. I markeder der endringene skjer raskt kan det være avgjørende for virksomhetene å være i forkant på kort sikt. Innenfor anskaffelsesområdet, hvor det kunngjøres konkurranser fortløpende innenfor samme marked, men av ulike oppdragsgivere, vil det å utnytte slike fordeler selv på kort sikt kunne være viktig.

⁶¹ Sivilombudsmannen sak 2012/1782

Det følger av EU- domstolen⁶² at hovedformålet med EU-bestemmelsene om offentlige innkjøp er å hindre konkurransevriddning, både i pågående og fremtidige konkurranser. Utlevering av enhetspriser og rabatter er særlig egnet til å forrykke konkurranser dersom leverandører får tilgang til konkurrenters priser. I motsetning til enkelte andre opplysningstyper, er pris et forhold leverandører enkelt kan tilpasse på kort varsel.

Innsyn i opplysninger som kan benyttes av konkurrenter i aktiv priskonkurranse, eksempelvis ved å tilpasse egne priser til tilsvarende rabattmodeller, eller ved å tilpasse antall produkter tilgjengelig i de ulike priskategoriene eller lignende, vil ganske åpenbart falle inn under forretningshemmeligheter. Klagenemndas sak 2007/154 illustrerer et slikt tilfelle. Innklagede hadde brutt FOA § 11-8 (3) ved å offentliggjøre leverandørens tilbudspris før innlevering av endelige tilbud. Nemnda uttalte at bestemmelsen (§ 11-8) "må etter sitt formål i hvert fall ramme tilfeller hvor deler av innholdet som etter tildelingskriteriene vil være vesentlig for utfallet av konkurransen gjøres kjent for konkurrentene mens konkurransen pågår. Tilbudspri- sene må i dette tilfellet utvilsomt anses å være av vesentlig betydning for konkurransen, og opplysningene innklagede ga til media var det således urettmessig å offentliggjøre."⁶³

Det kan synes som ganske opplagt at offentliggjøring av detaljert prisinformasjon i pågående konkurranser faller inn under forretningshemmelighetsbegrepet. Også i markeder hvor det relativt hyppig kunngjøres tilsvarende konkurranser vil de samme forholdene kunne gjøre seg gjeldende etter avsluttet konkurranse. Dette gjelder eksempelvis ved parallelle rammeavtaler, der oppdragsgiver fortløpende gjennomfører minikonkurranser. En forutsetning for at opplysninger skal kunne holdes hemmelige, etter at avtale er inngått, vil være at det er tale om opplysninger som er relevante også ved senere konkurranser.⁶⁴

I sak 2011/359 aksepterte imidlertid klagenemnda at tilbyderne under forhandlingene fikk opplysninger "om hvordan tilbudets pris var i forhold til de øvrige tilbud"⁶⁵. Oppdragsgiver har plikt til å føre reelle forhandlinger. I denne saken anførte imidlertid klager at oppdragsgiver hadde brutt regelverket, da de mente innklagede utleverte prisopplysningene i den hensikt å presse prisene under forhandlingene. Pris var vektet med 60 %, og skulle ses i sammenheng med forsikringsvilkår. Klagenemnda begrunnet offentliggjøringen med henvisning til forarbeidene og uttalte at det var "et grunnleggende poeng at oppdragsgivere ved gjennomføringen av konkurranser skal søke å oppnå de beste betingelsene markedet kan tilby," jf. premiss (64).

⁶² sak C-450/60

⁶³ Klagenemnda sak 2007/154, premiss 46

⁶⁴ Justisdepartementet (2009)

⁶⁵ Klagenemnda sak 2011/359 (premiss 63)

Dette synet fikk nylig støtte i sak 2015/64, Stokke. Klagenemnda kom også her til at innklagede ikke hadde brutt taushetsplikten ved å gi informasjon til tilbyderne om omtrentlig prosentmessig prisforskjell til beste tilbud for hvert av punktene, under forhandlingene. Klagenemnda fremhevet at det ikke var holdepunkter for at innklagede hadde benyttet informasjonen til å presse øvrige tilbydere (premiss 31). Informasjonen var videre gitt på en slik måte at det ikke var mulig å identifisere hvilket tilbud som var rangert som nummer 1. Nemnda vektla samtidig at tildelingskriteriene, som gjaldt pris, kun var vektet med 10 %. Begge de sistnevnte sakene, samt sak 2007/154, viser at priskriteriets betydning i tildelingsfasen er et viktig moment når virkningen av offentliggjøring vurderes. Samtlige av tilfellene gjelder offentliggjøring i pågående konkurranse. KOFA vurderte imidlertid ikke hvilke konsekvenser det kan ha for eventuelt fremtidige konkurranser at opplysningene ble utlevert.

For totalpriser er utgangspunktet at disse ikke er å anse som taushetsbelagt.⁶⁶ Enkelte reservasjoner gjelder imidlertid også i tilfeller der "innklagede konkret kan godtgjøre at det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde totalprisen."⁶⁷ I denne saken, sak 2008/148, kom klagenemnda til at det ikke er "påvist at det er påslaget på det tilbudte produkt som er det vesentlige konkurranseelementet. Videre er det heller ikke påvist konkret hvordan klager skulle kunne bruke kunnskapen om totalprisen i eventuelle senere konkurranser, eller at det er sannsynlig at det vil finne sted slike lignende konkurranser i nær fremtid."⁶⁸ Spesielt i saken var at tilbyderne hadde tilbudt identiske produkter. Saken viser likevel at det ikke nødvendigvis er automatikk i at totalpriser utleveres. Som klagenemnda påpeker må det i avveiningen blant annet vektlegges om den som krever opplysningene fremlagt, har et berettiget formål og behov for opplysningene.

Når det gjelder enhetspriser, fremhever Frostating lagmannsrett fra 2008-82111 at enhetspriser vil kunne avsløre for eksempel hvilke rabatter som er gitt, hvordan vinneranbudet er satt sammen og andre strategiske forhold som leverandøren har konkurransemessig behov for å hemmeligholde. Saken gjaldt krav om fremleggelse av fakturaer fra en av de andre deltagerne i en avsluttet konkurranse. Saken ble først behandlet i tingretten som fant at opplysningene i fakturaene ikke var å anse som taushetsbelagt. Lagmannsretten derimot viste til at enhetsprisene som fremgikk i fakturaene kunne være egnet til å avsløre hvor langt leverandør er villig til å strekke seg på pris for å konkurrere om en ordre. Retten konkluderte med at behovet for hemmelighold fortsatt var tilstede selv om leveransene var foretatt.

⁶⁶ Klagenemnda sak 2008/208, 2011/154, 2010/294

⁶⁷ Klagenemnda sak 2008/148, premiss 16

⁶⁸ Klagenemnda sak 2008/148, premiss 18

Av nyere dommer vises til Oslo tingretts dom fra 2014.⁶⁹ Saken gjaldt et erstatningssøksmål fra leverandør som mente seg forbigått. Leverandør krevde at prisskjemaene fra samtlige tilbydere i konkurransen ble fremlagt som bevis, noe innklagede nektet. Retten drøftet fremleggelse av prisskjemaene og viste til at en fremleggelse innebar en risiko for at tilbydernes konkurransekraft i markedet kunne bli skadelidende. Oppgavens tema er avgrenset mot tvisteloven, men tingrettens vurdering av hvorvidt prisopplysningene var å anse som taushetsbelagte er imidlertid relevant. Tingretten viste til at det forhold at tilbyderne i dette konkrete markedet benyttet "*utstrakt samarbeid og gjensidige og kryssende avtaler om leveranser og underleveranser*", gav inntrykk av at opplysningene i prisskjemaet ikke nødvendigvis var så sensitive i realiteten. Dette til tross for at retten konkluderte med at det "*ikke er tvilsomt at de omstridte prisskjemaene er omfattet av lovbestemt taushetsplikt.*"

Dersom det er ulike priskategorier må alle kategoriene vurderes særskilt opp mot eventuell virkning av offentliggjøring. Av praksis kan det utledes at det som et minimum må være mulig å påvise tap eller redusert gevinst dersom opplysningene skal kunne omfattes.

5.2.2.3 Tidsmomentet

Tidsmomentet utgjør, sammen med skadevirkningen, ofte den viktigste faktoren. Behovet for vern vil, for mer eller mindre alle prisopplysninger, være begrenset i tid. Tiden som går vil kunne føre til at særlig enhetspriser, ikke lenger etter sin art kan nyttiggjøres på en måte som kan føre til økonomisk tap eller redusert gevinst for virksomheten.⁷⁰ Spørsmålet i denne sammenheng er fra hvilket tidspunkt behovet for vern anses å opphøre. Sivilombudsmannen viser til at "tiden fra det pristilbudet det ønskes innsyn i ble gitt til eventuell offentliggjøring, vil være av betydning for hvor sannsynlig det er at konkurrenter kan benytte seg av informasjonen i prissetting av andre kontrakter."⁷¹ I den konkrete saken ble det begjært innsyn i en avtale som var et par år gammel og sivilombudsmannen uttrykte at "Dette taler derfor isolert sett for at behovet for hemmelighold ikke lenger er til stede," men på grunn av den spesielle markeds-situasjonen med to hovedaktører og det forhold at nesten identisk konkurranse snart skulle kunngjøres, konkluderte ombudsmannen med at opplysningene likevel var underlagt taushetsplikt.

Tidsperiodene som er mest aktuelle i anskaffelsesprosesser deles grovt sett inn i konkurranse-gjennomføringsfasen, karensperioden og etter at kontrakt er signert. Selve vurderingen av om vilkårene for om lovbestemt taushetsplikt foreligger er den samme uansett hvilket tidspunkt vurderingen foretas, men vekten av de ulike forholdene vil imidlertid variere.

⁶⁹ Oslo tingrett (2014) sak 2014-70655

⁷⁰ Sivilombudsmannen sak 2010/65

⁷¹ Sivilombudsmannen sak 2012/1782

I konkurransegjennomføringsfasen gjør spørsmålet seg først og fremst gjeldende i forhandlet prosedyre, der leverandørene i konkurransefasen har krav på tilbakemelding på hvordan de relativt sett ligger an i forhold til beste tilbyder, før frist for endelig oppdatert tilbud. Klagenemnda har i flere saker konstatert brudd på regelverket der innklagede har utgitt detaljerte opplysninger om konkurrenters tilbud, og med dette brutt taushetsplikten. Det vises til sakene omtalt i pkt. 5.2.2.2. Innsynsbegjæringer i tilbud som mottas i denne perioden kan unntas, jf. offl. § 23 3.ledd, til valg av leverandør er gjort.

5.2.2.4 Særlig om karensperioden

Karensperioden er i praksis den mest utfordrende perioden. Karensperioden definerer tidsrommet fra valg av leverandør er gjort og til oppdragsgiver tidligst kan inngå kontrakt. I denne perioden skal tilbud og protokoll være offentlige, jf. offl. § 23 3. ledd. Det er i karensperioden oppdragsgivere mottar flest innsynshenvendelser fra leverandører som ikke har nådd opp i konkurransen. I forbindelse med NOU – enklere regelverk, bedre anskaffelser⁷² foreslo utvalget, blant annet som følge av en rekke høringsuttalelser, å endre offentleglova slik at det ikke skulle gis rett til innsyn i konkurrerende leverandørers tilbud i karensperioden. Forslaget ble vurdert, men departementet kom til at de ikke ønsket å foreta endringer i offentleglova. I forbindelse med vurderingen innhentet departementet en uttalelse fra Justisdepartementet om muligheten for å løse utfordringer i forbindelse med innsynsbegjæringer i karensperioden innenfor gjeldende regelverk. Lovavdelingen redegjorde i brev av 20. januar 2011 nærmere for unntaksreglene i offentleglova som var relevante for tilbudsdokumenter i en offentlige anskaffelsesprosess. Lovavdelingen uttalte blant annet at taushetsplikten kan variere over tid og at "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." Videre kommer det frem 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."

Spørsmålet blir således: Når er det klart at konkurransen blir avgjort på grunnlag av de innkomne tilbud? Slik strukturen i en anskaffelsesprosess er lagt opp er det nærliggende å forstå det slik at hele karensperioden må være utløpt, at oppdragsgiver har til intensjon å signere kontrakt, samt at det ikke har fremkommet forhold som kan trekke i retning av at konkurransen kan bli avlyst, før det kan anses som klart at konkurransen vil bli avgjort på grunnlag av de innkomne tilbud.

⁷² Prp.12L (2011-2012)

Dersom det legges til grunn en forståelse om at karenperioden må være utløpt, ville muligheten for innsynshenvendelser og vurdering av eventuelt klagegrunnlag for øvrige leverandører i karenperioden være noe svekket, idet leverandørene ikke vil få mulighet til å foreta en faktisk vurdering av om oppdragiver har vektlagt de korrekte forhold. At lovgiver har ment at taushetsplikten skulle ha en slik rekkevidde er neppe tilfelle. Lovavdelingens uttalelse tydeliggjør derimot at dersom taushetspliktsvurderingen foretas i karenperioden vil ofte flere opplysninger omfattes av forretningshemmelighetsbegrepet. Særlig i tilfeller der oppdragsgiver har relativt tydelige indikasjoner på at det er foretatt feil i tildelingen og at det er overveiende mulighet for at konkurransen kan bli avlyst, og lyst ut på nytt.

I 2013 hadde klagenemnda⁷³ stornemndsbehandling i en sak som blant annet reiste spørsmålet om taushetsplikts rekkevidde. Saken gjaldt Kongsvinger kommunes anskaffelse av rammeavtale for konsulenttjenester innenfor prosjektering og byggeledelse. Etter at meddelelse var gitt, mottok kommunen flere klager på konkurransen. Som følge av klagebehandlingen kom kommunen til at det var begått feil i konkurransen som medførte plikt til å avlyse. Kommunen hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen og begrunnelsen for avlysning var tilstrekkelig. I saken måtte imidlertid klagenemnda også ta stilling til det forhold at kommunen i forbindelse med klagebehandlingen hadde utlevert klagers gjennomsnittlige timespris til en av de andre tilbyderne. Nemnda valgte å behandle saken i stornemnd, da saken krevde at det måtte tas stilling til hvorvidt kommunen hadde brutt sin plikt til å hindre spredning av taushetsbelagte opplysninger, jf. FOA § 3-6. Nemnda delte seg i et mindretall og et flertall da taushetsplikten ble tatt stilling til. Flertallet kom til at taushetsplikten var brutt, mens mindretallet, Krüger, kom til det motsatte.

Nemnda foretok en grundig vurdering av spørsmålet om hvorvidt innklagede hadde utlevert taushetsbelagte opplysninger i klagers tilbud. Klager hadde anført at samtlige tilbudsopplysninger som knyttet seg til tildelingskriteriet er taushetsbelagt all den tid det foreligger risiko for at oppdragsgiver avlyser konkurransen (premiss 38). Ettersom klager hadde samtykket i utlevering av samtlige opplysninger med unntak av prisinformasjon, begrenset klagebehandlingen seg til utlevering av prisskjemaet, jf. premiss 39. Spørsmålet var hvorvidt gjennomsnittlig tilbudt timespris i klagers tilbud var underlagt taushetsplikt ettersom det var denne prisen som skulle anvendes i tildelingen. Viktig for utfallet av saken var at opplysningene ble utlevert når oppdragsgiver allerede var gjort oppmerksom på konkrete forhold som kunne tilsi at konkurransen måtte avlyses og lyses ut på nytt.

⁷³ Klagenemnda sak 2012/9

Klagenemndas sak 2011/326 innebar tilsvarende problemstilling, knyttet til delpriser. Også i dette tilfellet ble det stilt spørsmål til lovligheten av tildelingskriteriene før innsyn i pristilbudet ble gitt. At oppdragsgiver var kjent med problematiseringen rundt tildelingskriteriene tilsier at oppdragsgiver hadde mulighet til å ta stilling til avlysningsspørsmålet før utlevering av prisene. Klagenemnda konkluderte med at oppdragsgiver hadde brutt taushetsplikten ved å videresende prisopplysningene i den første konkurransen etter første tildeling. Det avgjørende for utfallet var at innklagede, på tidspunktet for innsyn, hadde en klar foranledning til å ta stilling til spørsmålet om konkurransen måtte avlyses.

Begge ovennevnte saker faller inn under de tilfellene Justisdepartementets lovavdeling viser til når de uttaler at i visse tilfeller kan opplysninger være omfattet av taushetsplikt frem til kontraktsinngåelsen. Dersom en konkurranse skal lyses ut på nytt, vil også priser, økonomiske prognoser og annen informasjon som kun er relevant for den aktuelle saken, kunne være omfattet av taushetsplikt. Andre tilbydere vil ellers kunne tilpasse sine tilbud etter de aktuelle opplysningene.⁷⁴

Lovavdelingen henviste til at offl. § 23 1. ledd kan benyttes i aktiv konkurranse. Bestemmelsen begrunnes i det offentlige forhandlingsposisjon, og gjelder ikke vern av forretningshemmeligheter av hensyn til tilbyder. I tilfeller der oppdragsgiver hjemler avslag på innsyn i henhold til denne bestemmelsen, er det rimelig å tro at taushetsbelagt informasjon i de fleste tilfeller er inkludert i opplysningene det offentlige vil tilbakeholde. Uavhengig av hvorvidt § 23 1. ledd benyttes skal imidlertid taushetsplikt vurderingene foretas på selvstendig grunnlag.

5.2.2.5 Vurdering av taushetsplikt etter avsluttet konkurranse

Vilkårene for at opplysninger skal unntas i henhold til forvaltningslovens bestemmelser om taushetsplikt er åpenbart de samme etter at konkurranse er avsluttet som i konkurransegjennomføringsfasen. Tidsaspektet for når selve vurderingene foretas vil imidlertid ofte være av betydning.

For prisopplysninger er tidspunktet for taushetsplikt vurderingen sentral, særlig i bransjer der prisjusteringer foretas hyppig. I sak 2010/65 uttalte sivilombudsmannen at tidsperspektivet var av betydning for at enhetsprisene i det konkrete tilfellet ikke kunne anses som en forretningshemmelighet. Tidsaspektet ble i denne saken vurdert sammen med avtalens særegenhet og hyppighet på kunngjøring av tilsvarende konkurranser.

⁷⁴https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_innsyn_off_ansk.pdf

Lovavdelingen har uttalt at "Selv om en anbudskonkurranse er avsluttet, vil offentliggjøring av avtalevilkår likevel kunne medføre økonomisk tap eller redusert gevinst for den opplysningen gjelder. En forutsetning for dette er at det er tale om opplysninger som er relevante også ved senere konkurranser."⁷⁵

Jo lengre tid som går fra avsluttet konkurranse, jo mer kan det argumenteres for at opplysninger som tidligere var omfattet av taushetspliktbestemmelsene ikke lenger etter sin art kan nyttiggjøres på en slik måte at det kan føre til skade eller økonomisk tap for virksomheten.

For enkelte drifts- og forretningsforhold, der det foreligger avanserte tekniske innretninger og i tilfeller der leverandør har enerett til utvikling av varemerke eller innehar opphavsrettigheter, vil behovet for hemmelighold kunne strekke seg over flere tiår. I vårt tilfellet der det imidlertid er snakk om forhold knyttet til pris, antas det at tidsrommet opplysningene kan hemmeligholdes, må være av mer begrenset art. Når det gjelder priser vil et vurderingsmoment være hvor hyppige endringene i markedet er. For produktområder som er i rask endring, typisk teknologibransjen, vil behovet for vern av prisopplysningene neppe være å anse som underlagt taushetsplikt etter noe tid. På den annen side, dersom prisstruktur og offentliggjøring av denne innebærer risiko for at andre strategiske forhold avsløres, også for fremtidige konkurranser, tilsier dette at opplysningene likevel bør anses som taushetsbelagte. Enhetspriser som gjenspeiler øvrige kontraktsvilkår, forretningsstrategier og spesielle tilbudsinnretninger vil lettere omfattes av taushetsplikten også etter at kontrakt er signert.

I sivilombudsmannens vurdering knyttet til innsyn i enhetspriser i forbindelse med pandemi og sesongvaksine, kom ombudsmannen til at departementets avgjørelse om å nekte innsyn i priser for sesongvaksine måtte vurderes på nytt da "Det har nå gått snart seks måneder siden departementet avslo innsynskravet. Den faktiske situasjonen mht. influensapandemien har endret seg mye de siste månedene. Disse forholdene tilsier at vurderingen av et krav om innsyn i enhetsprisen for pandemivaksinen vil kunne få et annet utfall i dag."⁷⁶

Sivilombudsmannens sak fra 2011 synliggjør også betydningen av tid og taushetspliktbedømmingen, "Tidsmomentet kan være av betydning for spørsmålet om avtalevilkår kan sies å være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde i denne saken. Den aktuelle avtalen er fra 2004. Dette taler derfor isolert sett for at behovet for hemmelighold ikke lenger er til stede. Fylkesmannen synes imidlertid å ha lagt avgjørende vekt på den nær forestående konkurransen om ny avtale med Sporveis-Annonsene som var «så godt som identisk med den samme

⁷⁵ Justisdepartementet (2008)

⁷⁶ Sivilombudsmannen sak 2009/1960

konkurransen som ble avholdt forut for den avtalen det er begjært innsyn i» og Ruters redegjørelse av markedssituasjonen for utendørsreklame"⁷⁷

Det følger videre av Borgarting lagmannsrett, sak LB-2015-46976, at tiden som er gått etter kontrakt er signert svekker behovet for hemmelighold. Saken gjaldt dokumentfremleggelse. Lagmannsretten kom til at dokumentene som var begjært fremlagt inneholdt forretningshemmeligheter, men fant likevel at opplysningene måtte utleveres, jf. § tvl. 22-10. Dokumentfremleggelsen skulle holdes for lukkede dører og de tilstedeværende ble pålagt taushetsplikt for å begrense evt. skade/tap, jf. tvisteloven § 22-12 (2). Sentralt i vurderingen var at opplysningene var gamle og at parten som krevde innsyn ikke var en konkurrent. Opplysningene var detaljerte med "regnskapstall per måned for billettinntekter, inntekter fra salg om bord, fraktinntekter, varekostnader, personalkostnader og andre driftskostnader knyttet til denne linjen. Flere av postene er ytterligere nedbrutt i underposter relatert til ulike områder av driften som for eksempel butikk, restaurant, kasino, kjøkken, hotell og landterminaler."

5.2.2.6 Bransjepraksis og leverandørs egenvurdering

Ved vurdering av hvorvidt konkrete opplysninger omfattes av vilkårene for taushetsplikt, er det vanlig å se hen til bransjepraksis, samt vektlegge leverandørenes egenvurdering. Særlig i markeder der det foreligger en tilnærmet helhetlig bransjestandard av hva som omfattes av forretningshemmelighetsbegrepet vil oppdragsgiver kunne få god praktisk nytte av å vurdere bransjens begrunnelser. Å vektlegge bransjestandard er mest praktisk hva angår produksjonsteknikker, tekniske løsninger etc. Ettersom pris er et forhold leverandører relativt lett kan justere i forhold til konkurrenter, kan dette tale for at leverandørs egenvurdering ikke bør tillegges stor vekt. Det er heller ikke gitt at leverandørens egenvurdering er i tråd med bransjepraksis forøvrig.

Videre er det ikke uvanlig at leverandører hevder at samtlige tilbudsopplysninger som benyttes i forbindelse med anvendelse av tildelingskriteriene, er å anse som taushetsbelagte,⁷⁸ og at alle typer av priselementer således automatisk inngår i slike. Slike generelle syn som ikke er begrunnet i det konkrete forholdet kan ikke tillegges vekt.

Ved innsynshenvendelser kan oppdragsgiver risikere å få svært sprikende tilbakemeldinger fra leverandørene, der noen sladder alle opplysninger, inkludert totalpriser, mens andre sladder enhetspriser og rabattsatser, mens andre igjen ikke har innsigelser til utlevering av disse

⁷⁷ Sivilombudsmannen sak 2012/1782

⁷⁸ Klagenemnda sak 2012/9

opplysningene. Tilfeller der det ikke forlegger enhetlig bransjestandard kan skape dilemma for oppdragsgiver.

Oppdragsgiver har en selvstendig plikt til å vurdere hvorvidt opplysningene er forretningshemmeligheter. Hva leverandør selv måtte angi som forretningshemmeligheter vil dermed kun være av veiledende karakter jf. "Synspunkt frå bransjen eller enkeltaktørar kan vere av nytte, men vil ikkje vere avgjerande ved organet si vurdering."⁷⁹

Når det gjelder bransjestandard og hvilken vekt dette skal tillegges vurderingen, støtter praksis uttalelsen fra lovavdelingen. Både klagenemnda og sivilombudsmannen fremhever at leverandørens egenvurdering ikke er tilstrekkelig for at opplysninger er å anse som en forretningshemmelighet. I klagenemndas sak 2008/62 anførte leverandør at totalpriser i ulike underkapitler var forretningshemmelighet. Klagenemnda ment likevel at prisene ikke kunne unntas ettersom det ikke var mulig for leverandør å utlede enhetspriser av de ulike kapitlene.

Det følger av ovennevnte at bransjestandard og leverandørs egenvurdering kan anvendes som støtteargument, men vil ikke være tilstrekkelig i seg selv i vurderingen.

5.2.2.7 Hensyn til det offentlige

Hensynet til det offentlige og allmennhetens mulighet til innsyn har flere sider. Justisdepartementets lovavdeling har uttalt at avtaler mellom det offentlige og private virksomheter, som innebærer bruk av offentlige midler, er av generell offentlig interesse. I det ligger at "Der avtalene gjelder spørsmål av allmenn interesse, må dessuten private næringsvirksomheter i «vid utstrekning tåle å havne i offentlighetens søkelys»." ⁸⁰

Sivilombudsmannen har også ved flere anledninger, bla. i årsmelding 2007:36 lagt til grunn at innsyn og åpenhet er spesielt viktig i saker som gjelder bruk av offentlige midler, og videre inntatt det "prinsipielle standpunkt at offentligheten bør ha innsyn i avtaler som forvaltningen inngår med private om utføring av tjenester for det offentlige."⁸¹ Praksis både fra KOFA og ombudsmannen trekker i retning av at pris generelt bør være offentlig når dette er vektlagt i anbudskonkurranser.

På den annen side fremhever Varec-saken, premiss 36, at betydningen av å sikre tillitsforholdet mellom tilbydere og oppdragsgiver er avgjørende for et velfungerende anbudsinstitut. Leverandører til det offentlige skal ikke måtte frykte at deres bedriftshemmeligheter vil bli

⁷⁹ Justisdepartementet (2010)

⁸⁰ Justisdepartementet (1997)

⁸¹ Sivilombudsmannen sak 2012/1782

utlevert til tredjemann, eller at det gis innsyn på bekostning av leverandørens behov for vern. At taushetsplikt er av betydning for tillitsforholdet mellom bedrifter og det offentlige fremheves også i juridisk litteratur.⁸² Varec-saken gjaldt spørsmål om utlevering av arkitekttegninger, men de prinsipielle drøftingene og hensynene er relevante også for andre tilbudsopplysninger, herunder pris og cv.

Hensynet til det offentlige og allmennhetens behov for innsyn skal ifølge ombudsmannen "tillegges betydelig vekt." Særlig "mindre sensitive næringsopplysninger vil derfor ikke være underlagt taushetsplikt og vil kunne offentliggjøres i medhold av offentlighetsloven. Så vel offentlighetsprinsippet og hensynet til andre beskyttelsesverdige interesser, herunder allmennhetens behov for innsyn, tilsier at taushetspliktbestemmelsen i forvaltningslovens § 13 nr. 2 ikke må tolkes for vidt."⁸³

Når det gjelder totalpriser vil disse falle inn under mindre sensitive opplysninger dersom de ikke synliggjør den underliggende prisoppbyggingen. I flere saker fra klagenemnda⁸⁴ fremgår det at i tilfeller der totalpriser er av vesentlige betydning for konkurransen, trekker dette i retning av at totalpriser må utleveres dersom konkurrenter skal ha mulighet til å etterprøve oppdragsgivers beslutninger.

Når det gjelder enhetspriser vil disse normalt sett være berettiget å unnta fra innsyn. I sivilombudsmannens sak 2010/65, uttalte ombudsmannen imidlertid at dersom kontrakter ikke er angitt med total kostnadsramme, vil dette trekke i retning av at enhetspriser burde utleveres av hensyn til allmenhetens behov for kontroll og etterprøvbarehet. I foreliggende tilfelle var kontrakt inngått to år tidligere og ny konkurranse var noe frem i tid.

Utvidet innsyn i priselementer og tilhørende vilkår kan også være viktig i forhold til å redusere muligheten for korrupsjon, prissamarbeid og lignende uheldige forhold som direkte berører tilliten til det offentlige.

5.2.2.8 Andre forhold av betydning for vurderingen

En rekke andre forhold kan i de konkrete tilfeller anføres å være av betydning for taushetsplikt-vurderingen. Sivilombudsmannen har gjentatte ganger uttalt at taushetsplikt-vurderingen må se hen til "taushetspliktens formål og det aktuelle firmaets behov for og ønske om hemmelighet. Videre er offentlighet og innsyn spesielt viktig i saker som gjelder bruk av offentlige

⁸² Frihagen: «Taushetsplikt» (1979) s. 67-68.

⁸³ Sivilombudsmannen sak 2008/571

⁸⁴ Eksempel klagenemnda sak 2007/154

midler."⁸⁵ Det følger også av praksis fra klagenemnda at prisopplysninger som direkte berører det offentliges ressursbruk og økonomiforvaltning bør det gis innsyn i.

Videre kan spesielle forhold i det konkrete markedet måtte vurderes. Sivilombudsmannen⁸⁶ la i 2013 vekt på at markedet i hovedsak bestod av to hovedaktører, hvilket tilsa skjerpet behovet for hemmelighold. Markedsstruktur og særegne forhold innenfor den enkelte bransje kan således være av betydning når behov for vern av opplysninger overfor konkurrenter skal vurderes. Oslo tingrett argumenterte i 2014 imidlertid for det motsatte. Tingretten hevdet at markedet med få aktører og høy grad av informasjonsflyt mellom aktørene vedrørende sensitive opplysninger, tilsier at det skal mye til for å anse opplysninger som forretningshemmeligheter.⁸⁷ Der markedet er mer uoversiktlig og konkurransen mellom aktørene er stor, er sannsynligheten tilsvarende større for at opplysninger kan ha konkurransemessig betydning. Taushetspliktbestemmelsen retter seg imidlertid mot hva opplysningene kan brukes til, ikke hvem som mottar disse.

Taushetsplikten etter fvl. § 13 skal ikke brukes av hensyn til forvaltningen selv, for eksempel for å unngå at kritikkverdige forhold rundt saksbehandlingen blir kjent,⁸⁸ eller som følge av at forvaltningen ikke setter av tid eller ressurser til å gjennomføre en selvstendig vurdering av hva som er taushetsbelagt slik regelverket krever. Det kan gjerne fremstå som enklere og tryggere for forvaltningen å utlevere opplysninger i henhold til leverandørenes sladding uten selv å vurdere innholdet i sladdingene. Slike forhold kan imidlertid ikke tillegges vekt.

5.2.3 Oppsummering pris

Opplysninger om de fleste næringsforhold kan omfattes av forretningshemmelighetsbegrepet, og pris utgjør et særlig praktisk tilfelle, dette gjenspeiles både i praksis og i juridisk teori.⁸⁹ Det foreligger flere saker fra klagenemnda⁹⁰ der pris vurderes opp mot taushetspliktbestemmelsene. Gjennomgående viser praksis at tilbudenes totalpris som hovedregel ikke anses som forretningshemmeligheter, men at enhetspriser, delpriser og rabatter ofte omfattes av begrepet. Praksis viser videre at pris ofte er avgjørende for tildelingen, og at leverandører generelt er negative til å gi innsyn i sine priser både i karensperioden og etter avsluttet konkurranse. Oppdragsgivere er også tilbakeholdne med å gi innsyn i priser som leverandør selv har oppgitt å være forretningshemmelighet.

⁸⁵ Sivilombudsmannen sak 2012/1782

⁸⁶ Sivilombudsmannen sak 2012/1782

⁸⁷ Oslo tingrett (2014) 2014-70655

⁸⁸ Eckhoff/Smith (2010)

⁸⁹ Dragsten (2013) kap 34

⁹⁰ Se klagenemnda saker 2011/154, 2010/294 og 2008/2

Uavhengig av hvordan prisopplysningene fremkommer er det avgjørende for vurderingen at prisen er egnet til å påvirke konkurranseforhold dersom de blir kjent. I grove trekk vil opplysninger som kan utnyttes av andre, og på den måten påvirke konkurranseforhold, kunne unntas. Hovedtendensen om at totalpriser ikke kan unntas, mens enhetspriser som oftest er taushetsbelagt, har enkelte reservasjoner. Eksempelvis der totalpriser er egnet til å avsløre nærmere detaljer om tilbudet eller andre innretninger hos leverandør.

5.3 Er opplysninger i CV omfattet av lovbestemt taushetsplikt?

5.3.1 Opplysningens art

En CV vil ofte inneholde opplysninger knyttet til personalia, eksempelvis navn, fødselsdato, bosted, kontaktinfo og sivilstatus, i tillegg til inneholde utdanning, erfaringsbakgrunn, arbeidsbekreftelser og gjerne nøkkelkvalifikasjoner. Det kan også fremkomme informasjon om andre forhold, som interesser, ulike verv, kurs, eller kvalifikasjoner utover de "ordinære." Oversikt over referanser og kundeforhold er også vanlige.

Enkeltopplysninger i CV kan rette seg mot om noens personlige forhold. I slike tilfeller må opplysningene vurderes behandlet etter fvl. §13 (1) nr.1, alternativt etter offl. § 26. Offl. § 26 hjemler unntak for blant annet karakter og vitnemål. Det vises til Sivilombudsmannens sak som gjaldt innsynsbegjæring i navnelister. Sivilombudsmannen uttalte at avtalene synes "å være inngått med fiskere i egenskap av næringsutøvere, og ikke med privatpersoner. De inngåtte avtalene må derfor anses som kommersielle avtaler knyttet til utøving av næringsvirksomhet."⁹¹ Forarbeidene⁹² uttaler at utgangspunktet må være at opplysninger om en persons næringsvirksomhet ikke kan anses som «noens personlige forhold». Sivilombudsmannen kom til at blant annet avtalens kommersielle karakter tilsa at navnelistene ikke kunne unntas etter fvl. §13 (1) nr.1. Tilsvarende må som utgangspunkt gjelde for CV innlevert i forbindelse med anbudskonkurranser, dvs. at de er innlevert i næringsøyemed slik at fvl.§13 (1) nr.2 kommer til anvendelse.

I motsetning til priselementer i tilbud, som hovedsakelig er inngitt på samme måte hos samtlige tilbyderne, i tråd med oppdragsgivers anvisninger, vil det i mottatte CV 'er ofte være større variasjoner av opplysninger, ref. oppramsingen ovenfor. Det følger av juridisk teori at de fleste opplysninger om næringsforhold vil kunne omfattes. Opplysninger som er særlig aktuelle å vurdere i forhold til begrepet "forretningsforhold," er informasjon om referanseprosjekter og/eller kunde/klientforhold.

⁹¹ Sivilombudsmannen sak 2009/1977 og 2009/2220

⁹² Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) s. 14

I anskaffelser der det tilbys flere ressurser må opplysningene i den enkelte CV vurderes. Videre vil det ofte være behov for å vurdere sammensetningen av CV 'er (teamsammensetningen). I slike tilfeller kan det inntreffe at opplysningene i den enkelte CV isolert sett ikke oppfyller vilkårene for taushetsplikt, men at CV 'ene samlet sett likevel vil oppfylle vilkårene.

Det skal i utgangspunktet ikke mye til for at en opplysning kan sies å være av en slik karakter at den omfattes av vilkåret, *opplysningens art*. Dette vil også gjelde for enkeltopplysninger i CV 'er og forhold som berører hvordan en tilbyder velger sammensetning av CV 'er for å vinne et anbud. Det avgjørende er i hvilken grad andre kan nyttiggjøre seg opplysningene.

5.3.2 Konkurransemessig betydning å hemmeligholde

5.3.2.1 *Kravet til hemmelighet*

Avgrensningen mot opplysninger som anses som allment kjent og tilgjengelig kan være uklar. I mange bransjer er det vanlig at opplysningene om hvem som er ansatt ligger tilgjengelig for allmennheten på nettsider eller andre steder, eksempelvis gjelder dette for advokatfirmaer, forskningsinstitusjoner, revisjonsfirmaer, håndverkere etc. Normalt vil ikke slike virksomheter ha interesse av å holde tilbake informasjon om hvem som er ansatt i virksomheten. Når det gjelder konsulentbransjen kan det imidlertid synes som om virksomhetene er stadig mer tilbakeholdne med å tilgjengeliggjøre informasjon om ansatte på sine nettsider. Dette kan være en indikasjon på at denne delen av markedet anser det som en ulempe at konkurrentene har tilgang til opplysninger om deres konsulenter.

I de tilfeller der virksomheter synliggjør hvem som er ansatt, kan det likevel tenkes at det ikke er ønskelig å utlevere opplysninger om hvilken detaljkompetanse medarbeiderne besitter, eller hvordan virksomheten rent konkret disponerer sine ressurser i det enkelte oppdrag. Innholdet i CV 'er som ligger tilgjengelig på nettet må i mange bransjer antas å gi opplysninger på et mer overordnet nivå. At enkelte opplysninger ikke fremkommer på slike CV 'er, kan i seg selv trekke i retning av at de er mer fortrolige. På samme måte som i avsnittet ovenfor kan dette indikere at enkelte leverandører vegrer seg for å tilgjengeliggjøre detaljerte opplysninger om kompetanse/erfaring om sine ansatte.

Kravet til hemmelighet forutsetter til en viss grad at opplysningene også innad i virksomheten anses som hemmelige. Dette kan gjelde situasjoner der virksomhetens ledelse ønsker å holde tilbake informasjon om fusjoner, planer om endring i virksomhetsstrategi etc. Behovet for hemmelighold på kort sikt kan således gjelde både ovenfor konkurrenter og andre ansatte i virksomheten. Videre kan virksomheten ha kundeforhold eller referanseoppdrag som forutsetter fortrolighet, slik at ikke engang andre ansatte i samme virksomhet får kjennskap til enkeltoppdrag.

Dersom virksomhetene eksplisitt har tilkjennegitt at opplysningene er hemmelige og at de kan vise til at opplysningene *handles* som fortrolige, dels ved eksempelvis signering av taushetsplikterklæringer og dels ved å påpeke forutsetningene for å inngi opplysningene, kan dette tilsi at kravet til hemmelighet er oppfylt. Forarbeidene uttaler at opplysningen må "være av en viss betydning, og den må være av en slik art at det er naturlig å rekne med at en i vedkommende virksomhet anser den som en hemmelighet."⁹³

Innleverte CV 'er kan videre synliggjøre nytilsatte ressurser, fremtidige samarbeidspartnere, eller øvrige strategiplaner, i det kapasitet og kapasitetsutvikling omhandles. Særlig ved bruk av nye sammensetninger av fagressurser, kan opplysninger i CV og teamsammensetning anses som hemmelig. En virksomhet kan tenkes å ha kortsiktig behov for å hemmeligholde informasjon om kommende ressurser eller nye samarbeidspartnere. Særlig innenfor større prosjekter, eksempelvis innenfor bygg og anlegg, eller komplekse IKT kontrakter kan det være av konkurransemessig betydning å tilbakeholde CV dersom disse kan avsløre samarbeidspartnere/underleverandører eller tilsvarende.

5.3.2.2 Årsakssammenheng – virkningen av offentliggjøring

En forutsetning for at vilkåret er oppfylt er at det må foreligge en årsakssammenheng mellom offentliggjøringen og risikoen for tap. Hvis det kan dokumenteres at skadevirkninger uansett ville oppstått, vil vilkåret konkurransemessig betydning normalt sett ikke være oppfylt. Når det gjelder CV er spørsmålet i hvilken grad utlevering av opplysninger i CV vil medføre tap for virksomheten på kort eller lang sikt.

Når det gjelder vilkåret *konkurransemessig betydning* må det ifølge Woxholth⁹⁴ antas at "opplysninger om en bedrifts økonomiske stilling, administrative forhold, produksjonsstørrelse og kapasitet, produksjon av bestemte varer, avtaler med forretningsforbindelser, ... normalt ikke omfattes av § 13 første ledd nr. 2", da dette normalt ikke vil være av konkurransemessig betydning. Ansatte vil gjerne sorteres under disse generelle opplysningene. Juridisk teori støtter også det syn at ansatte og ansattes CV normalt ikke er å anse som forretningshemmeligheter.⁹⁵

Den mest nærliggende skadevirkningen antas å være tilfeller der konkurrenter kan benytte opplysningene til selv å knytte til seg nye ressurser, eller "erobre en forretningspartner eller å ta markedsandeler fra virksomheten"⁹⁶, på en slik måte at markedsposisjonene forrykkes. Slike tilfeller kan være særlig relevant i tjenestekjøp eller i større prosjekter der sentrale enkelt-

⁹³ Ot prp nr 3 (1976-77) s. 22

⁹⁴ Woxholt (2006) s. 255

⁹⁵ Dragsten (2013) s. 220

⁹⁶ Dragsten (2013) s. 217

ressurser og fagteam er avgjørende for gjennomføringen av kontrakten og i tillegg gjøre det lettere å vinne konkurransen. Muligheten for at konkurrenter kan dra nytte av slik informasjon er også særlig aktuell ved parallelle rammeavtaler der hyppige minikonkurranser og til dels like tildelingskriterier benyttes. Dersom konkurrenter har mulighet til å tilpasse eget tilbud og på denne måten styrke egen konkurranseevne, kan dette være tilstrekkelig for at vilkåret er oppfylt.

Det kan tenkes tilfeller hvor bruk av eksternt personell eller kompetansemiljøer som det kan være uheldig for virksomheten å bli assosiert med, medfører at virksomheten ønsker å holde opplysninger tilbake. Dette kan gjelde både tilfeller av interessekonflikter eller der eksterne miljøer er forbundet med uetisk drift eller lignende. Slike tilfeller kan til en viss grad sammenlignes med vurderingen Justisdepartementets lovavdeling⁹⁷ foretok da de vurderte hvorvidt opplysninger om hvilke norske bedrifter som handler med Burma var taushetsbelagte. Det forhold at det kan anses som uheldig for norske oppdragsgivere å ha handelsrelasjoner med et land på grunn av alvorlige brudd på menneskerettighetene mv, og at bedrifter anser det som uheldig å bli forbundet med det landet, er ikke tilstrekkelig for å unnta opplysningene som taushetsbelagt i henhold til fvl. § 13 (2). Det forhold at opplysninger *kan* ha uheldige virkninger for bedriften er ikke tilstrekkelig, når det ikke knytter seg konkurransemessige virkninger til opplysningene.⁹⁸

Sammensetningen av team antas i større grad å være egnet til å synliggjøre leverandørers strategi. Der enhetspriser ofte utgjør forretningshemmeligheter og totalpriser som hovedregel ikke er det, vil det motsatte kunne sies å gjelde for CV og teamsammensetning. En CV som isolert sett ikke er å anse som forretningshemmelighet, kan likevel inngå i en sammensetning av team som kan berettigede unntaksbestemmelsen. Det kan argumenteres for en presumpsjon for at den strategiske innretningen av teamet i større grad kan være egnet til å avsløre andre og mer sensitive virksomhetsopplysninger, som eksempelvis metode, strategi, fremgangsmåte etc. Dette kan tilsi at det særlig i større prosjekter, er muligheter for at opplysningene kan brukes av andre.

På samme måte som ved vurderinger knyttet til pris kan det tenkes tilfeller der skreddersydd utarbeidelse av CV, som i særlig grad er egnet til å fremme relevant kompetanse i det konkrete tilfellet, kan utgjøre et konkurransefortrinn. Dersom opplysningene utleveres på et tidspunkt som muliggjør for konkurrenter å benytte informasjonen, kan slike tilfeller omfattes av taushetspliktbestemmelsene. Tidsmomentet kan da være avgjørende for virkningen av offent-

⁹⁷ JDLOV-1997-12176

⁹⁸ Woxholth (2006)

liggjøring. I pågående konkurranse skal det svært lite til for at utlevering av opplysninger i CV eller teamsammensetning kan utnyttes direkte av konkurrenter. Men også etter at konkurranse er avsluttet kan opplysninger som tilflyter uvedkommende få skadevirkninger. For CV kan særlig utlevering av kundelister og referanselister innebære utlevering av sensitive opplysninger. Videre kan både enkelt CV og teamsammensetning avsløre relasjoner som inngår i virksomhetens forretningsstrategi eller lignende. På samme måte som enhetspriser kan gjen speile forretningsforhold og forretningsstrategier,⁹⁹ kan det antas at ressursdisponering ift. ulike klienter etc. kan ha tilsvarende virkning og dermed omfattes av kravet til hemmelighold.

Forarbeidene omtaler kriteriet "utnytte" som at "Det må altså være risiko for «tyveri» eller plagiat av de forhold som opplysningene gjelder."¹⁰⁰ Videre viser forarbeidene eksplisitt til at "f.eks. en bedrifts kundelister, kan være av en slik karakter at andre bedrifter kan utnytte dem."¹⁰¹

Fylkesmannen har i vedtak av 19.3.2012¹⁰² kommet til at opplysninger om CV og attester til personer som ikke er å anse som nøkkelpersoner tvilsomt vil omfattes av konkurransesensitive opplysninger. Dette synet kan imidlertid utfordres i situasjoner der sammenstilling av flere CV 'er, likevel kan avsløre andre sensitive forretningsstrategier når de sees samlet. Hovedregel vil nok være at det må kreves noe utover en "ordinær" CV for at opplysningene skal kunne unntas. Opplysninger som normalt ikke omfattes av taushetspliktbestemmelsene vil innenfor anbudsinstuttet likevel kunne utgjøre konkurransesensitiv informasjon i karensperioden, og særlig hvis det foreligger indikasjoner på at konkurransen vil bli avlyst.

Når det gjelder utlevering av informasjon om enkeltansatte i en virksomhet kan det anføres at virksomheten ikke ønsker dette utlevert, da konkurrenter kan drive målrettet headhunting. Det er på det rene at tap av kritiske ressurser kan få uheldige konsekvenser for virksomheten, også i konkurransesammenheng. Dersom konkurrenter får kunnskap om enkeltansatte som betraktes som kritiske ressurser skulle dette tilsi at opplysningene faller inn under forretningshemmelighetsbegrepet, jf. at det er tilstrekkelig at offentliggjøring åpner for en utnyttelse av andre som ellers ikke ville være mulig. Juridisk teori derimot viser til at faren for headhunting isolert sett ikke er tilstrekkelig for at taushetsplikt foreligger.¹⁰³ Dette bør i tilfellet anses som et utgangspunkt.

⁹⁹ Klagenemnda sak 2005/201

¹⁰⁰ Ot.prop.nr.3 (1976-77) s. 23

¹⁰¹ Ot.prop.nr.3 (1976-77) s. 24

¹⁰² Fylkesmannen (2012)

¹⁰³ Dragsten (2013) s. 220

Det kan argumenteres for tilfeller der fare for headhunting og tap av ressurser kan være tilstrekkelig for å oppfylle vilkårene for taushetsplikt. Eksempelvis der kritiske ressurser har vært avgjørende for tildeling av oppdraget.

Når det gjelder CV og sammensetning av tilbudt personell vil de samme vurderingsmomentene kunne gjøre seg gjeldende som for pris. Kravet til økonomisk tap eller redusert gevinst krever ikke at mottakeren av opplysningen, eller andre, faktisk vil utnytte opplysningen. Det avgjørende er om opplysningene er egnet til å kunne ha en slik skadevirkning. Utlevering av opplysninger om underleverandører eller innleide konsulenter, som inkluderes i tilbudt team, kan tenkes å påføre virksomheten tap. Dette gjelder også der større deler av prosjekter utføres av, eller hos eksternt personell. Kjerneområdet for taushetsplikten er opplysninger som andre kan bruke på tilsvarende måte i sin egen virksomhet. Dette må sies å gjelde tilfeller der konkurrenter rekker å innrette eget tilbud på tilsvarende måte, "stjele" samarbeidspartnere eller headhunte konkret personell.

Det må antageligvis kunne kreves kontrakt av en viss størrelse, spesiell markedssituasjon eller andre særegne forhold for at utlevering av teamsammensetning skal utgjøre skade for en virksomhet. At det må tilbys et team av ressurser, tilsier i seg selv at det er snakk om oppgaver som må utføres av flere, kanskje også i en viss rekkefølge eller etter en bestemt fremgangsmåte. Dersom uttak av ressurser kan være egnet til å avsløre ytterligere detaljer om strategi, fremtidige planer eller lignende kan slike forhold trekke i retning av at opplysningene er forretningshemmeligheter. Sammensetningen og bruken av team vil imidlertid gjerne beskrives og begrunnes i andre dokumenter enn i CV. Dersom CV kan utleveres uten at slike opplysninger avslører detaljer om bruk av teamet, er ikke vilkåret for taushetsplikt oppfylt.

Lagmannsretten har uttalt at "Enhetspriser vil, i motsetning til tilbudsprisen, kunne avsløre for eksempel hvilke rabatter som er gitt, hvordan vinneranbudet er satt sammen og andre strategiske forhold som leverandøren har konkurransemessig behov for å hemmeligholde."¹⁰⁴ Det avgjørende for lagmannsretten er ikke enkeltprisene isolert sett, men sammensetningen av enkeltprisene og hvordan prisene samlet kan gi uttrykk for ulike strategiske modeller, rabatter og lignende. Sivilombudsmannen tolket lagmannsretten dithen at "Dersom enhetsprisen først er egnet til å avsløre slike forretningsmessige forhold, antar jeg at disse opplysningene også vil være relevante ved senere konkurranser eller overfor andre potensielle kjøpere, med mindre opplysningene er alminnelig kjent eller tilgjengelig andre steder."¹⁰⁵

¹⁰⁴ Frostating lagmannsrett 2008 LF-2008-82111

¹⁰⁵ Sivilombudsmannen sak 2009/1977 og 2009/2220

Tilsvarende vil kunne gjelde for CV 'er og sammensetningen av tilbudt personell. Leverandører kan knytte til seg spesialkompetanse innenfor spesielle markeder eller fagområder, og på denne måten oppnå full uttelling på kompetansekravet, både på bakgrunn av variasjon i tilbudt kompetanse, samt hvordan disse fagpersonene er tenkt benyttet i det konkrete oppdraget.

Potensiell skade ved offentliggjøring innebærer både skadevirkning der informasjonen kan benyttes operativt mer eller mindre umiddelbart, fra dag til dag, samt i tilfeller der skadeevnen vil ha betydning også i forhold til strategisk planlegging fremover. Dersom utlevering av disse opplysningen innebærer at konkurrentene kan tilpasse egne opplysninger i CV eller sammensetningen av fagpersonene, og på denne måten påvirke konkurransesituasjonen, vil opplysningene kunne berettiget unntak.

5.3.2.3 Tidsmomentet

Tidspunktet for når taushetspliktavurderingen foretas er ofte av stor betydning. Spørsmålet er om dette stiller seg annerledes for CV enn for pris. Utgangspunktet må være at de samme vurderingsmomentene gjør seg gjeldende som innenfor priskategorien. Generelt vil det være slik at jo lengre tid som er gått, jo mindre grunn er det til å holde opplysningene hemmelig. Terskelen for hvilke opplysninger som kan unntas, vil være vesentlig lavere i pågående konkurranse enn etter at kontrakt er signert. Dette må også sies å gjelde ved minikonkurranser eller der det skal lyses ut tilsvarende konkurranser innen nærmeste fremtid.

Det er naturlig å anta at behovet for å holde tilbake opplysninger i CV generelt vil avta raskere enn ved pristilfeller. Hyppig prisendring kan til en viss grad sammenlignes med bransjer der det er høy mobilitet i jobbmarkedet. For begge kan det argumenteres for at slike hyppige endringer tilsier at opplysningene ikke bør unntas. Ansettelsesforhold er i tillegg et forhold virksomheter i mindre grad styrer enn prisstrategier. Høy arbeidsmobilitet kan imidlertid neppe tillegges særlig vekt.

Når det gjelder opplysninger i CV er det ikke bare hvem som jobber hvor, som kan være av betydning å hemmeligholde, langt viktigere kan andre opplysninger som fremkommer i CV være. Jo mer "skreddersydd" opplysningene i CV 'en er, jo større grunn kan det være at virksomhetene ikke ønsker at konkurrenter skal få kjennskap til innholdet. Opplysninger det her siktes til er eksempelvis klientlister, referanselister eller lignende. Dersom konkurrenter får tilgang til slike opplysninger kan dette påvirke posisjonen i markedet, forhandlingsposisjonen eller lignende. Opplysninger om kundeforhold eller andre sensitive oppdrag kan tvert imot tale for at opplysninger i CV kan oppfylle vilkårene for taushetsplikt *lengre* enn for pris.

Når det gjelder sammensetning av team kan dette være et forhold oppdragsgiver i større grad har mulighet til å råde over. En bestemt teamsammensetning eller et gitt uttak av ressurser

eller lignende kan imidlertid også være av betydning å skjerme ovenfor konkurrenter i noe tid. Forhold som her vil være av betydning, er markedssituasjonen og hvor egnet opplysningene er til å påvirke fremtidige konkurranser.

Den mest aktuelle tiden hvor vilkårene vil være oppfylt, er i aktiv konkurranse. I karensperioden og etter at kontrakt er signert må det antas at behovet for å verne opplysningene generelt vil reduseres betraktelig. Dette vil imidlertid bero på hvorvidt forhold ved den konkrete anskaffelsen er mulig å gjenbruke i andre konkurranser.

5.3.2.4 Bransjepraksis og leverandørs egenvurdering

Å se hen til bransjestandard vil være praktisk i forhold til mange typer opplysninger. Praksis fra Fylkesmannen og Sivilombudsmannen gir uttrykk for at oppdragsgivere har utfordringer når de skal foreta selvstendige vurderinger av konkrete opplysninger opp mot taushetspliktbestemmelsene. Dette synliggjøres ved at mange saker, som kommer til Fylkesmannsembetet og Sivilombudsmannen, returneres til oppdragsgiver for ny vurdering som følge av at det ikke foreligger begrunnelser for avslag på innsyn. Sakene etterlater inntrykk av at oppdragsgivere i svært liten grad overprøver leverandørenes egenvurderinger.

Dersom oppdragsgivere finner det vanskelig å vurdere spesifikke opplysninger opp mot taushetsplikt vilkårene oppfordrer Fylkesmannen samtidig oppdragsgiverne til å ta kontakt med leverandør for nærmere beskrivelse av blant annet markedssituasjonen.¹⁰⁶ Dette tilsier at leverandørene har en viss påvirkningsmulighet når det gjelder begrunnelsene for å anse opplysninger som taushetsbelagte. Fylkesmannen i sak 2012/6261 presiserte imidlertid eksplisitt at oppdragsgiver ikke uten videre kan legge leverandørs vurderinger til grunn.

Når det gjelder CV, kan disse i mange bransjer ha en viss grad av standardisert oppsett og innhold. Dersom slike CV 'er ligger åpent tilgjengelige på nettsider vil ikke vilkårene for taushetsplikt være oppfylt, med mindre taushetsplikten kan begrunnes i teamsammensetningen. I motsetning til priselementer som påvirkes av ytre forhold, eksempelvis innkjøpspris, og som samtidig kan justeres for hver ny konkurranse, kan man anta at opplysningene i CV i enkelte bransjer i mindre grad er "justerbare", eks. innenfor håndtverkertjenester og kantine-tjenester. Særlig i bransjer der CV til tilbudte ressurser fremkommer på leverandørens nettsider er det naturlig å anta at det krever noe mer for å unnta opplysningene. Eksempelvis at CV innlevert i konkrete tilbud inkluderer ytterligere opplysninger enn det som fremkommer offentlig tilgjengelig.

¹⁰⁶ Fylkesmannen (2012) sak 2012/6261-12

For andre bransjer, eksempelvis konsulentbransjen, går utviklingen i retning av at flere virksomheter ikke ønsker å utgi informasjon om ansatte. Dersom enkeltbransjer opererer med tilnærmet enhetlig praksis med hensyn til å beskytte personell, herunder også samarbeidspartnere, underleverandører, klienter etc., er dette forhold som kan trekke i retning av at opplysningene vil være å betrakte som forretningshemmeligheter. Bruk av taushetsplikterklæringer mellom virksomheter kan videre støtte opp om det forhold at opplysningene er fortrolige. At leverandør selv oppgir at opplysningene anses som forretningshemmeligheter og at bransjepraksis støtter dette, vil imidlertid neppe være avgjørende for vurderingen.

Stadig flere konsulentfirmaer anfører at faren for headhunting tilsier fortrolighet. I markeder med mulighet for skreddersøm og tilpasning til det enkelte tilbud, er det mer nærliggende å anta at opplysninger som fremkommer i CV vil kunne være konkurransesensitiv. Dette i motsetning til skreddersøm av prisopplysninger. For å skreddersy CV til et konkret oppdrag forutsettes det ofte at det redegjøres for tilsvarende oppdrag, kunder og metoder. Videre må det gjerne oppgis konkret relevant kompetanse som tilbudte ressursene besitter. Forhold som taler for at opplysningene er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, vil være tilfeller der bedriften har truffet diverse tiltak for å holde opplysningene hemmelige, eksempelvis ved reguleringer i arbeidsavtaler, kundeklausuler, signert taushetserklæringer eller lignende.

Det følger av dette at bransjestandard og leverandørs egenvurdering kun vil utgjøre momenter, men neppe kunne anføres som selvstendig argument.

5.3.2.5 Andre forhold

Kontrollen av at anskaffelsesregelverket etterleves, ivaretas i stor grad ved at konkurrerende tilbydere har egeninteresse av å ettergå oppdragsgivers beslutninger. På samme måte som ved tilgang på vinnerens pristilbud vil leverandører som ikke nådde opp i en konkurranse, ofte ha interesse av å se vinnerens CV portefølje. I de tilfeller kompetanse hos tilbudt personell eller fagteam har vært avgjørende eller utslagsgivende for tildeling vil det antas at det skal mye til for å holde disse opplysningene tilbake etter at valg av leverandør er tatt. Sterke hensyn taler derfor for at taushetsplikten på dette området må vike når det gjelder opplysninger av vesentlig betydning for en slik etterprøving. I motsetning til priskategorien, hvor priser kan unntas under kontraktsforholdet, kan det i mange tilfeller være vanskeligere å tilbakeholde hvilke personer som jobber for ulike oppdragsgivere eller på ulike prosjekter. Unntak gjelder selvsagt her også. Det kan tenkes tilfeller for CV og team, som tilsvarende saken for Frostating lagmannsrett fra 2008, sak 2008-82111. I denne saken inneholdt de konkrete fakturaene opplysninger som ikke fremgikk andre steder, hvilket trakk i klar retning av at fakturaene var taushetsbelagt. Dersom navngitte personer, timeantall og uttak av ressurser tilkjenner gir spesielle forhold ved prosjektet som kan avsløre andre strategiske forhold hos leverandør, kan dette trekke i retning av at opplysningene er underlagt taushetsplikt.

Det er lite praksis som omhandler CV og i hvilken grad slike opplysninger er å anse som taushetsbelagt eller ikke. Det er imidlertid interessant å registrere at flere offentlige oppdragsgivere allerede i konkurransegrunnlaget opplyser om at "personopplysninger (CV eller lignende) er forretningshemmeligheter."¹⁰⁷ Andre igjen har veiledere ute på nettsider hvor det fremgår, "I tillegg skal vi alltid unnta CV for ressurspersoner."¹⁰⁸ Henvisningene det refereres til har ingen betydning som rettskilde og er heller ikke basert på metodisk gjennomgang av offentlig praksis, men kan likevel støtte opp om inntrykket av at det er flere oppdragsgivere som tilsynelatende finner vurderingen av hvorvidt slike opplysninger er taushetsbelagte som utfordrende. Det er imidlertid på det rene at oppdragsgiver ikke kan avtale seg bort fra at offentleglova gjelder, jf. offl.§ 2 (3). Det er videre opplagt at oppdragsgiver ikke kan foreta taushetspliktvrderingene før opplysningene som skal vurderes faktisk foreligger.

6 Oppsummering

Formålet med oppgaven var å redegjøre for rettsreglene som kommer til anvendelse når offentlige oppdragsgivere skal vurdere hvorvidt tilbudsopplysninger er underlagt lovbestemt taushetsplikt. Det rettslige utgangspunktet er FOA § 3-6, som skal forstås og anvendes på samme måte som forvaltningsloven §13.

For at en opplysning skal være vernet av taushetspliktbestemmelsen i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, må det dreie seg om opplysninger som kan karakteriseres som næringsopplysninger. De fleste tilbudsopplysninger kan omfattes. Det avgjørende er således om opplysningen er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Taushetsplikten gjelder kun der offentliggjøring av opplysningen vil kunne medføre økonomisk tap eller redusert gevinst for den virksomhet opplysningen gjelder. Det er ikke noe krav om at mottakeren av opplysningen faktisk utnytter opplysningen, det er tilstrekkelig at opplysningen er egnet til å kunne ha en skadevirkning.

Opplysningskategoriene pris og CV er benyttet for å illustrere hvilke forhold som spiller inn når oppdragsgiver skal ta stilling til taushetspliktbestemmelsene. Oppdragsgiver plikter å foreta selvstendig stilling til hvorvidt vilkårene er oppfylt. Momenter som bør vurderes er blant annet virkningen av offentliggjøring, tidspunkt for utlevering, bransjestandard, markedssituasjon eller andre særskilte hensyn. Hvilken relevans og vekt de ulike momentene til slutt vil ha, beror imidlertid på en helhetsvurdering i den konkrete sak.

¹⁰⁷ Øvre Romerike innkjøpssamarbeid (2012)

¹⁰⁸ Nedre Romerike innkjøpssamarbeid.

Gjennomgående viser praksis at tilbudenes totalpris som hovedregel ikke anses som forretningshemmeligheter, men at enhetspriser, delpriser og rabatter gjerne omfattes av forretningshemmelighetsbegrepet. For CV er rettspraksis sparsom. Redegjørelsen ovenfor tilsier at CV normalt sett ikke oppfyller vilkårene for taushetsplikt, men at sammensetning av team i større grad kan være å anse som forretningshemmelighet. Redegjørelsen i oppgaven utfordrer til en viss grad det standpunkt at CV ikke bør anses som forretningshemmelighet.

Der skreddersøm av pristilbud taler for at opplysningene ikke kan unntas vil en skreddersydd CV i større grad antas å kunne bli omfattet. Det avgjørende er imidlertid hvilke konkrete opplysninger som fremgår i CV 'en og eventuelle virkninger av en offentliggjøring.

Det er til dels flere motstridende interesser som skal ivaretas når tilbudsopplysninger skal unntas fra offentligheten i henhold til taushetspliktbestemmelsene. De grunnleggende prinsippene om gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i anskaffelsesprosesser må til tider vike når sterke næringsinteresser forutsetter at sensitive tilbudsopplysninger ikke utleveres til uvedkommende.

Litteraturliste

Direktiver

EU – direktiver:

- 2004 Direktiv 2004/18/EF
Europa-Parlamentets og Rådets direktiv av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vareinnkjøpskon-trakter, offentlige tjenesteytelseskon-trakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter
- 2007 Direktiv 2007/66 EF
Europaparlaments- og rådsdirektiv 2007/66/EF av 11. desember 2007 om endringer av rådsdirektiv 89/665/EØF og 92/13/EØF om forbedring av effektiviteten av klageprosedy-erne i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter
Håndhevelsesdirektiv for offentlige anskaffelser
- 2014 Direktiv 2014/23/EU
Europa-Parlamentets og Rådets direktiv av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjons-kontrakter
- 2014 Direktiv 2014/24/EU
Europa-Parlamentets og Rådets direktiv av 26. februar 2014 om offentlige anskaffelser og om opphevelse av direktiv 2004/18/EF
- 2014 Direktiv 2014/25/EU
Europa-Parlamentets og Rådets direktiv av 26. februar 2014 om frem-gangsmåten ved inngåelse av kontrakter innenfor vann- og energiforsy-ning, transport samt posttjenester og om opphevelse av direktiv 2004/17/EF

Lover og forskrifter

- 1992 EØS-avtalen, inntatt ved Norsk lov av 27. november 1992, nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
- 1967 Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
- 1999 Lov av 16. juli 1999 nr.69 Lov om offentlige anskaffelser
- 2005 Lov 17.juni 2005 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
- 2005 Lov 20.mai 2005 om straff (straffeloven)
- 2006 Lov 19. mai 2006 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova)
- 2006 Forskrift av 7.april 2006 om offentlige anskaffelser

Forarbeider

Norges offentlige utredninger (NOU)

NOU 1997:21	Offentlige anskaffelser
NOU 2003:30	Forarbeider til Offentleglova
NOU 2010:2	Håndhevelse av offentlige anskaffelser
NOU 2014:4	Enklere regelverk – bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket

Proposisjoner

1976-1977	Ot.prop.nr.3 (1976-77) Om lov om endringer i lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m. m.)
1981-1982	Ot. prop. nr. 4 (1981-1982) Om lov om endringer i lov 19 juni 1970 nr. 69 om offentlighet i forvaltningen m m
2000-2001	Ot.prp.nr.3 (2000-2001) Lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser
2004-2005	Ot.prp.nr.102 (2004-2005) Om lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova)
2011-2012	Prp.12 L (2011-2012) Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett)

Rettspraksis

EU-domstolen

Sak C-450/06	Varec SA mot État belge, den 14 februar 2008 Document 62006CJ0450
--------------	--

Høyesterettspraksis

2009	sak nr. 2009/1720 og sak nr. 2009/1716 - HR-2009-2187-U
2010	sak nr. 2010/226 - HR-2010-00562-A

Lagmannsrettspraksis

2014	Gulating lagmannsrett LG-2013-207606
2008	Frostating lagmannsrett LF-2008-82111
2012	Frostating lagmannsrett LF-2012-133448
2015	Borgarting lagmannsrett (opphevet) LB-2015-1311
2015	Borgarting lagmannsrett LB-2015-46976

Tingrettspraksis

2014	Oslo tingrett- sak 2014-70655
------	-------------------------------

Avgjørelser klagenemnda for offentlige anskaffelser

Sak 2005/201
Sak 2007/154
Sak 2008/2
sak 2008/208
Sak 2008/148
Sak 2010/294
Sak 2011/154
Sak 2011/359
Sak 2011/326
Sak 2012/9
Sak 2014/101
Sak 2015/64

Avgjørelser og årsmelding fra sivilombudsmann

Sak 2012/1782
Sak 2008/571
Sak 2009/1977 og 2009/2220
Sak 2009/1960
Sak 2010/65
Sivilombudsmannen. årsmelding 2007:36

Avgjørelser fra fylkesmannen

Sak 2012/6261-12

Bøker

1. Dragsten, Marianne H., *Offentlige anskaffelser. Regelverk, praksis og løsninger*, 2013
2. Goller, Morten, Kine Bjelke Christophersen, Oda Hellenes Ekre, Alf Amund Gulsvik, *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 1.utg., 2014

3. Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utg., 2011, Digital utgave 2013
4. Jan Fridthjof Bernt og Harald Hove, *Offentleglova – med kommentarer*, 2009
5. Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utg., 2010
6. Frihagen, Arvid, *Taushetsplikt etter forvaltningsloven*, 1979
7. Woxholth, Geir, *Forvaltningsloven med kommentarer*, 4 utg. 2006
8. Nærings – og fiskeridepartementet (NHD), *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser* (2013)

Uttalelser

- | | |
|------|---|
| 1997 | Justisdepartementets lovavdeling uttalelse 19.november 1997
JDLOV-1997-12176 |
| 2004 | Justisdepartementets lovavdeling uttalelse 19.august 2004
JDLOV-2004-7043 |
| 2009 | Justisdepartementets lovavdeling uttalelse 4. april 2009 fra
(JDLOV-2008-7049) |
| 2010 | Justisdepartementets lovavdeling. uttalelse 25.oktober.2010
jdlov-2005-7675 |

Nettsider

1. regjeringen.no
www.regjeringen.no/nb/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser-listeside/id2001699/ (lesedato 9.11.2015).
2. regjeringen.no
https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_innsyn_off_ansk.pdf
3. regjeringen.no
<https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser-listeside/terskelverdier/id414970/>
4. https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Faktaark_anskaffelsesdirektiver.pdf
5. Kofa.no
6. Difi.no
7. Sykehuspartner.no
8. Øvre Romeriket innkjøps samarbeid sak 2012-204, Doffin ref.: 267078
9. Nedre Romeriket innkjøps samarbeid. "veiledning knyttet til §23.3"