

# Innsynsretten ved offentlige anskaffelser

I hvilken grad deltakernes adgang til oppdragsgivers beslutningsgrunnlag blir begrenset på grunnlag av konkurrenters forretningshemmeligheter.

Kandidatnummer: 535

Leveringsfrist: 25.04.2019

Antall ord: 17977



## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1	Temaet.....	1
1.2	Rettslig utgangspunktet for innsynretten. ....	3
1.3	Videre fremstilling .....	4
<b>2</b>	<b>SPØRSMÅLET OM DELTAKERE I OFFENTLIGE ANSKAFFELSER HAR EN VIDERE ADGANG TIL INNSYN ENN ALLMENHETEN UTENFOR SAKSGANG .....</b>	<b>4</b>
2.1	Innledning .....	4
2.2	Partsinnsyn .....	4
2.3	Forvaltningsloven §13b.....	6
2.4	Bevissikring utenfor rettssak etter tvisteloven .....	9
2.5	Hvilke krav stiller EØS-retten til deltakernes innsynsrett .....	10
2.6	Oppsummering.....	13
<b>3</b>	<b>DELTAKERNES INNSYNRETT VED NÆRINGSOPPLYSNINGER I KONKURRENTENES TILBUD UTENFOR RETTSSAK.....</b>	<b>13</b>
3.1	Innledning .....	13
3.2	Rekkevidden av taushetsplikten etter forvaltningsloven §13(1) nr.2 .....	13
3.2.1	Opplysningens art- «tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drift eller forretningsforhold» .....	14
3.2.2	Opplysningens virkning- «konkurransmessig betydning å hemmeligholde». ....	15
3.2.3	Spesifikk for bedriften .....	16
3.3	Anskaffelsesdirektivets krav til vern av leverandørenes forretningshemmeligheter .....	17
3.3.1	Oppstiller artikkel 21 et overnasjonalt vern .....	17
3.3.2	Hvilke næringsopplysninger er vernet av direktivet.....	24
3.4	Er rekkevidden av vernet mer omfattende enn norsk rett .....	26
3.5	Hvilke opplysninger i tilbudene er omfattet av taushetsplikten.....	28
3.5.1	Pris .....	28
3.5.2	Prosjektgjennomføring .....	31
3.5.3	Kompetanse .....	32
3.6	Oppsummering av begrensinger i innsynsretten til leverandørene.....	33
<b>4</b>	<b>DELTAKERNES ADGANG TIL FORRETNINGHEMMELEIGHETER MED GRUNNLAG I OPPDRAGSGIVERS VURDERING.....</b>	<b>33</b>
4.1	Innledning .....	33

4.2	Anvendelse av taushetsretten etter §13b ved forretningshemmeligheter.....	33
4.3	Kan innkjøpere gjøre samtykke til opphevelse av taushetsplikten en forutsetning for deltagelse i konkurransen.....	35
4.4	Oppsummering.....	36
<b>5</b>	<b>DELTAKERNES INNSYNSRETT I FORRETNINGSCHEMELIGHETER UNDER SAKSGANG .....</b>	<b>37</b>
5.1	Innledning .....	37
5.2	Unntak etter tvisteloven i taushetsplikten for forretningshemmeligheter .....	37
5.2.1	Departementets vurderingen etter tvl.§22-3(2) .....	38
5.2.2	Domstolens interesseavveining etter tvl.§22-3(3) .....	39
5.2.3	Oppsummering innsynsretten etter tvisteloven. ....	43
5.3	EØS-rettens krav til innsyn ved prosess .....	44
5.3.1	Eøs-rettens krav til overprøvelsesorganets adgang til oppdragsgivers beslutningsgrunnlag etter C-450/06.....	44
5.3.2	Uttrykker saken gjeldende rett?.....	45
5.3.3	Hva skal til for at anbuds dokumentene er «At disposal» for overprøvelsesorganet .....	46
5.3.4	Hva innebærer kravet om «full knowledge of the facts».....	47
5.4	EØS-rettens betydningen for leverandørens rettsstilling .....	48
<b>6</b>	<b>OPPSUMMERING .....</b>	<b>49</b>
	<b>LITTERATURLISTE.....</b>	<b>51</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Temaet

Tema for avhandlingen er den retten deltakerne i en anskaffelsesprosess har til innsyn i beslutningsgrunnlaget til oppdragsgiver, og hvordan denne retten harmonerer med retten til å kreve næringsopplysninger unntatt offentligheten. Det avhandlingen vil belyse er i hvilken grad deltakerne har rett til innsyn i konkurrentenes næringsopplysninger.

I samarbeidet mellom offentlig sektor og private aktører møtes to motstridende paradigmer. Utgangspunktet i offentlig sektor er at alt er å anse som offentlig, med mindre det foreligger særskilt grunnlag for hemmeligholdelse. I privat sektor er utgangspunktet det motsatte.<sup>1</sup>

Innsyn i myndighetenes saksdokumenter er et grunnleggende demokratisk prinsipp og sentralt for en informert samfunnsdebatt.<sup>2</sup> Innsyn i forvaltningens beslutningsgrunnlag er med på å forhindre kameraderi, korrupsjon og sikre en forsvarlig saksbehandling. Dette hensynet blir særlig viktig ved anskaffelser, ettersom offentlig innkjøp omhandler forvaltning av felles midler.

Regelverket for offentlige anskaffelser er utformet med et hovedformål om å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser.<sup>3</sup> Et sentralt virkemiddel for å oppnå dette er størst mulig grad av konkurranse rundt offentlige kontrakter.<sup>4</sup> Dette ved å gi alle aktører like muligheter til å dra nytte av det offentlige som innkjøper.<sup>5</sup> For at den enkelte anskaffelse skal oppnå målsetningen er det nødvendig å åpne prosessene opp for å kontrollere at regelverket blir fulgt.<sup>6</sup>

Deltakerne i anskaffelsen vil ha et særlig insentiv til å kontrollere at konkurransen blir gjennomført i henhold til regelverket. Spesielt med tanke på at leverandørene kan ha økonomiske interesser i å påvirke prosessen i sin favør eller kreve erstatning.<sup>7</sup> For at en slik overprøvelse ikke skal være illusorisk, kreves det at leverandøren har tilgang til beslutningsgrunnlaget til innbyder.

---

<sup>1</sup> Ginter mfl. (2013) s.156

<sup>2</sup> Ot.prp.nr.102 (2004-2005) s.24-25

<sup>3</sup> Anskaffelsesloven §1. Loven er, sammen med forskrifter gitt med hjemmel i den, en gjennomføring av norske forpliktelser etter EØS-avtalen. EØS-forpliktelsene har også andre formål, jf. eksempelvis direktiv 2014/24/EU art. 18.

<sup>4</sup> 2014/24/EU fortalet pkt. 1

<sup>5</sup> NOU 2014:4 s.16

<sup>6</sup> C-324/98 avsnitt 62

<sup>7</sup> LOA §10 og LOA §13

Utvelgelsen av leverandøren som får tildelt kontrakten gjennomføres på bakgrunn av tilbud innlevert av deltakerne i konkurransen vurdert opp mot forhåndssatte tildelingskriterier.<sup>8</sup> For å kunne vurdere om disse forhåndssatte kriteriene faktisk blir lojalt anvendt i utvelgelsesprosessen er leverandørene avhengig av et innblikk i tilbudene som oppdragsgivers baser sin beslutning på. Uten dette vil i beste fall overprøvelsen bli mangelfull, i verste fall vil ikke leverandørene være i stand til å håndheve sine rettigheter.

Det er imidlertid ikke slik at en omfattende innsynsrett utelukkende er positivt for konkurransen rundt kontraktene. En stor grad av gjennomsiktighet kan også under visse forutsetninger skade næringslivet og redusere verdien av å konkurransesutsette offentlige kontrakter. Det er lagt til grunn av en rekke eksperter på konkurranserett at en større åpenhet rundt konkurransene og tilbudene, vil gjøre det enklere for et konkurransesamarbeid å forhindre konkurranse rundt kontraktene.<sup>9</sup> Særlig ved offentlighet rundt prisene vil konkurrenter lettere kunne samarbeide om å redusere presset på prisene. Selv uten noe samarbeid kan leverandørene tilpasse prisene i egne tilbud ved innsyn i konkurrentenes prisstrategi.<sup>10</sup> I et slikt scenario vil derfor innsynet kunne skade formålet med regelverket.

Videre kan manglende beskyttelse av forretningshemmeligheter begrense incentivet til investering i utvikling. Det offentlige er en vesentlig markedsaktør i de fleste markeder, derfor vil disse kontraktene særlig være egnet til å påvirke markedet.<sup>11</sup> Manglende tillit til at det offentlige ivaretar interessen som aktører har i konkurransefortrinn gjennom forretningshemmeligheter, vil dermed kunne påvirke investeringsnivået. Dette ved at normalt lønnsomme investeringer i utvikling anses som lite lukrative på bakgrunn av et manglende vern av forretningshemmeligheter. Teknologisk utvikling og innovasjon er særlig viktig drivere for økonomisk vekst i industrialiserte land.<sup>12</sup> Den teknologiske utvikling er også noe staten kan dra nytte av i sine innkjøp.

Ved utforming og anvendelse av reglene foreligger det sterke motstridende hensyn som må ivaretas. I tillegg er Norge forpliktet gjennom sitt medlemskap i EØS å gjennomføre anskaffelsesdirektivet 2014/24/EU som gir detaljerte regler om hvordan offentlig innkjøp skal gjennomføres.<sup>13</sup> Regelverket i norsk rett må derfor utformes innenfor rammene av EØS-retten.

---

<sup>8</sup> FOA §18-1(1)

<sup>9</sup> Graells (2013) punkt 1.

<sup>10</sup> Jakhelln og Myhre (2003) punkt 1.1

<sup>11</sup> Goller mfl. (2017) s.15

<sup>12</sup> Simon Kuznets (1971) punkt 3.

<sup>13</sup> Goller mfl. (2017) s.16

Det denne avhandlingen skal belyse er hvordan dette er blitt løst ved regelverket for leverandørenes innsynsrett i anskaffelsesdokumentene.

## **1.2 Rettslig utgangspunktet for innsynretten.**

Leverandørenes rett til innsyn i beslutningsgrunnlaget reguleres av to parallelle regelverk. Hvilke regelverk som kommer til anvendelse beror på hvorvidt innsyn er begjært i forbindelse med saksgang eller ikke. Leverandørene har innsynsrett etter den alminnelige innsynsretten og forvaltningsloven uavhengig av håndhevelsen av deres rettigheter. Videre har leverandørene ved saksgang for KOFA eller domstolene tilgang til beslutningsgrunnlaget etter tvistelovens regler om bevis tilgang.<sup>14</sup>

Den alminnelige innsynsretten følger både av Grunnlovens §100 og offentleglova §3. Ved offentlige anskaffelser gjelder offentleglova for alle anskaffelser over 9,25 millioner for vare og tjenestekontrakter og 92,5 millioner for Bygge- og anleggskontrakter jf. FOA §7-3, uavhengig av om oppdragsgiver er omfattet av offentleglova etter §2. Den alminnelige innsynsretten i offentlige anskaffelser omhandler dermed flere organer enn innsynsretten etter offentleglova og Grunnloven. Innbyder kan nekte innsyn i protokoller og tilbud frem til valget av leverandør er tatt jf. Offl.§23 (3). Etter dette er innkjøper i utgangspunktet forpliktet til å gi innsyn i alle dokumentene knyttet til anskaffelsen.

Innsyn etter den alminnelige innsynsretten er imidlertid begrenset av hensyn til tredjemanns interesser. Det følger av offentleglova §13 at opplysninger som er omfattet av taushetsplikt er unntatt innsynsretten. Hjemmelen for taushetsplikten ved forretningshemmeligheter er forvaltningsloven §13(1) nr.2. Bestemmelsen gjelder uavhengig av hvorvidt anskaffelsen er foretatt av et forvaltningsorgan etter fvl.§1 jf. FOA §7-4. Ettersom bestemmelsen om merinnsyn etter offl.§11 ikke kommer til anvendelse ved taushetsbelagt informasjon etter fvl.§13.<sup>15</sup> Er taushetsplikten absolutt ved den alminnelige innsynsretten etter offentleglova. Et spørsmål for oppgaven er hvorvidt deltakernes innsynsrett strekker seg lengre enn den alminnelige innsynsretten.

Ved saksgang har partene i utgangspunktet også anledning til å begjære dokumenter fremlagt jf. tvl.§26-5. Denne retten er i utgangspunktet begrenset av lovbestemt taushetsplikt jf. tvl.§22-3(1). Det foreligger imidlertid grunnlag for unntak jf. tvl §22-3(3). Dermed er ikke

---

<sup>14</sup> Tvl.§26-5, Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser §11

<sup>15</sup> Ot.prp.nr.102 (2004-2005) s.128

taushetsplikten absolutt ved saksgang. Bestemmelsen får også anvendelse ved klage til KOFA.<sup>16</sup>

### **1.3 Videre fremstilling**

Det første temaet som behandles er hvorvidt det foreligger grunnlag for utvidelse av deltakerne i anskaffelsens innsynsrett også utenfor saksgang. Deretter behandles rekkevidden av leverandørenes innsynsretten utenfor saksgang. Videre behandles adgangen til opplysninger omfattet av taushetsplikten med grunnlag i oppdragsgivers vurdering, både ved taushetsrett etter forvaltningslovens regler og samtykkeklausuler i konkurransegrunnlaget. Avslutningsvis behandles innsynsretten etter tvisteloven.

## **2 Spørsmålet om deltakere i offentlige anskaffelser har en videre adgang til innsyn enn allmenheten utenfor saksgang**

### **2.1 Innledning**

I dette kapittelet behandles fire mulige rettslige grunnlag for en utvidet innsynsrett for deltakerne. Det har av noen teoretikere blitt lagt til grunn at partsinnsyn etter forvaltningsloven og fvl.§13b gir en utvidet innsynsrett for deltakerne, forutsatt at innbyder er omfattet av forvaltningsloven.<sup>17</sup> Videre vil bevissikring utenom rettssak etter tvisteloven bli drøftet. Til slutt behandles spørsmålet om det kan oppstilles krav til deltakernes innsynsrett etter EØS-retten som kan påvirke forståelsen av norsk rett.

### **2.2 Partsinnsyn**

Rettslig grunnlag for partsinnsyn følger av forvaltningsloven §18: «En part har rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter». I en sak der flere aktører konkurrerer om et felles gode, vil også dokumenter utarbeidet av andre aktører i prosessen regnes som dokumenter i samme sak.<sup>18</sup> Dermed vil retten til partsinnsyn også kunne gi innsynsrett i konkurrentenes tilbud.

Part etter forvaltningsloven er definert i fvl.§2b bokstav e: «person som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelde». En leverandør som har inngitt tilbud i konkurransen vil være en juridisk person avgjørelsen «retter seg mot».<sup>19</sup> Deltakerne i offentlige anskaffelser er derfor å anses som part i saken.

---

<sup>16</sup> Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser §11

<sup>17</sup> Bernt mfl. (2009) s.181 og s.133, Aulstad (2018) s.380, Jakhelln og Myhre (2003) punkt 1.1

<sup>18</sup> Graver (2007) s.452

<sup>19</sup> Graver (2007) s.414, Woxholth (2011) s.104

For at reglene om partsinnsyn skal komme til anvendelse må saken være et enkeltvedtak.<sup>20</sup> Etter fvl.§2b bokstav b er enkeltvedtak definert som: «utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer».

Det følger av forarbeidene at «Offentlig myndighetsutøvelse» avgrenses mot forvaltningens privatrettslige disposisjoner som blant annet omfatter «forretningsdrift og tjenesteytelser».<sup>21</sup> Dette vil typisk inkludere kjøp av varer og tjenester. Offentlige anskaffelser gjennomføres imidlertid med en vesentlig mer kompleks prosedyre enn alminnelige kjøp. Spørsmålet er om området for offentlige anskaffelser er så strengt regulert at det ikke kan anses som forretningsdrift.

Noe av hovedpoenget med anskaffelsesregelverkets strenge regulering er å sørge for at det offentlige gjør innkjøp til markedspris. Regelverket skal tvinge offentlige innkjøpere til å operere mer som næringsdrivende ved forretningsdrift enn som støtteordninger for lokale leverandører. Dette anses som nødvendig ettersom innkjøpere ofte ikke vil ha samme insentiver til å inngå gunstige kontrakter som private aktører. Sluttresultatet av anskaffelsen skal dermed normalt ikke skille seg fra kontrakter private aktører kunne ha inngått.

Videre vil det være av betydning om rettighetene som deltakerne får gjennom deltagelse i anskaffelsen skiller seg vesentlig fra privatrettslige disposisjoner. Anskaffelsesregelverket stiller inngående krav til hvordan oppdragsgivere gjennomfører en konkurranse. Disse reglene kan tilbyderen få håndhevet av domstolene enten ved å underkjenne innbyders beslutning eller gjennom erstatning.<sup>22</sup> Det foreligger imidlertid ikke noen kontraheringsplikt for innbyder.<sup>23</sup> Ettersom innbyder alltid kan velge å ikke inngå kontrakt med noen av tilbyderne, er leverandørenes rettigheter først og fremst ivaretatt gjennom erstatning. I utgangspunktet er det derfor ikke vesentlige forskjeller mellom rettigheter etter anskaffelsesregelverket og rettigheter ved ordinær forretningsførsel. Når private aktører gjennomfører en anbudskonkurranse er det også anledning for deltakerne å håndheve rettigheter gitt i medhold av konkurransegrunnlaget ved domstolene gjennom erstatning.<sup>24</sup>

I forarbeidene til den tidligere anskaffelsesloven er det lagt til grunn at offentlige innkjøp normalt er å anse som forretningsførsel.<sup>25</sup> Spørsmålet har også vært behandlet av Høyesterett i

---

<sup>20</sup> Overskriften i forvaltningsloven kapittel 4 og Woxholth (2011) s336.

<sup>21</sup> Ot.prp.nr 38 (1964-1965) s. 33.

<sup>22</sup> LOA §10 og §13(1) c.

<sup>23</sup> Thune (2018) s.982, C-92/00 avsnitt 41

<sup>24</sup> Hagstrøm (2014) s. 133

<sup>25</sup> Ot.prp.nr.71 (1997-1998) s.17



HR1998-80-B. Førstvoterende legger her til grunn at: «En kommunes beslutning om valg av entreprenør for snøbrøyting, innebærer utøvelse av forvaltningsmyndighet selv om det ikke treffes enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 bokstav b». Dommen omhandler det gamle «NS regelverket» som er enklere enn dagens regelverk. De grunnleggende prinsippene om erstatning som håndhevelsesmekanisme er likevel uendret. Dommen er dermed fortsatt relevant for forståelsen av fvl.§2b bokstav e. Dette utgangspunktet er også lagt til grunn i en omfattende underrettspraksis og KOFA praksis.<sup>26</sup>

I juridisk teori legger en minoritet av forfattere til grunn at reglene om partsinnsyn kommer til anvendelse. Dette er tilfellet i Henning Jakhelln og Robert Myhre sin artikkel i Lov og Rett 02/2003. I artikkelen forutsettes partsinnsynet å komme til anvendelse, uten at problemstillingen uttrykkelig er drøftet.<sup>27</sup> Majoriteten av forfatterne legger imidlertid til grunn at offentlige anskaffelser ikke er å anse som offentlig myndighetsutøvelse.<sup>28</sup>

Det følger av dette at anskaffelser i utgangspunktet er utøvelse av forretningsdrift og omfattes dermed ikke av reglene for enkeltvedtak. Det fremgår imidlertid av både forarbeidene og sivilombudsmannens årsmelding at det kan tenkes unntak fra dette i tilfeller hvor støtteelementet er «utpreget».<sup>29</sup> Eksempelet brukt i forarbeidene er konkurranser om fergestrekninger subsidiert av staten.<sup>30</sup> På grunn av ordbegrensningen i avhandlingen vil ikke problemstillingen bli nærmere behandlet. Tema for oppgaven er innsyn i anskaffelser uten et slikt støtteelement.

### **2.3 Forvaltningsloven §13b.**

Etter fvl.§13b er ikke taushetsplikten til hinder for: «at opplysningene i en sak gjøres kjent for sakens parter eller deres representanter». Det følger av forarbeidene at bestemmelsen også får anvendelse utenom enkeltvedtak, forutsatt at den som fremsetter innsynsbegjæringen har partsstatus.<sup>31</sup> Som tidligere nevnt er deltakerne i offentlige anskaffelser å regne som part i saken jf. fvl.§2b bokstav e.

Det følger av dette at bestemmelsen i utgangspunktet opphever forvaltningens taushetsplikt etter fvl.§13 ovenfor partene i saken. I spørsmålet om hvilken betydning dette får for leverandørenes innsynsrett må det skilles mellom tre kategorier som opplysninger i sakens dokumen-

---

<sup>26</sup> LB-2016-94890, LB-2015-1311, LF-2012-133448, mfl. KOFA 2008/208 2015/143, 2005/300, 2008/87.

<sup>27</sup> Jakhelln og Myhre (2003) punkt 1.1

<sup>28</sup> Goller mfl. (2017) s.255, Frihagen (1984) s.15, Boe (2010) s23, Dragsten (2013) s.215

<sup>29</sup> Sivilombudsmannen (2002/5), Ot.prp.nr.71 (1997-1998) s.17

<sup>30</sup> Ot.prp.nr.71 (1997-1998) s.17

<sup>31</sup> Ot.prp.nr.3 (1976-1977.) s. 29.

ter kan falle innunder: innsynrett, taushetsplikt og taushetsrett.<sup>32</sup> Taushetsplikt innebærer at forvaltningen er forpliktet til å tilbakeholde opplysninger. Taushetsrett innebærer kun en begrensning av innsynsretten.<sup>33</sup> Ved opplysninger som er omfattet av taushetsrett skal forvaltningen ved enkeltvedtak gjennomføre en interesseavveining jf. fvl.§18(2). Dette i motsetning til opplysninger som omfattes av innsynsretten, hvor forvaltningen er forpliktet til å gi innsyn uavhengig av interessene bak innsynsretten. Utenfor enkeltvedtakene må tilsvarende prinsipper få anvendelse.<sup>34</sup>

Det er dermed ikke noen automatikk i at en opphevelse av taushetsplikten innebærer en utvidet innsynsrett. På bakgrunn av systemet i regelverket er det klart at bestemmelsen ikke kan forstås slik at partene får en bedre rettsstilling enn partene ved enkeltvedtak.<sup>35</sup> Det foreligger etter dette to rimelige tolkningsalternativer av fvl.§13b. At bestemmelsen kun opphever taushetsplikten og en eventuell taushetsrett følger av en analogi fra reglene om enkeltvedtak, der taushetsretten oppstilles av fvl.§19 bokstav b. Eller at bestemmelsen opphever taushetsplikten og samtidig innfører taushetsrett for opplysningene vernet av fvl.§13(1) nr.2.

Hvilke av de to bestemmelsene som danner grunnlag for forvaltningens taushetsrett vil få betydning for leverandørenes innsynsrett. Ordlyden i §19 bokstav b skiller seg fra fvl.§13(1) nr2, og det er forutsatt av Jan Fridthjof Bernt at bestemmelsen har et snevrere anvendelsesområde enn fvl.§13(1)nr2.<sup>36</sup> Selv om dette ikke er ubestridt<sup>37</sup>, er det grunnlag for å anta at parter i enkeltvedtak har en videre innsynsrett i næringsopplysninger enn den alminnelige innsynsretten.

Ordlyden i §13b, «ikke til hinder», tyder på at bestemmelsen gir forvaltningen en taushetsrett for opplysninger omfattet av fvl.§13. Forarbeidene styrker også denne fortolkningen av ordlyden: «Partenes behov for å få opplysninger kan i enkelte tilfelle være like sterkt i andre saker, selv om reglene om partsoffentlighet ikke gir dem noe krav på opplysninger».<sup>38</sup> Uttalelsen tyder på at bestemmelsen er ment til å gi forvaltningen handlerom, ikke til å gi partene rettigheter utenfor enkeltvedtakene. I forarbeidene til offentleglova er det imidlertid forutsatt at fvl.§19 får en analogisk anvendelse, noe som trekker i retning av at fvl§19 bokstav b er be-

---

<sup>32</sup> Boe (2010) s. 32

<sup>33</sup> Boe (2010) s31-32.

<sup>34</sup> Ot.prp.nr.102 (2004-2005) s.129

<sup>35</sup> Aulstad (2018) s.380

<sup>36</sup> Bernt mfl. (2017) kommentarer til fvl.§19

<sup>37</sup> Woxholt (2011) s.419

<sup>38</sup> Ot.prp.nr.3 (1976-1977) s. 29.

stemmende for hva som omfattes av taushetsretten.<sup>39</sup> Innsynsrett er imidlertid ikke nevnt, noe som medfører usikkerhet rundt hvorvidt uttalelsen kan tas til inntekt for en slik forståelse.

Blant juridisk litteratur som omhandler forvaltningsloven synes flere forfattere å legge til grunn at bestemmelsen ikke utvider innsynsretten. Etter Frihagens forvaltningsrett heter det at bestemmelsen ikke gir forvaltningen noen «utleveringsplikt».<sup>40</sup> Det samme standpunktet tar Woxholth i sin kommentarutgave til forvaltningsloven: «innebærer § 13 bokstav b bare at opplysningene kan gis dersom forvaltningen finner det for godt, eller at de skal gis der det er hjemmel for å kreve dem (partsoffentlighet). Paragraf 13 bokstav b er med andre ord ikke noen egen hjemmel som kan påberopes for innsyn.»<sup>41</sup> I forarbeidene til gjennomføring av håndhevelsesdirektivet i norsk rett er det også lagt til grunn at fvl.§13(1) nr.2 er til hinder for partenes innsynsrett, uten at forholdet til §13b blir drøftet.<sup>42</sup>

I juridisk teori som omtaler offentlige anskaffelser er forfatterne delt. Både Jan Fridthjof Bernt<sup>43</sup> og Johan Greger Aulstad<sup>44</sup> legger til grunn at fvl.§13b gir leverandørene en positiv rett som strekker seg lengre enn allmennheten. Bestemmelsen blir av Jan Fridthjof Bernt omtalt som en: «utvidelse av den alminnelige innsynsretten».<sup>45</sup>

På den andre siden legges det til grunn i kommentarutgaven til Gyldendal at: «Tilbydere ikke står i noen annen rettsstilling enn allmennheten forøvrig.»<sup>46</sup> Synspunktet er tilsynelatende også lagt til grunn av Goller<sup>47</sup> og Dragsten<sup>48</sup>, uten at forholdet til §13b er drøftet. Uenigheten er ikke kommentert av noen av forfatterne. I alle lagmannsrettskjennelsene som har vært oppe er det lagt til grunn at fvl.§13(1) nr.2 setter skranker for leverandørenes innsynsrett.<sup>49</sup> Det samme utgangspunktet er inntatt av KOFA jf. bla. 2015/143, 2005/300, 2008/87.

Etter dette er det naturlig å legge vekt på ordlyden og uttalelsen i forarbeidene til bestemmelsen og konkludere med at fvl.§13b ikke gir partene noen innsynsrett utenom ved partsoffent-

---

<sup>39</sup> Ot.prp.nr.102 (2004-2005) s.129

<sup>40</sup> Bernt (2010) s.245

<sup>41</sup> Woxholth (2011) s.292.

<sup>42</sup> Prop.12 L(2011-2012) s.65

<sup>43</sup> Bernt mfl. (2009) s.181 og s.133 Bernt inntar tilsynelatende et annet standpunkt til spørsmålet uten at dette er kommentert. Det er imidlertid en annen medforfatter i boken.

<sup>44</sup> Aulstad (2018) s.380

<sup>45</sup> Bernt mfl (2009) s.131

<sup>46</sup> Thue mfl. (2018) s.323.

<sup>47</sup> Goller mfl. (2017) s.251-255

<sup>48</sup> Dragsten (2013) s.215.

<sup>49</sup> LB-2016-69346, LF-3008-82111, LB-2016-69346, LF 2012-133448, LB-2016-94890, LB 2015-1311

lighet. Opplysningene er dermed i utgangspunktet underlagt forvaltningen taushetsrett.<sup>50</sup> Dette innebærer likevel, i motsetning til det som forutsettes i kommentarutgaven til Gyldendal, at leverandørene står i annen rettsstilling enn allmennheten. Allmenheten vil ikke være «part» i anskaffelsen slik som deltakerne. Vurderingen av taushetsretten til forvaltningen må imidlertid tolkes i lys av kravene som direktiv 2014/24/EU stiller til norsk rett. Hvorvidt denne adgangen må tolkes innskrenkende vil bli behandlet i kapittel 4.

## 2.4 Bevissikring utenfor rettssak etter tvisteloven

Etter tvl.§28-1 kan bevissikring etter tvistelovens regler benyttes uten at det er tatt ut sak for domstolene. Bevissikring utenfor rettssak, er grunnleggende noe annet enn en innsynsbejæring etter offentleglova eller partsinnsyn. Bestemmelsen hjemler ikke en generell innsynsbejæring av dokumenter knyttet til en sak. Et krav om bevilgang etter tvisteloven må være rettet mot konkrete opplysninger egnet til å belyse forhold ved et konkret krav. Bestemmelsen er sådan ikke ment å gi aktører anledning til å «tutte motparten i kortene».<sup>51</sup> Bevissikring utenfor rettssak er imidlertid ikke i seg selv rettslig grunnlag for unntak i taushetsplikten. Bestemmelsen gir kun en adgang til å få gjennomført interesseavveiningen etter tvl.§22-3 utenom saksgang.

For at leverandørene skal kunne benytte seg av bevissikring utenfor rettssak må tre kumulative vilkår være oppfylt jf. tvl.§28-2. Grunnvilkåret er at beviset som bejæres kan få betydning i en tvist for domstolene. Videre må den som bejærer bevissikringen kunne bli «part eller partshjelper» i tvisten. Dette innebærer at leverandøren må kunne knytte bevisbejæringen opp mot et krav hvor de selv oppfyller prosessforutsetningene i tvl§1-3.<sup>52</sup> Det er klart at en leverandør som har deltatt i konkurransen kan bli part i et eventuelt søksmål mot innbyder. Loven stiller ikke krav til sannsynligjøring av kravet jf. HR-2014-962-U. Det vil dermed være tilstrekkelig å vise til en tvist med et krav om erstatning jf. LOA§10. Når det gjelder et mulig søksmål om å sette oppdragsgivers beslutning til side jf. LOA §. 8(2), vil prosessen etter Kap. 28 være lite hensiktsmessig på grunn av den korte karenperioden.<sup>53</sup> Prosessforutsetningene vil ikke lengre være oppfylt når kontrakten er undertegnet jf. tvl.§1-3 om «reelt behov».

Det avgjørende for leverandørenes adgang til bevissikring utenfor rettssak er om det foreligger: «en nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket, eller av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist». Det relevante vilkåret ved of-

---

<sup>50</sup> Woxholth (2011) s.292.

<sup>51</sup> NOU 2001:32 s.987

<sup>52</sup> Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.470

<sup>53</sup> FOA §25-2(1), Prop.12L (2011-2012) s.67-68, Goller mfl. (2017) s.248.

fentlige anskaffelser er om den sensurerte opplysningen kan anses som «særlig viktig» for leverandørens sak.

Det er forutsatt i forarbeidene at det dreier seg om en unntaksregel med «et forholdsvis snevert anvendelsesområde».<sup>54</sup> Forarbeidene peker på at bestemmelsen er ment å forhindre at: «Parten kan bli stilt overfor valget mellom å reise sak eller ta til motmæle i saken på et uholdbart faktisk grunnlag eller avstå fra å reise sak eller ta til motmæle i en sak til tross for at faktiske forhold som han ikke kjenner, tilsier noe annet».<sup>55</sup> Spørsmålet er hva som skal til for at opplysningen blir betraktet som så viktig for saken at tilbakeholdelse innebærer et uholdbart faktisk beslutningsgrunnlag for spørsmålet om leverandøren skal reise sak.

Utgangspunktet for vurderingen er de opplysningene leverandøren har tilgang til på vurderingstidspunktet. Leverandøren vil ha tilgang på alle opplysninger i anbudsdokumentene som ikke er sensurert etter fvl.§13, i tillegg til begrunnelsen for tildelingen leverandørene har krav på etter FOA §25-1. Den klare hovedregelen er at dette må anses som tilstrekkelig for leverandørens vurdering av egen rettsstilling. Utgangspunktet må være at leverandøren ikke kan kreve adgang til å gjennomføre en fullstendig overprøvelse av tildelingsbeslutningen.<sup>56</sup> For at beslutningsgrunnlaget skal anses som uholdbart må den sensurerte opplysningen være helt avgjørende for leverandørens vurdering av saken. Selv om adgangen er snever, kan det tenkes tilfeller hvor opplysningene er av en slik art.

Et eksempel på dette er manglende tilgang på tilbudssummen, i et tilfelle hvor den potensielle parten anser seg usaklig forskjellsbehandlet ved avvisning for «unormalt lavt tilbud i forhold til ytelsen» jf. FOA §24-8. Totalprisen vil i dette scenarioet være helt avgjørende for leverandørens sak og uten denne vil situasjonen kunne betegnes som uholdbar.

Det foreligger ikke rettspraksis som omhandler temaet, noe som kan tyde på at situasjonen sjeldent oppstår.<sup>57</sup> Det vil imidlertid være tilfeller hvor bestemmelsen gir hjemmel til å kreve at domstolen gjennomfører interesseavveiningen etter tvl.§22-3.

## **2.5 Hvilke krav stiller EØS-retten til deltakernes innsynsrett**

Det er ingen bestemmelse i Direktiv 2014/24/EU som oppstiller en generell innsynsrett.<sup>58</sup> Det foreligger heller ikke noe generelle innsynsregler i EU eller EØS-retten, dermed er reglene i

---

<sup>54</sup> NOU:2001:32 B s.989

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> Goller mfl. (2017) s.251 og Nærings og fiskeridepartementet (2018) s.307

<sup>57</sup> Foreligger ingen avgjørelser publisert i lovdata.

<sup>58</sup> Berg (2012) s.799

utgangspunktet et nasjonalt anliggende.<sup>59</sup> Når det gjelder innsyn i kontrakter som utlyses i en konkurranse etter direktivet, følger det av art. 83 nr.6 at myndighetene må gi innsyn i «concluded contracts» når ikke annet følger av direktivet eller nasjonal lovgivning. Forpliktelsen til innsyn etter bestemmelsen er relativt begrenset.<sup>60</sup> Spørsmålet er hvorvidt kravet til leverandørenes innsynsrett etter EØS-retten er begrenset til innsyn etter artikkelen, eller om det kan innfortolkes en rett til innsyn i konkurrerende tilbud.

Ettersom det ikke foreligger noe generell innsynsrett i direktivet må en eventuell innsynsrett for leverandørene begrunnes i et krav om effektiv håndhevelse.<sup>61</sup> Utgangspunktet for håndhevelse av rettigheter etter EU/EØS-retten er prinsippet om medlemsstatenes prosessautonomi.<sup>62</sup> I fravær av EØS-bestemmelser er det i utgangspunktet nasjonale prosessregler som gjelder ved håndhevelse av rettigheter gitt i medhold av EØS-retten.<sup>63</sup> Selv om håndhevelsesreglene utformes av nasjonale myndigheter stiller EØS-retten krav til håndhevelsen av rettigheter gitt i medhold av EØS-retten. Denne rettsstilstanden oppsummeres i C-13/01 premiss 49:

*“As a preliminary point, it should be recalled that, in the absence of Community rules governing the matter, it is for the domestic legal system of each Member State to designate the courts and tribunals having jurisdiction and to lay down the detailed procedural rules governing actions for safeguarding rights which individuals derive directly from Community law, provided that such rules are not less favourable than those governing similar domestic actions (principle of equivalence) and that they do not render practically impossible or excessively difficult the exercise of rights conferred by Community law (principle of effectiveness)”*

EU-retten oppstiller to krav som griper inn i prosessautonomien. Det relevante kravet i denne sammenhengen er effektivitetsprinsippet. Prinsippet innebærer at det ikke må være uforholdsmessig vanskelig eller umulig å håndheve rettigheter gitt i medhold av EØS-retten. Dette prinsippet og det særlige behovet for samkjøring ved håndhevelse av offentlige anskaffelser, medførte at det ble vedtatt et håndhevelsesdirektiv.<sup>64</sup> Dette direktivet går på en rekke områder lengre enn det alminnelig effektivitetsprinsippet og stiller krav til nasjonal prosesslovgivnings organisering, organenes kompetanse og prosedyrer.<sup>65</sup> Håndhevelsesdirektivet er imidlertid ikke en fravikelse av utgangspunktet om medlemsstatenes prosessautonomi.

---

<sup>59</sup> Harlow and Rawlings (2014) s.123

<sup>60</sup> Arrowsmith (2014) s.1379

<sup>61</sup> Berg (2012) s.799

<sup>62</sup> C-13/01 Avsnitt 49 og Haukeland Fredriksen (2008) punkt 2

<sup>63</sup> RT 2005 s.597 avsnitt 37, Haukeland Fredriksen (2008) punkt 2 og NOU 2001:32 Bind A s.155

<sup>64</sup> Fortalen direktiv 89/665/EEC

<sup>65</sup> NOU 2010:2 s.186

Håndhevelsesdirektivet 89/665/EEC oppstiller i art. 1 nr.1 : «decisions taken by the contracting authorities may be reviewed effectively». Det følger forutsetningsvis av bestemmelsen at det må foreligge en viss grad av åpenhet for å oppnå målet om «reviewed effectively». For nærmere å bestemme rekkevidden av kravet må ordlyden tolkes i lys av prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling jf 2014/24/EU art. 18.

Det følger av EU-domstolen at prinsippene også gjelder etter at kontrakten er tildelt.<sup>66</sup> ECJ har i sak C-324/98 uttalt at prinsippet om gjennomsiktighet også innebærer en åpenhet rundt beslutningsgrunnlaget. Saken omhandlet en anskaffelse av telefonbøker som i utgangspunktet falt utenfor anskaffelsesregelverket. ECJ fant at oppdragsgiver fortsatt var pålagt å gjennomføre konkurransen i henhold til de grunnleggende prinsippene.<sup>67</sup> I avsnitt 62 i dommen uttaler ECJ følgende:

*“That obligation of transparency which is imposed on the contracting authority consists in ensuring, for the benefit of any potential tenderer, a degree of advertising sufficient to enable the services market to be opened up to competition and the impartiality of procurement procedures to be reviewed.”*

En overprøvelse kun basert på oppdragsgivers begrunnelse vil ikke innebære en slik «review» som beskrevet i C-324/98. Dette innebærer at tilgangen til beslutningsgrunnlaget er en forutsetning for at kravet til effektiv håndhevelse oppfylles. Denne åpenheten skal særlig sikre likebehandling ved anskaffelsene.<sup>68</sup> Leverandørene må derfor gis en tilstrekkelig grad av innsyn til at de har mulighet til å forhindre ulovlig forskjellsbehandling.

Denne tolkningen av håndhevelsesdirektivet har også støtte i juridisk teori. Flere forfattere tolker kravet om «reviewed effectively» i lys av prinsippene gjennomsiktighet og likebehandling, og oppstiller en innsynsrett for leverandørene.<sup>69</sup> Dermed er det rettskildemessig grunnlag for å slå fast at 89/665/EEC art. 1 oppstiller et krav om innsyn i konkurrerende tilbud for deltakere i anskaffelsesprosessen.

Videre er spørsmålet innsynsrett etter norsk rett oppfyller kravene til effektiv håndhevelse. Kravet etter håndhevelsesdirektivet skiller seg fra den alminnelige innsynsretten ved at den ikke strekker seg lengre enn det som kan begrunnes ut ifra kravet om effektiv håndhevelse.

---

<sup>66</sup> C-324/98 avsnitt 59

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> NOU 2014:4 s.76

<sup>69</sup> Arrowsmith (2014) s.1380 og Ginter mfl. (2013) s.157, Jakhelln og Myhre (2003) punkt 5

Håndhevelsesdirektivet vil derfor ikke kunne begrunne innsynsrett uten at den er knyttet til håndhevelsen av rettigheter gitt i medhold av anskaffelsesdirektivet. Det er videre klart at EØS-retten gir anledning til å gjøre unntak i innsynsretten for tredjemanns forretningshemmeligheter jf. 2014/24/EU art. 21.<sup>70</sup> For å kunne vurdere hvorvidt leverandørens innsynsrett oppfyller kravene i EØS-rett må derfor vernet etter art. 21 sammenlignes med vernet av forretningshemmeligheter i norsk rett. Dette blir drøftet i neste kapittel.

## **2.6 Oppsummering**

Leverandørene står ikke i noen bedre stilling ved innsyn utenfor saksgang enn den alminnelige innsynsretten etter offentleglova. Forvaltningsloven §13b innebærer imidlertid etter norsk internrett en utvidet adgang til taushetsbelagte opplysninger utenfor saksgang.

# **3 Deltakernes innsynsrett ved næringsopplysninger i konkurrentenes tilbud utenfor rettssak**

## **3.1 Innledning**

Det første spørsmålet som behandles er rekkevidden av taushetsplikten etter fvl.§13(1) nr.2. Videre behandles hvorvidt vilkårene i bestemmelsen samsvarer med kravene i anskaffelsesdirektivet og hvilken betydning dette eventuelt får for tolkningen av norsk rett. Til slutt drøftes hvilke tilfeller taushetsplikten for forretningshemmeligheter begrenser innsynsretten i konkurrentenes tilbud.

## **3.2 Rekkevidden av taushetsplikten etter forvaltningsloven §13(1) nr.2**

Etter fvl.§13(1) nr.2 er følgende næringsopplysninger opplysninger vernet:

*«tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår»*

Vurderingen av hvorvidt opplysningen omfattes er todelt; det stilles krav til opplysningens art og til opplysningens virkning.<sup>71</sup> Taushetsplikten gjelder konkrete opplysninger og ikke hele dokumenter. Det er kun den delen av dokumentet som inneholder opplysningene som er taushetsbelagt.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> C-450/06 og Arrowsmith (2014) s.1337

<sup>71</sup> Goller mfl. (2017) s.253

<sup>72</sup> Dragsten (2013) s.215



### 3.2.1 Opplysningens art- «tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drift eller forretningsforhold»

Ved vurderingen av opplysningens art oppstiller bestemmelsen tre forskjellige kategorier, hvor disse kan flyte over i hverandre.

«Drifts og forretningsforhold» dekker både kommersielle og tekniske opplysninger.<sup>73</sup> Det fremgår av forarbeidene at grunnvilkåret for vern etter bestemmelsen er at bedriften kan dra nytte av opplysningen i sin drift.<sup>74</sup> Dette innebærer at taushetsplikten ikke omfatter opplysninger som ikke har sammenheng med den: «konkurransforvridning som kan følge av driftsmessig utnyttelse av opplysningene».<sup>75</sup> Mer generelle opplysninger om bedriften eller dens virksomhet faller utenfor, typisk HMS relaterte forhold og bivirkninger av driften.<sup>76</sup> I forarbeidene trekkes det i denne sammenhengen frem opplysninger om forhold som vil påvirke omdømme til bedriften negativt.<sup>77</sup> Eksempelvis kritikkverdige forhold, sanksjoner gitt av staten eller finansielle problemer. Dette er typiske bivirkninger av driften som ikke kan benyttes i driften.

”Tekniske innretninger og fremgangsmåter ” vil i kjernen omfatte patenterbare løsninger, men også tekniske løsninger som ikke oppfyller vilkårene for patentbeskyttelse omfattes av bestemmelsen.<sup>78</sup> En forutsetning er at innretningen eller fremgangsmåten kan benyttes i driften.

Bestemmelsen er ment å verne det som i forarbeidene betegnes som: «vid forstand kan kalle opphavsinteresser»<sup>79</sup>. Altså opplysninger som bedriften invester ressurser i utviklingen av og selv har kontroll over. Det foreligger imidlertid ikke noe vilkår om «skaperterstel» eller andre krav til originalitet.<sup>80</sup> Prismodell eller fremgangsmåte inngitt i tilbud trenger ikke nødvendigvis å være nyskapende eller originalt for å være vernet. Det må imidlertid være utviklet av bedriften og ikke for eksempel hentet fra nettet.

I underrettspraksis er det i noen tilfeller lagt til grunn at enhver opplysning i tilbudet vil oppfylle vilkåret til opplysningens art. I for eksempel LB-2016-69346 slutter lagmannsretten seg til byfogdembetets uttalelse: «Forvaltningsloven § 13 (1) nr. 2 vil i utgangspunktet kunne om-

---

<sup>73</sup> Ot.prp.nr.3 (1976-1977) s.22

<sup>74</sup> Ot.prp.nr.3 (1976-1977) s.142

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Boe (2010) s.33

<sup>77</sup> Ot.prp.nr 3 (1976-1977) s.143

<sup>78</sup> Ot.prp.nr 3 (1976-1977) s.142

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> Ibid.

fatte enhver form for opplysning om en næringsdrivende virksomhet eller person. Taushetsplikten begrenses imidlertid av at det må være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde opplysningen». Det samme utgangspunktet legger Dragsten til grunn: «den reelle avgrensningen av bestemmelsen ligger ikke i disse begrepene, men i kravet om at opplysningene må ha konkurransemessig betydning å hemmeligholde»<sup>81</sup>

Dette er imidlertid, i henhold til ordlyden og øvrige rettskilder, for unyansert. Det vil som regel være en rekke opplysninger i tilbudet som bedriften ikke kan dra nytte av i driften. Kvalifikasjonskrav som omhandler virksomhetens økonomi, kapasitet og egenerklæringskjema vil blant annet falle utenfor. Dette er ikke opplysninger som omfattes av bestemmelsen, selv om dårlig finansiering og likviditet kan få betydning for markedsposisjonen.

### 3.2.2 Opplysningens virkning- «konkurransemessig betydning å hemmeligholde»

Utgangspunktet for vurderingen er hvorvidt opplysningen er egnet til å påvirke leverandørens posisjon i markedet. I denne sammenhengen blir det avgjørende om innsyn i opplysningen er egnet til å påvirke leverandøren økonomisk. Høyesterett uttalte i HR-2010-562-A om vurderingen:<sup>82</sup> «Offentlighet omkring opplysningen må kunne føre til økonomisk tap eller redusert gevinst for virksomheten, enten direkte eller ved at konkurrenter utnytter opplysningene»<sup>83</sup>. Et tilsvarende utgangspunkt er også oppstilt i forarbeidene.<sup>84</sup> Det er altså ikke nødvendig at offentliggjøring vil påføre et direkte økonomisk tap, det at opplysningen er egnet til å påføre begrensninger i vekstmuligheter ved at andre bedrifter anvender informasjonen anses tilstrekkelig.

Det følger av dette at en forutsetning for at opplysningen er av konkurransemessig betydning er at andre bedrifter kan benytte seg av opplysningen i egen drift. Opplysninger som ikke er egnet til utnyttelse av andre aktører faller utenfor. Det er imidlertid ikke noe krav til at konkurrentene må benytte seg av opplysningen på en tilsvarende måte.<sup>85</sup>

Videre må den økonomiske konsekvensen være av en viss betydning.<sup>86</sup> Opplysningen vil ikke være omfattet hvis endringen i markedsposisjonen ikke er av noen reell betydning.

---

<sup>81</sup> Dragsten (2013) s.215

<sup>82</sup> Saken omhandlet miljøinformasjonsloven §17, som har et tilsvarende vurderingstema, jf. tilsvarende ordlyd og ot.prp.nr.116 (2001-2002) s.171

<sup>83</sup> HR-2010-562-A avsnitt 50

<sup>84</sup> Ot.prp.nr.3 (1976-1977) s.142.

<sup>85</sup> Woxholth (2011) s.254 Justis og Politidepartementet (2011) s.84, ot.ptp.nr 3(1976-1977) s.142-143 ikke oppstilt et slikt vilkår i motsetning til tidligere lovgivning.

<sup>86</sup> Ot.prp.nr.3 (1976-1977) s.23, Woxholth (2011) s.255 og justis og politidepartementet (2011) s.15.

Vurderingstemaet som oppstilles her er imidlertid ikke ubestridt. Dragsten oppstiller et annet vurderingstema: «I vurderingen må det foretas en interesseavveining mellom leverandørens interesse i hemmeligholdelse og hvorvidt det foreligger et aktuelt sterkt behov for innsyn og kontroll»<sup>87</sup>.

Standpunktet begrunnes med flere uttalelser fra sivilombudsmannen: 2009/1960, 2010/65 og 2008/521.<sup>88</sup> Uttalelsene gir uttrykk for at interessen bak innsynsbejæringen kan få betydning for utfallet av vurderingen ved tvilstilfeller. Det er imidlertid ingen av uttalelsene som gjennomfører en slik interesseavveining. Sett i sammenheng med øvrige rettskilder kan det dermed ikke utledes at fvl.§13(1) nr.2 gir anvisning på en interesseavveining.

Videre oppstiller forarbeidene et vilkår om at opplysningen må være: «Av en slik art at det er naturlig å rekne med at en i vedkommende virksomhet anser den som en hemmelighet».<sup>89</sup> Det kan stilles spørsmålstejn ved den selvstendige betydningen av et slikt vilkår. Det må kunne legges til grunn at de aller fleste bedrifter vil anse det som naturlig å hemmeligholde opplysninger som vil gi dem en økonomisk gevinst å holde skjult. Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor det har vært praktisert åpenhet rundt lignende opplysninger. I et slikt tilfelle må hensynene bak innsynreglene medføre at det gis innsyn i opplysningen.

### 3.2.3 Spesifikk for bedriften

Et grunnleggende vilkår for at noe kan anses som en forretningshemmelighet er at opplysningen ikke er «alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig» jf. fvl.§13a(3). Dette kan for eksempel være opplysninger som ligger på virksomhetens nettside eller er tilgjengelig andre steder. Denne type opplysninger vil heller ikke ha konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Vilkåret vil sådan stå i nær sammenheng med vurderingen av opplysningens virkning.

Vurderingstemaet er knyttet til hva som er alminnelig kjent i den aktuelle bransjen ikke i befolkningen generelt.<sup>90</sup> Det er klart at opplysninger som er kjent for de fleste av aktørene i bransjen ikke er beskyttet. Vurderingen er mer tvilsom dersom kun én eller noen få aktører er kjent med opplysningen. Utgangspunktet synes å være at dette ikke vil avskjære muligheten for at informasjonen anses som en forretningshemmelighet.<sup>91</sup> I noen bransjer har aktørene et tett samarbeid og vil ofte hyre hverandre inn som underleverandører. I et slikt tilfelle vil en for streng regel kunne forhindre et godt samarbeid mellom aktørene. Det vil i denne sammen-

---

<sup>87</sup> Dragsten (2013) s.216

<sup>88</sup> Dragsten (2013) s.217

<sup>89</sup> Ot.prp.nr.3 (1976-77) s.22

<sup>90</sup> Ot.prp.nr.3 (1976-1977) s.28

<sup>91</sup> LB-2012-60134, Irgens-Jensen (2010) s.175

heng særlig være relevant hvor stor andel av bransjen som har tilgang til informasjonen. Hensynene bak regelverket taler for at det avgjørende for vurderingen i et slikt tilfellet er hvorvidt opplysningen er så viden kjent at innsynet ikke vil ha noen særlig innvirkning på konkurranseforholdet i bransjen. Vurderingstemaet blir dermed på mange måter sammenfallende med vurderingen av opplysningens virkning.

### **3.3 Anskaffelsesdirektivets krav til vern av leverandørens forretningshemmeligheter**

Reglene om taushetsplikt er ikke utformet for å oppfylle kravene etter anskaffelsesdirektivet, men forutsatt å være i tråd med EØS-retten. Det er sikker rett at de norske bestemmelsene må tolkes i lys av Norges folkerettslige forpliktelser jf. presumsjonsprinsippet.<sup>92</sup> Skulle vernet av forretningshemmeligheter i EØS-retten strekke seg lengre enn taushetsplikten etter fvl.§13(1) nr.2, vil det få betydning for tolkningen av bestemmelsen ved innsynsbegjæringer i offentlige anskaffelser.

Problemstillingen for dette punktet er hvorvidt norsk rett samsvarer med forpliktelsene etter Direktiv 2014/24/EU og hvilken betydning dette eventuelt får. Bestemmelsen som regulerer taushetsplikten i direktivet er artikkel 21. I tolkningen av art. 21 er det særlig to spørsmål av betydning: Oppstiller bestemmelsen et overnasjonalt vern av forretningshemmeligheter og hvilken rekkevidde har i så fall dette vernet?

#### **3.3.1 Oppstiller artikkel 21 et overnasjonalt vern**

Det følger av ordlyden i art.21 at bestemmelsen får anvendelse ved:

*«Unless otherwise provided in this Directive or in the national law to which the contracting authority is subject, in particular legislation concerning access to information, and without prejudice to the obligations relating to the advertising of awarded contracts and to the information to candidates and tenderers set out in Articles 50 and 55»*

Med utgangspunkt i en ren ordlydsfortolkning er det uklart hvilken selvstendig betydning bestemmelsen har. For det første viker bestemmelsen tilbake for andre direktivbestemmelser som regulerer spesifikke forpliktelser til å utgi informasjon. Disse bestemmelsene har egne regler om taushetsplikt som kommer til anvendelse.<sup>93</sup> Det er derfor naturlig at det generelle vernet i artikkel 21 ikke regulerer disse informasjonsforpliktelsene.

---

<sup>92</sup> HR-2000-49-B

<sup>93</sup> Arrowsmith (2014) s.1341

Det samme gjelder tilsynelatende for «national law». En mulig tolkning er at taushetsplikten kun gjelder når dette følger av nasjonal lov og at art. 21 kun eventuelt hever en slik nasjonal regel til «EØS-nivå».<sup>94</sup> En slik fortolkning vil innebære at statene har anledning til å begrense innsynsretten, men ingen plikt. En annen tolkning er at art.21 kun viker tilbake for de bestemmelsene i nasjonal lovgivning som er ment å oppfylle de spesifikke informasjonsforpliktelsene etter direktivet. Ved en slik tolkning oppstiller artikkelen et overnasjonalt vern utenom de tilfellene som følger av direktivet.

Før bestemmelsen ble inntatt i direktivet slo EU-domstolen fast at det ut ifra grunnleggende prinsipper kan utledes en plikt til å ivareta tredjemanns «business secrets» jf. C-450/06. I saken konkluderte domstolen med: «contracting authorities are obliged to respect fully the confidential nature of any information furnished by the suppliers». Tolkningen er også fulgt opp i EU-domstolens underrettspraksis i den forente saken T-339/10 og T-532/10. Som omhandler innkjøp ved EUs egne organer.

Selv om uttalelsene ikke gjelder tolkning av ordlyden i direktiv 2014/24/EU er fremdeles momentene domstolen bygger på når de oppstiller taushetsplikten av interesse for tolkningen av art. 21.

### 3.3.1.1 C-450/06 Varec

Saken omhandlet en konkurranse om en kontrakt som angikk innkjøp av stridsvognbelter. I konkurransen deltok to leverandører Varec inc. og Diehl Remscheid GmbH & Co. ('Diehl') Varec ble i konkurransen avvist på grunnlag av manglende oppfyllelse av de tekniske kravspesifikasjonene.

Varec klagde avvisningsbeslutningen inn for den belgiske forvaltningsdomstolen (Conseil d'État). I forbindelse med saken krevde de at Diehls tilbud også ble inkludert i sakens dokumenter. Den belgiske stat tilbakehold imidlertid den delen av tilbudet hvor Diehl hadde oppgitt sine spesifikke tekniske løsninger. Det ble av forvaltningsdomstolen konkludert med: «the award decision should be annulled on the ground that «in the absence of the defendant's cooperation in the sound administration of justice and fair proceeding».

Den belgiske stat utfordret beslutningen og forvaltningsdomstolen fremsatte følgende spørsmål til ECJ for prejudisiell fortolkning:

---

<sup>94</sup> Arrowsmith (2014) s.1340

*‘Must Article 1(1) of [Directive 89/665], read with Article 15(2) of [Directive 93/36] and Article 6 of [Directive 2004/18], be interpreted as meaning that the authority responsible for the appeal procedures provided for in that article must ensure confidentiality and observance of the business secrets contained in the files communicated to it by the parties to the case, including the contracting authority, whilst at the same time being entitled to apprise itself of such information and take it into consideration?’*

Spørsmålet var altså todelt. Det første spørsmålet har relevans for denne delen av avhandlingen. Det andre spørsmålet vil bli behandlet i punkt 5.3.

Ettersom spørsmålet ble besvart med utgangspunkt i direktiv 93/36/EEC var det ingen artikkel som direkte omhandlet taushetsplikt. Spørsmålet ble besvart på bakgrunn av håndhevelsesdirektivet 89/665/EEC art. 1 nr.1 og grunnleggende prinsipper:

EU-domstolen drøftet først taushetsplikt for forretningshemmeligheter i lys av formålet om å åpne offentlige kontrakter for konkurranse. For at dette målet skal oppnås på en best mulig måte må ikke innkjøper frigi informasjon som kan forstyrre konkurransen.<sup>95</sup> Videre fremhevet domstolen den tilliten innkjøper er avhengig av for å gjennomføre prosessen på en hensiktsmessig måte.<sup>96</sup>

Domstolen gjennomførte deretter en systeminnrettet tolkning av det daværende direktivet. Ettersom 93/36/EEC oppstiller en taushetsplikt for forretningshemmeligheter ved kunngjøring av tildelingen, vil en nasjonal regel om at konkurrenter må få en ubetinget innsynsrett ved klage harmonere dårlig med disse reglene.<sup>97</sup> En slik ordning vil innebære at konkurrenter har anledning til å tilegne seg i utgangspunktet taushetsbelagt informasjon enkelt ved å klage inn tildeling.<sup>98</sup> På bakgrunn av dette konkluderte ECJ med at innbyder: «must ensure that confidentiality and business secrecy are safeguarded»

ECJ går så over til å drøfte hvorvidt overprøvelsesorganet har anledning til å vektlegge opplysninger som ikke er kommunisert til klagende leverandør. Denne delen av uttalelsen er i utgangspunktet av interesse for kapittel 5. Det er likevel to momenter i denne drøftelsen som er av interesse også for tolkningen av art. 21.

---

<sup>95</sup> C-450/06 avsnitt 35

<sup>96</sup> C-450/06 avsnitt 36.

<sup>97</sup> C-450/06 avsnitt 33

<sup>98</sup> C-450/06 avsnitt 40

Varec anførte i denne sammenheng at manglende tilgang til forvaltningsdomstolens beslutningsgrunnlag ville medføre et brudd på kontradiksjonsprinsippet etter EMK art. 6 (fair trial). ECJ drøftet dermed rekkevidden av kontradiksjonsprinsippet. Hovedregelen er at partene har rett til å inspisere og kommentere bevis som er grunnlag for rettens beslutning. ECJ kom imidlertid frem til at denne rettigheten ikke er absolutt og må balanseres mot andre grunnleggende rettigheter.<sup>99</sup> I saken balanserte ECJ retten til kontradiksjon mot retten til beskyttelse av forretningshemmeligheter.

ECJ etablerte vern av forretningshemmeligheter som en rettighet på to nivåer. For det første et alminnelig prinsipp i EU-retten. For det andre at interessen er vernet etter EMK art. 8. Begge disse nivåene har relevans for tolkningen av art. 21. Det er klart at bestemmelsene i direktivet må tolkes på bakgrunn av alminnelige prinsipper i EU/EØS-retten. Jeg finner videre grunnlag for å gå nærmere inn på forholdet mellom forretningshemmeligheter og EMK art. 8.

### *3.3.1.2 Oppstiller EMK art. 8 et vern av forretningshemmeligheter for juridiske personer*

Det vil få stor betydning for norsk rett og EU/EØS-rett hvis bedrifters forretningshemmeligheter nyter vern etter EMK. Menneskerettigheter vil være en sterk tolkningsfaktor både i og utenfor området for offentlige anskaffelser. Vernet etter EMK art. 8 er også inntatt i Grunnlovens §102.

Menneskerettslige prinsipper er relevant som tolkningsmoment i EU-retten jf. TEU art. 6 nr.1.<sup>100</sup> Det er også lagt til grunn av EFTA-domstolen at prinsippene har relevans i EØS-retten jf. E-2/03 Ásgeirsson premiss 23.<sup>101</sup> I tillegg er EMK art. 8 gjort til primærrett i EU-retten gjennom pakten om grunnleggende rettigheter art. 7. Pakten trådte i kraft i 2009, altså etter sak C-450/06 var avsagt. Pakten vil imidlertid fortsatt få betydning for vekten av ECJs tolkning av EMK. Selv om EU-domstolen er øverste myndighet for tolkningen av EU-lovgivning, følger det av EU-pakten for grunnleggende rettigheter art. 52 nr.3 at rettighetene etter pakten skal fortolkes i henhold til EMK. Dermed er EMD-praksis, i tillegg til praksis fra ECJ, av betydning for tolkningen av menneskerettigheter i EU-retten.<sup>102</sup>

Uttalelsen i Varec saken har blitt kritisert for at deres tolkning av EMK art. 8 ikke har grunnlag i EMDs praksis.<sup>103</sup> I oppstillingen av vernet tar ECJ for seg to spørsmål: Om juridiske

---

<sup>99</sup> C-450/06 avsnitt 47

<sup>100</sup> C-450/06 avsnitt 44

<sup>101</sup> Haukeland Fredriksen (2013) punkt 3

<sup>102</sup> Haukeland Fredriksen (2014) s. 225

<sup>103</sup> Alpin (2014) s.207-215.

personer er omfattet av art. 8 og om deres forretningshemmeligheter er vernet av bestemmelsen. At juridiske personer er omfattet av vernet i EMK art 8 er slått fast av EMD jf. *Société Colas Est mot Frankrike*. Det er mer tvilsomt om deres forretningshemmeligheter er vernet av EMK art. 8.

I kjernen av vernet i EMK art. 8 står retten til «private and family life, his home and his correspondence»<sup>104</sup>. Det er et vern som er knyttet til den innerste sfæren i et menneskes liv og retten til å bygge relasjoner.<sup>105</sup> Dette er rettigheter som ikke nødvendigvis lar seg overføre til juridiske personer. Forretningshemmeligheter skiller seg fra interessene vernet i ordlyden ved at de først og fremst er av kommersiell art. I C-450/06 blir tolkningen av art.8 utledet med utgangspunkt i tre EMD avgjørelser: *Niemietz mot Tyskland*, *Peck mot Storbritannia og Société Colas Est. Mot Frankrike*.

To av dommene som ECJ viser til omhandlet rettigheter til privatpersoner, og etablerer ingen rettigheter for juridiske personer. *Niemietz mot Tyskland* omhandlet personopplysninger til avsender av et anonymt brev ved ransakelsen av en advokatvirksomhet. Om EMK art. 8 legger EMD til grunn at vernet strekker seg til også å beskytte korrespondanse og relasjoner i forbindelse med forretningslivet.

*Peck mot Storbritannia* omhandlet offentliggjøring av bilder av en mann som var på vei til å begå selvmord tatt av et overvåkningskamera på offentlig område. I et obiter dictum følger EMD opp uttalelsen i *Niemietz* saken angående relasjoner og korrespondanse i forbindelse med forretningsvirksomhet, uten at dette fikk noe betydning for utfallet i saken. Ingen av dommene gir grunnlag for å oppstille noe vern av kommersielle interesser.<sup>106</sup>

Den siste dommen, *Société Colas Est mot Frankrike*, omhandlet rettigheter til tre bedrifter. Under en etterforskning gjennomførte franske myndigheter ransaker i bedriftenes lokaler. Spørsmålet for EMD var om selskapenes lokaler hadde vern etter EMK art. 8 slik at ransakelsen krevde hjemmel i lov. EMD gjennomførte en dynamisk tolkning av EMK art. 8 og konkluderte med: “the Court considers that the time has come to hold that in certain circumstances the rights guaranteed by Article 8 of the Convention may be construed as including the right to respect for a company's registered office, branches or other business premises”. I saken begrunner EMD vernet av lokalene med at privatpersoner tilbringer store deler av livet sine på arbeidsplassen og bygger relasjoner der. Derfor vil en ransakelse av «business premises» trenge inn i sfæren bestemmelsen er ment å beskytte. Vernet av juridiske personers

---

<sup>104</sup> EMK art. 8 nr.1

<sup>105</sup> *Niemietz mot Tyskland* avsnitt 29, Kjølbros (2007) s.525

<sup>106</sup> Alpin (2014) s.211



områder blir av EMD oppstilt særlig for å verne retten til korrespondanse og mellommenneskelige relasjoner.<sup>107</sup> Dommen gir imidlertid ikke grunnlag for å oppstille et vern for rent kommersielle interesser.

Kritikken mot ECJ i C-450/06 kan deles inn i to. For det første kan det rettes kritikk mot rettskildebruken til domstolen ved tolkningen av EMK art. 8 og for det andre kan det rettes kritikk mot det vernet som etableres. I Varec-saken viser ECJ til de nevnte EMD-sakene og konstaterer med grunnlag i dem at juridiske personers forretningshemmeligheter er vernet av EMK art. 8. Det er imidlertid ikke grunnlag i dommene for å etablere et slikt vern.<sup>108</sup> ECJ gjennomførte altså i realiteten en dynamisk tolkning av EMK art. 8 ved å strekke vernet lengre enn det som tidligere har vært praksis i EMD. Ved dynamisk tolkning av EMK må dette begrunnes i hensynene bak rettighetene.<sup>109</sup> Når begrunnelsen for den dynamiske tolkningen ikke blir drøftet, medfører dette at ECJs tolkning av bestemmelsen virker noe vilkårlig. Dette medfører at det er vanskelig å forutberegne rekkevidden av vernet.

Når det gjelder hvorvidt et slikt vern kan etableres. Må det skilles mellom hvorvidt et slikt vern kan etableres etter EMK og etter EU-retten. I dag er som nevnt denne retten inntatt i EU-paktens art. 7.

Når det gjelder hvorvidt et slikt vern kan etableres etter EMK blir spørsmålet om en slik dynamisk tolkning kan utledes på bakgrunn av tidligere praksis i EMD. I *Société Colas mot Frankrike* begrunnes den dynamiske tolkningen ut ifra ideelle interesser i å beskytte menneskelige relasjoner og privatliv, ikke rent kommersielle interesser. ECJ sin tolkning av EMK art. 8 innebærer altså et markant skifte i anvendelsen av bestemmelsen og utvider rekkevidden betydelig. Det foreligger ikke holdepunkter for at EMD vil utvide rekkevidden på en tilsvarende måte. Det følger av dette at forretningshemmeligheter ikke har vern etter EMK art.8.

Når det gjelder tolkning av pakten, er det klart at ECJ er den øverste myndigheten for tolkning av EU-retten jf. TEU art 19 nr.1. En mangelfull begrunnelse kan normalt ikke medføre at uttalelsen ikke uttrykker gjeldende rett.

I spørsmålet om hvorvidt dommen uttrykker gjeldende rett er forfatterne i juridisk teori delt. Arrowsmith og Ginter mfl. argumenterer for at forretningshemmeligheter er vernet i EU-retten etter retten til privatlivets fred. Arrowsmith legger i vurderingen vekt på både Varec-

---

<sup>107</sup> Kjølbro (2007) s.540

<sup>108</sup> Alpin (2014) s.212

<sup>109</sup> Høstmeling (2012) s.95

saken og britisk rettspraksis.<sup>110</sup> Ginter mfl. legger til grunn at EMD Société Colas Est mot Frankrike slår fast at rettigheter til juridiske personer er vernet og at dette inkluderer kommersielle interesser. Dette er imidlertid å strekke dommens konklusjon lenger enn det er grunnlag for i premissene.

På den andre siden legger Alpin, i sin artikkel «Intellectual property, unfair competition and publicity» til grunn at rettskildebruken til ECJ er så svak at uttalelsen ikke kan ha særlig rekkevidde ved tolkning av EMK art. 8.<sup>111</sup> Det er imidlertid ECJ som er autorativ rettskilde for tolkningen av EU-retten, ikke EMD.<sup>112</sup> Selv om EMDs praksis er av betydning for tolkningen av menneskerettigheter inntatt etter TEU art. 6(1), følger det av paktens art. 52 nr.3 2. punktum at regelen ikke er til hinder for at EU-domstolen tolker vernet av grunnleggende menneskerettigheter videre enn vernet etter EMK.

Det må etter dette legges til grunn at også retten til privatlivets fred gir et vern av forretningshemmeligheter innenfor EU-rettens område og derfor også i EØS-retten jf. E-2/03. Rettigheten vil imidlertid ikke ha vern etter EMK utenfor EØS-retten.

### 3.3.1.3 *Betydningen for gjeldende direktiv*

Spørsmålet er hvorvidt 2014 direktivet er ment å fjerne det overnasjonale vernet Varec-saken gir uttrykk for. Sune Troels Poulsen mfl. inntar dette standpunktet med begrunnelse i direktivets ordlyd.<sup>113</sup> Ordlyden alene trekker i den retningen.

Standpunktet harmonerer imidlertid dårlig med den posisjonen vernet av forretningshemmeligheter har i EU-retten både som et alminnelig prinsipp og beskyttelsen i paktens om grunnleggende rettigheter.<sup>114</sup>

Videre er det et behov for et overnasjonalt vern av forretningshemmeligheter. Behovet kommer tydelig frem i direktiv 2016/943 som oppstiller et overnasjonalt vern av forretningshemmeligheter mellom private. I direktivets forord er det lagt vekt på at reglene skal forhindre muligheten til å utnytte medlemsland med et svakere vern for å tilegne seg informasjon som i andre stater er beskyttet som forretningshemmelighet.<sup>115</sup> Dette er spesielt viktig ettersom for-

---

<sup>110</sup> Arrowsmith (2014) s.1339 Ginter mfl. (2013) s.158

<sup>111</sup> Alpin (2014) s.212

<sup>112</sup> TEU art. 19 nr.1

<sup>113</sup> Poulsen mfl. (2012) s.533.

<sup>114</sup> C-405/06 Avsnitt 49, C-53/85 avsnitt 24.Arrowsmith (2014) s.1339

<sup>115</sup> Fortalen direktiv 2016/943 avsnitt 9

trinn som utnyttelsen medfører vil føre til fordeler i hele det felles europeiske markedet.<sup>116</sup> Det er ikke noe som tilsier at disse hensynene skal være av mindre betydning i relasjonen mellom private og myndighetene.

Videre vil de samme systembetraktningene som ECJ la vekt på i Varec-saken gjøre seg gjeldende også etter direktiv 2014/24/EU. Oppdragsgiver plikter også etter gjeldende regelverk å tilbakeholde forretningshemmeligheter ved kunngjøring av tildelingen.<sup>117</sup> En eventuell ubetinget rett til konkurrentenes tilbud utenom tildelingen vil dermed uthule dette vernet.

Formålet med direktivet får også betydning for tolkningen. Det følger av C-450/06 at manglende vern av forretningshemmeligheter kan forstyrre konkurransen og det tillitsforholdet som er nødvendig for å oppnå best mulig utnyttelse av offentlige ressurser. Arrowsmith tar også opp spørsmålet i sin bok «The law of public and utilities procurement» og legger til grunn at art. 21 innebærer et overnasjonalt vern.<sup>118</sup>

Det kan etter dette legges til grunn at art. 21 oppstiller et overnasjonalt vern. Videre er spørsmålet om vernet får betydning for leverandørenes innsynsrett. I dette er det av særlig betydning om vernet strekker seg lengre enn taushetsplikten etter forvaltningslovens §13(1) nr.2.

### 3.3.2 Hvilke næringsopplysninger er vernet av direktivet.

Etter art. 21 er følgende opplysninger vernet.

*“information forwarded to it by economic operators which they have designated as confidential, including, but not limited to, technical or trade secrets and the confidential aspects of tenders“*

Ordlyden «designate as confidential» kan ikke tolkes slik at tredjemanns oppfatning skal legges til grunn.<sup>119</sup> En slik forståelse vil være vanskelig å forene med et krav om effektiv håndhevelse.<sup>120</sup> Regelen vil i det tilfellet gi leverandørene anledning til å tilbakeholde all informasjon i tilbudet som «confidential». Bestemmelsen må på bakgrunn av dette forstås som en vurdering basert på objektive kriterier. Spørsmålet er hvilke opplysninger som er omfattet av begrepet.

---

<sup>116</sup> Ibid.

<sup>117</sup> Art .50 nr4

<sup>118</sup> Arrowsmith (2013) s.1341

<sup>119</sup> C-450/06, Arrowsmith (2014) s.1341, Ginter mfl. (2013) s.160

<sup>120</sup> direktiv 89/665/EEC art. 1

Hva som ligger i begrepet er ikke nærmere avklart i direktivet. Det er ingen holdepunkter for at det er av noe reell betydning at begrepet «technical or trade secrets» er benyttet og ikke «business secrets» som benyttes andre steder i EU/EØS-retten.<sup>121</sup>

Selv om ECJ flere ganger har stadfestet at vern av forretningshemmeligheter er et prinsipp i EU-retten har de ikke kommentert nærmere hva som ligger i begrepet.<sup>122</sup> Begrepet er imidlertid tolket av underrettspraksis i sak *Postbank NV v Commission of the European Communities* (T353/94).

I saken ble kommisjonen anklaget for å ha videresendt «business secrets» ved oversendelse av et høringsnotat. Begrepet ble tolket til å omfatte: «Business secrets are information of -which not only disclosure to the public but also mere transmission to a person other than the one that provided the information may seriously harm the latter's interests»

Det følger av dommen at for at opplysningen skal anses som en forretningshemmelighet må den for det første være «hemmelig». Videre må formidling av opplysningen kunne «seriously harm latter`s interest». Kriteriene er vage og gir liten grad av forutberegnelighet, noe som er problematisk med tanke på tillitsforholdet mellom aktørene ved anskaffelser. Det er derfor naturlig å trekke på bakgrunnsretten for å utforme vilkårene nærmere.

Ved oppstilling av bakgrunnsretten er det naturlig å trekke på hvordan begrepet har blitt definert på andre rettsområder i EU/EØS-retten, videre vil det også være relevant å se hen til øvrig internasjonal rett. Begrepet er ikke forsøkt harmonisert på EU-nivå inntil direktiv 2016/943, som for øvrig ikke er inntatt i EØS-avtalen enda. Direktivet kommer ikke til anvendelse ved offentlige anskaffelser jf. art. 1 nr.2 bokstav a. Dette kan tyde på at det har vært lovgivers intensjon at definisjonen ikke skal få anvendelse ved tolkningen av art. 21. Det kan imidlertid argumenteres ut ifra grunnleggende prinsipper og reelle hensyn at definisjonen burde få et videre anvendelsesområde. Særlig med tanke på å opprette et helhetlig vern i det indre markedet. Ettersom formålet med direktiv 2016/943 er å innføre en mer eller mindre ensartet beskyttelse i det indre markedet, taler dette for at art. 21 burde tolkes på bakgrunn av definisjonen i direktiv 2016/943.<sup>123</sup> Ved å tolke begrepet likt på flere rettsområder vil forutberegneligheten styrkes og det vil kunne minske prosesskostnader. En ensartet tolkning av begrepet vil føre til et sterkere vern for de opplysningene som er omfattet, samtidig som man unngår unødig tilbakeholdelse som hemmer håndhevelsen.

---

<sup>121</sup> Ginter mfl. (2013) s.159

<sup>122</sup> Ginter mfl. (2013) s.160

<sup>123</sup> Fortalen direktiv 2016/943 avsnitt 9

Noe som styrker definisjonen i direktivets posisjon som bakgrunnsrett er definisjonens opphav. Definisjonen av «trade secret» i direktiv 2016/943 er en videreføring av vilkårene i WTOs TRIPS-avtale. TRIPS-avtalen etablerer et minimumsvern for forretningshemmeligheter mellom WTO-landene, men har senere blitt brukt også i andre sammenhenger.<sup>124</sup> At vilkårene i TRIPS-avtalen er inntatt i direktiv 2016/943 art. 2, kan tyde på at Europaparlamentet og rådet anser disse vilkårene som bakgrunnsrett.

En slik fortolkning av taushetsplikten i anskaffelsesdirektivet har også støtte i juridisk teori. I artikkelen i P.P.L.R 2013 issue 4 av Ginter mfl. legger forfatterne til grunn at «trade secrets» må forstås på bakgrunn av vilkårene i TRIPS-avtalen.<sup>125</sup> Uten at forfatterne konkluderer med at vilkårene i TRIPS-avtalen får anvendelse. Ettersom artikkelen er skrevet i 2013 er ikke forholdet til direktiv 2016/943 drøftet.

Det kan ut ifra dette konkluderes med at art.21 må tolkes i sammenheng med minimumsvernet i TRIPS-avtalen og direktiv 2016/943. Etter art. 2 (1) er følgende tre kumulative vilkår oppstilt:

‘trade secret’ means information which meets all of the following requirements:

- (a) it is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question;
- (b) it has commercial value because it is secret;
- (c) it has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret;

### **3.4 Er rekkevidden av vernet mer omfattende enn norsk rett**

For å besvare spørsmålet om art. 21 innebærer et mer omfattende vern, vil hvert enkelt vilkår sammenlignes med norsk rett.

Det første vilkåret i direktivet tilsvarer vilkåret i fvl.§13a(3) om at opplysningen ikke må være alminnelig kjent eller tilgjengelig. Vurderingstemaene som er oppstilt i direktivets ordlyd tilsvarer vurderingstemaet i norske rett.

---

<sup>124</sup> Ginter mfl. (2013). s.160

<sup>125</sup> Ginter mfl. (2013) s.159

Videre er spørsmålet om «commercial value» har større rekkevidde enn vilkårene etter norsk rett. Det er klart at «kommersiell verdi» sikter til en økonomisk verdi. En naturlig forståelse av vilkåret, vil i likhet med norsk rett, være å ta utgangspunkt i den økonomiske påvirkningen ved at konkurrenter unytter informasjonen. Vurderingstemaet må også i etter art.21 være om «offentlighet omkring opplysningen må kunne føre til økonomisk tap eller redusert gevinst». <sup>126</sup>

Hvorvidt bestemmelsen oppstiller et krav til opplysningens art er mer usikkert. Vilkaeret «commercial value» må forstås på bakgrunn av uttrykket «trade secrets». En naturlig språklig forståelse av ordlyden trekker dermed i retning av et krav til driftsmessig utnyttelse av opplysningen. Sett i sammenheng med formålet med vernet er det lite naturlig å legge til grunn at enhver opplysning som kan påvirke virksomhetens økonomi er omfattet. Dette vil i så fall innebære at opplysninger om kritikkverdige sider av virksomheten og andre bivirkninger også er taushetsbelagt. Dette vil harmonere dårlig med formålet om beskyttelse av leverandørens investeringer og konkurransemessig fortrinn. Fortalen til direktiv 2016/943 trekker også i denne retningen, hvor det er lagt til grunn at begrepet omfatter: «Scientific and technical potential, business or financial interests, strategic positions or ability to compete». <sup>127</sup> Oppramsingene peker på forhold som er knyttet til driften av virksomheten. Det følger av dette at kommersiell verdi må i likhet med norsk rett innebære at verdien av opplysningen ligger i den driftsmessige utnyttelsen.

Når det gjelder det siste vilkåret kreves det ikke i forvaltningsloven noen tiltak fra bedriftens side for at opplysningen skal være vernet. Det kreves kun at opplysningene er av en slik «art at det er naturlig å rekne med at en i vedkommende virksomhet anser den som en hemmelighet». <sup>128</sup> Bestemmelsen er således lempeligere enn direktivet. Dermed har ikke taushetsplikten etter direktivet noe større rekkevidde enn norsk rett. I utgangspunktet er det ikke problematisk å gi mer omfattende rettigheter enn det direktivet oppstiller. Det som eventuelt er problematisk ved vernet av forretningshemmeligheter er at taushetsplikten innskrenker retten til innsyn og dermed i noen tilfeller retten til effektiv håndhevelse.

Som tidligere nevnt strekker ikke retten til leverandørens innsyn etter direktivet lengre enn det som kan begrunnes av retten til effektiv håndhevelse. Forskjellen i vilkåret mellom fvl.§13(1) nr.2 og art. 21 vil derfor kun være problematisk i tilfeller hvor opplysningen er av betydning for leverandørens håndhevelse. Forskjellen vil derfor i svært få tilfeller medføre avvik. Videre foreligger det en adgang til utvidet innsyn gjennom en interesseavveining etter tvl.§22-3, som

---

<sup>126</sup> HR-2010-562-A avsnitt 50

<sup>127</sup> Fortalen direktiv 2016/943 punkt 14

<sup>128</sup> Ot.prp.nr.3 (1976-1977) s.22

langt på vei vil reparere den eventuelle forskjellen i utfall. Et eventuelt brudd vil derfor ikke foreligge før opplysningen er forsøkt begjært etter tvl.§22-3. Dermed er det ikke grunnlag for at leverandørens innsynsrett blir utvidet i noen nevneverdig grad av direktiv 2014/24 art. 21.

### **3.5 Hvilke opplysninger i tilbudene er omfattet av taushetsplikten**

Når det gjelder hvordan vilkårene anvendes i praksis er det hensiktsmessig å skille mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Informasjon inngitt ved kvalifikasjonskrav vil ofte falle utenfor taushetsplikten, ettersom opplysningene ikke kan benyttes i driften av virksomhet. Dette vil gjelde opplysninger om økonomien, kapasitet og erfaring. Dette er normalt ikke opplysninger som er egnet til «driftsmessig utnyttelse».<sup>129</sup>

Informasjon inngitt ved tildelingskriterier vil på den andre siden ofte være taushetsbelagt. Det er klart at taushetsplikten omfatter tekniske løsninger som ikke er beskyttet som immateriell rettighet. Vurderingen vil imidlertid være mer tvilsom ved opplysninger som er egnet til å belyse strategier og driftsmessige forhold. Spørsmålet for dette punktet er hva som blir avgjørende for hvorvidt disse opplysningene unntas. Avhandlingen vil derfor gå nærmere inn på tre typiske tildelingskriterier for å belyse hvilke momenter i vurderingen som blir avgjørende: pris, kompetanse og prosjektgjennomføring.

#### **3.5.1 Pris**

Det som skiller pris fra andre strategiske næringsopplysninger er at prisen ikke alltid blir hemmeligholdt av bedriftene. Spørsmålet er hvilken betydning dette eventuelt får for vurderingen. Utgangspunktet er at hvis opplysningen er alminnelig tilgjengelig er den ikke omfattet av taushetsplikten jf. fvl.§13a(3). I noen bransjer er ikke prisene skjult for konkurrentene, dette gjelder særlig for detaljhandelen. I disse markedene er prisene tilgjengelig for kunder og konkurrenter på nettsiden eller i forretningen. Disse prisene vil imidlertid ikke nødvendigvis være utgangspunktet for prisene inngitt i et tilbud. Prisstrategien vil kunne variere avhengig av om bedriften retter seg mot et forbrukermarked eller store offentlig kontrakter. Bedrifter vil tåle lavere avanse når volumet øker og kan derfor prise seg mer aggressivt. Innbyder må derfor skille mellom veiledende priser og ferdig rabatterte priser. Dette vil også være tilfelle der det er samsvar mellom prisene i tilbudet og prisene som er tilgjengelige. I et slikt tilfelle vil offentliggjøring av prisskjema dokumentere en bevisst strategi om å ikke differensiere prisene. Dermed vil ikke dette vilkåret være avgjørende for vurderingen av om pris er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde.

---

<sup>129</sup> Ot.prp.nr.3 (1976-1977) s.142

Ved anvendelse av vilkårene i fvl.§13(1) nr.2 er det i praksis gjort et skille mellom enhetspris og totalpris. Enhetspris er prisene på de enkelte enhetspostene, mens totalpris er summen av disse. Klagenemnda og underrettspraksis har lagt til grunn at tilbudenes totalpriser som hovedregel ikke er å anse som forretningshemmeligheter, mens utgangspunktet er det motsatte for enhetspriser.<sup>130</sup> Skillet vil være mindre viktig i de tilfeller totalprisen består av så få enhetspriser at det vil være mulig å regne ut prisen på de enkelte enhetspostene.<sup>131</sup>

Hovedregelen som oppstilles er ikke noe mer enn et utgangspunkt. Det avgjørende er hvorvidt opplysningen oppfyller vilkårene til opplysningens art og virkning.

Grunnen til at totalpris som oftest ikke kan betraktes som forretningshemmelighet er at opplysningene ikke har noen overføringsverdi til andre konkurranser. Totalpris vil være resultatet av mange enhetspriser i en konkret konkurranse. Det klare utgangspunktet er derfor at en totalpris ikke kan benyttes igjen og derfor ikke oppfyller vilkårene til opplysningens art eller virkning. Det vil imidlertid ikke være tilfellet hvor konkurransen blir lyst ut igjen med et tilsvarende konkurransegrunnlag. Dette er lagt til grunn i en tolkningsuttalelse av Justisdepartementets lovavdeling av 20. januar 2011: *Dersom ein konkurranse skal lysast ut på nytt vil òg prisar, økonomiske prognosar og annan informasjon som berre er relevant for den aktuelle saka, kunne vere omfatta av teieplikt. Andre tilbydarar vil elles kunne tilpasse sine tilbod etter dei aktuelle opplysningane.*<sup>132</sup>

I et slikt tilfelle vil totalprisen kunne benyttes i virksomhetens videre drift. Kommunikasjon av totalprisen vil også, i et slikt tilfelle, være egnet til å påvirke leverandørene økonomisk ved at konkurrentene kan tilpasse sine tilbudspriser. For at muligheten for nye konkurranser kan begynne nektelse av innsyn må tilbyder blir gjort «oppmerksom på konkrete forhold som kunne tilsi at konkurransen måtte avlyses og lyses ut på nytt.» Se KOFA 2012/9. Det må også være tilfellet med kontrakter som utlyses jevnlig. En hypotetisk mulighet for at et tilsvarende konkurransegrunnlag skal lyses ut på nytt vil ikke være tilstrekkelig til å begrunne taushetsplikt. Dette vil kunne medføre en uthuling av innsynsretten.

I motsetning til totalpris vil enhetspriser ofte falle innunder vernet på grunn av den store overføringsverdien til andre konkurranser. Det skal imidlertid også her gjøres en konkret vurdering på bakgrunn av vilkårene i fvl.§13(1) nr.2. Når det kommer til opplysningens art er det

---

<sup>130</sup> KOFA 2010/294, KOFA 2008/87, KOFA 2008-208, KOFA 2011/154, KOFA 2007/104, KOFA 2007/20, LF-2012-133448, LB-2015-1311, LF-2008-82111

<sup>131</sup> Se eks. KOFA 2008/87, KOFA 2015/143

<sup>132</sup> Lovavdelingen (2011)



klart at enhetspris er noe bedriften kan dra nytte av i sin virksomhet, både når de inngir tilbud og når de forøvrig driver med salg.

I vurderingen av den økonomiske påvirkningen vil det også kunne tenkes tilfeller hvor enhetsprisene ikke kan benyttes i fremtidige konkurranser. Det er av Sivilombudsmannen i sak 2010/65 lag til grunn at: «Videre vil det være relevant hvor unikt det aktuelle pristilbudet er. Hvis det konkrete pristilbudet må anses å være «skreddersydd», basert på særegne kriterier fra oppdragsgivere, vil det generelt være mindre grunn til å holde pristilbudet hemmelig, fordi det da er liten grunn til å tro at konkurrenter vil kunne dra nytte av opplysningen om prissetting ved inngåelsen av andre kontrakter.» Dette standpunktet er også inntatt av Goller<sup>133</sup> og Dragsten<sup>134</sup>.

Det følger av dette at enhetsposter som er skreddersydde av oppdragsgiver normalt ikke vil ha noen konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Videre er det et spørsmål om det at leverandørene skreddersyr sine enhetspriser til den aktuelle konkurransen også kan få betydning for vurderingen. Dette vil særlig være aktuelt ved taktisk prising.

Taktisk prising er en særegen form for prising som skiller seg markant fra bedriftens priser utenom konkurranse om kontrakter, gjerne omtalt som lojal prising. Prisene vil bli betegnet som lojale når enhetsprisene er utarbeidet på bakgrunn av kostnad, risiko og fortjeneste. Disse prisene er ikke skreddersydd til den aktuelle konkurransen og vil i stor grad ha overføringsverdi til fremtidige konkurranser. Taktisk prising innebærer at leverandøren på enkelte enhetsposter: «priser unormalt lave priser»<sup>135</sup>. I denne forbindelse er unormalt lav pris en pris under kostnadsnivået for leveransen. Taktisk prising forekommer ofte ved justerbare mengder hvor tilbyder mener at oppgitt mengde er feil, eller av andre grunner mener at mengden vil bli justert under kontraktperioden. Ved å prise overestimerte poster med tap for så å legge fortjenesten i faste poster eller i underestimerte poster unytter leverandøren svakheter i konkurransegrunnlaget. Dette innebærer at prisskjemaet i stor grad er «skreddersydd» til den aktuelle konkurransen. Prisen vil derfor sjeldent ha overføringsverdi til andre konkurranser, med mindre det samme konkurransegrunnlaget lyses ut på nytt. Selv da kan den dataen som mengdeanslaget baseres på kunne være annerledes.

En sak som belyser problemstillingen er nevnte sak LB-2015-1311 som omhandlet et anbud om vedlikehold av vei. Saksøker ble i konkurransen avvist for unormalt lave priser på enkelte enhetsposter. Vedlikeholdskontrakten ble av kommunen lyst ut hvert 4. år. Saksøker begjærte

---

<sup>133</sup> Goller mfl. (2017) s.254

<sup>134</sup> Dragsten (2013) s.218

<sup>135</sup> KOFA 2011/265

innsyn i vinneren av konkurransens tilbud, men ble nektet innsyn i lagmannsretten. Kjennelsen ble av Høyesterett senere opphevet på grunnlag av saksbehandlingsfeil ved at kommunen ikke var gjort til part i saken.<sup>136</sup> Lagmannsretten la senere til grunn at alle leverandørene hadde priset taktisk med unntak av vinneren.<sup>137</sup> Saken kan likevel belyse hvilken betydning taktisk prising kan få for den konkurransemessige betydningen av en enhetspris. Jeg vil i denne forbindelsen bruke saksøkers tilbud som eksempel.

Saksøkers tilbud var på flere poster priset til én krone, mens salting av veibane var priset til 70 000 kr, langt over deres kostnadsnivå. Antydningen er da at mengdeanslagene er svake ved at de er for lave på salting og for høye på andre poster. Deres antagelse er basert på data fra tidligere år. Ved en mild vinter vil prisingen medføre store tap, mens en isete vinter vil medføre stor fortjeneste. Disse prisene er skreddersydde til denne antagelsen, og vil kun ha overføringsverdi ved nøyaktig samme mengdeanslag i konkurransegrunnlaget. Forutsatt at kommunen utlyser kontrakten på nytt med nøyaktig samme konkurransegrunnlaget fire år senere. Vil leverandørene ha fire nye år med værdata, noe som medfører at dataen for analysen blir annerledes. Dette innebærer at slike enhetspriser ikke vil ha noen særlig overføringsverdi til fremtidige konkurranser.

Det foreligger ikke noe praksis fra domstolene eller KOFA hvor det er gjort et skarpt skille mellom taktisk og lojal prising. I den nevnte sak unntok departementet alle prisskjemaene fra innsyn etter fvl.§13(1) nr.2, også de prisskjemaene hvor det var priset taktisk. I begrunnelsen la departementet vekt på at å gi leverandørene innsyn ville gi dem et innblikk i «hvordan leverandørene tenker når de utformer sitt tilbud i tilsvarende konkurranser for ettertiden», noe lagmannsretten sluttet seg til. At enhetspriser uten overføringsverdi til andre konkurranser skal gi konkurrentene et innblikk i hverandres tankegang er å strekke vernet lang. Det er heller ingen holdepunkter for at ett enkelt prisskjema kan gi en slik innsikt.

Enhetspris er som oftest unntatt nettopp på grunnlag av den store overføringsverdien til andre konkurranser, det må være hovedregelen. Det må imidlertid tas forbehold for priser som er så skreddersydde at de ikke har overføringsverdi til andre konkurranser.

### 3.5.2 Prosjektgjennomføring

Prosjektgjennomføring er hvordan leverandørene skal oppnå anskaffelsens mål. Den kan for eksempel bli beskrevet slik: «redegjørelse i korte trekk hvordan prosjektet bør gjennomføres med fokus på følgende punkter:

---

<sup>136</sup> HR-2015-649-U

<sup>137</sup> LB-2016-14778

- organisering og arbeidsform
- kvalitetssikringsrutiner
- rutiner ved uforutsette hendelser»<sup>138</sup>

Når det kommer til opplysningens art kan disse opplysningene normalt brukes i virksomhetens drift. En offentliggjøring vil som regel også kunne føre til tapte markedsandeler ved at konkurrenter kan benytte seg av prosjektgjennomføringen i lignende prosjekter. I likhet med pris er det en forutsetning at tilbudet har overføringsverdi til andre konkurranser. Et særlig skreddersydd tilbud, vil i likhet med enhetspris, ikke ha noen konkurransemessig betydning å offentliggjøre.

### 3.5.3 Kompetanse

Kompetanse på personell som skal gjennomføre en tjeneste kan både være et kvalifikasjonskrav og er under visse forutsetninger et lovlig tildelingskriterium.<sup>139</sup> Det er klart at kompetanse er noe bedriftene kan benytte seg av i driften. Det er imidlertid ikke slik at opplysninger om at personell i virksomheten har en gitt kompetanse, er noe bedriften kan dra nytte av i virksomheten.

Dette er heller ikke opplysninger som konkurrenter kan dra nytte av i sin virksomhet, eller det er naturlig at bedriften vil holde skjult for allmenheten. Rekruttering fra konkurrerende selskaper vil i denne sammenheng være for avledet offentliggjøring av kompetansen til at det kan anses som en forretningshemmelighet.<sup>140</sup> Kompetanse vil derfor normalt falle utenfor fvl.§13(1) nr.2. Når det gjelder prosesser for å forbedre kompetansen gjennom prosjektet og utvikling av de ansatte, vil det være mer nærliggende at det betraktes som en forretningshemmelighet.

Dragsten drøfter i sin bok «Offentlige anskaffelser» om teamsammensetninger kan være vernet etter fvl.§13(1) nr.2.<sup>141</sup> Konkrete teamsammensetninger for å løse en bestemt type oppdrag er noe som kan benyttes i bedriftens virksomhet. Det vil imidlertid sjeldent ha konkurransemessig betydning å hemmeligholde ettersom konkurrenter ikke kan dra nytte av informasjonen. Konkurrenter kan i utgangspunktet ikke kopiere en konkret teamsammensetning eller på annen måte utnytte sammensetningen. Det kan likevel tenkes unntak i helt spesielle sammenhenger.

---

<sup>138</sup> LB-2016-69346

<sup>139</sup> FOA§18-1(3)b

<sup>140</sup> Dragsten (2013) s.220

<sup>141</sup> Ibid.

### **3.6 Oppsummering av begrensinger i innsynsretten til leverandørene.**

Vilkårene etter fvl.§13(1) nr.2 er utpreget konkret.<sup>142</sup> Vurderingen av den økonomiske påvirkningsevnen stiller omfattende krav til innbyderes forståelse av bedriften og markedet bedriften opererer i. Vurderingstemaene er ikke utviklet med tanke på det omfanget av opplysninger som må vurderes ved offentlige anskaffelser. Likevel tyder drøftelsen på at det er noen felles trekk ved vurderingene som kan bidra til forenkling av vurderingene. Dette vil særlig være hvorvidt opplysningen har overføringsverdi til andre konkurranser. Foreligger det ikke noen overføringsverdi, taler det for at opplysningen ikke er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde.

## **4 Deltakernes adgang til forretningshemmeligheter med grunnlag i oppdragsgivers vurdering**

### **4.1 Innledning**

I utgangspunktet vil oppdragsgiver være tjent med å behandle forretningshemmeligheter med respekt. Ved å ikke gi leverandørene tilstrekkelig vern av forretningshemmeligheter risikere myndighetene en underinvestering i enkelte bransjer og en tilpasning av prisene i deres konkurranser. Likevel innebærer regelverket at oppdragsgiver må anvende vesentlige ressurser i saksbehandling. Det kan derfor være av interesse for innkjøper hvorvidt det er mulig å forenkle saksbehandlingen.

I dette kapittelet vil to grunnlag for utvidelse av leverandørens innsynsrett bli drøftet. Utvidelse på bakgrunn av taushetsretten i fvl.§13b og hvorvidt oppdragsgiver kan oppstille et samtykke om opphevelse av taushetsplikten som en forutsetning for deltagelse i konkurransen.

### **4.2 Anvendelse av taushetsretten etter §13b ved forretningshemmeligheter**

Som nevnt innebærer fvl.§13b ingen innsynsrett for deltakerne i offentlige anskaffelser utenom enkeltvedtakene. Bestemmelsen innebærer at forvaltningen har taushetsrett for opplysninger som er omfattet av fvl.§13(1) nr.2. (se drøftelsen i punkt 2.3).

Ved enkeltvedtak er forvaltningen tillagt en kompetanse til å kommunisere opplysningen etter egen vurdering jf. fvl.§18: «Innsyn bør gis dersom hensynet til parten veier tyngre enn behovet for unntak». Det er naturlig at en lignende kompetanse er tillagt forvaltningen også når saken ikke er å anse som et enkeltvedtak. Dette er også forutsatt i forarbeidene til offentliglova.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> Goller mfl. (2017) s.253

<sup>143</sup> Ot.prp.nr.102 (2004-2005) s.129

Denne kompetansen til å gi innsyn er imidlertid uforenlig med direktiv 2014/24/EU art. 21 som forplikter innbyder å verne tilbydernes «trade secrets». Spørsmålet er om bestemmelsen på bakgrunn av art. 21 må tolkes innskrenkende slik at forvaltningens taushetsplikt må gjelde uavhengig av om innsynsbegjæringen er fremsatt av en part i saken.

Det dreier seg ikke om motstrid med «bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen», dermed kommer EØS-lovens §2 ikke til anvendelse.<sup>144</sup> Selv om ordlyden i direktivet ikke er inntatt direkte i norsk lov har artikkelen, på bakgrunn av presumsjonsprinsippet, fortsatt relevans ved tolkningen av taushetsretten etter fvl.§13b. Presumsjonsprinsippet innebærer at: «Norsk lov så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser» jf. HR-2000-49-B. Videre er det av betydning at det dreier seg om en rettighet som borgerne har ovenfor staten: «Den norske rettsregel vil yte liten motstand hvis det er tale om konflikt med en folkerettslig forpliktelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige, mens motstanden vil være større der en slik forpliktelse griper inn i private rettsforhold»<sup>145</sup> At staten gir konkurrenter innsyn i forretningshemmeligheter uten at konkurrentene har krav på opplysningen må i denne sammenhengen betegnes som et inngrep.

Videre er det av betydning hvorvidt lovgiver har tatt stilling til motstriden, og hvorvidt det kan utledes en lovgivervilje som tilsier at den norske bestemmelsen skal forstås i strid med Norges folkerettslige forpliktelser.<sup>146</sup> §13b er ikke utformet med tanke på regelverket for offentlige anskaffelser. Motstriden er heller ikke kommentert i forarbeidene. Det fremgår imidlertid av forarbeidene til gjennomføring av håndhevelsesdirektivet i norsk rett at fvl.§13(1) nr. 2 var ment å begrense leverandørenes adgang til konkurrentenes tilbud.<sup>147</sup> Noe som kan tas til inntekt for at det ikke foreligger en lovgivervilje til å utvide adgang til forretningshemmeligheter. Den innskrenkende tolkning er heller ikke direkte i strid med ordlyden i bestemmelsen. Bestemmelsen er formulert vidt slik at den ikke hindrer forvaltningen fra å vektlegge Norges folkerettslige forpliktelser.

Det må dermed legges til grunn at fvl.§13b tolkes innskrenkende på bakgrunn av Norges folkerettslige forpliktelser. Forvaltningen er dermed pliktig til å overholde taushetsplikten for forretningshemmeligheter også ovenfor deltakerne i konkurransen.

---

<sup>144</sup> HR-2000-713-A s.1826

<sup>145</sup> HR-2000-49-B s.1829

<sup>146</sup> Ot.prp.nr.79 (1991-1992) s.4

<sup>147</sup> Prop.12 L (2011-2012) s.66

### **4.3 Kan innkjøpere gjøre samtykke til opphevelse av taushetsplikten en forutsetning for deltagelse i konkurransen**

I utgangspunktet vil leverandørenes samtykke frita innkjøper fra taushetsplikten jf. fvl.§13a nr.1. Spørsmålet for drøftelsen er lovligheten av å oppstille i konkurransegrunnlaget et generelt samtykke som en forutsetning for deltagelse i konkurransen, slik at innlevering av tilbud innebærer et samtykke til å frita innkjøper fra taushetsplikten. Et eksempel på en slik klausul kan være: «pris er ikke å anse som forretningshemmelighet», slik som var tilfellet i LF-2012-133488.

Spørsmålet er ikke regulert i anskaffelsesforskriften eller direktivet. Det er imidlertid et forbud mot å oppstille et slikt generelt samtykke ved gjennomføring av konkurranse med forhandlinger og dialog jf. FOA§23-10 (2): «Et samtykke skal gjelde de bestemte opplysningene som oppdragsgiveren planlegger å gi tilgang til» Det samme følger av direktivet art. 30 nr.3, art. 28 nr.6, art. 31 nr.4 og nr.6: «Such agreement shall not take the form of a general waiver».

Det er uklart hvilken vekt det kan tillegges at en slik klausul ikke er tillatt ved konkurranse med forhandlinger og dialog. Under forhandlinger vil man ha mindre oversikt over hvilke opplysninger som blir kommunisert sammenlignet med utfylling av et tilbud. At det ikke er inntatt et generelt forbud kan tyde på at det ikke er funnet et tilsvarende behov utenom forhandlinger.

Arrowsmith drøfter problemstillingen og gjennomfører en analogisk tolkning av art. 30 og konkluderer med: «it seems likely that under the 2014 public procurement directive, at least, general waiver is unlikely to be allowed»<sup>148</sup>.

I rettspraksis foreligger det ikke støtte for en slik analogisk tolkning. I sak LF-2012-133448 sluttet lagmannsretten seg til tingrettens standpunkt i sak TINTR-2011-57802, hvor tingretten uttalte at: «Det kan være nærliggende å legge til grunn at Atea ved å inngi tilbud basert på det anbudsgrunnlaget som er gjengitt ovenfor, med bindende virkning har forpliktet seg til å akseptere at priser ikke er å anse som forretningshemmelighet». Lagmannsretten fant imidlertid i likhet med tingretten at det ikke var nødvendig å konkludere på spørsmålet ettersom opplysningen uansett ble tillatt ført etter tvl.§22-3(3). Anken til Høyesterett ble forkastet ettersom det var klart at anke over lovtolkning ikke ville føre frem.<sup>149</sup> Denne forkastelsen innebærer ikke at synspunktet angående fraskrivelsesklausul tiltres av Høyesterett.

---

<sup>148</sup> Arrowsmith (2014) s.1342

<sup>149</sup> HR-2013-288-U

Lovligheten av forbeholdet må vurderes i lys av grunnleggende prinsipper i anskaffelsesregelverket. I denne sammenheng vil konkurranse og effektiv bruk av samfunnets ressurser være sentralt. Hensikten for innbyder med et slikt forbehold er å begrense egen saksbehandling og sikre seg mot eventuelle erstatningssøksmål ved ulovlig utlevering. Selv om mindre ressurser blir benyttet på saksbehandling for den enkelte innbyder, må utgangspunktet være at samfunnet som helhet ikke vil være tjent med en utstrakt bruk av slike fraskrivelsesklausuler. Det vil kunne forstyrre konkurransen og gi bedrifter mindre insentiv til å investere i utvikling av bedriften.

Det foreligger et krav til forvaltningen om forsvarlig saksbehandling etter norsk rett.<sup>150</sup> Det er også oppstilt et lignende krav i EU-domstolens underrettspraksis, se T-533/11 avsnitt 300, hvor retten oppstiller en avklaringsregel på bakgrunn av «principle of sound administration».<sup>151</sup> Denne samtykkeklausulen innebærer en uthuling av leverandørenes rettigheter som normalt må anses som lite beskyttelsesverdig. Et generelt samtykke vil være en måte for innkjøpere å utnytte den sentrale posisjonen som det offentlige har i noen markeder. Hvis aktørene i bransjen er avhengig av offentlige kontrakter vil slike klausuler nærmest bli påtvunget. Selv om det kan tenkes tilfeller hvor innkjøper er så økonomisk presset at de anser klausulen som nødvendig. Er den klare hovedregelen at en slik klausul innebærer en utnyttelse av posisjonen i markedet som vil stride mot formålet med regelverket, og ikke tilfredsstillende kravene til forsvarlig saksbehandling. Videre er det naturlig å legge vekt på analogien fra konkurranse med forhandling.<sup>152</sup>

Under normale omstendigheter vil dermed en slik klausul være i strid med regelverket og kan ikke innebære en utvidet adgang for leverandørenes innsyn i konkurrenters forretningshemmeligheter.

#### **4.4 Oppsummering**

Basert på det overstående foreligger det normalt ikke adgang for leverandørene å få innsyn i forretningshemmeligheter på bakgrunn av innbyders vurdering. De er dermed henvist til innsyn etter offentlighetslova med de begrensinger som følger av fvl.§13(1) nr.2. Det er imidlertid klart at dette systemet har sine begrensinger.

I en spørreundersøkelse gjennomført av anbuds365, svarte 4 av 10 aktører at innsynet de får ikke dekker behovet ved kontroll av anskaffelsen. Flere aktører påstod at tilbudene «er til-

---

<sup>150</sup> bla. HR-2009-2055-A, HR-2016-2229-A

<sup>151</sup> Goller mfl. (2017) s.225

<sup>152</sup> Arrowsmith (2014) s.1342

nærmet svarte». <sup>153</sup> Svarene tyder på at leverandørene ikke nødvendigvis gjennom offentleglova får tilstrekkelig innsyn til å vurdere saken sin fullstendig. Det neste vi ser på er rekkevidden av unntaket fra taushetsplikten ved saksforberedelse for domstolen og KOFA.

## **5 Deltakernes innsynsrett i forretningshemmeligheter under saksgang**

### **5.1 Innledning**

Ved implementeringen av håndhevelsesdirektivet var utgangspunktet at håndhevelsen av rettigheter gitt i medhold av direktivet skulle baseres på leverandørens adgang til domstolstolene. <sup>154</sup> Det at domstolene er overprøvsorgan ved anskaffelser innebærer at håndhevelsesdirektivet stiller krav til norsk prosesslovgivning. I dette kapitlet behandles: I hvilken grad leverandørene har rett til innsyn i forretningshemmeligheter etter tvisteloven, hvorvidt denne ordningen ved håndhevelsen tilfredsstillende kravene i EØS-retten og hvilken betydning for leverandørene dette eventuelt får.

### **5.2 Unntak etter tvisteloven i taushetsplikten for forretningshemmeligheter**

Rettslig grunnlag for unntaket er tvl.§22-3. Bestemmelsen kommer som tidligere nevnt til anvendelse i forbindelse med saksgang, bevissikring utenfor rettssak og ved klage for KOFA. <sup>155</sup> Det er viktig å påpeke at verken KOFA eller domstolene er klageorgan for sensuren ved innsynsbejæringen jf. offl.§32. Dette innebærer at hvis leverandøren skal provosere opplysninger fremlagt etter tvl.§22-3 må dette knyttets opp mot et konkret krav. I saker for KOFA skal en generell anførsel om at innbyder har sensurert for store deler av tilbudet avvises som uhensiktsmessig for behandling etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser §9. <sup>156</sup>

Når det gjelder hvorvidt selve beslutningen om sensur kan overprøves av domstolene, vil dette bero på hvorvidt prosessforutsetningene i tvl.§1-3 er oppfylt. <sup>157</sup> For deltakere i offentlige anskaffelser er denne adgang av liten praktisk betydning. Dette først og fremst fordi prosessen vil være unødig kostbar og tidkrevende sammenlignet med bevisbejæring under rettssak eller bejæring om bevisfremleggelse utenom rettssak. Videre vil bevisadgangen også være mer begrenset enn ved bejæring etter tvistelovens §22-3. Problemstillingen vil derfor ikke bli nærmere behandlet i denne avhandlingen.

---

<sup>153</sup> Hovland (2018)

<sup>154</sup> NOU 2010:2 s.187

<sup>155</sup> Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser §11, tvl.kap.28

<sup>156</sup> KOFA 2016/166 KOFA 2014/101

<sup>157</sup> Aulstad (2018) s.516



Utgangspunktet er at taushetsplikten etter fvl.§13(1) nr.2 også gjelder ved saksgang jf. tvl.§22-3(1). Det følger HR-2016-1850-U avsnitt 24 at domstolen plikter å gjennomføre en selvstendig drøftelse om de aktuelle opplysningene er omfattet av taushetsplikten.

Etter ordlyden gir bestemmelsen en rett til å føre bevis, men det er uklart om bestemmelsens ordlyd oppstiller en adgang til å begjære bevis fremlagt.<sup>158</sup> «kan samtykke i at beviset føres når». Problemstillingen er ikke kommentert i forarbeidene.<sup>159</sup> Det følger imidlertid av fast rettspraksis at bestemmelsen også gir hjemmel for en plikt til bevisfremleggelse.<sup>160</sup> En annen løsning medfører en skjevhet mellom staten og saksøker vedrørende tilgang til bevis som vil være uheldig. Ordlyden må dermed på bakgrunn av rettspraksis tolkes utvidende til også å gjelde bevis tilgang.

### 5.2.1 Departementets vurderingen etter tvl.§22-3(2)

En ren ordlydsfortolkning gir anvisning på et fakultativt skjønn tillagt departementet under visse forutsetninger: «Samtykke kan bare nektes når bevisføring kan utsette staten eller allmenne interesser for skade eller virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighold». Spørsmålet er hvilke rammer bestemmelsen setter for departements vurdering.

Forarbeidene synes, i motsetning til ordlyden, å forutsette at bestemmelsen gir: «anvisning på en interesseavveining».<sup>161</sup> Forarbeidene gir uttrykk for at interessene som begrunner taushetsplikten skal vektes opp mot hensynet til sakens opplysning. Altså en objektiv vurdering basert på interessene i saken.

Videre følger det av 3. ledd at rettens vurdering skal være en overprøvelse av departementets vurdering.<sup>162</sup> Tvl.§22-3(3) gir retten kompetanse til både å overprøve aksept og nektelse av departementets samtykke til bevisfremleggelse.<sup>163</sup> Det vil dermed harmonere dårlig med systemet i bestemmelsen om vurderingen var en annen for departementet enn for domstolen. Det samme er lagt til grunn i Universitetsforlagets kommentarutgave til tvisteloven.<sup>164</sup>

Det følger av det overstående at vurderingen i tvl.§22-3(2) må forstås som en interesseavveining i likhet med domstolens vurdering. Etersom domstolen både vil overprøve beslutning

---

<sup>158</sup> Hjort (2015) s.61

<sup>159</sup> Nou 2001:32 B s.957-958, Ot.prp.nr 51 (2004-2005) s.457-478

<sup>160</sup> HR-2010-744-U, HR-2016-1850-U jf. Hjort (2015) s.160 fotnote 775

<sup>161</sup> Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.457

<sup>162</sup> Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.459

<sup>163</sup> Schei mfl. (2007) s.1069

<sup>164</sup> Ibid.

om nektelse og fremleggelse av opplysningen, har vurderingen uansett begrenset betydning for leverandørene. Det avgjørende for leverandørens adgang til å gjøre seg kjent med taushetsbelagte opplysninger er domstolens beslutning etter tvl.§22-3(3). For å unngå dobbeltbehandling vil jeg kun redegjøre for vurderingen etter tvl.§22-3(3).

### 5.2.2 Domstolens interesseavveining etter tvl.§22-3(3)

Ettersom bestemmelsen er ment å være en overprøvelse av vurderingen etter tvl.§22-3(2), vil det være en saksbehandlingsfeil å gjennomføre vurderingen uten først å forespørre departementet om samtykke jf. Hr-2016-1850-U. Departementets beslutning og begrunnelse vil være relevant for domstolens vurdering.<sup>165</sup>

Vurderingen er en interesseavveining hvor «hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning» skal vektes opp mot hverandre. Vurderingen er beskrevet av Høyesterett i RT-2010-1060-A: Saken omhandlet innsyn ved bevissikring utenom rettssak i personopplysninger som var underlagt taushetsplikt etter ekomloven §2-9. Selv om grunnlaget for taushetsplikten var et annet vil utgangspunktet for vurderingen være tilsvarende:

*«Ses bestemmelsene i paragrafen i sammenheng, blir det avgjørende for rettens vurdering etter tredje ledd om bevissikringen vil utsette staten eller allmenne interesser for skade, eller virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighold. Samtykke etter annet ledd vil ha betydning ved vurderingen. Men det følger av tredje ledd at retten skal foreta en selvstendig avveining mellom hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning. I avveiningen må retten blant annet sammenholde formålet med – og grunnlaget for – begjæringen med den etterspurte informasjonens art og omfang. Også hensynet til den tredjeperson som anses å ha krav på hemmelighold, må trekkes inn. Bestemmelsene i paragrafen bygger imidlertid på en forutsetning om at begjæringer skal etterkommes dersom hensynet til taushetsplikten finnes å måtte vike» avsnitt 48.*

Jeg vil nå gjennomgå de forskjellige momentene beskrevet i HR-2010-1060-A. Det avgjørende for vurderingen er hvorvidt det foreligger interesseovervekt for at leverandøren gis innsyn i den aktuelle opplysningen.

#### 5.2.2.1 Hensynet til den tredjeperson som anses å ha krav på hemmelighold

Dette momentet vil i stor grad sammenfalle med interessene som begrunner taushetsplikten. I HR-2010-1060-A ble det lagt vekt på at personer som var beskyttet av loven hadde begått straffbar fildeling. Ved offentlige anskaffelser er leverandørens interesser mer beskyttelses-

---

<sup>165</sup> RT-2010-1060-A avsnitt 48.

verdige. Det må også legges vekt på at forretningshemmeligheter har vern etter art. 21 i direktivet og har en sentral posisjon i EU/EØS-retten.<sup>166</sup>

Helt sentralt i vurderingen står den potensielle skadevirkningen ved at konkurrenten får tilgang til opplysningen. I denne sammenhengen er det viktig å presisere at opplysningene ikke vil bli offentliggjort, men at retten skal ilegge partene taushetsplikt og ha «lukkede dører» ved behandling av opplysningen jf. tvl.§22-12 (1).<sup>167</sup> Derfor vil forholdet mellom leverandøren som har innlevert tilbudet og saksøker være av særlig interesse. Det vil i denne sammenheng være sentralt i hvilken grad saksøkende leverandør er en stor konkurrent eller om markedet er oppdelt mellom mange små aktører.

Bedømmelsen av skadevirkningen er en hypotetisk vurdering hvor retten må sammenligne situasjonen med og uten tilbakeholdelse. I vurderingen av den konkurransemessige påvirkningen vil det være av betydning hvor sentral opplysningen er i den aktuelle virksomheten. Hvis opplysningen kan skade en inntektskilde som utgjør en stor del av omsetningen vil hensynet veie tungt.

I vurderingen av skadevirkningen vil det være relevant hvilke investeringer som ligger bak den aktuelle opplysningen. Antagelsen ligger i at opplysninger det ligger en betydelig investering bak vil gi et større markedsfortrinn. Interessen vil for eksempel veie tungt hvis opplysningen gir konkurrentene innsikt i et omfattende logistikk og leveringsnettverk, som det vil være krevende for konkurrentene å utvikle. Slike opplysninger vil kunne medføre et markant markedsfortrinn, ettersom konkurrentene muligens ikke vil være i stand til å utvikle en bedre løsning. I motsatt tilfelle, at opplysningen krever lite ressurser å utvikle, vil markedsfortinnet fort bli innhentet av konkurrentene slik at opplysningens skadevirkning vil være av mindre.

For vurderingen av skadevirkningen vil den tiden som har gått fra tilbudet ble inngitt til bevisbegjæringen kunne være av stor betydning. Et eksempel hvor dette ble lagt vekt på er HR-2009-1789-U som omhandlet en innsynsbegjæring etter tvl.§22-10.<sup>168</sup> Spørsmålet i saken var om 3-7 år gamle strategidokumentene fortsatt hadde konkurransemessig betydning. Førstvotende uttalte «at det i saka no er tale om opplysning om tilhøve som ligg ein del attende, vil svekke behovet for hemmeleghald»<sup>169</sup>. Høyesterett kom likevel til at strategidokumentene skulle vernes ettersom de ville belyse «generelle metodar og måtar å håndtere spørsmål

---

<sup>166</sup> C-450/06

<sup>167</sup> Schei mfl.(2007) s.1070

<sup>168</sup> §22-10 oppstiller en lignende interesseavveining

<sup>169</sup> HR-2009-1789-U avsnitt 37

på»<sup>170</sup>. Det følger av uttalelsen at tidsmomentets betydning vil være avhengig av opplysningens art. Videre kan det utledes av kjennelsen at strategiske vurderinger, i motsetning til fastsatt pris, vil ha betydning lengre frem i tid.

Tidsmomentets vekt vil i stor grad være knyttet til hurtigheten av utviklingen i den aktuelle bransje. I noen bransjer er utviklingen så hurtig at priser gitt for kun ett år siden ikke vil ha noen konkurransemessig betydning å hemmeligholde. I andre bransjer vil utgangspunktet være det motsatte. I Sak LB-2015-1311, som tidligere nevnt, la lagmannsretten vekt på at «prisendringene ikke har vært særlig store i den aktuelle tidsperioden». Hvis man som her legger til grunn at utviklingen i bransjen mer eller mindre står stille i denne perioden vil tidsmomentet få en begrenset vekt. I bransjer med stor utvikling, for eksempel IT-bransjen, vil tidsmomentet kunne få stort gjennomslagskraft i interesseavveiningen.

#### 5.2.2.2 Vil utsette staten eller allmenne interesser for skade

Dette momentet vil ofte komme litt i bakgrunnen i vurderingen. Det er imidlertid klart at stor grad av gjennomsiktighet vil kunne skade konkurranse og dermed gevinsten av å konkurranseutsette offentlige kontrakter.<sup>171</sup> Det vil derfor av hensyn til allmenne interesser være viktig å forhindre at konkurrenter får et innblikk i hverandres forretningsforhold og særlig hvordan konkurrentene priser tilbudene. I motsetningen til vurderingen i fvl.§13(1) nr.2 følger det klart av ordlyden at det er anledning til å vektlegge allmenne interesser.

Ved vurderingen av vekten til disse interessene vil det aktuelle markedet være av særlig betydning. I noen markeder vil konkurransen særlig være utsatt for vridning ved kommunikasjon til saksøker. Dette enten på grunn av få aktører eller hyppigheten av utlysning av tilsvarende kontrakter. I et slikt marked vil forretningshemmeligheter enklere være egnet til å påvirke både konkurransen og den enkelte leverandør. Momentet vil særlig veie tungt i et marked med bare to eller noen få aktører.

Et eksempel på et slikt marked var markedet for radiologiske tjenester i KOFA 2015/143. Saken omhandlet begrunnelsesplikt ved en konkurranse om slike tjenester. Spørsmålet i saken var om totalprisen var omfattet av taushetsplikten. Etersom dette er tjenester hvor det privat marked er svært begrenset, la nemnda vekt på den store betydningen kontraktene med det offentlige hadde for aktørene. Kontraktene var delt inn i syv geografiske områder. På fem av disse områdene var det kun to aktører. På grunn av situasjonen fikk vinneren av konkurransen kun 60% av kontrakten. Dette åpnet for en spesiell form for strategi, ved å enten satse på ho-

---

<sup>170</sup> Ibid.

<sup>171</sup> Graells (2013) punkt 1.

veddelen eller den mindre delen av kontakten. Det kunne derfor være særlige skadelig for konkurransen å formidle prisene til aktørene. KOFA konkluderte i saken med at hemmelighold var helt avgjørende for å opprettholde konkurransen i markedet. Denne vurderingen har overføringsverdi til vurderingen etter tvl.22-3(3). I en slik situasjon vil den allmenne interessen få en betydelig vekt, ettersom offentliggjøring av totalprisen vil kunne skade gevinsten av å konkurransenutsette kontraktene.

Selv om dette momentet kan få betydning ved opplysninger som kan ha en betydelig innvirkning på markedet. Vil stort sett risikoen for markedsvridning komme litt i bakgrunnen når innsynsbegjæringen er knyttet til et spesifikt krav og kun omhandler én leverandørs begjæring.

### *5.2.2.3 Betydningen opplysningen har for saken.*

Et grunnvilkår for at unntak fra taushetsplikten skal være aktuelt er at opplysningen har betydning for saken. Hvis opplysningen ikke er nødvendig for domstolens avgjørelse skal opplysningene ikke legges frem.<sup>172</sup> I underrettspraksis har det vært lagt vekt på hvorvidt alternative bevismetoder anses som tilstrekkelig for domstolens vurdering. Dette ved for eksempel å kunne klargjøre hvordan poengutmålingen ble gjennomført ved fremleggelse av modellen og vitneavhør, se LB-2016-94890. Hvis dette er et fullverdig alternativ, må hensynet til sakens opplysning vike. Det er imidlertid klart at vitneavhør ikke vil gi den samme adgangen til å overprøve oppdrags-givers vurdering som ved innsyn i beslutningsgrunnlaget. Ansatte som har jobbet med anskaffelsen og vurdert tilbudene vil ofte ha en interesse i at retten ikke underkjenner konkurransen. Bevisverdien av vitneavhør vil derfor være mindre enn innsyn i tilbudene.

I vurderingen om alternative bevismetoder anses tilstrekkelig, har det i underrettspraksis vært lagt vekt på om opplysningen omhandler beslutninger retten har full adgang til å overprøve eller er innenfor det innkjøpsfaglige skjønnet. I LB-2016-94890 ble det lagt vekt på at opplysninger om gjennomføringsevnen bare var relevant for overprøvelse av det innkjøpsfaglige skjønnet som: «retten bare i begrenset grad vil kunne overprøve».<sup>173</sup> Lagmannsretten fant i saken at alternativ bevisførsel måtte anses tilstrekkelig. På tross av den begrensede overprøvelses adgangen, vil retten alltid ha en viss anledning til å overprøve det innkjøpsfaglige skjønnet, slik at beslutningsgrunnlaget fortsatt vil ha betydning for saken.<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> Se bla. KOFA 2013/50, KOFA 2010/211

<sup>173</sup> LB-2016-94890

<sup>174</sup> Goller mfl. (2017) s.242-243.

Uavhengig av hvilken del av beslutningsgrunnlaget opplysningen er knyttet til må det gjøres en vurdering med tanke på hvilke anførsler som fremmes og hvilke betydning forretningshemmeligheten vil ha for påstandsgrunnlaget til disse anførslene. I denne vurderingen vil det være sentralt hvorvidt opplysningen er grunnlag for en anførsel eller bare støtter oppunder den bevismaterien som allerede foreligger i sakens dokumenter.

Et eksempel på denne vurderingen er LB-2015-1311. I saken mente leverandøren at de var urettmessig avvist for unormalt lav tilbudspris, etter FOA §20-13e, for prising på enkelte enhetsposter. Saksøker krevde innsyn i konkurrentenes prisskjema. Dette primært for å belyse at dette var normal praksis i bransjen, slik at deres enhetspriser ikke kunne anses som «unormalt lave». Subsidiært at det ikke var gjort en «saklig og forsvarlig behandling» av tilbudene, etter som flere av konkurrentene hadde priset på tilsvarende måte.<sup>175</sup>

Ved vurderingen knyttet til den primære anførselen la lagmannsretten til grunn at: «Utforming av fem eller seks prisskjemaer i en enkelt anbudskonkurranse kan neppe være av særlig betydning ved den generelle tolkningen av § 20-13 annet ledd litra c»<sup>176</sup>. Vurderingen belyser et tilfelle hvor opplysningen kun ville støtte oppunder påstandsgrunnlaget som partene allerede hadde tilgang til. Videre ved den subsidiære anførselen, hvor opplysningene var mer avgjørende, konkluderte lagmannsretten med at opplysningene: «Vil være av en viss interesse å sammenligne enhetsprisene i de forskjellige tilbudene». Lagmannsretten tar i saken for seg de enkelte anførslene og muligheten for å kunne gjøre en forsvarlig vurdering på bakgrunn av opplysningene som allerede foreligger i saken, før de vurderer opplysningens betydning for vurderingen av anførselen.

Faren for en uriktig avgjørelse vil her være et sentralt hensyn. Det følger av tidligere drøftelser at håndhevelsesdirektivet oppstiller krav til innsyn for å sikre effektiv håndhevelse. I motsetning til LB-2015-1311 hvor retten fant at det kun var av en «viss interesse», vil det i enkelte saker være helt avgjørende å få tilgang til sensurerte opplysninger. I et slikt tilfelle vil interessen få vesentlig vekt.

### 5.2.3 Oppsummering innsynsretten etter tvisteloven.

Det følger av det overstående at i interesseavveiningen vil skadevirkningen opplysningen får være særlig sentral. I denne sammenheng får både konsekvensene for den enkelte leverandør og markedet som helhet betydning. Ved vurderingen av interessen i å få opplysningen fremlagt må domstolen sette seg godt inn i kravet og bevissituasjonen i saken. Det er av særlig

---

<sup>175</sup> LB-2016-14778

<sup>176</sup> LB-2015-1311

betydning hvorvidt domstolen kan gjennomføre en forsvarlig vurdering basert på dokumentene i saken.

Interesseavveiningen innebærer at ingen opplysninger har et absolutt vern. Domstolen kan i prinsippet frigi alle opplysninger forutsatt at interessen bak innsynsretten er stor nok. Dette er imidlertid i strid med vernet som anskaffelsesdirektivet oppstiller i art. 21. Spørsmålet videre er om EØS-retten får betydning for tolkningen av tvl.§22-3(3). For å besvare dette er det nødvendig å se på hvilke krav håndhevelsesdirektivet oppstiller til innsyn ved prosess.

### **5.3 EØS-rettens krav til innsyn ved prosess**

De norske reglene innebærer enten at domstolen kommuniserer forretningshemmeligheten til konkurrent slik at opplysningen kan føres som bevis, alternativt at taushetsplikten opprettholdes slik at forretningshemmeligheten ikke blir kommunisert til partene eller vektlagt ved avgjørelsen av domstolen. Spørsmålet for drøftelsen er om leverandørens manglende mulighet til å inkludere opplysninger i domstolens beslutningsgrunnlag er i konflikt med kravene til effektiv håndhevelse etter EØS-retten.

Håndhevelsesdirektivet stiller som tidligere nevnt krav til effektiv håndhevelse av rettigheter gitt i medhold av anskaffelsesdirektivet. I en forlengelse av dette har EU-domstolen i sak C-450/06 oppstilt regler om overprøvelsesorganets tilgang til beslutningsgrunnlaget.

#### **5.3.1 Eøs-rettens krav til overprøvelsesorganets adgang til oppdragsgivers beslutningsgrunnlag etter C-450/06**

I Varec-saken blir kravet til art.1 i håndhevelsesdirektivet og kravet til taushetsplikt for forretningshemmeligheter harmonisert. Spørsmålet i saken var om overprøvelsesorganet har mulighet til å kunne vektlekke hele beslutningsgrunnlaget til tilbyder, samtidig som de delene av dokumentet som inneholder forretningshemmeligheter ikke blir kommunisert til klager.

I saken anførte Varec at en ordning hvor klager ikke har tilgang til domstolens beslutningsgrunnlag ville stride mot prinsippet om kontradiksjon etter EMK art. 6. ECJ balanserer prinsippet mot andre grunnleggende rettigheter herunder EMK art. 8 og forretningshemmeligheter som et alminnelig prinsipp i EU retten. På bakgrunn av dette fant ECJ at klager ikke i medhold av kontradiksjonsprinsippet har en absolutt rett på innsyn i dokumenter som domstoler legger vekt på.

ECJ uttalete videre at:

*“The principle of the protection of confidential information and of business secrets must be observed in such a way as to reconcile it with the requirements of effective legal protection and the rights of defence of the parties to the dispute (see, by analogy, Case C-438/04 Mobistar [2006] ECR I-6675, paragraph 40) and, in the case of judicial review or a review by another body which is a court or tribunal within the meaning of Article 234 EC, in such a way as to ensure that the proceedings as a whole accord with the right to a fair trial.*

*To that end, the body responsible for the review must necessarily be able to have at its disposal the information required in order to decide in full knowledge of the facts, including confidential information and business secret”*

Etter dette konkluderte ECJ ikke bare med at ordningen var lovlig. ECJ la vekt på både «effective legal protection» (effektivitetsprinsippet) og «fair trial» etter EMK art.6 og konkluderte med at overprøvingsorganet må ha «*at its disposal the information required in order to decide in full knowledge of the facts*». Videre la de også vekt på en analogi fra C-438/04 som omhandlet overprøvingsorganet ved direktiv for «universal service and users’ rights relating to electronic communications networks and service». ECJ konkluderte i saken med et tilsvarende krav basert på en harmonisering av klagers rett til en «effective appeal mechanism»<sup>177</sup> med tredjemanns rett etter til «confidentiality»<sup>178</sup> ved forretningshemmeligheter. I likhet med C-450/06 er kravet som oppstilles et resultat av en samordning av de til dels motstridende reglene som oppstilles i direktivet.

### 5.3.2 Uttrykker saken gjeldende rett?

Det ble i saken ikke prosedert på den store inngripen uttalelsen ville ha i nasjonal prosessautonomi for stater med bevisumiddelbarhet og hvor partene har disposisjon over egen sak. Dette og at avgjørelsen er fra en del tid tilbake trekker i retningen av at avgjørelsen har mindre vekt. På den andre siden følger uttalelsen opp tidligere ECJ-praksis fra andre rettsområder, noe som styrker avgjørelsens vekt.<sup>179</sup>

Avgjørelsen har som tidligere nevnt blitt kritisert for rettskildebruken og tolkningen av EMK art. 8 (se kapittel 3.3.1). Hvorvidt forretningshemmelighet er omfattet av EMK art.8 er imidlertid ikke avgjørende for resultatet. Det som ble avgjørende for resultatet er ECJs forståelse av EMK art. 6 og særlig rekkevidden av kontradiksjonsprinsippet. I C-450/06 konkluderte ECJ etter en kort drøftelse at saksøkers adgang til bevisgrunnlaget etter EMK art. 6 ikke er

---

<sup>177</sup> Direktiv 2002/21/EC art. 4(1)

<sup>178</sup> Direktiv 2002/21/EC art. 5(3)

<sup>179</sup> C-438/04



absolutt. ECJ viser i denne sammenheng til to EMD avgjørelser som begge omhandler straffeprosess. *V mot Finland* og *Rowe & Davis mot Storbritannia*. I begge dommene oppstiller EMD et kontradiksjonsprinsipp og et prinsipp om «equality of armes». Prinsippene innebærer at begge parter gis de samme muligheter til kunnskap og anledning til å imøtegå bevisgrunnlaget. EMD slår i begge saken fast at prinsippene ikke er absolutte.<sup>180</sup> Det er ingen holdepunkter for at disse prinsippene skulle strekke seg lengre ved sivilprosess enn ved straffeprosess. Det er dermed i utgangspunktet ikke noe å usette på rettskildebruken til ECJ når de oppstiller kontradiksjonsprinsippets rekkevidde.

På tross av kritikk angående tolkningen av EMK art. 8 er det er i juridisk teori av flere forfattere lagt til grunn at dommen gir uttrykk for gjeldende rett.<sup>181</sup> Dette legges også til grunn i en tolkingsuttalelse av lovavdelingen.<sup>182</sup> I mangel på andre holdepunkter må uttalelsen anses som et uttrykk for gjeldende rett. I spørsmålet om hvilken betydning uttalelsen har for norsk rett er det særlig to spørsmål av interesse. Hvilke krav ligger i uttrykket «at disposal» og i kravet om «full knowledge of the facts»

### 5.3.3 Hva skal til for at anbudsdokumentene er «At disposal» for overprøvelsesorganet

Etter tvisteloven disponerer partene over sakens faktum jf. tvl.§11-2. De dokumentene som ikke «gjennomgås» i retten etter tvl.§26-2, kan retten heller ikke legge vekt på i sin avgjørelse. Jf §11-2(1) 2. punktum. Spørsmålet er hvorvidt denne ordningen tilfredsstillende kravet til at domstolene må ha anbudsdokumentene «at disposal».

En naturlig fortolkning av «at disposal» vil være at domstolen må ha full disposisjon over bevisgrunnlaget i saken. Uttalelsen må imidlertid tolkes på bakgrunn av utgangspunktet ved krav til håndhevelsen av EØS-retten. Som nevnt innebærer prinsippet om nasjonal prosessautonomi at nasjonalstatene gis et visst spillerom ved utformingen av håndhevelsesmekanismer.<sup>183</sup> I fravær av konkrete prosessbestemmelser griper EØS-retten først inn i nasjonal prosesslovgivning hvis regelen har innvirkning på aktørenes rett til effektiv håndhevelse av rettigheter gitt i EØS-lovgivningen.

Etter norsk rett kan partene velge hvilke bevisgrunnlag domstolen skal vektlegge. Domstolen har også anledning til å provosere fremlagt bevis jf. tvl.§21-3(2) 2. punktum, med mindre begge parter motsetter seg dette. Det er derfor naturlig å betrakte eventuelle mangler i rettens

---

<sup>180</sup> *V mot Finland* avsnitt 76 *Rowe and Davis mot Storbritannia* avsnitt 61.

<sup>181</sup> Bovis (2015) s.576 og Arrowsmith (2014) s.1381

<sup>182</sup> Lovavdelingen (2010) punkt 3.

<sup>183</sup> C-13/01 avsnitt 49

beslutningsgrunnlag som en fraskrivelse av en rett til å føre relevant bevis. Partenes disposisjon over saken griper dermed ikke inn i leverandørens rett til effektive håndhevelse.

Det er dermed ikke naturlig å tolke «at disposal» så strengt at retten må kunne vektlegge opplysninger selv når partene velger å ikke gjøre de tilgjengelige. Utgangspunktet er derfor at domstolen har «at disposal» alle dokumenter som partene har anledning til å føre.

#### 5.3.4 Hva innebærer kravet om «full knowledge of the facts»

Spørsmålet er i hvilken grad domstolen kan anses å være i «full knowledge» når leverandøren ikke har anledning til å inkludere visse opplysninger fra innkjøpers beslutningsgrunnlag i påstandsgrunnlaget. Ut ifra en rimelig fortolkning av kravet til «full knowledge of the facts» foreligger det to tolkningsalternativer. At overprøvelsesorganet må ha «at disposal» alle opplysninger knyttet til saken, eller kun de opplysningene som er relevante for organets overprøvelse.

Uttalelsen må tolkes i lys av de to rettskildene som ECJ anvender for å oppstille regelen. Effektivtetsprinsippet og «fair trial» etter EMK art. 6.

Effektivtetsprinsippet oppstiller et krav om at håndhevelse ikke må være “practically impossible or excessively difficult”. Det er dermed en viss terskel før håndhevelsesdirektivet oppstiller krav som griper inn i den nasjonale prosessautonomien. Det er ikke grunnlag for å begrunne en regel om at overprøvelsesorganet må ha tilgang til alle opplysninger i kravet om effektiv håndhevelse, kun de som er av betydning for avgjørelsen.

Videre er spørsmålet om kravet etter EMK art.6 kan strekke seg enda lengre. Bestemmelsen stiller krav til nasjonale prosessregler i likhet med effektivtetsprinsippet. For sivilprosessen er det særlig kravet om «access to courts» som kan begrunne et krav om domstolens adgang til bevis jf. EMK art. 6 nr 1. EMD har i saken Zubac mot Kroatia formulert kravet: «Article 6 § 1 secures to everyone the right to have a claim relating to his civil rights and obligations brought before a court»<sup>184</sup>. EMD har i kravet om «access to courts» særlig lagt vekt på at adgangen til domstolsbehandling ikke skal være illusorisk: «The right of access to a court must be “practical and effective”, not “theoretical or illusory”»<sup>185</sup>. I juridisk teori har dette blitt omtalt som en effektiv adgang til domstolene.<sup>186</sup> Altså har EMK art. 6 en noe tilsvarende rekkevidde som effektivtetsprinsippet etter EØS-retten.

---

<sup>184</sup> Zubac mot Kroatia avsnitt 76

<sup>185</sup> Zubac mot Kroatia avsnitt 77, følger også av Airely mot Irland avsnitt 24

<sup>186</sup> Strand (2016) s.146 Kjølbro (2007) s331

Selv om en tilbakeholdelse av informasjon kan vanskeliggjøre håndhevelsen, kan ikke taushetsplikten for forretningshemmeligheter i seg selv innebære at håndhevelsen blir illusorisk, eller på annen måte ikke anses som rettferdig. Etter EMD praksis kan staten gjennomføre tiltak som griper inn i rettigheten til «access to courts» hvis reglen: «pursue a legitimate aim» og er proporsjonalt.<sup>187</sup> Det er dermed ikke grunnlag som tilsier at EMK art. 6 oppstiller noen strengere regel om bevis tilgang enn effektivitetsprinsippet.

Uttalelsen i Varec saken må tolkes på bakgrunn av EMDs forståelse av «access to courts» og effektivitetsprinsippet sammen med utgangspunktet om nasjonal prosessautonomi. Det er dermed naturlig å tolke uttalelsen innskrenkende, slik at kravet om tilgang til dokumenter begrenser seg til de tilfeller hvor opplysningen har betydning for utfallet av saken. Tilsynelatende inntar også Arrowsmith denne fortolkningen av utsagnet, uten at ordlyden i C-450/06 er drøftet: «National review bodies must themselves have access to the relevant information to determine the case».<sup>188</sup>

Dermed oppstiller ikke håndhevelsesdirektivet et krav om en absolutt tilgang for domstolene til oppdragsgivers beslutningsgrunnlag. Selv om en slik forståelse av C-450/06 medfører et lempeligere krav til nasjonal prosesslovgivning. Er fortsatt dagens rettstilstand, med at leverandøren ikke nødvendigvis har anledning til å inkludere relevante opplysninger fra konkurrerende tilbud i påstandsgrunnlaget, i strid med uttalelsen. Videre blir spørsmålet hvilken betydning dette får for tolkningen av tvl.§22-3(3).

#### **5.4 EØS-rettens betydningen for leverandørenes rettsstilling**

Spørsmålet av relevans for avhandlingens problemstilling er om leverandørene kan påberope seg kravene som er formulert i C-450/06 og kreve at domstolen får tilgang til relevante deler av beslutningsgrunnlaget til oppdragsgiver. I likhet med drøftelse i punkt 3.3.4 er det ikke snakk om motstrid med en bestemmelse inntatt i norsk rett, slik at motstriden må eventuelt løses etter presumsjonsprinsippet.<sup>189</sup>

For det første er det klart at det ikke uten en lovendring er anledning til å tilsidesette bevismiddelbarhetsprinsippet etter tvl.§11-2(1) og tvl.§22-6, til fordel for en løsning som den belgiske forvaltningsdomstolen. Altså å fremlegge bevis for domstolens beslutning uten at leverandøren selv får innsyn. Det vil innebærer et klart brudd med det dualistiske prinsipp å til-

---

<sup>187</sup> Zubac mot Kroatia avsnitt 77,

<sup>188</sup> Arrowsmith (2014) s.1381

<sup>189</sup> HR-2009-49-B

sidesett klar lovtekst til fordel for en uttalelse fra ECJ.<sup>190</sup> Dette er også lagt til grunn i et tolkningsnotat fra lovavdelingen:

*«Hvorvidt det er en motstrid her som bør føre til endringer i de norske saksbehandlingsreglene for tvister om offentlige anskaffelser, og eventuelt hvordan en slik motstrid skal løses, må eventuelt vurderes i en alminnelig lovendringsprosess.»<sup>191</sup>*

Spørsmålet er hvorvidt interesseavveiningen i §22-3 må tolkes slik at informasjon som er essensiell for håndhevelsen av regelverket ikke blir tilbakeholdt. Problemet med en slik fortolking er at det vil innebære et brudd med kravet til taushetsplikten etter direktiv 2014/24/EU art. 21.

Det følger av sak C-450/06 at art. 21 også gjelder ved prosess for domstolene.<sup>192</sup> Dette innebærer at ved en situasjon hvor saksøkende leverandør begjærer en forretningshemmelighet fremlagt som er nødvendig for håndhevelsen. Vil utfallet av vurderingen etter tvl.§22-3 enten medføre brudd på ECJs krav til overprøvelsesorganets tilgang på beslutningsgrunnlaget, eller brudd på vernet av forretningshemmeligheter etter art. 21. I et slikt scenario kan ikke disse kravene harmoneres gjennom en tolkning av tvl.§22-3.

Ettersom det i disse tilfellene uansett utfall vil lede til brudd på Norges folkerettslige forpliktelser, må det legges til grunn at presumsjonsprinsippet ikke vil få noen særlig betydning for tolkning av tvl.§22-3. Det virker som om ECJ finner at balansen mellom art. 21 og effektiv håndhevelse, kun kan ivaretas med en løsning slik Belgia har utformet. Dette innebærer at leverandørene mest sannsynlig ikke vil bli hørt ved å påberope uttalelsene i C-450/06. Domstolen vil mest sannsynlig falle tilbake på norsk internrett og gjennomføre interesseavveiningen etter tvl.§22-3 uavhengig av EØS-retten.

## 6 Oppsummering

Oppgaven har forsøkt å gi en analyse av i hvilken grad deltakernes adgang til oppdragsgivers beslutningsgrunnlag er begrenset på grunnlag av konkurrenters forretningshemmeligheter.

Det følger av avhandling at det går et skille mellom leverandørens tilgang til beslutningsgrunnlaget ved saksgang og utenfor saksgang. Forvaltningssaker skiller seg i denne sammenheng fra domstolsbehandling ved at det i forvaltningssaker er anledning for myndighetene å fatte avgjørelser på grunnlag av opplysninger som ikke er kommuniserer til partene. Etter

---

<sup>190</sup> Bla. Grl.§26 og HR-2000-49-B.

<sup>191</sup> Lovavdelingen (2010) spørsmål 2

<sup>192</sup> Bovis (2015) s.576 og Arrowsmith (2014) s.1381

norske sivilprosess finnes det ikke en tilsvarende adgang ved saksgang.<sup>193</sup> Dette medfører at konsekvensen av taushetsplikten blir større ved rettssak.

Når det gjelder vurderingen av hvilke opplysninger som anses som forretningshemmelighet er utgangspunktet for vurderingen den samme uavhengig av om innsynsbegjæringen er gjort i forbindelse med rettssak. Det stilles krav til opplysningens art og den konkurransemessige betydningen av opplysningen. Vurderingstemaet kan være både tidkrevende og er utpreget konkret. Vilråene som oppstilles er derfor bedre egnet for vurdering av domstolen, hvor man har kapasitet til å vurdere omstendighetene rundt en konkret opplysning. Utenfor rettssak vil både det at innsynsbegjæringen ikke trenger å knyttes til et konkret krav og at enhver kan begjære innsyn medføre at prosessen blir vesentlig mer tidkrevende. Etter gjeldende rett medfører en innsynsbegjæring at oppdragsgiver må overprøve hver enkelt opplysning opp mot hver enkelt bedrift.

Hvis vurderingen skal gjennomføres lojalt, slik forutsatt i lovtekst og rettspraksis, må innbydere sette av en betydelig mengde arbeidstimer i hver eneste anskaffelse. Når vurderingen er lik uavhengig av interessen bak innsynsbegjæringen synes jeg det er betimelig å stille spørsmålet om mer standardiserte regler er mer hensiktsmessige. Ved for eksempel at enkelte opplysninger uansett anses som forretningshemmelighet og en konkret vurdering kun blir gjennomført hvis innsynsbegjæringen blir gjort ved en særskilt interesse. Slik reglene er utformet nå koster de nok mer enn de smaker.

Regelverket er i denne forbindelse preget av at det ikke er utformet særskilt med tanke på anskaffelser. Noe som også medfører en risiko for avvik i forhold til Norges EØS-rettslige forpliktelser. Dette gir særlig utslag ved interesseavveiningen etter tvisteloven. Slik som det fremgår av kapittel 5 er ikke tvisteloven §22-3 i henhold til Norges forpliktelser etter anskaffelsesdirektivet, uten at dette får noen betydning for deltakernes rettsstilling.

For å oppsummere er interessene til leverandørene relativt godt vernet etter gjeldende regelverk. Både deres behov for vern av forretningshemmeligheter og deres behov for innsyn ved håndhevelse blir stort sett møtt. Det kan imidlertid være hensiktsmessig for lovgiver å se på hvorvidt det i noen tilfeller er å foretrekke om domstolene, i likhet med forvaltningen, kan ta forretningshemmeligheter i betraktning uten at disse blir kommunisert til partene. En slik løsning vil muligens være mer hensiktsmessig enn at dommeren skal avgjøre saken på et mangelfullt grunnlag, eller at tredjemann skal lide et betydelig økonomisk tap. En slik løsning vil nok imidlertid møte betydelig motstand. Kontradiksjon har en særlig sentral plass i vårt retts-

---

<sup>193</sup> Bernt(2010) s. 267

systems sannhetssøken, og er omtalt av Høyesterett som «grunnsetningen i vår rettergang» jf. RT 1990 s.8. Det kan likevel tenkes at lovgiver finner at vern av forretningshemmeligheter og Norges folkerettslige forpliktelser er så viktige at selv en slik grunnsetninger må vike.

## Litteraturliste

### Internasjonale kilder

#### Konvensjoner:

EU- pakt om grunnleggende rettigheter.	CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION (2012/C 326/02)
TRIPS-avtalen	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)
TEUV	Traktaten om Den europeiske unions virke-måte
EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon
Direktiver	
Direktiv 2016/943/EU	Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure
Direktiv 2014/24/EU	Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC
Direktiv 2002/21/EC	Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services
Direktiv 93/36/EEC	Council Directive 93/36/EEC of 14 June 1993 coordinating procedures for the award of public supply contracts
Direktiv 89/665/EEC	Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 on the coordination of the laws,

regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts

### **Internasjonal rettspraksis.**

#### **EU-domstolen/EFTA domstolen:**

Joined Cases T-339/10 and T-532/10:	Cosepuri v EFSA	ECLI:EU:T:2013:38
C-450/06	Varec SA v Belgian State	ECLI:EU:C:2007:643
C-438/04	Mobistar SA v Institut belge des services postaux et des télécommunications	ECLI:EU:C:2006:463
C-13/01	Safalero Srl v. Prefetto di Genova	ECLI:EU:C:2003:447
C-92/00	Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) v Stadt Wien.	ECLI:EU:C:2002:379
C-324/98	Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG, joined party: Herold Business Data AG	ECLI:EU:C:2000:669
T-353/94	Postbank NV v Commission of the European Communities	ECLI:EU:T:1994:288
C-36/92	Samenwerkende-Elektriciteits-Productiebedrijven (SEP) NV v Commission of the European Communities	ECLI:EU:C:1994:205
C-53/85	AKZO Chemie BV and AKZO Chemie UK Ltd v Commission of the European Communities.	ECLI:EU:C:1986:256
E-2/03	by Ákærvaldið (The Public Prosecutor) against Ásgeir Logi Ásgeirsson, Axel Pétur Ásgeirsson and Helgi Már Reynisson	62003EJ0002 603EJ0002

#### **EMD-praksis :**

Zubac mot Kroatia.	CASE OF ZUBAC v. CROATIA, Application no. 40160/12.05/04/2018
V mot Finland	CASE OF V. v. FINLAND, Application no. 40412/98, 24/07/2007
Peck mot UK	CASE OF PECK v. THE UNITED KINGDOM, Application no. 44647/98, 28/04/2003
Société Colas Est. Mot Frankrike	CASE OF SOCIÉTÉ COLAS EST AND OTHERS v. FRANCE, Application no. 37971/97,16/07/2002
Rowie & Davis mot Storbritannia	CASE OF ROWE AND DAVIS v. THE UNITED KINGDOM, Application no. 28901/95 16/02/2000
Niemietz mot tyskland,	CASE OF NIEMIETZ v. GERMANY, Application no. 13710/88, 16/12/1992
Airey mot Irland	CASE OF AIREY v. IRELAND, Application no. 6289/73 06/02/1981

## Norske Kilder

### Lover og Forskrifter:

2016	Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)
2016	Forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)
2006	Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova)
2005	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
1992	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
1967	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
1814	Kongeriket Norges Grunnlov

### Forarbeider:

Ot.prp.nr.3 (1976-1977)	Om lov om endringer i lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker
-------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------



	(regler om taushetsplikt m. m
Ot.prp.nr. 51 (2004-2005)	Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven
Ot.prp.nr. 102 (2004-2005)	Om lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova
Ot.prp. nr. 71 (1997-1998)	Om lov om offentlige anskaffelser
Ot.prp. nr. 116 (2001-2002)	Om lov om rett til miljøinformasjon og deltakelse i offentlige beslutningsprosesser av betydning for miljøet (miljøinformasjonsloven
Ot.prp. nr 38 (1964-1965)	Om lov om behandlingsmåten i forvaltningsaker (forvaltningsloven
Prop. 12. L (2011-2012)	Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett)
NOU 2014:4	Enklere regler – bedre anskaffelser Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket
NOU 2010:2	Håndhevelse av offentlige anskaffelser
NOU 2001:32, A,	A Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
NOU 2001:32 B	NOU 2001:32 B Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
NOU 1997 s.96	Offentlige anskaffelser

**Rettspraksis:**  
HR-2016-2229-A

HR-2016-1850-U  
HR-2010-744-U  
HR-2010-562-A  
HR-2010-1060-A  
HR-2009-2055-A  
HR-2009-1789-U  
HR-2007-2114-A  
HR-2000-49-B.  
HR-1998-80-B  
RT-1990-8  
LF 2012-133448,  
LF 2008-82111,  
LB 2016-94890,  
LB 2016-69346,  
LB 2016-6286  
LB 2015-1311  
LB 2012-60134,  
TINTR-2011-57802

**Avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser – KOFA:**

KOFA 2016/166  
KOFA 2015/143  
KOFA 2013/50.  
KOFA 2011/265  
KOFA 2011/154  
KOFA 2010/294  
KOFA 2010/211  
KOFA 2008/87  
KOFA 2008/208  
KOFA 2007/2  
KOFA 2007/104  
KOA 2005/300

Avgjørelser fra Sivilombudsmannen:

Sivilombudsmannen (2010/65)  
Sivilombudsmannen (2009/1960)  
Sivilombudsmannen (2008/521)

Sivilombudsmannen (2002/5)

## **Faglitteratur.**

### **Bøker:**

- Arrowsmith (2014) Arrowsmith, Sue, The law of public and utilities procurement : regulation in the EU and UK : Vol. 1, 3. Utgave, London, Sweet & Maxwell, 2014,
- Alpin(2014) Nari Lee (Editor) mf Intellectual Property, Unfair Competition and Publicity: Convergences and Development Nari Lee (Editor) mf. Kap 8 av Tanya Alpin Utgave 1. Cheltham, Edward Elgar Publishing Limited 2014.
- Aulstad (2018) Aulstad, Johan Greger, Innsynsrett, 1.utgave,Bergen, Fagbokforl. 2018.
- Berg (2012) Claus Berg, Udbudsret i byggeriet, 1. utgave, København, Juris- og Økonomforbundets Forlag. 2012.
- Bernt (2010) Bernt, Jan Fridhjof og Ørnulf Rasmussen, Frihagens Forvaltningsrett, 2. utgave bergen, Fagbokforlaget, 2010.
- Bernt(2017) Bernt, Jan Fridhjof, Norsk Lovkommentar Lov om behandlingmåten i forvaltnings saker (forvaltningsloven). Bergen, Gyldendals, sist oppdatert 2017
- Bernt (2010) s245 Bernt, Jan Fridthjof og Rasmusen, Ørnulf, Frihagens Forvaltningsrett Bind 1. 2. utgave Bergen, Fagbokforlaget 2010
- Bernt mfl. (2009) Bernt, Jan Fridthjof og Hove Harald. Offentleglova med kommentarer, 1. utgave Bergen, Fagbokforlaget 2009.
- Brandt mfl. (2018) Brandt Kristian, Offentleglova : lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd : lovkommentar 1. utgave, Oslo, Universitetsforl.2018.
- Bruserud (2014) Hagstrøm Viggo og Bruserud, Herman. Entrepriserett 1. utgave Oslo. Universitetsforl. 2014.
- Bvois(2015) Bovis, Christopher, The law of EU public procurement, 2. Utgave Oxford, Oxford university press. 2015
- Dragsten(2013) s.216 Dragsten, Marianne H. Offentlige anskaffelser : regelverk, praksis og løsninger, 1. utgave Oslo. Universitetsforl.2013
- Haukeland Fredriksen , Mathisen(2014) Fredriksen, Halvard Haukeland, Mathisen, Gjermund. EØS-rett, 2.utgave, Fagbokforlaget, Begen, 2014
- Frihagen (1984) s15 Arvid Frihagen, Anbudskonkurranse og dokumentinnsyn : anbyders rett til opplysning og innsyn ved anbudskonkurranse om entrepriser for det offentlige, 1. utgave Ber-

- gen Det juridiske fakultet UIB, 1984.
- Goller mfl. (2017) Goller, Morten mfl., Anskaffelsesrett i et nøtteskall, 2. utgave. Oslo. Gyldendal juridisk 2017
- Graver(2007) Graver, Hans Petter, Alminnelig forvaltningsrett, 3.utgave,Oslo, Universitetsforl. 2007
- Harlow and Rawlings: (2014) s123 Harlow, Harlow and Rawlings Richard Process and procedure in EU Administration 1. Utgave Oxford, Hart, 2014
- Hjort (2015) s.160 Hjort, Maria Astrup, Tilgang til bevis i sivile saker : særlig om digitale bevis, Oslo, Doktorgradsavhandling, UIO, 2015
- Irgens(2010) Irgens-Jensen, Harald. Bedriftens hemmelighet - og rettighet? : immaterialrett, kontraktsrett og konkurranse-rett møtes. 1.utgave Oslo universitetsforl. 2010
- Kjølbrot(2007) Kjølbrot, Jon Fridrik, Den Europæiske, menneskerettigheds konvention , 2.utgave, København, Jurist og Økonomforbundets forlag, 2007,
- Poulsen mfl (2012) Poulsen, Sune Troles. Jakobsen, Peter Stig og Kalsmose-Hjelmberg, Simon Evers. EU public procurement law : the public sector directive : the utilities directive 2.utgave, København, DJØF Publ. 2012
- Schei mfl. (2007) Schei. Tore Mfl. Tviseloven Kommentarutgave BIND II,1. utgave, Oslo, Universitetsforlaget 2007.
- Strand(2015) Strand. Vibeke Blaker. Menneskerettigheter i et nøtteskall, 1.utgave Oslo, Gyldendal 2015
- Thue mfl. (2018) Thue, Anders, mfl. Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer. 2. utgave.Oslo, Gyldendal. 2018.
- Woxholth (2011) Woxholth, Geir, Forvaltningsloven : kommentarutgave 5. utgave. Oslo. Gyldendal akademisk, 2011.
- Artikler:**
- Haukeland Fredriksen (2013) Fredriksen Halvard Haukeland, Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten, Jussens venner, Vol. 48, h. 6,2013, pp.371-399
- Ginter.mfl. (2013) Carri Ginter, Nele Parrest, Mari Ann Simovart Access to the content of public procurement contracts: the case for a general EU-law duty of disclosure. P.P.L.R 2013. Issue 4.
- Graells, (2013) Graells, A. Sanchez The Difficult Balance between Transparency and Competition in Public Some Recent Trends in the Case Law of the European Courts and a Look at the New Directives University of Leicester School of Law Research Paper No. 13-11 (2013)

Haukeland Fredriksen (2008) Fredriksen, Halvard Haukeland, Tvisteloven og EØS-avtalen Tidsskrift for rettsvitenskap, 2008, Årg. 121, nr. 3, pp.289-359

Jakhelln og Myhre, (2003) Jakhelln, Henning, Myhre, Robert, lagenemnda for offentlige anskaffelser og pressens innsynsrett, Lov og rett, 2003, Årg. 42, nr 2, pp.67-84

Andre kilder:

Lovavdelingen (2011) Tolkningsuttalelse fra lovavdelingen (2011), § 13 - Vurdering av spørsmål om unntak fra innsyn i saker om offentlige innkjøp, 201005859 EO KRY/OKL, <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/-13---vurdering-av-sporsmal-om-unntak-fr/id635386/> (hentet 12.04.2019).

Lovavdelingen(2010) Tolkningsuttalelse fra lovavdelingen (2010) §§ 22-3 og 22-10 - Offentlig oppdragsgivers fremleggelsesplikt for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), 201008882 ES BI, <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/-22-3-og--22-10---offentlig-oppdragsgive/id623391/> (hentet 12.04.2019.)

Nærings og fiskeri-departementet (2018) Nærings- og fiskeridepartementet ,2018, Veileder til reglene om offentlige anskaffelser [https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelsesveilederer\\_2013.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelsesveilederer_2013.pdf) (hentet 30.03.2019)

Justis og Politidepartementet. (2011) Justis og Politidepartementet., 2011, Rettleiar til Offentleglova, [https://www.regjeringen.no/contentassets/3a11886db3604e9d9a049e872564467d/rettleiar\\_offentleglova.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/3a11886db3604e9d9a049e872564467d/rettleiar_offentleglova.pdf)

## Nettsider:

Simon Kuznets (1979) Simon Kuznets , Simon, Modern Economic Growth: Findings and Reflections (1971) <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1971/kuznets/lecture/> besøkt 09.04.2019

Hovland(2018) Hovland Lennart, Anbud365 sjekker innsyn (II): Oppdragsgivere er for strenge med å åpne for innsyn, mener leverandører (2018) <https://www.anbud365.no/anbud365-sjekker-innsyn-ii-oppdragsgivere-streng-a-apne-innsyn-mener-leverandorer/>(hentet 11.04.2019)