

Oslo, 08.08.2023

## Innspill til anskaffelsesutvalget

Advansia AS sender med dette over innspill til Anskaffelsesutvalget på delleveranse 1, hovedsakelig vedrørende leverandørers innsynsrett. Vi beklager at dette innspillet kommer noe sent, men håper det kan tas med i det videre arbeidet.

Advansia sin seksjon for anskaffelser og juridiske tjenester har erfaring med innsynssaker både på leverandør og oppdragsgiversiden, ved inngivelse av egne tilbud, bistand i tilbudsprosessen for leverandører og operativ bistand i utførelse av offentlige anskaffelsesprosesser for offentlige oppdragsgivere. Innspillene er utformet på bakgrunn av en av Advansia sine ansattes masteroppgaver om innsyn i offentlige anskaffelsesprosesser, som skal leveres i august. Oppgaven behandler innsynsregelverket av betydning for offentlige anskaffelser, forvaltningslovsutvalget og ytringsfrihetskommisjonens innspill til endringer i NOU 2019:5 og NOU 2022:9, samt dette høringsinnspillet til anskaffelsesutvalget.

### 1. Merknader til innkommende høringsinnspill om inngrep i leverandørenes innsynsrett

Advansia mener at handlingsrommet til anskaffelsesutvalget er svært begrenset ved inngrep i leverandørenes innsynsrett i offentlige anskaffelsesprosesser, både på grunnlag av at offentliglova kommer direkte til anvendelse for de oppdragsgiverne som faller under virkeområdet til offentliglova § 2 og på grunnlag av de skranker det konstitusjonelle og internasjonale vernet av innsynsretten setter.

Grunnloven § 100 femte ledd første punktum oppstiller et rettighetsvern for innsynsretten. Innsynsbegjæringer kan etter Grunnloven, offentliglova og Tromsøkonvensjonen sine innsynsregler gis anonymt og formålet bak innsynet er irrelevant for rettighetsvernet, jf. JDLOV-2010-3295, Rettleiar til offentliglova punkt 4.2 og Tromsøkonvensjonen artikkel 4 nr. 1 og artikkel 4 nr. 2. Dette medfører at argumenter om at innsynsformålene til leverandørene i offentlige anskaffelsesprosesser ikke fremstår formålstjenlig fordi innsynet ofte ikke brukes i kontrolløyemed, ikke kan legges vekt på ved vurdering av om nye unntaksbestemmelser kan etableres. Grunnloven § 100 femte ledd andre punktum oppstiller inngrepsvilkårene, med krav til hjemmel i lov og tungtveiende grunner for unntak. Hensynene som ligger til grunn for offentlighetsprinsippet om kontroll, rettsikkerhetsgarantier og forhindring av korrupsjon kommer dessuten særlig til anvendelse i offentlige anskaffelsesprosesser, fordi offentlige midler disponeres og fordi dokumentene tilknyttet anskaffelsesprosessene har stor allmenn interesse, jf. JDLOV-1997-12176, Taushetsplikt i forvaltningen Jon Sverdrup Efstad og Camilla Selman s. 180. Dette medfører at hensynet til offentlig oppdragsgivers arbeidsbelastning alene ikke vil resultere i at det foreligger tungtveiende grunner for unntak, når lovgiver vurderer om terskelen Grunnloven setter er oppfylt. Nye unntaksreguleringer må derfor begrunnes i noe mer.

Advansia mener at de foreslåtte innstramningene i leverandørenes innsynsrett dessuten står i misforhold til lovgivers visjon om å være et foregangsland på åpenhet, som blant annet viser seg ved ytringsfrihetskommisjonens forslag til tiltak for å utvide innsynsretten i Norge etter NOU 2022:9 s.

Oslo, 08.08.2023

238. Vi har forståelse for at innsynssaker krever mye av offentlige oppdragsgivere og anerkjenner behovet for å imøtegå utfordringene. Samtidig må det foreligge en anerkjennelse hos offentlige oppdragsgivere om at innsyn har et så grunnleggende interessevern i vår rettsstat, som medfører at offentlige oppdragsgivere må akseptere en del arbeidsbelastning. Vi har tro på at forslagene i NOU 2022:9 til kompetanseheving i forvaltningen, oppdatering og forenkling av innsynsregelverket, mer presise unntaksregler for saksbehandlingstid og etablering av et uavhengig klageorgan som blant annet gir saksbehandlere mer tilgang til praksis for ulike typetilfeller av opplysninger, vil avhjelpe ressursbruken og kvaliteten på saksbehandlingen. Advansia mener dessuten at det er behov for anskaffesspesifikke veiledere om innsyn. Herunder veiledere som særlig fokuserer på å utlede presise rettsregler for alle unntaksbestemmelser av betydning for offentlige anskaffelsesprosesser og fremstille vurderingene som gjøres etter ulike anskaffelsesdokumenter, med rettspraksis som illustrerer generelle utgangspunkter for ulike typetilfeller av opplysninger. Dessuten er det behov for å presisere og tilgjengeliggjøre hensynene bak unntaksreglene for å avhjelpe saksbehandlers merinnsynsvurderinger og eksemplifisere sladdingen i ulike anskaffelsesdokumenter.

## 2. Oppdatere FOA § 7-3 i tråd med rettsutviklingen på området

Advansia anbefaler at anskaffelsesutvalget vurderer å innta en innsynsrett etter FOA § 7-3, for leverandører som deltar i anskaffeskurranser til offentlig oppdragsgivere som faller utenfor virkeområdet til offentleglova, for å oppdatere regelverket i tråd med rettsutviklingen på området. Plikten til å gi innsyn i disse tilfellene er ledet ut av de grunnleggende prinsippene om etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet i sak C-324/98 (Telaustria) premiss 62 og kan etter norsk internrett utledes av anskaffelsesloven § 4. Rettsregelen er imidlertid mindre tilgjengelig for den enkelte leverandør eller saksbehandler og burde derfor inntas i FOA § 7-3.

## 3. Endre ordlyden i FOA § 7-4 (2), slik at offentlig oppdragsgivers adgang til tilbakehold av fortrolige opplysninger presiseres

Advansia anbefaler at anskaffelsesutvalget presiserer ordlyden i FOA § 7-4 (2), slik at det klarlegges om bestemmelsen er ment å omfatte det samme som, eller mer enn forretningshemmeligheter etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 og at lovgiver tydeliggjør at oppdragsgivers rett til å tilbakeholde opplysninger av fortrolig karakter i konkurransegrunnlaget for del III anskaffelser, forutsetter at tiltakene i FOA § 14-3 (3) er ivaretatt.

FOA § 7-4 (2) regulerer oppdragsgivers rett til å stille krav til leverandørene om å beskytte informasjon av fortrolig karakter som gjøres tilgjengelig for dem i forbindelse med en anskaffelse. KOFA har i sak 2020/632 behandlet innholdet i ordlyden «fortrolige opplysninger» i forskriftens § 9-3 (5), som regulerer forbehold mot å dele fortrolige opplysninger leverandørene har gitt under dialog i tilbudskonkurranser, med mindre det foreligger samtykke. KOFA uttalte da i avsnitt 49 at «*forskriften inneholder ingen definisjon av «fortrolige opplysninger». Det må imidlertid være klart at bestemmelsen i hvert fall dekker opplysninger som er taushetsbelagt etter forskriften § 7-4, sammenholdt med forvaltningsloven § 13.*». Offentlige oppdragsgivere benytter hjemmelen der de ønsker å tilbakeholde fortrolige opplysninger fra konkurransegrunnlaget som kunngjøres og fremstille disse direkte for leverandørene som deltar i konkurransen, eksempelvis etter signering av

Oslo, 08.08.2023

taushetserklæring. Offentlig oppdragsgiver har behov for en rettslig avklaring om deres rett til tilbakehold av fortrolige opplysninger omfatter mer enn, eller det samme som forretningshemmeligheter etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

Det bemerkes at rettleiar til offentleglova, ombudsmannens innsynguide og anskaffelsesveilederen ikke behandler offentlig oppdragsgivers rett til tilbakehold av opplysninger. Behandlingen i juridisk litteratur er også sparsom. FOA § 7-4 (2) er en gjennomføring av direktiv 2014/24/EU artikkel 21 (2). EU-domstolen har ikke behandlet forståelsen av fortrolige opplysninger i artikkel 21 (2). Interessevernet av leverandørenes fortrolige opplysninger i direktivets artikkel 21 (1) er imidlertid behandlet. Ordlyden «*opplysninger [som er] fortrolige, herunder, men ikke begrenset til, tekniske og forretningshemmeligheter og fortrolige aspekter ved anbud.*» er av EU-domstolen i sak C-52/21 premiss 35 tolket til å ikke begrense seg til tekniske og forretningsmessige hemmeligheter, men omfatter også blant annet de konfidensielle aspektene ved anbud, som medfører at bestemmelsen kan omfatte opplysninger som ikke kan klassifiseres som en teknisk eller forretningshemmelighet. Samtidig er det vist til at bestemmelsen etter sin ordlyd åpner for at medlemsstatene kan begrense fortrolighetsbegrepet, men at dette forutsetter at formålene bak reguleringen ivaretas, jf. sak C-52/21 premiss 37, 40 og 70. Hvorvidt ordlyden «*den fortrolige arten av de opplysningene*» i artikkel 21 (2) også omfatter mer enn forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 2 er uklart. Legges KOFA sine betraktninger til grunn er det imidlertid klart at ordlyden iallfall bør omfatte forretningshemmeligheter etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, som for øvrig er konstatert å ha det samme meningsinnholdet som forretningshemmelighetsloven § 2 og forretningshemmelighetsdirektivet artikkel 2, jf. Prop. 5 LS (2019-2020) lov om vern av forretningshemmeligheter s. 25.

FOA § 14-3 (3) inneholder tiltak offentlig oppdragsgiver må ta, dersom oppdragsgiver ikke kan ivareta hovedregelen om å gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til hele konkurransegrunnlaget fordi det inneholder opplysninger av fortrolig karakter etter FOA § 7-4 (2). Herunder skal offentlig oppdragsgiver i «*kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse angi hvilke tiltak som er nødvendige for å sikre opplysningenes fortrolighet, og hvordan leverandørene kan få tilgang til dokumentene. Oppdragsgiveren skal i så fall forlenge tilbudsfristen med fem dager, unntatt i hastetilfeller.*» Bestemmelsen kommer til anvendelse for anskaffelser som faller under del III i anskaffelsesforskriften. Anskaffelsesforskriften del II har ingen tilsvarende krav. Advansia opplever at kravet til disse tiltakene ikke er synlige nok for offentlige oppdragsgivere som har behov for å tilbakeholde opplysninger fra konkurransegrunnlaget og mener derfor at det må inntas en henvisning i FOA § 7-4 (2).

#### 4. Utrede muligheten for at KOFA tilkjennes kompetanse som overordnet klageorgan

Advansia mener at KOFA er et godt alternativ som klageorgan eller overordnet klageorgan til offentlig oppdragsgivers overordnede organ i offentlige anskaffelsesprosesser, for det tilfellet av Ytringsfrihetskommisjonen forslag i NOU 2022:9 s. 238 om å utrede en ny og uavhengig klageinstans

Oslo, 08.08.2023

for avslag på innsyn, ikke resulterer i etablering. Hensynene som ligger til grunn for offentlighetsprinsippet kommer særlig til anvendelse i offentlige anskaffelsesprosesser der offentlige midler disponeres. Det foreligger dermed gode grunner til å tilkjenne KOFA kompetanse, selv om lovgiver skulle komme til at det ikke vil prioriteres å etableres et overordnet uavhengig klageorgan for innsynsbehandling i Norge.

Som det fremgår av juridisk litteratur, er det knyttet usikkerhet til om Norge oppfyller kravene til overprøving og kontroll i Tromsø-konvensjonen artikkel 8, der det stilles krav om at den som er nektet innsyn, skal gis rett til å få saken prøvd av en «*independant and impartial body established by law*», som er «*expeditious and inexpensive.*» Dette som følge av at retten til å klage til overordnet forvaltningsorgan etter offentleglova § 32 og adgangen til å bringe saken inn for ombudsmannen ikke er vurdert til å oppfylle kravet til uavhengig og upartisk organ, mens muligheten til å få saken avgjort av domstolen ikke er vurdert til å oppfylle vilkår om rask og rimelig saksbehandling, jf. Innsynrett Johan Greger Aulstad (2021) punkt 56.5 s. 525. Aulstad legger på samme måte som Jørgensen (2014) s. 200 og 201 til grunn at overordnet organ ikke er uavhengig og upartisk til førsteinstansen og at avgjørelsen ikke kan brukes som tvangsgrunnlag ovenfor offentlige oppdragsgivere som er organisert under staten, i medhold av tvangsfullbyrdelsesloven § 1-2 første ledd. Ombudsmannen er vurdert til å ikke oppfylle kravet som følge av handlingsrommet til å la være å ta stilling til saken og at ombudsmannen ikke har kompetanse til å avgjøre spørsmål med bindende virkning for forvaltningen, slik at avgjørelsen ikke kan brukes som et særlig tvangsgrunnlag etter tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 13. Aulstad argumenterer for at en nasjonal klagenemnd for innsynssaker vil kunne opparbeide betydelig fagkompetanse om innsynsspørsmål og dermed på samme måte som nærmeste overordnede organ etter offentleglova § 32 kunne prøve alle sider av saken, herunder forvaltningens diskresjonære skjønn etter unntaksbestemmelsene i offl. §§ 14-26 og merinnsynsbestemmelsen i offentleglova § 11, som i dag inneholder et diskresjonært skjønn i valget om å gi merinnsyn.

I praksis fungerer ordningen med overordnet klageinstans relativt dårlig på grunn av lang saksbehandlingstid og derav ingen effekt når leverandørene ikke får innsyn før karensperiodens utløp og senere ingen følbare konsekvenser for oppdragsgiver. Klage til overordnet organ er derfor ikke et godt verktøy for leverandørene i offentlige konkurranser. Verken midlertidig beføyning etter LOA § 9 eller ileggelse av orvertredelsesgebyr etter LOA § 12 vurderes til å være gode sanksjonsmuligheter ved oppdragsgivers brudd på innsynsregelverket. KOFA sin saksbehandlingstid i hastetilfeller er dessuten 2 måneder og vil ikke kunne bidra til at leverandørene likevel gis innsyn før kontraktsignering.

KOFA vil imidlertid kunne tilby en fullfaglig behandling av leverandørenes klagepunkter i etterkant, der det både klages på innsyns adgang og anskaffelsesgjennomføringen, som forhindrer at leverandørene må føre to separate klageprosesser. KOFA kan derfor konstatere at det skulle vært gitt innsyn i en opplysning, hvorvidt opplysningen det gis innsyn i tilsier at utfallet av anskaffelsesprosessen skulle blitt annerledes og deretter om dette vil medføre erstatning etter LOA §

Oslo, 08.08.2023

10. Den fullfaglige vurderingen fra et organ som KOFA vurderes til å øke de følbare konsekvensene for oppdragsgiver. Brudd på innsynsregelverket vil kunne resultere i klage til KOFA, der leverandøren også kan velge å klage på flere forhold. Dersom oppdragsgiver har holdt tilbake opplysninger som ville gitt et annet utfall av konkurransen, kan erstatning ilegges etter LOA § 10. Det etableres derfor et prevensjonshensyn for offentlig oppdragsgiver ved overholdelse av innsynsregelverket. KOFA sitter også på spisskompetanse innen offentlige anskaffelser og vil ha fullfaglig kompetanse til å vurdere om unntaksbestemmelsene kommer til anvendelse på ulike typetilfeller av opplysninger som fremgår av anskaffelsesdokumentene. KOFA bør derfor på samme måte som et klageorgan for innsyn kunne ilegges kompetanse til å prøve alle sider av saken, også forvaltningens frie skjønn. For øvrig vurderes KOFA å være et uavhengig organ som kan behandle saken på rimelig og rask måte.

Som Aulstad poengterer i innsynsrett Johan Greger Aulstad (2021) punkt 56.5 s. 525 er Norge rangert som nr. 68 av totalt 111 land i Global RTI Rating, som måler styrken til det juridiske rammeverket for retten til tilgang til informasjon som offentlige myndigheter besitter. Begrunnelsen bak resultatet er at offentleglova §§ 14-26 gir forvaltningen vid skjønnsmessig adgang til å gjøre unntak fra innsynsretten og at det ikke finnes en uavhengig enhet som kan overprøve forvaltningens skjønnsutøvelse etter offentleglova på en rimelig og rask måte. Både etablering av en uavhengig klageinstans for saker om innsyn og tilkjennelse av kompetanse til KOFA er egnet til å avhjelpe Norges juridiske rammeverk for innsyn i offentlige anskaffelsesprosesser.