



Konkurransklagenemnda

Konkurransklagenemndas avgjørelse V02/2020 15. mai 2020

Sak: 2020/65

Klager: Advokatfirmaet BAHR AS v/Harald K. Selte

Konkurransklagenemndas medlemmer:

Karin Fløistad, Harald Evensen og Bjørn Eirik Hansen

1 Sakens bakgrunn

- (1) Saken gjelder klage over Konkurransetilsynets avgjørelse om avslag på innsyn i henvendelse fra Konkurransetilsynet om et mulig konsulentoppdrag til Bjørn Olav Johansen og Odd Rune Straume («oppdragstakerne») i Konkurransetilsynets sak 2019/122 og i fullstendig sakslogg i samme sak. Konkurransetilsynet avsto delvis innsynsbegjæringen fra advokatfirmaet BAHR AS («advokatfirmaet BAHR» eller «klager») av 4. desember 2019 i e-post 11. desember 2019. Konkurransetilsynet la til grunn at alle dokumentene innsynsbegjæringen omfattet var unntatt offentlighet med hjemmel i offentleglova § 14 første ledd, da dokumentene var utarbeidet for Konkurransetilsynets «eiga interne saksførebuing», og avsto delvis innsyn på dette grunnlag.
- (2) I e-post 4. desember 2019 skrev klager at man ønsket innsyn i «*Konkurransetilsynets utlysning av konkurransegrunnlag for oppdraget som ble gitt Bjørn Olav Johansen og Odd Rune Straume og som munnet inn i notatet fra juni 2019 (som det tidligere er gitt innsyn i). Dersom oppdraget ikke er utlyst offentlig ber vi om eventuelt [...] innsyn i Konkurransetilsynets henvendelser til mulige oppdragstakere med invitasjon til å gi tilbud på et slikt oppdrag.*».
- (3) I tillegg ba klager om innsyn i oppdragsavtalen(e) for det konkrete oppdraget, og Konkurransetilsynets saksjournal knyttet til denne anskaffelsen. Konkurransetilsynet ga etter en konkret vurdering merinnsyn i oppdragsavtalen mellom Bjørn Olav Johansen og Odd Rune Straume jf. offentleglova § 11.
- (4) Konkurransetilsynet sendte forespørsel til oppdragstakerne 14. februar 2019, med e-posttittel «*mulig oppdrag dagligvare.*» Konkurransetilsynet oversendte en ny e-post 20. februar 2019, hvor Konkurransetilsynet foreslo mandatet for oppdraget, og tidspunkt for ønsket ferdigstillelse. Konkurransklagenemnda legger til grunn at det er e-post av 14. februar 2019 innsynsklagen gjelder jf. ordlyden i innsynsbegjæringen «*Konkurransetilsynets henvendelser til mulige oppdragstakere med invitasjon til å gi*».

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

tilbud på et slikt oppdrag». I tillegg er klager allerede gjort kjent med mandatet for oppdraget.

- (5) Konkurransetilsynet mottok klagen fra advokatfirmaet BAHR 19. desember 2019. Konkurransetilsynet vurderte klagen, men konkluderte med at den ikke ga grunnlag for å endre eller oppheve vedtaket, jf. lov om behandlingssåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 33. Klagen og sakens dokumenter ble derfor oversendt til Konkurransklagenemnda ved Konkurransetilsynets innstilling 14. januar 2020.
- (6) Klager innga sine kommentarer til Konkurransetilsynets innstilling i e-post 28. januar 2020 til Konkurransklagenemnda.

2 Klagerne og Konkurransetilsynets anførsler

2.1 Klagerne hovedanførsler

- (7) Advokatfirmaet BAHR har i hovedsak gjort gjeldende:
- (8) Offentleglova § 14 første ledd kommer ikke til anvendelse i denne saken. Rapporten forskerne har utarbeidet fremstår i sin helhet som en «*generell faglig betenking*», og er dermed utenfor anvendelsesområdet til offentliglova § 14 første ledd. Utredningen til Johansen og Straume gir ingen konkrete innspill eller råd knyttet til sakens faktiske sider eller Konkurransetilsynets saksbehandling eller standpunkter i saken. Foreliggende sak har derfor klare fellestrekk med faktum behandlet i Fornyings- og administrasjonsdepartementet ("FAD") avgjørelse av 7. august 2013 i sak 12/2773, hvor FAD la til grunn at eksterne rådgiveres utredninger for tilsynet normalt ikke vil være å anse som organinterne dokumenter.
- (9) En henvendelse til mulige oppdragstakere om et mulig fremtidig oppdrag kan uansett ikke anses å være et organinternt dokument. Henvendelsen finner sted på et tidspunkt der det ikke foreligger noe oppdrag, og en slik henvendelse vil normalt ikke i seg selv konkludere inngåelsen av et oppdrag. Således er det ved utsendelsen av en slik henvendelse usikkert på om den ender i et oppdrag eller ikke, selv om det kan være gitt en form for muntlig aksept. Konsulentene kan på dette tidspunktet derfor ikke anses å ha midlertidig tilknytning til Konkurransetilsynet.
- (10) Det må uansett gjøres en konkret vurdering av innholdet i hvert enkelt dokument om § 14 kommer til anvendelse. Utførelsen av et oppdrag for det offentlige og korrespondansen i sammenheng med oppdraget kan ha ulik art, slik at noen dokumenter eventuelt kan anses å være organinterne jf. § 14, mens andre dokumenter ikke er det.
- (11) Det fremgår av e-post 11. desember 2019 at oppdraget ble inngått som en direkteanskaffelse. I vurderingen av om en henvendelse om et mulig oppdrag skal kunne anses som organinternt må det legges vekt på at det er et dokument om en direkteanskaffelse. Behovet for åpenhet i forbindelse med det offentliges anskaffelser er flere ganger påpekt av Sivilombudsmannen, dette taler for at dokumentet ikke kan unntas som organinternt.
- (12) Videre kan heller ikke en saksjournal anses som et organinternt dokument etter offentliglova § 14. Det må gjøres en konkret vurdering av det enkelte dokument i saksloggen, for eksempel er dokument 13 adressert til advokatfirmaet BAHR, og

Konkurransetilsynet har allerede gitt innsyn i dokument 2,3 og 13 som dermed per definisjon ikke lenger kan anses som organinterne.

- (13) Det bør uansett gis merinnsyn jf. offentleglova § 11. Når det gjelder henvendelsen til Johansen og Straume er det som nevnt et sterkt behov for åpenhet i forbindelse med det offentliges anskaffelser, herunder direkteanskaffelser. Dette må tillegges vesentlig vekt i meroffentlighetsvurderingen. Det er videre vanskelig å se at det offentlige har et sterkt behov for å unnta en henvendelse om et mulig oppdrag til eksterne forskere.
- (14) Når det gjelder saksjournalen, bør det uansett gis merinnsyn i denne i sin helhet. Behovet for å skjerme dokumenter fra en sakslogg vil normalt være mindre enn for hele dokumenter, da sakslogger normalt kun vil inneholde en svært kort overordnet beskrivelse av dokumentet.

2.2 Konkurransetilsynets anførsler

- (15) Konkurransetilsynet har i hovedsak gjort gjeldende:
 - (16) Eksterne rådgivere som Johansen og Straume vil i visse tilfeller kunne anses å være en del av Konkurransetilsynet når de utfører oppdrag for Konkurransetilsynet. I denne saken har rådgiverne fått innsyn i Konkurransetilsynets datagrunnlag, analyser og vurderinger, samt at rådgiverne har gitt innspill til dette. Det foreligger derfor en tett integrasjon mellom rådgiverne og Konkurransetilsynet. Rådgiverne har videre utført oppgaver som normalt ville vært utøvd av Konkurransetilsynet selv, og oppdraget er utført som ledd i Konkurransetilsynets interne, forberedende saksbehandlingsskritt. Det er derfor Konkurransetilsynets samlede vurdering at hensynene som begrunner unntak etter offentleglova § 14 gjør seg gjeldene med styrke for henvendelsen fra Konkurransetilsynet til Johansen og Straume.
 - (17) Selv om det på tidspunktet for den opprinnelige henvendelsen ikke forelå et oppdrag, må ordlyden og forarbeidsuttalelsene knyttet til selvstendige oppdragstakere forstås slik, at det er det komplette oppdragsforholdet for det konkrete oppdraget som omfattes av offentleglova § 14. Det vil si at dersom en først legger til grunn at Johansen og Straume er å anse som en del av Konkurransetilsynet i forbindelse med dette oppdraget, vil all korrespondanse mellom Johansen og Straume og Konkurransetilsynet i anledning oppdraget måtte anses å være utarbeidet for den interne saksbehandlingen i Konkurransetilsynet.
 - (18) Det kan videre pekes på at Konkurransetilsynet kun henvendte seg til Johansen og Straume. Anskaffelsen ble foretatt som en direkteanskaffelse uten forutgående utlysning eller konkurranse. Dette ble gjort basert på blant annet behovet for saksspesifikk ekspertise og behovet for å verne om taushet rundt saksforholdet. De forhold som klager viser til i klagen knyttet til behovet for åpenhet rundt anskaffelser vil likevel kunne være relevante, men da i forbindelse med meroffentlighetsvurderingen etter offentleglova § 11.
 - (19) Konkurransetilsynet ga 11. desember 2019 delvis innsyn i saksloggen for sak 2019/122. Øvrig del av sakslogg ble avskjermet med hjemmel i offentleglova § 14 første ledd. Saksloggen det er begjært innsyn i gjelder i sin helhet organinterne dokumenter, som kan unntas offentlighet med hjemmel i offentleglova § 14. De hensyn som begrunner unntak for innsyn i dokumentene gjelder etter Konkurransetilsynets vurdering også for informasjon som fremgår av saksloggen. Rådgiverne må likestilles med enhver annen ansatt i Konkurransetilsynet, og det er klart at en logg eller annen oversikt over all

korrespondanse mellom to ansatte i Konkurransetilsynet ville vært unntatt etter offentleglova § 14.

- (20) Meroffentlighet etter offentleglova § 11 er vurdert, men Konkurransetilsynet har i sin vurdering lagt vekt på at det foreligger et reelt og saklig behov for unntak, og at behovet for innsyn i saksloggen er begrenset ved at det er gitt innsyn i rapporten, samt oppdragsavtalene.

3 Konkurranseskjemenemndas vurdering

3.1 Organinterne dokumenter

- (21) Det følger av offentleglova § 14 første ledd at et organ kan «gjere unntak frå innsyn for dokument som organet har utarbeidd for si eiga interne saksførebuing».
- (22) Utgangspunktet etter denne bestemmelsen er at dokumenter som et organ har utarbeidet internt i en sak før vedtak, kan unntas fra offentlighet. Formålet med bestemmelsen er å sikre den interne arbeidsro, herunder mulighet til å kunne lage foreløpige utkast og ha en åpen intern meningsutveksling innad i et organ. Unntaket er begrenset til å gjelde internt i et organ, hvilket betyr at dokumenter som sendes eksternt mister sin karakter av å være organinterne. For eksempel vil dokumenter som utveksles mellom organer ikke kunne karakteriseres som organinterne. Det er ikke tvilsomt at dokumenter som utveksles mellom ansatte i Konkurransetilsynet er organinterne. I denne saken er det imidlertid spørsmål om dokumenter som er sendt fra ansatte i Konkurransetilsynet til personer som ikke er ansatt i tilsynet fortsatt kan være organinterne som følge av de eksterne tilknytning til organet gjennom det avgrensede oppdraget. Hovedspørsmålet blir da om Johansen og Straume skal anses som en del av Konkurransetilsynet i forbindelse med det aktuelle oppdraget selv om de ikke er ansatt.
- (23) Det fremgår av Ot.prp.nr.102 (2004–2005) om lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova) side 131, for så vidt gjelder vurderingen av når en ekstern oppdragstaker skal regnes som en del av det aktuelle organet:

«Om ein person som er mellombels knytt til eit organ, f.eks. for å utføre eit utgreiingsoppdrag, skal reknast som ein del av organet eller som ein ekstern oppdragstakar, vil avhenge av ei konkret vurdering. Dersom personen er tilsett som arbeidstakar i organet, vil vedkommande alltid måtte reknast som ein del av organet. Dersom det er tale om eit oppdragstilhøve, vil dette avhenge av arten til oppdraget, mandatet og kva grad av fortrulegheit og internt samarbeid med organet som det er lagt opp til».

- (24) Veilederen til offentleglova punkt 7.2.2 gir også retningslinjer for denne vurderingen der det fremgår at dersom de aktuelle personene er «å rekne som oppdragstakarar, vil spørsmålet avhenge av kva slags oppdrag det er tale om, kva mandat personane har, kor lenge oppdraget skal vare, og om dei skal samarbeide tett med organet».
- (25) Aulstad legger i sin bok innsynsrett s. 262 til grunn at «hvis vedkommende har høy faglig kompetanse og er engasjert til å gi faglige råd, vil det være nærliggende å anse vedkommende som selvstendig oppdragstaker, og ikke en del av organet. Korrespondanse

mellom organet og oppdragstakeren vil da ikke kunne unntas som organintern etter offl. § 14».¹

- (26) Det er samtidig lagt til grunn i kommentarutgaven til offentleglova at «[d]ersom innholdet i mandatet eller oppdraget innebærer at den eksterne oppgaver er sammenvevd med oppgaver organet ellers utfører, eller den eksterne er tillagt oppgaver som normalt ville blitt utøvd av organet selv, vil det tale for at den eksterne personen under utførelsen av oppdraget er en del av organet».²
- (27) På denne bakgrunn vil Konkurransklagenemnda foreta en konkret vurdering av oppdraget til Johansen og Straume. Sentrale momenter i denne vurderingen er mandatet, oppdragslengden, samarbeidsformen, og om oppdraget er tett integrert i Konkurransetilsynets arbeid eller har en mer selvstendig karakter. Det er ikke tvilsomt at det er inngått en standardavtale med Johansen og Straume om å gjennomføre et konsulentoppdrag for Konkurransetilsynet. Johansen og Straume omtales i det videre som oppdragstakere.

- (28) I oppdragsavtalen inngått mellom oppdragstakerne og Konkurransetilsynet er mandatet definert som at:

«Konsulenten skal utrede konkurransemessige virkninger av eventuelle ulikheter i innkjøpsbetingelser i det norske dagligvaremarkedet. Utredningen skal undersøke om utformingen av kontrakter, herunder eventuelle forskjeller i innkjøpsbetingelser, mellom leverandører og dagligvarekjeder kan være skadelig for konkurransen og i sin tur forbrukerne. I utredningen skal det skilles mellom om ulikheter i innkjøpsbetingelser skyldes markedsrett på leverandørleddet (selger), dagligvareleddet (kjøper) eller en kombinasjon av disse.

I den utstrekning Kunden ønsker det, skal Konsulenten også delta i andre prosjekter».

- (29) Videre presiseres det i e-post 21. februar 2019 fra Kurt Brekke i Konkurransetilsynet til oppdragstakerne at rapporten som utarbeides skal være intern, og ikke offentlig, og skal brukes i det som Konkurransetilsynet selv skal skrive.
- (30) Oppdragstakerne har i det foreliggende tilfellet fått i oppdrag å utarbeide en økonomisk analyse om innkjøpsbetingelsene i det norske dagligvaremarkedet som skulle inngå i en større rapport til Nærings- og fiskeridepartementet fra Konkurransetilsynet. Det fremgår samtidig av rapporten at også denne skulle oversendes Nærings- og fiskeridepartementet som vedlegg til den større rapporten. Bjørn Olav Johansen er førsteamanuensis ved Universitet i Bergen, institutt for økonomi, og Odd Rune Straume er professor ved samme universitet og institutt.
- (31) Rapporten inneholder oppdragstakernes egne faglige vurderinger av de konkurransemessige virkningene av kontraktene som gjennomgås. E-postutvekslingen under oppdragsutførelsen viser at det har vært en forholdsvis tett interaksjon mellom Konkurransetilsynet og oppdragstakerne, hvor Konkurransetilsynet har gitt flere innspill til selve problemstillingene. Etter Konkurransklagenemndas vurdering leverer oppdragstakerne likevel en faglig selvstendig rapport, som svar på et konkret oppdrag, hvor Konkurransetilsynet i begrenset grad påvirker vurderingene og konklusjonene. Ut

¹ Innsynsrett s. 262, Johan Greger Aulstad, Fagbokforlaget 2018.

² Offenleglova, Lovkommentar s. 222 Kristian Brandt m.fl. Universitetsforlaget 2018.

fra mandatet beskrevet over kan nemnda heller ikke se at dette oppdraget skiller seg vesentlig fra andre økonomiske rapporter om et bestemt tema fra særlige fagkyndige økonomer, selv om kanskje datagrunnlaget oppdragstakerne har mottatt er noe større. Rapportens utforming underbygger også dette. Behovet for fortrolig meningsutveksling kan nemnda heller ikke se at skiller seg vesentlig fra andre vanlige oppdragsforhold, hvor det normalt også er en del interaksjon knyttet til hva som skal utredes og når det gjelder løpende problemstillinger som oppstår.

- (32) Det er presisert av Konkurransetilsynet i e-post av 21. februar 2019 at rapporten skal være intern og ikke offentlig. Det fremgår samtidig av rapporten at den skal sendes til Nærings- og fiskeridepartementet sammen med den større rapporten som delrapporten inngår i. Det forhold at Nærings- og fiskeridepartementet mottar rapporten i sin helhet, underbygger at rapporten er en selvstendig faglig rapport, og Konkurransetilsynets forutsetning om at rapporten skal være "intern" er ikke avgjørende for vurderingen etter § 14. Det er heller ikke avgjørende at Konkurransetilsynet hevder at det kunne utført arbeidet selv. Videre har Konkurransklagenemnda lagt vekt på at arbeidet ikke har skjedd som en del av en enkeltsak, men i et mer generelt utredningsarbeid i Konkurransetilsynet.
- (33) Etter en konkret og samlet vurdering er derfor Konkurransklagenemnda kommet til at oppdraget til Johansen og Straume anses som et eksternt utredningsoppdrag. Følgelig kan Johansen og Straume ikke anses som en del av Konkurransetilsynet ved utførelsen av oppdraget. Offentleglova § 14 kommer derfor ikke til anvendelse, og e-posten og sakloggen kan derfor ikke unntas med hjemmel i denne bestemmelsen.
- (34) Konkurransklagenemnda kan ikke se at nemnda har grunnlag for å vurdere om det foreligger andre grunnlag for å unnta fra innsyn e-posten og den saksloggen klagen omhandler. Saken sendes derfor tilbake til Konkurransetilsynet for fornyet vurdering.

4 Avgjørelse

Konkurransklagenemnda fatter dette følgende vedtak:

Konkurransetilsynet vedtak oppheves.

Saken sendes tilbake til Konkurransetilsynet for fornyet behandling jf. forvaltningsloven § 34 fjerde ledd.

Avgjørelsen er enstemmig.

Dokumentet er godkjent elektronisk