

Innsyn i anbudskonkurranse om bokhandel på Oslo lufthavn

3.3.2020 (2019/3993)

Cappelen Damm ved Tanum vant anbudskonkurransen om kommersiell drift av bokhandel på Oslo lufthavn i 2015. Saken gjelder Tanums krav om innsyn i de øvrige tilbydernes tilbudte minimumsleie og omsetningsbaserte leie. Samferdselsdepartementet avslo innsynskravet under henvisning til at prisene var forretningshemmeligheter som kunne unntas etter offentleglova § 13 jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

Ombudsmannen har kommet til at innsyn i disse leieprisene vil gi innsikt i tilbydernes prisstrategi på en slik måte at det vil kunne utnyttes i en fremtidig anbudskonkurranse. Innsyn vil derfor kunne skade konkurranseforholdene, og er underlagt taushetsplikt. Det er etter dette ikke grunn til å kritisere Samferdselsdepartementets avslag på kravet om innsyn i leieprisene.

Sakens bakgrunn

Cappelen Damm ved Tanum (klageren) vant i 2015 Avinors anbudskonkurranse om kommersiell drift av bokhandel på Oslo lufthavn, med oppstart 1. januar 2017. I februar

2019 ba Tanum om innsyn i de øvrige tilbydernes anbudsdokumenter. Avinor ga delvis innsyn. Blant annet var tabeller over tilbudt minimumsleie og omsetningsbasert leie sladdet. Advokat Thomas Nordby klaget på vegne av Tanum over sladdingen av minimumsleie og omsetningsbasert leie. I klagen ble det presisert at innsynskravet ikke gjaldt de elementene som dannet grunnlaget for utregningen, kun totalsummene. Videre omfattet innsynsbegjæringen også tilbydernes reviderte tilbud.

Samferdselsdepartementet tok ikke klagen til følge. I vedtak 5. juli 2019 la departementet blant annet til grunn at det er tilstrekkelig for å unnta opplysninger som forretningshemmeligheter dersom det er en mulighet for økonomisk skade for de opplysningene angår. Videre la de til grunn at «innsyn i totalprisene [kan] gi innsikt i hvilke prissettingsstrategier, markedsvurderinger og risikoprofil konkurrentene har lagt til grunn for sine tilbud», slik at det er mulig å forutsi deres tilbud og forhandlingstaktikk. Innsyn i minimumsleie og omsetningsbasert leie i de reviderte tilbudene ville ifølge departementet kunne gi ytterligere innsikt i forhandlingsstrategien til de konkurrerende selskapene.

Advokaten klaget deretter til ombudsmannen.

Våre undersøkelser

Etter å ha gjennomgått klagen og sakens dokumenter, fant vi grunn til å undersøke saken. Samferdselsdepartementet ble bedt om å svare på følgende spørsmål:

1. Departementet bes redegjøre nærmere for terskelen for når opplysninger omfattes av taushetsplikten i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Er det tilstrekkelig at det finnes en mulighet for økonomisk skade for den/de opplysningene angår?
2. Departementet bes redegjøre nærmere for hvorfor det er «av konkurransemessig betydning å hemmeligholde» de øvrige tilbydernes minimumsleie og omsetningsbaserte leie. Hvilke faktorer ligger til grunn for tilbydernes beregning av minimumsleie og omsetningsbasert leie? Kan disse faktorene bli kjent dersom minimumsleie og omsetningsbasert leie blir kjent? Hvilke særtrekk ved tildelingen er det som tilsier at totalprisen ikke bør oppgis? Hvilken betydning har det at det er bedt om innsyn i de tilbud som ikke vant konkurransen?
3. Vi ba departementet om å utdype det de skrev i vedtaket om at «opplysninger om pristilbud fra tidligere gjennomførte konkurranser ... gir relevant informasjon for kommende konkurranser». Planlegges det ny utlysning av utleie av arealer til drift av bokhandel på Oslo lufthavn med det første? Hvordan vil bokhandlermarkedet generelt ha

endret seg på fem år? Hvilke endringer i kundegrunnlag kan man forvente på fem år? Er det spesielle forhold knyttet til denne konkurransen?

4. Departementet bes redegjøre nærmere for uttalelsen om at «en generell adgang til innsyn i tilbudt omsetningsbasert leie og minimumsleie, vil ... gjøre det vanskelig å gjennomføre konkurranser om utleie av kommersielle arealer på deres lufthavner, enten det gjelder bokhandel, kiosk, servering mv.» og at slikt innsyn kan svekke tilliten til forvaltningen. Det bes videre opplyst om innsyn etter en konkret vurdering innebærer «en generell adgang til innsyn i tilbudt omsetningsbasert leie og minimumsleie».

Deler av departementets svar og klagerens merknader til svaret fremgår nedenfor.

Ombudsmannens syn på saken

1. Rettslig utgangspunkt – terskelen for når drifts- og forretningsforhold omfattes av taushetsplikten

Hovedregelen er at alle forvaltningens saksdokumenter er åpne for innsyn og at unntak fra dette krever hjemmel i lov, jf. offentleglova § 3. Slik hjemmel finnes blant annet i offentleglova § 13. Av bestemmelsens første ledd fremgår det at opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt er unntatt innsyn.

Tekniske innretninger og fremgangsmåter og drifts- eller forretningsforhold «som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde» er underlagt taushetsplikt, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Bestemmelsen stiller krav både til arten av opplysninger og til den eventuelle virkningen for konkurransen av at opplysningene blir gitt ut.

De tilbudte leieprisene i denne saken er drifts- eller forretningsforhold for tilbyderne. De sentrale avgrensningene i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 er at det må være av «konkurransemessig betydning» at opplysningene hemmeligholdes «av hensyn til den opplysningene angår». I dette ligger at det må utgjøre en risiko for tap eller redusert gevinst for virksomheten opplysningene knytter seg til dersom opplysningene blir kjent, se Justisdepartementets lovavdelings uttalelse 20. januar 2011, JDLOV-2010-5859. Hvorvidt det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde opplysningene, beror på en vurdering av flere konkrete forhold. Det avgjørende er om opplysningene etter sin art kan føre til økonomisk tap eller gevinst. Partene synes å være enige i dette utgangspunktet. Når det skal vurderes om tilgang til opplysningene kan føre til skade, er det en forutsetning at det påvises tungtveiende, nærliggende, konkrete og kontrollerbare forhold

som tilsier at åpenhet i ettertid vil være skadelig for konkurranseforholdene, se ombudsmannens uttalelse i årsmeldingen for 2007 side 36 (SOMB-2007-3).

Kjerneområdet for taushetsplikten etter § 13 første ledd nr. 2 er næringsopplysninger andre kan ha nytte av i egen virksomhet, se den nevnte uttalelsen fra Justisdepartementets lovavdeling. I anbudskonkurranser vil for eksempel opplysninger som kan skade virksomhetens forhandlingsposisjon ved at andre kan tilpasse egne priser eller forretningsstrategier kunne falle inn under bestemmelsen. Videre kan informasjon andre kan utnytte for å ta markedsandeler fra virksomheten være taushetsbelagt.

Taushetsplikten kan variere over tid. Tiden som går kan medføre at forretningsforhold som tidligere var taushetsbelagt, mister relevans. Priser og økonomiske utregninger som er skreddersydd for et konkret tilbud, vil ofte ikke være taushetsbelagt når den aktuelle konkurransen er ferdig. I den ovennevnte uttalelsen fra lovavdelingen heter det likevel at dersom prisopplysningene kan nyttes i senere forhandlinger, vil de være taushetsbelagt også etter at konkurransen er avsluttet.

Tilbudets totalpris vil, av hensyn til muligheten for etterprøvbarhet, normalt ikke regnes som en forretningshemmelighet, se ombudsmannens uttalelse 29. juni 2010 (SOM-2010-65). Enhetspriser vil derimot i større grad være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Enhetspriser kan avsløre rabatter og hvordan tilbudet er satt sammen og følgelig ha betydning ved senere konkurranser.

Ombudsmannen har i flere tidligere uttalelser fremhevet betydningen av åpenhet knyttet til avtaler forvaltningen inngår med private om utføringen av tjenester og lignende for det offentlige. Allmenhetens behov for etterprøvbarhet og kontroll gjør seg særlig gjeldende der det offentlige bruker fellesskapets midler for å gjøre innkjøp og avtaler for å yte tjenester for befolkningen. Avinors utleie av lokale til bokhandel på Oslo lufthavn er av mer kommersiell karakter. Det er derfor først og fremst de kommersielle tilbyderne som har behov for kontroll med prosessen. Utfallet av avtalen påvirker imidlertid Avinors, og dermed fellesskapets, inntekter. Allmennheten har derfor også et visst behov for kontroll med slike anbudskonkurranser. Som departementet har vist til, må det foretas en avveining av behovet for kontroll med konkurransen og behovet for hemmelighold av opplysningene.

Videre må det være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde opplysningene «av hensyn til den opplysningene angår». Hensynet til Avinors forhandlingsposisjon er derfor ikke relevant i vurderingen av om opplysningene er taushetsbelagt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Tilbyderne skal likevel ha tillit til at den som utlyser anbudet vil hemmeligholde taushetsbelagte opplysninger.

2. Er de andre tilbydernes minimumsleie og omsetningsbaserte leie taushetsbelagt?

I svaret hit la departementet til grunn at totalprisen normalt ikke anses som en forretningshemmelighet, med mindre det kan påvises at den er et vesentlig konkurranseelement. Departementet viste til praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA, sak 2015/143) og Nærings- og fiskeridepartementets Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (P-2017-933) punkt 8.4.5.4. At totalpriser kan utgjøre et vesentlig konkurranseelement kan være tilfelle i markeder med lite konkurranse og spesielle særtrekk. Dersom innsyn i totalprisen gjør det mulig å regne seg frem til enhetspriser, eller den kan avsløre prissettingsstrategier, mente departementet at det talte sterkt mot å gi innsyn i totalprisen. Departementet skrev videre at innsyn i leieprisene vil kunne ha skadevirkninger på forhandlingsposisjonen og tap av markedsføringsmuligheter og -strategier for de aktuelle tilbyderne, fordi andre aktører da kan tilpasse eget (fremtidig) tilbud til denne informasjonen.

I det aktuelle tilbudet er det ikke én samlet totalpris, men én pris for minimumsleie og én for omsetningsbasert leie. Disse er basert på flere underliggende faktorer og utgjør til sammen tilbudets totalpris. Dette kan isolert sett tale for innsyn i leieprisene fordi adgangen til innsyn i totalpris er viktig for å kontrollere anbudskonkurranser, se sivilombudsmannens uttalelse 26. april 2019 (SOM-2018-3891) med videre henvisninger. Totalpriser kan likevel være taushetsbelagt dersom de kan avsløre noe om tilbydernes prisstrategi.

Det at totalprisen er delt opp i minimums- og omsetningsbasert leie kan si noe om hvordan tilbyderen vurderer markedet, og avsløre prisstrategi og risikovillighet, slik departementet har vist til. Ettersom tilbyderne i bokhandlermarkedet ifølge departementet skal ha en viss kjennskap til hverandres boksalg, er det færre varegrupper å differensiere tilbudet på. Når pris i tillegg ble vektet høyt i konkurransen (60–70 %), er det først og fremst på dette området tilbyderne kan skille seg ut. Dette tilsier at kjennskap til hverandres tilbudte leiepriser kan bidra til å avsløre de andres pris- og/eller forretningsstrategi.

Klageren la til grunn at tilbudt minimums- og omsetningsbaserte leiene også omfattet bygge- og investeringskostnader og tilbydernes fortjeneste og kontraktsrisiko, og at innsyn i hver av prisene ikke ville avsløre de underliggende faktorene. Klageren mente videre at det ikke foreligger særlige trekk ved det aktuelle markedet som tilsa at tilbudt minimumsleie og omsetningsbasert leie vil være konkurransesensitivt. Det er den enkelte leverandørs vurdering av de underliggende faktorene og de konkrete rammebetingelsene

for konkurransen som er avgjørende. Disse vil ifølge klager ikke bli avslørt ved at det gis innsyn i de tilbudte leieprisene.

Ombudsmannen er enig med departementet i at Tanum, ved å få innsyn i minimums- og omsetningsbasert leie vil få kunnskap til de andre tilbydernes pris- og forretningsstrategi, slik at de kan tilpasse fremtidige tilbud etter dette. Det vil i tilfelle kunne påføre de øvrige tilbyderne tap i form av tapte konkurranser og tapte markedsandeler.

Spørsmålet er likevel hvilken nytte Tanum kan ha av disse opplysningene fem år etter at tilbudene ble gitt. Som nevnt har Lovavdelingen i uttalelsen fra 2011 lagt til grunn at taushetsplikten kan variere over tid, men dersom prisopplysningene kan knyttes til senere forhandlinger, vil de være taushetsbelagte også etter at konkurransen er avsluttet.

Klageren har pekt på relativt store endringer i markedet i perioden 2015–2019. De har lagt til grunn at nye lesevaner, redusert omsetningsrunnlag og endret bokgruppesammensetning vil gjøre at tilbydere ved neste anbudskonkurranse «må ta utgangspunkt i helt nye kalkylemodeller». Disse endringene er kjent og like for alle tilbyderne. Selv om tilbyderne ved neste anbudskonkurranse vil ta utgangspunkt i nye kalkylemodeller, vil forutsetningene for disse være like for tilbyderne.

Det vil bli utlyst ny konkurranse om lokaler til bokhandel på Oslo lufthavn i løpet av 2020. Samferdselsdepartementet har vist til at disse konkurransene er «gjentakende, tilbyderne like og markedet gjennomsliktig» og at tilbyderne derfor har god kunnskap om hverandres marked. Videre har departementet pekt på at markedet konsoliderer, og at det blir svakere konkurranse med færre tilbydere i bokhandlermarkedet. En innsikt i de øvrige tilbydernes minimums- og omsetningsbaserte leie vil derfor kunne være skadelig for konkurranseforholdene.

Ombudsmannen har etter dette kommet til at opplysningene om tilbydernes minimumsleie og omsetningsbaserte leie er taushetsbelagt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, og derfor kan unntas offentlighet med hjemmel i offentleglova § 13.

Konklusjon

Ombudsmannen har kommet til at innsyn i de tilbudte minimums- og omsetningsbaserte leieprisene vil gi innsikt i tilbydernes prisstrategi på en slik måte at det vil kunne utnyttes i en fremtidig anbudskonkurranse. Innsyn vil derfor kunne skade konkurranseforholdene. Det er etter dette ikke grunn til å kritisere Samferdselsdepartementets avslag på kravet om innsyn i leieprisene.

3.3.2020 (2019/3993)