



DET KONGELIGE FORNYINGS-,
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

Advokatfirmaet Wikborg Rein
v/Ane Løchen Johnstad
Postboks 1513 Vika
0117 Oslo

Deres ref.

Vår ref.
11/1282

Dato

**Klage over Konkurransetilsynets delvis avslag på begjæring om partsinnsyn -
Lemminkäinen Norge AS**

1. Bakgrunn

Departementet viser til klage fra Lemminkäinen Norge AS av 28. februar 2011 fra Advokatfirmaet Wikborg Rein, sendt departementet ved Konkurransetilsynets brev av 5. april d.å. Klagen gjelder Konkurransetilsynets delvise avslag på begjæring om partsinnsyn i enkelte opplysninger i sak 2010/1045.

Konkurransetilsynet mottok 22. desember 2010 fullstendig melding om foretakssammenslutning mellom Lemminkäinen Norge AS (heretter "Lemminkäinen") og Mesta Industri AS (heretter "Mesta"). Som en del av tilsynets saksbehandling ble det 6. januar d.å. sendt ut brev til sakens parter, kunder og konkurrenter med pålegg om å gi opplysninger etter konkurranseloven¹ § 24.

I e-post av 4. februar d.å. begjærte Advokatfirmaet Wikborg Rein på vegne av Lemminkäinen innsyn i sakens dokumentliste, samt alle sakens dokumenter som ikke Lemminkäinen selv hadde utarbeidet. Konkurransetilsynet ga etter dette innsyn i partsoffentlige versjoner av de etterspurte dokumentene.

I e-post av 17. februar d.å. anmodet Lemminkäinen Konkurransetilsynet om en fornyet vurdering av seks av høringssvarene hvor tilsynet hadde unntatt opplysninger fra partsinnsyn med hjemmel i forvaltningsloven² § 19 første ledd bokstav b. På bakgrunn av nye opplysninger fra avsenderne av de aktuelle dokumentene ga tilsynet innsyn i enkelte

¹ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

² Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

opplysninger som tidligere var unntatt. Nye partsoffentlige dokumenter ble oversendt parten i e-post av 25. februar 2011. Det delvise avslaget på partsinnsyn ble opprettholdt under henvisning til forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b.

Lemminkäinen fastholdt klagen til departementet i e-post av 28. februar d.å. Konkurransetilsynet har vurdert klagen, men kom til at den ikke fører frem. Avslaget er rettidig påklaget til departementet som rett klageinstans, jf. forvaltningsloven §§ 29 og 21, jf. kapitel VI.

2. Klagers anførsler

Lemminkäinen anfører at opplysningene som er unntatt i de aktuelle dokumentene, ikke er av konfidensiell art. Det anføres videre at flere av opplysningene som det ikke er gitt innsyn i, antas å gjelde generelle markedsforhold som ikke kan anses som forretningshemmeligheter. Eksempelvis er det nevnt svar på Konkurransetilsynets spørsmål om konkurransedyktig transportavstand for asfalt, pukk og grus.

3. Konkurransetilsynets vurdering av klagen

3.1. Innledning

Tilsynet viser til at det rettslige utgangspunktet for vurderingen er forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b og § 13 første ledd nr. 2 om taushetsplikt. Formålet med bestemmelsene er å hindre at den forretningshemmelighetene angår lider et økonomisk tap som følge av at fortrolige opplysninger gjøres kjent for andre. Videre er bestemmelsene begrunnet med hensynet til tillitsforholdet mellom den som opplysningene gjelder og det offentlige. Konkurransetilsynet er avhengig av en informasjonsflyt fra kunder, konkurrenter og andre for å kunne gjennomføre en forsvarlig behandling av foretakssammenslutninger og saker om brudd på konkurranseloven. Det er derfor viktig at det er et tillitsforhold mellom markedsaktørene og Konkurransetilsynet, særlig i tilfeller som i denne saken. I tillegg kan partsinnsyn i konkurransesensitive opplysninger virke konkurransebegrensende og påføre tredjeparter et tap i form av redusert konkurranse. Disse hensynene må imidlertid veies opp mot partenes behov for kontradiksjon, samt mulighetene til å ivareta sitt eget tarv i den konkrete saken.

Konkurransetilsynet har vurdert at opplysningene som er unntatt fra partsinnsyn, er å anse som forretningshemmeligheter i forvaltningslovens forstand. Tilsynet har vurdert de seks aktuelle høringssvarene hver for seg. Dokumentnumrene nedenfor samsvarer med journalpostnumrene i saksloggen. Henvisninger til punkter i de aktuelle dokumentene samsvarer med punktene i brevet fra tilsynet av 6. januar d.å.

Det vises for øvrig til tilsynets oversendelsesbrev av 5. april d.å. samt øvrig korrespondanse mellom klager og tilsynet.

3.2. Dokument 9 - Høringssvar fra Nord Vei & Anlegg AS

Konkurransetilsynet har sladdet opplysninger om kvalitetsgraden på pukk/grus som aktøren benytter i sin asfaltproduksjon og hvilke typer oppdrag denne er egnet for. Det er også sladdet opplysninger om konkurransedyktig transportavstand, hvilke leverandører aktøren benytter og kan benytte, hvorfor aktøren benytter disse samt kjøpskostnader.

3.3. Dokument [REDACTED]

Tilsynet har sladdet opplysninger om aktørens vurdering av konkurransedyktig transportavstand, produksjonsmuligheter, produksjonskapasitet samt om leverandører og kundeportefølje. Det er også sladdet andre opplysninger tilsynet har vurdert som forretningshemmeligheter.

3.4. Dokument 20 – Høringssvar fra Asfaltverket Mo AS

Konkurransetilsynet har sladdet opplysninger om aktørens vurdering av konkurransedyktige transportavstand og hvilke leverandør(er) aktøren benytter.

3.5. Dokument 28 – Høringssvar fra Kolo Veidekke AS

Konkurransetilsynet har sladdet opplysninger om aktørens vurdering av i hvilke typer oppdrag det vil være aktuelt å benytte seg av mobile asfaltverk, hvilke oppdrag aktøren vil prioritere, kostnader knyttet til flytting av mobile asfaltverk, strategisk flytting av disse de siste fem årene, samt hvor lenge aktørens mobile asfaltverk har vært i sine nåværende posisjoner. Opplysninger om aktørens vurdering av egen konkurransedyktig transportavstand, leverandører, kundeportefølje, samt en oppstilling over alle anbud levert til Statens vegvesen i 2010, spesifisert for den enkelte kontrakt, er også sladdet.

3.6. Dokument 29 – Høringssvar fra Skanska AS

Konkurransetilsynet har sladdet opplysninger om aktørens vurdering av etableringshindringer, kostnader og tilgang til pukk og grus samt disse faktorenes betydning ved anbudskonkurranser. Det er også sladdet aktørens vurdering av hvilke konsekvenser foretakssammenslutningen kan medføre, aktørens anbudsoversikter og kunder samt konkurransesituasjonsvurderinger fra aktøren.

3.7. Dokument 30 – Høringssvar fra NCC Roads AS

Konkurransetilsynet har sladdet opplysninger som omhandler aktørens vurdering av i hvilke typer oppdrag det vil være aktuelt å benytte seg av mobile asfaltverk, hvilke oppdrag aktøren vil prioritere, samt kostnader knyttet til flytting av mobile asfaltverk. Videre er opplysninger om aktørens vurdering av egen konkurransedyktig transportavstand, geografisk angivelse av depoter for oppbevaring av bitumen, leverandører, kostnader og tilgang til pukk og grus sladdet. Opplysninger om de fem siste anbudskonkurransene aktøren tok del i, samt aktørens kundeportefølje er også sladdet.

3.8. Konkurransetilsynets vurdering av merinnsyn

Konkurransetilsynet har vurdert om det likevel skal gis innsyn etter forvaltningsloven § 18 annet ledd om meroffentlighet overfor parter. Tilsynet har imidlertid ikke funnet at hensynet til partenes kontradiksjon gir grunnlag for utvidet innsyn. Dette hensynet vurderer tilsynet at er tilstrekkelig ivaretatt gjennom deres saksbehandling. Etter tilsynets vurdering vil innsyn i de aktuelle opplysningene vil kunne virke konkurransebegrensende og påføre tredjeparter et økonomisk tap i form av redusert konkurranse.

4. Departementets vurdering

4.1. Det rettslige grunnlaget

Forvaltningsloven § 18 angir hovedregelen om at en part har rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, uavhengig av om opplysningene er underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13, jf. lovens § 13b første ledd nr. 1.

Unntak fra dette følger av forvaltningsloven §§ 18 og 19. Lovens § 19 første ledd bokstav b angir at en part *"...ikke har krav på..." partsoffentlighet for "...opplysninger i et dokument..." "...som angår tekniske innretninger, produksjonsmetoder, forretningsmessige analyser og beregninger og forretningshemmeligheter ellers, når de er av en slik art at andre kan utnytte dem i sin egen næringsvirksomhet..."*

Innledningsvis vil departementet bemerke at en opplysning ikke regnes som en forretningshemmelighet dersom den er alminnelig kjent, eller alminnelig tilgjengelig andre steder, jf. også forvaltningsloven § 13a nr. 3.

Hvilke opplysninger som unntas kan ikke gå lenger enn de opplysningene som er underlagt taushetsplikt for andre enn parter etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Selv om det ikke er direkte begrepsmessig sammenfall mellom hvilke opplysninger som omfattes av forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b, og dermed kan unntas partsoffentlighet, og hva som omfattes av taushetsbelagte opplysninger etter lovens § 13 første ledd nr. 2, vil realitetsforskjellen i praksis være liten. De to regelsettene ivaretar flere av de samme hensynene.³ Ved vurderingen av hvilke opplysninger som kan unntas etter § 19 første ledd bokstav b, vil derfor praksis fra § 13 første ledd nr. 2 være relevant. Formålet bak § 13 første ledd nr. 2 er i hovedsak å hindre at den opplysningene angår lider et økonomisk tap som følge av at opplysningene gjøres kjent.⁴ Dette hensynet vil derfor også stå sentralt for vurderingen av hva som kan unntas etter § 19 første ledd bokstav b.

Konkurransetilsynet har ikke taushetsplikt overfor en part for opplysninger som faller inn under forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. En part har heller ikke rett til å gjøre seg kjent med slike opplysninger. Det vil avhenge av et skjønn om partene skal ha adgang til opplysningene. Skadevirkningene i form av økonomisk tap for den som

³ Jf. Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett 8. utgave*, Oslo 2006, side 261.

⁴ Se blant annet Arvid Frihagen, *Forvaltningsrett Bind II*, 1992, side 186.

opplysningene gjelder, må veies mot partens behov for kontradiksjon.⁵ Det følger av forarbeidene til bestemmelsen at hensynet til hemmelighold bare bør vike dersom "... det er av vesentlig betydning for parten å bli kjent med opplysningene for på forsvarlig måte å kunne vareta sitt tarv i saken."⁶ Retten til kontradiksjon er, i tillegg til partenes selvstendige behov for å vareta sine interesser, også viktig for sakens opplysning for å oppnå en riktig avgjørelse i samsvar med de interessene reglene skal ivareta.

Skadevirkningene av innsyn i forretningshemmeligheter er økonomisk tap for den opplysningen gjelder. Skadevirkningene kan også være mer langsiktige ved at partsinnsyn i forretningshemmeligheter kan forringe tilliten til en fortrolig forvaltningsbehandling av slike opplysninger. Svekket tillit vil redusere aktørenes vilje til å gi forvaltningen opplysninger. Tilliten er viktig for å sikre at forvaltningens avgjørelser treffes på et godt opplyst faktagrunnlag.⁷ Dette er et relevant vurderingstema både for om opplysninger kan unntas som forretningshemmeligheter i første omgang, og for vurderingen om disse skal kunne gis partsinnsyn.

Departementet vil imidlertid påpeke at på konkurranseområdet, vil som regel alle som gir opplysninger i forbindelse med en sak, i større eller mindre grad ha en interesse i utfallet av saken. Disse interessene samsvarer ikke nødvendigvis med det formålet konkurranseloven beskytter. Adgangen for partene og berørte tredjeparter til å uttale seg om opplysninger gitt av andre er en nødvendig korreksjon. Selv om det er svært viktig at aktører kan gi opplysninger i tillit til at forretningshemmeligheter ikke blir gjort kjent, må ikke denne tilliten gå så langt at en aktør føler seg sikker på at misvisende eller feilaktige opplysninger blir stående uimotsagt.

Det bemerkes også at dersom innsyn gis i konkurransesensitive opplysninger kan det virke konkurransebegrensende, og dermed påføre tredjeparter utover de som opplysningene angår, et tap i form av redusert konkurranse. Hensynet til å unngå begrensninger i konkurransen tilsier at dette også er relevant i den skjønsmessige vurderingen av partsinnsyn i forvaltningssaker etter konkurranseloven.

4.2. Departementets vurdering av de enkelte opplysninger som er unntatt partsoffentlighet i denne saken

4.2.1 Dokument 9 - Høringssvar fra Nord Vei & Anlegg AS

4.2.1.1. Punkt 3c

Opplysningene som er unntatt inneholder informasjon om kvalitetsgraden på pukk og grus som aktøren benytter i sin asfaltproduksjon, samt hvilke typer oppdrag denne er egnet for. Slike faktorer og vurderinger varierer fra selskap til selskap, og er en viktig del av aktørens grunnlag for strategiplanlegging. Det er ikke vanlig at konkurrenter har

⁵ Se Jan Fridthjof Bernt, *Norsk Lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata.

⁶ Jf. Ot. prp. nr. 38 (1964-1965) om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven), side 66 nederst i annen spalte.

⁷ Se Arvid Frihagen, *Forvaltningsloven, Kommentaarutgave Bind I*, 1986, side 273, og Arvid Frihagen, *Forvaltningsrett Bind II*, 1992, side 186.

tilgang til slik informasjon. De sladdede opplysningene dreier seg således ikke om generelle markedsforhold. Departementet er enig med tilsynet i at de unntatte opplysningene kan benyttes av konkurrerende foretak i strategiplanlegging og markedstilpasning. Innsyn i opplysningene kan derfor medføre et økonomisk tap for den opplysningene gjelder. Departementet er på denne bakgrunn enig i tilsynets vurdering av at opplysningene er forretningshemmeligheter som kan unntas partsoffentlighet, jf. forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Departementet kan ikke se at klager har behov for innsyn i de unntatte opplysningene for å kunne ivareta sine interesser i saken på en forsvarlig måte.

4.2.1.2. Punkt 3d

Opplysningene som er unntatt omhandler konkurransedyktig transportavstand. FAD er ikke enig med klager i at slike opplysninger gjelder generelle markedsforhold. Det pekes på at det er stor variasjon på dette punktet i høringssvarene tilsynet har mottatt, samt at det gir uttrykk for den aktuelle aktørens konkrete vurdering av egen konkurransedyktighet. Slike opplysninger er normalt ikke tilgjengelige for konkurrerende aktører. Departementet er derfor enig i tilsynets vurdering av at opplysningene kan utnyttes av konkurrerende foretak ved strategiplanlegging og markedstilpasning. Innsyn i slike opplysninger vil kunne medføre et økonomisk tap for den opplysningene gjelder. FAD mener derfor at opplysningene er å regne som forretningshemmeligheter som kan unntas partsoffentlighet, jf. forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Departementet kan ikke se at klager har behov for innsyn i de unntatte opplysningene for å kunne ivareta sine interesser i saken på en forsvarlig måte.

4.2.1.3. Punkt 4a

De unntatte opplysningene omhandler aktuelle og potensielle leverandører av bitumen, samt kjøps- og transportkostnader. Opplysningene omhandler etter departementets syn sentrale konkurranseparameter som konkurrerende aktører vanligvis ikke har tilgang til, og regnes ikke som opplysninger om generelle markedsforhold. Opplysningene kan benyttes av konkurrenter på en måte som kan påføre den opplysningene gjelder et økonomisk tap. Departementet deler derfor tilsynets oppfatning av at disse opplysningene er å anse som forretningshemmeligheter som kan unntas partsoffentlighet etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Departementet kan ikke se at klager har behov for innsyn i de unntatte opplysningene for å kunne ivareta sine interesser i saken på en forsvarlig måte.

4.2.2.

4.2.2.1. Punkt 3d og 3e

Opplysningene omhandler aktørens vurdering av egen konkurransedyktige aksjonsradius med bil og båt. Departementet er enig i tilsynets vurdering av at opplysningene kan unntas partsoffentlighet som forretningshemmeligheter, jf. tilsvarende vurderinger i avsnitt 4.2.1.2 ovenfor.

4.2.2.2. Punkt 3f

De unntatte opplysningene omhandler aktørens produksjonsmuligheter og kapasitet ved egen asfaltfabrikk. Slike opplysninger er etter departementets vurdering av forretningssensitiv karakter, og konkurrerende aktører har vanligvis ikke tilgang til denne typen opplysninger. Innsyn i slike opplysninger kan konkurrerende aktører benytte til strategiplanlegging og markedstilpasning, noe som kan medføre et økonomisk tap for aktøren opplysningene gjelder. Departementet er enig i tilsynets vurdering av opplysningene som forretningshemmeligheter. Opplysningene kan derfor unntas partsoffentlighet, jf. forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Departementet kan ikke se at klager har behov for innsyn i de unntatte opplysningene for å kunne ivareta sine interesser i saken på en forsvarlig måte.

4.2.2.3. Punkt 5a

De unntatte opplysningene gjelder angivelse av aktørens leverandør(er) av pukk og grus. Pukk og grus er viktige innsatsfaktorer i asfaltproduksjon og således er tilgangen til disse et sentralt konkurranseparameter. Departementet er derfor enig med tilsynet i at opplysningene er å anse som forretningshemmeligheter, jf. også tilsvarende vurderinger i avsnitt 4.2.1.3 ovenfor. Opplysningene kan derfor unntas partsoffentlighet, jf. forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Departementet kan ikke se at klager har behov for innsyn i de unntatte opplysningene for å kunne ivareta sine interesser i saken på en forsvarlig måte.

4.2.2.4. Punkt 7d

De unntatte opplysningene omhandler det aktuelle foretakets største kunde(r). Dette er opplysninger konkurrenter normalt ikke har tilgang til og som kan benyttes av disse til strategiplanlegging og markedstilpasning. Dette kan påføre det aktuelle foretaket et økonomisk tap. Opplysningene omhandler således ikke generelle markedsforhold, men dreier seg om forretningshemmeligheter. Departementet er derfor enig med tilsynet som har vurdert at opplysningene kan unntas partsoffentlighet etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Departementet kan ikke se at klager har behov for innsyn i de unntatte opplysningene for å kunne ivareta sine interesser i saken på en forsvarlig måte.

4.2.2.5. Punkt 7e

Konkurransetilsynet har unntatt opplysningene i punkt 7e fra innsyn med hjemmel i forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Departementet er ikke enig i tilsynets vurdering av at opplysningene kan unntas etter denne bestemmelsen, da opplysningene ikke har karakter av å være forretningshemmeligheter. Opplysningene kan etter sitt innhold imidlertid unntas etter offentleglova § 24 annet ledd første punktum. Bestemmelsen gir adgang til å unnta fra innsyn "*melding, tips eller liknande dokument om lovbrøt fra private*". Ordlyden omfatter opplysninger om mulige lovovertridelser som gis til forvaltningen, men som det ikke er naturlig å omtale som en anmeldelse i egentlig forstand.⁸

⁸ Jfr. NOU 2003:30 Ny offentlighetslov s. 280 annen spalte.

I forarbeidene til den nye offentleglova⁹ og i Rettleiar til offentleglova¹⁰ fremgår det imidlertid at det ikke er tilstrekkelig at et dokument inneholder ”*enkelte opplysninger om et lovbrudd*” for at det kan være adgang til unntak fra innsyn – ”*Dokumentet må handle om lovbruddet*”. Etter departementets vurdering må lovens ordlyd og hensynene bak bestemmelsen tillegges større vekt, slik at bestemmelsen også gir adgang til å unnta opplysninger fra innsyn hvor opplysningene ikke er hovedtemaet i det aktuelle dokumentet. Det er viktige hensyn som ligger til grunn for bestemmelsen, og vernet fra innsyn bør ikke være avhengig av formen opplysningene kommer i.

Det er viktig at opplysninger ”*om lovbrøt*” kan gis Konkurransetilsynet uten at avsenderen risikerer konsekvenser fra andre aktører. Tilsynet vil på denne måten få mulighet til å undersøke om det er noe grunnlag for de mottatte opplysningene. Dersom foretak ikke kan komme med slik informasjon uten å risikere at dette kan bli videreformidlet til andre aktører, vil tilsynet kunne motta mindre av slike opplysninger. Dette vil være uheldig for tilsynets mulighet til å utføre sine lovpålagte oppgaver på en mest mulig effektiv måte.

Offentleglova § 24 annet ledd første punktum gir adgang til å unnta hele *dokumentet* fra innsyn, men dette er etter departementets oppfatning ikke nødvendig for å ivareta hensynene bak bestemmelsen i denne saken. I tråd med meroffentlighetsprinsippet¹¹ unntas kun de *opplysningene* som omfattes av offentleglova § 24 annet ledd første punktum fra partsinnsyn.

4.2.3. Dokument 20 – Høringssvar fra Asfaltverket Mo AS

4.2.3.1. Punkt 3d, 3e og 5a

De unntatte opplysningene omhandler aktørens konkurransedyktige transportavstand og leverandør(er). Departementet er enig i tilsynets vurdering av å unnta disse opplysningene som forretningshemmeligheter, jf. også tilsvarende argumentasjon i punkt 4.2.1.2, 4.2.1.3 og 4.2.2.3 over. Opplysningene kan derfor unntas partsoffentlighet, jf. forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b.

4.2.4. Dokument 28 – Høringssvar fra Kolo Veidekke AS

4.2.4.1. Punkt 3c i, ii, iii og iv

De unntatte opplysningene gjelder den aktuelle aktørens vurderinger av i hvilke typer oppdrag det vil være aktuelt å benytte mobile asfaltverk og kostnader ved flytting av slike verk. I tillegg inneholder opplysningene som er unntatt en angivelse av aktørens strategiske flytting av mobile asfaltverk de siste fem årene og de nåværende posisjonene til aktørens mobile asfaltverk. Departementet er enig i tilsynets vurdering av at opplysningene gir informasjon om hvilke oppdrag aktøren vil prioritere. Det gir også uttrykk for aktørens vurdering av egne forretningsmessige disposisjoner. Slike

⁹ NOU s. 280 annen spalte.

¹⁰ Rettleiar til offentleglova s. 144.

¹¹ Se for eksempel forvaltningsloven § 18 annet ledd

vurderinger regnes som forretningsmessige vurderinger som kan benyttes av konkurrenter til strategiplanlegging og markedstilpasning. Opplysningene er å regne som forretningshemmeligheter, og innsyn i disse vil kunne medføre et økonomisk tap for aktøren opplysningene gjelder. Opplysningene kan derfor unntas partsoffentlighet, jf. forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Departementet kan ikke se at klager har behov for innsyn i de unntatte opplysningene for å kunne ivareta sine interesser i saken på en forsvarlig måte.

4.2.4.2. Punkt 3d, 3e, 4a og 5a

De unntatte opplysningene gjelder konkurransedyktig transportavstand og aktørens leverandør(er). Departementet er enig i tilsynets vurdering av å unnta disse opplysningene som forretningshemmeligheter, jf. tilsvarende argumentasjon i punkt 4.2.1.2, 4.2.1.3 og 4.2.2.3 ovenfor.

4.2.4.3. Punkt 5b

De unntatte opplysningene gjelder konkurransedyktig transportavstand for grus/pukk til et asfaltverk. Departementet er enig i tilsynets vurdering av at disse opplysningene kan unntas partsoffentlighet med hjemmel i forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b, jf. tilsvarende argumentasjon i punkt 4.2.1.2 over.

4.2.4.7. Punkt 6a

De unntatte opplysningene gjelder om foretaket kjøper asfalt fra andre aktører, og gir således uttrykk for aktørens kapasitet. Slike opplysninger kan benyttes av konkurrerende foretak til markedstilpasning og strategiplanlegging. Det vil kunne føre til økonomisk tap for aktøren opplysningene gjelder. Departementet er derfor enig i tilsynets vurdering av at opplysningene er forretningshemmeligheter som kan unntas partsoffentlighet med hjemmel i forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Departementet kan ikke se at klager har behov for innsyn i de unntatte opplysningene for å kunne ivareta sine interesser i saken på en forsvarlig måte.

4.2.4.8. Vedlegg til punkt 7b

Vedlegget er unntatt i sin helhet og inneholder en oppstilling av alle anbudene levert til Statens Vegvesen i 2010. Dokumentet bygger i stor grad på informasjon som avsenderen har fått ved aktivt informasjonssøk i periodene hvor Statens vegvesen har gitt innsyn i anbudsangivelsene til den enkelte kontrakt. Informasjonen er offentlig tilgjengelig kun i kortere perioder, og aktøren har opplyst å ha nedlagt betydelig arbeid for å innhente, sammenstille og bearbeide opplysningene. Etter innhenting er således informasjonen systematisert og oppstilt i en detaljert oversikt. Dokumentet inneholder derfor bearbeidet data som gir informasjon om hvilke asfaltverk den aktuelle aktøren har basert sitt tilbud på og andre forretningsmessige vurderinger og analyser i forbindelse med de forskjellige anbudsrundene. Slike vurderinger har konkurrerende foretak normalt ikke tilgang til. Departementet er derfor enig med tilsynet i at vedlegget inneholder opplysninger om forretningshemmeligheter som kan unntas partsoffentlighet med hjemmel i forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Departementet

kan ikke se at klager har behov for innsyn i de unntatte opplysningene for å kunne ivareta sine interesser i saken på en forsvarlig måte.

4.2.4.9. Punkt 7d

Opplysningene som er unntatt gjelder aktørens største kunder. Departementet er enig i tilsynets vurdering av at opplysningene kan unntas med hjemmel i forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b, jf. vurderingene i punkt 4.2.2.4 over.

4.2.5. Dokument 29 – Høringssvar fra Skanska AS

4.2.5.1. Punkt 3g

Opplysningene som er unntatt omhandler foretakets vurderinger av hva de anser som de største hindringene for å kunne etablere egen produksjon av asfalt. Disse opplysningene gir uttrykk for vurderinger av aktørens svakheter og utfordringer som hindrer utvidelse av egen asfaltproduksjon. Opplysningene dreier seg ikke om generelle markedsforhold, men interne vurderinger konkurrerende foretak normalt ikke har tilgang til. Innsyn i slike opplysninger kan føre til markedstilpasning og planlegging hos konkurrerende foretak, som kan hindre utvidelse av produksjon for aktøren. Departementet er derfor enig med tilsynet i at de unntatte opplysningene er forretningshemmeligheter som kan unntas partsoffentlighet med hjemmel i forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Departementet kan ikke se at klager har behov for innsyn i de unntatte opplysningene for å kunne ivareta sine interesser i saken på en forsvarlig måte.

4.2.5.2. Punkt 5b

Opplysningene som er unntatt fra innsyn gjelder kostnader og tilgang til pukk og grus samt hvilken betydning disse faktorene har ved tilbudsinnngivelse i anbudskonkurranser. Departementet er enig i tilsynets vurdering av at opplysningene kan unntas partsoffentlighet som forretningshemmeligheter med hjemmel i forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Se også tilsvarende vurdering i punkt 4.2.2.3.

4.2.5.3. Punkt 5c

Opplysningene som er unntatt fra innsyn gjelder hvilke konsekvenser avsender antar foretakssammenslutningen kan medføre i markedet for pukk og grus. De aktuelle opplysningene ville kunne gi konkurrentene innsikt i aktørens forretningsmessige vurderinger og prioriteringer knyttet til enkelte geografiske områder. Innsyn i slike opplysninger vil kunne benyttes av konkurrenter til planlegging og markedstilpasning som kan påføre den aktuelle aktøren et økonomisk tap. Departementet er derfor enig med tilsynet i at opplysningene kan regnes som forretningshemmeligheter som kan unntas partsoffentlighet med hjemmel i forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Departementet kan ikke se at klager har behov for innsyn i de unntatte opplysningene for å kunne ivareta sine interesser i saken på en forsvarlig måte.

4.2.5.4. Vedlegg til punkt 7b

Det aktuelle dokumentet er i sin helhet unntatt fra innsyn. Dokumentet inneholder en oversikt over alle anbudsinnleveringene til Statens vegvesen i 2010 spesifisert for den enkelte kontrakt, samt en beregning av markedsandeler for konkurrenter i asfaltmarkedet. Departementet er enig i tilsynets vurdering av at opplysningene kan unntas partsoffentlighet med hjemmel i forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b, jf. tilsvarende argumentasjon i punkt 4.2.4.8 over.

4.2.5.5. Punkt 7d

Opplysningene som er unntatt gjelder aktørens største kunder. Departementet er enig i tilsynets vurdering av at opplysningene kan unntas med hjemmel i forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b, jfr. tilsvarende vurderinger i punkt 4.2.2.4 over.

4.2.5.6. Punkt 7e

Opplysningene som er unntatt omhandler den aktuelle aktørens vurdering av konkurransesituasjonen i markedet de siste årene, herunder konkurrentenes prissetting og hvilke aktører som anses som konkurrenter. Opplysningene gir indikasjoner på kostprisnivå og konkurranseevne til den aktuelle aktøren og må derfor anses som forretningsensitive. Offentliggjøring av slike opplysninger kan føre til markedstilpasning og strategiplanlegging hos konkurrentene noe som kan medføre et økonomisk tap for den opplysningene angår. Departementet er derfor enig i tilsynets vurdering av at opplysningene kan unntas partsoffentlighet som forretningshemmeligheter med hjemmel i forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Departementet kan ikke se at klager har behov for innsyn i de unntatte opplysningene for å kunne ivareta sine interesser i saken på en forsvarlig måte.

4.2.5.7. Punkt 7g

Opplysningene som er unntatt gir uttrykk for aktørens vurdering av konkurransesituasjonen i markedet for legging av asfalt. Departementet er ikke enig med tilsynet i at de sladdede opplysningene kan anses som forretningshemmeligheter. De aktuelle opplysningene er av en slik karakter at de ikke kan utnyttes av konkurrenter eller påføre avsenderen et økonomisk tap. Som tidligere nevnt er det viktig for partenes rett til kontradiksjon at unntaket fra partsinnsyn ikke anvendes i større grad enn det som er nødvendig for å beskytte høringsinstansenes forretningshemmeligheter. En ny offentlig versjon av svaret i samsvar med dette følger vedlagt.

4.2.6. Dokument 30 – Hørings svar fra NCC Roads AS

4.2.6.1. Punkt 3c i, 3c ii, 3e og 4a

De unntatte opplysningene gjelder vurdering av hvilke typer oppdrag det vil være aktuelt å benytte seg av mobile asfaltverk, hvilke oppdrag aktøren vil prioritere, kostnader knyttet til flytting av mobile asfaltverk, konkurransedyktig transportavstand og leverandør(er) av bitumen. Departementet er enig i tilsynets vurdering av at opplysningene kan unntas partsinnsyn som forretningshemmeligheter etter

forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b, jfr. tilsvarende vurdering i punkt 4.2.4.1, 4.2.1.2 og 4.2.1.3 over.

4.2.6.2. Punkt 4b

Opplysningene som er unntatt partsinnsyn gjelder angivelse av aktørens depoter for oppbevaring av bitumen. Offentliggjøring av slike opplysninger vil kunne gjøre det lettere for konkurrenter å vurdere transportkostnader den aktuelle aktøren vil ha for den enkelte kontrakt. Opplysningene kan også si noe om aktørens strategiske valg og forretningsmessige disposisjoner i forskjellige geografiske områder. Dette er informasjon som konkurrenter normalt ikke har tilgang til. Offentliggjøring av opplysningene vil kunne påføre avsenderen et økonomisk tap. På denne bakgrunn er departementet enig i tilsynets vurdering av at opplysningene kan unntas partsoffentlighet som forretningshemmeligheter med hjemmel i forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Departementet kan ikke se at klager har behov for innsyn i de unntatte opplysningene for å kunne ivareta sine interesser i saken på en forsvarlig måte.

4.2.6.3. Punkt 5a og 5b

Opplysningene som er unntatt partsinnsyn gjelder leverandør(er) og konkurranse-dyktig leveringsradius av pukk og grus. Departementet er enig i tilsynets vurdering av at disse opplysningene er å anse som forretningshemmeligheter, jfr. tilsvarende vurdering i punkt 4.2.1.2 og 4.2.2.3 over. Opplysningene kan unntas partsoffentlighet med hjemmel i forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b.

4.2.6.4. Punkt 7b

Opplysningene som er unntatt partsoffentlighet omhandler de fem siste anbudskonkurransene for utlegging av asfalt den aktuelle aktøren har deltatt i. Departementet er enig i tilsynets vurdering av at opplysningene kan unntas partsoffentlighet med hjemmel i forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b, jf. også vurderingene i punkt 4.2.4.8 over.

4.2.6.5 Punkt 7d

Opplysningene som er unntatt partsinnsyn omhandler aktørens største kunder. Departementet er enig i tilsynets vurdering av at disse opplysningene er å anse som forretningshemmeligheter etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b, jf. tilsvarende vurdering i punkt 4.2.2.4 over.

5. Departementets vurdering av meroffentlighet

Etter forvaltningsloven § 18 annet ledd skal forvaltningsorganet likevel vurdere om det skal gis helt eller delvis innsyn når det er adgang til å gjøre unntak fra innsyn. Innsyn bør gis dersom hensynet til parten veier tyngre enn behovet for unntak.

I den konkrete interesseavveiningen har departementet ovenfor i punkt 4 funnet at behovet for partsinnsyn ikke veier opp for skadevirkningene som partsinnsyn kan gi.

Det pekes også på at hensynet til kontradiksjon for partene anses for tilstrekkelig ivaretatt gjennom Konkurransetilsynets saksbehandling.

Departementet er enig i tilsynets vurdering om å ikke åpne for merinnsyn for de unntatte opplysningene i dokument 9, 12, 20, 28, 29 og 30.

6. Departementets konklusjon og vedtak

På bakgrunn av ovennevnte fatter departementet med hjemmel i forvaltningsloven § 28 følgende vedtak:

Lemminkäinen Norge AS sin klage av 28. februar 2011 på delvis avslag på begjæring om innsyn av 25. februar 2011 tas delvis til følge.

Departementet gjør oppmerksom på retten til å fremsette krav om dekning av sakskostnader i henhold til forvaltningsloven § 36 jf. offentleglova § 9 femte ledd.

Med hilsen

Nils-Ola Widme
avdelingsdirektør

Tone Cecilie Høgestøl
førstekonsulent

Vedlegg: Ny partsoffentlig versjon av høringssvaret fra Skanska AS.
Kopi: Konkurransetilsynet.