

Fylkesmannen i Trøndelag

Postboks 2600
7734 STEINKJER

Deres ref.

Vår ref.
304/2020/200/GEIAUN

Dato
09.01.2020

BEHANDLING AV KLAGE FRA ØRLAND SPAREBANK

Det vises til klage fra Ørland Sparebank av 3. januar 2020. Klagen gjelder avslag på innsyn i en juridisk vurdering fra Bjerkan Stav Advokatfirma AS til Ørland kommune.

1. Sakens faktiske forhold

Nye Ørland kommune utlyste den 04.07.2019 en anbudskonkurranse om ny hovedbankavtale for det som fra 01.01.2020 ville bli den nye, sammenslåtte kommunen Ørland kommune. Kommunen var bistått av Finansinnkjøp AS, et rådgivningsselskap med lang erfaring innenfor konkurranseutsetting av hovedbankavtaler.

Frist for tilbudslevering var 26.08.2019, og det kom inn to tilbud fra hhv Ørland Sparebank og Sparebank 1 SMN.

Den 03.09.2019 ble det gjennomført et presentasjons- og forhandlingsmøte med de to bankene hvor tilbudene ble gjennomgått. Tilbyderne fikk der anledning til å utdype tilbudene og besvare kommunens spørsmål, samt presentere sitt kundeteam. Det ble også forhandlet om vilkår i disse møtene, og bankene fikk mulighet til å gi korrigerte tilbud innen 09.09.19.

Endelige tilbud ble evaluert av administrasjonen i samarbeid med Finansinnkjøp AS. I innstilling til FSK av 23.10.19 ble det innstilt på Sparebank 1 SMN som vinner. FSK behandlet saken 29.10.19 og innstilte på Ørland Sparebank som vinner etter å ha endret den skjønsmessige vurderinger på fire av fem enkeltpunkter under kriteriet "Service, teknisk bistand og rådgivning". Ørland Sparebank vant dermed konkurransen marginalt på poeng.

Etter at tildelingen ble kunngjort for konkurransedeltakerne så mottok Ørland kommune den 15.11.2019 klage fra Sparebank1 SMN v/Advokatfirmaet BAHR. Denne er vedlagt klagen fra Ørland Sparebank.

I forbindelse med klagen fra Sparebank1 SMN innhentet Ørland kommune en juridisk vurdering av klagen og anbudskonkurransen. Denne ble tilsendt kommunen fra Bjerkan Stav Advokatfirma den 25.11.2019.

Den 26.11.2019 ble klagen behandlet av formannskapet. De to anført inhabile representantene deltok ikke ved behandlingen. Formannskapet omgjorde sin tildeling, og tildelte kontrakten i samsvar med rådmannens opprinnelige innstilling. Nytt tildelingsbrev ble tilsendt konkurransedeltakerne den 27.11.2019. Karensperioden ble satt til 10 dager, beregnet ut fra datoen på tildelingsbrevet.

Ørland Sparebank v/advokat Gorm Lyng påklagde deretter Ørland kommunes tildeling den 06.12.2019.

Klagen ble behandlet og skriftlig tilbakemelding ble tilsendt fra Bjerkan Stav Advokatfirma til Ørland Sparebank v/adv. Lyng den 11.12.2019. Klagen ble ikke tatt til følge. Senere samme dag inngikk Ørland kommune hovedbankavtale med Sparebank1 SMN.

Bilag 6: Brev fra Bjerkan Stav Advokatfirma den 11.12.2019.

Selv om Ørland Sparebanks klage ikke førte frem, så erkjente Ørland kommune at kommunens behandling av anbudskonkurransen "har gitt Ørland Sparebank falske forhåpninger" og kommunen beklaget dette. For å komme banken i møte, gav kommunen i brevet (**bilag 1**) Ørland Sparebank et tilbud om å betale kr. 100.000 for "dekning av omkostninger og ekstraarbeid knyttet til konkurransen".

I e-post fra adv. Lyng den 17.12.2019 ba Lyng pva. Ørland Sparebank om innsyn i

- a) "Juridisk vurdering journalført 25.11.2019", og
- b) "Klage fra Sparebank1 SMN journalført 26.11.2019". (Det antas at datoen "26.11.2019" er feilskrift, og at det var ment å skrive "journalført 15.11.2019".

Samme dag innvilget Ørland kommune innsyn i klagen fra Sparebank1 SMN. Det ble ikke gitt innsyn i den juridiske vurderingen fra Bjerkan Stav Advokatfirma.

I e-post fra adv. Lyng den 20.12.2019 har Ørland Sparebank avvist kommunens tilbud om en minnelig løsning. Ørland Sparebank opplyste samtidig at de har bedt advokat Lyng:

"utforme klage på nektelse av å gi innsyn i dokument fra Bjerkan Stav journalført 25.11.2019 og arbeide med klage til KOFA [Klagenemnda for offentlige anskaffelser] i sakens anledning".

Ørland Sparebank påklagde som nevnt avslag på innsyn i den juridiske vurderingen den 03.01.2020.

2. Aktuelt regelverk

2.1 Utgangspunkt, vurdering av om dokumenter bør offentliggjøres:

Utgangspunktet er at ethvert saksdokument er åpent for innsyn, med mindre det med hjemmel i lov kan unntas offentligheten, jf. offentleglova § 3. Selv hvor det er hjemmel for unntak, skal det offentlige vurdere å friggi dokumentet/deler av dokumentet, jf. bestemmelsen i meroffentlighet, jf. offentleglova § 11:

"Når det er høve til å gjere unntak frå innsyn, skal organet likevel vurdere å gi heilt eller delvis innsyn. Organet bør gi innsyn dersom omsynet til offentleg innsyn veg tyngre enn behovet for unntak".

Uttrykket "saksdokument" skal fortolkes vidt og omfatter blant annet notater, brev, e-poster mm. jf. offentleglova § 4.

2.2 Aktuelt unntak nr. 1 – Eksterne råd og vurderinger:

Det følger av offentleglova § 15 annet ledd at det er adgang til å gjøre unntak for de deler av et dokument som inneholder:

"råd om og vurderingar av korleis eit organ bør stille seg i ei sak, og som organet har innhenta til bruk for den interne saksførebuinga si, når det er påkravd av omsyn til ei forsvarleg ivaretaking av det offentlege sine interesser i saka".

Formålet med unntaksmuligheten er å beskytte det offentliges behov for å innhente strategiske råd, jf. Kristian Brandt m.fl. – Lovkommentar offentleglova, s. 252. Det fremgår av NOU 2003: 30, pkt. 10.6.4.5 at det sentrale ved unntaket er at det saksforberedende organet kan ha behov for fortrolige råd fra eller konsultasjoner med utenforstående for å kunne gjennomføre en forsvarlig forberedelse av saken, se også Rettleiar til offentleglova, punkt 7.3.4.1.

Unntaksbestemmelsen inneholder flere kumulative vilkår som alle må være oppfylte for at bestemmelsen skal kunne benyttes.

For det første kan unntaket bare gjøres for de delene av dokumentet som inneholdt råd og vurderinger om hvordan mottakerorganet skal stille seg i en sak. Dette inkluderer råd om og vurderinger av hvilke handlingsalternativer mottakerorganet bør velge i en spesifikk situasjon, hvilken avgjørelse organet bør treffe, hvilke konsekvenser forskjellige alternative vedtak vil kunne ha og lignende råd/vurderinger.

Om rekkevidden av unntaket opp mot et spesifikt dokument, så heter det i veilederen:

"Dersom (...) generelle premisser er fletta sammen med råd om og vurderinger av korleis mottakeren bør stille seg i ei sak, vil det likevel kunne være høve til å gjere unntak for [innsyn i] dei". (Punkt 7.3.4.2)

For det annet må dokumentet være innhentet av mottakerorganet til bruk for den interne saksforberedelsen, altså etter en bestilling fra det offentlige.

For det tredje må det unntaket være påkrevd av hensyn til en forsvarlig ivaretagelse av det offentliges interesser. I henhold til veilederen er dette særlig relevant mtp. råd og vurderinger som det offentlige innhenter ifm. at organet er *"involvert i forhandlingar eller tvistar"*. Samme vurdering må gjelde dersom organet *trolig eller mest sannsynlig* vil bli involvert i forhandlinger eller tvister, selv om dette ikke har materialisert seg ennå.

Unntak for innsyn i eksterne råd og vurderinger gjelder som nevnt bare de deler av dokumentet som inneholder råd/vurderinger, eller som er sammenflettet med slike råd/vurderinger.

2.3 Aktuelt unntak nr. 2 – Det offentliges forhandlingsposisjon

Det følger av offentleglova § 23 første ledd at:

"Det kan gjerast unntak frå innsyn for opplysningar når det er påkravd av omsyn til ei forsvarleg gjennomføring av økonomi-, lønns-, eller personalforvaltninga til organet."

Justisdepartementets lovavdeling har gitt en uttalelse om lovforståelsen av § 23 (1) knyttet til saker om offentlige innkjøp, se JDLOV-2010-5859. I uttalelsen punkt 3 heter det følgende:

"Offentleglova § 23 fyrste ledd opnar for å gjere unntak for opplysningar når dette er påkravd av omsyn til ei forsvarleg gjennomføring av økonomi-, løns- eller personalforvaltninga til organet. Det aktuelle alternativet her er økonomiforvaltninga. Dette unntaket vernar om dei privatøkonomiske interessene til organet i forhandlingssituasjonar. Unntak på dette grunnlaget kan vere aktuelt i tilfelle der organet sin forhandlingsposisjon eller strategiske stilling kan bli svekt, anten i den aktuelle saka eller i seinare saker. Vidare kan unntak berre gjerast av omsyn til organet, ikkje av omsyn til ein privat motpart. Dersom det skal vere aktuelt med unntak for opplysningar om ein tilbydar etter § 23 fyrste ledd, må offentleggjing såleis kunne svekke stillinga til det offentlege i forhandlingar. I tillegg må det vere «påkravd» med unntak, noko som inneber at faren for at innsyn vil skade det offentlege si stilling i forhandlingane må vere relativt konkret, og den moglege skaden må vere av eit visst omfang. Føreseigna vil normalt ikkje vil gje grunnlag for å gjere unntak over lang tid. Når dei aktuelle forhandlingane er avslutta, vil det i mange tilfelle ikkje lenger vere påkravd med unntak. Dette kan stille seg annleis for generelle retningslinjer, forhandlingsstrategiar og liknande opplysningar som òg vil vere aktuelle ved seinare forhandlingar." (Mine understrekninger).

Det er altså de privatrettslige, økonomiske interessene til det offentlige organet som beskyttes etter offentliglova § 23 (1). På samme måte som i offentliglova § 15 (2), så er det nødvendig å påvise at unntak fra innsyn er påkrevd for å kunne ivareta en forsvarlig gjennomføring av det offentliges forvaltning/interesser.

2.4 Meroffentlighet

Selv om det er grunnlag for å unnta opplysninger fra innsyn, plikter det offentlige å vurdere om det likevel skal gis helt eller delvis innsyn, jf. offentliglova § 11. Det offentlige organet bør gi innsyn dersom hensynet til offentlig innsyn veier tyngre enn behovet for unntak, jf. bestemmelsens annet punktum.

Forutsatt at det allerede er fastslått at opplysningene *kan* unntas fra innsyn, gir ikke bestemmelsen det offentlige noen *plikt* til å gi innsyn etter reglene om meroffentlighet. Det offentlige har imidlertid plikt til å *vurdere* innsyn på tross av unntakshjemmelen, og skal da vurdere hhv. det offentliges interesse i å nekte innsyn opp mot interessene i at opplysningene frigis.

3. Vurderinger

Klager har krevd innsyn i en juridisk vurdering som kommunen har innhentet fra Bjerkan Stav Advokatfirma ifm. en klage fra Sparebank1 SMN i nevnte anskaffelseskonkurranse.

Vurderingene fra Bjerkan Stav knytter seg ikke til klagen og anførslene fra Sparebank1 SMN alene, men utreder alle sider ved anskaffelseskonkurransen. Dette omfatter en gjennomgang av de ulike scenarier som kan oppstå, hvilke anførsler kommunen kan bli møtt med dersom de velger det ene eller det andre av ulike alternativer, økonomiske konsekvenser med mer.

Teksten i vurderingen er bygget opp slik at det er vanskelig å se at enkeltopplysninger eller enkelte deler av dokumentet kan frigis, uten at dette enten undergraver formålet med å nekte innsyn eller gir et skjevt bilde av dokumentets innhold.

Dette gjelder imidlertid ikke for den juridiske vurderingens punkt 2. Dette punktet inneholder en redegjørelse for de faktiske forhold og omfatter ikke "råd og vurderinger".

3.1 Unntak iht. offentleglova § 15 annet ledd

Kommunen vurderer det slik at dokumentet – alle opplysningene i den juridiske vurderingen med unntak av punkt 2 – inneholder "råd og vurderinger" som er i kjerneområdet til det offentleglova § 15 annet ledd tillater unntatt offentlighet. Den juridiske utredningen er et godt eksempel på den fortrolige rådgivningen det offentlige må kunne motta, uten å behøve å fremlegge opplysningene til private parter.

Den juridiske vurderingen er innhentet på bestilling fra kommunen. Den var ment til kommunens interne bruk for å kunne ivareta kommunens interesser i den aktuelle anskaffelseskonkurransen. Det er ikke mulig å unnta bare deler av opplysningene i dokumentet, idet rådene/vurderingene er flettet tett sammen med øvrige deler av redegjørelsen, slik som eksempelvis generelle redegjørelser for anskaffelsesregelverket. Den antas for øvrig at klagers interesse i innsyn primært knytter seg til Bjerkan Stav Advokatfirma sine *vurderinger og råd*, og ikke generelle uttalelser om Forskrift om offentlige anskaffelser eller andre generelle uttalelser.

Kommunen vurderer det også slik at det er nødvendig å unnta opplysningene for å ivareta det offentliges interesser. I sin klage til uttaler klager følgende, i tilknytning til behovet for å unnta opplysninger ut fra kommunens interesser:

"Det synes således [som at det] ikke [er] grunnlag for å unnta opplysninger knyttet til selve konkurransen om hovedbankavtale. Denne konkurransen opphørte ved tildeling, og i alle fall ved signering av kontrakt. Alle opplysninger vedr konkurransen om denne avtalens synes det således grunnlag for å frigi.

Det legges også til grunn at forhold[et] mellom Ørland kommune og Ørland Sparebank, pr. dato er avklart slik at det ikke lenger foreligger noe forhandlings- eller konkurranseaspekt som tilsier at opplysninger kan unntas offentlighet."

Kommunen er enig i at anskaffelseskonkurransen er avsluttet og at konkurransen *isolert sett* ikke har aktualitet.

Kommunen er imidlertid ikke enig i at *kommunens interesser* avsluttes samtidig som at konkurransen avsluttes.

Ørland Sparebank har uttrykkelig kunngjort at de vil ta rettslige skritt overfor Ørland kommune, se e-post fra Ørland Sparebanks advokat gjengitt i punkt 1 ovenfor. Dette vil banken gjøre ved å inngi en klage til KOFA. Ørland Sparebank har også avslått et minnelig tilbud fra Ørland kommune som ville ha avsluttet saken.

Dersom Ørland Sparebank skulle få innsyn i de fortrolige råd og vurderinger som kommunen har innhentet, samtidig som Ørland Sparebank forbereder en klagesak på bakgrunn av anskaffelseskonkurransen, synes det klart at kommunens interesser kan bli skadelidende. Konsekvensen ved innsyn ville være at kommunen ikke kan innhente fortrolige råd ifm. sin saksbehandling, eller at disse rådene ble utformet så vidt vagt at de var uten verdi for kommunens saksbehandling.

Etter dette finner Ørland kommune at vilkårene for unntak fra offentlighet etter offentleglova § 15 annet ledd, er oppfylte. Dette gjelder ikke for punkt 2 i dokumentet, som vil bli frigitt til klager.

3.2 Unntak iht. offentleglova § 23 første ledd

Etter kommunens vurdering har kommunen anledning til å unnta dokumentet fra offentlighet også etter offentleglova § 23 første ledd.

Slik det følger av veilederen til offentlighetsloven og Lovavdelingens uttalelse (se punkt 2.3) må unntak begrunnes i en svekket forhandlingsposisjon eller strategisk stilling for det offentlige, i denne saken eller senere saker. Faren for svekket posisjon må også være noenlunde konkret og ha en viss betydning mtp. omfanget, jf. ordlyden "påkravd".

Slik den juridiske vurderingen er utformet, er det en konkret fare for at innsyn vil svekke Ørland kommunes forhandlingsposisjon. Som nevnt i punkt 3.1 gjelder dette ikke for anskaffelseskonkurransen *isolert sett*, men for det rettslige kravet som Ørland Sparebank har annonsert at de vil fremme for KOFA. Slik det følger av Lovavdelingens uttalelse, så er det ikke nødvendig at svekkelsen av det offentliges posisjon eller stilling *skjer i samme sak*, posisjonssvekkelsen kan gjerne komme i en etterfølgende sak så fremt *skadepotensialet* fortsatt er til stede.

Etter dette finner Ørland kommune at vilkårene for unntak fra offentlighet etter offentleglova § 23 første ledd, er oppfylte. Dette gjelder ikke for punkt 2 i dokumentet, som vil bli frigitt til klager.

3.3 Vurdering av meroffentlighet

Etter offentleglova § 11 plikter Ørland kommune å vurdere meroffentlighet, jf. redegjørelsen i punkt 2.4 ovenfor.

Ørland kommune finner at kommunens interesse i å unnta opplysningene i den juridiske vurderinger må veie tyngre enn Ørland Sparebanks interesse i å få opplysningene.

I denne vurderingen er det særlig lagt vekt på at kommunen må kunne innhente fortrolige råd fra eksterne eksperter, uten at private parter som ønsker å få fremme krav mot kommunen kan få innsyn i disse opplysningene. Kommunens innhenting av slike råd vil bli umuliggjort dersom private parter skal få innsyn i dem, og særlig gjelder dette dersom den private parten samtidig planlegger eller har iverksatt rettslig prosess mot kommunen.

På denne bakgrunn og i medhold av forvaltningsloven § 33, jf. forvaltningsloven kapittel IV og V fatter Ørland kommune følgende

vedtak:

1. Ørland Sparebank gis innsyn i Bjerkas Advokatfirmas juridiske vurdering (vurderingens punkt 2 benevnt "Bakgrunn") datert 25.11.2019, slik denne er fremlagt i sladdet utgave.
2. For øvrig tas klagen fra Ørland Sparebank ikke til følge.

Dette innebærer at Ørland Sparebank er gitt delvis medhold, jf. forvaltningsloven § 33, annet ledd. På bakgrunn av Ørland Sparebanks klage og -innhold, så vurderer Ørland kommune det slik at det er usannsynlig at Ørland Sparebank er enig i og fornøyd med kun å få innsyn i deler av den juridiske vurderingen. Av hensyn til privat part finner Ørland kommune det derfor unødvendig å be Ørland Sparebank inngi ny klage over dagens vedtak, selv om privat part er gitt delvis medhold. Ørland kommune går dermed ut fra at klager opprettholder klagen for den delen av vedtaket som ikke er omgjort.

Klagen sendes derfor til Fylkesmannen i Trøndelag, som skal ta stilling til den delen av klagen som ikke har ført frem/blitt omgjort, jf. forvaltningsloven § 33, fjerde ledd.

Med hilsen

Geir Aune
Kommunalsjef
Ørland kommune

Vedlegg

- 1 AD. Klage over dokument unntatt offentlighet
- 2 Epost
- 3 Sladdet - juridisk vurdering Bjerkan Stav 25.11.19
- 4 Juridisk vurdering - hovedbankavtale
- 6 Svarbrev, Ørland Sparebank, 11.12.19
- 7 Bilag 2 - FELLESN-2019-06-20-protokoll
- 8 Bilag 1 - FSK-2019-10-29-innkalling