Fylkesmannen i Trøndelag
Tröndelagen fylhkenålma

Vår dato: 11.02.2020
Vår ref: 2020/467
Deres dato: 09.01.2020
Deres ref: 304/2020/200/GEIAUN

Ørland kommune
Alf Nebbs gate 2
7160 BJUGN

Saksbehandler, innvalgstelefon
Ingrid Gjelten, 73 19 91 51

Klagebehandling - avslag på innsynskrav - krav om innsyn i en juridisk vurdering fra Bjerkan Stav Advokatfirma AS til Ørland kommune

---

Saken gjelder klage på avslag på innsyn i juridisk vurdering sendt fra et advokatfirma til Ørland kommune. Kommunen hjemlet avslaget i offentleglova § 15 andre ledd og § 23 første ledd. Fylkesmannen har gjennomgått saken og er kommet til at § 15 andre ledd ikke kan hjemle avslaget. Når det gjelder avslaget etter § 23 første ledd, så er ikke det tilstrekkelig konkretisert og begrunnet, noe som gjør avslaget ugyldig. Fylkesmannen opphever derfor avslaget og saken returneres til Ørland kommunen som foretar en ny vurdering av innsynskravet.

Sakens bakgrunn

Nye Ørland kommune utlyste den 04.07.2019 en anbudskonkurranse om ny hovedbankavtale for det som fra 01.01.2020 ble nye Ørland kommune. Kommunen var bistått av Finansinnkjøp AS.

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

Endelige tilbud ble evaluert av administrasjonen i samarbeid med Finansinnkjøp AS. I innstilling til formannskapet 23.10.19 ble det innstilt på Sparebank 1 SMN som vinner. Formannskapet behandlet saken 29.10.19 og innstilte på Ørland Sparebank som vinner. Ørland Sparebank vant dermed konkurransen.

Etter at tildelingen ble kunngjort mottok Ørland kommune den 15.11.2019 klage fra Sparebank1 SMN v/Advokatfirmaet BAHR.

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. Formannskapet omgjorde sin tildeling, og tildelte kontrakten i samsvar med rådmannens opprinnelige innstilling. Nytt tildelingsbrev ble tilsendt konkurransedeltakerne den 27.11.2019.

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.

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

a) Juridisk vurdering journalført 25.11.2019, og
b) Klage fra Sparebank1 SMN journalført 26.11.2019.

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

Advokat Lyng på vegne av Ørland Sparebank påklagde 03.01.2020 avslaget på innsyn i den juridiske vurderingen.

Ørland kommune tok klagen delvis til følge og ga innsyn i en sladdet versjon (de ga innsyn i punkt 2). Kommunen oversendte 9. januar 2020 saken til Fylkesmannen i Trøndelag for vurdering av den delen av klagen som ikke var tatt til følge.

Klagen

Vi har laget et sammendrag av klagen:

- Innsynskravet er avslått med henvisning til offentleglova § 23 første ledd. Unntakene i offentleglova skal aldri benyttes i større omfang enn der det foreligger er reelt behov.
- Merinnsyn er et grunnleggende prinsipp, jf § 11
- § 23 gjelder kun opplysninger
- Det vises til *Rettleiar til offentleglova* pkt 8.8
- Det må være en forhandlingssituasjon. Det må angis hvilken måte innsyn vil skade forhandlingsposisjon, jf. krav til begrunnelse og krav til utvidet begrunnelse.
- Det må foreligge krav om skade på beskyttelsesverdige offentlige interesser.
- Offentleglova har et klart mål om mer åpenhet rundt forvaltningens saksdokumenter.
- Klagen journalført 26. november 2019 var også journalført som unntatt offentlighet, noe som er overraskende. Det fremstår som strid med offentleglova og gir grunnlag for å stille spørsmål ved den praksis som føres i saken hva angår å unnta dokumenter for offentlighet.
- Det bidrar ikke til trygghet for korrekt håndtering at både klage fra BAHR og dokumenter fra Bjerkan Stav ikke var å finne på postlistene før etter klage på tildeling.
- Konkurransen er avsluttet og det er ikke grunnlag for å unnta opplysninger knyttet til selve konkurransen om hovedbankavtale.
- Det foreligger ikke lenger noen forhandling eller konkurranseaspekt som tilsier unntatt offentlighet.

Vi viser ellers til klagen i sin helhet.

Fylkesmannen bemerker:

Fylkesmannen som klageinstans

Fylkesmannen er klageinstans i for vedtak i kommunalt eller fylkeskommunalt organ, jf. offentleglova (offl) § 32 første ledd. Fylkesmannen kan prøve alle sider av saken.

Klagen er fremsatt innen klagefristen og klager har rettslig klageinteresse, jf. forvaltningsloven § 29, jf offentleglova § 32 tredje ledd.

Utgangspunkt

Etter offentleglova § 2 første ledd bokstav a gjelder loven for *"staten, fylkeskommunane og kommunane".* Loven kommer til anvendelse for Ørland kommune.

Offentleglova § 3 oppstiller hovedregelen for hva som er åpent for innsyn. Her heter det at alle kan kreve innsyn i *«saksdokument, journaler og lignende register»* hos organet, dersom ikke annet følger av lov eller forskrift.

Et saksdokument er et dokument som er kommet inn til eller som er lagt frem for et organ, eller som organet sjøl har opprettet som gjelder ansvarsområdet eller virksomheten til organet, jf. offl § 4 andre ledd. Med dokument menes ei logisk avgrensa informasjonsmengde som er lagra på et medium for senere lesing, lytting, fremvisning, overføring eller lignende, jf. § 4 første ledd.

Forvaltningslovens kapittel VI gjelder så langt det passer i behandlingen av klager etter offentleglova, jfr. offl. § 32 tredje ledd. Reglene om saksforberedelse i klagesak og reglene om begrunnelsens innhold gjelder derfor, jf fvl § 33 og fvl §§ 24 og 25.

Fylkesmannens vurdering

Ørland kommune utlyste anbudskonkurranse om ny hovedbankavtale for nye Ørland kommune. De mottok tilbud fra Ørland Sparebank og Sparebank 1 SMN. Ørland Sparebank vant konkurransen etter at formannskapet avgjorde konkurransen mot administrasjonens innstilling. Avgjørelsen ble kunngjort til deltakerne, og kommunen mottok klage fra Sparebank 1 SMN. Kommunen bestilte da en juridisk vurdering av konkurransen, kommunens handlingsalternativer og konsekvenser fra Bjerkan Stav Advokatfirma. Den juridiske vurderingen ble sendt kommunen fra Bjerkan Stav v/advokatene Hammernes og Waterloo 25. november 2019. Klagen fra Sparebank 1 SMN ble tatt følge av kommunen og Sparebank 1 SMN ble vinner av anbudskonkurransen. Nytt tildelingsbrev ble sendt deltagerne. Denne tildelingen ble påklaget av Ørland Sparebank. Klagen ble ikke tatt til følge. Kommunen har nå inngått hovedbankavtale med Sparebank 1 SMK. Kommunen har tilbudt Ørland sparebank et beløp for dekning av omkostninger og ekstraarbeid i forbindelse med konkurransen, da kommunen har erkjent å ha gitt Ørland Sparebank «falske forhåpninger». Ørland sparebank har avvist tilbudet. Ørland Sparebank har varslet klage til KOFA (klagenemnda for offentlige anskaffelser).

Ørland Sparebank har bedt om innsyn i den juridiske vurderingen sendt Ørland kommune 25. november 2019. Vurderingen er et saksdokument, jf offl § 4, som etter offl § 3 er åpent for innsyn dersom annet ikke følger av lov eller forskrift.

Ørland kommune har avslått innsyn i dokumentet i sin helhet med unntak av punkt to. Avslaget er hjemlet i offentleglova § 15 andre ledd og offentleglova § 23 første ledd, som begge er unntak fra offl § 3. Vi vil i det følgende gjennomgå de to grunnlagene.

Offentleglova § 15 - Dokument innhenta utenfra for den interne saksforberedelsen

Kravet er avslått med hjemmel i offentleglova § 15 andre ledd som sier at det kan «*gjerast unntak for delar av dokument som inneheld råd om og vurderingar av korleis eit organ bør stille seg i ei sak, og som organet har innhentet til bruk for den interne saksførebuinga si, når det er påkravd av omsyn til ei forsvarleg ivaretaking av det offentlege sine interesser i saka.*»

Kommunen har begrunnet bruken av bestemmelsen slik i oversendelsen til Fylkesmannen:

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 legge[s] også til grunn at forhold[et] mellom Ørland kommune og Ørland Sparebank, pr. dato er avklart slik at det ikke lengre 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.

Kommunen konkluderer med at dokumentet inneholder råd og vurderinger, at det er innhentet til bruk for den interne saksforberedelsen og at det er påkrevd av hensyn til det offentlige sine interesser i saken å gjøre unntak fra innsyn i dette dokumentet slik som § 15 annet ledd har som vilkår.

Kommunen nevner ikke bestemmelsen i offentleglova § 16 som begrenser virkeområdet for § 15 for visse dokumenter/situasjoner hos kommuner og fylkeskommuner:

§ 16. *Innsyn i interne dokument hos kommunane og fylkeskommunane*

Unntaka i §§ 14 og 15 gjeld ikkje:
a) saksframlegg med vedlegg til eit kommunalt eller fylkeskommunalt folkevalt organ,
b) sakliste til møte i folkevalde organ i kommunar og fylkeskommunar,
c) dokument frå eller til kommunale og fylkeskommunale kontrollutval, revisjonsorgan og klagenemnder, og
d) dokument i saker der ei kommunal eller fylkeskommunal eining opptrer som ekstern part i høve til ei anna slik eining.
§ 14 gjeld likevel for dokument som blir utveksla mellom kommunale og fylkeskommunale kontrollutval og sekretariatet til utvalet.
Unntaket i § 14 gjeld ikkje for dokument frå eller til eit kommunalt eller fylkeskommunalt særlovsorgan eller eit kommunalt eller fylkeskommunalt føretak etter kommuneloven kapittel 11.
Unntaket i § 14 gjeld heller ikkje for dokument frå eller til ei kommunal eller fylkeskommunal eining på område der einingane har sjølvstendig avgjerdsrett. Unntaket i § 14 gjeld likevel for dokument i saker der administrasjonssjefen eller kommunerådet gjennomfører kontrolltiltak overfor ei eining, og for utkast til vedtak og innstillingar som blir lagde fram for administrasjonssjefen eller kommunerådet før det blir gjort vedtak, eller før ei innstilling blir lagd fram for eit folkevalt organ. Unntaket i § 14 gjeld også for merknader frå administrasjonssjefen eller kommunerådet til slike utkast som er nemnde i førre punktum.

§ 16 første ledd bokstav a sier at unntaket i § 15 ikke gjelder saksfremlegg med vedlegg til et kommunalt folkevalgt organ. Fylkesmannen har spurt om den juridiske vurderingen ble lagt frem for formannskapet, og har fått opplyst at den ble det. § 16 førsteledd bokstav a kommer derfor til anvendelse og unntaket i § 15 annet ledd er derfor ikke anvendelig for dokumentet og innsyn i dette dokumentet kan følgelig ikke nektes med hjemmel i § 15 andre ledd.

Offentleglova § 23 første ledd – forhandlingsposisjon mm

Den andre alternative avslagshjemmelen kommunen har brukt er § 23 første ledd som sier at det kan gjøres unntak fra innsyn for opplysninger når det er påkrevd av hensyn til ei forsvarlig gjennomføring av økonomiforvaltninga til organet:

> ***§ 23.Unntak av omsyn til det offentlege sin forhandlingsposisjon m.m.***
> *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.*
>
> *(...)*

Kommunen begrunner bruken av bestemmelsen slik:

> *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 offenlighetsloven 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.*

Etter § 23 første ledd har man mulighet til å nekte innsyn i opplysninger når det er påkrevet av hensyn til en forsvarlig gjennomføring av økonomiforvaltninga til organet. Unntaket verner om de privatøkonomiske interessene til kommunen i forhandlingssituasjoner, og gjelder både ved kjøp og salg og ved avtaleforhandlinger mer generelt, jf. forarbeidene til bestemmelsen[1]. Forarbeidene sier videre at det er et vilkår at opplysningene har et konkurranseaspekt, slik at innsyn vil kunne skade forhandlingsposisjonen eller den strategiske stillinga for det offentlige i den aktuelle saken eller fremtidige. Unntak fra innsyn må være *påkrevet*, det vil si at det må foreligge en nokså konkret fare for, ut fra situasjonen på det tidspunktet innsynskravet blir avgjort, at innsyn vil kunne skade de interessene bestemmelsen skal beskytte og skaden må være av et visst omfang, jf. forarbeidene[2].

Avgjørelser i anbudssaker må anses å være avgjørelser av privatrettslig karakter. Vi er enig med kommunen i at opplysninger i dokumenter i anbudssaker kan representere kommunens privatøkonomiske interesser som unntaket i § 23 første ledd skal verne om.

Spørsmålet er om vilkårene for unnta de konkrete opplysningene i den juridiske vurderingen er til stede. Unntak fra innsyn må være påkrevet av hensynet til en forsvarlig gjennomføring av økonomiforvaltningen til kommunen. Et vedtak må etter ulovfestede krav og fvl § 25 begrunnes tilstrekkelig. Et avslag med hjemmel i fvl § 23 første ledd må begrunne hvorfor å de aktuelle opplysningene er påkrevdet av hensyn til en forsvarlig gjennomføring av økonomiforvaltningen til kommunen, herunder begrunne at det er en konkret fare for at de spesifikke opplysningene vil

[1] Ot.prp nr 102 (2004-2005) side 144
[2] Ot.prp. nr. 102 (2004- 2005) side 145

kunne skade (av et visst omfang) kommunens forhandlingsposisjon eller strategiske stilling, jf forarbeidene.

Kommunen opplyser at anskaffelseskonkurransen er avsluttet og de sier at den isolert sett ikke har aktualitet, men at kommunens interesser ikke nødvendigvis avsluttes samtidig som at konkurransen avsluttes. Kommune peker på at Ørland Sparebank skal ha kunngjort at de vil ta rettslige skritt overfor Ørland kommune ved å inngi klage til KOFA, og at det er en konkret fare for at innsyn vil svekke Ørland kommune dersom råd og vurderinger som kommunen har innhentet blir tilgjengelig for Ørland Sparebank når de forbereder klagesak. Kommunen konkluderer med at vilkårene for å kunne unnta opplysninger etter § 23 første ledd er til stede, og unntar hele dokumentet med unntak av punkt 2 (2. Bakgrunn).

Bestemmelsen i § 23 første ledd er knyttet til opplysninger, ikke dokumenter. Kommunen konkluderer med at alle opplysningene i dokumentet med unntak av punkt 2 kan unntas fra innsyn. Det er ikke konkretisert eller begrunnet hvordan det er påkrevet at ulike opplysningene unntas fra innsyn, utover at det er pekt på at slik vurderingen er «utformet» er det en konkret fare for at innsyn vil svekke Ørland kommunes forhandlingsposisjon.

Fylkesmannen har fått oversendt dokumentet i usladdet versjon. Etter en gjennomgang synes det klart at ikke alle opplysninger i dokumentet omfattes av § 23 første ledd. Blant annet viser vi til brevet som kommunen sendte til Ørland Sparebank som svar på klagen. Det brevet er signert de samme advokatene som har skrevet den juridiske vurderingen og har delvis samme innhold. Opplysninger, argumenter og begrunnelser som kommunen allerede har tilkjennegitt er ikke opplysninger som er påkrevd å unnta, jf offl § 23.

I tillegg til at noen opplysninger klart ikke har slikt innhold som omfattes av § 23 første ledd, er heller ikke avslaget på innsyn i alle opplysningene i sin helhet (unntatt punkt 2) tilstrekkelig konkretisert og begrunnet. Plikten til å begrunne avslag skal blant annet sikre at berørte parter i saken får nødvendig og tilstrekkelig informasjon til å forstå forvaltningens avgjørelse. Dette er viktig av hensyn til parten selv, men er også ansett nødvendig for å ivareta forvaltningens legitimitet og publikums tillit til forvaltningen. Den mangelfulle begrunnelsen i denne saken gjør at det er vanskelig å forstå hvorfor kommunen har kommet til at vilkårene for unntak etter offl § 23 er oppfylt for de ulike opplysningene. En mangelfull begrunnelse gjør vedtaket ugyldig, jf fvl § 41.

Vi ser ikke bort ifra at deler av opplysningene kan unntas med hjemmel i § 23 første ledd, så av hensyn til en reell toinstansbehandling bør kommunen få mulighet til å legge frem begrunnelsen for at de mener det er påkrevd å unnta de forskjellige opplysninger etter § 23.

Fylkesmannen opphever derfor avslaget og saken returneres til Ørland kommune som foretar en ny vurdering av innsynskravet.

Fylkesmannen har ikke tatt stilling til det endelige resultatet.

Konklusjon

Etter en vurdering har fylkesmannen kommet til Ørland kommunes avslag på innsyn ikke er tilstrekkelig begrunnet, og avslaget er ugyldig og oppheves.

Fylkesmannen fatter følgende

Vedtak:

Ørland kommunes avslag 17. desember 2019 om innsyn i juridisk vurdering oppheves.

Saken sendes tilbake til Ørland kommunen for en ny vurdering av innsynskravet.

Fylkesmannens vedtak er endelig og kan ikke påklages videre i forvaltningen, jf. fvl § 28.

Med hilsen

Kjetil Ollestad (e.f.)
seksjonsleder
Kommunal- og justisavdelingen

Ingrid Gjelten
seniorrådgiver
Kommunal- og justisavdelingen

Dokumentet er elektronisk godkjent

Kopi til:
Pretor advokat v/Gorm Lyng PB 1734 7416 TRONDHEIM