



AKTINDSIGT I UDBUD

Efter gennemførelsen af et udbud oplever kommunerne som ordregivere ofte, at der bliver begæret aktindsigt i de indkomne tilbud og i dokumenterne fra selve udbudsprocessen. I denne artikel redegør vi for de regler og den praksis, der gælder, når en ordregiver skal behandle en ansøgning om aktindsigt i forbindelse med et udbud.

En anmodning om aktindsigt kan komme fra såvel tilbudsgivere, der har deltaget i udbud, som fra udenforstående. Der kan være mange forskellige grunde til, at tilbudsgivere eller andre ønsker at søge om aktindsigt i udbudsmateriale. Kommer aktindsigtsanmodningen fra en tilbudsgiver, er baggrunden ofte, at den pågældende ikke er blevet tildelt kontrakten og derfor ønsker at undersøge, om tildelingen er sket til den rette tilbudsgiver. Det kan også skyldes, at tilbudsgiveren ønsker at optimere sine egne tilbud fremadrettet ved at sammenligne sit tilbud med andre tilbudsgivere.

MODSTRIDENDE INTERESSER

Ved vurderingen af spørgsmålet om aktindsigt i udbudsmateriale står flere modstridende interesser over for hinanden. For det første ønsker den offentlige myndighed at få de bedst mulige tilbud fra tilbudsgiverne, herunder eksempelvis et indblik i, hvordan virksomheden vil strukturere sig for at løse den udbudte opgave, og hvordan de tidligere har udført sådanne opgaver. For det andet ønsker tilbudsgiveren at give disse oplysninger – men ikke, at

konkurrenterne via aktindsigt får indblik heri, da løsningen kan blive kopieret af konkurrenterne i forbindelse andre udbud eller opgaver. For det tredje er der den mere overordnede og generelle offentlige interesse i, at der er aktindsigt i de dokumenter, der er indgået i myndighedernes sagsbehandling.

HVILKE REGLER GÆLDER?

Udbudsloven regulerer ikke aktindsigt i udbud. Det følger alene af udbudslovens § 5, stk. 1, at en ordregiver – medmindre andet følger af lov – ikke må udlevere fortrolige oplysninger, som en tilbudsgiver har afgivet i forbindelse med en udbudsprocedure.

En ordregivers beslutning om tildeling af en kontrakt til en tilbudsgiver på baggrund af en udbudsprocedure udgør ikke en forvaltningsretlig afgørelse. Aktindsigtsanmodninger skal af en ordregivende kommune derfor vurderes efter offentlighedslovens regler; i særlige tilfælde efter miljøoplysningsloven.

Uanset at det af udbudsloven fremgår, at en ordregiver ikke må udlevere fortrolige oplysninger, vil dette ikke

gælde, hvis der efter offentlighedsloven skal gives aktindsigt i de pågældende oplysninger. Vurderingen af, hvilke oplysninger der kan betegnes som fortrolige, sker efter offentlighedsloven.

OFFENTLIGHEDSLOVENS UD GANGSPUNKT ER FULD AKTINDSIGT

Offentlighedsloven giver "enhver" ret til aktindsigt, og dermed kan alle få aktindsigt i det materiale, der er knyttet til et udbud, hvis ordregiver er omfattet af offentlighedsloven. Kommuner, regioner, staten og hovedparten af de offentligt ejede selskaber – f.eks. de kommunalt ejede forsyningsselskaber – er omfattet af offentlighedsloven.

Efter offentlighedsloven er udgangspunktet, at der gives fuld aktindsigt, hvilket vil sige aktindsigt i alle dokumenter i udbudssagen, herunder i de fulde tilbud. Hverken tilbudsgiver eller kommunen kan antage et udgangspunkt om, at der ikke er aktindsigt i de tilbud, som indkommer til kommunen ved et udbud. Derimod er udgangspunktet, at der skal gives fuld aktindsigt i alle dokumenter, og at man som tilbudsgiver må være indstillet på dette og tage højde herfor i udarbejdelsen i sit tilbud. Se eksempelvis Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. juli 2014, Computerworld mod Statens IT.

UNDTAGELSER FRA FULD AKTINDSIGT

Der er flere undtagelser til udgangspunktet om fuld aktindsigt i alle dokumenter i udbudssagen.

Interne dokumenter hos ordregiveren kan i vidt omfang undtages fra aktindsigt. I en udbudsretlig sammenhæng vil eksempelvis udkast til evalueringsrapporten udgøre et internt dokument. Den endelige evalueringsrapport anses omvendt ikke for et internt dokument, og der skal derfor gives aktindsigt i denne.

I en kendelse fra 2015 fastslog Klagenævnet for Udbud, at dokumenter, der var blevet udvekslet mellem deltagerne i en brugergruppe, udgjorde et internt dokument, der kunne undtages for aktindsigt, når følgende betingelser var opfyldt: i) ordregiveren/myndigheden havde instruktionsbeføjelse over for personerne i brugergruppen i relation til opgaverne i udbuddet, og ii) udvekslingen af dokumenterne skete under fortrolige forhold.

Brevveksling med sagkyndige til brug for en retssag, eller en overvejelse af om en retssag skal føres, er ligeledes undtaget fra aktindsigt.

Oplysninger i et tilbud om tekniske indretninger og drifts- eller forretningsforhold kan efter omstændighederne også undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 30, nr. 2.

Bestemmelsen indeholder to led. Oplysningerne skal for det første vedrøre tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller drifts- eller forretningsforhold. Derudover skal de specifikke oplysninger være af væsentlig økonomisk betydning for virksomheden. Undtagelse fra aktindsigt kan derfor kun ske, hvis der er væsentlig risiko for, at offentliggørelse af oplysningerne vil medføre et økonomisk tab for tilbudsgiver. Det er væsentligt at bemærke, at det kun er oplysninger, der i henhold til § 30 kan undtages fra aktindsigt. Hvis et dokument, f.eks. den vindende tilbudsgivers tilbud, indeholder oplysninger omfattet af § 30, undtages disse oplysninger, og der gives aktindsigt i resten af tilbuddet.

HØRING AF TILBUDSGIVER

Når der søges om aktindsigt hos en kommune som ordregiver, er det også kommunen, der træffer afgørelse om, hvilke oplysninger i tilbuddet der eventuelt skal undtages fra aktindsigt. Det er således aldrig den enkelte tilbudsgiver, der har indgivet tilbud,

som bestemmer, hvad der skal undtages fra aktindsigt.

Dog følger det af princippet om god forvaltningsskik, at kommunen som ordregiver skal give den, som oplysningerne i dokumentet omhandler – f.eks. den vindende tilbudsgiver – mulighed for at komme med bemærkninger til anmodningen om aktindsigt, før kommunen træffer beslutning om aktindsigt i forretningsmæssige oplysninger om tilbudsgiveren. Tilbudsgiveren har herefter mulighed for at konkretisere, hvilke oplysninger i tilbuddet tilbudsgiver mener opfylder betingelserne for undtagelse, herunder hvilke konkrete skadevirkninger det vil medføre, hvis ordregiver giver aktindsigt i oplysningerne.

Det følger af forarbejderne til offentlighedsloven fra 2013, at der gælder en klar formodning for, at udlevering af oplysningerne vil indebære en nærliggende risiko for, at virksomheden eller den person, oplysningerne angår, vil lide skade af betydning. Anvendelsen af denne (nye) formodningsregel er illustreret i Folketingets Ombudsmands udtalelse af 28. november 2016 om Finansministeriets afslag på aktindsigt i oplysninger om salg af aktier i DONG.

Det er altid kommunen, der skal vurdere, om betingelserne for at undtage oplysninger fra aktindsigt er opfyldt.

PRISERNE I ET TILBUD

Tilbudsgivere vil ofte have et ønske om, at de priser, de afgiver i deres tilbud, undtages fra aktindsigt. Ordregiveren skal ved afgørelsen om aktindsigt sondre mellem delpriser og evalueringstekniske totalpriser, der er den samlede pris, som tilbuddet evaluerer efter. Den evalueringstekniske totalpris kan eksempelvis udgøres af de individuelle vægtninger af de tilbudte delpriser, men kan også være nærmere beskrevet i udbudsmaterialets evalueringsmetode.

Efter praksis fra Klagenævnet for Udbud kan ordregiver ofte undtage delpriser i et tilbud fra aktindsigt. Baggrunden for dette er, at konkurrerende virksomheder ellers kan få oplysninger om, hvordan virksomhederne sammensætter priser på produkter – og sådanne oplysninger indebærer nærliggende risiko for, at virksomheden lider økonomisk skade. Derimod er evalueringstekniske totalpriser som udgangspunkt ikke undtaget fra aktindsigt. Ordregiver skal dog foretage en konkret vurdering af, om aktindsigt i de evalueringstekniske totalpriser kan have væsentlig økonomisk skadevirkning for

tilbudsgiveren, eksempelvis hvis det er let at gennemskue delpriser gennem en evalueringsteknisk totalpris. Også her vil høring af den, oplysningerne omhandler, være relevant.

KLAGE OVER AFGØRELSER OM AKTINDSIGT

Den, der har begæret aktindsigt i udbudsdokumenterne, herunder i de indkomne tilbud, kan klage over kommunens afgørelse. Kommunen kan herefter vælge at give yderligere aktindsigt eller kan fastholde sin afgørelse. Fastholdes afgørelsen, skal kommunen videregive klagen til Klagenævnet for Udbud, som er klageinstans i forhold til ordregivers afgørelser om aktindsigt i et udbud.

Den tilbudsgiver, hvis tilbud der er givet aktindsigt i, kan også klage over kommunens afgørelse om at give aktindsigt i tilbuddet. Klagen skal af tilbudsgiveren indgives til kommunen, der videregiver klagen til Ankestyrelsen, hvis afgørelsen fastholdes. Klagenævnet for Udbud har ikke kompetence til at træffe afgørelser, og derfor er det Ankestyrelsen, der kan træffe afgørelse ■



Rikke Søgaard Berth
Advokat, partner
rsb@horten.dk



Malene Graff
Specialistadvokat
mgr@horten.dk



Carina Henriette Nilsson Maibom
Advokatfuldmægtig
cma@horten.dk