

Aktindsigt efter udbudslovens § 5a

Udbudslovens § 5a begrænser adgangen til aktindsigt i tilbud og oplysninger fra tilbud afgivet i forbindelse med en udbudsprocedure. Bestemmelsen fraviger således offentlighedslovens hovedregel om, at enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed. I denne artikel ser vi på seneste praksis om bestemmelsens anvendelsesområde.

Bestemmelsen i udbudslovens § 5a, som trådte i kraft 1. juli 2022, regulerer adgangen til aktindsigt i udbudssager. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

“For tilbud eller oplysninger fra tilbud afgivet i henhold til procedurer efter denne lov, lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester, bekendtgørelse om tildelelse af koncessionskontrakter og bekendtgørelse om ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet gælder retten til aktindsigt efter lov om offentlighed i forvaltningen alene for den, der er klageberettiget til Klagenævnet for Udbud vedrørende den sag, som aktindsigtsanmodningen vedrører, og for massemedier.”

Som det fremgår, begrænses adgangen til at få aktindsigt i tilbud og tilbudsoplysninger til den, der er klageberettiget ved Klagenævnet for Udbud vedrørende den sag, som aktindsigtsanmodningen vedrører. Derudover kan massemedier få aktindsigt. Bestemmelsen fungerer derved i praksis som en undtagelse til udgangspunktet i offentlighedsloven, jf. nedenstående.

Det almindelige udgangspunkt efter offentlighedslovens § 7 er, at enhver har ret til aktindsigt i dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed som led i myndighedens administrative sagsbehandling i forbindelse med myndighedens virksomhed. Dog gælder der ifølge offentlighedslovens kapitel 4 en række undtagelser fra udgangspunktet.

Som udgangspunkt er dokumenter og oplysninger knyttet til udbudssager

omfattet af adgang til aktindsigt efter offentlighedslovens § 7. Udbudslovens § 5a indsnævrer imidlertid den kreds af virksomheder, som efter offentlighedsloven kan få adgang til aktindsigt i tilbud og oplysninger fra tilbud.

Af lovbemærkningerne til § 5a fremgår det, at retten til aktindsigt i tilbud eller oplysninger fra tilbud fortsat gælder, når den, der anmoder om aktindsigt, har en retlig interesse i at indgive klage til Klagenævnet for Udbud vedrørende den sag, som aktindsigtsanmodningen vedrører, eller er et massemedie. Derimod begrænses adgangen til aktindsigt i de nævnte oplysninger for virksomheder mv., som ikke har en sådan retlig interesse i at indgive klage. Den begrænsning omfatter bl.a. virksomheder, som anvender aktindsigt som redskab til indsamling af data med henblik på fx markedsafdækning og salg af informationer.

I løbet af de sidste par måneder har Klagenævnet for Udbud afsagt en række afgørelser, som afklarer rækkevidden af udbudslovens § 5a. Med dét afsæt har vi i det følgende besvaret

nogle af de spørgsmål, som rejser sig i forhold til bestemmelsens anvendelsesområde:

Hvem kan få aktindsigt efter udbudslovens § 5a?

Ud over massemedier omfatter adgangen til aktindsigt ifølge § 5a den, der er klageberettiget til Klagenævnet for Udbud vedrørende den sag, som aktindsigtsanmodningen vedrører. Det følger af lovbemærkningerne til § 5a, at “klageberettiget” skal fortolkes i overensstemmelse med § 6, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, som bestemmer, at enhver, der har en “retlig interesse”, kan indgive klage til Klagenævnet for Udbud.

Klagenævnet for Udbud har i en afgørelse af 13. juli 2023 om aktindsigt fastslået, at en nabo til et byggeri udbudt af en kommune ikke havde en interesse i udbuddet af en sådan karakter, at han var klageberettiget til Klagenævnet for Udbud.

Kommunen var derfor i medfør af § 5a berettiget til at give afslag på aktindsigt i tilbud eller oplysninger fra tilbud om det konkrete udbud.

Er den vindende tilbudsgiver afskåret fra aktindsigt i et tabende tilbud?

For at den vindende tilbudsgiver skal kunne få aktindsigt i et konkurrerende tilbud eller i oplysninger derfra, kræves, at den vindende tilbudsgiver konkret må anses for at have en retlig interesse i at kunne indgive en klage til Klagenævnet for Udbud vedrørende det pågældende udbud og dermed må anses for “klageberettiget”.

Det følger af Klagenævnet for Udbuds praksis, at begrebet “retlig interesse” skal fortolkes bredt. Klagenævnet for Udbud har i kendelse af 24. april 2023 Meldgaard mod Afatek udtalt, at en vindende tilbudsgiver kan have en konkret og direkte interesse i at få Klagenævnet for Udbuds afklaring af, om den ordregivende myndighed har overtrådt udbudsreglerne i forbindelse med en udbudsproces. Den vindende tilbudsgiver er altså ikke pr. automatik afskåret fra aktindsigt i medfør af udbudslovens § 5a.

Kan en forbigået tilbudsgiver få aktindsigt i andre “tabende tilbud”? Klagenævnet for Udbud har 13. juli 2023 truffet afgørelse om en anmodning om aktindsigt fra Mediq Danmark i Københavns Kommunes udbud af klinisk ernæring. Klagenævnet udtalte sig heri om spørgsmålet om klagebe-

rettigelse og adgangen til aktindsigt tilbudsgiverne imellem.

Mediq Danmark, som havde tabt udbuddet, havde anmodet om aktindsigt i bl.a. de øvrige “tabende tilbud”. Kommunen havde afvist at give aktindsigt i oplysninger fra øvrige tilbudsgiveres tilbud med henvisning til udbudslovens § 5a, fordi Mediq Danmark efter kommunens opfattelse ikke kunne betragtes som klageberettiget i forhold til de øvrige forbigåede tilbudsgivere.

Klagenævnet for Udbud udtalte imidlertid, at spørgsmålet om klageberettigelse må forstås i forhold til udbuddet (“sagen”) og ikke i forhold til de enkelte tilbudsgivere. Klagenævnet fandt derfor, at kommunen ikke havde været berettiget til at afskære aktindsigt med henvisning til udbudslovens § 5a, og hjemviste den del af afgørelsen til fornyet behandling.

Hvilke oplysninger og dokumenter omfatter § 5a?

Ud over selve tilbuddet gælder begrænsningen i adgangen til aktindsigt også for oplysningerne i tilbud, når de fremgår af andre dokumenter end selve tilbuddet. Det betyder, at oplysninger om tilbud, som fremgår af ordregivers evalueringsnotater, underretningsbreve o.l., også vil kunne undtages fra retten til aktindsigt i medfør af udbudslovens § 5a.

En del ordregivere modtager fortsat henvendelser fra virksomheder, som indsamler data fx med henblik på markedsafdækning. Hvor disse henvendelser typisk tidligere omhandlede tilbudssummer og andre tilbudsoplysninger, anmodes der nu alene om aktindsigt i oplysninger om, hvilke virksomheder der har afgivet tilbud i forbindelse med et konkret udbud. Spørgsmålet er, om disse oplysninger er omfattet af udbudslovens § 5a.

Vi ved endnu ikke, hvordan Klagenævnet for Udbud vil fortolke “tilbud eller oplysninger fra tilbud” i denne sammenhæng. Hvis bestemmelsen i § 5a skal tjene sit oprindelige formål, bør denne type aktindsigtsanmodninger kunne afvises i medfør af § 5a, med henvisning til, at der er tale om “oplysninger fra tilbud”, og til at de pågældende virksomheder hverken er massemedier eller klageberettigede og dermed falder uden for afgrænsningen i § 5a.

Skal meroffentlighed overvejes i forbindelse med udbudslovens § 5a?

Udbudslovens § 5a afskærer aktindsigt i sin helhed for alle andre end massemedier og klageberettigede i forhold til det konkrete udbud. I overensstemmelse med de almindelige bestemmelser i offentlighedsloven vil det for mange myndigheder være relevant at overveje meroffentlighedsprincippet.

I den ovenfor omtalte afgørelse af 13. juli 2023 udtaler Klagenævnet for Udbud om meroffentlighedsprincippet, at udbudslovens § 5a fraviger offentlighedsloven og ikke er fakultativ (valgfri). Klagenævnet synes dermed at lægge til grund, at meroffentlighedsprincippet ikke finder anvendelse, fordi udbudslovens § 5a udtømmende gør op med adgangen til oplysninger/dokumenter, som er omfattet af bestemmelsens anvendelsesområde.

Gælder udbudslovens § 5a, hvis aktindsigtsanmodningen omfatter miljøoplysninger?

Ordlyden af § 5a henviser til offentlighedsloven, og i lovbemærkningerne henvises også alene til bestemmelser i (den gældende) offentlighedslov. Hvis en aktindsigtsanmodning omfatter miljøoplysninger, skal denne del af anmodningen derfor behandles efter miljøoplysningslovens regler, og udbudslovens § 5a finder ikke anvendelse for så vidt angår disse oplysninger.



Annelouise Dalgaard Pedersen
Partner, advokat
adp@horten.dk



Sidsel Marcussen
Advokat
sim@horten.dk



Marianne Dauding
Udbudskonulent
mad@horten.dk