

K E N D E L S E
aktindsigt

Dansk Byggeri
(advokat Johan Iversen Møller, København)

mod

Sønderborg Kommune
(advokat Kurt Bardeleben, København)

Klagenævnet for Udbud har den 13. januar 2014 modtaget en klage af 6. januar 2014 fra Dansk Byggeri vedrørende Sønderborg Kommunes afgørelse af 21. november 2013 og Aabenraa Kommunes afgørelse af 27. november 2013 om delvist afslag på aktindsigt i kommunernes kontrolbud til »Udbud af drifts- og vedligeholdelsesarbejder på landeveje (klasse 1 og 2 veje) i Sønderborg, Tønder og Aabenraa Kommune«. Den 28. februar 2014 trak Dansk Byggeri klagen tilbage for så vidt angår Aabenraa Kommune.

Sønderborg Kommune fastholdt afslaget på aktindsigt.

Andre oplysninger i sagen:

Dansk Byggeri anmodede den 15. november 2013 om aktindsigt i samtlige dokumenter, der relaterer sig til Sønderborg Kommunes udarbejdelse og beregning af det nævnte kontrolbud. Sønderborg Kommune imødekom ved afgørelsen af 21. november 2013 anmodningen, men undtog oplysninger

om tilbudslistens enhedspriser, delpriser og dele af beregningsgrundlaget. Undtagelsen skete med henvisning til offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 5.

Af Sønderborg Kommunes afgørelse af 21. november 2013 fremgår blandt andet:

»Sønderborg Kommune har ved udarbejdelsen af kontrolbuddet modtaget ekstern bistand[...]fra BDO, og anser derfor tilbuddet for korrekt beregnet...

Som ønsket vedhæftes aktindsigt i samtlige dokumenter, som relaterer sig til kommunens udarbejdelse og beregning af kontrolbuddet. Undertaget er dog tilbudslistens enhedspriser, jf. offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 5, pga. væsentlige hensyn til kommunens økonomiske interesser, herunder udførelsen af kommunens forretningsvirksomhed; Kommunen risikerer, at andres nøjagtige kendskab til kommunens tilrettelæggelse af arbejdets udførelse vil kunne medføre, at kommende tilbudsgivere får urimelig mulighed for at underbyde kommunens priser og vinde udbud, hvorved grundlaget for kommunens egen opgaveudførelse i fremtiden fjernes, eftersom kommunen mister viden og kompetence på det pågældende område, når vi ikke selv udfører opgaverne. Hvis kommunen således ved senere udbud ikke selv kan udføre opgaven pga. mistet viden og kompetence, risikerer kommunen følgende også, at tilbudsgiveres efterfølgende bud vil ligge væsentlig højere, end det ellers ville have været tilfældet med kommunen som mulig konkurrent/opgaveudfører til at holde prisen nede.«

Afgørelsen var bilagt en e-mail fra kommunens revisionsselskab. Det fremgår heraf:

»Jeg kan oplyse dig om, at jeg har assisteret Vej & Park i deres beregning af timepriserne. I den forbindelse har jeg sørget for, at reglerne for kommunal timeprisberegning i forbindelse med kontrolbud er blevet fulgt.

Priserne indeholder således både direkte omkostninger (løn mv.), lokale ledelses- og administrationsomkostninger, bygningsomkostninger, beregnede omkostninger til husleje og forsikringer samt andele af centrale fællesomkostninger til økonomi, løn-, og IT-afd. mv.«

Ved e-mail af 6. december 2013 fremsendte kommunen supplerende dokumenter. Af mailen fremgår:

»Kommunen fastholder begrundelsen for afslaget om yderligere oplysninger, der kan føre til yderligere indsigt i vore enhedspriser, men

der efter nærmere gennemgang af sagen fundet yderligere oplysninger, som er omfattet af aktindsigten. ...«

Det yderligere fremsendte materiale indeholder en udførlig beregning af den anvendte timesats og delpriserne på tilbudslistens forside. De bagvedliggende beregninger og enhedspriserne var fortsat overstreget.

Parternes bemærkninger

Dansk Byggeri har til støtte for klagen anført, at formålet med kontrolbudsbekendtgørelsen er at sikre, at offentlige midler bliver anvendt bedst muligt.

Kontrolbudsbekendtgørelsen giver den offentlige myndighed mulighed for at beregne sine egne udgifter ved selv at gennemføre den udbudte opgave, for derved at skabe et sagligt grundlag for annullering af udbuddet, såfremt kontrolbuddet er billigst.

Kontrolbudsbekendtgørelsen skal sikre, at kommunen beregner kontrolbuddet korrekt, herunder inddrager samtlige direkte og indirekte udgifter, således at der er et reelt sammenligningsgrundlag mellem kontrolbuddet og de indbudte private virksomheders tilbud.

Offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 5 skal beskytte det offentliges økonomiske interesser, herunder det offentliges forretningsvirksomhed. Bestemmelsen kan ikke anvendes til generelt at undtage prisoplysninger i det offentliges kontrakter, men kan kun anvendes i tilfælde, hvor det efter et konkret skøn vurderes, at det offentliges interesse i hemmeligholdelse vægter højere end offentlighedens interesse i en fri adgang til oplysningerne.

Efter forarbejderne til bestemmelsen har den navnlig til hensigt at beskytte det offentliges kontraktforhold, herunder aftaler med tredjemand, som er indgået som et led i den offentlige myndigheds forretningsvirksomhed.

Sønderborg Kommunes beregning af kontrolbud er ikke et kontraktforhold, eller en del af en kontrakt, som den offentlige myndighed har indgået med en tredjepart, men er, som ordet hentyder til, udtryk for en beregning over kommunens vurderede udgifter ved at udføre en given opgave selv. Der er således ikke tale om, at der gives offentligheden indsigt i kommunens aftaler og priser med kommunens leverandører eller tilbud, som kommunen har

modtaget fra sådanne. Allerede derfor finder offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 5, ikke anvendelse på den beregning af et kontrolbud, som foretages i den kommunale administration. Der skal derfor gives fuld aktindsigt i samtlige beregninger, som er foretaget i forbindelse med et kontrolbud.

Sønderborg Kommune har ved beregning af sit kontrolbud udfyldt tilbudslisten fra udbuddet. De udfyldte delpriser afspejler ikke kommunens priser i leverandørkontrakter, men må antages at være udtryk for en skønsmæssig vurdering ud fra en generel viden om kommunens udgiftsniveau eller tidsforbrug ved denne opgavevaretagelse. Kommunen er efter kontrolbudsbekendtgørelsen forpligtet til at lave en beregning over faktiske udgifter ved egen opgavevaretagelse, og derfor skal en udfyldt tilbudsliste tage udgangspunkt i en beregning af faktiske udgifter i henhold til kontrolbudsbekendtgørelsen og ikke være udtryk for kommunens listepreiser, forstået som de priser kommunen lovligt kan benytte i forretningsmæssig sammenhæng ved salg af overskudskapacitet. Offentliggørelse af den udfyldte tilbudsliste vil derfor ikke afsløre oplysninger, som kræver beskyttelse med henvisning til det offentlige økonomiske interesser.

Afvisning af aktindsigt bygger efter Dansk Byggeris opfattelse på den grundlæggende misforståelse, at Sønderborg Kommunes Vej og Parkafdeling driver forretningsmæssig virksomhed på lige fod med de private aktører på markedet og derfor skal nyde beskyttelse af sine listepreiser. Dette er ikke korrekt.

Entreprenørgården i Sønderborg Kommune er ikke en selvstændig virksomhed men en del af den kommunale organisation. Statsforvaltningen har udtalt i en anden sag vedrørende Bornholms Regionskommunes opgavevaretagelse for private, at kommunerne som udgangspunkt er afskåret fra at drive handel, håndværk, industri eller finansiell virksomhed overfor private. En kommune kan kun i begrænset omfang sælge overskudskapacitet på markedet og under forudsætning af, at dette sker til markedspris.

I denne meget begrænsede sammenhæng kan kommunens entreprenørgård siges at drive egentlig forretningsvirksomhed. Altså i den situation, hvor kommunen udnytter en særlig hjemmel til at sælge overskudskapacitet. Kommunen må dog ikke underbyde markedet i denne situation, men er forpligtet til at udbyde sine ydelser til markedsprisen til forskel fra den kostpris, som udgøres af kommunens faktiske udgifter. Kommunens listepreiser

skal derfor ikke afspejle kommunens kostpriser men markedsprisen for de pågældende ydelser.

Ved kontrolbud derimod er der tale om en beregning af de faktisk påtænkte udgifter (kostpriser), som kommunen forventer at afholde ved at påtage sig den udbudte opgave selv. Kontrolbuddet samt beregningen heraf har derfor ikke sammenhæng med den forretningsvirksomhed, som kommunen eventuelt måtte bedrive i forbindelse med salg af overskudskapacitet til markedsprisen, og beregningen af denne markedspris, som er udtrykt i kommunens listepreiser. I og med at beregningen af kontrolbuddet således rettelig ikke bør være den samme beregning, som finder sted ved kommunens salg af overskudskapacitet, giver det af den grund ikke mening at undtage dele af kontrolbudsberegningen fra aktindsigt med henvisning til, at der derved gives indsigt i kommunens forretningsvirksomhed.

Risikoen for, at kommunen ved offentliggørelse af sit kontrolbud vil blive underbudt af fremtidige tilbudsgivere, er ikke et hensyn, der er beskyttet af offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 5.

Meningen med kontrolbuddet er netop at sikre, at det offentliges midler udnyttes bedst muligt ved, at en opgave ikke overdrages til en privat virksomhed i et tilfælde, hvor kommunen kan gøre det billigere selv. Såfremt en privat virksomhed måtte ønske at underbyde kommunens kostpriser i fremtiden, vil dette blot bidrage til en øget effektivisering af den offentlige resourceanvendelse, hvilket netop er hele formålet med offentlige udbud og kontrolbudsbekendtgørelsen.

Ombudsmanden har i konkret sag om DSB udtalt, at anvendelsen af offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 5, forudsætter en konkretisering af den økonomiske tabsrisiko for det offentlige, og at en henvisning til den offentlige myndigheds stilling i forbindelse med senere, lignende kontraktindgåelser ikke opfylder denne forudsætning, jf. FOB nr. 90.288.

Desuden er kontrolbuddet ikke bindende for kommunen i forhold til næste gang opgaven skal udbydes, hvorfor en fremtidig tilbudsgiver ikke vil kende kommunens prissætning ved fremtidige kontrolbud.

At kommunen ved overdragelse af opgaven vil kunne miste viden og kompetencer indenfor det pågældende område, er ikke et hensyn, der kan indgå

i en saglig begrundelse for at undtage offentligheden adgangen til aktindsigt efter offentlighedsloven. At miste viden og kompetence, er ikke et forhold, der er beskyttet efter offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 5.

Det er en politisk beslutning at vælge at udbyde en kommunal opgave til private aktører. Såfremt kommunen ville vægte hensynet til at bevare kompetencer og ressourcer på dette område, skulle opgaven slet ikke være sat i udbud, eller udbuddet skulle være annulleret med denne begrundelse. Kommunalbestyrelsen i Sønderborg Kommune har valgt at udbyde de pågældende opgaver med det resultat, at kompetence og viden mistes, såfremt kontrolbuddet ikke er den økonomisk mest attraktive løsning. Det er derfor usagligt af forvaltningen at lægge vægt herpå ved afgørelsen om retten til aktindsigt.

Offentligheden har en generel interesse i at kunne gøre sig bekendt med kommunernes beregning af kontrolbud efter kontrolbudsbekendtgørelsen. Såfremt beregningsgrundlaget afskæres efter reglerne om begrænsning af aktindsigt i offentlighedsloven, vil det ikke være muligt at kontrollere, om kommunerne overholder kontrolbudsbekendtgørelsen, således som de er forpligtet til.

Aktindsigt efter offentlighedsloven er offentlighedens eneste mulighed for at kigge kommunerne over skulderen ved beregning af kontrolbud, idet kommunen ikke efter kontrolbudsbekendtgørelsen er forpligtet til at offentliggøre sin beregning af sig selv i forbindelse med licitationen. Når kommunen fremkommer med et kontrolbud, som er markant billigere, og samtidig ikke er forpligtet til at dokumentere beregningens korrekthed, fører det til frustrationen blandt de bydende. Konsekvensen heraf kan meget vel være, at seriøse virksomheder undlader at byde på fremtidige offentlige udbud, hvor den offentlige myndighed har annonceret at ville afgive kontrolbud.

Sønderborg Kommune har til støtte for opretholdelse af afgørelsen af 21. november 2013 anført, at offentlige myndigheders ret til at undtage visse oplysninger i kontrolbud fra aktindsigt, blandt andet er belyst ved besvarelse af § 20-spørgsmål nr. S 3771 til økonomi- og indenrigsministeren 9. august 2012 (bilag A), hvor ministeren på et spørgsmål om, hvorvidt »der er noget til hinder for, at kommunale kontrolbud bliver omfattet af muligheden for aktindsigt med det formål at skabe mest mulig gennemsigtighed i de offentlige udgifter?« svarer:

»Retten til aktindsigt omfatter efter de gældende regler også dokumenter vedrørende kommunale kontrolbud i forbindelse med kommunale udbud.

Der er således efter de gældende regler om aktindsigt allerede mulighed for at give aktindsigt i dokumenter vedrørende kommunale kontrolbud.

Retten til aktindsigt kan dog bl.a. begrænses i det omfang, det er nødvendigt til beskyttelse af det offentliges økonomiske interesser, herunder udførelsen af det offentliges forretningsvirksomhed.«

Det følger heraf, at aktindsigt i kontrolbud efter en konkret vurdering kan begrænses i det omfang, det er nødvendigt af hensyn til beskyttelse af det offentliges økonomiske interesser, jf. offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 5.

Der henvises endvidere til Offentlighedskommissionens betænkning nr. 1510 s. 678 ff., (bilag B), hvor der blandt anføres følgende:

»Justitsministeriet har i en sag (L.A. 1975-543-71) om aktindsigt i dokumenter om omklassificering af tjenstemandsstillinger indenfor post og telegrafvæsenets radioingeniørtjeneste, udtalt sig nærmere om rækkevidden af udtrykket »det offentliges økonomiske interesser.«

Justitsministeriet gav i den forbindelse udtryk for, at bestemmelsen ikke blot giver adgang til at tilgodese det offentliges umiddelbare økonomiske interesser i forbindelse med den eller de forhandlinger, som et dokument vedrører, men at også det offentliges økonomiske interesser i forbindelse med senere forhandlinger må anses for omfattet af bestemmelsen, hvis dette er af væsentlig betydning for det offentliges fremtidige forhandlingsposition.«

Efter en konkret vurdering har Sønderborg Kommune efter offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 5 undtaget helt essentielle dele af beregningsgrundlaget for enhedspriserne i forbindelse med udarbejdelse af kontrolbuddet, idet Sønderborg Kommune skønner, at disse oplysninger i en fremtidig udbudssituation vil have væsentlig betydning for kommunens forhandlingsposition.

Såfremt tilbudsgiverne havde fuldstændig indsigt i kommunens beregningsgrundlag, ville kommunens forhandlingsposition selvsagt være væsentligt svækket, idet tilbudsgivernes fuldstændige kendskab til kommunernes beregningsgrundlag i sidste ende kan resultere i, at kommunen ikke modtager lige så fordelagtige og skarpe tilbud fra tilbudsgiverne.

Da Sønderborg Kommune påregner at udbyde de omhandlede arbejder regelmæssigt i de kommende år, vil kendskab til beregningsgrundlaget for de enkelte enhedsoplysninger således gøre enhver fremtidig konkurrencesituation illusorisk. En privat tilbudsgiver vil kunne sammenholde de få undtagne dele af beregningsgrundlaget om tidsforbrug mv. med de til enhver tid værende enhedspriser, hvorefter kommunens forhandlingsposition vil være kendt. Dette vil potentielt medføre, at enterprisesummerne ikke bliver lige så fordelagtige for kommunerne, som de kunne have været, idet tilbudsgivernes prissætninger ikke presses på samme måde, som hvis tilbudsgiverne ikke havde fuldstændig indsigt i kommunernes beregningsgrundlag.

Der henvises i den forbindelse til Vejledningen til kontrolbudsbekendtgørelsen, (Vejledning 2008-06-24 nr. 32), der anfører følgende om formålet med kontrolbudsbekendtgørelsen:

»Aftalen med KL skal ses i lyset af, at det er vigtigt, at der kommer mere konkurrence i den offentlige sektor, og at der bliver reel og gennemsigtig konkurrence mellem offentlige og private leverandører. Øget konkurrenceudsættelse skal ses som et instrument, der kan bidrage til at få mere for pengene i den offentlige sektor.

Det er afgørende, at opgaverne løses bedst og billigst, ikke om leverandøren er offentlig eller privat. Der skal derfor være en fair konkurrence mellem det offentlige og de private leverandører.«

For at sikre »mere for pengene i den offentlige sektor« har indklagede af hensyn til sin fremtidige forhandlingsposition skønnet, at det var nødvendigt at undtage visse dele af beregningsgrundlaget. For at sikre fair konkurrence mellem det offentlige og de private leverandører, er det nødvendigt for det offentlige at sikre et vist minimum af fortrolighed i relation til tilbudsregningen, idet fuldstændig gennemsigtighed ikke vil være fair over for det offentlige som tilbudsgiver.

På samme vis ville indklagede også undtage denne type »modelforudsætninger« og beregningsoplysninger, hvis de fremgik af en privat erhvervsdrivendes tilbud, idet oplysningerne har karakter af drifts- og forretningshemmeligheder, jf. offentlighedslovens § 12, stk.1, nr. 2.

Indklagede har givet klageren fuldstændig indsigt i kontrolbuddets samle- og delposter, hvorfor der allerede er givet »mer-offentlighed« i omhandlede

dokumenter, der som udgangspunkt må betragtes som interne arbejdsdokumenter, der alene er udarbejdet til brug for indklagedes beslutning om, hvorvidt en konkret driftsopgave skal overlades til private eller fastholdes til udførelse af kommunens egen stab.

Kontrolbudsbekendtgørelsens regler er desuden overholdt af indklagede, der i forbindelse med udarbejdelse og beregning af kontrolbuddet var assisteret af BDO, kommunernes revisionsselskab.

Kommunens kontrolbud var desuden kun ca. 90.000 kr. lavere end næstlaveste tilbudssum ved en entreprisenum på 3,9 mio. kr., hvilket bekræfter, at kontrolbudsbekendtgørelsen er overholdt, og at prissætningerne har været realistiske.

Klagenævnets begrundelse og afgørelse

Lovgrundlag

Det følger af bemærkningerne til § 42, stk. 2, i lov nr. 606 af 12. juni 2013 om offentlighed i forvaltningen, at såfremt en afgørelse om aktindsigt er truffet inden lovens ikrafttræden, men først påklages efter lovens ikrafttræden, skal klagen afgøres efter de ved klagens indgivelse tidligere gældende regler. Sønderborg Kommune traf afgørelse den 21. november 2013, og Dansk Byggeri påklagede afgørelsen den 6. januar 2014. Det er herefter lov nr. 572 af 19. december 1985 om offentlighed i forvaltningen med senere ændringer, der finder anvendelse.

Klagenævnets begrundelse og resultat

Udgangspunktet efter offentlighedslovens § 4, stk. 1, er, at enhver med de undtagelser, der følger af lovens §§ 7 – 14, kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med myndighedens virksomhed.

Efter § 13, stk. 1, nr. 5, kan retten til aktindsigt begrænses i det omfang, det er nødvendigt til beskyttelse af væsentlige hensyn til det offentliges økonomiske interesser, herunder udførelsen af det offentliges forretningsvirksomhed.

Begrænsning i aktindsigten med henvisning til offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 5, forudsætter, at kendskab til de undtagne oplysninger vil medføre en nærliggende fare for, at det offentliges økonomiske interesser lider skade af betydning, jf. FOB 1990.276, og at denne økonomiske risiko er konkret, jf. FOB 1990.288.

Sønderborg Kommune har begrundet begrænsningen af aktindsigten med risiko for, at kommunen vil blive underbudt i fremtiden og risiko for, at kommunen mister viden og kompetence, hvis området hovedsageligt i fremtiden bliver drevet af private. Dette er ikke hensyn, der kan varetages via offentlighedslovens regler om begrænsning af aktindsigten.

Herefter, og da Sønderborg Kommune ikke har godtgjort at have en konkret økonomisk tabsrisiko, hvis der gives fuld aktindsigt i kontrolbuddet,

bestemmes det, at

Sønderborg Kommune senest den 19. maj 2014 skal sende det af Sønderborg Kommune afgivne kontrolbud uden ekstraheringer til Dansk Byggeri.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina Kønig Mejl
fuldmægtig