

Klagenævnet for Udbud

Adresse: Erhvervsstyrelsen, Dahlerups Pakhus, Langelinie Allé 17, 2100 København Ø.
Telefon: 35 29 10 00 - mail: kfu@erst.dk - Internet-adresse: www.kfu.dk

Advokatfirmaet Gorrissen Frederspiel
Att.: Advokat Anne Kirkegaard
aki@gorrissenfrederspiel.com

Bech-Bruun Advokatfirma
Att.: Advokat Tina Braad
tbr@bechbruun.com

Journalnummer
2015-608

Dato
2. marts 2015

Vedr.: Ion Beam Applications S.A. mod Region Midtjylland.

Ved brev af 30. januar 2015 har Ion Beam Applications S.A. ("IBA") klaget over Region Midtjyllands afslag af 23. januar 2015 på at give aktindsigt i ifølge Region Midtjylland interne, fortrolige evalueringsdokumenter vedrørende bedømmelsen efter det kvalitative underkriterium kriterium "Quality of equipment". De pågældende dokumenter er i udbudsklagesagen fremlagt for klagenævnet som bilag A-H.

Ved e-mail af 2. februar 2015 har klagenævnet meddelt, at klagenævnet opfatter klagen som en anmodning om partsaktindsigt efter forvaltningsloven i bilag A-H.

Klagenævnet bemærker i tilslutning hertil, at klagenævnet er opmærksom på, at regionens afgørelse er truffet i medfør af offentlighedsloven. Da dokumenterne imidlertid er fremlagt i klagesagen, og da IBA ønsker aktindsigt i dokumenterne, har klagenævnet fundet det hensigtsmæssigt (også) at tage stilling til, om der kan meddeles IBA partsaktindsigt efter forvaltningslovens bestemmelser.

Region Midtjylland har ved brev af 10. februar 2015 fastholdt, at der ikke skal gives aktindsigt i de pågældende dokumenter. Regionen har samtidig meddelt, at regionen i det konkrete tilfælde er enig i den af

klagenævnet valgte fremgangsmåde, hvorefter der tages udgangspunkt i forvaltningslovens regler om partsaktindsigt.

Klagenævnet har i en e-mail af 11. februar 2015 anmodet om navnlig Region Midtjyllands oplysning om, hvorvidt visse af deltagerne i arbejdsgrupp(e)/projektgruppen var ansat andre steder end i regionen/universitetshospitalet.

Regionen har ved e-mail af 18. februar 2015 oplyst:

”Med henvisning til Klagenævnet for Udbuds e-mail af 12. februar 2015 kan jeg oplyse følgende vedrørende de personer, der har medvirket ved evalueringen af tilbuddene:

...

Evalueringen af tilbuddene er ... foretaget af apparaturgruppen (den i udbudsbetingelsernes pkt. 2.4 benævnte working group covering procurement and commissioning of equipment), der har fremlagt det samlede evalueringresultat for projektgruppen. Projektgruppen (DCPT Project Group headed by the DNU Project Director) har på den baggrund og i overensstemmelse med angivelserne i udbudsbetingelserne truffet endelig beslutning om tildeling af kontrakten til Varian.

For en god ordens skyld skal det præciseres, at de som bilag A-G [H] fremlagte interne arbejdsdokumenter ikke er forelagt for projektgruppen, men udelukkende har dannet grundlag for de interne drøftelser i evalueringsgruppen (apparaturgruppen).

Evalueringsgruppen bestod af:

Ansatte på Aarhus Universitetshospital/Region Midtjylland:

Christian Skou Søndergaard, fysiker
Jørgen Breede Baltzer Petersen, fysiker
Klaus Seiersen, fysiker
Lars Hjorth Præstegaard, fysiker
Morten Høyer, professor, læge
Cai Grau, professor, læge
Ole Nørrevang, cheffysiker

Ansatte i Region Midtjylland:

Sidsel Marcussen, jurist

Ansatte på Aarhus Universitet med arbejdssted på Aarhus Universitetshospital:

Ludvig Paul Muren, professor, fysiker: I forbindelse med evalueringen af de kvalitative krav har Ludvig Paul Muren været med til evaluering af "Research and Education" (bilag H).

Markus Lothar Alber, professor, fysiker: I forbindelse med evalueringen af de kvalitative krav har Markus Lothar Alber været med til evaluering af "couch" (bilag B), "Pencil Beam Scanning" (bilag C) og "organ motion management" (bilag E).

Ansatte på Aarhus Universitet uden eksplicit tilknytning til Aarhus Universitetshospital:

Niels Bassler, lektor, fysiker: I forbindelse med evalueringen af de kvalitative krav har Niels Bassler været med til evaluering af "Research and Education" (bilag H).

Søren Pape Møller, centerleder, fysiker: I forbindelse med evalueringen af de kvalitative krav har Søren Pape Møller været med til evaluering af "Pencil Beam Scanning" (bilag C) og "Research and Education" (bilag H).

Bilagene A-G [H] er udarbejdet af Ole Nørrevang, Cai Grau og Lars Hjorth Præstegaard i forbindelse med dialogen i evalueringsgruppen.

Alle medlemmer i evalueringsgruppen har deltaget i diskussionen af alle emner og har i den forbindelse set bilagene A-G [H], men de pågældende dokumenter er ikke rundsendt eller på anden vis udleveret til evalueringsgruppens medlemmer.

Det beror således på en misforståelse fra min side, når det i svarskriftet, side 7, andensidste afsnit anføres, at bilag A-G [H] er blevet udvekslet mellem medlemmerne i undergrupperne og medlemmerne i den samlede evalueringsgruppe.

De betragtninger vedrørende dokumenternes interne karakter, der fremgår af side 4 i mit brev af 10. februar 2015 til Klagenævnet for Udbud vedrørende aktindsigtsspørgsmålet, er derfor uanset sammensætningen af evalueringsgruppen fortsat relevante.

...

Ved e-mail af 19. februar 2015 har regionen berigtiget oplysningerne som følger:

”I min e-mail af 18. februar 2015 har jeg anført, at de pågældende dokumenter ikke er rundsendt eller på anden vis udleveret til evalueringsgruppens medlemmer ...

Denne angivelse er desværre ikke korrekt.

I min e-mail af 18. februar 2015 er det angivet, i hvilket omfang de medlemmer af evalueringsgruppen (apparatgruppen), der er ansat på Aarhus Universitet, har medvirket ved evalueringen.

Region Midtjylland har i den forbindelse oplyst, at de dele af evalueringen, som de pågældende ansatte på Aarhus Universitet har medvirket ved evalueringen i, er fremsendt til kommentering pr. e-mail til de pågældende personer. Konkret drejer det sig om bilagene B, C, E og H.

Samtlige bilag er dog som angivet i min e-mail af 18. februar 2015 udarbejdet af Ole Nørrevang, Cai Grau og Lars Hjorth Præstegaard, som er ansat på Aarhus Universitetshospital/Region Midtjylland, og de ”endelige” versioner af bilagene, som er fremsendt til Klagenævnet for Udbud, er ligeledes færdiggjort af de medlemmer af evalueringsgruppen (apparatgruppen), der er ansat på Aarhus Universitetshospital/Region Midtjylland.”

Regionen har oplyst, at der den 18. februar 2015 er truffet afgørelse om den resterende del af IBA’s aktindsigtsanmodning. Af afgørelsen, som regionen har fremsendt til klagenævnet, fremgår, at en række oplysninger er blevet undtaget fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 30, nr. 2.

IBA er ved e-mail af 20. februar 2015 fremkommet med yderligere bemærkninger i lyset af regionens svar på klagenævnets spørgsmål.

Region Midtjylland er fremkommet med et yderligere indlæg den 24. februar 2015.

På klagenævnets yderligere forespørgsel har Region Midtjylland ved e-mail af 26. februar 2015 oplyst følgende:

”De specialister fra Aarhus Universitet, der har deltaget i apparaturgruppen, er udpeget i kraft af deres personlige egenskab af specialister og som følge af deres særlige tilknytning til projektet. De pågældende personer er således udpeget af Region Midtjylland direkte og ikke gennem Aarhus Universitet.

Baggrunden for at Region Midtjylland har udpeget de pågældende specialister til at deltage i apparaturgruppen er i øvrigt, at de pågældende specialister har været med til at udarbejde den ansøgning, som ligger til grund for, at Aarhus Universitetshospital i Region Midtjylland blev udpeget som hjemsted for det nationale partikelterapi-center.

Der henvises i den forbindelse til CV’erne i den af Region Midtjylland i samarbejde med Aarhus Universitet udarbejdede ansøgning, der forefindes på følgende link:

<http://www.regionmidtjylland.dk/files/Aktuelt/Billeder%20til%20web/Småtterier/Det%20Nationale%20Center%20for%20Partikelterapi%202012.pdf>

Samtlige medlemmer af apparaturgruppen (evalueringsgruppen) har været underlagt Region Midtjyllands instruktioner i relation til, hvorledes evalueringsopgaven skal gribes an, og har været underlagt fuld fortrolighed om såvel de afgivne tilbud som evalueringen af disse. Medlemmerne af apparaturgruppen (evalueringsgruppen) har således ikke været berettiget til at delagtiggøre og drøfte tilbuddene, herunder vurderingen af disse, med personer uden for apparaturgruppen (evalueringsgruppen).

Dog har cheffysiker Ole Nørrevang som formand for apparaturgruppen (evalueringsgruppen) og bistået af udbudsjurist Sidsel Marcussen haft mulighed for at orientere projektgruppen om tilbuddene og evalueringen af disse.

Der foreligger ikke skriftlige instrukser eller lignende om vilkårene for deltagelse i evalueringen, herunder fortrolighedsaftaler eller lignende. Fortrolighedsforpligtelsen er derimod løbende og gentagne gange mundtligt præciseret i forbindelse med de afholdte evalueringsmøder.

Til yderligere dokumentation for at de af apparaturgruppens medlemmer, der er ansat på Aarhus Universitet (Søren Pape Møller, Ludvig Paul Muren, Markus Lothar Alber og Niels Bassler), har været underlagt fuld tavshed og fortrolighed i forhold til arbejdet og drøftelserne i evalueringsgruppen fremsendes e-mails fra de pågældende medlemmer, hvoraf fremgår, at tilbuddene og evalueringen af disse ikke er drøftet med personer uden for apparaturgruppen mv.

Desuden fremsendes cheffysiker Ole Nørrevangs e-mail af 25. februar 2015 med besvarelse af spørgsmålene i Klagenævnet for Udbuds e-mail af 24. februar 2015 samt Region Midtjyllands evalueringsplan for arbejdet i apparaturgruppen og regionens udbudsstrategi for udbuddet af protonterapianlægget.”

Indholdet af e-mailen fra Ole Nørrevang svarer til det, som er anført i regionens svar. I de vedlagte e-mails fra medlemmerne af apparaturgruppen bekræfter de pågældende, at de har været underlagt ”fuld tavshed og fortrolighed i forhold til arbejdet og drøftelserne i evalueringsgruppen”, at de ikke har drøftet arbejdet i gruppen med personer uden for apparaturgruppen, og at det materiale, de har modtaget som led i evalueringen, ikke er journaliseret.

IBA har afgivet et afsluttende indlæg den 27. februar 2015.

Parternes synspunkter

IBA har gjort gældende, at udgangspunktet efter forvaltningslovens § 9 er, at IBA har adgang til samtlige dokumenter og indførelser i journaler, der vedrører sagen, medmindre dokumenterne er undtaget i medfør af forvaltningslovens §§ 12-15.

Evalueringsdokumenterne er ikke som hævdet af Region Midtjylland interne. Den nedsatte project group og de personer, som har deltaget i undergruppen, er således ikke ansat i regionen, men primært på Aarhus Universitets Hospital. Da dokumenterne er sendt til universitetshospitalet, har de mistet deres interne karakter, jf. FOB 2010 1-1 (om dokumenter udvekslet mellem et direktorat og en følgegruppe uden for direktoratet). Under alle omstændigheder har dokumenterne mistet deres interne karakter ved at blive sendt til de

personer i undergruppen, som ikke er ansat i enten regionen eller på universitetshospitalet. Det afgørende kriterium er i den forbindelse ikke, om dokumenterne er sendt fysisk til personer uden for regionen. Det afgørende er således, at medlemmerne af evalueringsgruppen har haft adgang til at se dokumenterne, jf. blandt andet Mohamed Assan i Offentlighedsloven med kommentarer, 2014, side 412, og Niels Fenger i Forvaltningsloven med kommentarer, 2013, side 391.

Evalueringsgruppen er ikke som hævdet af regionen en særmyndighed, hvis dokumenter kan udveksles mellem arbejdsgruppens medlemmer uden at miste deres interne karakter. Hertil kræves for eksempel, at særmyndigheden har eget brevpapir, og at det udtrykkeligt er fastlagt, hvilke personer der er tilknyttet særmyndigheden, jf. herom FOB 1989.175 og FOB 2010-17-1. At noget sådant er sket, eller at gruppen har ageret med en selvstændig myndigheds autonomi, er ikke på nogen måde godtgjort. Hvis evalueringsgruppen havde været en selvstændig myndighed, ville udvekslingen af evalueringsdokumenterne med regionen og regionens oprettelse af visse af dokumenterne under alle omstændigheder indebære, at dokumenterne havde mistet deres interne karakter.

Det er heller ikke ved det fremlagte godtgjort, at de udenforstående medlemmer er udpeget i en personlig egenskab.

Hvis dokumenterne anses for interne, er der tale om endelige dokumenter, der har udgjort grundlaget for afgørelsen om tildeling. Der skal derfor gives aktindsigt i dokumenterne efter forvaltningslovens § 13, jf. FOB 2010-18-3 (om aktindsigt i vurderingsskemaer).

Endelig følger det af reglerne om meroffentlighed i forvaltningslovens § 10, at regionen burde have givet IBA (mer)aktindsigt, jf. FOB 2014-29, hvorefter afslag på meroffentlighed kræver en reel, saglig og konkret forklaring på afvisningen. I denne sag er der ingen modstående hensyn til konkurrecemæssige forhold, tavshedspligt eller andet, som kan begrunde, at der ikke gives aktindsigt, jf. også FOB 1987-242.

Det er klart uberettiget, når regionen i sin e-mail om afslaget af 23. januar 2015 henviser til, at der er indgået non-disclosure aftaler med tilbudsgiverne.

Region Midtjylland har gjort gældende, at Aarhus Universitetshospital er en enhed under Region Midtjylland. Udveksling af dokumenter mellem regionen og hospitalet er dermed ikke en afgivelse til udenforstående efter forvaltningslovens § 12, stk. 1 og stk. 2, jf. også lovbemærkningerne til offentlighedslovens § 23. Der henvises desuden til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. september 2011, GE Healthcare Danmark A/S mod Region Midtjylland, hvori klagenævnet tiltrådte, at notater udarbejdet af en brugergruppe sammensat af medarbejdere fra de enkelte hospitaler havde karakter af interne arbejdsdokumenter, som ikke er undergivet aktindsigt efter forvaltningslovens § 12. Tilsvarende følger af Klagenævnet for Udbuds afgørelse af 7. januar 2013 i sagen Fresenius Medical Care Danmark A/S.

For det tilfælde at Klagenævnet for Udbud mod forventning måtte finde, at Aarhus Universitetshospital og Region Midtjylland er forskellige offentlige myndigheder i forvaltningslovens forstand, er forholdet under alle omstændigheder, at dokumenterne ikke er oversendt fra Aarhus Universitetshospital

Forholdet er, at en række personer tilknyttet Aarhus Universitetshospital i forbindelse med evalueringen af de indkomne tilbud har repræsenteret regionen. Der er således ikke tale om, at Aarhus Universitetshospital har udarbejdet og journaliseret et dokument (hvortil alle medarbejdere på Aarhus Universitetshospital har adgang) som derefter er overført til regionen til brug for evalueringen af de indkomne tilbud. Evalueringsgruppen har afgivet sine vurderinger direkte til Region Midtjylland, som har oprettet evalueringsdokumenterne og journaliseret dem i regionens system. Dokumenterne er således ikke på noget tidspunkt oversendt fra én myndighed til en anden, og dokumenterne er derfor ikke ophørt med at være interne. I FOB 2010 1-1 er det også forudsat, at en person ansat i en myndighed konkret kan repræsentere en anden myndighed, og at det kun er, hvis der sker en journalisering, der er åben for alle

medarbejdere i den pågældende udlånende myndighed, at der vil være tale om dokumenter udarbejdet af en anden myndighed.

Regionen har endvidere anført, at fremsendelse af dokumenterne til de af evalueringsgruppens medlemmer, der er ansat på Aarhus Universitet, udelukkende er sket i kraft af deres deltagelse i evalueringsgruppen (apparaturgruppen), og at dokumenterne i den forbindelse har været underlagt fuld fortrolighed. Dokumenterne er derfor fortsat at betragte som interne dokumenter, jf. Folketingets Ombudsmands udtalelse i sag 2010 1-1, og derfor friholdt fra aktindsigtsadgangen efter forvaltningslovens § 12.

Evalueringsgruppen må desuden betragtes som en selvstændig myndighed svarende til, hvad der var tilfældet i FOB 1989.175, om interministerielt samarbejde i særlige organer, som er oprettet i et specielt øjemed.

Under alle omstændigheder er alle medlemmerne af evalueringsgruppen specifikt udpeget i deres personlige egenskab og har været underkastet regionens instruktioner og har skulle behandle evalueringen og det modtagne materiale fortroligt, herunder i forhold til deres sædvanlige arbejdsgiver. Også de eksterne medlemmer må således i relation til arbejdet med evalueringen anses for at indgå i Region Midtjylland med den virkning, at evalueringsdokumenterne er regionens interne arbejds papirer.

Hvis IBA's synspunkt om, hvornår dokumenter ophører med at være interne, var korrekt, ville det kraftigt begrænse ordregiveres mulighed for at foretage indkøb sammen i indkøbsfællesskaber eller i øvrigt, jf. også de særskilte bestemmelser om fælles udbud i det nye udbudsdirektiv og den kommende udbudslov. Konsekvensen ville således være, at enhver form for fælles intern evaluering ville være offentligt tilgængelig.

Dokumenterne er heller ikke endelige dokumenter, der har udgjort grundlaget for den samlede afgørelse om tildeling, jf. forvaltningslovens 13, nr. 1 (som regionen går ud fra, er den bestemmelse i § 13, som IBA påberåber sig), hvorefter dokumenter,

der "alene gengiver indholdet af myndighedens endelige beslutning vedrørende en sags afgørelse", er omfattet af reglerne om aktindsigt. En gennemgang af dokumenterne afslører i sig selv, at de, jf. deres form og fremtoning, ikke er "endelige". Bland andet indeholder dokumenterne pointtildeling fra konkrete evalueringspersoner. Disse pointtildelinger indgår ikke i den endelige evalueringsscore, og allerede derfor er dokumenterne ikke endelige.

FOB 2010 18-3 drejede sig om vurderinger i nogle dokumenter, som ifølge ombudsmanden indeholdt oplysninger "vedrørende sagens faktiske omstændigheder", ligesom dokumenterne i deres form fremtrådte som selvstændige, endelige dokumenter. De dokumenter, der her er tale om, har ikke samme karakter.

De "faktiske omstændigheder", der ligger til grund for dokumenterne, er i øvrigt i sig selv undtaget fra aktindsigt, da der tale om forretningshemmeligheder. Regionen finder det dog på nuværende tidspunkt ikke hensigtsmæssigt at udtale sig yderligere om den fortrolige karakter af dokumenterne, før høringen af tilbudsgiverne er tilendebragt, og regionen har truffet afgørelse om omfanget af aktindsigt i tilbuddene.

Region Midtjylland har overvejet, om der er grundlag for at give IBA adgang til de dele af de interne evalueringsdokumenter, der omtaler IBA's eget tilbud efter reglerne om meroffentlighed. Under hensyntagen til de hensyn, der ligger bag forvaltningslovens undtagelsesbestemmelser vedrørende interne dokumenter, er det regionens opfattelse, at der ikke bør gives aktindsigt efter reglerne om meroffentlighed. Evalueringsgrupper bestående af flere personer bør således i forbindelse med offentlige udbud have mulighed for at foretage grundige evalueringer. Det er en forudsætning herfor, at de personer, der forestår evalueringen af detaljerede, omfangsrige og teknisk komplicerede tilbud, skal have mulighed for at anføre deres umiddelbare antagelser for derefter i fællesskab med de øvrige dele af evalueringsgruppen at nå frem til de endelige evalueringer. Såfremt de arbejdsdokumenter, en evalueringsgruppe udarbejder i denne proces, var omfattet af reglerne om aktindsigt, ville det væsentligt lægge

begrænsninger på evalueringspersonernes handlefrihed og mulighed for at foretage en korrekt og grundig evaluering.

Det bemærkes også, at myndigheden efter indholdet i offentlighedslovens § 14 (og forvaltningslovens § 10) er tillagt et bredt skøn, som klagenævnet ikke bør tilsidesætte, jf. i øvrigt også FOB 2014-29, hvor ombudsmanden ikke konkluderer, at der skulle have været givet aktindsigt efter reglerne om meroffentlighed, men blot udtaler en vis forundring over myndighedens afgørelse.

Klagenævnets begrundelse og resultat

De dokumenter, klagen vedrører, er udarbejdet af en arbejdsgruppe ("apparatgruppen") under den projektgruppe, som omtales i udbudsbetingelserne ("Request for Tender").

Efter forvaltningslovens § 9, stk. 1 og 2, har en part med de undtagelser, der følger af lovens §§ 11-15 c, ret til aktindsigt i blandt andet alle dokumenter, der vedrører sagen. Tilsvarende har enhver efter offentlighedslovens § 7, stk. 1, jf. stk. 2, ret til blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed mv., som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed med de i §§ 19-35 nævnte undtagelser.

Interne dokumenter

Retten til aktindsigt omfatter ikke interne dokumenter, jf. forvaltningslovens § 12, stk. 1, og offentlighedslovens § 23, stk. 1. Interne dokumenter er, jf. forvaltningslovens § 12, stk. 1, 2. pkt., og offentlighedslovens § 23 stk. 1, nr. 1, dokumenter, der ikke er afgivet til udenforstående.

Ifølge regionsloven, jf. lov nr. 187 af 27. februar 2014, § 5, stk. 1, nr. 1, har regionerne til opgave i overensstemmelse med den lovgivning, der regulerer de nævnte områder, at "varetage sygehusvæsenets opgaver og tilvejebringe tilbud om behandling hos praktiserende sundhedspersoner, herunder varetage opgaver, der ligger i naturlig tilknytning til regionens opgaver på sundhedsområdet."

Sundhedslovens afsnit VI indeholder den nærmere regulering af sygehusydelse. Kapitel 16 i afsnit VI regulerer Regionsrådets opgaver. Blandt disse er, jf. § 74, stk. 1, ansvaret for at varetage sygehusvæsenets opgaver. Herunder yder Regionsrådet, jf. § 79, stk. 1, sygehusbehandling til personer, der har bopæl i regionen, ved sit sygehusvæsen og ved andre regioners sygehuse og yder efter § 80 akut behandling til personer, der ikke har bopæl i regionen. Af § 74, stk. 2, følger, at til en regions sygehusvæsen hører regionens egne sygehuse og tilknyttede behandlingsinstitutioner m.v.

Dokumenter, som udveksles mellem Region Midtjylland og regionens egne sygehuse, herunder de deltagere i projektgruppen og arbejdsgruppen, som er medarbejdere ved disse sygehuse, må efter sundhedslovens angivelse af regionernes (regionsrådenes) opgaver anses for interne dokumenter efter bestemmelserne forvaltningslovens § 12, stk. 1, og offentlighedslovens § 23, stk. 1.

Visse af deltagerne i underarbejdsgruppen var ifølge det, som regionen har oplyst, ikke medarbejdere ved regionens hospitaler. De pågældende er efter det oplyste eksperter, som i en personlig egenskab var tilknyttet arbejdsgruppen som følge af deres særlige ekspertise på det pågældende område.

Projektgruppen med den tilhørende undergruppe kan ikke anses for etableret med en så fast struktur og selvstændige beføjelser, at den kan anses for en ad hoc nedsat selvstændig myndighed med den virkning, at de foreløbige evalueringsdokumenterne, der er udarbejdet i projektgruppens regi, anses for projektgruppens interne dokumenter.

Efter beskrivelsen i udbudsbetingelserne og det, som regionen i øvrigt har oplyst, har de eksperter, som ikke er ansat i Region Midtjylland, imidlertid udført evalueringen med regionen som opdragsgiver. De pågældende har fuldt ud været underkastet Region Midtjyllands instruktioner i relation til evalueringen og har i den forbindelse været pålagt at behandle de oplysninger, de har modtaget, og det arbejde, de har udført i relation til evalueringen, fortroligt, herunder også i forhold til deres sædvanlige arbejdsgiver. De oprettede

evalueringsdokumenter er udfærdiget i regi af regionen og er alene journaliseret i regionen. Uanset at visse af deltagerne i projektgruppen og undergruppen ikke har haft ansættelse i regionen, herunder på regionens sygehuse, må de pågældende anses for at have deltaget i evalueringen i deres personlige egenskab af eksperter på det pågældende område og ikke som ansatte på deres hovedarbejdsplads, herunder således at den myndighed eller virksomhed, de pågældende i øvrigt er ansat i, ikke har modtaget evalueringsdokumenterne. Klagenævnet finder under disse omstændigheder, at det forhold, at der under evalueringen har medvirket udenforstående eksperter, og at de pågældende har haft adgang til og også modtaget evalueringsdokumenterne, ikke betyder, at dokumenterne kan anses for at have været afgivet til udenforstående, jf. forvaltningslovens § 12, stk. 1, 2. pkt., og offentlighedslovens § 23, stk. 1, nr. 1, jf. om tilfælde, hvor en person modtager et dokument i anden egenskab end som ansat i en forvaltningsmyndighed, jf. herved afsnit 11.3.2 i Kommissionsbetænkning 1501/2009 om offentlighedsloven, hvor det anføres:

”Det bemærkes, at et dokument efter gældende ret ikke anses for indgået til en forvaltningsmyndighed, hvis en offentlig ansat har modtaget dokumentet i anden egenskab end ansat ved vedkommende forvaltningsmyndighed. Det følger således af ombudsmandens praksis, at en offentlig ansat som led i varetagelsen af eksterne opgaver - eksempelvis som bestyrelsesmedlem i et selskab, der varetager offentlige opgaver - kan modtage materiale og opbevare det på den pågældendes hovedarbejdsplads, uden at materialet derved anses for indgået til denne myndighed. Kommissionen finder, at denne retstilstand bør videreføres, jf. pkt. 6.1 ovenfor.”

Endelig beslutning eller endelig faglig vurdering

Ifølge udbudsbetingelserne ville bedømmelsen efter det kvalitative underkriterium, ”Quality of equipment”, være baseret på de konkurrenceparametre, der var angivet i Annex 4, som knyttede sig til de enkelte delkriterier til underkriteriet. Det fremgår ikke af udbudsbetingelserne og kan heller ikke anses for forudsat, at evalueringen skulle ske efter en detaljeret matematisk model, hvorefter der først skulle tildeles point på

konkurrenceparameterniveau, således at pointtildelingen vedrørende hvert enkelt delkriterium og for underkriteriet herefter ville være baseret på en matematisk sammentælling og vægtning af pointene på konkurrenceparameterniveau. Klagenævnet har gennemgået evalueringsdokumentene (bilag A-H) og har konstateret, at der fremgår bedømmelse og tildeling af (del)point på konkurrenceparameterniveau. Dokumenterne fremstår i indhold og form som foreløbige arbejdspapirer.

Evalueringsdokumenterne og de heri indeholdte vurderinger på konkurrenceparameterniveau må herefter anses for foreløbige arbejdspapirer, som ikke udtrykker ”indholdet af myndighedens endelige beslutning vedrørende en sags afgørelse”, jf. forvaltningslovens § 13, stk. 1, nr. 1, og offentlighedslovens § 26, stk. 1, nr. 1, – og heller ikke en ”intern faglig vurdering i endelig form”, jf. forvaltningslovens § 14 b, henholdsvis en ”endelig faglig vurdering”, jf. offentlighedslovens § 29, stk. 1. Region Midtjyllands endelige beslutning og endelige faglige vurdering må således anses for at være den bedømmelse, der er kommet til udtryk i evalueringsrapporten.

Meroffentlighed

Klagenævnet finder, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Region Midtjyllands skøn, hvorefter der ikke efter offentlighedslovens § 14 om meroffentlighed er givet IBA aktindsigt i evalueringsdokumenterne, herunder de dele, der vedrører IBA selv.

Der er heller ikke efter forvaltningslovens § 10 grundlag for at give IBA aktindsigt i evalueringsdokumenterne, herunder de dele, der vedrører IBA selv. Det af Region Midtjylland påberåbte hensyn til at sikre en åben foreløbig drøftelse om bedømmelsen af de enkelte tilbud som grundlag for den endelige bedømmelse, der kommer til udtryk i evalueringsrapporten, må således veje tungere end IBA's interesse i at få aktindsigt i de interne foreløbige vurderinger, der er foretaget i arbejdsgrupperne.

For så vidt angår den del, som vedrører de øvrige tilbudsgivere, bemærkes, at evalueringsdokumenterne gengiver elementer fra

tilbuddene, som ifølge Region Midtjylland må antages i ikke ubetydeligt omfang at være forretningshemmeligheder, som er undtaget fra aktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 15 b, nr. 5, og offentlighedslovens § 30, stk. 1, nr. 2 – hvilket også er sket i regionens afgørelse af 18. februar 2015. Klagenævnet har ikke fundet anledning til og har heller ikke haft fornødent grundlag for at tage stilling til, hvorvidt gengivelse i evalueringsdokumenterne af oplysninger, som stammer fra de øvrige tilbud, også ville skulle undtages fra aktindsigt i medfør af de nævnte bestemmelser.

Sagsbehandlingstid for så vidt angår den udestående del af IBA's anmodning om aktindsigt

IBA har i brevet af 30. januar 2015 anført, at den af regionen i e-mailen af 23. januar 2015 oplyste forventede sagsbehandlingstid for så vidt angår den aktindsigt i de øvrige tilbud, som IBA også har begæret, indebærer, at IBA ikke vil få indsigt i disse dokumenter, før klagenævnet har truffet afgørelse om opsættende virkning. Regionen har i e-mailen oplyst, at regionen først forventer at kunne tage stilling hertil i uge 8 i 2015.

Region Midtjylland har afvist, at der er grundlag for at kritisere regionens sagsbehandlingstid.

Regionen har særligt henvist til, at det materiale, IBA har anmodet om aktindsigt i ("Documentation regarding the evaluation method employed and the carried out evaluation with the scoring of evaluation criteria set out in Appendix 4", "The winning tender from Varian and the tender submitted by Hitachi" og "Correspondence, if any exchanged between Region Midtjylland and the winning tenderer, Varian"), er særdeles omfattende. Tilbuddene omfatter for hver tilbudsgiver flere hundrede sider komplekst materiale, som i vid udstrækning består af tekniske angivelser og beskrivelser, hvis forståelse kræver involvering af særlig fagkundskab. Vurderingen vil følgelig være forbundet med et ikke ubetydeligt tidsforbrug. IBA's anmodning om aktindsigt i både Varians og Hitachis tilbud har ført til, at disse tilbudsgivere har anmodet om tilsvarende aktindsigt i de to andre tilbud. Dermed omfatter de samlede aktindsigtbegæringer i alt

ca. 1.200 sider. Det følger direkte af forarbejderne til offentlighedslovens § 30, nr. 2, at forvaltningsmyndigheder bør indhente en udtalelse fra den, oplysningerne angår, for at få belyst, om en udlevering af oplysninger om forretningsforhold m.v. vil medføre risiko for økonomisk skade. Endvidere har indklagede påtaget sig en forpligtelse hertil i forbindelse med indgåelse af non-disclosure aftalerne. Selvom aftalerne ikke kan begrunde, at oplysninger undtages fra aktindsigt i videre omfang, end hvad der allerede følger af undtagelsesreglerne i offentligheds- og forvaltningsloven, viser aftalerne, som er indgået efter ønske fra alle tilbudsgivere, at der er tale om strengt fortroligt materiale. Som anført i e-mailen af 23. januar 2015 til IBA så regionen efter begæring fra den vindende tilbudsgiver, Varian, og som følge af dokumenternes omfang, følsomhed og kompleksitet, sig nødsaget til at udskyde fristen for tilbudsgivernes bemærkninger til aktindsigtsspørgsmålet til fredag den 6. februar 2015. Som ligeledes anført besluttede regionen at behandle alle tre aktindsigtsanmodninger samtidig af hensyn til at sikre en ensartet beslutning vedrørende aktindsigt for alle tre tilbudsgivere. Da denne endelige vurdering af aktindsigtsadgangen skulle foretages på baggrund af tilbudsgivernes bemærkninger hertil, kunne vurderingen først påbegyndes efter udløbet af fristen for tilbudsgivernes bemærkninger den 6. februar 2015. Som anført i e-mailen forventede Region Midtjylland at træffe afgørelse om aktindsigt i uge 8 (16. februar - 20. februar 2015). Regionen har dermed alene forbeholdt sig fem til ti arbejdsdage til sin egen vurdering af, om de oplysninger, tilbudsgiverne ønsker friholdt, kan undtages fra aktindsigtsadgangen. Da IBA's anmodning om aktindsigt blev modtaget den 13. januar 2015, ville regionens behandling af aktindsigtsanmodning vare 23-28 arbejdsdage, hvilket henset til sagens omfang og kompleksitet må betegnes som rimeligt.

IBA er som krævet efter offentlighedslovens § 36, stk. 2, blevet underrettet om sagsbehandlingstiden, om årsagen til forsinkelsen og om, hvornår anmodningen kan forventes at være færdigbehandlet, jf. regionens e-mail af 23. januar 2015.

Det fremgår af forarbejderne til offentlighedslovens § 36, stk. 2, at hvor aktindsigtsanmodningen omfatter et meget stort antal

dokumenter, eller hvor anmodningen rejser f.eks. juridiske spørgsmål af ganske kompliceret karakter, skal det tilstræbes, at anmodningen færdigbehandles senest inden for 40 arbejdsdage efter, den er modtaget.

Region Midtjylland har på denne baggrund ikke kunnet og har heller ikke været forpligtet til at behandle anmodningen inden for den sædvanlige 7-dagsfrist i offentlighedslovens § 36, stk. 2. Den sagsbehandlingstid, der bliver tale om, kan endvidere ikke give grundlag for kritik.

Klagenævnets bemærkninger

Klagenævnet har ikke umiddelbart opfattet det, som er anført af IBA om sagsbehandlingstiden, som en klage. Da Region Midtjylland har kommenteret spørgsmålet indgående, finder klagenævnet imidlertid anledning til at bemærke, at der af de grunde, som regionen har anført, ikke er grundlag for at anse sagsbehandlingstiden for stridende mod offentlighedslovens § 36, stk. 2. Det bemærkes i den forbindelse, at regionen har truffet afgørelse den 18. februar 2015, inden for den bebudede tidshorisont.

---oo0oo---

Der erindres om de frister, der er fastsat i klagenævnets brev af 11. februar 2015.

for Katja Høegh

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig