

Klagenævnet for Udbud

Adresse: Erhvervsstyrelsen, Dahlerups Pakhus, Langelinie Allé 17, 2100 København Ø
Telefon: 35 29 10 00 - Telefax: 33 30 76 00 - mail: klfu@erst.dk - Internet-adresse: www.klfu.dk

Wind People
Att.: Lea Vangstrup
lv@windpeople.dk

Energistyrelsen
Att.: Fuldmægtig Katrine Fink Elkjær
kfe@ens.dk

Journalnummer
2015-9675

Dato
11. september 2015

**Vedr.: Klage over afgørelse om aktindsigt – Wind People mod
Energistyrelsen.**

Indledning

Den 27. maj 2015 anmodede Wind People Energistyrelsen om aktindsigt i *"sagsbehandlingen, der ligger til grund for udarbejdelsen af prækvalifikationsbetingelserne til statens kystnære udbud"*.

Den 2. juni 2015 præciserede Wind People anmodningen om aktindsigt til *"de økonomiske og finansielle prækvalifikationskriterier"* vedrørende *"hele det forløb, der har ført til en beslutning af 20. februar 2015 i Contract Notice om en minimumsomsætning på 4 mia. kr., og hvad der måtte have fulgt efter denne dato indtil deadline for prækvalificering den 26. maj 2015"*.

Den 21. juli 2015 traf Energistyrelsen afgørelse om aktindsigt efter lov om aktindsigt i miljøoplysninger (lovbekendtgørelse nr. 660 af 2006 med senere ændringer). Afgørelsen gengives nedenfor.

Den 28. juli 2015 klagede Wind People over afgørelsen.

Den 14. august 2015 videresendte Energistyrelsen klagen til Klagenævnet for Udbud. Styrelsen angav i sit fremsendelsesbrev til klage-

nævnet, at ”Energistyrelsen fastholder afgørelsen og skal hermed videreende klagen samt sagens dokumenter, jf. offentlighedslovens § 37, stk. 1 og 2, og miljøoplysningslovens § 4 b”.

Den 27. august 2015 traf Energistyrelsen en ny afgørelse om aktindsigt på grundlag af en anmodning om aktindsigt indgivet af Wind People. Denne afgørelse er ikke påklaget til klagenævnet, men afgørelsen vedrører ligesom afgørelsen af 21. juli 2015 dokument nr. 150589, hvorfor den gengives nedenfor.

Energistirelsens afgørelser om aktindsigt m.v.

I Energistirelsens afgørelse af 21. juli 2015 står blandt andet:

”Energistirelsen har behandlet anmodningen på grundlag af lov om aktindsigt i miljøoplysninger, jf. lovbekendtgørelse nr. 660 af 14. juni 2006 med senere ændringer. Det følger af § 6, stk. 2, i miljøoplysningsloven, at retten til aktindsigt med visse undtagelser følger reglerne i den gamle offentlighedslov fra 1985. Efter miljøoplysningslovens § 2, stk. 3, 1. pkt., skal der foretages en konkret afvejning af offentlighedens interesse i en udlevering over for de interesser, der varetages ved at afslå udlevering. Endvidere følger det af § 2, stk. 3, 2. pkt., at undtagelser fra aktindsigt skal anvendes restriktivt.

Afgørelse

...

Interne dokumenter

Retten til aktindsigt i henhold til den gamle offentlighedslovs § 7 omfatter ikke en myndigheds interne arbejdsdokumenter. Som interne arbejdsdokumenter anses 1) dokumenter, der udarbejdes af en myndighed til eget brug, og 2) brevveksling mellem forskellige enheder inden for samme myndighed.

Dokumenterne med AktID 150565, 155753 og 150560 udgør brevveksling inden for samme myndighed og har ikke være afgivet til udenforstående. Energistirelsen afslår udlevering af disse dokumenter med følgende begrundelse:

Styrelsen har i henhold til afvejningsreglen i miljøoplysningslovens § 2, stk. 3, foretaget en konkret afvejning af offentlighedens interesse i en udlevering over for de interesser,

ser, der varetages ved at afslå udlevering. For udlevering af oplysningerne taler offentlighedens og din væsentlige interesse i at få aktindsigt i sagen og få udleveret så mange oplysninger om sagen som muligt.

For afslag på udlevering af oplysningerne kan anføres, at det er en væsentlig interesse at beskytte styrelsens interne beslutningsproces i den konkrete sag. Der er tale om styrelsens interne arbejdsdokumenter bestående af e-mails mellem medarbejdere i styrelsen om sagen. De er udarbejdet til styrelsens eget brug og ikke med henblik på offentliggørelse.

I afvejningen af disse modsatrettede hensyn er det Energi-styrelsens vurdering, at hensynet til beskyttelse af styrelsens interne beslutningsproces i den konkrete sag er så tungtvejende, at offentlighedens og din interesse i udlevering af så mange oplysninger som muligt må vige herfor. Styrelsen har i den forbindelse lagt vægt på, at de interne arbejdsdokumenter vedrører foreløbige overvejelser i sagen og ikke eksempelvis indeholder oplysninger om tilstanden i miljøelementer eller om emissioner, udledninger eller andre udslip i miljøet, som må antages særligt at have offentlighedens interesse.

Dokumenterne indeholder ikke oplysninger om faktiske omstændigheder af væsentlig betydning for sagforholdet, der ville skulle udleveres i medfør af den gl. offentlighedslovs § 11.

...

Dokumenter vedr. myndigheders brevveksling med sagkyndige til brug i retssager

Efter den gamle offentlighedslovs § 10, stk. 1, nr. 4, omfatter retten til aktindsigt ikke myndigheders brevveksling til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres.

Bestemmelsen omfatter også brevveksling med andre end juridisk sagkyndige under forudsætning af, at brevvekslingen finder sted i det angivne øjemed, dvs. til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres. Dette fremgår bl.a. af betænkning nr. 857/1978 om offentlighedslovens revision.

”Brevveksling”, omfatter også udvekslede dokumenter udfærdiget af henholdsvis den sagkyndige eller myndigheden. Dette fremgår af forarbejderne til § 27, nr. 4, i den nye offentlighedslov, som er en videreførelse af den gamle offentlighedslovs § 10, stk. 4.

Ordet ”til brug ved overvejelse af, om retssag bør føres” skal forstås således, at myndighedens korrespondance med sagkyndige er omfattet, selvom brevvekslingen ikke angår en konkret forestående retssag, men alene om en påtænkt foranstaltnings lovlighed. Dette fremgår af forarbejderne til § 27, nr. 4, i den nye offentlighedslov, som er en videreførelse af den gamle offentlighedslovs § 10, stk. 4.

Energistyrelsen kan delvist imødekomme anmodningen om aktindsigt i dokumenter med AktID 150564, 150563, 150561, 150559, 150558, 150555, 152192, 150558, 150531, 150534, 150528, 152191 og 150533, som vedlægges, og hvor de undtagne oplysninger er blokket ud.

Energistyrelsen meddeler dig afslag på aktindsigt i dokumenter i sin helhed med Akt ID 150554, 150553, 150589, 152153, 152152, 152151 og 150562.

Nedenfor kan du læse begrundelsen for det hele eller delvise afslag.

Energistyrelsen har foretaget vurderingen i henhold til afvejningsreglen i miljøoplysningslovens § 2, stk. 3. Ifølge afvejningsreglen skal der foretages en konkret afvejning af offentlighedens interesser, der varetages ved udlevering af miljøoplysningerne, over for de interesser, der varetages ved at afslå udlevering.

Energistirelsens brevveksling med Kammeradvokaten – dele eller hele af dokumenterne med Akt ID 150564, 150563, 150562, 150561, 150559, 150558, 150555, 150531, 150528, 152191, 152192, 150534 og 150533[3].

Energistyrelsen kan delvist imødekomme anmodningen om aktindsigt i Energistirelsens brevveksling med Kammeradvokaten. De undtagne oplysninger er undtaget. Energistyrelsen har i forhold til de undtagne oplysninger vurderet, at aktindsigt i disse indeholder detaljerede juridiske overvejelser, vurderinger og argumenter, som vil være af meget væsentlig betydning i en verserende og i evt. kommende

retssager ved Klagenævnet for Udbud. I denne vurdering indgår det hensyn, at en myndighed på lige fod med sin modpart i en kommende retssag skal have adgang til at søge fornøden juridisk bistand uden at risikere, at andre gennem offentlighedsloven har adgang til sådanne oplysninger.

Energistyrelsen[s] brevveksling med Deloitte og dokumenter udarbejdet af Deloitte – dokumenter med Akt ID 150554, 150553, 150589, 152153, 152152, 152151

Det er Energistyrelsens vurdering, at de pågældende dokumenter udarbejdet af Deloitte og brevvekslingen mellem Energistyrelsen og Deloitte indeholder konkret rådgivning og udtalelser om finansielle og økonomiske forhold, som vil være af meget væsentlig betydning i en verserende og i evt. kommende retssager ved Klagenævnet for Udbud.

Det er således Energistyrelsens vurdering, at hensynet til at beskytte statens interesser i en kommende retssag er så tungtvejende, at offentlighedens og din interesse i udlevering må vige herfor. Energistyrelsen har i den forbindelse lagt vægt på, at dokumenterne fra brevvekslingen med Kammeradvokaten og dokumenterne fra brevvekslingen med Deloitte vedrører juridiske og finansielle og økonomiske spørgsmål og ikke oplysninger om tilstanden i miljøelementer eller om emissioner, udledninger eller andre udslip i miljøet.

For de dokumenter som er nævnt ovenfor, hvor Energistyrelsen delvis imødekommer anmodningen om aktindsigt..., har Energistyrelsen vurderet at offentlighedens og din interesse i at få mest mulig aktindsigt i den sagsbehandling, som ligger til grund for prækvalifikationskravet på 4 mia. kr., vejer tungere end interesserne, der varetages ved at afslå udlevering.

Det bemærkes, at hverken de undtagne oplysninger fra brevvekslingen med Kammeradvokaten og Deloitte eller de undtagne dokumenter fra Deloitte indeholder faktiske oplysninger af væsentlig betydning, der skal unddrages efter den såkaldte ekstraheringspligt i den gl. offentlighedslov § 11.

Det bemærkes endvidere, at en vurdering efter den nye offentlighedslov også vil gøre til et afslag på aktindsigt i de

ovennævnte oplysninger. Der henvises til den nye offentlighedslovs § 27, nr. 4, og § 14.”

I Energistyrelsens fremsendelsesbrev af 14. august 2015 til klagenævnet står blandt andet:

”a) Klager bestrider, at aktindsigtsbegæringen skal behandles efter Miljøoplysningsloven. Energistyrelsen skal bemærke, at begrebet ”miljøoplysninger” skal forstås meget bredt. Energistyrelsen vurderer, at foranstaltninger vedrørende det kystnære udbud er miljøoplysninger, da det må antages, at etableringen af havvindmølleparker kan have en indvirkning på naturen.

b) Klager gør endvidere gældende, at Wind People har partsstatus, og at aktindsigtsanmodningen derfor skulle være behandlet efter forvaltningslovens regler om aktindsigt. Energistyrelsen skal bemærke, at fastlæggelsen af prækvalifikationskriterierne har karakter af en administrativ beslutning, der ikke er truffet på baggrund af en lovbestemmelse, eller som gør indgreb i en nærmere afgrænset personkreds’ interesser. Energistyrelsen vurderer, at der er tale om udstedelse af generelle regler, og at ansøgeren om aktindsigts interesse i sagen ikke er af sådan en individuel karakter, at det begrundes, at ansøgeren tillægges partsstatus.”

I Energistyrelsens afgørelse af 27. august 2015 står blandt andet:

”Reglerne om aktindsigt

Energistyrelsen har behandlet din anmodning på grundlag af miljøoplysningsloven, jf. lovebekendtgørelse nr. 660 af 14. juni 2006, med senere ændringer. Det følger af § 2, stk. 1, og § 6, stk. 2, i miljøoplysningsloven, at retten til aktindsigt med visse undtagelser følger reglerne i den gamle offentlighedslov fra 1985. Efter miljøoplysningslovens § 2, stk. 3, skal der foretages en konkret afvejning af offentlighedens interesse i udlevering over for de interesser, der varretages ved at afslå udlevering. Endvidere følger det af § 2, stk. 3, at undtagelser fra aktindsigt skal anvendes restriktivt.

Energistyrelsen har også behandlet din anmodning på grundlag af den nye offentlighedslov, jf. lov nr. 606 af 12.

juni 2013, og har vurderet om denne lovs bestemmelser giver en bedre retsstilling.

Afgørelse

...

Dokument med akt ID 150589:

Energistyrelsen meddeler dig ikke aktindsigt i dokumentet med akt ID 150589. Nedenfor kan du læse begrundelsen for afslaget.

Efter den gamle offentlighedslovs § 10, stk. 4, omfatter retten til aktindsigt ikke myndigheders brevveksling med sagkyndige til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres.

Bestemmelsen omfatter også brevveksling med andre end juridisk sagkyndige under forudsætning af, at brevvekslingen finder sted i det angivne øjemed, dvs. til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres. Dette fremgår af betænkning nr. 857/1978 om offentlighedslovens revision.

”Brevveksling”, omfatter også dokumenter udfærdiget af henholdsvis den sagkyndige eller myndigheden. Dette fremgår af forarbejderne til § 27, nr. 4, i den nye offentlighedslov, som er en videreførelse af den gamle offentlighedslovs § 10, stk. 4.

”Til brug ved overvejelse af, om retssag bør føres” skal forstås således, at myndighedens korrespondance med sagkyndige er omfattet, selvom brevvekslingen ikke angår en konkret forestående retssag, men alene om en påtænkt foranstaltnings lovlighed. Dette fremgår af forarbejderne til § 27, nr. 4, i den nye offentlighedslov, som er en videreførelse af den gamle offentlighedslovs § 10, stk. 4.

Det er Energistyrelsens vurdering, at det pågældende dokument udarbejdet af Deloitte indeholder konkret rådgivning og udtalelser om finansielle og økonomiske forhold, som vil være af væsentlig betydning i en verserende klagesag ved Klagenævnet for Udbud og i evt. kommende retssager.

I henhold til miljøoplysningslovens § 2, stk. 3, skal myndighederne ved anvendelse af den gamle offentlighedslovs

§ 10 afveje offentlighedens interesser, der varetages ved udlevering af miljøoplysningerne over for de interesser, der varetages ved at afslå udlevering. Myndigheder er forpligtet til at anvende offentlighedslovens § 10 restriktivt, jf. miljøopplysningslovens § 2, stk. 3, 2. pkt.

Det er Energistyrelsens vurdering, at hensynet til at beskytte statens interesser i en kommende retssag er så tungtvægende, at offentlighedens og din interesse i udlevering må vige herfor. Energistyrelsen har i den forbindelse lagt vægt på, at dokumentet vedrører juridiske og finansielle økonomiske spørgsmål og ikke oplysninger om tilstanden i miljøelementer eller om emissioner, udledninger eller andre udslip i miljøet.

Det bemærkes, at dokumenterne ikke indeholder faktiske oplysninger af væsentlig betydning, der skal undrages efter ekstraheringspligten, jf. den gamle offentlighedslovs § 11.

Det skal endvidere bemærkes, at en vurdering efter den nye offentlighedslov også vil føre til et afslag på aktindsigt i dokumentet. Der henvises til den nye offentlighedslovs § 27, nr. 4, § 14 og § 28.

Energistyrelsen skal bemærke, at Wind Peoples anmodning om aktindsigt fra maj 2015, med afgørelse af 21. juli 2015, tillige omfattet dokumentet med akt ID 150589. Energistyrelsen skal endvidere bemærke, at Wind Peoples klage over denne afgørelse, herunder undtagelse af dokumentet med akt ID 150589, allerede er videresendt til Klagenævnet for Udbud.”

Den 2. september 2015 anmodede klagenævnet Energistyrelsen om styrelsens eventuelle uddybende bemærkninger til, på hvilket grundlag korrespondancen med Deloitte samt dokumenter udarbejdet af Deloitte efter styrelsens opfattelse er omfattet af offentlighedslovens § 27, nr. 4. Den 7. september 2015 afgav styrelsen følgende bemærkninger til klagenævnet:

”Energistyrelsen er af den opfattelse, at korrespondancen med Deloitte og dokumenter udarbejdet af Deloitte er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4.

Det fremgår af bemærkningerne til offentlighedslovens § 27, at bestemmelserne i § 27, nr. 3-5 er identiske med § 10, nr. 3-5, i den gamle offentlighedslov fra 1985.

Energistyrelsen har i afgørelsen af 21. juli 2015 begrundet afslaget på aktindsigt i materialet fra Deloitte bl.a. ud fra den gamle offentlighedslovs § 10, nr. 4. Om brugen af den gamle offentlighedslov på miljøoplysninger kan der bl.a. henvises til den kommenterede offentlighedslov (2014) (Mohammad Ahsan), s. 692.

Energistyrelsens bemærkninger er således de samme, uanset om retsgrundlaget måtte være § 10, nr. 4, i den gamle offentlighedslov eller § 27, nr. 4 i den gældende offentlighedslov.

Betænkning nr. 1510 om offentlighedsloven af 2009 mv:

I betænkning nr. 857/1978 om offentlighedslovens revision (som der henvises til i Betænkning 1510 om offentlighedsloven af 2009, s. 547), anføres følgende vedrørende anvendelsesområdet for § 10, nr. 4 (s. 239ff):

”Indledningsvis bemærkes, at bestemmelsens anvendelsesområde er brevveksling med sagkyndige i det angivne øjemed, dvs. til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres. Bestemmelsen kan ikke antages at være begrænset til sagkyndig rådgivning om juridiske tvivlsspørgsmål l. Det må således anses for utvivlsomt, at også andre typer af sagkyndige udtalelser f.eks. om tekniske, regnskabsmæssige og lægelige forhold, vil kunne undtages fra adgangen til aktindsigt med hjemmel i bestemmelsen [...]

Undtagelsesadgangen efter § 5, nr. 7, vedrører som nævnt ikke blot brevveksling med sagkyndige i forbindelse med verserende retssager, men også ved overvejelse af, om retssag bør føres. Det er givet, at enhver sådan brevveksling om muligheden for en retssag vil være omfattet af bestemmelsen, uanset at sandsynligheden for et sagsanlæg må betegnes som ringe. Det er imidlertid herudover antaget, at også brevveksling med sagkyndige om juridiske tvivlsspørgsmål der ikke har direkte sammenhæng med et aktuelt eller eventuelt sagsanlæg, men hvor dette må underforstås som en nærliggende mulighed i forbindelse med den på-

gældende sag (min fremhævnings: herefter omtalt som ”den udvidede fortolkning”), vil kunne unddrages adgangen til aktindsigt med hjemmel i § 5, nr. 7.”

Det fremgår af de ovenfor citerede forarbejder, at der ved afgrænsningen af hvor nærliggende muligheden for en retssag skal være, skelnes mellem brevveksling med sagkyndige om juridiske tvivlsspørgsmål og andre spørgsmål (f.eks. vedrørende tekniske forhold).

Når der er tale om afklaring af juridiske tvivlsspørgsmål, behøver der ikke at være en direkte sammenhæng med et aktuelt eller eventuelt sagsanlæg, for at brevveksling kan undtages fra aktindsigt efter bestemmelsen (=den udvidede fortolkning). Den udvidede fortolkning finder således anvendelse, selvom brevvekslingen ikke angår en konkret forestående retssag, men alene en påtænkt foranstaltnings lovlighed.

Endelig ses det, at bestemmelsen ikke kun er begrænset til brevveksling med juridisk sagkyndige men også med andre typer af sagkyndige. Ligeledes er den udvidede fortolkning ikke begrænset til f.eks. rådgivning fra advokater, men finder anvendelse i forhold til juridisk sagkyndige generelt.

Brevveksling med sagkyndige om juridiske tvivlsspørgsmål og andre spørgsmål:

Det fremgår af de ovenfor citerede forarbejder til bestemmelsen, at der ved afgrænsningen af, hvor nærliggende muligheden for en domstolsprøvelse skal være, skelnes mellem brevveksling med sagkyndige om juridiske tvivlsspørgsmål og andre spørgsmål.

Når der er tale om afklaring af juridiske tvivlsspørgsmål, behøver der ikke at være en direkte sammenhæng med et aktuelt eller eventuelt sagsanlæg for at brevveksling kan undtages fra aktindsigt.

Er der derimod tale om andre spørgsmål, fx om økonomiske forhold, er der et krav om en sammenhæng med en mere konkret retssag. Her skal der enten være en konkret retssag eller brevvekslingen skal angå overvejelser om retssag, jf. f.eks. John Vogter, Offentlighedsloven med kommentarer (1998), s. 206f.

Juridiske tvivlsspørgsmål:

Brevvekslingen mellem Deloitte og Energistyrelsen har fundet sted i forbindelse med fastlæggelsen af prækvalifikationskriterierne for statslige udbud af de kystnære havvindmølleparker.

Deloitte har fungeret som Energistyrelsens sagkyndige rådgiver ift. udbygning af de kystnære havvindmølleparker siden 2010. Det kystnære udbud afholdes som et udbud med forhandling efter reglerne om koncessioner på offentlige bygge- og anlægningsarbejder i direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vare-indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge-og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet).

I forbindelse med fastlæggelsen af prækvalifikationskravene har Deloitte, på lige fod med Kammeradvokaten, bidraget til at sikre, at de stillede krav er i overensstemmelse med udbudsreglerne.

Deloitte har således fungeret som sagkyndig i forhold til udbudsreglerne og bistået med at fastlægge niveauet for de tekniske og finansielle prækvalifikationskrav ifm. med udarbejdelsen af udbudsbekendtgørelsen for det kystnære udbud. Deloitte har bl.a. bidraget med konkret rådgivning i form af vurdering af omsætningskrav, soliditetskrav samt tekniske minimumskrav.

Det følger af udbudsretten, at udbuddet skal overholde EU's generelle principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Opstillede mindstekrav, både tekniske og finansielle, skal være saglige og proportionale ift. kontraktens genstand. Deloitte's bistand har således ikke blot været af økonomisk karakter, men har tillige omhandlet juridiske overvejelser ift. udbudsretten.

Da der således er tale om brevveksling med sagkyndige om juridiske tvivlsspørgsmål indenfor EU-retten, er det Energiestyrelsens opfattelse, at korrespondancen med Deloitte og dokumenter udarbejdet af Deloitte er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4.

Brevveksling med sagkyndige om andre spørgsmål:

I det omfang Klagenævnet vurderer, at der ikke er tale om afklaring af juridiske spørgsmål, men alene f.eks. regnskabsmæssig eller økonomisk rådgivning, er der efter forarbejderne et krav om, at brevvekslingen skal vedrøre en konkret sag. Eller som det fremgår af betænkningen fra 1978: ”....vedrører som nævnt ikke blot brevveksling med sagkyndige i forbindelse med verserende retssager, men også ved overvejelse af, om retssag bør føres. Det er givet, at enhver sådan brevveksling om muligheden for en retssag vil være omfattet af bestemmelsen, uanset at sandsynligheden for et sagsanlæg må betegnes som ringe..”.

Folketingets Ombudsmand lægger ved vurderingen heraf i FOB 2001.281 bl.a. vægt på sagens forudgående forløb og formålet med udarbejdelsen af det konkrete materiale.

I den foreliggende sag var formålet med at få en vurdering af udbudsmaterialet netop at minimere risikoen for en retssag eller klagesag. Der har været meget stor offentlig beivring om de finansielle og tekniske prækvalifikationskrav, herunder omsætningskravet. Derfor ønskede Energistyrelsen at være helt sikre på, at det faglige grundlag var i orden, da det dengang var vurderingen, at dette kunne give anledning til en tvist.

Energistyrelsen finder derfor, at korrespondancen med Deloitte og dokumenter udarbejdet af Deloitte er udarbejdet i den kontekst, at udbuddet kunne føre til en klage- eller retssag.

På den baggrund finder Energistyrelsen, at materialet uanset, om der er tale om juridiske eller anden sagkyndig rådgivning, kan undtages fra aktindsigt.

Offentlighedslovens § 33, nr. 5

I det omfang, at Klagenævnet for Udbud vurderer, at korrespondancen med Deloitte og dokumenter udarbejdet af Deloitte ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4, har Energistyrelsen følgende bemærkninger:

Energistyrelsen anfører subsidiært, at korrespondancen med Deloitte og dokumenter udarbejdet af Deloitte er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 33, nr. 5. med følgende begrundelse:

Offentlighedslovens § 33, nr. 5 er en videreførelse af den gamle offentlighedslovs § 13, stk. 1, nr. 6.

Det følger af forarbejderne til § 33, nr. 5, at bestemmelsen kan anvendes, hvor hemmeligholdelse er klart påkrævet af hensyn til det offentliges interesser.

Hernæst skal bestemmelsen tilgodese de beskyttelsesinteresser, som er anerkendt i lovens øvrige undtagelsesbestemmelser, men hvor de udtrykkelige bestemmelser har vist sig utilstrækkelige.

Ud fra en konkret vurdering er det Energistyrelsens opfattelse, at hensynet til den administrative og politiske beslutningsproces i forbindelse med fastlæggelsen af prækvalifikationsbetingelser for udbud gør det klart påkrævet, at retten til aktindsigt begrænses i forhold til de pågældende dokumenter. Dette begrundes i hensynet til Energistyrelsens mulighed for at tilrettelægge et udbud bedst muligt, med inddragelse af Energistyrelsens rådgivere, uden at denne rådgivning offentliggøres.

§ 33, nr. 5, skal endvidere tilgodese de beskyttelsesinteresser, som er anerkendt i lovens øvrige undtagelsesbestemmelser, men hvor de udtrykkelige bestemmelser har vist sig utilstrækkelige.

Energistyrelsen har i sagen argumenteret for, at korrespondancen med Deloitte og dokumenter udarbejdet af Deloitte er omfattet af § 27, nr. 4. Offentlighedsloven anerkender således, at myndigheder har et beskyttet rum for at indhente ekstern specialbistand til brug i retstvister.

Energistyrelsen mener således, at den beskyttelsesinteresse som Energistyrelsen varetager ved at undtage korrespondancen med Deloitte og dokumenter udarbejdet af Deloitte er anerkendt i offentlighedsloven.

Energistyrelsen mener dermed, at disse dokumenter skal undtages fra aktindsigt, jf. offentlighedslovens § 33, nr. 5.

Såfremt Klagenævnet for Udbud ønsker en uddybning af forholdet mellem den gamle offentlighedslovens § 13, stk.

1, nr. 6 ift. miljøoplysningsloven, står Energistyrelsen til rådighed herfor.”

Wind Peoples bemærkninger

Wind People har i klagen af 28. juli 2015 blandt andet anført:

”Helt overordnet ønsker anmoderen om aktindsigt ... at klage over den manglende aktindsigt i de finansielle prækvalifikationskriterier.

Energistyrelsen har gjort gældende, at den juridiske rådgivning fra Kammeradvokaten har været inden for et juridisk område, hvor der er tvivl, hvorved rådgivningen er undtaget fra aktindsigten. Dette er i strid med, hvad Kammeradvokaten har oplyst over for Klagenævnet for Udbud i den verserende sag. Det forekommer vanskeligt at forene begge synspunkter med de faktiske forhold.

Deloitte har – som ikke juridisk-sagkyndig – ikke givet rådgivning i forbindelse med en verserende retssag, men alene givet generel rådgivning til Energistyrelsen.

Af disse årsager ønsker Wind People at klage over den manglende aktindsigt. Disse synspunkter uddybes i det nedenstående.

...

Det kan konstateres, at Energistyrelsen alene har givet aktindsigt i akter, der ikke vedrører den konkrete fastlæggelse af omsætningskravet på 4 milliarder som et mindstekrav i udbuddet.

Energistyrelsen har dog givet adgang til høringen af markedet før fastlæggelsen af omsætningskravet, hvor der netop rejses kritik af omsætningskravet fra alle sider, herunder Dansk Energi og PNE Wind, der endda mener, at et krav på 50 millioner EURO må være tilstrækkeligt. HOFOR udtaler endda:

”Det frarådes at bruge omsætning som kriterium, da dette mål ikke afspejler bydernes evne til at løfte den finansielle opgave. I stedet for omsætning kan

evt. bruges nøgletal for gæld, fri egenkapital, finansiel rating mv. Endelig er grænsen for minimumsomsætning meget høj. Kun de færreste bydere ud over de største energiselskaber, kan præstere så stor omsætning.”

Det bemærkes endvidere, at udbuddet har den særlige karakter, at teknisk kapacitet og erfaring med opførelse af vindmøller kan købes af eksterne konsulenter.

Af disse grunde forekommer omsætningskravet ikke sagligt eller egnet set i forhold til udbuddets konkrete genstand. Wind People vil gerne have adgang til at kontrollere, om Energistyrelsen var bevidst om, at dette udbud var ”usædvanlig” i den forstand, at omsætningskravet ikke giver udtryk for erfaring med havvindmøller eller evne til at rejse kapital til projektet, og om hvorvidt Energistyrelsen tog markedets høringssvar alvorligt, hvad angår kritikken af omsætningskravet.

Dette var årsagen til, at Wind People allerede den 27. maj 2015 anmodede om aktindsigt, der blev præciseret til at omhandle fastlæggelsen af de finansielle prækvalifikationskriterier.

For fuldstændighedens skyld bemærkes det, at Wind People – i den verserende sag med Energistyrelsen – har opfordret Energistyrelsen til at afgive følgende oplysning i sagen:

”Energistyrelsen opfordres til at redegøre nærmere for, hvorfor alene virksomheder med en generel omsætning på 4 milliarder, kan prækvalificeres, og hvorfor man ikke i stedet for har anvendt et andet sagligt kriterium, fx kapitalberedskab til tilladelserne m.v., til at opnå dette formål?”

Dette har Kammeradvokaten forsøgt at opfylde med følgende generelle betragtning om fastsættelsen af det finansielle prækvalifikationskriterium:

”Ved valg af økonomiske og finansielle mindstekrav var det indklagedes mål at sikre den rette balance imellem at optimere feltet af tilbudsgivere og at sikre sig imod, at koncessionskontrakten tildeles en til-

budsgiver, der ikke har den økonomiske og finansielle kapacitet til at løfte projektet.

...

At stille krav om en vis omsætningsstørrelse set i forhold til kontraktens samlede værdi er sædvanligt i udbud, og det giver – uanset om omsætningen hidrører fra andre eller tilsvarende aktiviteter – et indtryk af ansøgerens aktivitetsomfang.

...

Indklagede anser derfor kravet om en minimumsom sætning som værende sagligt begrundet og fuldt ud dækkende til at danne grundlag for en fornuftig prækvalifikation i samspil med de øvrige mindstekrav til egnethed.”

Wind People har fastholdt aktindsigtsanmodningen for at kunne kontrollere, at Kammeradvokatens betragtning – og intet andet hensyn – er indgået i Energistyrelsens fastlæggelse af et omsætningskrav på 4 milliarder.

Af den grund klages der over den manglende aktindsigt i følgende dokumenter:

AktID 150564, 150563, 150562, 150561, 150559, 150558, 150555, 152192, 150531, 150534, 150528, 152191, 150553 og 150533, hvor oplysningerne er undtaget, samt Akt ID: 150554, 150553, 150589, 152153, 152152, 152151 og 150562, hvor dokumenterne i sin helhed er undtaget.

Der gøres endvidere indsigelse over AktID: 150565, 155753 og 150560, hvor Energistyrelsen gør gældende, at der alene er tale om intern korrespondance uden væsentlig faktisk information for sagen.

Klagen er struktureret på næsten samme måde som afgørelsen af den 21. juli 2015 fra Energistyrelsen.

1) Hvilken lov skal aktindsigten vurderes efter?

Energistyrelsen gør gældende, at aktindsigtsbegæringen skal afgøres efter Miljøoplysningsloven.

Dette bestrides.

Energistyrelsen har truffet en forvaltningsmæssig afgørelse ved i brev af den 8. juni 2015 ikke at prækvalificere Wind People. Denne afgørelse var baseret på den manglende opfyldelse af omsætningskravet på 4 milliarder. Selve sagsbehandlingen af det finansielle prækvalifikationskriterium har således haft en individuel og væsentlig betydning for Wind Peoples mulighed for at deltage i udbuddet.

Det gøres på den baggrund gældende, at Wind People har partsstatus, og at aktindsigten formelt skulle være afgjort i henhold til forvaltningslovens § 9.

Subsidiært gøres det gældende, at aktindsigten vedrører de finansielle prækvalifikationskriterier. De oplysninger, der ønskes aktindsigt i vedrører således ikke miljøoplysninger, som disse er defineret i Miljøoplysningslovens § 3.

Energistyrelsen skulle derfor have anvendt Offentlighedslovens regler.

2) Myndigheders brevveksling med sagkyndige til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres

Energistyrelsen gør gældende, at der er tale om rådgivning, der er omfattet af den tidligere offentlighedslovs § 10, nr. 4.

Dette er ikke korrekt, men det kræver en mindre juridisk øvelse for at finde frem til dette.

I forarbejderne til den nye offentlighedsloven fremgår følgende af forarbejderne til § 27:

”Bestemmelserne i nr. 3-5 er identiske med den gældende lovs § 10, nr. 3-5. Der henvises om disse bestemmelser til pkt. 4.1.1.14, jf. pkt. 3.4.2.4 i lovforslagets almindelige bemærkninger. Med hensyn til rækkevidden af bestemmelserne henvises desuden til beskrivelsen af gældende ret i betænkningens kapitel 16, pkt. 4.3, pkt. 4.4 og pkt. 4.5 (side 541 ff.).”

Som det ses er retsstillingen identisk for den nye og den gamle Offentlighedslov (som Miljøoplysningsloven anvender).

Følgende fremgår af pkt. 4.4.2.1. og 4.4.3.2. i Betænkning om hvem og hvilken juridisk rådgivning, der er omfattet af undtagelsen:

"[4.4.2.1.] Offentlighedslovens § 10, nr. 4's anvendelsesområde er brevveksling med sagkyndige i det i bestemmelsen angivne formål, dvs. til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres. Bestemmelsen er imidlertid ikke begrænset til brevveksling med juridisk sagkyndige. Også sagkyndige udtalelser om f.eks. tekniske, regnskabsmæssige og lægelige forhold vil kunne undtages fra aktindsigt med hjemmel i § 10, nr. 4, jf. betænkning nr. 857/1978, side 239. Det er dog en forudsætning, at der er tale om konkret rådgivning til brug for vedkommende retssag, jf. Vogter, side 205."

...

[4.4.3.2.] Der kan være grund til at fremhæve, at det antages, at det alene er brevveksling med sagkyndige om juridiske tvivlsspørgsmål – men derimod næppe med hensyn til andre spørgsmål, der ikke har direkte sammenhæng med et aktuelt eller eventuelt sagsanlæg, men hvor dette må underforstås som en nærliggende mulighed i forbindelse med den pågældende sag – som vil kunne undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 10, nr. 4, jf. Vogter, side 206."...

Det gøres generelt gældende, at almindelig rådgivning ikke er omfattet af offentlighedslovens undtagelse, men at der skal gives aktindsigt heri. Dette synspunkt uddybes i det nedenstående på de konkrete rådgivere.

Oplysninger fra Deloitte

Oplysninger fra Deloitte må antages at udgøre rådgivning og oplysninger om de finansielle prækvalifikationskriterier, herunder den økonomiske betydning af disse. Der er formentlig tale om en faglig vurdering.

Som det ses af fremhævelsen i Betænkningens afsnit 4.4.2.1., så er det en forudsætning, at *"andre sagkyndiges"* rådgivning er til brug for en retssag.

Denne forudsætning har ikke været til stede for den rådgivning, som Energistyrelsen har modtaget fra Deloitte, hvorfor der skal gives aktindsigt i samtlige oplysninger.

For en god ordens skyld bemærkes det, at såfremt der ikke gives aktindsigt, så har Wind People – som klager hos Klagenævnet for Udbud – ikke mulighed for at kontrollere, at hensynene bag omsætningskravet har været saglige. Kammeradvokatens opfyldelse af opfordringen må således stå til troende uden kontrol.

Energistyrelsen anfører i øvrigt selv om oplysningerne, at de indeholder: *”... konkret rådgivning og udtalelse om finansielle og økonomiske forhold, som vil være af meget væsentlig betydning i en verserende og evt. i kommende retssager ved Klagenævnet for Udbud.”*

Hvorfor er dokumenter så undtaget i sin helhed, når de er af væsentlig betydning for sagen?

Oplysninger fra kammeradvokaten

Det skal vurderes om Kammeradvokatens rådgivning vedrører *”juridiske tvivlsspørgsmål”*, og om det har været nærliggende med en konflikt over disse emner, da dette er betingelser for at undtage oplysningerne fra aktindsigten. Det er således ikke tilstrækkeligt, at der blot er tale om en generel juridisk rådgivning for at undtage informationerne fra aktindsigt.

Det er vanskeligt at forholde sig til uden kendskab til de konkrete oplysninger.

Kammeradvokaten har imidlertid oplyst over for Klagenævnet for Udbud, at det pågældende omsætningskrav alene er *”sædvanligt i udbud”*. Kammeradvokaten giver således ikke et indtryk af, at der har været tale om et juridisk tvivlsspørgsmål, men alene om en generel og sædvanlig praksis, der er blevet rådgivet om.

Det gøres derfor gældende, at Energistyrelsen ikke samtidig kan fastholde, at der er tale om et tvivlsomt juridisk spørgsmål, når Kammeradvokaten over for Klagenævnet for Udbud har oplyst, at der alene er tale om en generel og sædvanlig forekommende praksis.

Kammeradvokaten har alene givet generel rådgivning om et område, der må betegnes som sædvanlig. For så vidt angår risikoen for en sag ved Klagenævnet for Udbud så gøres det gældende, at den ikke har været større end ved andre udbud, som staten indgår i.

Der er således ikke en nærliggende risiko for tvister om spørgsmålet på det tidspunkt, hvor rådgivningen blev givet, jf. det fremhævede under pkt. 4.4.3.2. i det ovenstående.

I Horns Rev-udbuddet blev der sågar anvendt et omsætningskrav på 15 milliarder, uden at dette gav anledning til problemer. Der er så vidt Wind People ved ikke andre tvister om udbud af havvindmøller. Dette understøtter vurderingen af risikoen for tvister, hvorfor der burde være adgang til aktindsigt.

Interne oplysninger

Wind People ønsker alene en uafhængig vurdering af, at der alene er tale om en intern korrespondance, der ikke indeholder faktiske oplysninger, der er af relevans for sagen – og som burde være ekstraheret.”

Høringssvar

Inden Energistyrelsen traf sin afgørelse af 21. juli 2015, indhentede styrelsen en række høringssvar vedrørende Wind Peoples anmodning om aktindsigt, herunder fra Deloitte og Kammeradvokaten.

I høringssvar af 11. juni 2015 fra Deloitte står:

”Tak for modtagelsen af brev den 4. juni vedrørende anmodningen om aktindsigt omhandlende det af Deloitte udarbejdede materiale vedrørende prækvalifikationen i forhold til de kystnære havvindmølleparker.

Vi har gennemgået det i brevet vedlagte materiale, dokument for dokument. Vi finder ikke, at der er oplysninger, om drifts- eller forretningsforhold eller lignende af så væsentlig betydning, at der er behov for undtagelser fra aktindsigt. Dette gør sig også gældende for oplysninger om de virksomheder, der er nævnt i materialet fra Deloitte.”

I høringsvar af 11. juni 2015 fra Kammeradvokaten står blandt andet:

”3. DET RETLIGE GRUNDLAG

3.1 Myndigheders pligt til at give aktindsigt

3.1.1 Hovedreglen om aktindsigt efter offentlighedsloven

...

3.1.2 Aktindsigt efter miljøoplysningsloven

Efter miljøoplysningsloven gælder der særlige regler for aktindsigt i miljøoplysninger. Ved miljøoplysninger forstås bl.a. oplysninger, som vedrører foranstaltninger, der påvirker eller kan påvirke tilstanden af miljøelementer som vand, landskaber og kyst- og havområder, jf. miljøoplysningslovens § 3, nr. 1 og 3:

...

Vindmøller anses for at være aktiviteter, der påvirker eller kan påvirke de enkelte miljøelementer, som er nævnt i § 3 i miljøoplysningsloven, jf. Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse af 17. marts 2014 i sag NMK-810-00057.

Aktindsigt i oplysninger om opførelse af vindmøller skal således afgøres efter reglerne om aktindsigt i 1985-offentlighedsloven, miljøoplysningsloven og forvaltningsloven. Dette følger af offentlighedslovens § 42, stk. 4, og miljøoplysningslovens § 2, stk. 1.

3.2 Brevveksling med eksterne sagkyndige vedrørende overvejelser om retssag bør føres

3.2.1 Undtagelse fra retten til aktindsigt

...

Ordet ”brevveksling” i offentlighedslovens § 27, nr. 4, skal forstås således, at også udvekslede dokumenter udfærdiget af hhv. den sagkyndige eller myndigheden er omfattet. Dette fremgår af forarbejderne til § 27, nr. 4, jf. lovforslag nr. 144 af 7. februar 2013, specielle bemærkninger til § 27, hvor der henvises til betænkning nr. 1510 af 2009. Sidstnævnte sted, s. 549, fremgår nedenstående om den tidligere offentlighedslovs § 10, stk. 4, som den nuværende offentlighedslovs § 27, nr. 4, er en videreførelse af:

...

Ordene ”til brug ved overvejelse af, om retssag bør føres” i offentlighedslovens § 24, nr. 4, skal forstås således, at

myndigheders korrespondance med Kammeradvokaten er omfattet, selvom brevvekslingen ikke angår en konkret forstående retssag, men alene om en påtænkt foranstaltnings lovlighed.

Dette fremgår af forarbejderne til § 27, nr. 4, jf. lovforslag nr. 144 af 7. februar 2013, specielle bemærkninger til § 27, hvor der henvises til betænkning nr. 1510 af 2009. Sidstnævnte sted, s. 547, fremgår nedenstående om den tidligere offentlighedslovs § 10, stk. 4, som den nuværende offentlighedslovs § 27, nr. 4, er en videreførelse af:

...

Denne forståelse har endvidere støtte i højesteretspraksis. Højesteret skulle i sag 110/2013 (U.2014.899 H) tage stilling til en editionsbegæring efter retsplejelovens § 298. En virksomhed havde sagsøgt 3 myndigheder med den påstand, at et udbud, som myndighederne havde været involveret i, ”var afgjort på forhånd”. Virksomheden havde under sagens behandling i Højesteret fremsat en editionsbegæring, hvorefter myndighederne til brug for behandling af sagen i Højesteret skulle fremlægge 3 responsa, som Kammeradvokaten havde udarbejdet inden udbuddet.

Kammeradvokaten anførte det som et moment, der taler imod edition, at responsaene var undtaget efter offentlighedslovens daværende § 10, nr. 4, (nu § 27, nr. 4), jf. U 2014.899H (902). Højesteret tilsluttede sig denne opfattelse, jf. U-2014.899H (903):

”Det bemærkes endvidere, at de indhentede responsa må anses for at være undtaget fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 10, nr. 4, der vedrører en myndigheds brevveksling med sagkyndige til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres (...).”

3.2.2 Ingen ekstraheringspligt

I offentlighedslovens §§ 28 og 29 reguleres ekstraheringspligten, dvs. pligten til at give aktindsigt i visse dele af dokumenter, der ellers er undtaget fra aktindsigt efter navngivne bestemmelser. For så vidt angår dokumenter, der er omfattet af offentlighedslovens § 27, nr. 4, er der ekstraheringspligt efter § 28, stk. 1, 1. pkt., jf. bestemmelsens ordlyd:

...

De dele af dokumenter fra brevveksling med eksterne sagkyndige vedrørende overvejelser om retssag bør føres, der vedrører sagens faktiske grundlag, skal således udleveres, mens de dele af dokumenterne, der vedrører juridiske og andre faglige vurderinger, ikke skal ekstraheres, jf. modsætningsvist offentlighedslovens § 28, stk. 1, 2. pkt., og Mohammad Ahsan, Offentlighedsloven med kommentarer (2014), s. 473.

Navnlig skal ordene ”en sags faktiske grundlag” i offentlighedslovens § 28, stk. 1, 1. pkt., forstås således, at en sags retlige omstændigheder ikke er omfattet. Dette fremgår af ombudsmandspraksis, jf. referat heraf i Mohammad Ahsan, offentlighedsloven med kommentarer (2014), s. 481f. Dét, at oplysninger om sagens retlige omstændigheder ikke er omfattet af offentlighedslovens § 28, stk. 1, 1. pkt., fremgår endvidere af forarbejderne til bestemmelsen i lovforslag nr. 144 af 7. februar 2013, almindelige bemærkninger, specielle bemærkninger til § 28:

”Ekstraheringspligten efter stk. 1, 1. pkt., omfatter ikke interne og eksterne faglige vurderinger (...) eller oplysninger, der isoleret set gengiver generelle objektive kendsgerninger, der ikke direkte vedrører sagen, f.eks. oplysninger om indholdet af gældende ret.”

Offentlighedsloven er – med redaktionelle og sproglige ændringer – en indholdsmæssig videreførelse af den tidligere offentlighedslovs § 11, stk. 1, jf. lovforslag nr. 144 af 7. februar 2013, almindelige bemærkninger, specielle bemærkninger til § 28. Højesteret fandt i ovennævnte sag 110/2013 (U.2014.899H), at responsa angående udbudsprocessen i [d]en pågældende sag ikke var omfattet af offentlighedslovens § 11, stk. 1, (nu § 28, stk. 1), jf. U.2014.899H (902):

”Det bemærkes endvidere, at de indhentede responsa må anses for at være undtaget fra (...) ligesom der ikke er grundlag for at antage, at de indhentede responsa indeholder ekstraheringspligtige oplysninger af væsentlig betydning for sagsforholdet, som ikke fremgår af sagens øvrige materiale, jf. offentlighedslovens § 11, stk. 1.”

3.3 Meroffentlighedsprincippet i offentlighedslovens § 14

...

4. VURDERING

4.1 Miljøoplysningsloven finder ikke anvendelse

Ingen af de dokumenter, der nævnes indledningsvist..., vedrører de påtænkte vindmølleparkers påvirkning af miljøelementer ved f.eks. vindmøllernes antal, dimensionering og lignende.

Både Udbudsbekendtgørelsen..., Pre-Qualification Questionnaire... og Kammeradvokatens notat ... vedrører potentielle tilbudsgiveres økonomiske og tekniske forudsætninger for overhovedet at kunne afgive et bud. Det samme gælder korrespondance mellem Energistyrelsen og Kammeradvokaten, der knytter sig til disse dokumenter...

De oplysninger, der findes i de nævnte dokumenter, er oplysninger om Energistyrelsens overvejelser vedrørende de finansielle tekniske krav, som burde stilles til potentielle tilbudsgivere, samt oplysninger om Kammeradvokatens bistand ved disse overvejelser.

Dét, at ”præ-kvalifikationsrunden” har til formål at afklare potentielle tilbudsgiveres finansielle og tekniske forudsætninger for at afgive et egentligt bud, fremgår tillige af den endelige udformning af Pre-Qualification Questionnaire, Udbudsbekendtgørelsen, samt i øvrigt af det materiale, hvormed Energistyrelsen har informeret om udbudsprocessen, jf. pjecen ”450 MW kystnære havmøller – Nyt dansk udbud” af 2013, bl.a. s. 18.

Dét, at miljøpåvirkning af de påtænkte havvindmølleparker først bliver et aktuelt emne i udbudsprocessen, fremgår endvidere af den omstændighed, at de endelige VVM-redegørelser først kommer til at foreligge efter at ”præ-kvalifikationsrunden” er overstået.

[Wind Peoples] aktindsigtsanmodning skal således – for så vidt angår [de til Kammeradvokaten fremsendte dokumenter] – afgøres efter de almindelige aktindsigtsregler i offentlighedsloven.

4.2 [Wind People] har ikke ret til aktindsigt i Mail 1-8 og Dokument 1-4

4.2.1 Ret til aktindsigt i korrespondance, dokumenter og dokument udkast

...

4.2.2 Mail 1-8 og Dokument 1-4 er undtaget fra aktindsigt
Dokument 2 og korrespondancen herom (Mail 1) omhandler Kammeradvokatens bistand til Energistyrelsens arbejde med udbudsbekendtgørelsen.

Dokument 1 og 4 og korrespondancen om disse (Mail 1 og 3-8) omhandler Kammeradvokatens bistand med Energistyrelsens arbejde på Pre-Qualification Questionnaire (PQQ) for de kystnære udbud.

Dokument 3 og korrespondancen herom (Mail 2) vedrører de respektive retsvirkninger, der ville knytte sig til, at koncessionstager i henhold til det kystnære udbud ville hæfte hhv. pro rata og solidarisk.

Det er vores opfattelse, at alle de nævnte dokumenter indgår i brevveksling mellem Kammeradvokaten og Energistyrelsen vedrørende påtænkte foranstaltningers lovlighed og som følge heraf er undtaget fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 27, nr. 4, selvom brevvekslingen ikke har en direkte sammenhæng med et aktuelt eller eventuelt sagsanlæg, jf. betænkning 1510 af 2009, s. 547.

Udover den netop anførte betænkning, støtter vi især vores opfattelse på Højesterets dom i sag 110/2013 (U.2014.899H), samt de andre fortolkningsbidrag.

4.2.3 Energistyrelsen har ikke ekstraheringspligt i forhold til Mail 1-8 og Dokument 1-4

...

Af forarbejder til offentlighedslovens § 28, stk. 1, 1. pkt., fremgår, at ekstraheringspligten efter stk. 1, 1. pkt., ikke omfatter interne og eksterne faglige vurderinger og oplysninger om gældende ret, jf. lovforslag nr. 144 af 7. februar 2013, almindelige bemærkninger, specielle bemærkninger til § 28.

Energistyrelsens egne udkast (Dokument 1, 2 og 4) og dertilhørende korrespondance (Mail 1 og 3-8) har karakter af interne faglige – om end ikke endelige – vurderinger, hvor-

for Energistyrelsen efter vores opfattelse ikke har pligt til at give [Wind People] aktindsigt i disse dokumenter.

Kammeradvokatens notat om pro rata ctr. solidarisk hæftelse (Dokument 3) og dertilhørende korrespondance (Mail 2) indeholder oplysninger om gældende ret, hvor Energistyrelsen efter vores opfattelse ikke har pligt til at give [Wind People] aktindsigt i dele af disse dokumenter.

Udover det netop anførte lovforslag, støtter vi især vores opfattelse på Højesterets dom i sag 110/2013 (U.2014.899H), samt de andre fortolkningsbidrag.

4.3 Meroffentlighed

...

Energistyrelsen kan således som udgangspunkt give aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 14. Det betyder dog ikke, at Energistyrelsen har pligt hertil, da offentlighedsloven overlader Energistyrelsen et hensigtsmæssighedsskøn vedrørende om der bør gives aktindsigt efter meroffentlighedsprincippet i offentlighedslovens § 14.”

Retsgrundlaget

Miljøoplysningsloven

Miljøoplysningsloven gælder i henhold til § 1, stk. 1, for *”alle myndigheder, der er omfattet af § 1 i lov om offentlighed i forvaltningen”*.

I § 2, stk. 1, står, at *”Enhver har under de betingelser og med de undtagelser, der følger af lov om offentlighed i forvaltningen og forvaltningsloven ret til at blive gjort bekendt med miljøoplysninger...”*.

I § 2, stk. 3, står blandt andet, at *”I sager om aktindsigt i miljøoplysninger, der er omfattet af bestemmelserne i §§ ... 7 og 10 ... og § 13, stk. 1, i lov om offentlighed i forvaltningen..., skal vedkommende myndighed foretage en konkret afvejning af offentlighedens interesser, der varetages af udlevering af miljøoplysningerne, over for de interesser, der varetages ved at afslå udlevering. Bestemmelserne i §§ ... 7 og 10 ... og § 13, stk. 1, i lov om offentlighed i forvaltningen ... skal anvendes restriktivt under hensyntagen til samfundets interesse i, at oplysningerne offentliggøres i det konkrete tilfælde”*.

Ved miljøoplysninger forstås i henhold til § 3 *"alle oplysninger, som er i myndighedens besiddelse, eller som opbevares for den, som foreligger i skriftlig form, i billed- eller lydform eller i elektronisk eller en hvilken som helst anden form, uanset hvornår oplysningerne er tilvejebragt, og som vedrører"* det i § 3, nr. 1-6, opregnede.

I miljøopplysningslovens § 3, nr. 1-6, står:

- "1) tilstanden i miljøelementer som f.eks. luft og atmosfære, vand, jord, landskaber og naturområder, herunder vådområder, kyst- og havområder, biologisk mangfoldighed og dennes enkelte bestanddele, herunder genetisk modificerede organismer, og vekselvirkningen mellem disse elementer,
- 2) faktorer som f.eks. stoffer, energi, støj, stråling eller affald, herunder radioaktivt affald, emissioner, udledninger og andre udslip i miljøet, der påvirker eller kan påvirke de miljøelementer, som er nævnt i nr. 1,
- 3) foranstaltninger, herunder administrative foranstaltninger såsom politikker, lovgivning, planer, programmer, miljøaftaler og aktiviteter, der påvirker eller kan påvirke de enkelte miljøelementer, som er nævnt i nr. 1 og 2, og faktorer samt foranstaltninger og aktiviteter, der har til formål at beskytte disse miljøelementer,
- 4) rapporter om gennemførelse af miljølovgivningen,
- 5) rentabilitetsberegninger og andre økonomiske analyser og forudsætninger, som er anvendt i forbindelse med de foranstaltninger og aktiviteter, som er nævnt i nr. 3, og
- 6) menneskers sundheds- og sikkerhedstilstand, herunder, hvor det er relevant, forurening af fødekæden, menneskers levevilkår, kulturminde og bygningsværker, i det omfang de påvirkes af de enkelte miljøelementers tilstand, som er nævnt i nr. 1, eller via disse elementer af de i nr. 2 og 3 nævnte forhold."

I henhold til miljøopplysningslovens § 6, stk. 2, skal lovens henvisninger til lov om offentlighed i forvaltningen forstås som henvisninger til de pågældende bestemmelser i lov nr. 572 af 1985 om offentlighed i forvaltningen med senere ændringer.

I forslag nr. 176 af 20. januar 1994 til lov om aktindsigt i miljøoplysninger står blandt andet:

”§ 2. Enhver har under de betingelser og med de undtagelser, der følger af lov om offentlighed i forvaltningen og forvaltningsloven, ret til at blive gjort bekendt med miljøoplysninger, jf. dog stk. 2 og § 3, stk. 2.

...

§ 3. Ved miljøoplysninger forstås alle oplysninger om

1) miljøet, det vil sige vandområders, luftens, jordens, faunaens, floraens, landområders og naturområders tilstand,

2) aktiviteter (herunder aktiviteter, der giver anledning til gener såsom støj) eller foranstaltninger, der på skadelig vis påvirker eller vil kunne påvirke miljøet,

3) aktiviteter eller foranstaltninger, der skal beskytte miljøet, herunder administrative foranstaltninger og miljøforvaltningsprogrammer.

...

Bemærkninger til lovforslaget

Almindelige bemærkninger

Lovforslaget fremsættes med henblik på en fuldstændig gennemførelse af Rådets direktiv nr. 90/313/EØF om fri adgang til miljøoplysninger, der er optrykt som bilag til forslaget.

Direktivet er udstedt med hjemmel i traktatens art. 130S, og en medlemsstat kan efter ordlyden selv bestemme, om den vil benytte direktivets adgang til at fastsætte begrænsninger i aktindsigt i miljøoplysninger. En medlemsstat er derfor kun forpligtet til ikke at indskrænke adgangen til aktindsigt mere end direktivet hjemler, men kan omvendt vælge at give ret til aktindsigt i større omfang.

Offentligheds- og forvaltningslovens regler om adgang til aktindsigt ses ikke, med de undtagelser der følger af dette forslag, at indskrænke retten til aktindsigt ud over, hvad direktivet giver mulighed for.

Direktivets væsentligste bestemmelser har derfor længe været gældende i Danmark i medfør af offentlighedsloven og forvaltningsloven. Forhandlingerne om direktivet blev fra dansk side ført med henblik på en fuldstændig overensstemmelse mellem de gældende danske regler og direktivet. Det lykkedes imidlertid ikke til fulde, idet direktivet går videre end loven på tre punkter.

For det første giver direktivet ret til aktindsigt i miljøoplysninger hos en videre kreds end i den danske lovgivning. For det andet fastsætter direktivet en absolut frist på 2 måneder inden for hvilken, der skal være truffet afgørelse i en sag om aktindsigt. Og for det tredje kan retten til aktindsigt i

miljøoplysninger efter direktivet ikke begrænses af, hvornår disse oplysninger er tilvejebragt eller af andre særlige regler, som tilfældet er efter offentlighedsloven og forvaltningsloven.

...

Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser

...

Til § 2

Til stk. 1

Det foreslås, at offentlighedsloven og forvaltningsloven fortsat skal være gældende for adgang til aktindsigt i miljøoplysninger med de undtagelser, der følger af direktivet.

...

Bestemmelsen betyder, at det er de pågældende loves almindelige betingelser, der finder anvendelse. ...

...

Det betyder således, at begrænsningerne i og undtagelserne fra den almindelige adgang til aktindsigt efter offentlighedsloven, og for parter vedkommende efter forvaltningsloven, fortsat er gældende.

Der ses som nævnt at være sammenfald i undtagelserne efter direktivet og den gældende danske lovgivning, herunder bl.a. undtagelsen om forretningshemmeligheder. Dog må brede skønsmæssige undtagelsesbestemmelser fortolkes i overensstemmelse med direktivet. F.eks. må brugen af offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 6, begrænses til situationer, der er omfattet af art. 3, stk. 2, 6. og 7. »pind«, om materiale forelagt af tredjemand, og materiale, hvis offentliggørelse snarere vil bevirke, at det miljø, som materialet vedrører, vil lide skade.

...

Til § 3

Til stk. 1

Miljøoplysninger defineres i overensstemmelse med direktivet, således at der ikke kan herske tvivl om, hvilke oplysninger der er tale om. Oplysninger om miljøets »tilstand« må formentlig fortolkes således, at det drejer sig om oplysninger, der skal lægges til grund for sagsbehandling eller indhentes som led i overvågning af miljøet.”

I forslag nr. 4 af 23. februar 2005 til lov om ændring af lov om aktindsigt i miljøoplysninger, hvorved de nuværende § 2, stk. 3, og § 3 i miljøoplysningsloven blev vedtaget, står blandt andet:

”Bemærkninger til lovforslaget

Almindelige bemærkninger

1. Baggrunden for lovforslaget

...

Det foreliggende lovforslag sigter mod at justere den gældende lovgivning om aktindsigt i miljøoplysninger således, at de danske regler bringes i overensstemmelse med ... direktiv 2003/4/EF ...

Direktiv 2003/4/EF gennemfører artikel 4 og 5 og dele af artikel 9 i konventionen om adgang til oplysninger, offentlig deltagelse i beslutningsprocesser samt adgang til klage og domstolsprøvelse på miljøområdet (Århus-konventionen)...

...

2. Lovforslagets hovedpunkter

2.1. Lov om aktindsigt i miljøoplysninger

...

2.1.1. Afvejningsregel

Lovforslaget lægger op til at gennemføre direktivets afvejningsregler, der dels omfatter en generel afvejningsregel i sager om aktindsigt i miljøoplysninger, hvorefter undtagelser fra adgangen til aktindsigten skal fortolkes restriktivt under hensyn til offentlighedens interesse i, at oplysningerne offentliggøres og dels en konkret afvejningsregel, hvorefter der i hver enkel aktindsigtssag skal ske en afvejning af offentlighedens interesser, der varetages ved udlevering overfor de interesser, der varetages ved af afslå udlevering.

...

I overvejelserne indgik bl.a., at afvejningen af på den ene side offentlighedens interesse i at kunne få bestemte miljøoplysninger og på den anden side hensynet til at kunne hemmeligholde visse oplysninger, også i de danske regler er kommet til udtryk i en række af offentlighedslovens og forvaltningslovens undtagelsesbestemmelser. En række af undtagelsesreglerne i de to love lægger således op til et konkret skøn, der bl.a. involverer hensynet til på den ene side adgangen til aktindsigt og på den anden side hensynet til andre offentlige og private interesser.

...

Gennemførelsen af konventionens afvejningsregel i dansk ret hviler imidlertid til dels på praksis hos de pågældende myndigheder, hvilket ikke er en tilstrækkelig direktivimplementering, og direktivets krav om en konkret afvejning i alle sager om aktindsigt i miljøoplysninger kan ikke fuldt ud rummes inden for alle undtagelsesbestemmelser i offentlighedsloven og forvaltningsloven. Lovforslaget lægger

derfor op til at indarbejde den generelle og konkrete afvejningsregel, jf. artikel 4, stk. 2, for samtlige undtagelsesregler i offentlighedsloven og tilsvarende for forvaltningsloven. ... De undtagelsesbestemmelser, der vil blive omfattet af den konkrete regel, er ... § 7 om internt materiale, § 10 om andre dokumenter ...

Som ovenfor beskrevet, vurderes de danske regler og praksis i dag at opfylde Århus-konventiones krav, om at fortolke undtagelsesgrundene restriktivt under hensyn til offentlighedens interesse i, at oplysningerne offentliggøres. Direktivets krav om en konkret afvejning i alle sager om aktindsigt i miljøoplysninger vurderes derfor ikke at ændre på myndighedernes vurdering af, hvornår en oplysning ikke længere er fortrolig og derfor bør udleveres, selvom myndigheden ikke er forpligtet hertil. ...

...

Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser

...

Til nr. 3.

Forslaget gennemfører direktivets generelle afvejningsregel i artikel 4, stk. 2, om at adgangen til at begrænse aktindsigten skal fortolkes restriktivt under hensyn til offentlighedens interesse i, at oplysningerne offentliggøres og direktivets konkrete afvejningsregel, hvorefter de offentlige interesser, der varetages ved udlevering i hvert enkelt sag om aktindsigt, skal afvejes overfor de interesser, der varetages ved at afslå udlevering.

Det foreslås derfor, at direktivets konkrete afvejningsregel indarbejdes for alle offentlighedslovens og forvaltningslovens undtagelsesbestemmelser. ...

...

Myndighederne vil således i alle sager om aktindsigt i miljøoplysninger, der er omfattet af de pågældende bestemmelser, få pligt til at foretage en konkret afvejning af de modstående hensyn. ...

Som beskrevet under de almindelige bemærkninger pkt. 2.1.1, vurderes de danske regler og praksis i dag at opfylde Århus-konventiones krav, om at fortolke undtagelsesgrundene restriktivt under hensyn til offentlighedens interesse i, at oplysningerne offentliggøres. Direktivets krav om en konkret afvejning i alle sager om aktindsigt i miljøoplysninger vurderes derfor ikke at ændre på myndighedernes vurdering af, hvornår en oplysning ikke længere er fortrolig og derfor bør udleveres, selvom myndigheden ikke er forpligtet hertil.

...

Til nr. 5.

Bestemmelsen svarer til den nugældende definition på miljøoplysninger i § 3 med en række ændringer og præciseringer, som særligt følger af direktivets definitioner i artikel 2, stk. 1, 3 og 4.

...

Det forslås endvidere, at der ved naturområder i overensstemmelse med direktivets artikel 2, stk. 1, litra a, også hører vådområder, kyst og havområder. Det foreslås endvidere, at faktorer i overensstemmelse med direktivets artikel 2, stk. 1, litra b, vedrører stoffer, så som energi, støj og også stråling eller affald herunder radioaktivt affald, emissioner, udledninger og andre udslip i miljøet. Forslaget omfatter endvidere også de foranstaltninger og aktiviteter, der har til formål at beskytte miljøelementerne i artikel 2, stk. 1, litra a og b. Disse var også omfattet af definitionen i direktiv 90/313. Forslaget omfatter også i overensstemmelse med direktivets artikel 2, stk. 1, litra f, at der ved miljøoplysninger i forbindelse med oplysninger om menneskers sundheds og sikkerhedstilstand også skal forstås, hvor det er relevant, forurening af fødekæden.”

Forvaltningsloven

Efter forvaltningslovens § 2, stk. 1, gælder loven for behandlingen af sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed.

I henhold til § 9, stk. 1, kan den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

Offentlighedsloven

Efter offentlighedslovens § 7 kan enhver med de undtagelser, der følger af §§ 19-35, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

I henhold til § 23 omfatter retten til aktindsigt ikke interne dokumenter. Som interne dokumenter anses efter § 23, stk. 1, nr. 1, blandt andet dokumenter, der ikke er afgivet til udenforstående.

I forslag nr. 144 af 7. februar 2013 til lov om offentlighed i forvaltningen står i bemærkningerne til § 23, at *”Bestemmelsen i stk. 1, nr. 1, svarer indholdsmæssigt til den gældende lovs § 7”*.

Af § 23, stk. 2, fremgår, at dokumenter omfattet af § 23, stk. 1, der afgives til udenforstående, mister deres interne karakter, medmindre afgivelsen sker af retlige grunde, til forskningsmæssig brug eller af andre lignende grunde.

I lovbemærkningerne til § 23, stk. 2, henvises om bestemmelsens nærmere indhold til kapitel 16, pkt. 2.1.3.3, i betænkning nr. 1510 af 2009 om offentlighedsloven. Heri står blandt andet *”Endvidere vil afgivelse af interne arbejdsdokumenter til brug for en sagkyndig i et tilfælde, der er omfattet af § 10, nr. 4, ikke fratage dokumenterne deres interne karakter, jf. UfR 1968, side 278 H, og Vogter, side 174 og 207”*.

I henhold til § 27, nr. 4, omfatter retten til aktindsigt ikke brevveksling med sagkyndige til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres.

I forslag nr. 144 af 7. februar 2013 til lov om offentlighed i forvaltningen står i punkt 3.4.2.3, at udtrykket ”brevveksling” i den gamle offentlighedslovs § 10, nr. 4, indebærer, at *”det ikke blot er selve den sagkyndige udtalelse, men også f.eks. processkrifter og andre dokumenter, som myndighedens advokat sender til myndigheden, der kan undtages fra retten til aktindsigt. Endvidere er skrivelser fra den pågældende forvaltningsmyndighed til den sagkyndige omfattet af bestemmelsen og interne arbejdsdokumenter, der sendes til den sagkyndige, vil således ikke miste deres interne karakter ved afgivelsen”*.

Af lovforslagets bemærkninger til § 27 fremgår, at bestemmelserne i § 27, nr. 3-5, *”er identiske med den gældende lovs § 10, nr. 3-5”*.

I betænkning nr. 1510 af 2009 om offentlighedsloven, side 543ff, står om den tidligere § 10, nr. 4, blandt andet:

”4.4.2. Nærmere om udtrykket ”sagkyndige”

4.4.2.1. Rådgivningens karakter

Offentlighedslovens § 10, nr. 4's anvendelsesområde er brevveksling med sagkyndige i det i bestemmelsen angivne formål, dvs. til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres. Bestemmelsen er imidlertid ikke begrænset til brevveksling med juridiske sagkyndige. Også sagkyndige udtalelser om f.eks. tekniske, regnskabsmæssige og lægelige forhold vil kunne undtages fra aktindsigt med hjemmel i § 10, nr. 4...

4.4.2.2. Brevveksling med andre end offentlige myndigheder

Udtrykket "sagkyndige" i offentlighedslovens § 10, nr. 4, omfatter i første række advokater, herunder Kammeradvokaten. Bestemmelsen antages imidlertid også at omfatte f.eks. konsulentfirmaer og universitetsansatte...

...

4.4.3 Nærmere om udtrykket "retssager"

4.4.3.1. Verserende retssager

Med udtrykket "retssager" sigtes både til sager, der føres for de almindelige domstole, og voldgiftssager. Også retshandlinger i forbindelse med håndhævelsen eller fuldbyrdelsen af retskrav så som fagedforbud anses for omfattet af bestemmelsen, jf. betænkning 857/1978, side 239.

...

Det er dog en forudsætning for anvendelsen af § 10, nr. 4, at vedkommende forvaltningsmyndighed er eller kan blive part i retssagen eller er blevet eller må forventes at blive inddraget som biintervenient, jf. Vogter, side 206, og Gammeltoft-Hansen m. fl., side 420.

...

4.4.3.2. Overvejelser om, hvorvidt retssag bør føres

Undtagelsesadgangen efter offentlighedslovens § 10, nr. 4, vedrører ikke blot brevveksling med sagkyndige i forbindelse med verserende retssager, men også i forbindelse med overvejelser om, hvorvidt retssag bør føres, jf. betænkning nr. 857/1978, side 240, hvor der bl.a. anføres følgende:

"Det er givet, at enhver sådan brevveksling om muligheden for en retssag vil være omfattet af bestemmelsen, uanset at sandsynligheden for et sagsanlæg må betegnes som ringe. Det er imidlertid herudover antaget, at også brevveksling med sagkyndige om juridiske tvivlsspørgsmål, der ikke har en direkte sammenhæng med et aktuelt eller eventuelt sagsan-

læg, men hvor dette må underforstås som en nærliggende mulighed i forbindelse med den pågældende sag, vil kunne undtages med hjemmel i [offentlighedslovens § 10, nr. 4]. Dette har antagelig størst praktisk betydning i forhold til offentlige myndigheders brevveksling med kammeradvokaten eller andre juridiske sagkyndige om en påtænkt foranstaltnings lovlighed [...].”

...

I FOB 1995, side 309, der er nævnt ovenfor, anså ombudsmanden imidlertid muligheden for en retssag for fjernliggende, idet Kammeradvokatens udtalelse skulle anvendes til at tage stilling til, hvorvidt der var grundlag for tjenstlige reaktioner over for DSB-personalet.

Der kan være grund til at fremhæve, at det antages, at det alene er brevveksling med sagkyndige om juridiske tvivsspørgsmål – men derimod næppe med hensyn til andre spørgsmål, der ikke har direkte sammenhæng med et aktuelt eller eventuelt sagsanlæg, men hvor dette må underforstås som en nærliggende mulighed i forbindelse med den pågældende sag – som vil kunne undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 10, nr. 4, jf. Vogter, side 206.

Ombudsmanden har i FOB 2001, side 281, tilsluttet sig den nævnte afgrænsning. ...

Ved vurderingen af, om rapporten kunne undtages efter § 10, nr. 4, anførte ombudsmanden ... bl.a. følgende:

”... Herudover antages det imidlertid at brevveksling med sagkyndige om ”juridiske tvivsspørgsmål” kan undtages hvis en retssag uden at være under konkret overvejelse dog må underforstås som en nærliggende mulighed. Ved afgrænsningen af hvor nærliggende muligheden for en domstolsprøvelse i sådanne tilfælde skal være, skelnes mellem brevveksling med sagkyndige om juridiske tvivsspørgsmål og andre spørgsmål: Når der er tale om afklaring af juridiske tvivsspørgsmål i modsætning til andre spørgsmål behøver der ikke at være direkte sammenhæng med et aktuelt eller eventuelt sagsanlæg for at brevveksling kan undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 10, nr. 4.”

4.4.4. Dokumenter omfattet af § 10, nr. 4

Udtrykket brevveksling i § 10, nr. 4, indebærer, at ikke blot selve den sagkyndige udtalelse, men også f.eks. proces-skrifter og andre dokumenter, som myndighedens advokat sender til myndigheden, kan undtages fra aktindsigt. ...

På samme måde er også skrivelser fra den pågældende myndighed til den sagkyndige omfattet af undtagelsen. Et internt dokument mister ikke sin karakter ved at blive udleveret til en sagkyndig, jf. UfR 1968.278 H, hvor det blev fastslået, at afgivelse af Landsskatterettens referat- og vote-ringsark til Finansministeriets advokat til brug for forberedelsen af en retssag, der var indbragt for domstolene, ikke kunne give vedkommende skatteyder krav på aktindsigt.”

Af offentlighedslovens § 28, stk. 1, følger, at retten til aktindsigt i do-kumenter omfattet af blandt andet § 23 og § 27, nr. 4, uanset disse be-stemmelser omfatter oplysninger om en sags faktiske grundlag, i det omfang oplysningerne er relevante for sagen. Det samme gælder op-lysninger om eksterne faglige vurderinger, som findes i dokumenter, der er omfattet af § 23 og § 27, nr. 4.

Af offentlighedslovens § 33, nr. 5, følger, at retten til aktindsigt kan begrænses i det omfang, det er nødvendigt til beskyttelse af væsentlige hensyn til private og offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse ef-ter forholdets særlige karakter er påkrævet.

I forslag nr. 144 af 7. februar 2013 til lov om offentlighed i forvalt-ningen står blandt andet følgende vedrørende § 33, nr. 5:

”3. Gældende ret om offentlighed i forvaltningen

...

3.4.3.3. ...

En begæring om aktindsigt kan – i almindelighed – kun af-slås efter bestemmelserne i § 13, stk. 1, hvis retten til at blive gjort bekendt med oplysningerne i en sag eller et do-kument efter et konkret skøn findes at burde vige for de nærmere opregnede væsentlige hensyn til offentlige og pri-vate interesser. Dette indebærer, at aktindsigt (i almindelig-hed) kun kan afslås i det tilfælde, hvor der er nærliggende fare for, at de nævnte interesser vil lide skade af betydnig.

Om den nævnte opsamlingsbestemmelse (generalklausul) i § 13, stk. 1, nr. 6, bemærkes, at det er forudsat, at bestemmelsen kun kan anvendes i begrænset omfang, og kun hvor hemmeligholdelse af hensyn til offentliges eller privates interesser er klart påkrævet. Bestemmelsen kan i første række benyttes til at tilgodese beskyttelsesinteresser, der er nært beslægtede med de interesser, som er anerkendt ved lovens øvrige undtagelsesbestemmelser, men hvor de udtrykkelige bestemmelser har vist sig utilstrækkelige. Herudover kan bestemmelsen anvendes til at varetage beskyttelsesinteresser, der ikke har en snæver sammenhæng med de interesser, som er kommet til udtryk i undtagelsesbestemmelserne.

...

Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser

...

Til § 33

...

Bestemmelsen i nr. 5 – den såkaldte generalklausul – er enslydende med den gældende lovs § 13, stk. 1, nr. 6. Bestemmelsen har som efter gældende ret et snævert anvendelsesområde og forudsættes alene anvendt, hvor hemmeligholdelse af hensyn til offentlige eller private interesser er klart påkrævet.

Bestemmelsen skal i første række tilgodese beskyttelsesinteresser, der som sådan er anerkendt i lovens øvrige undtagelsesbestemmelser, men hvor de udtrykkelige bestemmelser har vist sig at være utilstrækkelige. Bestemmelsen kan imidlertid også i særlige tilfælde anvendes til at varetage beskyttelsesinteresser, der ikke har en snæver sammenhæng med de interesser, der er kommet til udtryk i undtagelsesbestemmelserne.

Bestemmelsen kan således bl.a. anvendes med henblik på at beskytte hensynet til det offentliges politiske beslutningsproces af særlig karakter.”

Klagenævnets afgørelse og begrundelse

1. Hvilken lov finder anvendelse?

Energistyrelsens fastlæggelse af prækvalifikationskriterier og efterfølgende beslutning om prækvalifikation er et led i gennemførelsen af Energistyrelsens indkøb, der har karakter af faktisk forvaltningsvirk-

somhed. Der er således ikke tale om en sag, hvor der vil blive truffet en egentlig forvaltningsretlig afgørelse i forvaltningslovens forstand, jf. forvaltningslovens § 2, stk. 1. Derfor finder reglerne i forvaltningsloven ikke anvendelse på aktindsigtssagen.

Opførelse af vindmølleparker har karakter af ”foranstaltninger, herunder administrative foranstaltninger såsom politikker, lovgivning, planer, programmer, miljøaftaler og aktiviteter, der påvirker eller kan påvirke” miljøet, jf. § 3, stk. 1, nr. 3, i lov om aktindsigt i miljøoplysninger.

De konkrete oplysninger, der er omfattet af klagen fra Wind People, vedrører imidlertid ikke de påtænkte vindmølleparkeres påvirkning af miljøelementer ved f.eks. vindmøllernes antal, dimensionering og lignende. Oplysningerne vedrører derimod rådgivning om juridiske, økonomiske og tekniske aspekter ved udbudsbetingelserne, herunder vedrørende udarbejdelsen af udbudsbekendtgørelsen og ”Pre-Qualification Questionnaire”. Klagen angår dermed ikke aktindsigt i ”miljøoplysninger” i henhold til miljøoplysningslovens § 3, stk. 1, nr. 1-4 og 6.

Dokumenterne fra brevvekslingen med Kammeradvokaten angår heller ikke ”rentabilitetsberegninger og andre økonomiske analyser og forudsætninger, som er anvendt i forbindelse med de foranstaltninger og aktiviteter, som er nævnt i nr. 3”, og disse omfattes derfor heller ikke af bestemmelsen i lovens § 3, stk. 1, nr. 5. Det betyder, at lov om aktindsigt i miljøoplysninger ikke finder anvendelse i relation til disse oplysninger. Afgørelsen om aktindsigt i denne brevveksling skal herefter træffes efter de almindelige regler i offentlighedsloven.

Brevvekslingen med Deloitte samt dokumenter udarbejdet af Deloitte vedrører delvist sådanne beregninger og forudsætninger, der er nævnt i lov om aktindsigt i miljøoplysninger § 3, nr. 5, og denne lov finder derfor anvendelse for så vidt angår disse oplysninger, i det omfang de omfattes af de undtagelsesbestemmelser, som Energistyrelsen har påberåbt sig. De oplysninger i brevvekslingen med Deloitte, der ikke angår miljøoplysninger efter § 3, nr. 5, skal derimod behandles efter de almindelige regler i offentlighedsloven.

De interne dokumenter vedrører heller ikke ”rentabilitetsberegninger og andre økonomiske analyser og forudsætninger, som er anvendt i

forbindelse med de foranstaltninger og aktiviteter, som er nævnt i nr. 3”, og disse omfattes derfor heller ikke af bestemmelsen i lovens § 3, nr. 5. Det betyder, at lov om aktindsigt i miljøoplysninger ikke finder anvendelse i relation til disse oplysninger. Afgørelsen om aktindsigt i de interne dokumenter skal herefter træffes efter de almindelige regler i offentlighedsloven.

2. Brevvekslingerne med Kammeradvokaten og Deloitte samt dokumenter udarbejdet af Deloitte

2.1. Indledende om energistyrelsens begrundelse for at undtage brevvekslingerne

Energistyrelsen har som begrundelse for at undtage styrelsens brevveksling med Kammeradvokaten og Deloitte samt dokumenter udarbejdet af Deloitte i første omgang henvist til bestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4, der svarer til § 10, nr. 4, i den tidligere offentlighedslov.

Det bemærkes i den forbindelse, at brevvekslingerne med såvel Kammeradvokaten som Deloitte samt dokumenter udarbejdet af Deloitte utvivlsomt har karakter af brevveksling med en ”sagkyndig” i bestemmelsens forstand.

Vedrørende brevvekslingen med Kammeradvokaten har Energistyrelsen navnlig anført, at

”disse indeholder detaljerede juridiske overvejelser, vurderinger og argumenter, som vil være af meget væsentlig betydning i en verserende og i evt. kommende retssager ved Klagenævnet for Udbud. I denne vurdering indgår det hensyn, at en myndighed på lige fod med sin modpart i en kommende retssag skal have adgang til at søge fornøden juridisk bistand uden at risikere, at andre gennem offentlighedsloven har adgang til sådanne oplysninger.”

Som begrundelse for at undtage brevvekslingen med revisionselskabet Deloitte samt dokumenter udarbejdet af Deloitte har styrelsen henvist til, at der er tale om ”brevveksling med sagkyndige om juridiske tvivlsspørgsmål” i medfør af § 27, nr. 4 (§ 10, nr. 4). Dernæst har styrelsen henvist til, at der er tale om ”brevveksling med sagkyndige

om andre spørgsmål” med en sådan tilknytning til en retssag, at dokumenterne er omfattet af § 27, nr. 4 (§ 10, nr. 4). Endelig har styrelsen i sit høringssvar af 7. september 2015 anført, at dokumenterne kan undtages aktindsigt i medfør af § 33, nr. 5.

Energistyrelsen har i den påklagede afgørelse lagt vægt på, at dokumenterne er af betydning for aktuelle retssager ved klagenævnet, eller at de vil være af betydning for eventuelle fremtidige retssager ved klagenævnet.

En sag ved Klagenævnet for Udbud må som følge af klagenævnets domstolslignende karakter, og da sager for nævnet i vidt omfang – på samme måde som voldgiftssager, der udtrykkeligt er nævnt i bestemmelsens forarbejder – træder i stedet for sagsanlæg ved de almindelige domstole, anses for at være en ”retssag” i medfør af offentlighedslovens § 27, nr. 4.

Det er imidlertid en betingelse for at undtage brevveksling i medfør af bestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4 (§ 10, nr. 4), at der er tale om brevveksling med sagkyndige ”*til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres*”.

Det afgørende er således blandt andet brevvekslingens funktion (”brug”), da den fandt sted, mens det ikke – således som Energistyrelsen synes at lægge til grund i den påklagede afgørelse – er afgørende, om brevvekslingen efterfølgende måtte vise sig at være af betydning for senere retssager. Om dette er tilfældet gennemgås nedenfor under pkt. 2.2 – 2.4.

2.2. Angår brevvekslingerne verserende retssager eller overvejelser om retssag bør føres?

Der er ikke i sagen oplysninger, der gør, at det kan lægges til grund, at brevvekslingen skulle anvendes i retssager, der verserede allerede på det tidspunkt, hvor brevvekslingen fandt sted, og spørgsmålet er herefter, om brevvekslingen angår overvejelser af, om ”*retssag bør føres*”.

Det følger af afsnit 4.4.3.2 i betænkning nr. 1510 af 2009, der er citeret ovenfor, at brevveksling med sagkyndige som f.eks. Kammeradvokaten eller revisionsselskabet Deloitte kan undtages fra aktindsigt,

såfremt denne har en *”direkte sammenhæng med et aktuelt eller eventuelt sagsanlæg”*.

Uanset at dette ikke er tilfældet, vil brevveksling om juridiske tvivls-spørgsmål (juridisk rådgivning om en foranstaltnings lovlighed) – men ikke f.eks. revisionsfaglig rådgivning – kunne undtages, såfremt et sagsanlæg må *”underforstås som en nærliggende mulighed i forbindelse med den pågældende sag”*, jf. det nævnte afsnit i Offentligheds-kommissionens betænkning samt Ombudsmandens udtalelse i FOB 2001, side 281.

Energistyrelsen har i sit høringssvar af 7. september 2015 angivet, at formålet med korrespondancen med Deloitte samt dokumenter udarbejdet af Deloitte var *”at minimere risikoen for en retssag eller klagesag. Der har været meget stor offentlig bevågenhed om de finansielle og tekniske prækvalifikationskrav, herunder omsætningskravet. Derfor ønskede Energistyrelsen at være helt sikre på, at det faglige grundlag var i orden, da det dengang var vurderingen, at dette kunne give anledning til en tvist”*, og at dokumenterne er *”udarbejdet i den kontekst, at udbuddet kunne føre til en klage- eller retssag”*.

Klagenævnet lægger i overensstemmelse med det anførte til grund, at en klage- eller retssag var en nærliggende mulighed i forbindelse med planlægningen af det konkrete udbud. Klagenævnet har herved tillige lagt vægt på udbuddets størrelse og karakter og på, at det erfaringsmæssigt vil være nærliggende i forbindelse med et sådant udbud at antage, at der vil blive klaget over gennemførelsen af udbuddet. Dette bekræftes da også af, at klagenævnet har modtaget to klager allerede vedrørende prækvalifikationsfasen af udbuddet. På denne baggrund kan brevvekslingen med Kammeradvokaten og Deloitte samt dokumenter udarbejdet af Deloitte undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 27, nr. 4, i det omfang dokumenterne vedrører afklaring af juridiske tvivlsspørgsmål – altså at der er tale om juridisk rådgivning af Energistyrelsen.

I det omfang en del af brevvekslingen/dokumenterne ikke er juridisk rådgivning af Energistyrelsen, men derimod rådgivning af f.eks. teknisk, økonomisk eller regnskabsmæssig karakter, vil den ikke kunne undtages i medfør af bestemmelsen i efter offentlighedslovens § 27, nr. 4, medmindre brevvekslingen m.v. havde en *”direkte sammenhæng med et aktuelt eller eventuelt sagsanlæg”*.

Ved den konkrete vurdering efter offentlighedslovens § 27, nr. 4, må i den foreliggende sag indgå, at Energistyrelsen i forløbet efter det oplyste har været bistået af såvel en advokatvirksomhed som en revisionsvirksomhed. På denne baggrund sammenholdt med sagens øvrige oplysninger er der en klar formodning for, at den juridiske rådgivning, der er ydet, er ydet af advokatvirksomheden, mens den økonomiske og lignende rådgivning, der er ydet, er ydet af revisionsvirksomheden.

Det forhold, at den økonomiske og lignende rådgivning, som er ydet af revisionsvirksomheden, tillige måtte indeholde eller angå visse generelle juridiske aspekter, ændrer ikke herved, hvis denne rådgivning set i forhold til den øvrige rådgivning alene har været af forholdsvis underordnet og accessorisk karakter. Herved bemærkes, at økonomisk rådgivning nødvendigvis må ydes inden for rammerne af juridiske regelsæt, som den økonomiske rådgivning må forholde sig til og respektere.

Afkræftelse af den nævnte formodning må således kræve, at der i materialet er klare, veldokumenterede holdepunkter for ud fra et væsentlighedskriterium at antage, at den rådgivning, der er ydet af en revisionsvirksomhed - ud over økonomisk rådgivning m.v. - også har bestået af selvstændig juridisk rådgivning, der ikke blot var af underordnet og accessorisk karakter.

2.3. Konkret gennemgang af de enkelte dokumenter i brevvekslingen med Kammeradvokaten (dokument nr. 150564, 150563, 150562, 150561, 150559, 150558, 150555, 150534, 150533, 150531, 150528, 152191 og 152192)

Det fremgår af Energistyrelsens afgørelse af 21. juli 2015, at der er meddelt delvist afslag på aktindsigt i dokument nr. 150564, 150563, 150561, 150559, 150558, 150555, 150534, 150533, 150531, 150528, 152191 og 152192, mens der er meddelt afslag på aktindsigt i dokument nr. 150562.

Klagenævnet har i det følgende gennemgået de omtvistede dokumenter med henblik på at vurdere, om disse angår juridisk rådgivning.

- Dokument nr. 150564 er en e-mail af 9. oktober 2014 sendt fra Energistyrelsen til Kammeradvokaten. Til e-mailen er vedhæf-

tet udkast til udbudsbekendtgørelse og ”Pre-Qualification Questionnaire”. Det fremgår, at e-mailen er sendt til Kammeradvokaten med henblik, at denne skal rådgive Energistyrelsen om det nærmere indhold af de to dokumenter. De dele af dokumentet, der er undtaget aktindsigt, vedrører juridisk rådgivning og er således omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4.

- Dokument nr. 150563 er en e-mail af 24. oktober 2014 sendt fra Energistyrelsen til Kammeradvokaten. E-mailen vedrører blandt andet rådgivning om udbudsbekendtgørelsen. De dele af dokumentet, der er undtaget aktindsigt, vedrører juridisk rådgivning og er således omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4.
- Dokument nr. 150562 er en e-mail af 29. oktober 2014 sendt fra Kammeradvokaten til Energistyrelsen indeholdende et forslag til formulering af tildelingskriteriet. Til e-mailen er vedhæftet et notat om ”pro-rata hæftelse ctr. solidarisk hæftelse”. Dokumentet vedrører juridisk rådgivning og er således omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4.
- Dokument nr. 150561 er en e-mail af 31. oktober 2014 sendt fra Energistyrelsen til Kammeradvokaten. Til e-mailen er vedhæftet udkast til udbudsbekendtgørelse med henblik på, at Kammeradvokaten skal rådgive om indholdet af udbudsbekendtgørelsen. De dele af dokumentet, der er undtaget aktindsigt, vedrører juridisk rådgivning og er således omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4.
- Dokument nr. 150559 er en e-mail-korrespondance mellem Kammeradvokaten og Energistyrelsen i perioden 31. oktober 2014 til 5. november 2014. Korrespondancen vedrører rådgivning om udformningen af udbudsbekendtgørelsen. De dele af dokumentet, der er undtaget aktindsigt, vedrører juridisk rådgivning og er således omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4.
- Dokument nr. 150558 er en e-mail-korrespondance mellem Kammeradvokaten og Energistyrelsen i perioden 31. oktober 2014 til 10. november 2014. Korrespondancen vedrører ud-

formningen af udbudsbekendtgørelsen. Til en e-mail af 10. november 2014 er vedhæftet et udkast til udbudsbekendtgørelse med Kammeradvokatens bemærkninger. De dele af dokumentet, der er undtaget aktindsigt, vedrører juridisk rådgivning og er således omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4.

- Dokument nr. 150555 er en e-mail-korrespondance mellem Kammeradvokaten og Energistyrelsen i perioden 25. februar 2015 til 27. februar 2015. Til e-mailen af 27. februar 2015 fra Kammeradvokaten er vedhæftet et udkast til "Pre-Qualification Questionnaire". De dele af dokumentet, der er undtaget aktindsigt, vedrører juridisk rådgivning og er således omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4.
- Dokument nr. 150534 er en e-mail af 22. maj 2015 fra Energistyrelsen til Kammeradvokaten vedrørende rådgivning om de finansielle prækvalifikationskrav. Derudover indeholder dokumentet en henvendelse fra Wind People til Energistyrelsen og ministeren. De dele af dokumentet, der er undtaget aktindsigt, vedrører juridisk rådgivning og er således omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4.
- De dele af dokument nr. 150533, 150531, 150528, 152191 og 152192, der er undtaget aktindsigt, indeholder e-mail-korrespondance mellem Energistyrelsen og Kammeradvokaten fra maj 2015. Disse dele af dokumenterne vedrører juridisk rådgivning og er således omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4.

Klagenævnet vurderer på baggrund af gennemgangen af brevvekslingen med Kammeradvokaten, at der heller ikke er grundlag for at meddele yderligere aktindsigt i medfør af § 28, stk. 1, 1. pkt.

Klagenævnet meddeler på den baggrund ikke Wind People yderligere aktindsigt i brevvekslingen med Kammeradvokaten.

2.4. Konkret gennemgang af de enkelte dokumenter i brevveksling med Deloitte samt dokumenter udarbejdet af Deloitte (dokument nr. 150554, 150553, 150589, 152153, 152152 og 152151)

Det fremgår af Energistyrelsens afgørelser af 21. juli 2015 og 27. august 2015, at der er meddelt Wind People afslag på aktindsigt i brevveksling med Deloitte samt dokumenter udarbejdet af Deloitte.

Vedrørende offentlighedslovens § 27, nr. 4

Brevvekslingen med Deloitte samt dokumenterne udarbejdet af Deloitte fremstår ikke som udarbejdet med det formål, at Energistyrelsen overvejede selv at anlægge en retssag. Der er endvidere ikke oplysninger, der tyder på, at brevvekslingerne mv. havde en *”direkte sammenhæng med et aktuelt eller eventuelt sagsanlæg”*.

Dokumenterne kan herefter alene undtages aktindsigt efter § 27, nr. 4, hvis de indeholder selvstændig juridisk rådgivning, der ikke blot er af underordnet og accessorisk karakter, jf. pkt. 2.2 ovenfor.

Klagenævnet har i det følgende gennemgået de omtvistede dokumenter med henblik på at vurdere, om disse angår juridisk rådgivning omfattet af § 27, nr. 4:

- Dokument nr. 150554 indeholder en e-mail af 16. april 2015 fra Deloitte til Energistyrelsen. Derudover indeholder dokumentet en e-mail af 17. april 2015, hvorved e-mailen af 16. april 2015 videresendes til en række medarbejdere i Energistyrelsen og til Kammeradvokaten. E-mailen af 16. april 2015 indeholder blandt andet en opgørelse af ”long term credit ratings for de forventede tilbudsgivere ved Kriegers Flak” og omtale af de finansielle mindstekrav, herunder hvordan omsætning opgøres for pensionskasser. Det vurderes, at dokumentet ikke indeholder juridisk rådgivning omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4, eller den tidligere offentlighedslovs § 10, nr. 4.
- Dokument nr. 150553 indeholder e-mailen af 16. april 2015 fra dokument nr. 150554 og to yderligere e-mails af henholdsvis 21. april 2015 og 23. april 2015. I den ene af de to yderligere e-mails anmoder Energistyrelsen Deloitte om rådgivning i forbindelse med et spørgsmål fra en potentiel tilbudsgiver til forståelsen af et omsætningskrav. Den anden e-mail indeholder Deloittes forslag til svar på spørgsmålet. Det vurderes, at de i dokumentet indeholdte e-mails ikke indeholder juridisk rådgiv-

ning omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4, eller den tidligere offentlighedslovs § 10, nr. 4.

- Dokument nr. 150589 indeholder en e-mail af 28. maj 2015, som en medarbejder i Energistyrelsen har sendt til sig selv. Til e-mailen er vedhæftet fire dokumenter:
 - 1) ”Foranalyse af tekniske mindstekrav ifm. udbud af konces-sioner vedrørende kystnære vindmøller – Oplæg til vurde-ring af mulige tekniske mindstekrav” af 6. marts 2014: En-kelte mindre dele af analysen indeholder juridiske aspekter. Der er dog ikke klare, veldokumenterede holdepunkter for ud fra det i pkt. 2.2 nævnte væsentlighedskriterium at lægge til grund, at disse dele af analysen udgør selvstændig juri-disk rådgivning, der ikke blot er af underordnet og accesso-risk karakter. Det vurderes derfor, at analysen ikke er om-fattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4, eller den tidligere offentlighedslovs § 10, nr. 4.
 - 2) Notat af september 2013 fra Deloitte vedrørende ”Prequali-fication for Horns Rev 3 – Input to the tender material and considerations about financial criteria”: Det vurderes, at no-tatet ikke indeholder juridisk rådgivning omfattet af undta-gelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4, eller den tidligere offentlighedslovs § 10, nr. 4. Klagenævnet bemærker i den forbindelse, at det fremgår af notatets side 3, at *”all financial issues have a legal implication which is why it is important to discuss our considerations and rec-ommendations with the legal advisor of DEA”*. På notatets side 11 står ligeledes, at *”We also recommend that the con-siderations and recommendations for joint and several lia-bility and parent company guarantees are discussed thor-oughly with the legal advisor of DEA”*. Det er således ud-trykkeligt angivet, at Deloitte ikke ydede selvstændig juri-disk rådgivning som led i denne del af korrespondancen.
 - 3) Et udateret udkast til notat om ”Tværgående opsummering – Hovedkonklusioner pba. foranalysen om de tekniske og finansielle mindstekrav”: Det vurderes, at dette notat ikke indeholder juridisk rådgivning omfattet af undtagelsesbe-

stemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4, eller den tidligere offentlighedslovs § 10, nr. 4.

- 4) Et udkast af marts 2014 til notatet ”Foranalyse af tekniske mindstekrav ifm. udbud af koncessioner vedrørende kystnære vindmøller – Oplæg til vurdering af mulige tekniske mindstekrav”: Enkelte mindre dele af analysen indeholder juridiske aspekter. Der er dog ikke klare, veldokumenterede holdepunkter for ud fra det i pkt. 2.2 nævnte væsentlighedskriterium at lægge til grund, at disse dele af analysen udgør selvstændig juridisk rådgivning, der ikke blot er af underordnet og accessorisk karakter. Det vurderes derfor, at analysen ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4, eller den tidligere offentlighedslovs § 10, nr. 4. Klagenævnet bemærker i den forbindelse, at det fremgår af notatets side 3, at der vil *”være behov for at drøfte nogle af forholdene med ENS’ juridiske rådgiver, idet ethvert finansielt forhold i en udbudsbekendtgørelse har et juridisk spejl”*. På side 13 står, at *”Mulighederne for at ansøgere om prækvalifikation kan basere sig på forpligtende underleverandørers tekniske og eventuelle finansielle formåen vha. en ressourceerklæring skal drøftes med Kammeradvokaten”*, ligesom det andet steds fremgår, at *”anvendelse af et tildelingskriterium baseret på finansiell robusthed bør drøftes med Kammeradvokaten”*. Endelig står side 16, at *”Samtidig anbefales det også, at det drøftes med Energistyrelsens juridiske rådgiver, hvordan der kan kræves solidarisk hæftelse, uden at dette betyder, at finansielle virksomheder vil være hindret i at deltage i et konsortium”*. Det er således udtrykkeligt angivet, at Deloitte ikke ydede selvstændig juridisk rådgivning som led i denne del af korrespondancen.
- Dokument nr. 152153 er en e-mail af 21. oktober 2014 fra Deloitte til Energistyrelsen. E-mailen indeholder ”Input til udbudsbekendtgørelsen vedrørende kystnære møller”. En enkelt sætning i e-mailen henviser til Kammeradvokaten og indeholder juridiske aspekter. Der er dog ikke klare, veldokumenterede holdepunkter for ud fra det i pkt. 2.2 nævnte væsentlighedskriterium at lægge til grund, at disse dele af analysen udgør selvstændig juridisk rådgivning, der ikke blot er af underordnet og

accessorisk karakter. Det vurderes derfor, at e-mailen ikke indeholder juridisk rådgivning omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4, eller den tidligere offentlighedslovs § 10, nr. 4.

- Dokument nr. 152152 er en e-mail af 28. oktober 2014 fra Deloitte til Energistyrelsen. E-mailen vedrører ”Omsætningskrav ved kystnært udbud”. Det vurderes, at e-mailen ikke indeholder juridisk rådgivning omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4, eller den tidligere offentlighedslovs § 10, nr. 4.
- Dokument nr. 152151 indeholder e-mailen i dokument 152153 samt en e-mail af 2. november 2014 fra Deloitte til Energistyrelsen. E-mailen af 2. november 2014 vedrører ”Input til udbudsbekendtgørelsen vedrørende kystnære møller”. Det vurderes, at dokument nr. 152151 ikke indeholder juridisk rådgivning omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 27, nr. 4, eller den tidligere offentlighedslovs § 10, nr. 4.

Wind People skal herefter meddeles aktindsigt i korrespondancen med Deloitte samt dokumenter udarbejdet af Deloitte, medmindre oplysningerne kan undtages aktindsigt med hjemmel i offentlighedslovens § 33, nr. 5. Der er således ikke grundlag for at foretage en vurdering af, om aktindsigt kan nægtes i henhold til lov om aktindsigt i miljøoplysninger, da oplysningerne heller ikke omfattes af § 10, nr. 4, i den tidligere offentlighedslov, jf. miljøopplysningslovens § 2, stk. 3.

Vedrørende offentlighedslovens § 33, nr. 5

Energistyrelsen har som begrundelse for at undtage dokumenterne efter § 33, nr. 5, henvist til den administrative og politiske beslutningsproces i forbindelse med fastlæggelsen af prækvalifikationsbetingelser for udbud og til, at § 33, nr. 5, skal tilgodese beskyttelsesinteresser anerkendt i øvrige undtagelsesbestemmelser (her § 27, nr. 4), men hvor de udtrykkelige bestemmelser har vist sig utilstrækkelige.

Det fremgår af lovbemærkningerne til § 33, nr. 5, at bestemmelsen i første række skal *”tilgodese beskyttelsesinteresser, der som sådan er anerkendt i lovens øvrige undtagelsesbestemmelser, men hvor de udtrykkelige bestemmelser har vist sig at være utilstrækkelige”*, ligesom

det fremgår, at bestemmelsen kan anvendes ”med henblik på at beskytte hensynet til det offentliges politiske beslutningsproces af særlig karakter”.

Samtidig fremgår af lovbemærkningerne, at § 33, nr. 5, har et snævert anvendelsesområde, og at bestemmelsen alene forudsættes anvendt, hvor hemmeligholdelse af hensyn til det offentlige (Energistyrelsens) interesser er klart påkrævet.

Selv om offentlighedslovens § 27, nr. 4, er udtryk for, at det offentlige har et vist beskyttet rum til at indhente ekstern sagkyndig bistand, vurderer klagenævnet, at hensynet til Energistyrelsen i dette konkrete tilfælde ikke har en sådan tilstrækkelig styrke, at dokumenterne kan undtages efter § 33, nr. 5.

Det følger heraf, at korrespondancen med Deloitte samt dokumenter udarbejdet af Deloitte ikke kan undtages aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 33, nr. 5.

Der er herefter ikke grundlag for at foretage en vurdering af, om aktindsigt kan nægtes i henhold til lov om aktindsigt i miljøoplysninger, da oplysningerne heller ikke omfattes af § 13, stk. 1, nr. 6, i den tidligere offentlighedslov, jf. miljøopplysningslovens § 2, stk. 3.

Wind People skal på denne baggrund meddeles yderligere aktindsigt i brevveksling med Deloitte samt dokumenter udarbejdet af Deloitte.

3. Interne dokumenter (dokument 150565, 155753 og 150560)

Dokument nr. 150565 er en e-mail af 13. juni 2014 sendt internt i Energistyrelsen. E-mailen kan derfor undtages aktindsigt efter offentlighedslovens § 23.

Dokument nr. 150560 er en e-mail af 5. november 2014 sendt internt i Energistyrelsen. Til e-mailen er vedhæftet en version af udbudsbekendtgørelsen ”til godkendelse”. Det fremgår af e-mailen, at ”Udbudsbekendtgørelsen er drøftet med [Kammeradvokaten]”. Dette indebærer imidlertid ikke, at dokumentet ikke længere er et ”internt dokument” efter offentlighedslovens § 23.

Dokument nr. 155753 er et internt notat i Energistyrelsen. Dokumentet kan derfor undtages aktindsigt efter offentlighedslovens § 23.

Klagenævnet vurderer på baggrund af gennemgangen af de interne dokumenter, at der ikke er grundlag for at meddele hel eller delvis aktindsigt i disse i medfør af § 28, stk. 1, 1. pkt. .

4. Klagenævnets overvejelser om méraktindsigt

Klagenævnet har ud fra princippet om méraktindsigt overvejet, om der bør meddeles Wind People yderligere aktindsigt i de omhandlede dokumenter.

Klagenævnet har imidlertid ikke fundet grundlag for dette.

Klagenævnet har ved denne vurdering lagt vægt på de hensyn, der ligger bag bestemmelserne i offentlighedslovens § 27, nr. 4 (den tidligere offentlighedslovs § 10, nr. 4) samt § 23.

Klagenævnets afgørelse om aktindsigt kan ikke påklages til anden administrativ myndighed.

Sagens videre forløb

Energistyrelsen skal give Wind People yderligere aktindsigt i overensstemmelse med denne afgørelse senest onsdag den 16. september 2015.

Aktindsigtssagen er herefter afsluttet i klagenævnet.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig