

Innsyn i dokumenter om anskaffelse av ambulanseflytjenester fra 2019

16.8.2019 (2018/4937)

Saken gjelder krav om innsyn i tilbudsdokumenter i en anbudskonkurranse for levering av ambulanseflytjenester fra juli 2019. En tilbyder som ikke fikk avtalen, ba om innsyn i tilbudene til leverandøren som vant konkurransen. Helse- og omsorgsdepartementet avslø delvis kravet om innsyn. Departementet begrunnet avslaget med at de unntatte opplysningene var taushetsbelagte.

Ombudsmannen har kommet til at departementet ikke har foretatt en tilstrekkelig selvstendig og konkret vurdering av om vilkårene for unntak fra offentlighet er oppfylt. Departementets begrunnelse er også mangelfull. Ombudsmannen ber departementet om å behandle innsynssaken på nytt.

Sakens bakgrunn

Lufttransport FW AS og Babcock Scandinavian AirAmbulance AS var begge tilbydere i anbudet om anskaffelse av luftambulansetjeneste fra juli 2019. Saken gjelder Lufttransport's begjæring 15. juni 2018 om innsyn i Babcocks fire inngitte tilbud. Helse- og omsorgsdepartementet stadfestet 12. oktober 2018 Luftambulansetjenesten HFs delvise avslag 29. juni 2018 på begjæringen.

I forbindelse med klagebehandlingen fikk Helse- og omsorgsdepartementet kun oversendt Babcocks endelige tilbud 1 (det vinnende tilbudet). I vedtaket 12. oktober 2018 la departementet til grunn at «de fire tilbudene er sammenlignbare hva angår spørsmålet om forretningshemmeligheter», slik Luftambulansetjenesten hadde opplyst. Det var derfor bare det oversendte tilbudet som ble vurdert. Om vurderingene av opplysningene i tilbudet skrev departementet:

«Departementet har også vurdert de øvrige opplysningene i oversendelsen og kommet til at de er omfattet av taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 og dermed skal unntas offentlighet etter offentleglova § 13 første ledd. Departementet slutter seg i hovedsak til førsteinstansens vurderinger og viser til disse.

Det er kun opplysninger som er omfattet av taushetsplikten. De taushetsbelagte opplysningene utgjør imidlertid den vesentligste delen av dokumentene, og de øvrige delene av dokumentene unntas dermed offentlighet med hjemmel i Offentleglova § 12 bokstav c.

Det kan ikke gis merinnsyn etter Offentleglova § 11 i opplysninger som er omfattet av taushetsplikt. Det kan imidlertid utøves meroffentlighet i delene som er unntatt etter Offentleglova § 12 bokstav c. Det bør gis innsyn dersom hensynet til offentlig innsyn veier tyngre enn behovet for unntak, jf. Offentleglova § 11. Dette er opplysninger som i seg selv neppe vil tilføre offentligheten, herunder klager, særlig merverdi, som bl.a. antall sider i et dokument, datering av dokumentet osv. Hensynet til offentlig innsyn veier dermed ikke tyngre enn behovet for unntak, og det gis derfor ikke merinnsyn i disse opplysningene.»

Luftambulansetjenesten viste i vedtak 29. juni 2018 til en vurdering av taushetsplikt i de samme dokumentene «sommeren 2017».

Advokat Trond Skogvoll klaget departementets avgjørelse inn for ombudsmannen på vegne av Lufttransport. Klagen gjaldt 108 spesifiserte dokumenter. Av disse skal det ha blitt gitt innsyn i 27 dokumenter; noen sommeren 2017, ett i oktober 2018 og noen i mars 2019 (etter at ombudsmannen hadde tatt opp saken).

Våre undersøkelser

Vi fant grunn til å undersøke saken nærmere, og i brev 7. februar 2019 ble Helse- og omsorgsdepartementet bedt om å svare på flere spørsmål. Spørsmålene gjaldt i hovedsak

departementets utredning av saken, taushetspliktavurderingen og unntakene av resten av dokumentene etter offentleglova § 12.

1. Departementets utredning av saken

På spørsmål om det forelå et vedtak fra sommeren 2017 og om departementet hadde dette tilgjengelig ved sin behandling, svarte departementet at Lufttransport ba om innsyn i to av Babcocks tilbud i 2017 og at denne innsynsbegjæringen blant annet omfattet de samme dokumentene som det ble bedt om innsyn i sommeren 2018.

Innsynsbegjæringen i 2017 og svaret på denne ble sendt gjennom den skybaserte anbudsløsningen Merzell. Sykehusinnkjøp HF besvarte innsynskravet på vegne av Luftambulansetjenesten 15. juni 2017. I svaret het det:

«Innsynskravene omhandler potensielt en omfattende mengde dokumenter, som dels krever individuelle vurderinger av om innholdet er av en slik art at det kan utleveres uten å bryte kravene til taushetsplikt i forvaltningsloven og offentleglova. Det sendes med dette ut våre dokumentoversikter fra våre saksbehandlingssystemer Ephorte og konkurransegjennomføringsverktøyet Merzell. Dette blir svaret på deres krav om sammenstilling av informasjon etter offl. § 9 og etterfølgende avklaring.

Vi gjør oppmerksom på at det ikke kan påregnes innsyn i alle dokumentene fra sakslistene, da mange er unntatt offentlighet. Det framgår dessverre ikke av vedlagte liste. Vi ber dere gi en tilbakemelding til oss om hvilke dokumenter på listene som dere ønsker innsyn i. Da dette er en omfattende mengde dokumenter må utleveringen av disse nødvendigvis ta lengere tid, utlevering av disse vil gjøres så snart disse er gjennomgått.

Vi gjør oppmerksom på at det Luftambulansetjenesten HF som har den overordnede arkivplikten på prosjektet og at deres saksoversikt derfor gir den mest komplette oversikten. Saksoversikten til Sykehusinnkjøp HF er delt i tre. Del 1 og 2 inneholder i stor grad kommunikasjon i forkant av anskaffelsen, mens del 3 inneholder all aktivitet utført i Merzell gjennom konkurransefasen.

Utover dokumentoversiktene utleveres følgende dokumenter nå:

- De sladdede tilbudene fra Babcock Scandinavian Air Ambulance (BSAA)
- Anskaffelsesprotokollene etter gjennomført anskaffelse
- Tildelingsbrev
- Avvisningsbrevene

De ovenfor nevnte dokumenter er gjort tilgjengelig på
<https://intra.sykehusinnkjop.no/innsyn/Sider/hjem.aspx>

Her benyttes

Brukernavn: [...]

Passord: [...]

Til info utløper denne tilgangen 11. august 2017.»

Et sentralt spørsmål var ifølge departementet, «om det hadde kommet til nye forhold det siste året som medførte at noen av opplysningene ikke fortsatt var å anse som forretningshemmeligheter». Videre skrev departementet:

«Gitt dette bakteppet, og at verken førsteinstansen eller klager tilsynelatende vurderte det som nødvendig for departementets klagebehandling at departementet hadde vedtaket fra 2017 tilgjengelig, la departementet til grunn at saken var tilstrekkelig opplyst slik den var, og at det ikke var uenigheter om vurderingene fra 2017 som var av en slik betydning at departementet burde kjenne til dette for å behandle klagen på en god måte.»

2. Taushetsplikt vurderingen

Departementet ble videre bedt om å redegjøre nærmere for sin vurdering av at de unntatte opplysningene i tilbudet var omfattet av forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

Departementet viste til at det i en e-post 7. mars 2019 fra Luftambulansetjenesten til departementet var «pekt på flere relevante rettskilder» knyttet til taushetsplikt, og at kontroll av førsteinstansens lovforståelse er en viktig del av klagebehandlingen.

Departementet konkluderte med at Luftambulansetjenesten i denne saken ikke har lagt til grunn feil forståelse av forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Det ble blant annet vist til utfordringene ved utredningen av forretningshemmeligheter generelt, og ved anbudskonkurranser i spesialiserte markeder – som i denne saken – spesielt.

Departementet mente det likevel hadde foretatt en selvstendig vurdering, og viste til at det i vedtaket 12. oktober 2018 ble gitt innsyn i dokument 6.1.3-1 (Service Level Agreement).

På spørsmål herfra tilbakeviste departementet at enkelte dokumenter var vurdert gruppevis. Departementet opplyste at det hadde foretatt konkrete vurderinger av om opplysninger i saken utgjør forretningshemmeligheter, og viste til at det var gitt innsyn i dokumentet Service Level Agreement. Hvordan innholdet i øvrige dokumenter var vurdert, fremgikk ikke.

Heller ikke de fire tilbudene var ifølge departementet vurdert som én gruppe. Departementet opplyste at det kun hadde vurdert dokumentene i Babcocks endelige tilbud 1. Det viste til at Luftambulansetjenesten mente det ikke var nødvendig å oversende de øvrige tilbudene, og at Lufttransport ikke hadde motsatt seg dette. Videre sluttet departementet seg til Luftambulansetjenestens uttalelse i e-post 7. mars 2019 til departementet, der Luftambulansetjenesten påpekte at endringer i tilbudene blant annet kunne avsløre en tilbyders forhandlingsstrategi.

På spørsmålet om (noen av) opplysningene kun var relevant for denne konkrete anskaffelsen, viste departementet til at Luftambulansetjenesten hadde opplyst at alle de unntatte opplysningene var relevante utover denne konkrete anskaffelsen også i Norge. Det ble vist til at man ikke vet når det vil foretas en ny anskaffelse i Norge og at det er jevnlig konkurranser i de nordiske landene, Europa og verden forøvrig der Babcock også opererer.

Ombudsmannen spurte også om enkelte av opplysningene som var unntatt var alminnelig kjent, jf. forvaltningsloven § 13 a nr. 3. Til dette svarte departementet at de ikke hadde funnet at det var tilfelle, men at det ikke kan forventes at klageinstanser skal ha den fulle oversikten over alle opplysninger som måtte være kjent, særlig når det er bedt om innsyn i et svært betydelig antall opplysninger.

3. Unntak for resten av dokumentet og vurdering av merinnsyn

For de dokumentene som inneholder taushetsbelagt informasjon, ble resten av dokumentene unntatt med hjemmel i offentleglova § 12 bokstav c.

Til spørsmålene om dette svarte departementet at det «ikke har funnet opplysninger omfattet av merinnsynsvurderingen som det antas at vil ha mer enn liten verdi for offentligheten». Departementet opplyste videre at det ikke hadde foretatt en like konkret vurdering av om det skulle gis merinnsyn som vurderingen av om opplysningene er underlagt taushetsplikt. Dette ble begrunnet med risikoen for å gjøre feil i store tilbud med svært mange opplysninger. Departementet viste også til adgangen til å unnta resten av dokumentet dersom det vil være «urimeleg arbeidskrevjande for organet å skilje ... ut» de taushetsbelagte opplysningene, jf. offentleglova § 12 bokstav b.

—

Advokat Skogvoll kommenterte departementets svar i brev 29. mars 2019 og brev 10. mai 2019. Helse- og omsorgsdepartementet kom med ytterlige merknader i brev 24. mai 2019.

Ombudsmannens syn på saken

1. Rettslig utgangspunkt

Utgangspunktet etter offentleglova § 3 er at alle kan kreve innsyn i saksdokumenter og journaler i forvaltningen. Unntak fra innsynsretten krever en konkret hjemmel i lov. Etter offentleglova § 13 første ledd er opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt unntatt fra innsyn. De alminnelige reglene om taushetsplikt følger av forvaltningsloven § 13. I bestemmelsens første ledd nr. 2 heter det:

«Enhver som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan, plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det han i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om [...] tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår».

Den sentrale avgrensningen i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 er at det må være av «konkurransemessig betydning» at opplysningene hemmeligholdes «av hensyn til den opplysningene angår». I dette ligger det at det må utgjøre en risiko for tap eller redusert gevinst for virksomheten opplysningene knytter seg til dersom opplysningene blir kjent, se Justisdepartementets lovavdelings uttalelse 20. januar 2011 (JDLOV-2010-5859). Hvorvidt det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde opplysningene, beror på en vurdering av flere konkrete forhold, jf. ombudsmannens uttalelse 29. juni 2010 (SOM-2010-65).

Kjerneområdet for taushetsplikten etter § 13 første ledd nr. 2 er næringsopplysninger andre kan ha nytte av i egen virksomhet, se den ovennevnte uttalelsen fra lovavdelingen. I anbudskonkurranser vil for eksempel opplysninger om produksjonsmetoder, nye produkter, arbeidsteknikker, strategier, prognoser og markedsanalyser kunne omfattes. Også opplysninger som kan skade virksomhetens forhandlingsposisjon ved at andre kan tilpasse egne produksjonsmetoder, priser eller forretningsstrategier, vil kunne falle inn under bestemmelsen. Videre kan informasjon andre kan utnytte for å inngå samarbeid med en forretningspartner eller for å ta markedsandeler fra virksomheten, være taushetsbelagt. Taushetsplikten er imidlertid ikke til hinder for bruk av opplysninger som allerede er alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder, jf. forvaltningsloven § 13 a nr. 3.

Taushetsplikten kan variere over tid. Tiden som går kan medføre at forretningsforhold som tidligere var taushetsbelagt, mister relevans. Priser, økonomiske utregninger og valg

av tekniske løsninger som er skreddersydd for et konkret tilbud, vil ofte ikke være taushetsbelagt når den aktuelle konkurransen er ferdig. I den ovennevnte uttalelsen fra lovavdelingen heter det likevel at dersom prisopplysningene kan brukes i senere forhandlinger, vil de være taushetsbelagt også etter at konkurransen er avsluttet. Dette må antas å gjelde også for annet enn prisopplysninger.

Allmenheten har imidlertid behov for etterprøvbarehet og kontroll av offentlige anbudskonkurranser. Avtaler det offentlige inngår med private, innebærer bruk av offentlige midler. Ombudsmannen har i flere uttalelser omtalt betydningen av åpenhet rundt slike avtaler. Det er strenge krav for å kunne påberope taushetsplikt i denne typen saker. I en uttalelse inntatt i årsmeldingen for 2007 på side 36 (SOMB-2007-3) er følgende slått fast:

«En forutsetning for taushetsplikt etter loven og forskriften er derfor at det påvises tungtveiende, nærliggende, konkrete og kontrollerbare forhold, som tilsier at åpenhet i ettertid vil være skadelig for konkurranseforholdene.»

Den som påberoper taushetsplikten, må begrunne hvorfor opplysningene skal unntas offentlighet, jf. ombudsmannens uttalelse 18. november 2010 (SOM-2010-479). Begrunnelsen må knyttes til konkrete omstendigheter, men likevel slik at den ikke røper de aktuelle opplysningene.

2. Departementets prøving som klageinstans

Det følger av offentleglova § 32 tredje ledd at forvaltningslovens regler om klage gjelder så langt de passer. Etter forvaltningsloven § 34 annet ledd «kan klageinstansen prøve alle sider av saken» og «skal vurdere de synspunkter som klageren kommer med».

At klageinstansen skal foreta en ny og selvstendig prøving av saken ved klagebehandlingen, er forutsatt både i forvaltningslovens forarbeider, rettspraksis og juridisk teori.

I uttalelse 10. mars 2014 (SOM-2013-2528) uttalte ombudsmannen:

«Etter ordlyden i bestemmelsen *kan* klageinstansen prøve alle sider av saken. I dette ligger det også en plikt til å prøve saken så langt det er nødvendig. Det gjelder både sakens rettslige, faktiske og skjønnsmessige sider. For at klagebehandlingen skal være reell, og for at klager skal få prøvd saken i to instanser slik loven forutsetter, må fylkesmannen som klageinstans foreta *en selvstendig vurdering* av de sider av saken som klagen gir grunn til.»

Videre er det en del av klageinstansens prøvingsplikt å påse at saken «er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes», jf. forvaltningsloven § 33 femte ledd, jf. § 17.

Utredningsplikten må tilpasses de konkrete omstendighetene i saken, og den beror blant annet på en avveining mellom hensynet til å oppnå et forsvarlig resultat, en fornuftig ressursbruk, tidsfaktoren og sakens betydning for parten.

Departementet har i svarbrevet hit 14. mars 2019 vist til at hverken førsteinstansen eller klageren har «vurdert det som nødvendig for departementets klagebehandling at departementet hadde vedtaket fra 2017 tilgjengelig», og at departementet derfor la til grunn at saken var tilstrekkelig opplyst. Det er klageorganet som er ansvarlig for utredningen av saken. Det er derfor i utgangspunktet ikke relevant at ikke førsteinstansen eller klageren har påpekt mangler ved denne. Departementet skulle selv ha vurdert om det var behov for å innhente Babcocks tidligere tilbud og Sykehusinnkjøp HFs svar på Lufttransports innsynsbegjæring sommeren 2017.

I denne saken er det vanskelig å lese ut fra departementets begrunnelse hvilke konkrete omstendigheter og hensyn som ligger til grunn for avslaget på innsynsbegjæring. Det fremstår derfor som uklart i hvilken grad departementet har foretatt en selvstendig og konkret vurdering av de opplysningene det er bedt om innsyn i. Departementet har tatt til orde for at departementets prøving er begrenset til å vurdere om situasjonen er endret etter at innsyn ble vurdert sommeren 2017 samtidig som det har opplyst at det har foretatt en selvstendig og konkret vurdering. I denne sammenheng er det vist til at det ble gitt innsyn i dokumentet Service Level Agreement.

I svaret 15. juni 2017 fra Sykehusinnkjøp HF ble det blant annet gitt innsyn i Babcocks sladdede tilbud. Svaret er ikke formulert som et avslag på begjæring om innsyn. Det er ikke vist til hjemler for avslag eller opplyst om klageadgang, slik kravet er etter offentleglova § 31. Det fremkommer heller ikke i svaret hva som er vurdert. Enkelte vurderinger synes å ha vært foretatt i korrespondanse mellom Lufttransport og Luftambulansetjenesten/Sykehusinnkjøp sommeren 2017.

Departementet synes å ha lagt vurderingene fra sommeren 2017 til grunn, uten å ha tatt stilling til om disse var i tråd med unntaksbestemmelsene i offentleglova. Dette er ikke i tråd med klageinstansens prøvingsplikt etter forvaltningsloven § 34 annet ledd. At Lufttransport ikke påklaget vurderingen fra sommeren 2017, er ikke relevant i denne sammenheng.

Å begrense prøvingen til å vurdere om det er endringen etter at innsyn ble vurdert sommeren 2017, er uansett ikke i tråd med klageinstansens plikt til å «vurdere de synspunkter som klageren kommer med», jf. forvaltningsloven § 34 annet ledd. Det

fremgår av innsynsbegjæringen 15. juni 2018 hvilke dokumenter Lufttransport ønsker vurdert, og klageinstansen plikter å foreta en konkret og selvstendig vurdering av dette. Å basere vedtaket på de vurderinger som ble gjort av førsteinstansen i juni 2017 – som ikke var tilgjengelig for departementet på vedtakstidspunktet – er et brudd på klageinstansens prøvingsplikt.

Det er også vanskelig å se hvilke konkrete vurderinger departementet har foretatt ut over å ha vurdert dokumentet Service Level Agreement. Heller ikke av Babcocks fornyede vurdering 3. mars 2019 fremgår det f.eks. hvilke opplysninger som er spesifikke for denne konkurransen og hvilke som er av konkurransemessig betydning for Babcocks fremtidige virksomhet i Norge eller utlandet. For enkelte dokumenter er det kun anført at dokumentet inneholder «forretningshemmeligheter».

Ombudsmannen kan etter dette ikke se at departementet har foretatt en tilstrekkelig selvstendig og konkret vurdering av om vilkårene for unntak er oppfylt. Departementet bes derfor om å foreta en ny vurdering av innsynssaken.

3. Departementets begrunnelse

Etter forvaltningsloven § 24 skal enkeltvedtak begrunnes. Forvaltningsloven § 25 stiller nærmere krav til begrunnelsens innhold. Blant annet skal begrunnelsen i nødvendig utstrekning redegjøre for de rettsreglene som avgjørelsen bygger på og det faktum som er lagt til grunn. Kravene til begrunnelse gjelder også for klageinstansen, jf. forvaltningsloven § 33.

Kravene til begrunnelsen skal blant annet bidra til å sikre at parten får nødvendig og tilstrekkelig informasjon til å forstå avgjørelsen, samtidig som det er egnet til å fremme grundighet og nøyaktighet i forvaltningens saksbehandling, se blant annet Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett (11. utg. 2018) side 287.

I vedtaket 12. oktober 2018 har departementet i vurderingen av taushetsplikt i hovedsak sluttet seg til førsteinstansens vurderinger og vist til disse. Luftambulansetjenesten synes i sitt vedtak 29. juni 2018 imidlertid ikke å ha foretatt en konkret vurdering av de 108 dokumentene, men har lagt den vurderingen som ble gjort sommeren 2017 til grunn for sitt avslag. Ettersom det ikke fremgår av svaret 15. juni 2017 hva som ble vurdert den gang, og departementet ikke hadde korrespondansen fra sommeren 2017 tilgjengelig ved sin klagebehandling, fremstår det uklart hvilke vurderinger departementet mente å vise til i vedtaket 12. oktober 2018.

Kravene til begrunnelse i forvaltningsloven § 25, jf. § 33 er etter dette ikke oppfylt.

4. Øvrige undersøkte punkter

Ettersom departementet er bedt om å behandle innsynskravet på nytt, er det ikke grunn til å gå nærmere inn på departementets vurdering av de unntatte opplysningenes betydning for Babcocks øvrige konkurransevirkosomhet, om enkeltopplysninger er alminnelig kjent, unntaket etter offentleglova § 12 eller den foretatte merinnsynsvurderingen.

Ombudsmannen forutsetter at dette inngår i departementets fornyede vurdering.

Konklusjon

Etter en gjennomgang av saken kan ikke ombudsmannen se at departementet har foretatt en tilstrekkelig selvstendig og konkret vurdering av om vilkårene for unntak fra offentlighet er oppfylt. Departementets begrunnelse er også mangelfull.

Ombudsmannen ber departementet om å foreta en ny vurdering av saken og sende en kopi av den nye vurderingen hit innen 6. september 2019. I den fornyede vurderingen bes departementet om å lage en oversikt over de dokumentene klagen gjelder med en angivelse av eventuell unntakshjemmel for det enkelte dokumentet. Tidligere oversendelser har manglet enkelte dokumenter. Alle dokumentene innsynsbejæringen gjelder bes derfor oversendt på nytt i usladdet og sladdet versjon.

16.8.2019 (2018/4937)