



Walter Keim

Almbergskleiva 64
6657 Rindal

Saksbehandler, innvalgstelefon

Maria Schaathun, +4737017552

Svar på klage på avslag om innsyn

Fylkesmannen i Agder mottok ved oversendelse 28.05.2019 fra Temark Agder og Telemark Kontrollutvalgssekretariat (heretter Temark IKS) din klage på avslag på innsynskrav i «liste over 97 relevante filer» i forbindelse med analyse av ansattes e-postkasse i Grimstad kommune (heretter kommunen). Listen var utarbeidet som et ledd i granskningen av den såkalte «helsekjøpssaken» i Grimstad kommune.

Vi beklager lang saksbehandlingstid.

I den videre saksfremstillingen omtales du ved navn.

Fylkesmannens avgjørelse

Fylkesmannen har ikke hatt tilgang til listen over 97 relevante filer og har derfor heller ikke hatt reell mulighet til å behandle klagen.

Fylkesmannen må på ovennevnte grunnlag avvise klagen fra Keim av 09.01.2019 og 18.01.2019.

Sakens bakgrunn

I 2016 gjennomførte rådgivnings- og revisjonsselskap BDO en undersøkelse som gjaldt håndtering av kjøp av helsetjenester i Grimstad kommune, også kjent som «innkjøpssaken» eller «helsekjøpssaken». Rapporten ble avgitt 07.12.2016. Innkjøps-/helsekjøpssaken handlet om hvordan kommunen over flere år kjøpte helsetjenester fra private leverandører uten å ha gjennomført anbudskonkurranse. BDO lanserte muligheten for å gjennomgå elektronisk lagret dokumentasjon hos spesifiserte ansatte i kommunen, for å belyse og avklare ytterlige forhold.

Grimstad kommunestyre vedtok at det skulle gjennomføres analyse av e-poster hos ansatte som hadde hatt befattning med saken, og at kontrollutvalget i Grimstad kommune (heretter Kontrollutvalget) skulle stå for gjennomføringen. Fylkesmannen forutsetter at kontrollutvalget i Grimstad kommune og Temark IKS er det samme. Etter anbudsrunde ble advokatfirmaet Hjort DA valgt som leverandør (og IBAS/Kroll underleverandør av IT-tjenester til Hjort DA).



Den 28.11.2018 mottok Grimstad kommune innsynskrav fra Walter Keim (heretter Keim) i en liste bestående av 97 relevante filer som ble som ble omtalt i Hjort DAs rapport. Kravet ble videresendt til Temark IKS 19.12.2018 etter puring fra Keim. Den 07.01.2019 avslo Kontrollutvalget innsyn med begrunnelse at listen var å regne som et internt arbeidsdokument hos Hjort DA. Hjort DA hadde foretatt analysen som kunne unntas innsyn, siden Hjort DA ikke var omfattet av offentleglova. Det ble vist til at å gi innsyn kunne krenke personvernet til de ansatte (og andre personer), i strid med EMK art. 8, grunnloven § 102, arbeidsmiljøloven § 9-5 og forskrift om arbeidsgivers innsyn i e-postkasse og annet elektronisk lagret materiale.

Keim påklaget avslaget 09.01.2019 og 18.01.2019. Han avviste Kontrollutvalgets begrunnelse om at dokumentet var Hjort DAs interne arbeidsdokument og om vern av personopplysninger, og mente at dette var en måte å omgå offentleglova på, og å hindre innsyn fremfor å oppklare «helsekjøpsaken». Keim viste til Sivilombudsmannens uttalelse i sak 2018/1246 (BDO-rapport Grimstad kommune helsekjøpsaken) og anførte at Kontrollutvalget viste manglende respekt for Sivilombudsmannens uttalelser.

Klagen ble oversendt Fylkesmannen 28.05.2019. Under saksbehandlingen har Fylkesmannen innhentet dokumentasjon fra Kontrollutvalget bestående av avtaledokumenter og e-postkorrespondanse mellom Kontrollutvalget og Hjort DA. Keim ble ved en inkurie ikke informert. Fylkesmannen anmodet Temark IKS å innhente dokumentet, som er en liste over opplysninger som sannsynligvis inkluderer elektroniske spor (metadata) om ansattes e-poster, herunder «koder, e-postadresser, dataområder, navn», og eventuelt be de ansatte gi sitt samtykke for dette. Anmodningen ble avslått med den begrunnelse at innsyn i listen ville krenke personvernet til de ansatte. Hjort DA stilte seg spørrende til Fylkesmannens hjemmelsgrunnlag for å innhente dokumentet, og hvordan de ansattes personvern skal ivaretas.

Fylkesmannen har behandlet saken uten å ha hatt innsyn i listen. Saken er svært omfattende og har vært krevende å behandle.

Fylkesmannens kompetanse

Det fremgår av offentleglova (offl.) § 32 at Fylkesmannen er klageinstans for avgjørelser av innsynskrav som fattes av kommunale organer.

Fylkesmannen kan prøve alle sider av saken, og herunder ta hensyn til nye omstendigheter, jf. forvaltningsloven (fvl.) § 34 andre ledd. Fylkesmannen kan selv treffe nytt vedtak i saken eller oppheve det og sende det tilbake til kommunen til helt eller delvis ny behandling, jf. fvl. § 34 fjerde ledd.

Det legges til grunn at klager har klagerett og at klagen er fremsatt til rett tid, jf. forvaltningsloven § 28.

Saksdokumenter

1. Innsynskrevers e-post til Grimstad kommune, datert 28.11.2018
2. E-post med klage på avslag om innsyn til Grimstad kommune, datert 05.12.2018
3. Klagers e-post til Grimstad kommune, puring på manglende svar, datert 12.12.2018
4. Klagers e-post med innsynskrav omdirigert til Temark IKS, datert 19.12.2018
5. Temark IKS' e-post til klager, datert 20.12.2018



6. Temark IKS' avslag på innsynskrav, datert 07.01.2019
7. Klagers e-post til Temark IKS, datert 09.01.2019
8. Klagers e-post til Temark IKS, datert 18.01.2019
9. Klagers e-post til Fylkesmannen, datert 19.05.2019
10. Fylkesmannens brev til Temark IKS med anmodning om opplysninger, datert 28.05.2019
11. Temark IKS' brev til Fylkesmannen med vedlegg, datert 06.06.2019
12. Temark IKS' brev til Fylkesmannen, datert 16.06.2019
13. 31.7.2019 – 05.04.2020 E-poster fra klager

Sammendrag av sakens faktum og hva det klages på

Kommunestyret i Grimstad vedtok våren 2017 å undersøke ansattes e-postkasser som ledd i Helsekjøpssaken, og hvordan Farm in Action fikk sin første kontrakt med kommunen. Oppgaven tilfalt Kontrollutvalget, men selve gjennomføringen skulle utføres av et eksternt konsulentfirma. Kontrollutvalget sendte konkurransegrunnlag til flere aktører. Hovedverneombudet i kommunen var kritisk til gjennomføringen og varslet Datatilsynet. Datatilsynet stilte seg tvilende til lovligheten av kontrollutvalgets planlagte innsyn i e-poster og anmodet stans i gjennomføringen. Datatilsynet mente det var sannsynlig fare for at innsynet ville være et inngrep personvernet. Kontrollutvalget viste til eksisterende praksis der innsyn i kommuneansattes e-postkasser er gjort med hjemmel i kommuneloven § 77 nr. 7 (Se Terrasaken, 2008). Datatilsynet trakk deretter forhåndsvarselet.

Hjort DA vant anbudsrunder og innsyn og analysen ble gjennomført med IBAS/Kroll som underleverandør. Det forelå databehandleravtale og avtale om kjøp av tjenester, av henholdsvis 05.12.2017 og 06.12.2017.

Ved hjelp av søkeord ble det opprettet en dokumentliste. Denne listen identifiserte 97 relevante filer og dannet grunnlaget for hva det skulle gjøres innsyn i og for rapporten. Rapporten/notatet ble sendt de to ansatte og deres advokat for gjennomsyn og kommentar før den endelige rapporten ble presentert og overlevert Kontrollutvalget 12.03.2018 og deretter Kommunestyret 03.04.2018. Fylkesmannen har ikke kjennskap til det kom innvendinger fra de ansatte eller deres advokat.

Keim fremsatte krav om innsyn i en «liste over 97 relevante filer» (heretter Listen, se ovenfor). Listen dannet grunnlaget til en analyse der det ble gjort innsyn i e-poster fra e-postkasse tilhørende to ansatte i kommunen. Listen ble utarbeidet av Hjort DA på oppdrag av Kontrollutvalget. Oppdraget var en videreføring av granskningen av tilknytningen mellom Farm in Action og Grimstad kommune, der BDO-rapporten utarbeidet av PwC åpnet for muligheten til å analysere ansattes e-poster. Saken er kjent som «innkjøpsaken» og «helsekjøpssaken», og har blitt viet stor medieoppmerksomhet og sterk kritikk.

Klagen

Keims klage går ut på at listen ikke kan være å regne som et internt arbeidsdokument hos Hjort DA og at Kontrollutvalgets valg om å benytte en eksternt aktør strider mot korrekt forvaltningspraksis og offentlighetsprinsippet. Når kommunen ikke har hjemmel til å tilbakeholde dokumentet burde det også være adgang til å begjære innsyn i det. Han gir uttrykk for sterk uenighet i avgjørelsen og anfører at kommunen under påskudd av å ville rydde opp og komme til bunns i helsekjøpssaken, gjør det motsatte ved å bevisst omgå offentleglova.



Rettslig grunnlag

Fra offentleglova §§ 2 – 4:

§ 2. Verkeområdet til lova

Lova gjeld for

- a) staten, fylkeskommunane og kommunane
- b) andre rettssubjekt i saker der dei gjer enkeltvedtak eller utferdar forskrift,
- c) sjølvstendige rettssubjekt der stat, fylkeskommune eller kommune direkte eller indirekte har ein eigardel som gir meir enn halvparten av røystene i det øvste organet i rettssubjektet, og
- d) Sjølvstendige rettssubjekt der stat, fylkeskommune eller kommune direkte eller indirekte har rett til å velje meir enn halvparten av medlemmene med røysterett i det øvste organet i rettssubjektet.

Bokstavane c og d gjeld ikkje rettssubjekt som hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private. For verksemder som etter offentleg oppkjøp eller liknande kjem inn under bokstavane c eller d, gjeld lova frå og med fjerde månadsskiftet etter den månaden da vilkåra vart oppfylte.

3. Hovudregel

Saksdokument journalar og liknande register for organet er opne for innsyn dersom ikkje anna følgjer av lov eller forskrift med heimel i lov. Alle kan krevje innsyn i saksdokument, journalar og liknande register til organet hos vedkommande organ.

4. Definisjonar første og andre ledd

Med dokument dokument er meint ei logisk avgrensa informasjonsmengd som er lagra på eit medium for seinare lesing, lytting, framsyning, overføring eller liknande.

Saksdokument for organet er dokument som er komne inn til eller lagde fram for eit organ, eller som organet sjølv har oppretta, og som gjeld ansvarsområdet eller verksemda til organet. Eit dokument er oppretta når det er sendt ut av organet. Dersom dette ikkje skjer, skal dokumentet reknast som oppretta når det er ferdigstilt.

Fylkesmannens vurdering

Fylkesmannen har ikke fått tilgang til listen da Kontrollutvalget ikke har innhentet den fra Hjort DA. Hjort DAs beskrivelse av den legges derfor til grunn. I e-post av 21.12.2018, beskrives listen som en excel fil fra datasøket, lagret i Hjort DA sitt elektroniske saksarkiv og «fremstår som et internt arbeidsdokument, blant annet har det mange rare koder i seg, samt navn på dataområder hvor disse er funnet og hos hvem.» I samme e-post anføres det at den ikke er «egnet til fremleggelse for andre, ei heller for kommunen».

Innsyn etter offentleglova (offl.)

Hovedregelen fremgår av offl. § 3. Forvaltningens dokumenter skal være åpne for innsyn dersom ikke annet følger av lov eller forskrift.

Kontrollutvalget har ikke listen som det er begjært innsyn i, og Hjort DA anser den som sitt interne arbeidsdokument. Mens Kontrollutvalget er omfattet av offentleglova, jf. offl. § 2 første ledd bokstav a, gjelder ikke loven for selvstendige rettssubjekt uten tilknytning til det offentlige, herunder selskap og organisasjoner, som Hjort DA. Kontrollutvalgets plikter vil således ikke ha innvirkning på eller



betydning for Hjort DA sin håndtering av egne dokumenter. Dette gjelder også når Hjort DA utfører et oppdrag for Kontrollutvalget.

Så lenge Kontrollutvalget ikke har mottatt listen kan det heller ikke inngå som Kontrollutvalgets saksdokument, jf. offl. § 4 annet ledd første punktum. Fylkesmannen har ingen klar hjemmel for å pålegge Kontrollutvalget å innhente listen fra Hjort DA. I klagesaksbehandlingen oppfordret likevel Fylkesmannen Kontrollutvalget om å innhente listen fra Hjort DA. Dersom Hjort DA ikke ville etterkomme anmodningen, kunne samtykke innhentes fra de to aktuelle ansatte. Mens det i Hjorts rapport ikke så ut til at det var innvendinger fra de ansatte, ble samtykke til oversendelse av listen ikke gitt da Fylkesmannen henvendte seg til Kontrollutvalget.

Utgangspunktet er derfor at offentleglova ikke kan benyttes som hjemmel for å begjære innsyn i eller få utlevert dokumentene i forbindelse med klagebehandlingen.

Når offentleglova ikke gir hjemmel til innsyn eller krav om overlevering av listen, vil det kunne medføre at hensynene til offentlighet ikke kan ivaretas. En eventuell plikt til å utlevere listen vil kunne fremkomme av avtalen som er inngått mellom partene.

Keim kritiserer Kontrollutvalget for å frarøve ham muligheten til å utøve sin demokratiske rett til medvirkning gjennom å nekte ham tilgang til informasjon ved å vise manglende hensyn til offentleglova og offentlighetsprinsippet.

Hensynene til offentlighetsprinsippet og offentleglova

Sivilombudsmannens sak av 26.08.2010 (SOM 2010/1516) gjaldt forhold med flere likhetstrekk til nærværende sak. Halden kommune ble henstilt av Sivilombudsmannen om å iverksette undersøkelser for å avklare eller bidra til å avkrefte rykter og påstander om mislighold, og dermed gjenvinne innbyggernes tillit. Det ble anført at for å kunne imøtegå påstandene burde undersøkelsene utføres av en ekstern aktør, slik Grimstad i denne saken har gjort.

Fylkesmannen har gjennomgått dokumentene som inngår i avtalen med Hjort DA for å se om Kontrollutvalget vil kunne få adgang gjennom selve avtalen til å innhente listen. Avtalen består av konkurransegrunnlaget, databehandleravtalen, avtale om kjøp av tjenester, samt Hjort DAs tilbud (i sladdet versjon).

For at hensynene til prinsippet om offentlighet ved bruk av private aktører som ikke omfattes av offentleglova skal synes ivaretatt, bør forvaltningsorganet sikre tilgang til og innsyn i dokumentene som konsulentfirmaet har under sin kontroll og som er relevante for oppdraget.

Kontrollutvalget viste i sitt brev til Fylkesmannen den 11.01.2019 at «kontrakten og databehandleravtalen som er inngått med Hjort, gir de nødvendige tilganger for oppdragsgiver til Hjort DA sine interne vurderinger og materiale». Dette fremgår i Databehandleravtalen punkt 3 tredje avsnitt: «[Kontrollutvalget har] rett til tilgang til eller innsyn i personopplysningene som behandles [...]». Så fremt tilgangen er til stede, er også hensynet til offentlighetsprinsippet tilsynelatende ivaretatt. Innsynsbegjæringen kan derfor ikke behandles med mindre Kontrollutvalget krever at Hjort DA overleverer Listen. I dette tilfellet trenger ikke Kontrollutvalget samtykke fra de to ansatte da dette allerede var avklart i databehandler avtalen mellom Kontrollutvalget og Hjort DA.

Fylkesmannen er kritiske til at Kontrollutvalget ikke har fulgt opp sin egen avtale. Av databehandleravtalen punkt 7 fremkommer det at «[v]ed opphør av avtalen plikter databehandler



[Hjort] å tilbakelevere **alle personopplysninger** som er mottatt på vegne av behandlingsansvarlige [Kontrollutvalget] og som omfattes av denne avtalen».

Kontrollutvalget har ikke etterfulgt Fylkesmannens oppfordring om å innhente Listen, og Fylkesmannen kan heller ikke på selvstendig grunnlag henvende seg til Hjort DA for å pålegge overlevering. Resultatet er at innsynsretten er gjort illusorisk gjennom at Kontrollutvalget bevisst har valgt å ikke benytte de avtalemekanismene som er tilgjengelig for dem. Prinsippet om offentlighet og hensikten bak offentleglova er gjort virkningsløst. Det er ekstra uheldig og vil kunne forsterke et inntrykk av å ville omgå hensynene bak offentleglova, for å kunne unngå dette og eventuelle fremtidige innsynskrav.

I brev av 16.06.2019 begrunnet Kontrollutvalget avslaget med at kommunalt ansattes e-postkasser er beskyttet av personvernlovgivning, og er unntatt fra innsyn for «vanlige innbyggere». I samme brev ble det vist til Datatilsynets skepsis til at «liste over e-postkommunikasjon til ansatte er et saksdokument som det kan kreves innsyn i etter offentlighetsloven, men at det er Fylkesmannen som saksbehandler som må ta stilling til dette».

Vi minner om at det aktuelle dokumentet det er begjært innsyn i er beskrevet i rapporten som en «oversikt over 97 e-poster» og som ifølge Hjort DA er et «excel ark med mange rare koder, navn, dataområder hvor disse er funnet og hos hvem», og ikke e-post kommunikasjon slik det fremgår av Datatilsynets bekymring. Vi er derfor usikre på om Datatilsynet kan ha misoppfattet Kontrollutvalgets beskrivelse av Listens innhold og om Datatilsynets bekymring er berettiget, se nedenfor.

I Innstillingen fra justiskomiteen om offentlighetsprinsippet i forvaltningen (Innst. S. nr. 21 (1998-99) fremkommer det «at åpenhet i forvaltningen skal bidra til at enkeltpersoner og allmennheten kan få innblikk i virksomheten og ta opp kritikkverdige forhold». Helsekjøpssaken i Grimstad har medført stor slitasje på innbyggernes tillit, med påstander om økonomisk mislighold og korrupsjon, varsling og represalier, trusler om rettssak, og har medført stor medieomtale over flere år og engasjert mange «vanlige innbyggere». Saken er derfor av stor offentlig interesse, lik innbyggers tilgang til sin demokratiske rett til å begjære innsyn er nødvendig.

Av Hjort DA sin beskrivelse av innholdet i Listen, synes denne å falle inn under Datatilsynets definisjon av personopplysninger: «enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person, som kan identifiseres direkte eller indirekte, særlig ved hjelp av identifikatorer (bl.a. navn, adresse, e-post, nettidetifikator [...])» og kan også inkludere en ip-adresse. Ifølge databehandleravtalens punkt 7, plikter Hjort DA likevel å tilbakelevere «alle personopplysninger».

Databehandleravtalen omhandler opplysninger og ikke dokument. At personopplysninger overføres til andre dokument eller medier, vil etter Fylkesmannens skjønn ikke endre hverken opplysningenes karakter eller status. De forblir å regne som personopplysninger, til tross for at de nedtegnes i et regneark eller liste som opprettes av Hjort DA. Hvorvidt listen er et saksdokument og om innsyn kan gis, jf. offentleglova, vil derfor avhenge av om Kontrollutvalget innhenter dokumentet jf. avtalen.

For å få en forståelse av listens innhold, fremla Fylkesmannen Hjort DA sin beskrivelse for Fylkesmannens IKT-avdeling som tolket at «rare koder» vil kunne gjenopprette selve e-posten og eventuelle vedtak. Slike opplysninger kan benyttes til bl.a. personovervåkning, og i sammensetning med andre data, avsløre personlige forhold og adferd. Etter Fylkesmannens oppfatning er dette opplysninger som kan være taushetsbelagt og derfor unntas fra innsyn. Å være unntatt fra innsyn er ikke ensbetydende med å ikke være egnet til overlevering til (og arkivering i) forvaltningen.



Forvaltningens ansvar ved arkivering

Forvaltningens plikter å forsvarlig registrere og oppbevare dokumenter etter arkivlovgivningen, og benytte særlige sikkerhetstiltak (som skjermings- og graderingskoder) og rutiner for å ivareta sensitive personopplysninger, der lover og forskrifter tilsier det. At et dokument er arkivert hos forvaltningen medfører ikke nødvendigvis at det gis innsyn. Ethvert saksdokument som det begjæres innsyn i, skal behandles etter offentleglova.

Konklusjon

Fylkesmannen konkluderer med at Kontrollutvalget ved å unnlate å innhente dokumentet fra Hjort DA, forhindret at det kan begjæres innsyn. Fylkesmannen har derfor ikke hatt tilgang til listen over 97 relevante filer og har heller ikke hatt en reell mulighet til å behandle klagen. Ved at Kontrollutvalget holdt tilbake informasjonen som Fylkesmannen var avhengig av, slik det fremgår av Kontrollutvalgets brev av 16.06.2019, er resultatet at man har omgått offentlighetsprinsippet og hensynene bak offentleglova.

Fylkesmannen har heller ikke hjemmel for å pålegge Kontrollutvalget å utlevere dokumentet eller begjære listen utlevert fra Hjort DA.

Vi anmoder igjen Kontrollutvalget å oppfylle sin egen intensjon i avtalen med Hjort DA om å få tilgang til dokumenter som var en del av oppdraget, slik det fremgår av databehandleravtalen pkt. 7.

Fylkesmannens avgjørelse

Fylkesmannen må på ovennevnte grunnlag avise klagen fra Keim av 09.01.2019 og 18.01.2019.

Orientering om klageadgang.

Fylkesmannens vedtak om avisning av å behandle klage på avslag om innsyn, kan påklages til Helse- og omsorgsdepartementet, jf. § forvaltningsloven § 34 første ledd, jf. § 28 tredje ledd.

Klagefristen er tre uker etter at Fylkesmannens vedtak er kommet frem. Klagen skal sendes Fylkesmannen i Agder og skal være undertegnet. Det skal fremgå hvilket vedtak det klages over og opplyses om hvilke endringer som ønskes. Det bør også nevnes de grunner klagen støtter seg til.

Med hilsen

Anne-Sofie D. Syvertsen (e.f.)
fylkeslege

Maria Schaathun
rådgiver
Helse- og sosialavdelingen

Dokumentet er elektronisk godkjent

Kopi: Telemark og Agder kontrollutvalg Postboks 4 3833 Bø i Telemark