

Klagenævnet for Udbud

(Jacob O. Ebbensgaard)

15. marts 2024

24/02188

Shield AI, Inc.

Att.: Matt Karas

Sendt pr. mail til Matt.karas@shield.ai

Kopi til: Arcturus UAV Inc.

Repræsenteret af Bech-Bruun

Att.: Advokat Christoffer Goul Kiliņ Andersen

Sendt pr. mail til: cgka@bechbruun.com

Kopi til: Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse

Repræsenteret af Poul Schmith Kammeradvokaten

Att.: Jesper Nørgaard Rams

Sendt pr. mail til: JEK@poulschmith.dk

Kopi til: Precision Technic Defence

Att: Jens Ulrik Beck Lise

Sendt pr. mail til: jub@ptdefence.com

KLAGENÆVNET FOR UDBUD

Toldboden 2

8800 Viborg

Tlf. 72 40 56 00

CVR-nr. 37795526

aktindsigt@naevneneshus.dk

www.naevneneshus.dk

Vedr.: Afgørelse om aktindsigt i processkrift og delkendelse i Klagenævnet for Udbuds sag nr. 23/14083.

Indledning

Klagenævnet for Udbud modtog den 7. februar 2024 fra Shield AI, Inc. (herefter "Shield") en anmodning om aktindsigt i de resterende dokumenter, inkl. bilag, der ikke var omfattet af klagenævnets afgørelse i sagsnr. 23/14705, herunder specifikt i Arcturus UAV Inc.'s (herefter "Arcturus") replik og Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelses (herefter "FMI") duplik inklusive bilag i klagenævnets sag 23/14083.

Klagenævnet har ved afgørelse af 15. marts 2024 truffet afgørelse om Shields anmodning om aktindsigt i Arcturus' replik og FMI's duplik inklusive bilag. Klagenævnet har efter modtagelsen af Shields anmodning om aktindsigt modtaget Processkrift 1 af den 10. februar 2024 fremsat af Arcturus. Klagenævnet vurderer på baggrund af formuleringen af Shields anmodning om aktindsigt af den 7. februar 2024, at Shield også anmoder om aktindsigt i Processkrift 1.

Klagenævnet for Udbud modtog endvidere den 26. februar 2024 fra Shield en anmodning om aktindsigt i den af klagenævnet afsagte delkendelse af 22. februar i klagenævnets sag nr. 23/10483.

Den 5. marts 2024 orienterede klagenævnet Shield om, at klagenævnet henset til sagens kompleksitet ikke havde været i stand til at træffe afgørelse inden fristen på 7 arbejdsdage i overensstemmelse med forvaltningslovens § 16, stk. 2, men at klagenævnet forventede at kunne træffe afgørelse i sagen inden for 7 arbejdsdage fra den 5. marts 2024.

Den 14. marts 2024 orienterede klagenævnet Shield om, at klagenævnet henset til sagens kompleksitet ikke havde været i stand til at træffe afgørelse inden fristen i overensstemmelse med klagenævnets orientering af 5. marts 2024, men at klagenævnet forventede at kunne træffe afgørelse i sagen inden for 4 arbejdsdage fra den 13. marts 2024.

Sagens forløb

Klagenævnet har ved mail af den 4. marts 2024 anmodet Arcturus om at fremsende eventuelle bemærkninger til Shields anmodning om aktindsigt i processkrift fremsat af Arcturus samt den af klagenævnet afsagte delkendelse i sag nr. 23/10483.

Ved mail af den 7. marts 2024 modtog klagenævnet hørings svar fra Arcturus. Af hørings svaret fremgår:

”Idet vi henviser til klagenævnets mail af 4. marts 2024, følger hermed på vegne af Arcturus en tilbagemelding og udtalelse vedrørende Shield AI's anmodning om aktindsigt i processkrift 1 af 10. februar 2024 og delkendelse af 22. februar 2024.

Arcturus har ikke bemærkninger til indholdet af processkrift 1.

Vedhæftet er derimod delkendelsen af 22 februar 2024, hvori Arcturus anmoder om, at der undtages oplysninger, idet de pågældende oplysninger er markeret med gul.

Vi vedhæfter desuden en udgave af dokumentet, hvori de pågældende oplysninger er effektivt ekstraheret.

I relation til de ønskede ekstraheringer skal vi nærmere bemærke følgende:

Delkendelsen indeholder visse oplysninger om Arcturus' tilbudte løsning, herunder oplysninger om løsningens tekniske indretning, om reservedele og det valgte vedligeholdelseskoncept for løsningen og om prisniveauet på Arcturus' løsning, herunder bl.a. indhold fra referater af forhandlingsmøder mellem FMI og Arcturus. Tilsvarende oplysninger er ekstraheret i både replik af 29. januar 2024 og duplik af 5. februar 2024 samt øvrige dokumenter i sagen, hvorfor undtagelse af oplysningerne i delkendelsen også bør undtages for at sikre, at de allerede foretagne ekstraheringer forbliver effektive.

Sådanne oplysninger vedrører forretningsmæssige forhold, som skal hemmeligholdes af hensyn til konkurrencesituationen, og de bør derfor undtages i medfør af forvaltningslovens § 15b, nr. 5.

Vi skal venligst anmode om at blive orienteret om klagenævnets endelige afgørelse vedrørende Shields begæring om aktindsigt, herunder i hvilket omfang Shield gives aktindsigt.”

Klagenævnet har ligeledes ved mail af den 4. marts 2024 anmodet FMI om at fremsende eventuelle bemærkninger til Shields anmodning om aktindsigt i processkrift fremsat af Arcturus samt den af klagenævnet afsagte delkendelse i sag nr. 23/10483.

Ved mail af den 8. marts 2024 modtog klagenævnet høringssvar fra FMI. Af høringssvaret fremgår blandt andet:

” 2.1. Fuld aktindsigt

FMI vurderer, at dokumentet ”Processkrift 1 af 10.02.2024” ikke indeholder oplysninger, der bør undtages fra aktindsigt. FMI har derfor ikke indvendinger mod at der meddeles fuld aktindsigt heri.

2.2. Delvis aktindsigt

Dokument ”Delkendelse af 22.02.2024” indeholder oplysninger, der er omfattet af offentlighedsloven § 30, nr. 2. Denne bestemmelse lyder som følger:

§ 30

Retten til aktindsigt omfatter ikke oplysninger om

- 1) -
- 2) Tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold el.lign., for så vidt det er af væsentlig betydning for den person eller virksomhed, oplysningerne angår, at anmodningen ikke imødekommes

Konkret er der tale om prisangivelser for Arcturus' tilbud i forbindelse

med pågældende udbudsproces. FMI har foretaget markeringer i gult på følgende sider:

- Side 17 – [...]
- Side 30 [...] Dermed muligt, at udregne hvad Arcturus delpris er.
- Side 31 – angivelse (konkrete tal) af både Arcturus og Precision Technic Defences prisangivelser for specifikke ydelser (samme på side 32).

FMI gør opmærksom på at disse priser ikke vedrører den totale sum for Arcturus' tilbud, men derimod delpriser for konkret angivne ydelser. Det ville derfor være muligt for anmoder – der er Arcturus' direkte konkurrent – at konstatere hvad Arcturus' delpriser er.

På baggrund heraf anbefaler FMI, at Arcturus og Precision Technic Defence ligeledes anmodes om udtalelse.

Dokumentet – med FMI markeringer – er vedhæftet nærværende udtalelse, som ”Bilag 1 – Delkendelse af 22.02.2024”.

FMI vurderer slutteligt, at pågældende dokument ikke indeholder oplysninger, der bør undtages af hensyn til FMI's forretningsforhold eller konkurrencemæssige position.”

Klagenævnet har ved mail af den 7. marts 2024 anmodet Precision Technic Defence (herefter ”PTD”) om at fremsende eventuelle bemærkninger til Shields anmodning om aktindsigt i processkrift fremsat af Arcturus samt den af klagenævnet afsagte delkendelse i sag nr. 23/10483.

Ved mail af den 8. marts 2024 modtog klagenævnet høringsvar fra PTD. Af høringsvaret fremgår:

”Precision Technic Defence A/S (PTD) ønsker akterne delvist undtaget fra aktindsigt med følgende bemærkninger:

- PTD har behov for at beskytte vores og vores partners virksomhedsfortrolige oplysninger. Vi har derfor overstreget sådanne oplysninger og som alene har været tiltænkt at skulle være tilgængelige for ordregiver. Det gælder således særligt prissætning med delpriser/enhedspriser. De overstregede oplysninger er ikke offentligt tilgængelige.
- Offentliggørelse af de ovennævnte oplysninger vil medføre en væsentlig risiko for tab for PTD og vores partnere, da markedet for levering af droner er et konkurrencepræget marked med få relevante aktører til kontrakter som den udbudte. Markedet er særligt følsomt da det drejer sig om produkter og systemer inden for forsvars- og sikkerhedsindustrien med et stadigt tiltagende (politisk) fokus og markedet er desuden

et marked med aktuelle udbud og hvor der fx fornyelig er offentliggjort en RFI vedrørende en tilsvarende anskaffelse i Norge. Dette udbud er således en tilsvarende konkurrencesituation hvor de aktører, der også har været involveret i dette udbud, også være tilbudsgivere. Desuden ved vi, at både i nærværende udbud og i kommende udbud, så vil tildelingen ske på baggrund af en bl.a. en evaluering af pris/økonomi og hvor omkostningerne til vedligeholdelse – herunder reservedele – vil indgå.

- Desuden er der indleveret en klage i den afsluttede udbudsforretning. Denne klage kan, som vi forstår det, potentielt føre til behovet for et genudbud, og hvor de samme aktører ville være relevante tilbudsgivere. Dette er særligt relevant lige nu, hvor ordregiver har tilbagekaldt tildelingsbeslutningen.

Vi henviser til de vedlagte overstregninger.”

Klagenævnets afgørelse og begrundelse

1. Lovgrundlaget

Forvaltningsloven

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

Efter forvaltningslovens § 9, stk. 1 og 2, kan den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, med de undtagelser, der følger af lovens §§ 12-15 b, navnlig forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

Efter forvaltningslovens § 15 b, nr. 5, kan retten til aktindsigt endvidere begrænses, i det omfang partens interesse i at kunne benytte kendskab til sagens dokumenter til varetagelse af sit tarv findes at burde vige for afgørende hensyn til private eller offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet. Det fremgår af betænkning nr. 1510/2009, side 74 ff., og de specielle bemærkninger til § 15 b, nr. 5, i lovforslag nr. L 145 af 7. februar 2013 om ændring af bl.a. forvaltningsloven, at en undtagelse efter forvaltningslovens § 15 b, nr. 5, skal ske efter en konkret afvejning af på den ene side partens interesse i at kunne benytte kendskab til oplysningerne til varetagelse af sit tarv og på den anden side afgørende hensyn til bl.a. private interesser. Angående de private interesser

anføres det i betænkningen, at undtagelse af virksomheders drifts- eller forretningsforhold alene kan ske, hvis aktindsigt i oplysningerne afgørende vil kunne skade virksomhedens konkurrenceevne eller i øvrigt påføre virksomheden væsentlige skadevirkninger.

2. Klagenævnets vurdering af de undtagne oplysninger

Partsstatus

Partsstatus efter forvaltningslovens § 9, stk. 1, tilkommer den, som har en væsentlig, individuel og retlig interesse i sagen og dens udfald.

Klagenævnet for Udbud har vurderet, at Shield har en sådan væsentlig, individuel og retlig interesse i klagenævnets sag vedrørende Arcturus' klage over FMI's udbud af rammeaftale vedrørende ubemandede luftfartøjer (udbudsbekendtgørelse 2023/S 038-112317), at afgørelse om aktindsigt skal træffes efter forvaltningslovens regler. Klagenævnet har herved lagt vægt på, at Shield vandt det pågældende udbud.

2.1. Klagenævnets afgørelse vedrørende de enkelte dokumenter

I det følgende anføres under pkt. 2.1.1-2.1.2 klagenævnets afgørelse om, hvorvidt og i hvilket omfang der kan meddeles aktindsigt i oplysningerne.

2.1.1 Processkrift af den 10. februar 2024

Klagenævnet vurderer, at dokumentet ikke indeholder oplysninger, der bør undtages fra aktindsigt. Klagenævnet bemærker, at dokumentet ikke indeholder forretningshemmeligheder, der bør undtages fra aktindsigt efter forvaltningslovens § 15 b, nr. 5. Klagenævnet har ydermere lagt til grund, at hverken FMI eller Arcturus mener, at der bør undtages oplysninger i dokumentet. Klagenævnet meddeler på baggrund heraf fuld aktindsigt i dokumentet.

2.1.2 Delkendelse af den 22. februar 2024

2.1.2.1 Oplysninger om Arcturus' og PTD's forretningsforhold

Klagenævnet kan konstatere at den af klagenævnet afsagte delkendelse indeholder oplysninger om Arcturus' delpriser, oplysninger om reservedele, vedligeholdelsesomkostninger, "MTBF'er" samt reparationsudgifter. Delkendelsen indeholder tillige oplysninger om PTD's reparationsudgifter.

Klagenævnet finder, at de pågældende oplysninger er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i forvaltningslovens § 15 b, nr. 5, hvorefter retten til aktindsigt kan begrænses, i det omfang partens interesse i at kunne benytte sit kendskab til sagens dokumenter til varetagelse af sit tarv findes at burde vige for afgørende hensyn til private og offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet.

Klagenævnet har vurderet, at oplysningerne vedrører forretningsforhold, som der er en væsentlig interesse i at hemmeligholde.

Klagenævnet har desuden lagt vægt på, at oplysninger om delpriser i overensstemmelse med klagenævnets faste praksis ofte skal undtages fra aktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 15 b, nr. 5, idet sådanne detaljerede oplysninger må anses for at angå tilbudsgiverens forretningsforhold, og at en konkurrerende virksomheds kendskab til en tilbudsgivers prissætning ofte efter de foreliggende omstændigheder vil kunne indebære en nærliggende risiko for at skade tilbudsgiverens konkurrenceevne i forhold til fremtidige udbud eller andre aftaler. Desuden kan de pågældende oplysninger ikke anses for at være tiltænkt offentligheden, herunder Arcturus' konkurrenter.

Klagenævnet bemærker i øvrigt, at FMI efter afsigelse af delkendelse af den 22. februar 2024 har annulleret tildelingsbeslutningen. FMI har endnu ikke truffet beslutning om udbudssagens videre forløb. Det kan derfor ikke udelukkes, at selve udbuddet annulleres, og at der vil blive gennemført et nyt udbud af den samme kontrakt, hvori Shield, Arcturus og PTD, der afgav tilbud under det første udbud, vil have en væsentlig interesse i et deltagelse.

Klagenævnet lægger til grund, at der konkret på flere punkter vil kunne være en høj grad af identitet mellem det oprindelige, afsluttede udbud og et eventuelt genudbud for så vidt angår den udbudte kontrakt og de øvrige udbudsbetingelser. Det vil være nærliggende, at de tidligere tilbud i vidt omfang vil blive genanvendt ved udformningen af de nye tilbud. De tilbud, der blev afgivet af Arcturus og PTD under det første udbud, vil i så fald reelt have karakter af udkast til virksomhedernes forventede tilbud under det eventuelle genudbud.

Klagenævnet finder på den baggrund, og idet der tillige lægges vægt på oplysningernes karakter og det oplyste om konkurrencesituationen på det pågældende marked, at den af klagenævnet afsagte delkendelse af den 22.

februar 2024 indeholder oplysninger, som angår fortrolige forretningsforhold, der er omfattet af bestemmelsen i forvaltningslovens § 15b, nr. 5.

Shields konkrete interesse i at få indsigt i oplysningerne må heroverfor anses for mindre tungtvejende. Klagenævnet finder på den baggrund, at oplysningerne skal undtages fra aktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 15 b, nr. 5.

Klagenævnet bemærker, at Klagenævnet ved afgørelse om aktindsigt af 13. marts 2024 har meddelt Shield aktindsigt i visse af de oplysninger, som Arcturus og FMI har bemærket er fortrolige. På denne baggrund vurderer klagenævnet, at beskyttelseshensynet for så vidt angår de pågældende oplysninger er ophørt, hvorfor der ikke er grundlag for at undtage disse oplysninger fra aktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 15 b, nr. 5.

3. Klagenævnets overvejelser om meroffentlighed

Klagenævnet har overvejet, om det ud fra meroffentlighedsprincippet vil være muligt at meddele Shield aktindsigt i videre omfang end sket, jf. forvaltningslovens § 10, stk. 1.

Klagenævnet finder imidlertid ikke, at dette er muligt. Klagenævnet har herved lagt vægt på de beskyttelseshensyn, der ligger bag bestemmelserne i nugældende forvaltningslovs § 15b, nr. 5. Det bemærkes herved, at de undtagne oplysninger må anses for omfattet af tavshedspligt, jf. forvaltningslovens § 27, stk.1, nr. 2.

4. Klagenævnets afgørelse

Klagenævnet finder, at Shield AI, Inc. skal meddeles aktindsigt som anført i denne afgørelse. Dokumenterne er vedlagt i ekstraheret form.

Klagenævnets afgørelse kan ikke påklages til anden administrativ myndighed.

Kopi af denne afgørelse er samtidig sendt til Arcturus, FMI og PTD.

f. Jakob O. Ebbensgaard

Katrine Dragsdal Kornbek
Specialkonsulent