

NP Advokater ApS
Att. advokat Rikke Lange Slavensky
J.nr. 23015
Sendt via Digital Post

13. juli 2023
J.nr. 23/04394

Kopi til Mediq Danmark A/S
Sendt via Digital Post

Kopi til Københavns Kommune, Sundheds- og Omsorgsforvaltningen
Att. chefkonsulent Fahim Mohammad Saber
Sagsnummer 2023-0044434-1
Sendt via Digital Post

KLAGENÆVNET FOR UDBUD

Vedr.: Klage over Københavns Kommunes afgørelse af 9. februar 2023 vedrørende delvis afslag på aktindsigt i den fulde evalueringsrapport og i tilbudslistor uden delpriser og uden rabat-satser samt evalueringspris i de øvrige tilbudsgiveres tilbud, jf. udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 216-621562

Toldboden 2
8800 Viborg

Tlf. 72 40 56 00
CVR-nr. 37795526
klfu@naevneneshus.dk
www.naevneneshus.dk

Indledning

Klagenævnet for Udbud modtog den 31. marts 2023 fra Københavns Kommune en klage fra NP Advokater ApS som repræsentant for Mediq Danmark A/S over Københavns Kommunes afgørelse om aktindsigt i dokumenter vedrørende udbud af levering af klinisk ernæring til Københavns Kommune.

Den 9. maj 2023 og den 9. juni 2023 oplyste klagenævnet, at det ikke var muligt at overholde den frist for afgørelse, som blev oplyst den 5. april 2023. Senest meddelte klagenævnet, at klagenævnet forventede at kunne træffe afgørelse i sagen inden for 20 arbejdsdage fra den 9. juni 2023.

Sagens forløb

Mediq Danmark A/S anmodede den 1. februar 2023 Københavns Kommune om aktindsigt i oplysninger vedrørende udbud af levering af klinisk ernæring til Københavns Kommune, jf. udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 216-621562.

Af anmodningen fremgår blandt andet:

”Vi har tirsdag den 31/1-23 modtaget vedhæftede brev om tildeling af netop afsluttede prisindhentning på Klinisk Ernæring. Der anmodes hermed om aktindsigt i øvrige tilbudsgiveres materiale.

Mere specifikt anmodes om aktindsigt i følgende:

- Tilbudslister uden delpriser.
- Samlet tilbudssum for de øvrige tilbudsgivere.”

Mediq Danmark A/S har den 1. februar 2023 præciseret, at anmodningen omfatter tilbudslister uden rabat-satser, og at udtrykket samlet tilbudssum skal forstås som evalueringsprisen.

Af Københavns Kommunes afgørelse om aktindsigt af 9. februar 2023 fremgår blandt andet:

”Afgørelse

Sundheds- og Omsorgsforvaltningen imødekommer hermed Mediq Danmark A/S’ anmodning om aktindsigt delvist og vedlægger det relevante materiale, der er omfattet af din aktindsigtsanmodning:

Bilag 2: Danucare Tilbudsliste (vedlagt)

Til tilbudslisten skal det bemærkes, at kolonner for rabatsats, producentens varenummer, varebeskrivelse, mængde/mindste salgsenhed samt listepreiser er undtaget (jf. nedenstående).

Retten til aktindsigt omfatter ikke tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold el.lign., for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed, oplysningerne angår, jf. offentlighedslovens § 30, nr. 2.

Sundheds- og Omsorgsforvaltningen har vurderet, at en eller flere oplysninger skal undtages fra aktindsigt, jf. offentlighedslovens § 30, nr. 2.

Som følge heraf har Sundheds- og Omsorgsforvaltningen overvejet, om der skal gives aktindsigt i dokumenternes øvrige indhold, jf. offentlighedslovens § 34.

Efter en konkret vurdering er det Sundheds- og Omsorgsforvaltningens opfattelse, at meddelelse af aktindsigt vil medføre en prisgivelse af det eller de hensyn, der er nævnt i §§ 30-33, idet indblik i producentens varenumre, varebeskrivelser samt mængde- og enhedsoplysninger i tilbudslisten kan give konkurrenterne indgående indsigt i vinderens tilbudte pro-

dukter, forretningsgrundlag og vinderens mulighed for at være konkurrencedygtig på markedet for klinisk ernæring. Disse oplysninger udleveres derfor ikke, jf. offentlighedslovens § 34, nr. 1.

Sundheds- og Omsorgsforvaltningen har desuden vurderet, at en eller flere oplysninger skal undtages fra aktindsigt jf. Udbudslovens § 5 a.

Af Udbudslovens § 5 a fremgår, at for tilbud eller oplysninger fra tilbud afgivet i henhold til procedurer efter udbudsloven gælder retten til aktindsigt efter lov om offentlighed i forvaltningen alene for den, der er klageberettiget til Klagenævnet for Udbud vedrørende den sag, som aktindsigtsanmodningen vedrører.

Idet Mediq Danmark A/S ikke kan betragtes som klageberettiget i forhold til de øvrige tabende tilbudsgivere, kan der alene gives aktindsigt i det vindende tilbuds tilbudsliste og samlede evalueringspris.

Meroffentlighed

Sundheds- og Omsorgsforvaltningen har overvejet, om Mediq Danmark A/S burde få aktindsigt efter reglen om meroffentlighed i offentlighedslovens § 14, stk. 1.

Sundheds- og Omsorgsforvaltningen har i den forbindelse foretaget en afvejning af på den ene side de hensyn, der ligger til grund for offentlighedslovens § 30, nr. 2, om hensynet til at sikre fortrolighed angående forretningsforhold af væsentlig økonomisk betydning, og på den anden side den berettigede interesse, I, som konkurrerende virksomhed, må antages at have i at få aktindsigt.

Sundheds- og Omsorgsforvaltningen har imidlertid ikke fundet grundlag herfor. Der er herved lagt vægt på at meddelelse af aktindsigt vil medføre en prisgivelse af det eller de hensyn, der er nævnt i §§ 30-33 af samme grunde som nævnt ovenfor.”

Ved brev af 10. februar 2023 klagede Mediq Danmark A/S til Københavns Kommune over afgørelsen af 9. februar 2023. Af brevet fremgår blandt andet:

”...

Anmodning om aktindsigt

Mediq har den 1. februar 2023 anmodet om aktindsigt i øvrige tilbudsgiverses tilbudsliste uden delpriser samt samlet tilbudssum for de øvrige tilbudsgivere.

Københavns Kommune har ved afgørelse af 9. februar 2023 meddelt aktindsigt i vindende tilbudsgivers tilbudsliste dog uden oplysninger om rabatsats, producentens varenummer, varebeskrivelse, mængde/mindste salgsenhed samt listepreiser.

Københavns Kommune har afslået at give aktindsigt i øvrige tilbudsgiveres tilbudsliste og samlede tilbudssummer med henvisning til at Mediq ikke kan betragtes som klageberettiget i forhold til de øvrige tabende tilbudsgivere, kan der alene gives aktindsigt i det vindende tilbuds tilbudsliste og samlede evalueringspris.

Det følger af udbudslovens § 5a, at retten til aktindsigt efter lov om offentligheden gælder for den, der er klageberettiget til Klagenævnet for Udbud vedrørende den sag, som aktindsigtsanmodningen vedrører. Mediq er uden tvivl klageberettiget vedrørende dette udbud. Anmodningen om aktindsigt vedrører desuden uden tvivl denne sag. Københavns Kommune har derfor ikke hjemmel til at afslå aktindsigt i øvrige tilbudsgiveres tilbudsliste uden delpriser og den samlede tilbudssum for de øvrige tilbudsgivere.

Københavns Kommune bedes derfor omgøre afgørelsen om aktindsigt. Derudover anmodes der på vegne af Mediq om aktindsigt efter offentlighedsloven i den fulde evalueringsrapport.”

Københavns Kommune har den 24. marts 2023 fastholdt sin afgørelse af 9. februar 2023 og blandt andet anført følgende:

”...

I henhold til udbudsloven § 5a, gælder retten til aktindsigt i tilbud eller oplysninger fra tilbud afgivet i henhold til udbudsloven, der er klageberettiget til Klagenævnet for Udbud for så vidt angår den sag, som aktindsigtsanmodningen vedrører samt for massemedier.

Udbudsloven § 5a er en undtagelse til offentlighedslovens § 7, hvorefter enhver har ret til aktindsigt.

Ved klageberettigede til Klagenævnet for Udbud forstås ifølge klagenævnenslovens § 6, stk. 1, nr. 1-4 følgende:

1. Enhver, der har retlig interesse i at indgive klage.
2. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.
3. De organisationer og offentlige myndigheder, som erhvervs- og vækstministeren tillægger klageadgang.
4. Organisationer i andre medlemsstater i Den Europæiske Union og Den Europæiske Frihandelssammenslutning, som svarer til de organisationer, der er udpeget i henhold til nr. 3.

Det er Sundheds- og Omsorgsforvaltningens vurdering, at Mediq Danmark A/S ikke er omfattet af klagenævnslovens § 6, stk. 1, nr. 1-4, herunder hvad angår aktindsigt i oplysninger fra tilbud som er afgivet af de øvrige tabende tilbudsgivere. Mediq Danmark får aktindsigt i oplysninger fra tilbud som er afgivet af den vindende tilbudsgiver.

Baggrunden for Sundheds- og Omsorgsforvaltningens vurdering er, at Mediq Danmark A/S ikke kan betragtes som klageberettiget i forhold til de øvrige tabende tilbudsgivere, idet der ikke kan gives aktindsigt i oplysninger fra tilbud som er afgivet af de øvrige tabende tilbudsgivere i henhold til udbudsloven § 5a.

Det er endvidere Sundheds- og Omsorgsforvaltningens vurdering, at Mediq Danmark A/S ikke er tilknyttet et massemedie.

På den baggrund skal Sundheds- og Omsorgsforvaltningen meddele, at Mediq Danmark A/S' anmodning om aktindsigt i Evalueringsnotatet delvist kan imødekommes."

Københavns Kommune har den 31. marts 2023 fastholdt sin afgørelse og fremsendt sagen til Klagenævnet for Udbud.

Klagenævnets afgørelse og begrundelse

1. Lovgrundlaget

Offentlighedsloven

Udgangspunktet efter offentlighedslovens § 7 er, at enhver kan 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.

Udbudsloven

Udgangspunktet i offentlighedslovens § 7 fraviges i udbudslovens § 5 a.

Det fremgår af udbudslovens § 5 a, at for tilbud eller oplysninger fra tilbud gælder retten til aktindsigt efter offentlighedsloven alene for den, der er klageberettiget til Klagenævnet for Udbud vedrørende den sag, som aktindsigtsanmodning vedrører, og for massemedier.

Udbudslovens § 5 a blev indsat ved lov nr. 884 af 21. juni 2022 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

Det oprindelige lovudkast, som blev sendt i høring, indeholdt et forslag til en ny bestemmelse i § 5 a, der var formuleret således:

”§ 5 a. For tilbud afgivet i henhold til procedurer efter denne lov finder lov om offentlighed i forvaltningen ikke anvendelse for andre tilbud og oplysningerne herom end det vindende tilbud.”

Af Klagenævnet for Udbuds høringssvar fremgår bl.a.: ”Nævnet skal endvidere opfordre til, at der i bemærkningerne i det endelige lovforslag tages stilling til, om det er hensigten, at en række sædvanligt forekommende situationer som udgangspunkt skal anses for omfattet af bestemmelsen i § 5 a, stk. 2. Det drejer sig navnlig om anmodninger om aktindsigt fra ansøgere, som må antages at have en sådan retlig interesse i det konkrete udbud, at de vil kunne klage over dette til Klagenævnet for Udbud, dvs. aktindsigtsanmodninger indgivet af aktuelle eller potentielle tilbudsgivere til det pågældende udbud. Det bemærkes i den forbindelse, at det i nævnets klagesager ofte forekommer, at en klager, hvis tilbud f.eks. er vurderet som det 3. bedste, efter indhentet aktindsigt klager ikke bare over ordregiverens vurdering af det vindende tilbud, men også over vurderingen af det tilbud, der blev vurderet næstbedst, ligesom der findes andre eksempler på, at aktindsigtsoplysninger om andre tilbud end det (eller de) vindende har haft betydning for udformningen af klagen – og sagens resultat. Såfremt aktuelle eller potentielle tilbudsgivere som udgangspunkt afskæres fra at kunne anmode om aktindsigt, vil dette således kunne få væsentlig betydning for de pågældende virksomheders adgang til at få afprøvet, om udbuddet er gennemført i overensstemmelse med de udbudsretlige regler.”

Formuleringen af forslaget til en ny bestemmelse i udbudslovens § 5 a blev herefter væsentligt ændret, inden lovforslaget blev fremsat.

I bemærkningerne til § 5 a i det fremsatte lovforslag nr. L 199 af 10. maj 2022 til lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter fremgår, at ”Den foreslåede bestemmelse vil medføre, at adgangen til aktindsigt i tilbud afskæres for dem, som ikke har retlig interesse eller som ikke er tilknyttet et massemedie. I medfør heraf begrænses adgangen til aktindsigt i tilbud som udgangspunkt for virksomheder, som anvender aktindsigt som redskab til indsamling af data med henblik på fx

markedsafdækning og salg af informationer. Begrænsningen i adgangen til aktindsigt gælder også for oplysningerne i tilbud, når de fremgår af andre dokumenter end tilbuddet. Det vil eksempelvis medføre, at oplysninger fra evalueringsnotater, underretningsbreve og andre dokumenter ligeledes undtages fra retten til aktindsigt i henhold til offentlighedsloven.”

Det fremgår endvidere af bemærkningerne, at retten til aktindsigt i tilbud efter reglerne i offentlighedsloven fortsat gælder, når den, der anmoder om aktindsigt, har retlig interesse heri. Begrebet skal forstås i overensstemmelse med det, der følger af kapitel 3 i lov om Klagenævnet for Udbud samt praksis fra klagenævnet. Retlig interesse skal i overensstemmelse med klagenævnets praksis fortolkes bredt.

Af betænkning af 2. juni 2022 over forslag til lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter, fremgår det af bemærkningerne til ændringsforslaget, at ”4) I den under *nr. 1* foreslåede § 5 a ændres »har retlig interesse i at indgive en klage« til: »er klageberettiget«. [Ændring af den kreds, for hvem retten til aktindsigt i tilbud efter lov om offentlighed i forvaltningen gælder, til, at alle klageberettigede ved Klagenævn for Udbud kan få adgang til aktindsigt]”.

Af betænkningen fremgår endvidere: ”Der er derved tale om en udvidelse af den kreds, som kan få aktindsigt i tilbud, da den, der har retlig interesse i at indgive en klage til Klagenævnet for Udbud, vil være omfattet af betingelsen om at være klageberettiget. Baggrunden for ændringen er, at kravet om retlig interesse udgør en utilsigtet indskrænkning af retten til aktindsigt for de organisationer og offentlige myndigheder m.v., som er klageberettigede til Klagenævnet for Udbud i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud, men som ikke nødvendigvis har retlig interesse i den pågældende sag, som aktindsigtsanmodningen vedrører. Med ændringen opnås mere præcist den tilsigtede afgrænsning i adgangen til aktindsigt i tilbud. Herudover vil det fortsat efter bestemmelsen være muligt for massemedier at få aktindsigt i tilbud.”

2. Klagenævnets vurdering af de undtagne oplysninger

Som klagenævnet har forstået Mediq Danmark A/S’ klage, angår denne Københavns Kommunes delvise afslag på at meddele aktindsigt i den fulde evalueringsrapport og i tilbudslister uden delpriser og uden rabat-satser samt evalueringspris i de øvrige tilbudsgiveres tilbud i forbindelse med udbud bekendtgjort ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 216-621562.

Klagenævnet har gennemgået sagens oplysninger med henblik på at vurdere, hvorvidt Københavns Kommunes begrundelse, som ligger til grund for afgørelsen af 9. februar 2023, er tilstrækkelig.

Københavns Kommune har i deres genvurdering af 24. marts 2023 anført, at Mediq Danmark A/S ikke kan betragtes som klageberettiget i forhold til de øvrige forbigåede tilbudsgivere, hvorfor der ikke kan gives aktindsigt i oplysninger fra tilbud, som er afgivet af disse, i henhold til udbudslovens § 5 a.

Mediq Danmark A/S har som forbigået tilbudsgiver under udbuddet utvivlsomt retlig interesse i henhold til § 6, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, og er dermed klageberettiget i medfør af udbudslovens § 5 a.

Udbudslovens § 5 a må efter sin ordlyd og forarbejder forstås sådan, at spørgsmålet om klageberettigelse skal ses i forhold til udbuddet ("sagen") som sådan og ikke i forhold til de enkelte tilbudsgivere.

Klagenævnet finder således ikke, at Københavns Kommune var berettiget til at afskære aktindsigt i dokumenter fra de øvrige forbigåede tilbudsgivere med henvisning til udbudslovens § 5 a.

Da Københavns Kommune på ovenstående baggrund har undladt at træffe afgørelse om aktindsigt i dokumenter fra de øvrige forbigåede tilbudsgivere på baggrund af en fejlagtig fortolkning af udbudslovens § 5 a, hjemviser klagenævnet spørgsmålet om aktindsigt til Københavns Kommune med henblik på at træffe afgørelse i første instans.

4. Klagenævnets afgørelse

Klagenævnet for Udbud hjemviser sagen til fornyet behandling ved Københavns Kommune.

Klagenævnets afgørelse kan ikke påklages til anden administrativ myndighed.

Kopi af denne afgørelse er samtidig sendt til Københavns Kommune.

f. Mette Langborg

Mona Rosenlund
Specialkonsulent