

Klagenævnet for Udbud

Adresse: Nævnenes Hus, Toldboden 2, 8800 Viborg

Telefon: 35 29 10 00 - mail: klfu@erst.dk - Internet-adresse: www.klfu.dk

Bird & Bird Advokatpartnerselskab

Att.: Advokat Maria Haugaard

maria.haugaard@twobirds.com

Kammeradvokaten

Att.: Advokat Annemette Thorgaard

anth@kammeradvokaten.dk

Journalnummer

2016-13027

Dato

9. december 2016

Vedr.: MultiLine A/S mod Moderniseringsstyrelsen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 105-187000 af 31. maj 2016 udbød Moderniseringsstyrelsen som offentligt udbud efter udbudsloven en 1-årig rammeaftale vedrørende rengørings- og forbrugsartikler og tilknyttede serviceydelser med forventet start den 1. januar 2017 og mulighed for forlængelse i 2 x 1 år.

Blandt andet MultiLine A/S ("MultiLine") og Stadsing A/S ("Stadsing") afgav rettidigt tilbud.

Den 12. oktober 2016 meddelte Moderniseringsstyrelsen elektronisk tilbudsgiverne, at styrelsen havde besluttet at tildele kontrakten til Stadsing.

MultiLine anmodede den 14. oktober 2016 om aktindsigt i Stadsings fulde tilbud og herunder i Stadsings vareprøver.

Moderniseringsstyrelsen afslog ved afgørelse af 20. oktober 2016 blandt andet at give aktindsigt i tilbudslisten (bilag 4A) og i Stadsings vareprøver. Det fremgår af brevet, at Stadsing i forbindelse med en høring havde oplyst:

”Ad Priser: ”Fra tilbudslisten er priserne stærkt fortrolige oplysninger, der er så konkurrencemæssigt vigtige, at hvis de kommer ud, vil det ødelægge fremtidige muligheder for at være konkurrencedygtige i udbudsforretninger i forhold til vores konkurrenter. Det gælder både summen pr. delaftale og det gælder priserne pr. linje. [...] Priserne er ikke direkte offentliggjorte da de udarbejdes specifikt til nærværende udbud. [...] Det vil derfor være en væsentlig skadevirkning for Stadsing hvis konkurrenterne kender vores prisstruktur. Idet Stadsing kontinuerligt byder på opgaver indenfor rengøringsartikler og da feltet af tilbudsgivere er relativt stabilt, er der tale om en konkret skadevirkning for Stadsing, hvis anmoderen opnår det ønskede kendskab til Stadsings priser.”

Ad doseringsforhold og forpakningsstørrelser:”[...] Hvis vores konkurrenter finder ud af, hvor effektivt vi kan producere rengøringsmidler med en god dosering, vil de straks gå i gang med at udvikle på deres produkter. [...] Stadsing har anvendt store ressourcer på produktudvikling og en offentliggørelse af resultaterne heraf har derfor store skadevirkninger for Stadsing. Som ovenfor nævnt er kredsen af tilbudsgivere på området relativt stabilt, hvorfor der er tale om en konkret og væsentlig skadevirkning hvis konkurrenterne på baggrund af aktindsigt kan kopiere Stadsings udviklingsarbejde.”

MultiLine klagede herover til Moderniseringsstyrelsen, dog ikke over, at prisoplysningerne pr. linje var undtaget fra aktindsigt, og anmodede styrelsen om at genoverveje afslaget, og om at sende klagen til Klagenævnet for Udbud, i det omfang styrelsen fastholdt afslaget. MultiLine henviste blandt andet til, at forpakningsstørrelser og doseringsforhold er offentligt tilgængelige oplysninger. Moderniseringsstyrelsen genbehandlede herefter aktindsigtsspørgsmålet for så vidt angik dosering mv. og hørte i den forbindelse på ny Stadsing. Stadsing fastholdt ifølge Moderniseringsstyrelsens gengivelse af virksomhedens høringsvar, at enhedspriser, doseringsforhold og visse af oplysningerne om forpakningsstørrelser var så forretningsfølsomme, at oplysningerne ville kunne påføre Stadsing økonomisk skade, såfremt de blev udleveret. Blandt andet anførte Stadsing:

”Dosering og forpakning er to af de parametre, der specielt kan adskille Stadsing fra konkurrenterne på dette snævre marked, hvor alle kender alle, og hvor det altid er de samme, der byder på licitationer. Ved den nye forpakning vi anvender på dette tilbud reducerer vi logistikomkostningerne pr. forsendelse betydeligt og vil

kunne levere til en hidtil uset lav pris – der kommer kunden til gode. Hvis forpakningen oplyses vil konkurrenterne kunne gennemskue, hvor og hvordan de skal optimere deres logistikomkostninger og Stadsings konkurrencefordel forsvinder.”

Stadsing fremhævede herudover, at doseringsforhold og visse forpakningsstørrelser var udviklet specifikt til det konkrete udbud og dermed ikke var kendt af markedet.

Moderniseringsstyrelsen fastholdt i sin fornyede afgørelse af 26. oktober 2016 til dels afslaget på aktindsigt i tilbudslisten, idet der dog på baggrund af den nye høring af Stadsing blev udleveret de summerede priser for produktområderne samt en række oplysninger om forpakningsstørrelser. Som begrundelse for at fastholde afslaget for så vidt angik doseringsforhold og visse forpakningsstørrelser henviste styrelsen til formodningsreglen, gengivet i offentlighedsloven med kommentarer 1. udgave, 1. oplag, s. 530, om, at myndigheden i de tilfælde, hvor en virksomhed giver udtryk for, at en udlevering vil kunne påføre konkrete skadevirkninger for virksomhedens økonomi, normalt ikke behøver yderligere dokumentation for, at betingelserne for at begrænse aktindsigten efter offentlighedslovens § 30, nr. 2, er opfyldt. Styrelsen fandt på den baggrund, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte Stadsings vurdering af, at oplysninger om enhedspriser, dosering og en del af forpakningsstørrelserne var så forretningsfølsomme, at oplysningerne ville kunne påføre Stadsing økonomisk skade, såfremt de blev udleveret. Stadsings tilbudsliste (bilag 4A) blev herefter udleveret til MultiLine i ekstraheret form.

Moderniseringsstyrelsen sendte den 28. oktober 2016 aktindsigtssagen til Klagenævnet for Udbud til prøvelse af den del af Moderniseringsstyrelsens afgørelse, som indebar delvist afslag på aktindsigt i bilag 4A (tilbudslisten) i den vindende tilbudsgiver Stadsings tilbud samt i Stadsings vareprøver.

Moderniseringsstyrelsen har herefter flere gange forlænget standstillfristen frivilligt.

Efter MultiLine og Moderniseringsstyrelsen fra klagenævnet havde fået oplyst, at den personale- og ressourcemæssige situation i klage-

nævnets sekretariat indebar, at det ikke kunne forventes, at der vil blive truffet afgørelse i sagen inden for fristen på 20 arbejdsdage i offentlighedslovens § 37, stk. 3, men forventeligt efter mellem 1-2 måneder, meddelte Moderniseringsstyrelsen ved brev af 17. november 2016 tilbudsgiverne, at styrelsen havde besluttet igen at forlænge standstill-perioden til den 24. november, men at der ikke ville ske yderligere forlængelse af standstill-perioden.

Klagenævnet har inden for den senest forlængede standstill-frist herefter den 24. november 2016 modtaget en klage over tildelingsbeslutningen fra MultiLine, som har anmodet om, at klagen tillægges opsættende virkning.

MultiLines anmodning om aktindsigt i udbudsklagesagen

MultiLine har i forbindelse med udbudsklagesagen i klageskriftet anmodet klagenævnet om at tage stilling til, hvorvidt selskabet har ret til at blive gjort bekendt med tilbudslisten i bilag 4A i Stadsings tilbud efter forvaltningslovens regler om partsaktindsigt. I replikken har MultiLine tillige anmodet om at få partsaktindsigt i de produktdatablade, som Moderniseringsstyrelsen har indhentet fra Stadsing og fremlagt i udbudsklagesagen, og som er fremlagt for klagenævnet i deres helhed, medens der i forhold til MultiLine er fremlagt en ekstraheret version, hvori de oplysninger, som også er undtaget i tilbudslisten er udeladt.

Parternes synspunkter

MultiLine har til støtte for, at anmodningen om, at der skal gives partsaktindsigt i de hidtil undtagne oplysninger om doseringsforhold og forpakningsstørrelser i Stadsings tilbudsliste, anført følgende i klageskriftet af 24. november 2016:

”Klager har gennem anmodning om aktindsigt ønsket at sikre, at alle tilbudsgivere er blevet behandlet lige, men dette har på nuværende tidspunkt ikke været muligt.

Det skal endvidere bemærkes, at det er et lovkrav, jf. EU detergentforordning 648/2004 af 31. marts 2004 om vaske- og rengøringsmidler med senere ændringer, at doseringsforholdet på rengø-

ringsprodukter fremgår af det tilhørende datablad, og at alle købere af produkterne skal modtage et datablad, hvorfor Stadsing A/S ikke kan gøre gældende, at doseringsforholdet på produkterne er forretningsfølsomme oplysninger.

Der skal således gives aktindsigt i de anførte oplysninger i Stadsing A/S' tilbud.”

I replik af 8. december 2016 har MultiLine om spørgsmålet om aktindsigt, herunder nu også i produktdatablade, og vedrørende Moderniseringsstyrelsens besvarelse af en række spørgsmål, klagenævnet har stillet i den anledning ved e-mail af 5. december 2016, anført:

”Klagenævnet for Udbud har i e-mail af 5. december 2016 anført punkt 1 til 6, som indklagede er blevet bedt om at forholde sig til. Indklagedes besvarelser giver klager anledning til at komme med følgende bemærkninger.

Ad Klagenævnet for Udbuds punkt 1

Indklagede har anført, at det ikke er et krav i detergentforordningen 648/2004 af 31. marts 2004 om vaske- og rengøringsmidler med senere ændringer, at doseringsforhold fremgår af sikkerhedsdatabladene for rengøringsmidler.

Hertil skal det bemærkes, at det fremgår af bilag VII Mærkning og datablad for indholdsstoffer til detergentforordningen, at der gælder en række mærkningsbestemmelser for emballage til vaske- og rengøringsmidler, der sælges til almindelige forbrugere, samt at for vaske- og rengøringsmidler, der kun anvendes erhvervsmæssigt, og som ikke sælges til almindelige forbrugere, skal disse krav til mærkning ikke være opfyldt, hvis de tilsvarende oplysninger foreligger i form af tekniske datablade, sikkerhedsdatablade eller på lignende egnet vis.

Indklagede anfører, at doseringsforhold skal fremgå af produkternes emballage, og det er netop i forlængelse heraf, at klager gør gældende, at når produkterne sælges erhvervsmæssigt og doseringsforhold netop ikke fremgår af emballagen, så kan det i stedet fremgå af datablade.

Ad Klagenævnet for Udbuds punkt 2

Hertil anfører indklagede, at det først er et krav, at en leverandør stiller produktblade og sikkerhedsdatablade til rådighed for kunderne efter kontraktindgåelse. Dog er det afgørende i forhold til besvarelse af dette spørgsmål ikke hvornår den vindende tilbudsgiver er forpligtet til at stille datablade til rådighed, men om den

vindende tilbudsgiver er forpligtet hertil – hvilket er tilfældet i forhold til de af udbuddet omhandlede produkter.

Endvidere skal det bemærkes, at de af indklagede fremlagte produktblade fra Stadsing A/S ikke ser ud til at have samme detaljeringsniveau som de anførte produktblade på Stadsing A/S' hjemmeside ...

Ad Klagenævnet for Udbuds punkt 3

Indklagede har bekræftet, at det er praksis og normalt i branchen, at datablade er frit tilgængelige på leverandørernes hjemmesider. I forhold til dette spørgsmål er tidspunktet for offentliggørelse heller ikke afgørende, da der netop er tale om oplysninger, som er til tænkt offentligheden.

Ad Klagenævnet for Udbuds punkt 4

Indklagede har oplyst, at det alene er enhedspriser, doseringsforhold og visse af oplysningerne om forpackningsstørrelser, som er blevet undtaget fra aktindsigt, og at det alene er for de produkter, som er udviklet specifikt til brug for det af klagen omfattede udbud, at doseringsforhold og forpackningsstørrelser er undtaget fra aktindsigt.

Imidlertid er alle oplysninger om doseringsforhold undtaget fra aktindsigt, og der er således ikke kun tale om produkter, som er udviklet specifikt til brug for det af klagen omfattede udbud, hvorfor det må antages, at oplysninger om doseringsforhold for flere af de tilbudte produkter allerede er blevet gjort offentligt tilgængeligt i andre sammenhænge.

Det er således ikke korrekt, når Stadsing A/S i e-mail af 7. december, fremlagt som bilag E, anfører, at "*Det er produkterne, der er undtaget fra aktindsigten, der er specielt udviklet til dette tilbud*".

Ad Klagenævnet for Udbuds punkt 5

Det skal i forhold til Klagenævnet for Udbuds spørgsmål bemærkes, at indklagede netop bekræftede, at den vindende tilbudsgiver ikke kan sikre, at de undtagne oplysninger om forpackningsstørrelser og doseringsforhold ikke tilgår markedet, hvorfor indklagede dermed anerkender, at de omfattede oplysninger fremadrettet ikke vil kunne undtages for aktindsigt, hvorfor de ej heller bør kunne undtages på nuværende tidspunkt.

Det skal hertil bemærkes, at det er fast klagenævnspraksis, at udgangspunktet i forbindelse med en udbudssag er, at retten til aktindsigt omfatter alle dokumenter der vedrører sagen, hvilket til-

budsgivere må tage højde for og indrette sig efter ved afgivelsen af deres tilbud.

Kontrakten skal endvidere forventeligt indgås i december 2016, hvorfor der ikke på nuværende tidspunkt ses at være et beskyttelsesværdigt hensyn ved at undlade aktindsigten i oplysningerne.

Stadsing A/S har efter egne oplysninger brugt 12 måneder på at udvikle produkterne, hvorfor det ikke fremstår klart, hvordan en udlevering af disse oplysninger to-tre uger før kontrakten træder i kraft og oplysninger dermed under alle omstændigheder skal gøres offentligt tilgængeligt, skal kunne påføre konkrete skadevirkninger for den vindende tilbudsgivers økonomi.

Når Stadsing A/S har brugt 12 måneder på udvikling, vil Stadsing A/S' produkter næppe kunne kopieres i forhold til udbud, som påbegyndes i de kommende uger.

Endvidere skal bemærkes, at klagers interesse alene er båret af et ønske om at være sikker på, at der er budt ind med korrekte oplysninger fra Stadsing A/S' side.

Ad Klagenævnet for Udbuds punkt 6

Indklagede har indhentet produktblade fra den vindende tilbudsgiver for at sikre, at der i tilbuddet er anført korrekte doseringsforhold.

Produktbladene er fremlagt for Klagenævnet for Udbud som bilag G, men alene i en ekstraheret version for klager.

Klager ønsker indsigt i såvel tilbudsliste som produktblade for at kunne sikre, at der er overensstemmelse herimellem samt for at sikre, at det også er disse oplysninger, som Stadsing A/S vil offentliggøre på sin hjemmeside efter eventuel kontraktindgåelse.

...

Som bekræftet af indklagede ovenfor, er det normalt i branchen, at datablade er frit tilgængelige på leverandørernes hjemmesider, ligesom det er blevet bekræftet, at oplysninger om doseringsforhold og forpakningsstørrelser vil blive gjort offentligt tilgængeligt efter eventuel kontraktindgåelse.

I forhold til de kommende udbud som Stadsing A/S nævner, så vil eksempelvis klager ikke kunne nå at udvikle nye produkter, da Stadsing A/S selv har udtalt, at der er blevet brugt op til 12 måneder på at udvikle de tilbudte produkter.

Endvidere fastholdes det, at doseringsforhold og forpakningsstørrelser helt generelt ikke kan anses for at være forretningsfølsomme oplysninger.

Slutteligt skal det bemærkes, at Klagenævnet for Udbud skal træffe afgørelsen i henhold til forvaltningslovens § 15 b, hvis anvendelsesområde er langt snævrere end offentlighedslovens § 30, nr. 2, da det ikke er nok, at der skal være en nærliggende fare for skade af betydning.

Der kan i henhold til forvaltningslovens § 15 b alene ske en begrænsning i aktindsigtsadgangen, hvilke aktindsigt afgørende vil kunne skade Stadsing A/S konkurrenceevne eller i øvrigt medføre væsentlige økonomiske skadesvirkninger.

Af de ovenfor anførte grunde vil Stadsing A/S' konkurrenceevne ikke vil blive forringet, ligesom indsigt i doseringsforhold og pakningsstørrelser ikke vil kunne medføre væsentlige økonomiske skadesvirkninger.

Således er det klagers vurdering, at der bør gives indsigt heri efter såvel offentlighedsloven som efter forvaltningsloven.”

Moderniseringsstyrelsen har i brevet med fremsendelse af 28. oktober 2016 af aktindsigtsklagesagen til klagenævnet anført blandt andet:

”Moderniseringsstyrelsen har både i de oprindelige afgørelser af 20. oktober 2016 og i de nye afgørelser af 26. oktober 2016 undtaget oplysninger efter offentlighedsloven § 30, nr. 2, hvorefter retten til aktindsigt ikke omfatter oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold el.lign., for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den virksomhed, oplysningerne angår, at anmodningen ikke imødekommes.

Det følger af formodningsreglen, som anført i Offentlighedsloven med kommentarer, 1. udgave, 1. oplag, s. 530, vedrørende § 30, nr. 2, at myndigheden:

”I de tilfælde, hvor virksomheden giver udtryk for at en udlevering vil påføre konkrete skadesvirkninger for virksomhedens økonomi og begrundet dette, må formodningsreglen indebære, at myndigheden normalt ikke behøver yderligere dokumentation for, at betingelserne for at begrænse aktindsigten efter § 30, nr. 2, er opfyldt.

... Det skal dog samtidig bemærkes, at formodningsreglen ikke ændrer ved, at myndigheden (for en principiel betragtning) fortsat skal foretage en konkret vurdering af, om udleveringen vil indebære en nærliggende risiko for, at der påføres virksomheden navnlig et økonomisk tab af nogen betydning...”

Moderniseringsstyrelsen har inddraget praksis fra Klagenævnet for Udbud i både i afgørelserne af 20. oktober 2016 og i afgørelserne af 26. oktober 2016. Moderniseringsstyrelsen har inddraget følgende kendelser Lett Advokatpartnerselskab mod Viborg Kommune af 12. august 2016, Lyreco Danmark A/S mod Aarhus Kommune af 6. september 2016, Jydsk Plantesevice A/S mod Odense kommune med flere af 17. juni 2010 samt den utrykte kendelse, Abbott Laboratories A/S mod Region Sjælland af 26. april 2012.

På baggrund af formodningsreglen og praksis har Moderniseringsstyrelsen ikke vurderet, at der er grundlag for at tilsidesætte Stadsing A/S vurdering af, at oplysninger om enhedspriser, dosering og visse af forpakningsstørrelserne er så forretningsfølsomme, at oplysningerne vil kunne påføre Stadsing A/S økonomisk skade, såfremt de udleveres.

Moderniseringsstyrelsen har lagt til grund, at der er tale om et marked, hvor der konkurreres intensivt på pris, i hvilken forbindelse doseringsforhold og forpakningsstørrelser har betydning.

Moderniseringsstyrelsen har i sin vurdering lagt vægt på, at Stadsing A/S i sine høringssvar har oplyst, at netop de konkrete doseringsforhold og forpakningsstørrelser er udviklet særligt til Moderniseringsstyrelsens rengørings- og forbrugsartikel-udbud. Ligesom priserne er sat efter en udbudsstrategi, der er lagt til dette konkrete udbud.

Herudover har Moderniseringsstyrelsen lagt vægt på, at der er tale om et marked med få aktører, hvorfor viden om konkurrenters udbudsstrategi kan få stor indvirkning på konkurrencesituationen. På denne baggrund fastholder Moderniseringsstyrelsen sine afgørelser af 20. oktober 2016 til ... MultiLine A/S for så vidt angår enhedspriser, doseringsforhold og visse forpakningsstørrelser, der udviklet specifikt til det konkrete udbud.

Således har Moderniseringsstyrelsen i forbindelse med genbehandling udleveret følgende: De summerede priser for produktområderne samt en række oplysninger om forpakningsstørrelser.”

For så vidt angår MultiLines anmodning om partsaktindsigt i de samme oplysninger i udbudsklagesagen og vedrørende en række spørgsmål, klagenævnet har stillet i den anledning ved e-mail af 5. december 2016, har Moderniseringsstyrelsen anført følgende i sin udtalelse om opsættende virkning af 7. december 2016:

"Det fremgår af faneblad A. Vejledning om udfyldelsen af Bilag 4A [Kravspecifikationen i udbudsmaterialet] ..., at produkternes doseringsforhold skal angives i henhold til produktbladene. Det fremgår af Bilag 1B (kravspecifikationen), afsnit 4.1.2 Produkt- og sikkerhedsdatablade samt arbejdspladsbrugsanvisninger at:

"Leverandøren skal vederlagsfrit stille produktdatablade og sikkerhedsdatablade til rådighed for Kunden på alle produkter, eksempelvis ved at disse er tilgængelige på Leverandørens hjemmeside. Produktdatablade skal indeholde brugsanvisning, der instruerer i korrekt brug af midlerne, herunder brug af relevante værnemidler.

For alle produkter skal der være tydelig og dansksproget varedokumentation. Faremærkninger og deklarationer skal være på dansk og være tydeligt angivet på emballagen.

Leverandøren skal opdatere produktdatablade og sikkerhedsbladene på egen hjemmeside løbende, når der sker ændringer i disse. Leverandøren skal give de Kunder, der anvender produktet, besked, når der er sket ændringer i sikkerhedsdatablade.

Produktdatablade og sikkerhedsdatablade skal være på dansk. Ved forespørgsel fra en specifik kunde skal sikkerhedsdatablade på engelsk fremsendes vederlagsfrit senest 14 kalenderdage fra denne forespørgsel."

Det er således først et krav, at Leverandøren stiller produktblade og sikkerhedsdatablade til rådighed for kunderne efter kontraktindgåelsen. Hermed anses punkt 2 i Klagenævnet for Udbuds e-mail af 5. december 2016 for besvaret. Produktbladene er imidlertid tilvejebragt til brug for klagesagen og fremlægges med dette svarskrift ...

Det kan endvidere som besvarelse af punkt 3 i Klagenævnet for Udbuds e-mail af 5. december 2016 oplyses, at det er normalt i branchen, at både produktblade og sikkerhedsdatablade er frit tilgængelige på leverandørernes hjemmeside, når produkterne er bragt i handel.

Produktbladene, som skal indeholde en brugsanvisning, der instruerer i brug af produkterne, skal indeholde oplysning om rengøringsmidlernes doseringsforhold. Doseringsforholdene skal ligeledes fremgå af produkternes emballage,

Det er ikke et krav i detergentforordningen af 648/2004 af 31. marts 2004, at doseringsforhold fremgår af sikkerhedsdatabladene for rengøringsmidler. Detergentforordningen vedrører primært krav i relation til produkternes indholdsstoffer. Hermed anses punkt 1 i Klagenævnet for Udbuds e-mail af 5. december 2016 for besvaret.

For produkter, der skal doseres, blev der i Bilag 4A beregnet en pris pr. evalueringsenhed efter denne dosering, jf. faneblad A. Vejledning til Bilag 4A (fremlagt som bilag 2). Det vil sige, at der blev beregnet en pris pr. liter væske bestående af det pågældende produkt blandet med vand. Dette blev gjort for at tage højde for, hvor koncentreret de tilbudte produkter var. Jo mere koncentreret et produkt er, desto længere kan det række. Doseringsforholdet indgik i evalueringen for, at priserne for produkterne kunne sammenlignes, uafhængigt af, hvor koncentrerede produkterne er, og for at sikre, at tilbudsgiverne ikke tilbyder ukoncentrerede produkter.

Der skulle udfyldes doseringsforhold for 57 produktlinjer i faneblad B1. Udbuddet/bilag 4A består samlet af 786 produktlinjer. Det var således alene for en mindre del af produktlinjerne, at der skulle udfyldes doseringsforhold.

Der skulle ikke indleveres vareprøver i forbindelse med tilbudsafgivelsen, og indklagede har heller ikke modtaget vareprøver fra nogen af tilbudsgiverne.

Der var tilbudsfrist i udbuddet den 15. september 2016. Indklagede modtog fire tilbud. Tilbuddene havde følgende tilbudssummer: 9.835.471 kr. (Stadsing A/S), 11.345.998 kr. (MultiLine A/S), 13.498.206 kr. (Abena A/S) og 27.167.628 kr. (Toprent A/S), jf. meddelelse om afslag (fremlagt som bilag 3).

Tilbuddet fra Stadsing A/S fremlægges som **bilag A**. Klager har alene modtaget tilbuddet i ekstraheret form, da der er tale om oplysninger, som er omfattet af forvaltningslovens § 15b, nr. 5, jf. indklagedes afgørelse om aktindsigt af 20. oktober 2016 (fremlagt som bilag 3) og genbehandling af afgørelse om aktindsigt af 26.

oktober 2016 (fremlagt som bilag 6). Bilag A uden ekstrahering vil blive fremsendt til Klagenævnet i en separat e-mail

Efter modtagelse af tilbuddene foretog indklagede en komparativ analyse af udviklingen i enhedspriser og doseringsforhold mellem det vindende tilbud fra det tidligere udbud (den nuværende leverandør, Abena A/S) og de indkomne tilbud, herunder Stadsing A/S' tilbud.

Indklagede forholdt sig således til doseringsforholdene allerede inden tildelingen af kontrakt. Analysen viste generelt, at alle fire tilbudsgivere (også Abena A/S) havde angivet højere doseringsforhold og dermed mere koncentrerede rengøringsmidler end Abena A/S angav, da rammeaftalen blev udbudt sidst for 4 år siden. Dette skal ses i sammenhæng med den generelle tendens på markedet, hvor rengøringsprodukter bliver mere og mere koncentrerede ...

Indklagede orienterede tilbudsgivere om beslutningen om at tildele kontrakten til Stadsing A/S den 12. oktober 2016 (fremlagt som bilag 3).

2. Generelt om aktindsigtssagen

2.1 Om anmodningen om aktindsigt

Klager anmodede om aktindsigt i Stadsing A/S' fulde tilbud den 14. oktober 2016. Indklagede modtog desuden en anmodning om aktindsigt fra Abena A/S.

Den 14. oktober 2016 sendte Moderniseringsstyrelsen et høringsbrev til Stadsing A/S vedrørende aktindsigt i dennes tilbud.

Stadsing A/S besvarede høringsbrevet med følgende for så vidt angår spørgsmålet om doseringsforhold, jf. afgørelsen om aktindsigt (fremlagt som bilag 4):

”Hvis vores konkurrenter finder ud af, hvor effektivt vi kan producere rengøringsmidler med en god dosering, vil de straks gå i gang med at udvikle på deres produkter. [...] Stadsing har anvendt store ressourcer på produktudvikling og en offentliggørelse af resultaterne heraf har derfor store skadevirkninger for Stadsing. Som ovenfor nævnt er kredsen af tilbudsgivere på området relativt stabilt, hvorfor der er tale om en konkret og væsentlig skadevirkning hvis konkurrenterne på baggrund af aktindsigt kan kopiere Stadsings udviklingsarbejde.”

Indklagede kontaktede den 19. oktober 2016 Stadsing A/S for at få en uddybning af de svar Stadsing A/S havde givet i e-mail af 18. oktober 2016. Stadsing A/S præciserede her, at virksomheden ønskede doseringsforhold undtaget fra aktindsigt, da der er tale om et fortroligt konkurrenceparameter, jf. telefonnotat af 19. oktober 2016 vedr. høring af Stadsing A/S vedr. aktindsigt (fremlægges som **bilag B**).

Indklagede traf den 20. oktober 2016 afgørelse om aktindsigt (fremlagt som bilag 4). Der blev blandt andet givet afslag på aktindsigt i Stadsing A/S' doseringsforhold.

Klager klagede over afgørelsen om aktindsigt den 21. oktober 2016 (fremlagt som bilag 5).

2.3 Om genbehandlingen af aktindsigtssagen
Moderniseringsstyrelsen genbehandlede på baggrund heraf afgørelsen, og hørte i den forbindelse på ny Stadsing A/S.

Stadsing A/S gentog, at virksomheden ønskede doseringsforhold undtaget fra aktindsigt, og uddybede samtidig begrundelsen herfor. Følgende fremgår således af telefonnotat af 21. oktober 2016 vedr. samtale med Stadsing A/S (fremlægges som **bilag C**):

"KS [Karsten Stadsing] fremhævede, at særligt doseringsforhold var ret kritisk, da det havde de udviklet til dette udbud og hvis disse blev kendt af konkurrenterne, ville konkurrenterne kunne gå tilbage til deres producenter og få dem til at "kopiere doseringsforholdene".

"KS medgav, at hvis de fik kontrakten vil doseringsforholdene jo blive en offentlig kendt hemmelighed, men hvis tildelingsbeslutning blev annulleret af den ene eller den anden grund, så ville de have afsløret en forretningshemmelighed".

Stadsing A/S fastholdt efterfølgende i e-mail af 24. oktober 2016 (fremlægges som **bilag D**), at doseringsforholdene og forpakningsstørrelser var et vigtigt konkurrenceparameter, som burde undtages fra aktindsigt, og oplyste desuden igen, at Stadsing A/S havde udviklet på disse to områder. Stadsing A/S anførte således følgende i sin e-mail af 24. oktober 2016:

"Vi har brugt 12 måneder på at udvikle de produkter, der er budt med i dette udbud. Både dosering og forpakning er store konkurrencemæssige parametre, som vores konkurrenter kan bruge i de kommende udbud. Det vil betyde, at 12 måneders udviklingsom-

kostninger er gået tabt og forspringet mistet, når vores konkurrenter straks går i gang med at udvikle produkter, der kan være på niveau med Stadsings. Dosering og forpakning er to af de parametre, der specielt kan adskille Stadsing fra konkurrenterne på dette snævre marked, hvor alle kender alle, og hvor det altid er de samme, der byder på licitationer. Ved den nye forpakning vi anvender på dette tilbud reducerer vi logistikomkostningerne pr. forsendelse betydeligt og vil kunne levere til en hidtil uset lav pris – der kommer kunden til gode. Hvis forpakningen oplyses vil konkurrenterne kunne gennemskue, hvor og hvordan de skal optimere deres logistikomkostninger og Stadsings konkurrencefordel forsvinder.”

Indklagede sendte sin genbehandling af afgørelsen om aktindsigt til klager den 26. oktober 2016, hvori der fortsat blev givet afslag på aktindsigt i Stadsing A/S' doseringsforhold (fremlagt som bilag 6).

Det kan som besvarelse af punkt 4 i Klagenævnet for Udbuds e-mail af 5. december 2016 oplyses, at det alene er enhedspriser, doseringsforhold og visse af oplysningerne om forpakningsstørrelse, som er blevet undtaget fra aktindsigt ved genbehandlingen af aktindsigtsanmodningen. Det er de undtagne doseringsforhold og forpakningsstørrelser, der ifølge Stadsing A/S er udviklet specifikt til brug for det af klagen omfattede udbud. For god ordens skyld har Stadsing A/S på indklagedes opfordring skriftligt bekræftet, at de produkter, der er udviklet specielt til dette udbud, er de samme produkter for hvilke, der i genbehandlingen af aktindsigtsanmodningen er blevet undtaget oplysninger om doseringsforhold og visse forpakningsstørrelser fra aktindsigt, jf. e-mail af 7. december 2016 fra Stadsing A/S (fremlægges som **bilag E**).

...

Klager har opfordret indklagede til at indhente produktdatablade fra Stadsing A/S for at sikre, at der i tilbuddet er anført korrekte doseringsforhold. Indklagede har på den baggrund anmodet Stadsing A/S om fremsendelse af disse, som blev modtaget af indklagede den 1. december 2016. Produktbladene fremlægges i sagen som **bilag G**. Dette udgør således samtidig en besvarelse af punkt 6 i e-mail af 5. december 2016 fra Klagenævnet for Udbud.

Klager modtager alene produktbladene i ekstraheret form, da de indeholder oplysninger om doseringsforhold og visse forpakningsstørrelser, som er omfattet af forvaltningslovens § 15b, nr. 5, jf. indklagedes afgørelse om aktindsigt af 20. oktober 2016 (fremlagt som bilag 3) og genbehandling af afgørelse om aktindsigt af 26.

oktober 2016 (fremlagt som bilag 6). Bilag G uden ekstrahering vil blive fremsendt til Klagenævnet i en separat e-mail.

Stadsing A/S har telefonisk meddelt indklagede den 5. december 2016, at Stadsing A/S er bevidst om, at de næppe kan forhindre, at oplysningerne om doseringsforhold og forpakningsstørrelser bliver offentligt kendte, når rammeaftalen træder i kraft. Da Stadsing A/S imidlertid byder på lignende udbud i Furesø Kommune og Aarhus Kommune i konkurrence med bl.a. klager, ønsker Stadsing A/S ikke, at doseringsforhold og visse forpakningsstørrelser bliver kendt, før rammeaftalen er endeligt indgået og trådt i kraft. Dette har Stadsing A/S efterfølgende gentaget i e-mail af 7. december 2016 fra Stadsing A/S (Bilag E).

Det er således alene før indgåelse af rammeaftalen, at Stadsing A/S ikke ønsker doseringsforholdene oplyst til konkurrenterne. Hermed anses punkt 5 i e-mail af 5. december 2016 fra Klagenævnet for Udbud for besvaret.”

Moderniseringsstyrelsen har ud over de ovennævnte bilag tillige fremlagt en udtalelse af 5. december 2016 (bilag F) fra styrelsens tekniske konsulent, kemiingeniør Birgit Kjærside Storm, Emla, om doseringsforhold.

Lovgrundlaget

Efter forvaltningslovens § 9 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. Udgangspunktet er, at parten har krav på at blive gjort bekendt med alle sagens dokumenter.

Retten til aktindsigt kan efter forvaltningslovens § 15 b, nr. 5, 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 blandt andet private interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet.

For så vidt angår den almindelige adgang til aktindsigt efter offentlighedsloven, er udgangspunktet ligeledes efter offentlighedslovens § 7, at enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er

indgået til eller oprettet af en myndighed mv. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Efter offentlighedslovens § 30, nr. 2, omfatter retten til aktindsigt ikke oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold eller lignende, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed, oplysningerne angår, at anmodningen ikke imødekommes.

Det er ikke muligt udtømmende at fastlægge, hvilke oplysninger der er omfattet af bestemmelsen i forvaltningslovens § 15 b, nr. 5, og offentlighedslovens § 30, nr. 2. Som eksempler på sådanne oplysninger kan dog blandt andet nævnes oplysninger om produktionsmetoder, produktionsforhold, forretningsforbindelser, kundelister, forretningsbetingelser, kontraktvilkår, forretningsmæssige strategier og markedsføringstiltag. Endvidere kan nævnes oplysninger om etableringsomkostninger, driftsomkostninger, salgsomkostninger samt oplysninger om en virksomheds regnskaber og økonomiske forhold i øvrigt, herunder dens skattemæssige situation, jf. herom betænkning nr. 1510/2009, side 706, som ligger til grund for lovforslag nr. 144 og 145 af 7. februar 2013 om ændring af blandt andet reglerne om aktindsigt i forvaltningsloven og offentlighedsloven.

Det fremgår blandt andet af bemærkningerne til lovforslag nr. L 144 af 7. februar 2013 til lov om offentlighed i forvaltningen, at § 30, nr. 2, forudsætter, at aktindsigt i oplysningerne

”må antages at indebære en nærliggende risiko for, at der – typisk af konkurrencemæssige grunde – påføres den pågældende person eller virksomhed navnlig økonomisk skade af nogen betydning.”

Yderligere fremgår det, at der:

”i forhold til oplysninger, der er omfattet af nr. 2, [vil] gælde en klar formodning for, at udlevering af oplysningerne vil indebære en nærliggende risiko for, at virksomheden eller den person, oplysningerne angår, vil lide skade af betydning.”

I forbindelse med vurderingen heraf bør der ifølge lovbemærkningerne indhentes:

”en udtalelse fra den, oplysningerne angår, for at få belyst risikoen for, at en udlevering af oplysninger om forretningsforhold m.v. vil medføre den nævnte risiko for økonomisk skade.”

Af de almindelige bemærkninger til L 145 af 7. februar 2014 om ændring af blandt andet forvaltningsloven fremgår, jf. de almindelige bemærkninger punkt 4.3.8.5:

“at der for at undtage oplysninger af den omhandlede karakter fra en parts ret til aktindsigt efter forvaltningsloven skal foreligge afgørende hensyn som nærmere beskrevet i pkt. 4.3.8.1, i modsætning til efter offentlighedsloven, hvor der blot skal foreligge væsentlige hensyn som ligeledes nærmere beskrevet i pkt. 4.3.8.1.”

Af de specielle bemærkninger til § 15 b fremgår endvidere:

“Det bemærkes, at for at undtage oplysninger omfattet af § 15 b fra partens ret til aktindsigt skal afgørende hensyn til de interesser, der er opregnet i bestemmelsen, tale imod udleveringen af oplysningerne til parten. Der skal således - i lyset af en parts behov for at kunne varetage sine interesser under en sag, hvor der af en forvaltningsmyndighed er eller vil blive truffet afgørelse - mere tungtvejende hensyn til de pågældende interesser til, for at en myndighed efter en konkret vurdering kan undtage oplysninger fra en parts ret til aktindsigt, end når en anmodning om aktindsigt behandles efter offentlighedsloven. Efter offentlighedsloven kan oplysninger således efter en konkret vurdering undtages fra retten til aktindsigt, hvis væsentlige hensyn til de relevante interesser taler herfor, jf. § 33 i forslaget til offentlighedsloven (og Offentlighedskommissionens lovudkast).”

Klagenævnets begrundelse og afgørelse

Klagenævnet har forstået MultiLines anmodning om partsaktindsigt i udbudsklagesagen, sådan at der ønskes aktindsigt i de oplysninger om doseringsforhold og forpakningsstørrelser, som Moderniseringsstyrelsen i sin anden afgørelse om aktindsigt efter offentlighedsloven har nægtet selskabet indsigt i. Anmodningen angår således ikke de (del)prisoplysninger, som styrelsen også har undtaget fra aktindsigt.

Den angår heller ikke spørgsmålet om aktindsigt i Stadsings vareprøver, som efter det oplyste i øvrigt hverken skal eller er indleveret til Moderniseringsstyrelsen på nuværende tidspunkt, og som heller ikke indgår i denne udbudsklagesag.

Stadsings tilbudsliste (bilag 4A) indeholder blandt andet oplysninger om forpakningsstørrelser og doseringsforhold, som efter det som Stadsing har oplyst, ikke (for tiden) er kendte af markedet, idet de er udviklet specifikt til brug for det af dette udbud. De fremlagte produktblade, som MultiLine også ønsker aktindsigt i, indeholder tilsvarende oplysninger.

Ifølge Stadsing er de nye doseringsforhold og størrelser væsentlige konkurrenceparametre for selskabet. Dette understøttes for så vidt angår doseringsforhold af udtalelsen af 5. december 2016 fra Moderniseringsstyrelsens tekniske konsulent, som ikke udtaler sig om spørgsmålet om pakkestørrelser. Klagenævnet lægger til grund, at det alene er oplysninger om sådanne nye, for markedet ukendte, doseringsforhold og forpakningsstørrelser, som Moderniseringsstyrelsen har undtaget fra aktindsigt efter offentlighedslovens regler, og har indstillet ikke udleveres til MultiLine efter reglerne om partsaktindsigt i forvaltningsloven. Klagenævnet finder således, at der efter de foreliggende oplysninger ikke er grundlag for at betvivle Stadsings oplysning i e-mailen af 7. december 2016 om, at det er alle produkterne med doseringsoplysninger i tilbuddet, som er udviklet specielt til brug for dette udbud.

Efter de foreliggende oplysninger lægger klagenævnet endvidere til grund, at doseringsforhold og forpakningsstørrelser er af konkurrencemæssig central betydning i det marked, hvor blandt andet Stadsing og MultiLine opererer, og at Stadsing til brug for nærværende udbud har udviklet produkter med nye doseringsforhold og forpakningsstørrelser, som har meget væsentlig betydning for virksomhedens konkurrencemæssige stilling på markedet under dette og andre igangværende udbud i Furesø Kommune og Aarhus Kommune. Selvom Stadsing henset til kravet i nærværende udbud om at stille produktblade med oplysning om blandt andet doseringsforhold og efter forholdene i markedet i øvrigt må antages ikke at kunne hemmeligholde de pågæl-

dende oplysninger i nogen længere periode, finder klagenævnet, at der på nuværende tidspunkt foreligger så tungtvejende hensyn til Stadsings økonomiske interesser i de igangværende udbud, at disse hensyn overstiger MultiLines interesse i til brug for denne udbudsklagesag at opnå aktindsigt i de oplysninger, Moderniseringsstyrelsen har undtaget fra aktindsigt efter offentlighedsloven og undladt at fremlægge for MultiLine i denne sag. Den omstændighed, at de pågældende udbud ifølge MultiLine må forventes afsluttet inden for en ganske kort tidshorison kan ikke ændre herpå. Det bemærkes herved, at de tilsvarende oplysninger om doseringsforhold mv. i Stadsings tilbud under disse udbud alene kan forventes at tilgå markedet, hvis Stadsing vinder udbuddene. På samme måde må det antages, at de doseringsoplysninger mv., som Moderniseringsstyrelsen har modtaget under dette udbud, alene vil tilgå markedet, hvis Moderniseringsstyrelsen indgår kontrakt med Stadsing – hvilket blandt andet beror på udfaldet af denne udbudsklagesag og herunder klagenævnets stillingtagen til spørgsmålet om opsættende virkning. Der meddeles som følge heraf ikke MultiLine partsaktindsigt i de pågældende oplysninger i tilbudslisten og produktdatabladene, jf. forvaltningslovens § 15 b, nr. 5.

Klagenævnet har under hensyn til meroffentlighedsprincippet overvejet, om der bør meddeles MultiLine aktindsigt i de ønskede oplysninger, jf. forvaltningslovens § 10, stk. 1. Klagenævnet har imidlertid ikke fundet grundlag herfor. Klagenævnet har i den forbindelse lagt vægt på de beskyttelseshensyn, der ligger bag bestemmelsen i forvaltningslovens § 15 b, nr. 5. Det bemærkes herved, at de undtagne oplysninger må anses for omfattet af tavshedspligt, jf. forvaltningslovens § 27, stk. 1, nr. 2.

Sagens videre forløb

Hvis MultiLine måtte have yderligere bemærkninger vedrørende spørgsmålet om opsættende virkning, skal disse indgives **senest den 13. december 2016 kl. 12:00**. I givet fald skal Moderniseringsstyrelsens eventuelle bemærkninger hertil indgives **senest den 15. december 2016 kl. 12:00**. Det forudsættes, at eventuelle yderligere indlæg vedrører de allerede nedlagte påstande og indgives elektronisk inden for den fastsatte frist.

f. Katja Høegh
landsdommer

Anne-Mette Schjerning
specialkonsulent