

Klagenævnet for Udbud

Adresse: Erhvervsstyrelsen, Dahlerups Pakhus, Langelinie Allé 17, 2100 København Ø
Telefon: 35 29 10 00 - Telefax: 33 30 76 00 - mail: klfu@erst.dk - Internet-adresse: www.klfu.dk

Bandagist-Centret A/S

Att.: Direktionssekretær Pia Strunge

ps@bandagist-centret.dk

Fællesindkøb Fyn

Att.: Udbudsjurist Pia Bergstrøm Norman Andersen

libna@faaborgmidtfyn.dk

Med kopi til:

Ortos A/S

Att.: Aut. Bandagist, CPO, B.Sc. Mads Harbo

mha@ortos.dk

Sahva A/S

Att.: Markedschef Morten Thorsen

morten.thorsen@sahva.dk

Journalnummer

2016-3082

Dato

24. august 2016

Vedr.: Klage over afgørelse om aktindsigt – Bandagist-Centret A/S mod Fællesindkøb Fyn

Indledning

Den 17. marts 2016 fremsatte Bandagist-Centret A/S over for Fællesindkøb Fyn anmodning om aktindsigt i ”de prislister, der fremover vil være gældende for borgerens tilskud ved benyttelse af frit leverandørvalg i henhold til serviceloven”. Aktindsigtsanmodningen angik nærmere bestemt prislisterne på områderne: Delaftale 1 – Ortoser og delaftale 2 – Proteser. Til støtte for aktindsigtsanmodningen henviste Bandagist-Centret A/S blandt andet til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. december 2012 i sagen ReaMed (Tødin A/S) mod Gribskov Kommune.

Fællesindkøb Fyn hørte den 17. marts 2016 Ortos A/S som vindende tilbudsgiver på delaftale 1, om de pågældende oplysninger burde undtages fra aktindsigt. En tilsvarende høring blev ligeledes den 17. marts 2016 sendt til Sahva vedrørende delaftale 2.

Ortos A/S afgav den 21. marts 2016 høringssvar, hvoraf blandt andet fremgår følgende:

”Bandagist branchen er kendetegnet ved forholdsvis få men store leverandører, hvor der opleves tæt konkurrence på markedet, og særligt intensiv konkurrence på priser. Det vurderes, at der i fremtiden vil blive indhentet tilbud på de samme ydelser og produkter, som er omfattet af nærværende udbud. En offentliggørelse af tilbudspriser vedrørende aftalen fra Ortos A/S, kan fremadrettet være særdeles uhensigtsmæssig, da konkurrenter vil få et indblik i oplysninger, som de kan drage væsentlig nytte af i udbud fremover, ved strategisk at placere deres prispolitik under Ortos A/S.

Generelt må det siges, at mange af de oplysninger som tilbuddet består af – priser såvel som yderligere dokumentation – er interne og fortrolige oplysninger om drifts-, forretningsforhold eller lignende, hvor videregivelse vurderes, at kunne få skadelig betydning for Ortos A/S, hvorfor også dette er indskærpet over for medarbejderne i form af klausuler, som kan have ansættelsesretlige konsekvenser for den enkelte medarbejder, ved videregivelse af tilsvarende oplysninger.”

Sahva A/S afgav den 29. marts 2016 høringssvar, hvoraf blandt andet fremgår følgende:

”Sahva A/S gør i relation til de konkrete omstændigheder forbundet med den aktuelle anmodning om aktindsigt på dette grundlag gældende,

(01) at der helt åbenbart er tale om oplysninger om forretningsforhold i form af prisoplysninger og produktspecifikke

oplysninger, der ikke er tiltænkt offentligheden, herunder Sahva A/S' konkurrenter, i henhold til Offentlighedslovens § 30, nr. 2, hvorfor oplysningerne allerede af denne grund bør undtages aktindsigt,

- (02) at der under alle omstændigheder er tæt konkurrence på markedet for proteser, hvilket underbygges af det lave antal modtagne tilbud under udbuddet,
- (03) at herudover har Fællesindkøb Fyn, med udgangspunkt i de afgivne tilbud, ved selvsyn selv kunne konstatere en tæt priskonkurrence på markedet for proteser,
- (04) at de i tilbudslisten oplyste produktspecifikke data indgår i konkurrencegrundlaget i henhold til de fastsatte underkriterier,
- (05) at de produktspecifikke data har haft betydning for, at Sahva A/S har fået kontrakten tildelt, samt
- (06) at indrømmelse af aktindsigt i de enkelte produktspecifikke oplysninger også isoleret selv vil hæmme virksomhedens konkurrenceevne i forhold til de øvrige markedsaktører i forbindelse med forestående udbud.

Sahva A/S skal på dette grundlag anmode om, at tilbudslisten undtages fra aktindsigten i sin helhed i medfør af offentlighedslovens § 30, nr. 2, jf. § 34, nr. 2.”

Fællesindkøb Fyns afgørelse om aktindsigt

Fællesindkøb Fyn traf den 29. marts 2016 afgørelse i sagen. Af afgørelsen fremgår følgende:

”Efter at have foretaget en konkret vurdering af Jeres anmodning om aktindsigt, kan Fællesindkøb Fyn meddele, at anmodningen ikke kan imødekommes.

Det er efter det almindelige officialprincip Fællesindkøb Fyns ansvar, at der foreligger de oplysninger m.v., der er nødvendige for, at der kan træffes en korrekt afgørelse i aktindsigtssagen. Fællesindkøb Fyn har således, og på baggrund af god forvaltningsskik, sendt aktindsigtsanmodningen i høring hos tilbudsgiverne, som oplysningerne vedrører.

Fællesindkøb Fyn har efterfølgende foretaget en vurdering af de af anmodningen omfattede dokumenter efter offentlighedsloven (OFL), herunder om der ved offentliggørelse i den konkrete situation foreligger en tilstedeværende og nærliggende risiko for væsentlige økonomiske tab, både for virksomhederne og for kommunen, jf. OFL § 30, stk. 1, litra 2, og § 33, stk. 1, litra 3. Fællesindkøb Fyn har ved afgørelsen lagt vægt på, at følgende sagsakter anses som værende oplysninger om forretningsforhold, som er af væsentlig økonomisk betydning for de virksomheder oplysningerne angår, jf. OFL § 30, stk. 1, nr. 2.

Undtaget fra aktindsigten er således tilbudsgivernes oplyste priser i de indkomne tilbud, idet disse oplysninger kan påføre økonomisk skadesvirkning for tilbudsgiverne, samt påvirke Fællesindkøb Fyns økonomisk, ved udførelsen af kommunernes fremtidige forretningsvirksomhed.

Fællesindkøb Fyn vurderer, at nærværende ikke kan sammenlignes med Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. december 2012.

Der er i ovenstående taget højde for principperne om merofentlighed jf. OFL § 14, stk. 1.”

Bandagist-Centret A/S klagede den 7. april 2016 over denne afgørelse, og Klagenævnet for Udbud modtog den 12. april 2016 klagen fra Fællesindkøb Fyn. I forbindelse med fremsendelsen af klagen har Fællesindkøb Fyn blandt andet anført følgende:

”... Den af Fællesindkøb Fyn trufne afgørelse fastholdes, hvorfor sagen videresendes til Klagenævnet for Udbud, jf. offentlighedslovens § 37, stk. 2.

I afgørelsen har Fællesindkøb Fyn vurderet, at kendelsen fra Klagenævnet for Udbud af 13. dec. 2012 ikke kan sammenlignes med nærværende udbud, idet der i udbudsbetingelserne ikke er angivet, at priserne offentliggøres. I forlængelse heraf kan oplyses, at prislisten på det aktuelle udbud som oftest aldrig vil blive tilgængelige for borgeren, idet borgerens tilskud oplyses som en samlet pris på ortosen eller protesen.”

I forlængelse heraf har Fællesindkøb Fyn – på forespørgsel af klagenævnet – i e-mail af 13. april 2016 oplyst blandt andet følgende:

”Kommunens fremgangsmåde ved § 112 bevillinger:

Borgeren ansøger – oftest i samarbejde med en leverandør/bandagist – sin kommune om støtte til en protese eller ortose efter Servicelovens § 112.

I forbindelse med sagsbehandlingen i kommunen vurderes det, hvilket hjælpemiddel der er det bedste og billigste hjælpemiddel til borgeren, med afsæt i de priser der er indeholdt i det tilbud der danner grundlag for beregning af bevillingsbeløbet.

Ved benyttelse af frit valg, vil borgeren få et tilskud svarende til det beløb, som kommunen kan anskaffe hjælpemidlet til efter princippet bedst egnede og billigste hjælpemiddel.

Tilskuddet/bevillingsbeløbet oplyses som en samlet sum excl moms, dvs priser på grundhylster og de enkelte tilbehørsdele, som protesen/ortosen består af, bliver ikke gjort tilgængelig for borger/fritvalgsleverandør.”

Bandagist-Centret A/S, der er hørt over Fællesindkøb Fyns udtalelser, har ved e-mail af 21. april anført følgende:

”Tilbudslisterne på ortoser og proteser er blevet til i et samarbejde mellem IKA og bandagistbranchen via et arbejde gennemført i en fokusgruppe. Listerne er tilgængelige på IKA's hjemmeside og IKA anbefaler, at kommunen bruger disse lister i forbindelse med udbud på ortoser og proteser. Ved at bruge disse lister sikres gennemsigtighed og ensartethed, således at der bydes på de samme produkter.

Området ortoser og proteser er komplekst, netop fordi det er individuelt fremstillede hjælpemidler, der kan være svære at funktionsbeskrive. Derfor har man valgt at opdele listerne på en måde, så en ortose/protese består af et grundprodukt samt evt. tillæg. Grundproduktet er beskrevet i forhold til funktion samt hvilke dele der indgår i ortosen/protesen. Ofte er der behov for, at grundproduktet tilføjes diverse tillæg for at kunne afhjælpe borgerens funktionsnedsættelse bedst muligt.

Fællesindkøb Fyn bemærker, at de oplyser en samlet pris for ortosen/protesen. Dette gør at det bliver meget uigennemsigtigt både for borger og leverandør, hvad ortosen/protesen reelt består af samt hvad den reelle pris for ortosen er.

Det sker, at en leverandør er nødt til at søge kun om tillæg til en ortose/protese, f.eks. i forbindelse med reparationer eller ny silikoneliner til protesen. Hermed bliver prisen på det enkelte tillæg med tiden tilgængeligt.

Gennemsigtighed i ansøgnings-/bevillingsproceduren er vigtig, således alle kan se, hvad det er, der helt præcist skal leveres og hvad det koster. Som leverandør er det vigtig at kunne oplyse borgeren om dennes eventuelle egenbetaling, således borgeren har mulighed for at vælge om han/hun – hvis det er aktuelt – ønsker at betale en del af ortosen selv eller ønsker at benytte kommunens aftaleleverandør.

Vi fastholder derfor vores anmodning om aktindsigt i delpriserne.”

Klagenævnets afgørelse og begrundelse

1. Lovgrundlaget

Udgangspunktet efter offentlighedslovens § 7 er, 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 offentlighedslovens § 30, nr. 2. Som eksempler på sådanne oplysninger kan dog bl.a. 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. Der kan herved henvises til betænkning nr. 1510/2009, side 706, som ligger til grund for det lovforslag (L 144 af 7. februar 2013), som offentlighedsloven bygger på.

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 vil ”i forhold til oplysninger, der er omfattet af nr. 2, gælde en klar formodning for, at udlevering af oplysningerne vil indebære en nær-

liggende 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”.

Efter offentlighedslovens § 33, nr. 3, kan retten til aktindsigt begrænses i det omfang, det er nødvendigt til beskyttelse af væsentlige hensyn til det offentlige økonomiske interesser, herunder udførelsen af det offentlige forretningsvirksomhed.

Af offentlighedslovens § 34 følger, at hvis de hensyn, der er nævnt i §§ 30-33, kun gør sig gældende for en del af et dokument, skal der meddeles aktindsigt i dokumentets øvrige indhold. Det gælder dog ikke, hvis det vil medføre en prisgivelse af det eller de hensyn, der er nævnt i §§ 30-33, hvis det vil indebære, at der gives en klart vildledende information, eller hvis det resterende indhold i dokumentet ikke har et forståeligt eller sammenhængende indhold.

2. Klagenævnets vurdering af de undtagne prisoplysninger

Som klagenævnet forstår den trufne afgørelse af 29. marts 2016 har Fællesindkøb Fyn undtaget oplysninger om priser på grundhylstre og de enkelte tilbehørsdele i de vindende tilbud fra henholdsvis Ortos A/S og Sahva A/S i medfør af navnlig offentlighedslovens § 30, nr. 2.

Efter klagenævnets faste praksis vil oplysninger om tilbudsgiveres delpriser og produktpriser under et udbud ofte kunne undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 30, nr. 2, idet 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.

I overensstemmelse hermed finder klagenævnet efter de foreliggende oplysninger, herunder det oplyste om konkurrencesituationen på det

pågældende marked, at betingelserne for at undtage de omhandlede prisoplysninger som udgangspunkt må anses for opfyldt i denne sag.

Bandagist-Centret A/S har – med henvisning til klagenævnets kendelse af 13. december 2012 i sagen ReaMed (Tødin A/S) mod Gribskov Kommune – gjort gældende, at der er tale om prisoplysninger, som vil blive gjort offentligt tilgængelige som følge af reglerne om frit valg efter den sociale servicelovs § 112, stk. 3, og at der derfor ikke er grundlag for at undtage oplysningerne i medfør af de påberåbte undtagelsesbestemmelser i offentlighedsloven.

I den pågældende kendelse af 13. december 2012 har klagenævnet blandt andet anført følgende:

”Det fremgår af bestemmelsen i servicelovens § 112, stk. 3, 2. pkt., at hvis kommunalbestyrelsen har indgået en leverandørtale, og ansøgeren ønsker at benytte en anden leverandør end den, som kommunen har indgået leverandørtale med, ”indkøber ansøgeren selv hjælpemidlet og får udgifterne hertil refunderet, dog højst med et beløb svarende til den pris, kommunen kunne have erhvervet hjælpemidlet til hos sin leverandør.”

Af udbudsbetingelsernes pkt. 2.3 fremgår blandt andet, at leverandøren skulle levere ydelser i form af, at borgere, der benytter fritvalsreglerne til at købe et dyrere produkt hos leverandøren, skal ”orienteres om merbetaling/egenbetalingsforpligtelsen”, og administrative ydelser om ”håndtering af, at regninger skal opstilles således, at kommunen betaler et beløb beregnet på baggrund af den kontrakt, der er indgået (den konkrete bevilling), og borgeren betaler den resterende del af beløbet”. Indklagede oplyste under udbudsforretningen ved besvarelsen af spørgsmål 6 endvidere, at afregningen ”mellem borgeren, leverandøren og kommunalbestyrelsen (de respektive kommuner) i de tilfælde, hvor borgeren har benyttet sig af retten til frit valg, sker på den måde, at fakturaen for indkøbet af leverandøren sendes til og afregnes direkte med kommunen. Borgeren hæfter selv for egenandelen, der afregnes direkte med leverandøren.” I over-

ensstemmelse hermed har Gribskov Kommune blandt andet anført, at fritvalgsordningen ”forudsætter kendskab til den vindende tilbudsgivers priser på de af leverandøraftalen omfattede produkter. Eksempelvis må en borger nødvendigvis kende niveauet for tilskud for at kunne vurdere, om borgeren ønsker at indkøbe et andet og dyrere produkt efter eget (frit) valg. Endvidere forudsætter den ikke-vindende leverandørs fakturering af borgere, der køber efter fritvalgsordningen, kendskab til den vindende tilbudsgivers priser, idet leverandøren skal fakturere kommunen for ”tilskudsbeløbet”, mens borgeren faktureres direkte for egenbetalingen”.

Det må herefter lægges til grund, at kommunens borgere, i det omfang de er visiteret til et diabeteshjælpemiddel, der er omfattet af den udbudte aftale, med henblik på at vurdere, om de pågældende ønsker at benytte sig af deres ret til frit valg, af kommunen kan få oplyst størrelsen af de maksimale kommunale refusionsbeløb – og dermed prisen på det produkt, som Mediq Danmark A/S kan levere i henhold til rammeaftalen. Ligeledes er det ubestridt, at fritvalgsordningen indebærer, at ReaMed og andre eventuelle konkurrerende virksomheder vil få oplysning herom, i det omfang borgerne rent faktisk benytter sig af deres ret til frit at vælge en anden leverandør.

Under disse omstændigheder, hvor prisoplysningerne hele tiden har været bestemt til at blive gjort tilgængelige for en bredere kreds af kommunernes borgere samt til leverandører af tilsvarende produkter, kan det – i modsætning til, hvad der efter klagenævnets praksis normalt er tilfældet for sådanne del- eller produktpriser – ikke lægges til grund, at det i forhold til kommende bud er af væsentlig økonomisk betydning for Mediq Danmark A/S at undtage oplysningerne om denne tilbudsgivers priser fra aktindsigt, jf. offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2. Det anførte gælder, uanset om de enkelte produktpriser konkret har været meddelt borgere eller virksomheder som led i administrationen af fritvalgsordningen.”

Som det fremgår af det ovenfor citerede, vil den fritvalgsordning, som følger af bestemmelsen i den sociale servicelovs § 112, stk. 3, i almindelighed indebære, at borgeren/den valgte leverandør får kendskab til den vindende tilbudsgivers priser på de af leverandøraftalen omfattede produkter.

I den foreliggende sag må det efter det oplyste imidlertid lægges til grund, at borgeren, hvis denne anvender sit frie valg til at benytte anden leverandør, i overensstemmelse med, hvad der følger af den sociale servicelovs § 112, stk. 3, vil få oplysning om et samlet støttebeløb vedrørende den konkrete ortose/protese, som borgeren bevilges af kommunen. Den foreliggende sag adskiller sig herved fra den situation, som klagenævnet tog stilling til i ovennævnte kendelse af 13. december 2012, idet der i den foreliggende sag ikke er tale om produktpriser på det enkelte hjælpemiddel, men om delpriser på forskellige elementer, som vil indgå i den ortose/protese, som vil skulle laves til den enkelte borger.

På denne baggrund kan det ikke lægges til grund, at prisoplysningerne på de enkelte delelementer, som indgår i proteser/ortoser, har været bestemt til at blive gjort tilgængelige for en bredere kreds af kommunernes borgere og/eller leverandører af tilsvarende produkter. Klagenævnet bemærker i den forbindelse, at der efter det fremkomne ikke er grundlag for at lægge til grund, at de berørte borgere eller valgte leverandører i forbindelse med reparation mv. af ortoser/proteser vil blive bekendt med delpriserne på de enkelte elementer, som indgår i ortoser/proteser.

Da klagenævnet som nævnt ovenfor efter de foreliggende oplysninger, herunder det oplyste om konkurrencesituationen på det pågældende marked, finder, at betingelserne efter offentlighedslovens § 30, nr. 2, for at undtage de omhandlede prisoplysninger fra aktindsigt må anses for opfyldt i den foreliggende sag, er der herefter ikke grundlag for at ændre Fællesindkøb Fyns afgørelse af 29. marts 2016.

3. Klagenævnets overvejelser om meroffentlighed

Klagenævnet har under hensyn til meroffentlighedsprincippet i offentlighedslovens § 14, stk. 1, overvejet, om der bør meddeles aktindsigt i videre omfang end anført ovenfor. De undtagne oplysninger må anses for omfattet af tavshedspligt, jf. forvaltningslovens § 27, stk. 1, nr. 2. Allerede af den grund kan de pågældende oplysninger ikke udleveres efter meroffentlighedsprincippet i offentlighedslovens § 14, stk. 1.

4. Klagenævnets afgørelse

Klagenævnet finder efter det ovenfor anførte ikke grundlag for at ændre Fællesindkøb Fyns afgørelse af 29. marts 2016.

Klagenævnets afgørelse kan ikke påklages til anden administrativ myndighed.

Kopi af denne afgørelse er samtidig sendt til Ortos A/S og Sahva A/S.

Klagenævnet skal beklage den langvarige sagsbehandling.

f. Kristian Korfits Nielsen
landsdommer

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig