

Klagenævnet for Udbud

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

Lett Advokatpartnerselskab

Att.: Advokat Torkil Høg

tho@lett.dk

Att.: Advokatfuldmægtig Amanda Elizabeth Riberholt-Rischel

aer@lett.dk

Viborg Kommune

Att.: Bente Schlie

bsch@viborg.dk

Med kopi til:

Abena A/S

Att.: Controller Klaus Gregersen

klg@abena.dk

Mediq Danmark A/S

Att.: Kontraktchef Christian Clausen

christian.clausen@mediq.com

Kirstine Hardam A/S

Att.: Direktør Uffe Hardam

uffe@hardam.dk

OneMed A/S

Att.: Projektleder Iben Sjørlev

iben.sjoerlev@onemed.com

Journalnummer

2016-2671

Dato

12. august 2016

Vedr.: Klage over afgørelse om aktindsigt – Lett Advokatpartnerselskab mod Viborg Kommune

Indledning m.v.

Den 11. februar 2016 anmodede Lett Advokatpartnerselskab om ”aktindsigt i samtlige indkomne tilbud inkl. priser i Viborg Kommunes udbud af levering af stomi- og urologiprodukter til Jysk Fællesindkøb (udbudsbkg. 2015/S215-392138)”.

Viborg Kommune traf – efter forudgående høring af de berørte tilbudsgivere – den 17. februar 2016 afgørelse vedrørende aktindsigtsanmodningen. Af afgørelsen fremgår blandt andet:

”Som svar på din aktindsigtsbegæring modtaget d. 11. februar 2016 sender jeg hermed det efterspurgte. Se de vedhæftede dokumenter.

Viborg Kommune har efter et konkret skøn vurderet, at følgende informationer vil blive undtaget for aktindsigt efter offentlighedslovens § 30, stk. 1, nr. 2:

- Udbudsbilag B: omsætning samt omsætning indenfor det udbudte produktområde
- Udbudsbilag C: kontaktpersoner samt årlige kontraktsummer og antal bevillinger
- Bilag 5/7 Tilbudsliste: alle tilbudte produkter og enhedspriser
- Bilag 6/8 Underkriteriet samarbejde: specifikke beskrivelser om tilbudte ydelser og tilknyttede ressourcer, herunder CV’er på resourcepersoner
- Kundetilfredshedsundersøgelser
- Profilbrochurer
- Informationer om E-bevilling
- Informationsbreve til borgere

Ovenstående er vurderet undtaget for aktindsigt efter dialog med tilbudsgiverne. Alle tilbudsgivere har påpeget oplysninger i deres tilbud, der har væsentlig økonomisk betydning for deres virksomhed, og som de ønsker undtaget for aktindsigt. Dette drejer sig om service, konsulentbistand og rådgivning, e-bevillingssystem og opfyldelse af underkriteriet samarbejde.

Da markedet for salg af stomi- og urologiprodukter er karakteriseret af få aktører, har disse oplysninger om drifts- og forretningsforhold, afgørende økonomisk betydning for virksomheden.

Af samme grund undtages tilbudsgiverens produktsammensætning, da dette ligeledes er et direkte konkurrenceparameter.

Efter klagenævnets faste praksis undtages oplysninger om tilbudsgiverens delpriser og produktpriser, da de konkurrerende virksomheders kendskab til en tilbudsgivers prissætning efter omstændighederne kan indebære en nærliggende risiko for at skade tilbudsgivernes konkurrenceevne i forhold til fremtidige udbud. Derudover vil kendskab til den vindende tilbudsgivers priser ødelægge det forventede salg til kommunens borgere, da borgerne ikke får en merudgift ved at benytte sig af sit frie valg.”

Lett Advokatpartnerselskab opfordrede ved brev af 24. februar 2016 Viborg Kommune til at genoverveje, om aktindsigtsanmodningen af 11. februar 2016 kunne imødekommes for så vidt angik tilbudslisterne med undtagelse af delpriser.

Viborg Kommunen traf på denne baggrund fornyet afgørelse om aktindsigt den 1. marts 2016. Af afgørelsen fremgår blandt andet:

”Viborg Kommune har d. 11. februar 2016 modtaget aktindsigt i samtlige indkomne tilbud inkl. priser i Viborg Kommunes udbud af levering af stomi- og urologiprodukter til Jysk Fællesindkøb.

I mail af 17. februar 2016 besvarede Viborg Kommune aktindsigten. ...

...

Tilbudsgiverne har ved underretning om aktindsigten sagligt begrundet, hvilke dele af deres tilbud, der har væsentlig økonomisk betydning for deres virksomhed, og dermed skal undtages for aktindsigt.

Fra tilbudsgiverne begrundes det vedr. aktindsigt i produkterne:

- For så vidt angår den begærede indsigt i de tilbudte produkter (tilbudslisten), skal bemærkes at X igennem en år-række har arbejdet målrettet med udviklingen af sortiment og prisniveau, for at kunne løfte den opgave, det er at være leverandør til den offentlige sektor. Dette arbejde har gjort, at X er i stand til at sammensætte et sortiment, der er konkurrencedygtigt på økonomi og ikke mindst kvalitet.
- Det har væsentlig økonomiske betydning for os, at oplysninger om de tilbudte produkter friholdes fra eventuel aktindsigt, eftersom der ligger en betydelig indsats bag ved disse i form af procesoptimering og branchekendskab. En sådan procesoptimering og branchekendskab vil en konkurrent kunne kopiere, såfremt konkurrenten får uhindret adgang til produktsortiment.
- X's tilbud indeholder en række dokumenter, som i deres helhed eller i altovervejende grad angår drifts- og forretningsforhold og hvis fortsatte hemmeligholdelse har afgørende økonomisk betydning for virksomheden.
- Markedet for salg af stomiprodukter er karakteriseret af få aktører og derfor præget af en særdeles intensiv konkurrence. Derfor vil videregivelse af følsomme oplysninger i X's tilbud, og den forbundne fordel der opnås i såvel igangværende og fremtidige udbud ved at få indsigt i X's drifts- og forretningsforhold, indebære konkret og særdeles væsentlig risiko for, at X kan blive påført betydelige tab.
- X afgiver kontinuerligt bud på urologi, og der kommer således nye udbud indenfor de næste par måneder. Særligt henvises til at der forventeligt indledes forhandlinger om

et tilsvarende udbud ved Fællesindkøb Fyn og Sønderjysk samarbejde

- Hvis der gives aktindsigt, som begæret, vil dette medvirke til at fordreje den konkurrence, som forudsættes af de offentlige indkøbere derved, at konkurrenter gives mulighed for indsigt i X's produkter før igangværende og fremtidige udbud er endeligt afgjorte. Dette vil klart være i strid med væsentlig økonomisk interesser for X.

Begrundelsen for at undtage produktsammensætning kommer derfor fra tilbudsgivers side.

...

Derudover følger det af praksis, jf. kendelse fra Klagenævnet for Udbud d. 15. maj 2012 (Danpleje – OneMed Danmark A/S mod Københavns Kommune), at tilbudsgivers produkter kan undtages, når det er en unik tilbudt produktsammensætning og tilbudsgiver sagligt kan begrunde undtagelsen.

Markedet for stomi- og urologiprodukter er karakteriseret ved et begrænset antal tilbudsgivere. Ved nærværende udbud afgav 3 tilbudsgivere tilbud pr. delaftale. Tilbudsgiverne påpeger, i deres svar på aktindsigten, den skadelige virkning for den fremtidige konkurrencesituation, hvis oplysninger om produktsammensætninger offentliggøres, når der er tale om produkter, der sælges af et begrænset antal virksomheder.

Underkriteriet Sortimentsbredde er vurderet ud fra antallet af tilbudte produkter. Antallet af produkter der kan tilbydes, for at opnå højest score på sortimentsbredde, afhænger derfor af, hvilke produkter tilbudsgiverne tilbyder. Jo flere produkter tilbudsgiverne byder ind med, jo højere score opnås der.

Produktsammensætningen har af den grund væsentlig økonomisk betydning for tilbudsgiverne på markedet, hvis denne afsløres.

...

Viborg Kommune kan derfor ikke imødekomme jeres anmodning om aktindsigt i tilbudslisterne med undtagelse af delpriser og videresender ikke brevet fra Lett Advokatfirma, modtaget d. 24. februar, til Klagenævnet for Udbud.

Viborg Kommune afventer i stedet et endeligt svar på, om aktindsigtsbegæringen af 11. februar 2016 fastholdes for så vidt angår tilbudslisterne med undtagelse af delpriser.”

Lett Advokatpartnerselskab fastholdt ved brev af 11. marts 2016 aktindsigtsanmodningen for så vidt angår tilbudslisterne med undtagelse af delpriser. Af brevet fremgår blandt andet følgende:

”I forlængelse af Lett Advokatpartnerselskabs brev af 22. februar 2016 og med henvisning til Viborg Kommunes svarbrev af 1. marts 2016, skal jeg hermed oplyse, at aktindsigtsbegæringen af 11. februar 2016 fastholdes for så vidt angår tilbudslisterne til kommunens udbud 2015/S 215-392138 med undtagelse af delpriser.

Kommunens brev af 1. marts 2016 giver i den forbindelse anledning til følgende bemærkninger:

Ud fra det oplyste har kriteriet Pris vægtet højest ved evalueringen i nærværende og lignende udbud på markedet for stomi- og urologiprodukter og må derfor anses som det primære konkurrenceparameter på markedet.

Produktsammensætning har ikke ved dette udbud indgået som et direkte konkurrenceparameter og kan ikke anses for at have udgjort en væsentlig del af kriteriet Sortimentsbredde, da produktgivningen for dette kriterier alene afhænger af antallet af tilbudte produkter, men i øvrigt ikke relaterer sig til hvilke konkrete produkter, der er budt med.

Tilbudsgivere, der har tilbudt samme antal produkter ville således efter den oplyste evalueringmodel modtage samme score, uanset hvilke produkter de bød med.

Kommunen henviser i sit svar af 1. marts 2016 til, at produkt-sammensætning kan undtages efter Klagenævnet for Udbudskendelse af 15. maj 2012 (Danpleje – OneMed Danmark A/S mod Københavns Kommune) såfremt tilbudssammensætningen er unik og tilbudsgiver sagligt kan begrunde undtagelsen.

Kendelsen synes at være en konkret afgørelse og angiver ikke nærmere, hvilke omstændigheder Klagenævnet har lagt vægt på.

Den omstændighed, at markedet karakteriseres af få aktører ændrer ikke ved, at tilbudsgiverne byder ind med standardvarer, der er tilgængelige for samtlige tilbudsgivere. Der er således ikke tale om ”unikke” løsninger, da tilbudsgiverne antageligvis byder ind med hovedsageligt samme produkter, men med varierende priser og bredde.

Tilbudsgivernes interesse i at tilbageholde oplysninger om de konkret tilbudte varer må derfor anses for begrænset, særligt da produktsammensætningen ikke ved dette udbud har udgjort et konkurrenceparameter og heller ikke traditionelt tillægges særlig vægt ved tilsvarende udbud.

Det oplyses, at aktindsigtsbegæringen ikke indgives på vegne af en konkurrent og at der på denne baggrund ikke er nogen risiko for, at aktindsigt vil svække tilbudsgivernes konkurrenceevne i fremtidige eller igangværende udbud.

Såfremt kommunen fortsat ikke agter at omgøre dens beslutning af 17. februar 2016, bedes kommunen videresende nærværende brev samt Lett Advokatpartnerselskabs brev af 22. februar 2016 til Klagenævnet for Udbud.”

Viborg Kommune har herefter den 30. marts 2016 fremsendt Lett Advokatpartnerselskabs klage til Klagenævnet for Udbud. I den forbindelse er der fremsendt et udateret bilag med kommunens bemærkninger til sagen, hvoraf blandt andet følgende fremgår:

”Viborg Kommune har til støtte for opretholdelse af vores afgørelse af 17. februar 2016 og 1. marts 2016 følgende bemærkninger:

Viborg Kommunes udbud på stomi- og urologiprodukter er gennemført med tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

På delaftale 1 Stomi er der anvendt følgende underkriterier med tilhørende vægtning:

Underkriterier	Vægtning
Pris	45-55 %
Sortimentsbredde	25-35 %
Samarbejde	10-20 %

Underkriteriet sortimentsbredde har indgået som et konkurrenceparameter, hvor Viborg Kommune har vurderet tilbudslisten ud fra antallet af tilbudte produkter. Antallet af produkter der kan tilbydes, for at opnå højest score på sortimentsbredde, afhænger af, hvor bredt et produktsortiment tilbudsgiverne fører og har forhandling af. Underkriteriet sortimentsbredde afhænger derfor også i høj grad af, hvilke produkter tilbudsgiverne tilbyder. Jo større kendskab til produktvarianter tilbudsgiverne har, jo flere produkter kan tilbudsgiverne byde ind med, og dermed opnå højere score på sortimentsbredden.

Produktsammensætningen har af den grund væsentlig økonomisk betydning for tilbudsgiverne på markedet, hvis denne afsløres.

På delaftale 2 Urologi er der anvendt følgende underkriterier med tilhørende vægtning:

Underkriterier	Vægtning
Pris	45-55 %
Kvalitet	25-35 %
Samarbejde	10-20 %

Underkriteriet kvalitet har indgået som et konkurrenceparameter, hvor Viborg Kommune har gennemført en kvalitetsvurdering af tilbudsgivernes indsendte vareprøver. Dette underkriterium afhænger ligeledes af, *hvilke* produkter tilbudsgiverne fører og har forhandling af, herunder tilbudsgivernes private label. Tilbudsgiverne arbejder systematisk med at udvikle sortiment og prisniveau, for at kunne sammensætte et sortiment der er konkurrencedygtig på både økonomi, og ikke mindst kvalitet. Sammensætningen af sortimentet har derfor væsentlig betydning for at tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud i forhold til de enkelte kommuners aktuelle udbud, herunder de fastsatte mindstekrav til produkterne samt udbudsbetingelsernes fastsatte forhold mellem pris og kvalitet.

Markedet for stomi- og urologiprodukter er karakteriseret ved et begrænset antal tilbudsgivere. Ved nærværende udbud afgav 3 tilbudsgivere tilbud pr. delaftale. Markedet for stomi- og urologiprodukter er derfor stærkt konkurrencepræget. Hvis oplysningerne om produktsammensætninger offentliggøres, vil dette have en skadelig virkning for den fremtidige konkurrencesituation, når der er tale om produkter, der sælges af et begrænset antal virksomheder.

Alle oplysninger, der er ekstraheret i aktindsigten, både vedrørende underkriteriet samarbejde, underkriteriet kvalitet og underkriteriet sortimentsbredde, er alle oplysningerne, der har indgået som et konkurrenceparameter i udbuddet, og har været udslagsgivende for kontrakttildelingen. En offentliggørelse af

disse oplysninger indebærer derfor nærliggende risiko for, at tilbudsgiverne vil lide økonomisk skade af væsentlig betydning, jf. offentlighedslovens § 30, stk. 1, nr. 2.

Viborg Kommune har fra de vindende tilbudsgivere modtaget en redegørelse til brug for kommunens behandling af begæringen om aktindsigt. De vindende tilbudsgivere har sagligt begrundet, hvilke dele af deres tilbud, der har væsentlig økonomisk betydning for deres virksomhed, og dermed skal undtages for aktindsigt. Se vedlagte brev fra Abena A/S, der begrundet, hvorfor den i dette udbud tilbudte produktsammensætning skal undtages fra aktindsigt.

Af bemærkningerne til offentlighedslovens § 30, stk. 1, nr. 2 fremgår det, at aktindsigt i de pågældende oplysninger 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. Ifølge lovbemærkningerne bør der indhentes en udtalelse fra den, oplysningerne angår, for at få belyst risikoen for, at en udlevering af oplysningerne om forretningsforhold m.v. vil medføre den nævnte risiko for økonomisk skade.

De oplysninger, der er ekstraheret fra tilbudsgivernes tilbud, er udeladt, fordi Viborg Kommune efter høring af de vindende tilbudsgivere, har vurderet at aktindsigten efter et konkret skøn må antages at indebære en nærliggende risiko for, at der af konkurrencemæssige årsager påføres den pågældende virksomhed et økonomisk tab af betydning, jf. offentlighedslovens § 30, stk. 1, nr. 2.

I kendelse fra Klagenævnet for Udbud d. 15. maj 2012 (Danpleje – OneMed Danmark A/S mod Københavns Kommune) bliver det slået fast, at tilbudsgivers produkter kan undtages, når det er en unik tilbudt produktsammensætning og tilbudsgiver sagligt kan begrunde undtagelsen.

Efter en konkret vurdering har Viborg Kommune skønnet, at aktindsigt i disse oplysninger vil have væsentlig betydning for kommunens og andre kommuners fremtidige udbud, bl.a. på baggrund af oplysningernes følsomme karakter, at oplysningerne er en væsentlig faktor (konkurrenceparameter) i bedømmelsen af tilbuddene, den intense konkurrence mellem relativt få aktører på markedet, herunder ved en række kommende udbud af stomi- og urologiprodukter, at aktindsigten vil give en indgående indsigt i de tilbudte løsninger, og at der ligger et væsentligt udviklingsarbejde bag de tilbudte produkter.

Viborg Kommune agter således ikke at gå imod Abena's ønsker om undtagelse for aktindsigt, og har derfor fastholdt afgørelsen. Hermed må det være op til Klagenævnet for Udbud af vurdere graden af aktindsigt.

I forlængelse af dette vil Viborg Kommune bemærke, at det af aktindsigtsbegæringen fremsat af Lett Advokatpartnerselskab ikke fremgår, på hvis vegne aktindsigten begæres. Interessen for aktindsigt i de tilbudte produkter, kan derfor ikke veje tungere, end hensynet til konkurrencesituationen på markedet – når der end ikke godtgøres en konkret interesse i at kunne benytte kendskabet til produktoplysningerne til at varetage sit behov.

Viborg Kommune er af den opfattelse, at interessen for aktindsigt i de tilbudte produkter skal vige for de hensyn, som tilbudsgiverne har i, at oplysningerne ikke kommer til klagerens kendskab, henset til karakteren af disse oplysninger. Der henvises igen til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 15. maj 2012.”

Klagenævnet har i anledning af klagen fra Lett Advokatpartnerselskab den 3. maj 2016 forespurgt de berørte tilbudsgivere (OneMed A/S, Abena A/S, Mediq Danmark A/S og Kirstine Hardam A/S), om disse selskaber har yderligere bemærkninger til sagen. Samtidig har klagenævnet anmodet Lett Advokatpartnerselskab om bemærkninger til det,

som Viborg Kommune har anført i forbindelse med fremsendelsen af klagen.

OneMed A/S har ved e-mail af 4. maj 2016 oplyst, at selskabet ikke har yderligere bemærkninger.

Abena A/S har ved brev af 9. maj 2016 anført følgende:

”Som Klagenævnet også anfører i sin mail af den 3. maj har Abena A/S allerede afgivet sine kommentarer til Viborg Kommune ved brev af den 3. februar 2016 (fejlagtigt dateret 2015), hvilken skrivelse jeg i det hele skal henvise til.

Supplerende skal jeg derudover bemærke;

Af Viborg kommunes mail af den 15. februar, der vedlægges som bilag til nærværende brev, fremgår det at følgende blev udeholdt;

- Udbudsbilag B: omsætning samt omsætning indenfor det udbudte produktområde
- Udbudsbilag C: kontaktpersoner samt årlige kontraktsummer og antal bevillinger
- Bilag 7 Tilbudsliste: alle tilbudte produkter og enhedspriser
- Bilag 8 Samarbejde: specifikke beskrivelser om tilbudte ydelser og tilknyttede ressourcer
- Tilbudsbrev: specifikke beskrivelser om tilknyttede ressourcer og CV’er på ressourcepersoner

Dette har Abena A/S tidligere accepteret, og jeg skal derfor i det hele henholde mig til at der ikke gives aktindsigt i de nævnte af Viborg Kommune udeholdte dele.

I forbindelse med vurderingen af den indgivne klage, skal klagenævnet særligt tage højde for den generelle markedssituation der gælder indenfor urologi i særdeleshed og sygeplejeprodukter i almindelighed. Dette er således karakteriseret ved en

meget stærk konkurrencesituation hvor der reelt alene er tre bydere på det danske marked;

- Mediq
- OneMed
- Abena A/S

Dette understreges af at der i nærværende udbud alene fremkom udbud fra disse tre, ligesom det samme var/er tilfældet for så vidt angår det netop overståede udbud af sygeplejeprodukter i regi af SKI (det største danske udbud af sygeplejeprodukter). Denne meget intense konkurrencesituation gør at der skal tages mest muligt hensyn til at bevare de forretningshemmeligheder og -fordele Abena A/S har brugt år på at udvikle.

Der afgives konstant udbud indenfor områderne urologi hhv. (mere bredt) sygepleje, og her skal fremhæves;

- Fællesindkøb Fyn urologi - forventes medio maj
- Tønder/Aabenraa urologi - igangværende
- Hjørring/Jammerbugt høring på urologi – igangværende
- Komudbud sygepleje - forventes primo juni

...

Bilag 7 Tilbudsliste: Alle tilbudte produkter og enhedspriser

Det følger af fast praksis at der ikke oplyses delpriser/enhedspriser. Abena A/S ser ikke at der er grundlag for at afvige denne praksis. Aktindsigt i delpriser vil afsløre fortrolige oplysninger dels for så vidt angår Abenas egen prissætning, dels i forhold til de priser som det er muligt for Abena at opnå ved sine leverandører.

For så vidt angår oplysninger om de tilbudte produkter bemærkes særligt at Abena A/S stedse søger at optimere sit produkt-sortiment, herunder at tilbyde produkter med særlige egenskaber/til særlige priser (special produkter) til de enkelte udbud. Dette er også tilfældet i nærværende udbud, hvor der er

tilbudt flere produkter særligt produceret og indkøbt til brug for dette udbud, og det er derfor af afgørende betydning for Abena A/S's fremtidige konkurrencesituation at disse oplysninger friholdes.

Måtte klagenævnet vælge at der skal ske delvis offentliggørelse, henstilles der til at;

- Producentnavn,
- Producentvarenr samt
- Abenas varenummer

undtages fra aktindsigt for samtlige tilbudte produkter. Abena tilbyder i denne forbindelse at ekstrahere de omhandlede bilag, og fremsende disse til Klagenævnet for Udbud.

...”

Mediq Danmark A/S har ved e-mail af 11. maj 2016 anført følgende:

”Indledningsvis skal Mediq Danmark A/S præcisere, at vi fastholder vores bemærkninger, som vi afgav til Viborg Kommune d. 16. februar 2016 – og som Klagenævnet er i besiddelse af.

Herudover ønsker vi at afgive bemærkninger til anmodningen om fuld aktindsigt i de to konkrete bilag 5 og 7 (tilbudsliste for hhv. stomi- og urologiprodukter).

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 Mediq Danmark A/S. På denne baggrund anmoder Mediq Danmark A/S om, at der undlades at give aktindsigt i:

- Bilag 5 Tilbudsliste Stomiprodukter (alle tilbudte produkter og enhedspriser)
- Bilag 7 kravspecifikation og tilbudsliste urologiprodukter (alle tilbudte produkter og enhedspriser)

Samlet set er årsagen hertil, at ovenstående oplysninger begge har karakter af forretningsmæssig fortrolig viden, som såfremt de udleveres til tredjemand, vil kunne påføre Mediq Danmark A/S økonomisk skade. Det er således af væsentlig forretningsmæssig betydning for Mediq Danmark A/S, at der ikke gives aktindsigt i disse oplysninger.

Såfremt der gives aktindsigt i Mediq Danmark A/S' enhedspriser og produktinformationer (nævnte bilag 5 og 7), vil det have økonomiske konsekvenser for Mediq Danmark A/S, både nu og i fremtiden, da den omhandlende branche for stomi- og urologihjælpemidler befinder sig på et stærkt konkurrencepræget marked med få aktører, hvor der løbende gennemføres store udbud og konkurrenceudsættelser.

...

På den baggrund og under hensyntagen til konkurrencesituationen på det omhandlende marked, skal det anføres, at samtlige enhedspriser og tilbudte produkter undtages fra aktindsigt. ”

Kirstine Hardam A/S har ved e-mail af 13. maj 2016 anført følgende:

”Letts klage angår alene spørgsmålet om udlevering af de indsendte tilbudslistes - herunder Hardams tilbudsliste - uden angivelse af delpriser, hvorfor jeg i det følgende alene har forholdt mig til denne del af Hardams tilbud.

Letts primære argument for, at der skal gives aktindsigt i tilbudslisterne synes at være, at sammensætningen af det tilbudte sortiment ikke har været et konkurrenceparameter under det konkrete udbud afholdt af Jysk Fællesindkøb, idet kontrakttildeling skete på baggrund af underkriterierne ”Pris”, ”Sortimentsbredde” og ”Samarbejde”.

Det savner dog mening at vurdere den mulige skadevirkning for Hardam ud fra tildelingskriterierne i et allerede gennemført udbud. Det er tværtimod påvirkningen af den fremtidige konkurrence på markedet, der bør vurderes, og i den forbindelse anser Hardam sammensætningen af det tilbudte sortiment som en strategisk og konkurrencefølsom oplysning, idet sammensætningen vil kunne have betydning for fremtidige konkurrenceudsættelser af sådanne kontrakter.

Hardams sammensætning af sortimentet er foretaget ud fra Hardams 35 års erfaring med markedet for levering af stomiprodukter til den offentlige sektor. Selvom der i et vist omfang er sammenfald mellem de produkter, som tilbydes af de forskellige leverandører på markedet, afspejler den individuelle sortimentssammensætning Hardams indsigt i og viden om markedet. Sortimentets sammensætning og bredde er således i vidt omfang et såkaldt "unique selling point" for Hardam og udtryk for Hardams strategiske dispositioner i forhold til eksisterende og potentielle kunder.

Hertil kommer, at sortimentssammensætningen rent faktisk har haft betydning for tilbudsevalueringen i det konkrete udbud for i hvert fald underkriteriet "Sortimentsbredde". Det fremgår af punkt 9 i Jysk Fællesindkøbs udbudsbetingelser, at evalueringen ville blive foretaget "på baggrund af antallet af tilbudte serier inden for de specificerede produktgrupper". Hvis sortimentssammensætningen, som Lett synes at forudsætte, rent faktisk var "ensartet for størstedelen af tilbudsgiverne", ville der ikke have været nogen forskel på tilbuddene i forhold til dette underkriterium. En tilbudsgivers mulighed for at optimere sit tilbud i forhold til dette underkriterium afhænger imidlertid af tilbudsgiverens indsigt i og viden om markedet, herunder hvilke produktlinjer der er tilgængelige, og her vil kendskabet til marginale produktlinjer være netop det, der adskiller tilbudsgiverne. Ved at offentliggøre tilbudslisterne og således de forskellige tilbudsgiveres sortimentssammensætning påvirker

man således muligheden for at adskille sig på dette konkurrenceparameter

Der er derfor en reel risiko for, at offentliggørelse af Hardams tilbudsliste vil indebære en konkret og særdeles væsentlig risiko for, at Hardam kan blive påført betydelige tab, herunder i forbindelse med deltagelse i fremtidige udbud. Hardam skal derfor henstille til, at Klagenævnet for Udbud ikke pålægger Viborg Kommune at give Lett aktindsigt i Hardams tilbudsliste.”

Lett Advokatpartnerselskab har ved brev af 18. maj 2016 supplerende anført, at det bør indgå i klagenævnets samlede vurdering, at en så vidtgående adgang – som der argumenteres for – til at afskære aktindsigt for et helt marked alene fordi der er få aktører på det, ville føre til en markant svækkelse af håndhævelsen af udbudsreglerne, særligt henset til, at en væsentlig del af aktindsigtssager angår muligheden for at føre kontrol med tilbuddenes konditionsmæssighed, bl.a. for så vidt angår den/de tilbudte løsninger.

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 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 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 oplysninger

Klagenævnet har forstået Lett Advokatpartnerselskabs klage således, at den vedrører Viborg Kommunes afslag på aktindsigt i tilbudsli-

ne på stomi- og urologiprodukter (bilagene 5 og 7), idet der dog ikke klages over, at prisoplysningerne i bilagene er undtaget fra aktindsigt.

Tilbudslisterne i bilag 5 indeholder blandt andet oplysninger om produktbeskrivelse, særlige krav og estimeret forbrug i styk. Disse oplysninger er så vidt ses indført i bilaget af Viborg Kommune. På tilsvarende vis indeholder tilbudslisterne i bilag 7 oplysninger om vareprøver, der skal leveres, produktbeskrivelse, kravspecifikation, særlige krav, størrelser og estimeret forbrug i styk. Også disse oplysninger er så vidt ses indført i bilaget af Viborg Kommune.

På det foreliggende grundlag er det ikke helt klart, om de pågældende oplysninger er blevet undtaget fra aktindsigt. I det omfang dette imidlertid er tilfældet, skal klagenævnet bemærke, at oplysningerne ikke er af en karakter, der gør det muligt at undtage dem fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 30, nr. 2.

For så vidt angår de øvrige oplysninger i tilbudslisterne i bilagene 5 og 7, som er indført i bilagene af tilbudsgiverne, er der – for hver produktserie – tale om oplysninger om underpositionsnummer pr. serie, varenavn, producent, producentvarenummer, tilbudsgivers varenummer og priser.

Som nævnt vedrører klagen fra Lett Advokatpartnerselskab ikke Viborg Kommunes afslag på aktindsigt i de tilbudte produktpriser.

Hvad angår de øvrige oplysninger, kan disse oplysninger efter klagenævnets opfattelse ikke anses for at udgøre oplysninger om forretningshemmeligheder som omhandlet i bestemmelsen i offentlighedslovens § 30, nr. 2. Der er herved navnlig lagt vægt på, at der er tale om overordnede oplysninger vedrørende stomi- og urologiprodukter, og at oplysningerne således ikke angår detaljerede forhold om f.eks. produktionsmetoder, produktionsforhold, forretningsbetingelser, kontraktvilkår, markedsføringstiltag eller salgsomkostninger m.v.

Det af de berørte tilbudsgivende selskaber Abena A/S, Mediq Danmark A/S og Kirstine Hardam A/S anførte vedrørende sammensæt-

ningen af produktsortimentet i de afgivne tilbud kan efter klagenævnets opfattelse herefter ikke føre til en anden vurdering.

Klagenævnet finder på den baggrund, at Lett Advokatpartnerselskab skal meddeles aktindsigt i de pågældende oplysninger.

3. Klagenævnets afgørelse

Klagenævnet finder, at Lett Advokatpartnerselskab skal meddeles yderligere aktindsigt som anført i denne afgørelse. Viborg Kommune skal sende de nævnte oplysninger til Lett Advokatpartnerselskab snarest muligt og senest inden 7 arbejdsdage fra datoen for denne afgørelse.

Klagenævnets afgørelse kan ikke påklages til anden administrativ myndighed.

Kopi af denne afgørelse er samtidig sendt til Abena A/S, Mediq Danmark A/S, Kirstine Hardam A/S og OneMed A/S.

Klagenævnet skal beklage den lange sagsbehandlingstid.

f. Kristian Korfits Nielsen
landsdommer

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig