

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Michael Jacobsen, Jørgen Egholm)

J.nr.: 2006-0007568

13. februar 2007

K E N D E L S E

PlantWare Holding ApS

(Advokatfirmaet Bender, von Haller og Dragsted

ved specialkonsulent, cand merc. jur. Peter Dann Jørgensen, København)

mod

I/S Amagerforbrændingen

(advokat Simon Evers Hjelmberg, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 6. august 2005 udbød indklagede som udbud efter forhandling efter direktiv 2004/17/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (Forsyningsvirksomhedsdirektivet) kontrakt vedrørende »automatisering af modtagelse og intern transport af containere med specialaffald« og »automatisering af håndteringen af såvel klinisk risikoaffald fra hospitaler som fortroligt affald«. Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af de i udbudsmaterialet anførte kriterier«.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 16. september 2005 havde 3 virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. Langeskov Logistik A/S.
2. Proces Service A/S.
3. PlantWare Contractors ApS.

Indklagede besluttede at prækvalificere de 3 virksomheder.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 10. oktober 2005. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 18. november 2005 havde de 3 prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud.

Indklagede holdt møder med tilbudsgiverne den 30. november 2005, i hvilken forbindelse indklagede forklarede proceduren for møderne og forhandlingerne.

Efter gennemførelse af forhandlinger med deraf følgende ændringer i tilbudene og efter evaluering af tilbudene, besluttede indklagede at indgå kontrakt med Proces Service A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 24. februar 2006.

Klageren anmodede ved brev af 2. marts 2006 indklagede om en uddybende redegørelse for, hvorfor klagerens tilbud ikke blev valgt samt information om det antagne tilbuds karakteristiske og relative fordele. Indklagede besvarede anmodningen den 15. marts 2006.

Den 24. august 2006 indgav klageren, PlantWare Holding ApS, klage til Klagenævnet vedrørende ovennævnte udbud.

Indklagede anmodede den 20. september 2006 Klagenævnet om, at nogle af sagens dokumenter i det omfang, der er ekstraheret i dem, undtages fra partsaktindsigt, jf. forvaltningslovens § 15, stk. 1, under henvisning til, at de indeholder forretningsfølsomme oplysninger.

Det drejer sig om følgende dokumenter:

Proces Service A/S' tilbud af 8. februar 2005.

Proces Service A/S' tilbud af 18. november 2005.

Proces Service A/S' skrivelse af 2. februar 2006.

Kontrakt indgået med Proces Service A/S.

Indklagedes evalueringsnotat med indstilling samt evalueringsskema.

Om tilbudet af 8. februar 2005 bemærkes, at dette er afgivet i forbindelse med et tidligere udbud mellem samme parter og vedrørende samme entreprise, og i forbindelse med, at indklagede fejlagtigt havde udbudt entreprisen efter Tilbudslovens bestemmelser.

Indklagede annullerede senere dette udbud.

Indklagedes anbringender

Indklagede har til støtte for sin påstand, om at klageren ikke skal have fuld aktindsigt i indklagedes dokumenter, gjort gældende, at leverancen af transportsystemet er omfattet af NLM 94 »Almindelige leveringsbetingelser for leverancer af maskiner og andet mekanisk og elektronisk udstyr«. Af disse betingelsers punkt 6 fremgår blandt andet, at ...»Ingen af parterne har ret til, uden den anden parts samtykke at give tredjemand kundskab om sådanne tekniske eller kommercielle oplysninger, som den anden part ved aftalens indgåelse eller senere har angivet som værende fortrolige«.

Proces Service A/S har overfor indklagede anført, at intet af det materiale, som indklagede har modtaget fra Proces Service A/S på nogen måde må overdrages til tredjemand. Proces Service A/S har understreget, at dette er særligt vigtigt for så vidt angår leverancen af et transportsystem til håndtering af specialaffald, da Proces Service A/S overvejer at få hele eller dele af dette specialsystem rettighedsbeskyttet.

Indklagede har endvidere bestridt, at en tilbudsgiver ved afgivelsen af sit tilbud skal tage højde for en eventuel senere aktindsigt. Dels er det i indklagedes interesse at modtage så detaljerede tilbud og løsningsforslag som muligt, dels afgives tilbud i tillid til, at fortroligheden i medfør af NLM 94 respekteres.

Indklagede har tillige gjort gældende, at Proces Service A/S' tilbud indeholder en meget anderledes løsning end klagerens. Løsningens princip, effektivitet og særligt pris er forretningsfølsomme oplysninger for Proces Service A/S. Indklagede har herved henvist til Klagenævnets kendelse af 23. september 2005 i sagen Sjælsø Entreprise A/S mod Statsbiblioteket i Århus.

Indklagede har imidlertid til trods for Proces Service A/S anmodning om det modsatte besluttet, at dokumenterne i et vist omfang kan fremlægges for klager. Indklagede har udstreget de passager i dokumenterne, som klageren ikke bør have aktindsigt i.

Indklagede har vedrørende Proces Service A/S' tilbud af 8. februar 2005 og 18. november 2005 og kontrakten indgået med Proces Service A/S gjort gældende, at disse dokumenter indeholder forretningsfølsomme oplysning-

ger, da selskabets løsning er speciel og løsningens princip, effektivitet og særligt pris, er elementer i Proces Service A/S' tilbud, der bør undtages fra klagerens aktindsigt efter forvaltningslovens § 15, stk. 1.

Indklagede har vedrørende evalueringsnotat med indstilling og evalueringskemaet gjort gældende, at disse dokumenter i et vist omfang indeholder prisangivelser, som bør undtages fra klagerens partsaktindsigt. Vedrørende evalueringskemaet har indklagede tillige gjort gældende, at dette har fungeret som »notesblok« eller »huskeliste« for indklagedes interne kommentarer og bemærkninger, og at det i et vidt omfang indeholder foreløbige interne bemærkninger, intern bedømmelse og evaluering af tilbudene.

Klagerens anbringender

Klageren har til støtte for sin påstand om fuld aktindsigt i de dokumenter, der er indleveret til Klagenævnet, gjort gældende, at udgangspunktet er, at der skal gives fuld indsigt i alle dokumenter, og at en tilbudsgiver skal være indstillet på at tage højde for dette udgangspunkt ved sine angivelser i dokumenterne. Leverancen er ganske vist omfattet af NLM 94. Disse almindelige betingelsers punkt 6 forpligter indklagede til at respektere fortroligheden af tekniske eller kommercielle oplysninger. Forvaltningsloven er imidlertid en minimumslov, og fortrolighedsforpligtelsen i NLM 94 medfører således ikke, at indklagedes forpligtelse til at give partsaktindsigt efter bestemmelserne i forvaltningsloven påvirkes, og kan derfor ikke indskrænke partsaktindsigten.

Klageren har erklæret sig enig i, at anlægget er unikt, men gør gældende, at der derfor ikke kan lukreres på dettes konstruktion ved fremtidige konkurrencer. Der er ikke tale om forretningshemmeligheder, som vil kunne få betydning i forbindelse med andre udbudssager.

Klageren medgiver dog, at indklagedes tilbud kan indeholde oplysninger om den konkret tilbudte løsning eller afgivne priser, som i medfør af forvaltningslovens § 15, stk. 1, kan undtages for adgangen til partsaktindsigt.

Yderligere har klageren bemærket, at både anlægget og materialet omfattes af den sædvanlige immaterialretlige beskyttelse. Klagerens interesse i at få oplysninger om indklagedes tilbudte løsning har baggrund i at kunne vurde-

re, om indklagede under de forhandlinger, der har været ført mellem indklagede og Proces Service A/S, har genanvendt elementer af klagers oprindeligt tilbudte løsningsmodel. Denne vurdering har navnlig betydning i relation til behandling af de efterfølgende erstatningspåstande.

Selvom der ikke er offentlig adgang til indklagedes anlæg, er det ikke ensbetydende med, at alle oplysninger i indklagedes tilbud om den tilbudte løsning skal betragtes som forretningsfølsomme oplysninger, der kan undtages for adgangen til partsaktindsigt.

Klagenævnet udtaler:

Afgørende for, i hvilket omfang de bilag, som indklagede har fremlagt for Klagenævnet, skal undrages fra klagerens aktindsigt, er en afvejning i medfør af Forvaltningslovens § 15, stk. 1, og NML 94 er uden betydning for dette spørgsmål.

Efter en afvejning i medfør af Forvaltningslovens § 15, stk. 1, finder Klagenævnet, at der ikke skal gives aktindsigt i de omhandlede bilag i videre omfang, end dette er sket ved indklagedes fremsendelse af bilagene til Klagenævnet i ekstraheret stand.

Herefter bestemmes:

Der tillægges ikke klageren PlantWare Holding ApS yderligere aktindsigt i de omhandlede bilag.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig