

Klagenævnet for Udbud

Adresse: Nævnenes Hus, Toldboden 2, 8800 Viborg

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

Dejure Advokatfirma

Att.: Advokat Janne Kristine Laursen

jkl@dejure.dk

PUBLICURE Advokatfirma P/S

Att.: Advokat Anders Nørgaard Jensen

anj@publicure.dk

Kopi til:

Abena A/S

Att.: Udbudschef Jane Lautrup Asmussen

jlj@abena.dk

Journalnummer

2016-8492

Dato

2. november 2016

Vedr.: Stadsing A/S mod Roskilde Kommune

Indledning

Klagenævnet har den 27. september 2016 truffet afgørelse om ikke at tillægge Stadsing A/S' klage opsættende virkning.

Klagenævnet besluttede samme dato at udskille den del af klagen, som vedrører spørgsmålet om aktindsigt i det vindende tilbud (del af påstand 2), til særskilt behandling og afgørelse.

Klagenævnet har forstået Stadsing A/S' klage således, at der klages over, at Roskilde Kommune ved afgørelse af 23. august 2016 har afslået at give aktindsigt i en række oplysninger i det tilbud fra Abena A/S, som vandt kommunens udbud af en 4-årig rammeaftale vedrørende indkøb af engangsartikler, aftøringspapir og rengøringsartikler med en anslået samlet værdi på 5,5 mio. kr. eksklusiv moms (udbud 2).

I forbindelse med Roskilde Kommunes tidligere udbud af samme rammeaftale (udbud 1) traf kommunen den 23. februar 2016 afgørelse om delvist at imødekomme en anmodning fra Stadsing A/S om akt-

indsigt i Abena A/S' og Multilines A/S' tilbud. Af afgørelsen fremgår blandt andet:

”Roskilde Kommune imødekommer hermed delvist Deres anmodning om aktindsigt og vedlægger det materiale, der er omfattet af Deres aktindsigtsanmodning.

Det er Roskilde Kommunes vurdering, at der i Bilag 1 - tilbudslisten findes oplysninger, som vedrører drifts- og forretningsforhold hos Abena og Multiline. Ud fra en konkret vurdering er det Roskilde Kommunes opfattelse, at en udlevering af oplysningerne vil medføre en nærliggende risiko for, at Abena og Multiline påføres økonomisk skade af nogen betydning. Roskilde Kommune undtager derfor disse oplysninger fra aktindsigt, jf. offentlighedslovens § 30, nr. 2.”

Afgørelsen blev truffet uden forudgående høring af Abena A/S. Om baggrunden herfor anføres i en mail af 1. marts 2016 fra en medarbejder hos Roskilde Kommune til en medarbejder hos Abena A/S, blandt andet følgende:

”Angående dit spørgsmål til den manglende partshøring, så kan jeg oplyse dig om, at offentlige myndigheder kun skal foretage partshøring ved aktindsigtsanmodning, hvis den pågældende myndighed er i tvivl om, hvorvidt en aktindsigt skal afslås fx. efter reglerne om forretningshemmeligheder (§ 30, stk. 1, nr. 2). Efter modtagelsen af anmodningen fra Multiline og Stadsing blev jeres tilbud gennemlæst og der var ingen tvivl om, at det kun var delpriserne, som kunne undtages aktindsigten efter de nævnte regler - dvs. der var ingen tvivl om, at de øvrige oplysninger i jeres tilbud var omfattet af hovedreglen om aktindsigt, jf. § 7 i offentlighedsloven. Derfor blev I ikke partshørt.”

Roskilde Kommune besluttede den 31. maj 2016 at annullere udbud 1 i sin helhed som følge af uregelmæssigheder i tilbudslisten.

I forbindelse med udbud 2 traf kommunen den 23. august 2016 afgørelse vedrørende en aktindsigtsanmodning fra Stadsing A/S. Af afgørelsen fremgår følgende:

”Afgørelse vedrørende aktindsigt i Abenas tilbud af 27. juni 2016

Roskilde Kommune vender hermed tilbage i sagen vedrørende Deres anmodning af 22. august 2016 om aktindsigt i Abena Holding A/S' tilbud af 27. juni 2016 i Roskilde Kommunes udbud af rammeaftale til indkøb af engangsartikler, aftørningspapir og rengøringsartikler.

Roskilde Kommune har den 22. august 2016 anmodet Abena Holding A/S om en udtalelse om aktindsigt i anledning af Deres aktindsigtsanmodning.

Abena Holding A/S har i sin udtalelse af 23. august 2016 anført, at visse oplysninger om tekniske indretninger, fremgangsmåder og om drifts- og forretningsforhold, bør undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 30, nr. 2, idet der er tale om forretningshemmeligheder, hvis afsløring vil medføre væsentlig økonomisk skade for Abena Holding A/S.

Afgørelse

Abena Holding A/S' tilbuds-brev, tilbudsliste samt bilagene G, I og J af 27. juni 2016 i Roskilde Kommunes udbud af rammeaftale til indkøb af engangsartikler, aftørningspapir og rengøringsartikler vedlægges.

Enkelte oplysninger i dokumenterne er undtaget fra aktindsigt efter § 30, nr. 2, i lov nr. 606 af 12. juni 2013 om offentlighed i forvaltningen (offentlighedsloven). Baggrunden herfor er følgende:

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

Oplysningerne kan undtages efter offentlighedslovens § 30, nr. 2, hvis aktindsigt efter et konkret skøn må antages at indebære en nærliggende risiko for, at der - typisk af konkurrencemæssige grunde - påføres personen eller virksomheden skade, navnlig et økonomisk tab af nogen betydning.

Det er Roskilde Kommunes vurdering, at der i tilbuds-brevet, tilbudslisten samt bilagene A, B, C, D, E, F og H findes oplysninger, som vedrører tekniske indretninger og fremgangsmåder, som Abena Holding A/S anvender.

Roskilde Kommune har endvidere under hensyn til oplysningernes karakter konkret vurderet, at der er en nærliggende risiko for, at udlevering af oplysningerne vil kunne påføre Abena Holding A/S økonomisk tab af nogen betydning.

Efter Klagenævnet for Udbuds faste retspraksis bliver der ikke givet aktindsigt i delpriser og enhedspriser på tilbudslistor. Det tilbudte sortiment samt dertilhørende varenumre udgør endvidere en konkret løsningsbeskrivelse, som Abena Holding A/S løbende og over flere år har udviklet specielt til det offentlige marked.

Disse oplysninger er derfor undtaget fra aktindsigt, jf. offentlighedslovens § 30, nr. 2, ved sortmarkeringer i det udleverede dokument. Bemærk, at bilagene A, B, C, D, E, F og H helt er blevet undtaget aktindsigten og derfor heller ikke er vedlagt.

Roskilde Kommune har herved lagt vægt på, at der er tale om yderst detaljerede og specifikke beskrivelser af løsninger, der udgør en for virksomheden særegen og særlig udviklet produkt/koncept på et marked med få konkurrenter og høj konkurrence, at disse beskrivelser kan bruges umiddelbart af en konkurrerende virksomhed, og at imødekomme af aktindsigt således vil kunne give konkurrenterne et detaljeret indblik i Abena Holding A/S' aktuelle løsninger med deraf følgende væsentlig skadevirkning for Abena Holding A/S.

Roskilde Kommune har i overensstemmelse med offentlighedslovens § 34 givet aktindsigt i de øvrige oplysninger, der ikke kan undtages fra aktindsigt.

Roskilde Kommune har overvejet, om der efter reglen om meroffentlighed alligevel bør gives aktindsigt i de undtagne oplysninger, jf. offentlighedslovens § 14, stk. 1, hvorefter det i forbindelse med behandlingen af en anmodning om aktindsigt skal overvejes, om der kan gives aktindsigt i dokumenter og oplysninger i videre omfang, end hvad der følger af lovens undtagelsesbestemmelser, medmindre andet følger af regler om tavshedspligt mv.

Det kan i den forbindelse oplyses, at de undtagne oplysninger er omfattet af tavshedspligt, jf. § 27, stk. 1, nr. 2, i bekendtgørelse nr. 988 af 9. oktober 2012 af forvaltningsloven med senere ændringer, og allerede af den grund kan de pågældende oplysninger ikke udleveres efter meroffentlighedsprincippet i offentlighedslovens § 14, stk. 1.”

Roskilde Kommune har efterfølgende fastholdt den trufne aktindsigts-afgørelse.

Parternes synspunkter:

Stadsing A/S har gjort gældende bl.a., at kommunen ikke har haft grundlag for at undtage oplysninger om elementer i det vindende tilbud fra Abena A/S fra aktindsigt, således som det er sket i kommunens afgørelse af 23. august 2016.

Kommunen har ikke svaret på, hvilke forhold der på tidspunktet for afgørelsen af 23. august 2016 havde forandret sig i relation til de forhold, der var gældende på tidspunktet for kommunens aktindsigtsafgørelse fra februar 2016.

Roskilde Kommune har gjort gældende bl.a., at Stadsing A/S ikke har ret til aktindsigt i de oplysninger i Abena A/S' tilbud, som har haft betydning for kommunens evaluering af dette tilbud i forhold til det kvalitative underkriterium "service".

Oplysningerne angår uomtvisteligt forretningsforhold, som er undtaget fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 30, nr. 2. Konkurrencesituationen på markedet for rengøringsartikler er særdeles intens blandt få aktører, hvilket medfører en skærpelse af formodningsreglen i offentlighedslovens § 30, nr. 2. At konkurrencesituationen er særdeles intens, ses blandt andet på antallet af indgivne klager til klagenævnet samt den relativt begrænsede aktørmasse på området. Hertil kommer, at oplysningerne har dannet grundlag for kommunens tilbudsevaluering og således er helt centrale for Abena A/S' konkurrenceevne i såvel det påklagede som fremtidige udbud.

Kommunens respektive afgørelser om aktindsigt er truffet på grundlag af individuelle og konkrete vurderinger af de omhandlede oplysningers karakter, udviklingen i administrativ og domstolspraksis herfor samt den berørte tilbudsgivers begrundede undtagelsesanmodninger.

Klagenævnet udtaler:

Retsgrundlaget

Offentlighedsloven

Udgangspunktet efter offentlighedslovens § 7 er, at enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed 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.

Forvaltningsloven

Efter forvaltningslovens § 9, stk. 1 og 2, kan den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, med de undtagelser, der følger af lovens §§ 12-15 b, navnlig forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

Efter forvaltningslovens § 15 b, nr. 5, kan retten til aktindsigt 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 private eller offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet. Det fremgår af betænkning nr. 1510/2009, side 74 ff., og de specielle bemærkninger til § 15 b, nr. 5, i lovforslag nr. L 145 af 7. februar 2013 om ændring af bl.a. forvaltningsloven, at en undtagelse efter forvaltningslovens § 15 b, nr. 5, skal ske efter en konkret afvejning af på den ene side partens interesse i at kunne benytte kendskab til oplysningerne til varetagelse af sit tarv og på den anden side afgørende hensyn til bl.a. private interesser. Angående de private interesser anføres det i betænkningen, at undtagelse af virksomheders drifts- eller forretningsforhold alene kan ske, hvis aktindsigt i oplysningerne afgørende vil kunne skade virksomhedens konkurrenceevne eller i øvrigt påføre virksomheden væsentlige skadesvirkninger.

Der er således ikke grundlag for som hovedregel under en udbudssag at gå ud fra, at der ikke er ret til aktindsigt i sagens dokumenter. Om der er ret til aktindsigt i en udbudssag efter reglerne i offentlighedsloven eller forvaltningsloven, må således afgøres ud fra den enkelte udbudssags dokumenter og oplysninger.

Klagenævnets vurdering af de undtagne oplysninger

Klagenævnet har på baggrund af det, der er anført i klageskriftet af 29. august 2016, forstået klagen vedrørende Roskilde Kommunes aktindsigtsafgørelse af 23. august 2016 således, at den angår de elementer i Abena A/S' tilbud af 27. juni 2016, som er indgået i kommunens evaluering efter det kvalitative kriterium "service". Det er således lagt til grund, at klagen ikke angår oplysninger i Abena A/S' tilbudsliste vedrørende sortiment med dertil hørende varenumre og delpriser.

Efter en gennemgang af oplysningerne i Abena A/S' tilbud af 27. juni 2016 har klagenævnet konstateret, at de oplysninger under tilbuddets pkt. 3.1 (generelt om kvalitet), som Roskilde Kommune har undtaget fra aktindsigt, svarer til de oplysninger, som fremgår af pkt. 3.1. i Abena A/S' tidligere tilbud af 4. februar 2016, som Stadsing A/S allerede har fået aktindsigt i. Det samme gælder – bortset fra enkelte afsnit og billeder – i forhold til de undtagne oplysninger i pkt. 4 (rådgivning) og pkt. 13.1.1 (doseringsanlæg til maskinopvask og tekstilvaskemaskine) i Abena A/S' tilbud af 27. juni 2016.

Klagenævnet finder, at Roskilde Kommune ikke har haft grundlag for i medfør af offentlighedslovens § 30, nr. 2, at undtage de oplysninger i Abena A/S' tilbud af 27. juni 2016, som allerede er udleveret til Stadsing A/S, fra aktindsigt. En (gen)udlevering af disse oplysninger til Stadsing A/S kan – i det omfang oplysningerne må anses for at angå forretningsforhold mv. – således ikke antages at ville indebære en nærliggende risiko for at påføre Abena A/S økonomisk skade af betydning.

Hvad særligt angår de enkelte afsnit og billeder i Abena A/S' tilbud af 27. juni 2016, som er nye i forhold til Abena A/S' tilbud af 4. februar 2016, bemærker klagenævnet, at disse oplysninger, også når henses til de oplysninger, der allerede er udleveret til Stadsing A/S i forbindelse med kommunens aktindsigtsafgørelse af 23. februar 2016, ikke kan anses for at være af en karakter, der gør det muligt at undtage dem fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 30, nr. 2.

Vedrørende bilag A-J, som blev medsendt Abena A/S' tilbud af 27. juni 2016, bemærker klagenævnet, at i det omfang disse bilag svarer til allerede udleverede bilag, skal bilagene – af de samme grunde som anført ovenfor – udleveres til Stadsing A/S. Som følge heraf skal Stadsing A/S meddeles aktindsigt i bilag B (undervisningsmateriale),

bilag C (uddannelsesprogram), bilag D (metodekort) og bilag H (drejebog for implementering af aftalen).

Bilag A (plan for udskiftning af doseringsanlæg), bilag E (problemknuser maskinopvask), og bilag F (Abena-guide til servicetekniker) er så vidt ses nye bilag, der ikke tidligere er udleveret til Stadsing A/S. Efter en gennemgang af bilagene finder klagenævnet, at oplysningerne i disse bilag må anses for oplysninger om forretningsforhold mv. som omhandlet i offentlighedslovens § 30, nr. 2. Klagenævnet finder ikke grundlag for at tilsidesætte Roskilde Kommunes vurdering af, at udlevering af oplysningerne vil indebære en nærliggende risiko for at påføre Abena A/S økonomisk skade af nogen betydning. Klagenævnet lægger herved vægt på dels oplysningernes karakter, dels det oplyste om konkurrencesituationen på det pågældende marked samt på, at oplysningerne vil kunne have betydning i forhold til andre kommende udbud eller kontraktforhandlinger. Klagenævnet har i den forbindelse endvidere henset til, at der efter offentlighedslovens § 30, nr. 2, gælder en klar formodning for, at udlevering af oplysninger som omhandlet i bestemmelsen vil indebære en nærliggende risiko for, at den virksomhed, som oplysningerne vedrører, vil lide skade af betydning.

De pågældende bilag er af samme grund undtaget fra partsaktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 15 b, nr. 5.

Klagenævnet bemærker, at de øvrige bilag – bilag G (dokumentation), bilag I (servicerapport) og bilag J (Diversey) – allerede er udleveret til Stadsing A/S.

På den anførte baggrund finder klagenævnet, at Stadsing A/S skal meddeles aktindsigt i hele tilbuddet af 27. juni 2016 fra Abena A/S samt i bilag B-D og bilag H.

Meroffentlighed

Klagenævnet har under hensyn til meroffentlighedsprincippet overvejet, om der bør meddeles Stadsing A/S aktindsigt i videre omfang end anført ovenfor, jf. offentlighedslovens § 14, stk. 1, og forvaltningslovens § 10, stk. 1.

Klagenævnet har imidlertid ikke fundet grundlag for en sådan beslutning.

Klagenævnet har i den forbindelse lagt vægt på de beskyttelseshensyn, der ligger bag bestemmelserne i offentlighedslovens § 30, nr. 2, og 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.

Klagenævnets afgørelse

Klagenævnet finder, at Stadsing A/S skal meddeles yderligere aktindsigt som anført i denne afgørelse. Roskilde Kommune skal sende de nævnte oplysninger til Stadsing A/S snarest muligt og **senest den 11. november 2016**.

Klagenævnets afgørelse kan ikke påklages til anden administrativ myndighed.

Kopi af denne afgørelse er samtidig sendt til Abena A/S.

Sagens videre forløb

Klagenævnet har i lyset af ovenstående afgørelse besluttet at behandle påstand 2 sammen med Stadsing A/S' øvrige påstande, når parterne har haft lejlighed til at fremkomme med eventuelle yderligere bemærkninger.

Klagenævnet har besluttet at fastsætte fristerne herfor, således at:

Stadsing A/S' eventuelle afsluttende processkrift skal foreligge **senest den 25. november 2016**.

Roskilde Kommunes eventuelle afsluttende processkrift skal foreligge **senest den 9. december 2016**.

Klagenævnet vil herefter træffe realitetsafgørelse vedrørende Stadsing A/S' påstand 1-4.

f. Kristian Korfits Nielsen

Anne-Mette Schjerning
Specialkonsulent