

# Konkurrencemæssig fordel hos eksisterende leverandør

# Agenda

- Præsentationsrunde
- Regler for udligning af fordele
- Plenum – hvad gør vi i dag?
- Hvornår er der pligt til udligning af fordele?
- Kan man "bare" udelukke eksisterende leverandør?
- Neutralisering af fordele
- De typiske fordele hos rådgivere og entreprenører
- Kendelser
- Konklusion

# Hvem er vi?

**Ea Meyer**  
Entreprise- og udbudsret  
Advokat med 14 års erfaring



**Henning Bil**  
Entreprise og udbudsret  
Advokat med 35 års erfaring



**Sofie Boysen**  
Fast ejendom  
Advokatfuldmægtig



# Udbudslovens § 2

- Ordregiver skal overholde principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. stk. 1.
- Et udbud må ikke udformes, så det kunstigt begrænser konkurrencen, jf. stk. 2.

# Kunstigt begrænset konkurrence



Konkurrence betragtes som kunstigt begrænset, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere en enkelt eller visse økonomiske aktører eller stille den eller dem mindre gunstigt.

Udfordring: Eksisterende leverandører

# Hvad gør I?

Hvad gør I for at sikre jer, at princippet om ligebehandling bliver overholdt, og at I ikke favoriserer eksisterende leverandører?

# Hvornår er der pligt til udligning?

Forarbejderne til § 2 siger:

Ordregiveren har pligt til at udligne en eksisterende leverandørs konkurrencefordel, i det omfang udligningen er teknisk enkel at foretage, er økonomisk rimelig og ikke medfører tilsidesættelse af den eksisterende leverandørs rettigheder.

Eller sagt på en lidt anden måde:

Der er kun pligt til en udligning, der er

- enkel at foretage,
- som ikke påfører ordregiveren uproportionale udgifter, og
- som ikke går så vidt, at den stiller den eksisterende leverandør dårligere end andre tilbudsgivere.

# Eksisterende leverandører

- Den hidtidige leverandør af en udbudt ydelse har for det meste en konkurrencefordel.
- Fordelen kan være lovlig, jf. kendelser som vi omtaler senere.
- Det påhviler ordregiver så vidt muligt at neutralisere fordelene.



# Kan man "bare" udelukke eksisterende leverandør?

- Betydelige ressourcer til neutralisering legitimerer ikke udelukkelse af aktøren fra start. Ordregiver skal dog ikke bruge uproportionale ressourcer.
- Ordregiver har pligt til at forsøge at neutralisere fordelene, så den eksisterende leverandør kan deltage i konkurrencen.
- Ordregiver har ofte mulighed for at strukturere og planlægge projektet, så den eksisterende leverandør ikke afskæres.

# Neutraliser fordelene

Hvad kan man gøre for at neutralisere fordelene?

**Faktuelle oplysninger** om opgaveudførelsen, som den eksisterende leverandør er i besiddelse af, og som kan have betydning for tilbudsgiveren ved udbuddet, kan stilles til rådighed for alle tilbudsgivere.

**Tilbudsfristerne** ved udbuddet kan forlænges, så nye tilbudsgivere kan nå at sætte sig ordentligt ind i opgaven og har tid til at nå op på samme vidensniveau, som den eksisterende leverandør.

Tilbyde **besigtigelse** af maskiner, bygninger, mv.

Tilpasning af **tidsplanen**.

# Rådgivers fordel

Hvis rådgiver har hjulpet ordregiver med at skrue et udbud sammen, må rådgiver så deltage i konkurrencen?

## Fordele:

- Rådgiver kender i forvejen ordregivers ønsker og behov.
- Rådgiver er i forvejen bekendt med rådgivningens genstand (f.eks. bygningsmassen)

Kan man neutralisere rådgivers fordel?

# Fordel: Bistået med udbudsmaterialet

Udelukker ikke aktøren pr. automatik.

Det gør ikke i sig selv en tilbudsgiver inhabil, at tilbudsgiveren har bistået ordregiveren med udbuddet. Ordregiveren skal imidlertid udligne en sådan konkurrencefordel som følge af bistanden.

Som ordregiver skal man overveje at:

- Adskille rådgivningsfaserne
- Fremlægge oplysninger fra forberedelse af udbuddet (vidt skøn)
- Konkurrer på generelle ydelser

# Entreprenørens fordel

Hvis entreprenøren er involveret i byggeriets tidligere faser, må entreprenøren så deltage i konkurrence om f.eks. averteringen?

## Fordele:

- Er allerede til stede på byggepladsen, så omkostninger til at etablere hhv. nedtage byggeplads spares.
- Det er mindre generende med overlappende tidsplan for en eksisterende leverandør.
- Eksisterende leverandør kender alt til tegningsmateriale, faldgruber, m.v.

Kan man neutralisere entreprenørens fordel?

# Fordel: Allerede entreprenør på projektet

Udelukker ikke aktøren pr. automatik.

Som ordregiver skal man overveje at:

- Lægge tidsplanen, så eksisterende leverandørs fordel bliver mindre.
- Tilrettelægge udbuddet, så omkostninger til byggeplads vægter mindre.
- Opdatere tegningsmateriale og forlænge tidsfrister.

# Kendelser

I det følgende gennemgås kendelser, hvor Klagenævnet for Udbud har udtalt sig om eventuelle fordele hos eksisterende leverandør, og om ordregiver (om muligt) har gjort tilstrækkeligt for at neutralisere fordelene.

# Fordel **ikke** neutraliseret

**Atea A/S mod Region Sjælland, afsagt 31. maj 2022**

Konkurrencen:

- Køb af antennesystem til sygehuse.
- Nuværende antennesystem skulle nedtages og erstattes med nyt system.
- Tegningsmaterialet ikke ajourført.
- Det havde ikke været muligt at besigtige lokaliteterne.
- Ordregiver tildelte til eksisterende leverandør.



# Fordel **ikke** neutraliseret

## Atea A/S mod Region Sjælland, afsagt 31. maj 2022

Klagenævnet udtalte:

- Ordregiveren skulle have ajourført et tegningsmateriale over de lokaliteter, som de tilbudte løsninger skulle angå. Det var en uberettiget fordel for den nuværende leverandør, at ordregiver ikke havde gjort det.
- Det havde ikke været muligt for tilbudsgiverne af besigtige alle lokaliteterne, og den gennemførte besigtigelse var meget tidsbegrænset.
- Nuværende leverandør havde indsigt i eksisterende system, som skulle nedtages.
- Ikke fastsat i udbudsmaterialet, at der ville kunne ske efterfølgende regulering af prisen efter det faktiske tidsforbrug og de faktiske udgifter som følge af, at tegningsmaterialet ikke var retvisende.
- Det ville ikke være uforholdsmæssigt byrdefuldt for ordregiveren at sikre et 100 % retvisende tegningsmateriale, og dette kunne heller ikke antages at ville indebære en tilsidesættelse af den hidtidige leverandørs rettigheder.

Konkurrencemæssig fordel **ikke** neutraliseret.

# Fordel **ikke** neutraliseret

## Dansk Person Transport mod Næstved Kommune, afsagt 6. maj 2020

### Konkurrencen:

- Køb af persontransport til handicappede børn fra hjem til skole, læge, m.v.
- Leverandøren skulle selv planlægge og tilrettelægge de enkelte ruter med forbehold for barnets behov og det givne serviceniveau.
- Leverandøren skulle selv stille korrekte barnesæder til rådighed, og leverandøren skulle kunne betjene særligt udstyr tildelt på grundlag af et handicap.
- Ordregiveren gav desuden oplysning om antallet af ture og kilometer for hver delaftale i et tidligere år.
- Ordregiver ville dog ikke oplyse børnenes bopælsadresse eller give oplysning om handicap (personfølsomme oplysninger).

# Fordel **ikke** neutraliseret

## Dansk Person Transport mod Næstved Kommune, afsagt 6. maj 2020

Klagenævnet udtalte:

- Ordregiveren kunne have givet tilbudsgiverne forskellige anonymiserede oplysninger om bopælsområde m.m. for de børn, der skulle transporteres.
- Den hidtidige leverandør lå inde med disse oplysninger.
- Ordregiveren kunne i væsentligt omfang have mindsket konkurrencefordelen på en enkel og rimelig måde uden at overtræde reglerne om persondatubeskyttelse, og klagenævnet fandt det herefter ikke godtgjort, at konkurrencefordelen var mindsket i videst muligt omfang.
- Den hidtidige leverandør havde ganske vist ikke vundet udbuddet og havde derfor ikke haft udbytte af sin konkurrencefordel. Dette forhold ændrede imidlertid ikke ved, at overtrædelsen var begået.

Konkurrencemæssig fordel **ikke** neutraliseret.

# Fordel neutraliseret

## Vamed Engineering GmbH mod Region Syddanmark, afsagt 18. juni 2021

### Konkurrencen:

- Udførelse af apteringsentreprisen ved et hospitalsbyggeri, dvs. en entreprise om indretning af rum med udstyr.
- Den udbudte ydelse var opdelt i 2 faser.
  - "Projekterings- og indkøbsfasen" og "Færdigprojekterings- og udførelsesfasen"
  - Den første fase gik ud på, at leverandøren i samarbejde med ordregiveren skulle fastlægge planlægningen af den endelige opgaveløsning og udarbejde et projekt herfor. Projektet skulle godkendes af ordregiveren, og når dette var sket, skulle der indgås en totalentreprisekontrakt om udførelsen af den anden fase, dvs. om udførelse af selve opgaven m.m.
- Priskriteriet var "*totalentreprenørudgift*", som tilbudsgiverne skulle beregne på grundlag af deres dækningsbidrag og forventede udgifter til styring, honorar, byggepladsudgifter og vinterforanstaltninger. Selve byggeudgiften var maksimeret på forhånd.
- Vindende tilbudsgiver var totalentreprenør for råhusentreprisen ved byggeriet.
- Råhusentreprisen var i gang men ikke afsluttet.

# Fordel neutraliseret

## Vamed Engineering GmbH mod Region Syddanmark, afsagt 18. juni 2021

Klagenævnet udtalte:

- Tilbudsvinders fordel ved at kunne spare omkostninger til personale og etablering var en uundgåelig konsekvens af, at tilbudsvinder fra totalentreprenør på råhusentreprisen.
- Den vindende tilbudsgivers konkurrencefordel ved besparelser som følge af sin udførelse af råhusentreprisen kunne ikke udlignes umiddelbart.
- Klageren havde ikke påvist, hvordan den kunne udlignes uden at påføre ordregiveren yderligere omkostninger eller uden at komme den vindende tilbudsgiver til skade.
- Grænsefladerne med råhusentreprisen var i øvrigt beskrevet i udbudsmaterialet på et relevant niveau
- Byggepladsomkostningerne udgjorde en mindre del af det økonomiske underkriterium og vægtede kun 30 %.

Konkurrencemæssig fordel **neutraliseret**.

# Fordel neutraliseret

## **NIRAS A/S mod Ejendomsfonden Vandkulturhuset Papirøen, afsagt 11. november 2020**

Konkurrencen:

- Bygherrerådgivning ved et bygge- og anlægsarbejde
- Der havde tidligere været afholdt en projektkonkurrence og konkurrence om totalentreprise om det bygge- og anlægsarbejde, som sagen angik.
- C havde været bygherrerådgiver både under projektkonkurrencen og udbuddet om totalentreprise.
- C havde ikke bistået ordregiveren med udbuddet af bygherrerådgivningen.

# Fordel neutraliseret

## NIRAS A/S mod Ejendomsfonden Vandkulturhuset Papirøen, afsagt 11. november 2020

Klagenævnet udtalte:

- C havde ikke været involveret i tilrettelæggelsen af det udbud om rådgivning, som sagen angik, og havde ikke været bekendt med udbudsmaterialet før udbuddet.
- C's rolle i forhandlinger under udbuddet af totalentreprisen havde været af underordnet karakter.
- Det gjorde ingen forskel, at C henviste til sin tidligere rolle som en del af sine referencer.
- Hvis en klager gør gældende, at der foreligger inhabilitet i en sådan situation, har klageren bevisbyrden herfor, og klageren i sagen havde ikke løftet denne bevisbyrde.
- Rådgiverudbuddet adskilte sig væsentligt fra det forudgående udbud, idet der blev konkurreret på generelle rådgiverydelser, hvorfor C's forudgående kendskab til projektet var af mindre betydning.
- Alle de prækvalificerede virksomheder fik adgang til udbudsmaterialet fra totalentrepriseudbuddet.
- Tilbudsfristen blev forlænget.

Konkurrencemæssig fordel **neutraliseret**.

# Fordel neutraliseret

## **Intego A/S mod Statens Serum Institut, afsagt 19. juni 2020**

Konkurrencen:

- Rammeaftale om udførelse af elarbejder.
- Udbuddet trådte i stedet for et tidligere udbud, som ordregiveren havde annulleret.
- Ved udbudsrunde nr. 2, vægtede pris 70 % og kvalitet 30 %.
- Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der havde vundet det første udbud, men ikke det andet.
- Ifølge klager havde vindende tilbudsgiver en utilbørlig konkurrencefordel ved at have fået oplysning om klagerens tilbudspris ved det tidligere annullerede udbud.



# Fordel neutraliseret

## Intego A/S mod Statens Serum Institut, afsagt 19. juni 2020

Klagenævnet udtalte:

- Ved et udbud, der træder i stedet for et tidligere annulleret udbud, har tilbudsgiverne typisk oplysninger fra det tidligere udbud, som de eventuelt kan gøre brug af ved det nye udbud. Dette gælder således oplysning om tilbudspriserne ved det tidligere udbud.
- Gælder naturligvis kun for oplysninger, som ordregiver har ret til at dele med tilbudsgiverne.
- Det er et sagligt og lovligt kvalitativt evalueringskriterium at lægge vægt på erfaring med sammenlignelige opgaver hos en tilbudsgivers medarbejdere, selvom dette kan medføre en vis konkurrencefordel for den hidtidige leverandør af den udbudte ydelse.
- Klagenævnet havde ikke efter de foreliggende oplysninger grundlag for at konstatere, at vinderens bedre evaluering ift. kvalitet skyldtes, at vinderen var tidligere leverandør.

Konkurrencemæssig fordel **neutraliseret**.

# Fordel neutraliseret

## Assemble A/S mod Herning Kommune og Holstebro Kommune, afsagt 6. juli 2022

Konkurrencen:

- Levering af it-system til pladsanvisning
- Ordregiver stillede krav om brugertest af en dags varighed med mulig for tilbudsgiver til at deltage.
- Ordregiver lagde stor vægt på de tilbudte systemers brugervenlighed og intuitive tilgængelighed, etc.
- Tilbudsgiver skulle opnå minimum kvalitetspoint (60 point) for at komme i betragtning.
- Kun eksisterende leverandør opnåede mere end 60 point.
- Ordregiver tildelte til eksisterende leverandør.

# Fordel neutraliseret

## Assemble A/S mod Herning Kommune og Holstebro Kommune, afsagt 6. juli 2022

Klagenævnet udtalte:

- En brugertest må antages at medvirke til at eliminere en sådan konkurrencefordel.
- Tilbudsgiver havde mulighed for at deltage fysisk eller virtuelt, og således, at tilbudsgiver havde lejlighed til at guide de personer, der skulle brugerteste systemet.
- Resultatet af brugertesten var udførligt beskrevet i evalueringsrapporten.
- Brugertesten havde i tilstrækkeligt omfang udlignet en eventuel konkurrencefordel for den hidtidige leverandør.

Konkurrencemæssig fordel **neutraliseret**.

# Fordel neutraliseret

## Siemens Healthcare A/S mod Region Sjælland, afsagt 10. februar 2023

### Konkurrencen:

- Levering af analyseudstyr og rammeaftaler om service og analyser
- En medarbejder hos den vindende tilbudsgiver havde deltaget i udarbejdelsen af centrale dele af udbudsmaterialet som tidligere medarbejder hos ordregiveren
- Medarbejderen havde ikke været involveret i udbuddet i 9 måneder op til offentliggørelse.

# Fordel neutraliseret

## Siemens Healthcare A/S mod Region Sjælland

Klagenævnet udtalte:

- Medarbejderens ansættelse og arbejdsopgaver medførte ikke en konkurrencefordel for den vindende tilbudsgiver
- Der var således ikke grundlag for at antage, at medarbejderen havde haft særlig indsigt i ”de forhold, der tillægges vægt ved tidligere kollegers skøn over fordele og ulemper ved de tilbudte løsninger”.
- Klageren havde derfor ikke godtgjort eller sandsynliggjort, at ordregiveren havde overtrådt udbudsreglerne som hævdet af klageren.

Konkurrencemæssig fordel **neutraliseret**.

# Fordel neutraliseret

## Safety Solutions Denmark A/S mod Rigspolitiet, afsagt 29. september 2022

Konkurrencen:

- Rammeaftale om levering og vedligehold af et system til automatisk nummerpladegenkendelse.
- Det udbudte system skulle træde i stedet for et hidtidigt system, og tilbudsgiverne kunne vælge, om de ville gøre brug af ordregiverens eksisterende kameraer eller ville levere nye kameraer.
- Pris endte med at være afgørende for udfaldet af konkurrencen.
- Ordregiver tildelte til eksisterende leverandør.

# Fordel neutraliseret

## Safety Solutions Denmark A/S mod Rigspolitiet, afsagt 29. september 2022

Klagenævnet udtalte:

- Ordregiveren havde stillet tekniske oplysninger om det eksisterende anlæg til rådighed for tilbudsgiverne.
- Ordregiver havde ikke rettighederne til at stille kildekoder til rådighed for tilbudsgiverne.
- Det havde ikke nogen konkret betydning, at ordregiveren ikke havde givet oplysninger om den nøjagtige placering af nødvendige kameraer, da både vindende tilbudsgiver og klageren havde afgivet tilbud uden genbrug af eksisterende udstyr.

Konkurrencemæssig fordel **neutraliseret**.

# Konklusion

## Er der en fordel?

Så skal den udlignes mest muligt ved eksempelvis:

- Faktuelle oplysninger deles med alle tilbudsgivere. Er de personfølsomme, må ordregiver anonymisere.
- Tilbudsfrister fastsættes, så nye tilbudsgivere har tid til at bringe sig på niveau med eksisterende leverandør.
- Ajourfør tegningsmateriale og tilbyd besigtigelse.
- Tidsplan for byggeri tilpasses, så nuv. leverandør har mindre fordel.
- Fastsæt i udbudsmaterialet, at der kan ske efterfølgende regulering af prisen hvis tegningsmateriale ikke er retvisende.
- Skal eksisterende teknik eller systemer genbruges, skal ordregiver give tilbudsgiverne så mange oplysninger herom som muligt.
- Det er tilladt at lægge vægt på referencer tilbudsgiver – også selvom referencerne så er ordregivers egne.
- Konkurrer på generelle ydelser, så kendskab til et evt. tidligere projekt eller byggeri mindskes.