

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Primetime Kommunikation P/S
(advokat Sebastian Asbjørn Pedersen, København)

mod

Styrelsen for Danmarks Fængsler (tidligere Direktoratet for Kriminalforsorgen)
(advokat Kristian Hartlev, København)

Intervenient:
Signifly A/S
(advokat Hans Henrik Banke, Odense)

Klagenævnet for Udbud har den 12. januar 2026 modtaget en klage fra Primetime Kommunikation P/S ("Primetime Kommunikation").

Primetime Kommunikation har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Styrelsen for Danmarks Fængsler ("SDF") har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-10, svarskrift med bilag A-C, replik med bilag 11-12, duplik med bilag D-F, processkrift 1 med bilag 13 og processkrift A. Signifly A/S har indleveret et processkrift til støtte for de påstande, SDF har nedlagt.

Klagens indhold

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Styrelsen for Danmarks Fængsler har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, og i strid med udbudslovens § 5, stk. 1, ved under forhandlingerne i det igangværende udbud at have udleveret oplysninger til de øvrige tilbudsgivere, som har gjort det muligt for de øvrige tilbudsgivere enkelt og præcist at udregne Primetime Kommunikation P/S’ tilbudspris i det indledende tilbud, inden tilbudsgiverne afgav endeligt tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Styrelsen for Danmarks Fængsler har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, ved under forhandlingerne i det igangværende udbud, og inden tilbudsgiverne afgav endeligt tilbud, at have udleveret oplysninger til den tilbudsgiver med den næstbilligste pris, så denne enkelt og præcist kunne udregne Primetime Kommunikation P/S’ tilbudspris i det indledende tilbud, uden samtidig at udlevere oplysninger til Primetime Kommunikation P/S, som gjorde det muligt for Primetime Kommunikation P/S enkelt og præcist at udregne den tilbudsgiver med den næstbilligste pris’ tilbudspris i det indledende tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Styrelsen for Danmarks Fængsler har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, og i strid med udbudslovens § 160, stk. 2, idet den valgte evalueringsmetode ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af tildelingskriteriet, bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Styrelsen for Danmarks Fængslers tildelingsbeslutning af 19. december 2025.”

SDF har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 415365-2025 af 26. juni 2025, offentliggjort den 27. juni 2026, udbød SDF som udbud med forhandling efter udbudsloven en kontrakt om markedsføringsydelser i forbindelse med rekruttering og employer branding.

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

”2.1. Procedure

...

Beskrivelse: ... Udbuddet omfatter således markedsføring af betjentuddannelserne og løbende diverse omdømme- og brandingforbedrende kommunikationstiltag. Derudover omfatter udbuddet udvikling af et nyt fremtidssikret website, der skal erstatte nuværende rekrutteringswebsite blivfængselsbetjent.dk og sidenhen løbende vedligeholdelse heraf.

Kontraktens estimerede økonomiske værdi Kontraktens værdi er estimeret på baggrund af den økonomiske ramme som er godkendt som følge af de indsatser der følger af flerårsaftalen for Danske Fængslers økonomi. Flerårsaftalen har betydet et øget forbrug, som de sidste år har ligget på omkring 12-15 mio. årligt. Heraf har 1/3 været anvendt til analyse, udvikling og produktion af kampagnekoncept og 2/3 til markedsføring/annoncering. Dette forventes også at være fordelingen i fremtiden. Det estimerede timeforbrug fremgår af Bilag 4 – Prisbilag. Estimatet er imidlertid ikke en indikation af en garanteret omsætning for valgte leverandør. D. 22. maj 2025 lancerede regering derudover forslag til en ny straffereform som blandt andet omfatter etablering af 2.000 nye fængselspladser og 300 årsværk til en styrket indsats i fængslerne. Det forventes, at det også vil omfatte en investering i rekruttering og fastholdelse af fængselsbetjente. Den estimerede økonomi for kontrakten er derfor forbundet med en stor usikkerhed. Vi forventer at reformen vil kunne påvirke kontraktens økonomi i en positiv retning for Leverandøren. Vi er ikke bekendt med selve udmøntningens indhold eller tidsplan, og kan derfor ikke med sikkerhed vurdere om udmøntningen vil finde sted i kontraktperioden. Det skal samtidigt pointeres at ordregiver rekrutterer efter behov. Det betyder at ordregiver efter behov vil igangsætte nye kampagner eller forlænge igangværende kampagner, såfremt rekrutteringsindsatsen ikke har givet den ønskede konverteringsgrad.

...

2.1.3. Værdi

Anslået værdi eksklusiv moms: 84 000 000,00 DKK

...

5.1.3. Anslået varighed

Startdato: 12/02/2026

Varigheds slutdato: 31/01/2032

5.1.4. Fornyelser

Højeste antal fornyelser: 2

...

5.1.9. Udvalgelseskriterier

...

Såfremt der modtages flere end 3 egnede ansøgere, vil Ordregiver foretage en udvælgelse blandt de egnede ansøgere. ...

Mindsteantallet af ansøgere, som skal opfordres til at deltage i anden fase af proceduren: 3

Det højeste antal ansøgere, som skal opfordres til at deltage i anden fase af proceduren: 3”

I udbudsbetingelserne står der bl.a.:

”Fortrolige dele af tilbuddet

Såfremt tilbudsgiver ønsker dele af tilbuddet behandlet fortroligt og undtaget fra aktindsigt, kan tilbudsgiver anføre dette i et bilag til tilbuddet.

...

Fortrolige oplysninger i tilbuddene og under forhandlinger

Ordregiver sørger for, at alle tilbudsgivere behandles lige og har adgang til de samme oplysninger og vil ikke uden konkret samtykke oplyse de øvrige tilbudsgivere om løsningsforslag eller andre fortrolige oplysninger, som en tilbudsgiver har givet.

Ordregiver kan inddrage en tilbudsgivers forslag til ændringer af udbudsmaterialet i forhandlingerne med de øvrige tilbudsgivere. I forhandlingerne med de øvrige tilbudsgivere vil ændringsforslagets præcise ordlyd ikke blive afsløret, og det vil heller ikke blive nævnt, hvilken tilbudsgiver der har foreslået ændringen.

...

Såfremt der er oplysninger eller elementer i et tilbud, eller som fremkommer under forhandlingerne, der af forretningsmæssige hensyn ønskes

undtaget fra aktindsigt, bedes tilbudsgiver derfor angive dette i sine tilbud eller gøre ordregiver opmærksom herpå under forhandlingerne. Ordregiver vil dog uanset tilbudsgivers tilkendegivelser om fortrolighed være berettiget og forpligtet til at give aktindsigt i det omfang, som følger af lovgivningen.”

Af udbudsbetingelsernes bilag B, Tilbudsevalueringen, fremgår bl.a.:

”Tildelingskriteriet

Tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud identificeret på grundlag af bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Ordregiver vil i den forbindelse lægge følgende under-/delkriterier til grund:

1. Det økonomiske underkriterium

1.1. Pris 20 %

Evaluering af underkriteriet ”Pris” vil ske på baggrund af den samlede evalueringstekniske pris i celle E17 i fanen ”Medarbejdere” i Bilag 4 - Prisbilag.

2. De kvalitative under- og delkriterier

2.1. Kvalitet 80 %

Underkriteriet Kvalitet er delt op i nedenstående delkriterier med respektive vægtninger:

2.1.1. Delkriterium Team 50 %

Delkriteriet Team vil blive evalueret på baggrund af Tilbudsgivers besvarelse af Bilag 7 - Team herunder CCV

2.1.2. Delkriterium Løsningsbeskrivelse 50 %

Delkriteriet Løsningsbeskrivelse er delt op i nedenstående del-delkriterier med respektive vægtninger:

2.1.2.1. Case A 40 %

2.1.2.2. Case B 40 %

2.1.2.3. Evalueringskrav 20 %

...

4.1. Evalueringsmetode - pointmodel

Det økonomisk mest fordelagtige tilbud baserer sig på en sammenstilling af det samlede vægtede antal point, som tilbuddene har opnået i henhold til det økonomiske underkriterie, jf. punkt 1 og de kvalitative under-, del- og del-delkriterier, jf. punkt 2. Det samlede antal point afrundes ikke. Det

tilbud, der har opnået det højeste antal point samlet set, anses for at have tilbudt det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Pointmodellen er beskrevet nærmere i de følgende afsnit.

4.2. Point for pris

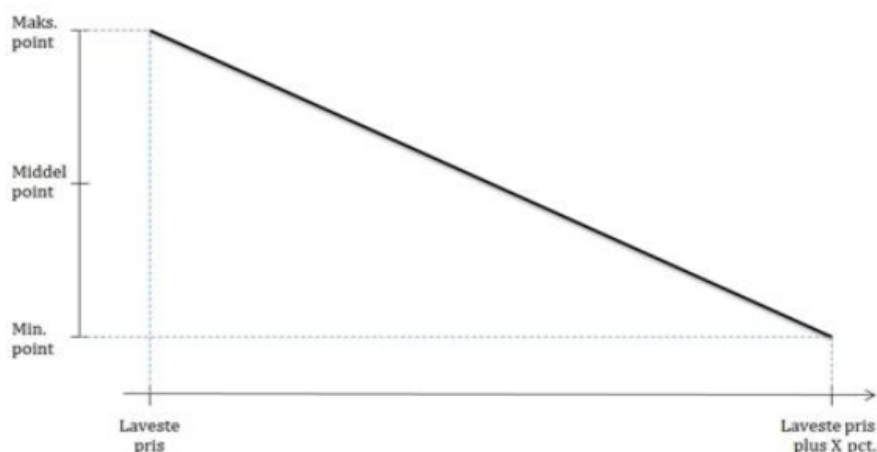
Med hensyn til det økonomiske underkriterie vil hvert tilbud blive tildelt point ud fra en gearret lineær pointmodel fra 0-10 point. Beregningen vil blive foretaget på baggrund af den samlede evalueringstekniske pris, som opgøres som anført i punkt 1.

Laveste evalueringstekniske pris blandt de konditionsmæssige tilbud tildeles 10 point (maksimumpoint), hvor 0 point (minimumpoint) tildeles laveste evalueringstekniske pris ganget på med en hældningsgrad. Hældningsgraden er fastsat til 30 %. Der sker således en omregning af tilbudspriser til point ud fra et prisspænd på baggrund af hældningsgraden ved lineær omregning:

$$\textit{Point} = \textit{maksimumpoint} - ((\textit{maksimumpoint} - \textit{minimumpoint})/30 \%) * (\textit{Tilbudsgivers pris} - \textit{laveste evalueringstekniske pris})/\textit{laveste evalueringstekniske pris}$$

Det økonomiske underkriterie vurderes relativt, således at tilbuddene vurderes op imod hinanden. De tildelte point vil i den samlede evaluering blive ganget med vægtningen af underkriteriet og vil kunne fremstå med to decimaler.

Nedenstående graf illustrerer, hvordan ordregiver tildeler point i henhold til pointmodellen.



	Tilbudsgiver A	Tilbudsgiver B	Tilbudsgiver C
Tilbudspris	1.500.000 kr.	1.550.000 kr.	1.800.000 kr.
Hældningsgrad på 30 % (eksempel)			
Point	10	8,9	3,3

I eksemplet har tilbudsgiver A afgivet det tilbud, der opnår det bedste point for det økonomiske underkriterium.

4.3. Korrektionsmodel

Såfremt der mod forventning modtages evalueringstekniske priser med en større spredning end 30 %, vil ordregiver udvide spredningen med 5 % af gangen, indtil alle modtagne evalueringssummer kan evalueres inden for modellen - medmindre konkurrencen mellem de øvrige tilbud vil blive påvirket i en væsentlig grad af et tilbud, hvis pris afviger markant fra de øvrige tilbud. Ved markante afvigelser forstås afvigelser, hvor pris-spredningen mellem tilbuddet med den laveste pris og tilbuddet med den højeste pris er mere end dobbelt så stor.

Herefter foretages der en tildeling af point i henhold til den nye hældningsgrad.”

Af udbudsbetingelsernes bilag D, Forhandlingsfase og -plan, fremgår bl.a.:

”Tildeling på baggrund af det indledende tilbud

Ordregiver kan vælge at tildele Kontrakten på baggrund af det første indledende tilbud og dermed betragte INDO 1 som BAFO. Ordregiver opfordrer derfor tilbudsgiver om at opfylde alle formaliteter og krav allerede i INDO1.

...

Temaer og tidsplan for forhandlingsmøderne

...

Under forhandlingsmøderne vil tilbudsgiverne få feedback på stærke og svage punkter i de fremsendte tilbud. Denne feedback gives med henblik på at sikre, at tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud i den videre proces.”

Af udbudsbetingelsernes bilag 4, Prisbilag, fremgår:

”Tilbudsgiver bedes udfylde felterne markeret med gul, som efter endeligt tilbud (BAFO) bliver bindende timepriser for Kontrakten.

Medarbejderkategori (nr.)	Timepris (DKK) (ekskl. moms)	Forventet timeforbrug pr år*	Vægtet pris
0		50	0 kr.
1		200	0 kr.
2		1.750	0 kr.
3		1.500	0 kr.
Samlet evalueringsteknisk pris			0 kr.

*Det anførte skøn over forbrug pr. år er alene til brug for tilbudsafgivelse og -bedømmelsen. De opgaver, der vil tilgå de respektive medarbejdere i Kontraktens løbetid, afhænger af det konkrete behov....”

I udbudsbetingelsernes bilag 6, Kravspecifikation, står der bl.a.:

”1. Indledning

Nærværende Bilag 6 - Kravspecifikation beskriver de tekniske og funktionelle egenskaber ved den udbudte Ydelse og fastsætter samtidigt de for udbuddet Markedsføringsydelser i forbindelse med kriminalforsorgens uniformerede uddannelser og employer branding gældende mindstekrav, forhandlingskrav og evalueringskrav. Ordregiver understreger, at alle krav skal være indregnet i de priserne i Bilag 4 - Prisbilag.”

Af udbudsbetingelsernes bilag 7, Team herunder CV'er, fremgår bl.a.:

”2.2. Definitioner:

Medarbejderkategori 0: For Nøglemedarbejdere nummer 1 forstås den chef eller partner hos Leverandøren, som er overordnet ansvarlig for Kontrakten og samarbejdet mellem Leverandøren og Kunden. ...

Medarbejderkategori 1: For Nøglemedarbejdere nummer 2 og 3 forstås seniorkonsulenter med minimum 6 års relevant erhvervserfaring inden for hhv. strategisk kommunikation og kampagneledelse og strategiske kreative processer. ...

Medarbejderkategori 2: For Nøglemedarbejdere nummer 4 og 5 forstås erfarne kreative konsulenter/specialister med minimum 5 års relevant erhvervserfaring i deres roller. ...

Medarbejderkategori 3: For nøglemedarbejder nummer 6 og 7 forstås konsulenter/specialister med minimum 3 års specialisterfaring i deres roller. ...”

I kontraktudkastet, der indgik som et bilag til udbudsbetingelserne, står der bl.a.:

”12.1 Pris

Priserne for Leverandørens Ydelser, der er omfattet af Kontrakten, fremgår af Bilag 4 - Prisbilag.

...

I det omfang udførelse af Ydelsen indebærer, at Leverandøren afholder udgifter til konkrete produkter og Aktiviteter til opfyldelse af Ydelsen, f.eks. udgifter til produktion af social media content, til rådgivning af Kunden fra ekstern ekspert, til trykning o.l., refunderes Leverandøren udgifter hertil - uden tillæg af avance - ved fremvisning af dokumentation for afholdte udgifter sammen med faktura, jf. afsnit 13.

Leverandøren kan dog ikke modtage refusion af omkostninger, der overskrider det aftalte Projektbudget eller estimeret pris for de enkelte Aktiviteter, med mindre der foreligger en udtrykkelig forudgående skriftlig aftale med Kunden herom. Hvad angår omkostninger til medieleverandøren for medieindrykning finder punkt 12.3. anvendelse.

Den løn leverandøre[n] betaler til sine freelance ansatte, som medvirker til udførelsen af en af Kontrakten omfattet ydelse, kan efter aftale med Kunden, faktureres efter medgået tid, jf. de respektive timelønssatser som angivet i bilag 4 - Prisbilag. Dokumentation på anvendte timer, skal vedlægges faktura jf. afsnit 9 og afsnit 13.

12.2 Vederlag

Leverandørens vederlag beregnes efter medgået tid dog maksimalt til Projektbudget for Leveranceaftaler samt estimerede antal timepriser for Opgaver for de til levering af Ydelsen angivne medarbejderkategorier, jf. Bilag 4 - Prisbilag. Det kan alene fraviges ved skriftlig aftale herom.

Det er en betingelse for at Leverandøren kan modtage vederlag, at der er indgået aftale med Kunden om igangsættelse af en Ydelse, og at Ydelsen ved fakturering kan identificeres med et Jobnummer som oplyst af Leverandøren i forbindelse med Ydelsens igangsættelse.

Rent administrative opgaver som bl.a. fakturering, registrering samt statistik over opgaver og forbrug afholdes for Leverandørens regning.

12.3 Særligt vederlag for medieindrykning

Leverandøren er berettiget til vederlag for medieindrykning, som Kunden har bestilt i forlængelse af en Leverance eller en Opgave, samt advicering og tracking af samme.

Leverandøren er forpligtet til at sikre, at indkøb af medieindrykning sker på markedsmæssige vilkår. Det kan eksempelvis ske ved at indhente tilbud på radiopriser for alle radiostationer fra hver af de to grupper af radiostationer Bauer og Dansk Radio Reklame (DRR) for de relevante målgrupper, placering i reklameblokken, fleksibilitet omkring booking etc. for hhv. alm. spotannoncering, radiosponsorater, særlige spotpakker o.lign. Processen for markedsmæssige vilkår dokumenteres pr. kampagne som en del af Leveranceaftalen. Såfremt afdækning af medieydelse først sker på et senere tidspunkt i processen, fremsendes skriftlig dokumentation herfor med begrundelse for valg af medieydelse til Kunden samtidig med godkendelse af medieplatform med henblik på Kundens accept.

Kunden ønsker fuld gennemsigtighed om honorering af Leverandøren, udgifter til medieindrykning samt opnåede rabatter m.v.

Leverandøren indkøber de konkrete medieydelser hos medieleverandøren som aftalt med Kunden og som beskrevet i Leveranceaftalen. Herefter viderefakturerer Leverandøren omkostningerne til Kunden jf. punkt 12.1

Alle former for såvel nuværende som fremtidige rabatter og godtgørelser med mere, der forhandles på plads af Leverandøren med medieleverandøren på Kundens vegne og på baggrund af Kundens mediebehov, skal tilfalde Kunden, således at afregningen er overskuelig og gennemsigtig.

Leverandøren skal således kreditere Kunden alle rabatter, eventuel medieprovision eller tilsvarende kompensation, materiale- og informationsgodtgørelse.

Leverandørens eksterne indkøb af medieplads hos medieleverandøren skal således faktureres videre til Kunden til rene nettopriser, såfremt disse er forhandlet på vegne af Kunden og ikke på tværs af Leverandørens samlede kundeportefølje.

Før rekrutteringskampagnen med eksisterende annonceringsmateriale offentliggøres, skal Kunden godkende mediebudget og annonceindryk samt valg af medieplatform.”

Inden for fristen for anmodning om deltagelse i udbuddet den 6. august 2025 modtog SDF ni ansøgninger om deltagelse. SDF fandt, at tre af ansøgningerne var ukonditionsmæssige, og SDF foretog herefter en udvælgelse blandt de resterende seks ansøgninger med henblik på at prækvalificere tre ansøgere.

Den 25. august 2025 opfordrede SDF Primetime Kommunikation, Signifly A/S og Advice A/S til at afgive tilbud.

Inden for fristen for indledende tilbud den 29. september 2025 modtog SDF tilbud fra alle tre virksomheder.

De tre tilbudsgivere afgav ifølge SDF følgende evalueringstekniske priser i deres indledende tilbud:

”

	Primetime Kommunikation	Signifly A/S	Advice A/S
Evalueringsteknisk pris i det indledende tilbud (i DKK)	2.590.000	2.932.500	2.987.500

”

SDF gennemførte forhandlinger med tilbudsgiverne i ugerne 44-45.

SDF opdaterede efter afslutning af forhandlingsfasen udbudsmaterialet. Det opdaterede udbudsmateriale blev gjort tilgængeligt for tilbudsgiverne den 10. november 2025 via det elektroniske udbudssystem.

Den 12. november 2025 skrev SDF følgende til Primetime Kommunikation via EU-Supply:

”I forbindelse med det økonomiske underkriterie Pris, har vi oplyst deltagere om deres tildelte point. For at være sikker på at alle har samme fordel af denne oplysning vil vi med denne mail oplyse Primetime om at I har opnået 10 point ved at afgive den laveste evalueringstekniske pris.

Ved anvendelse af den oplyste formel angive[t] i bilag B - tilbudsevaluering afsnit 4.2:

...

kan vi samtidig oplyse, at prisspændet er således at det laveste antal point givet er 4,9 point.”

Den 20. november 2025 skrev SDF følgende til Signifly A/S via EU-Supply:

”Jeg vil gerne retten op på evt. fejl information der måtte være givet vedr. point i forbindelse med vores forhandlingsmøde.

Tilbudsgiver som har givet tilbud med den laveste pris har opnået 10 point.

Alle andre tilbudsgiver har opnået point efter følgende formel:

Point = maksimumpoint – ((maksimumpoint – minimumpoint)/30 %) *
(Tilbudsgivers pris – laveste evalueringstekniske pris)/laveste evalueringstekniske pris

I den forbindelse skal det præciseres at Signifly har opnået 5,6 point”.

Den 21. november 2025 skrev SDF følgende til Advice A/S via EU-Supply:

”Jeg har tidligere oplyst at Advice har fået 0,98 point for besvarelse af ”Det økonomiske underkriterium Pris”. Dette fordi underkriteriet vægter 20%

Jeg vil derfor sikre mig at det ikke kan misforstås.

Jeg har derfor brug for at klarlægge at Advice har opnået 4,9 point, som vægtet giver 0,98 point.”

Inden for fristen for endeligt tilbud den 24. november 2025 modtog SDF tilbud fra alle tre tilbudsgivere.

Den 19. december 2025 underrettede SDF Primetime Kommunikation om, at Signifly A/S havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at SDF havde til hensigt at tildele kontrakten til Signifly A/S. Underretningsbrevet var vedlagt et evalueringsnotat, hvoraf fremgår bl.a.:

”Underkriteriet Det økonomiske underkriterium Pris 20 %

...

		Tilbudsgiver Primetime	Tilbudsgiver Signifly
Evalueringsteknisk pris i kr.		2.590.000	2.400.000
Vurdering i point		7,35	10

...

Point for kvalitative under- og delkriterier 80 %

...

Under-/Del- krite- rier/Evalue- ringskrav	Pro- cent- for- de- ling		Tilbuds- giver Pri- metime	Tilbuds- giver Sig- nifly
Samlet vurdering				
TEAM 50 %				
			10	10
LØSNINGSBESKRIVELSE 80%				
EVALUERINGSKRAV 20 %				
<i>K1</i>			9	10
<i>K2</i>			9	9
<i>K3</i>			10	10
<i>K4</i>			9	7
GENNEM- SNIT EVA- LUERINGS- KRAV			9,25	9
CASE A 40 %				
			10	9
CASE B 40 %				
			10	9

...

SAMMENFATNING AF EVALUERING

Tilbudsevaluering har samlet vist følgende:

		Tilbudsgi- ver Prime- time	Tilbudsgiver Sig- nifly
Kvalitet i point		7,94	7,6
Pris i point		1,47	2
Samlet pointscore		9,41	9,60

Det vindende tilbuds relative fordele

På baggrund af den samlede evaluering, hvor pris vægter 20 % fremgår det, at tilbuddet fra Signifly A/S er mere fordelagtigt grundet lavere priser. Prisen har været udslagsgivende for tildelingen af kontrakten.”

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

Primetime Kommunikation har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-4, gjort gældende, at betingelsen om ”fumus boni juris” er opfyldt.

SDF har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-4, gjort gældende, at betingelsen om ”fumus boni juris” ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Primetime Kommunikation gjort gældende, at SDF i strid med udbudslovens § 5 har udleveret fortrolige oplysninger om Primetime Kommunikations tilbud til de øvrige tilbudsgivere under forhandlingsforløbet og forud for fristen for afgivelse af endelige tilbud ved at oplyse de øvrige tilbudsgivere om deres egne prispoint.

Det fremgår af forarbejderne til udbudslovens § 5, stk. 1, at bestemmelsen omfatter bl.a. ”oplysninger, som i øvrigt, ... må betragtes som fortrolige.” Dermed må en ordregiver heller ikke udlevere andre fortrolige oplysninger, selvom det ikke måtte fremgå af lovgivningen.

Det følger således af udbudslovens § 5, stk. 1, at en ordregiver ikke må oplyse tilbudsgiverne om de tildelte prispoint eller de evalueringstekniske priser i de indledende tilbud undervejs i processen ved et udbud med forhandling. Et sådan direkte forbud mod at oplyse priser under en igangværende konkurrenceudsættelse indgår også i tilbudslovens § 11, stk. 3. Udgangspunktet er således, at (alle) priser er fortrolige.

Det gælder også for forhandlinger i medfør af udbudsloven, at ordregiver ikke må spille tilbudsgiverne ud mod hinanden ved over for den enkelte tilbudsgiver at henvise til de andres tilbud eller de andre tilbudsgiveres prisreduktioner. SDF går ud over det tilladte, når der oplyses om andre tilbudsgiveres priser. Priser, herunder totalpriser, er helt centrale for konkurrencen. Indsigt i de øvrige tilbudsgiveres priser påvirker tilbudsgivernes konkrete tilrettelæggelse, strategi og valg i udformningen af deres tilbud i langt højere

grad, end feedback i almindelige og overordnede vendinger gør. Der er ikke længere tale om, at SDF fører forhandlingerne inden for tilbuddets egne rammer, når der oplyses om andre tilbudsgiveres priser. SDF går nemlig videre og direkte og konkret sammenholder tilbuddene, hvilket ikke er tilladt.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at forhandlingerne skulle udføres med udgangspunkt i tilbudsgivernes egne tilbud, idet det fremgår, at der gives feedback på stærke og svage sider i det fremsendte tilbud.

Det er almindelig praksis, at forhandlingerne under et udbud med forhandling tager udgangspunkt i tilbudsgivernes egne tilbud, og at der ikke deles konkrete oplysninger om andre tilbud, ligesom der ikke foretages konkrete sammenligninger af tilbuddene under forhandlingerne med oplysninger om løsningsbeskrivelser eller prisoplysninger i de andre tilbud.

Derfor er der heller ikke behov for, at tilbudsgiverne konkret angiver, hvilke dele af deres tilbud, der er fortrolige, herunder hverken for så vidt angår tilbudselementer vedrørende de kvalitative konkurrenceparametre eller prisparametre.

Det er irrelevant, når SDF henviser til, at det i udbudsbetingelserne er anført, at tilbudsgiverne kunne oplyse, om noget i tilbuddene var fortroligt, og at Primetime Kommunikation ikke udtrykkeligt havde angivet sine priser som værende fortrolige. Ingen af tilbudsgiverne havde afgivet erklæring om, at konkrete forhold var fortrolige, hvilket ikke betyder, at tilbudsgiverne var af den opfattelse, at alt i tilbuddene kunne deles som ikke fortroligt. Tilbudsgiverne var berettiget til at antage, at SDF ville behandle indholdet af tilbuddene fortroligt i overensstemmelse med udbudslovens § 5. SDF kunne ikke slutte modsætningsvist og gå ud fra, at alle oplysninger, som ikke konkret af en tilbudsgiver var angivet som fortrolige, eller som ikke i medfør af lovgivning er fortrolige, uden videre kunne videregives til tredjemand. En ordregivers angivelse i udbudsbetingelserne om, at tilbudsgiverne skal oplyse om fortrolige forhold, går ikke forud for udbudslovens § 5 og kan ikke føre til ansvarsfrihed i tilfælde af, at ordregiver har delt fortrolige oplysninger, som ikke var eksplicit deklareret som sådan af tilbudsgiverne.

Selvom tilbudslovens § 7 a (og den tidligere § 7) er indsat af hensyn til at kunne føre kontrol med udbudsprocessen, betyder dette ikke, at evaluerings-

tekniske priser og totalpriser ikke skal behandles fortroligt i andre sammenhænge uden for tilbudsloven og uden for området for udbud af bygge- og anlægskontrakter, hvor § 7 a ikke finder anvendelse. Tilbudslovens § 7 a finder ikke anvendelse på udbud af varer og tjenesteydelser efter udbudsloven. Der er ingen holdepunkter for at antage, at der under et igangværende udbud med forhandling efter udbudsloven af en tjenesteydelseskontrakt kan deles totalpriser med de øvrige tilbudsgivere.

Ordningen i tilbudslovens § 7 a er udtrykkeligt forladt i det nye lovforslag om ændring af udbudsloven og lov om Klagenævnet for Udbud og om ophævelse af lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, som blev bragt i høring den 6. november 2025. Den nye ordning må ses som et klart udtryk for, at tilbudssummer (herunder totalpriser) ikke skal deles med tredjemand. Den logiske slutning må være, at dette er fordi, at sådanne oplysninger er konkurrencefølsomme, og derfor skal behandles fortroligt.

Hensynene bag udbudslovens § 5 er et element, der skal inddrages ved vurderingen af væsentlighedskriteriet i offentlighedslovens § 30, nr. 2.

Primetime Kommunikation har ikke givet samtykke til, at SDF kunne afgive oplysninger om virksomhedens priser til de øvrige tilbudsgivere.

Primetime Kommunikation havde ved den indledende tilbudsfrist afgivet den laveste pris. Ved at oplyse de øvrige tilbudsgivere om deres egne prispoint, kunne tilbudsgiverne enkelt og præcist udregne Primetime Kommunikations tilbudspris ved anvendelsen af følgende formel:

$$P_{\min} = \frac{P}{1 + 0,03 \cdot (10 - \text{Point})}$$

Totalpriser/evalueringstekniske priser udgør under et udbud en fortrolig oplysning, som under ingen omstændigheder må offentliggøres, hvilket støttes af forarbejderne til udbudslovens § 5 og § 66. Der henvises endvidere til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens ”Vejledning om Udbudsreglerne”, hvoraf det bl.a. fremgår, at det er særligt vigtigt, ”at tilbudsgiverne kan deltage i forhandlingerne med vished om, at løsningsbeskrivelserne præsenteret i tilbuddene og prisforhandlingerne holdes hemmelige under hele forhandlingsforløbet”. Det fremgår endvidere af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, ”Dialog før og under udbudsprocessen”, bl.a., at ordregivers

feedback under forhandlingerne ikke må indeholde fortrolige oplysninger om andre tilbudsgivere, som en ansøger eller en tilbudsgiver, der deltager i forhandlingerne, har meddelt, uden at oplysningernes ejermand har givet samtykke til, at oplysningerne deles.

Ordregiver skal således under udbudsprocessen i høj grad værne om fortroligheden og sikre, at hemmelige oplysninger ikke deles. Ordregiver har alene mulighed for i overordnede vendinger under forhandlingerne at oplyse, at et tilbud i visse sammenhænge er dårligere stillet i konkurrencen i forhold til de andre tilbud.

Der er ikke tale om ”overordnede vendinger”, eller at prisforhandlingerne holdes hemmelige, når SDF har delt oplysninger til de øvrige tilbudsgivere, som giver disse mulighed for enkelt og præcist at udregne Primetime Kommunikations tilbudspris.

Der må skelnes mellem afsluttede udbud og igangværende udbud, når det vurderes, om tilbudspriser udgør fortrolige oplysninger, som ikke må offentliggøres, og som også skal undtages fra aktindsigt. Der er næppe noget mere fortroligt end priser, herunder totalpriser, i forbindelse med en igangværende konkurrence, hvor ”Pris” er et tildelings- eller et underkriterium. Det modsatte resultat vil føre til, at alle tilbudsgivere vil søge om aktindsigt i indledende priser under igangværende udbud med forhandling.

Klagenævnets kendelser af 18. februar 2010, Mikro Værkstedet A/S mod Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte, og af 7. oktober 2015, Stadsing A/S mod Herning Kommune m.fl., som SDF henviser til, vedrører spørgsmålet om, hvorvidt totalpriser kan oplyses efter et udbud er afsluttet. Der er forskel på, om en totalpris oplyses til omverdenen, efter et udbud er afsluttet, da de øvrige tilbudsgivere ikke længere kan bruge oplysningen til noget i en konkurrencemæssig situation, eller om en totalpris oplyses til konkurrenterne midt under et udbud, og forinden der afgives BAFO. I den sidstnævnte situation pågår en konkurrence, hvor prisen indgår som objektive element, hvis vægt i konkurrencen ikke er underlagt en ordregivers efterfølgende skøn, og hvor de øvrige tilbudsgivere har stor fordel af at få indsigt i denne væsentlige del af deres konkurrenters tilbud.

Det fremgår også af praksis vedrørende aktindsigt, at hvor der er tæt konkurrence på et marked, skærpes kravene til at give aktindsigt. Det fremgår videre

af praksis, at hvor der kun er et begrænset antal reelle tilbudsgivere på området, vurderes det at kunne få en skadelig virkning for den fremtidige konkurrencesituation, hvis prisoplysninger deles, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 17. juni 2010, Jydsk Planteservice A/S mod Odense Kommune m.fl.

I et udbud, hvor konkurrencen de facto er reduceret til tre prækvalificerede tilbudsgivere, er konkurrencen tæt, og der er kun et begrænset antal reelle tilbudsgivere. Priser, herunder totalpriser, udgør således fortrolige oplysninger, som ikke må deles af ordregiver af egen drift eller efter anmodning fra tredjemand.

Særligt i et udbud, hvor der alene konkurreres på få enhedspriser, som det er tilfældet i SDF's udbud, udgør totalprisen et fortroligt element, som ikke må deles. Dette skyldes, at der kun skal reguleres på få priser eller en enkelt enhedspris, før det vil få en større samlet effekt på totalprisen.

Den konkrete udvikling i priskonkurrencen efter forhandlingsforløbet understøtter, at SDF's oplysningerne om priser har haft betydning. Primetime Kommunikation afgav laveste pris i det indledende tilbud, men ikke i de endelige tilbud. Primetime Kommunikation ændrede ikke sine priser undervejs. SDF anførte også i tildelingsbeslutningen, at prisen havde været udslagsgivende for tildelingen af kontrakten. Det kan således ikke afvises, at det har været afgørende – eller en medvirkende årsag – for det endelige resultat, at SDF delte prisoplysningerne med de øvrige tilbudsgivere.

Det er fastslået i klagenævnets praksis, at prisforhandlinger vil stride mod ligebehandlingsprincippet, hvis ordregiveren spiller tilbudsgiverne ud mod hinanden, jf. klagenævnets kendelse af 14. september 2001, Judex A/S mod Århus Amt.

Det fremgår ikke af udbudsbetingelserne, at SDF under forhandlingerne ville dele point for pris med tilbudsgiverne. Ved at oplyse de øvrige tilbudsgivere om, hvad den billigste pris var, har SDF – forsætligt eller uforsætligt – kunnet bruge Primetime Kommunikations (laveste) pris som løftestang til at forsøge at sikre sig billigere priser, da der var en ikke uvæsentlig sandsynlighed for, at de andre tilbudsgivere ville forsøge at afgive tilbud under den laveste pris, hvis de konkret kendte denne. På den måde kan en ordregiver på usaglig vis

presse priserne endnu længere ned. Dette er uhensigtsmæssigt og kan i yderste tilfælde føre til prisdumping eller usunde kontrakter, hvor leverandøren tilbyder for lave priser for at få en kontrakt.

Særligt vedrørende påstand 1 har SDF gjort gældende, at SDF ikke har udleveret fortrolig information ved at have oplyst de øvrige tilbudsgivere om deres egne prispoint, og SDF har ikke spillet tilbudsgiverne ud mod hinanden under forhandlingsfasen. SDF har dermed ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, eller i strid med udbudslovens § 5, stk. 1.

SDF har ikke oplyst de øvrige tilbudsgivere om Primetime Kommunikations priser, men har alene oplyst tilbudsgiverne om deres egne prispoint. De øvrige tilbudsgivere kunne på baggrund af denne oplysning beregne Primetime Kommunikations evalueringstekniske pris, men det var ikke muligt for tilbudsgiverne at beregne virksomhedens tilbudte timepriser på de fire medarbejderkategorier.

Det er en ordregivers prærogativ at tilrettelægge forhandlingsfasen på en måde, der bedst muligt sigter mod at tilpasse tilbuddene til ordregiverens krav og behov. Forhandlingerne kan vedrøre alle elementer af tilbuddene, så længe der ikke er tale om mindstekrav eller grundlæggende elementer. Dette indebærer også, at ordregiver har ret til at forhandle om priselementer, så længe det sker under overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. også lovforarbejderne til udbudslovens § 66.

SDF har i den konkrete situation vurderet, at det skabte den bedste indkøbsproces ved under forhandlingsprocessen at oplyse om tildelte point relateret til underkriteriet pris, hvilket er sket under overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Totalpriser/evalueringstekniske priser afgivet i et indledende tilbud under et udbud med forhandling udgør ikke i sig selv en fortrolig oplysning efter udbudslovens § 5, stk. 1. Dette underbygges bl.a. af reguleringen i udbudsloven, praksis fra klagenævnet, samt at det tidligere har været et krav ved f.eks. licitationer, at tilbudsgiverne skulle oplyses om de øvrige tilbudsgiveres budsummer. Primetime Kommunikation og de to øvrige tilbudsgivere anførte heller ikke i det indledende eller endelige tilbud, at dele af tilbuddene ønskedes behandlet med fortrolighed, selvom det fremgik af udbudsbetingelserne,

at tilbudsgiverne i et bilag til tilbuddet kunne anføre, hvis tilbudsgiver ønskede visse dele af tilbuddet behandlet fortroligt.

Det er korrekt, at delpriser ikke udtrykkeligt er angivet som fortrolige i ”lovgivningens almindelige regler”. I relation til ”lovgivningens almindelige regler” om aktindsigt er det imidlertid klagenævnets faste praksis, at del- og enhedspriser som hovedregel kan undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 30, nr. 2, jf. bl.a. klagenævnets afgørelse af 17. februar 2023, Teknologiens Mediehus A/S mod Jammerbugt Kommune. Klagenævnet fandt i den konkrete sag, at de pågældende delpriser skulle undtages fra aktindsigt. Klagenævnet fandt imidlertid også, at visse sumpriser i Clever A/S’ tilbud ikke kunne anses for delpriser og derfor ikke kunne undtages fra aktindsigt. Disse sumpriser kan sidestilles med evalueringstekniske priser, der som udgangspunkt skal gives aktindsigt i.

Ved vurderingen af, om en prisoplysning er fortrolig, er det væsentligt at sondre mellem på den ene side et tilbuds evalueringstekniske pris og på den anden side et tilbuds delpriser. Dette følger ligeledes af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om aktindsigt i udbudssager, side 33.

Det nye lovforslag om ændring af udbudsloven og lov om Klagenævnet for Udbud og om ophævelse af lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, som Primetime Kommunikation henviser til, er alene et høringsudkast på nuværende tidspunkt, og det er ikke til at vide, hvordan lovforslaget kommer til at se ud, når det fremsættes i Folketinget. Det er derfor irrelevant.

SDF er enig i, at kravene til, hvilke tilbudsoplysninger der må deles med tredjemand, skærpes under et igangværende udbud, og at hensynene bag udbudslovens § 5 er et element, der skal inddrages ved vurderingen af væsentlighedskriteriet i offentlighedslovens § 30, nr. 2.

Forholdet mellem udbudslovens § 5, stk. 1, og offentlighedslovens § 30, nr. 2, ændrer imidlertid ikke på, at evalueringstekniske priser som hovedregel ikke anses for fortrolige oplysninger.

Udbudsloven

Som det fremgår af udbudslovens § 1, er formålet med loven, at ”fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence

opnå den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler”. Udbudsloven har således til formål at sikre de bedst mulige rammer for konkurrencen ved offentlige udbud, således at indkøbene kan foregå så effektivt som muligt og til de laveste omkostninger for både ordregivere og leverandører, jf. nærmere lovforarbejderne til udbudslovens § 1.

Under overholdelse af betingelserne i udbudslovens §§ 61 og 67 har ordregiver frihed til at tilrettelægge udbudsproceduren på den måde, som ordregiver finder bedst egnet til at opnå en effektiv konkurrence. På samme vis er ordregiver berettiget til at udforme sit udbudsmateriale på en måde, der bedst tilgodeser ordregiverens behov. Ved udbud med forhandling har ordregiver mulighed for at give tilbudsgiverne feedback på deres indledende tilbud, herunder om et tilbud i visse sammenhænge er dårligere stillet i konkurrencen i forhold til de øvrige tilbud, jf. lovforarbejderne til udbudslovens § 66. Ordregiver er også berettiget til at forhandle om priselementer under overholdelse af de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Klagenævnets kendelse af 14. september 2001, Judex A/S mod Århus Amt, er ikke relevant for sagen, da faktum i kendelsen er væsentligt forskelligt. SDF har under forhandlingsprocessen alene oplyst tilbudsgiverne om deres egne prispoint baseret på den anvendte prismodel. Herefter var det op til tilbudsgiverne at beslutte, om de ville forbedre tilbuddet på kvalitet og/eller pris i det endelige tilbud. Dette er en gængs og almindelig anerkendt måde at håndtere en forhandlingsproces på i regi af udbudslovens regler.

Som det fremgår af lovforarbejderne til udbudslovens § 5, stk. 1, må en ordregiver som udgangspunkt ikke udlevere fortrolige oplysninger, som på grundlag af lovgivningens almindelige regler må betragtes som fortrolige. Evalueringstekniske priser/totalpriser udgør ikke i sig selv en fortrolig oplysning.

Videre følger det af lovforarbejderne, at en ordregiver som udgangspunkt skal respektere en tilbudsgivers fortrolighedsønske og som udgangspunkt ikke må udlevere oplysninger, som en tilbudsgiver har betegnet som fortrolige. Hvis det ikke klart fremgår af lovgivningen, om en oplysning skal anses som fortrolig, følger det således klart af lovforarbejderne til udbudslovens § 5, at tilbudsgiveren aktivt selv skal gøre ordregiveren opmærksom på, at tilbudsgiveren anser visse oplysninger i sit tilbud som fortrolige.

Der er ikke bestemmelser i udbudsloven, som forbyder, at ordregiver oplyser tilbudsgiverne om de tildelte prispoint eller de evalueringstekniske priser i de indledende tilbud undervejs i processen ved et udbud med forhandling, så længe det sker under overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

SDF har udtrykkeligt skrevet i udbudsbetingelserne, at tilbudsgiver i et bilag til tilbuddet kunne anføre, hvis tilbudsgiver ønskede visse dele af tilbuddet behandlet med fortrolighed. Primetime Kommunikation har ikke i det indledende eller det endelige tilbud anført, at hele eller dele af tilbuddet skal behandles med fortrolighed, hvilket virksomheden burde have gjort, hvis den evalueringstekniske pris i det indledende tilbud skulle betragtes som fortrolig. SDF har derfor kunnet gå ud fra, at Primetime Kommunikation ikke selv anså prispoint eller den evalueringstekniske pris i det indledende (eller det endelige) tilbud som en fortrolig oplysning.

SDF har dermed ikke handlet i strid med udbudslovens § 5 ved at bibringe de to øvrige tilbudsgivere viden om deres respektive prispoint og dermed indirekte om Primetime Kommunikations evalueringstekniske pris.

Praksis fra klagenævnet

Der foreligger også praksis fra klagenævnet, hvor klagenævnet ikke fandt, at tilbudsgivernes totale tilbudspriser kunne anses som fortrolige oplysninger, ligesom disse ikke fandtes at have forrykket konkurrencen, selvom priserne potentielt kunne benyttes i et efterfølgende udbud, jf. bl.a. klagenavnets kendelse af 18. februar 2010, Mikro Værkstedet A/S mod Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte, og kendelse af 7. oktober 2015, Stadsing A/S mod Herning Kommune m.fl.

Afgivelse af et indledende tilbud (INDO) og et endeligt tilbud (BAFO) er i et vist omfang sammenlignelig med omstændighederne i kendelserne. Da klagenævnet i kendelserne fandt, at oplysning om de evalueringstekniske priser ikke var fortrolige oplysninger, og oplysning herom ikke blev anset for at have forrykket konkurrencen, kan SDF's oplysning om tilbudsgivernes prispoint på tilsvarende måde ikke anses for at være fortrolige oplysninger, ligesom oplysning herom ikke kan anses for at have forrykket konkurrencen.

Selvom Signifly A/S og Advice A/S med oplysning om deres egne prispoint kunne beregne Primetime Kommunikations evalueringstekniske pris, gjorde denne oplysning det ikke muligt at beregne virksomhedens timepriser på de enkelte medarbejderkategorier, og oplysningen om prispoint har derfor ikke haft en sådan karakter, som gjorde Signifly A/S og Advice A/S uberettiget til at modtage oplysningerne. Det gør i den forbindelse ingen forskel, at der kun skulle afgives timepriser på fire forskellige medarbejderkategorier. Oplysningen om prispoint kan derfor ikke anses for at udgøre fortrolig information som omhandlet i udbudslovens § 5, stk. 1.

Tilbudsloven

Indtil den 1. januar 2023 var det udtrykkeligt anført i tilbudslovens § 7, at tilbudsgivere i en licitation var berettigede til at overvære ordregivers åbning af tilbuddene og blive bekendt med tilbudssummer.

Formålet med bestemmelsen i den tidligere tilbudslovs § 7 (nu § 7 a) er at øge gennemsigtigheden, herunder ved at skabe åbenhed blandt indkomne tilbud, således at tilbudsgiverne kan kontrollere overholdelsen af ulovlig tilbudskoordinering og give tilbudsgiverne mulighed for at positionere sig ved fremtidige tilbud uden at behøve at gå for langt ned i pris.

§ 7 i den tidligere tilbudslov gjaldt også ved udbud af bygge- og anlægsarbejder udbudt efter udbudsloven og forsyningsvirksomhedsdirektivet. I den nuværende tilbudslov blev der indsat en ny § 7 om oplæringskrav, uden at henvisningen til § 7 i tilbudslovens § 1, stk. 3, blev ændret. Henvisningen i tilbudslovens § 1, stk. 3, må derfor forstås som en henvisning til § 7 a, således at kravet om oplysning om budsummer og eventuelle forbehold fortsat gælder ved udbud af bygge- og anlægsarbejder udbudt efter udbudsloven og forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Bestemmelsen har været anset for overholdt, hvis tilbudsgiverne i et udbud med forhandling havde overværet åbningen af de indledende tilbud og var blevet oplyst om budsummer og eventuelle forbehold – som minimum i tilfælde, hvor ordregiveren var berettiget til at tildele kontrakten baseret på de indledende tilbud. SDF har alene oplyst tilbudsgiverne om deres egne prispoint, og SDF har således ikke oplyst om tilbudsgivernes enkelte timepriser på de fire medarbejderkategorier, hvilket ses at være i overensstemmelse med tilbudslovens § 7 a.

SDF har ligeledes forbeholdt sig retten til at tildele kontrakten baseret på de indledende tilbud. Selvom udbuddet ikke angår indkøb af bygge- og anlægsarbejder, gør de samme hensyn og principper sig gældende. De tidligere regler om licitation understøtter således, at SDF med rette har afgivet oplysninger om tilbudsgivernes prispoint under forhandlingsprocessen med det formål at øge gennemsigtigheden og optimere tilbudsgivernes tilbud.

Tilbudsloven blev revideret i 2022, hvor bestemmelsen om, at tilbudsgiverne var berettigede til at overvære ordregivers åbning af tilbuddene udgik med den begrundelse, at en regel om fysisk fremmøde var utidssvarende. Den tidligere tilbudslovs § 7's bestemmelse om, at tilbudsgiverne er berettigede til at blive bekendt med budsummer og eventuelle forbehold, findes stadig i tilbudslovens § 7 a.

Det vil stride mod formålet med den tidligere tilbudslovs § 7 (nuværende § 7 a) at fastslå, at evalueringstekniske priser i sig selv udgør en fortrolig oplysning, som ikke kan deles under et igangværende udbud.

Det fremgår af tilbudslovens § 11, stk. 3, bl.a., at ordregiver under forhandlingerne alene må give oplysninger til en tilbudsgiver om andre tilbudsgivers løsninger eller priser, i det omfang sådanne oplysninger allerede er gjort offentligt tilgængelige i henhold til § 7.

Det følger af vejledning af 1. december 2002 til tilbudsloven og tilbudsbekendtgørelsen, at tilbudsbekendtgørelsens § 11, stk. 5, 2. pkt., som har identisk ordlyd med tilbudslovens § 11, stk. 3, 2. pkt., ikke udgør en egentlig fortrolighedsbestemmelse. Hensigten med bestemmelsen er at sikre, at der under forhandlinger er fokus på de enkelte tilbudsgivers egne tilbud, og forhandlingerne må ikke gennemføres alene med det formål at presse prisen.

Tilbudslovens § 11, stk. 3, indebærer et forbud mod ”cherry-picking” forstået på den måde, at ordregiver ikke må give detaljerede oplysninger til en tilbudsgiver om andre tilbudsgivers tilbud med det formål at få den foretrukne tilbudsgiver til at ændre sin løsning, så ordregiver kan tildele kontrakten til denne. Forbuddet i tilbudslovens § 11, stk. 3, skal således sikre, at ordregiver ikke spiller tilbudsgiverne ud mod hinanden – hverken prismæssigt eller i forhold til de tilbudte løsninger.

SDF har ikke under forhandlingsprocessen spillet tilbudsgiverne ud mod hinanden ved at oplyse tilbudsgiverne om deres egne prispoint. Baseret på den feedback SDF har givet tilbudsgiverne under forhandlingsmøderne, har det været op til de enkelte tilbudsgivere at beslutte, om man ville forbedre tilbudet på kvalitet og/eller pris i det endelige tilbud. Primetime Kommunikation havde efter afslutningen af forhandlingsfasen knap to uger til at optimere det endelige tilbud, og virksomheden har således haft tid til at indarbejde den modtagne feedback fra forhandlingsmøderne uden at være nødsaget til at træffe forhastede beslutninger.

Et marked med begrænset antal leverandører

Det er ikke korrekt, at der er tale om et marked med få aktører. Udbuddet angik en kontrakt om markedsføringsydelser og employer branding, hvilket vurderes at omfatte mange leverandører alene på det danske marked. Dette underbygges endvidere af, at der i SDF's markedsdialog, som blev gennemført forud for offentliggørelse af udbuddet, var inviteret syv potentielle leverandører, hvoraf seks af leverandørerne deltog i markedsdialogen. Derudover var der ni leverandører, som anmodede om deltagelse i udbuddet. Det forhold at SDF havde besluttet kun at prækvalificere tre ansøgere, er ikke udtryk for, at der er tale om et marked med begrænset konkurrence. Klagenævnets kendelse af 17. juni 2010, Jydsk Planteservice A/S mod Odense Kommune m.fl., synes således ikke at være relevant.

Særligt vedrørende påstand 2 har Primetime Kommunikation gjort gældende, at det følger af ligebehandlingsprincippet, at ordregiver har pligt til i hele udbudsproceduren at behandle alle tilbudsgivere lige, hvilket betyder, at ordregiver, fra de forberedende faser til kontrakten er indgået, skal sikre, at alle tilbudsgiverne får mulighed for at konkurrere på lige fod.

Det fremgår også af udbudsbetingelserne, at "Ordregiver sørger for, at alle tilbudsgivere behandles lige og har adgang til de samme oplysninger og vil ikke uden konkret samtykke oplyse de øvrige tilbudsgivere om løsningsforslag eller andre fortrolige oplysninger, som en tilbudsgiver har givet."

Primetime Kommunikation havde i det indledende tilbud afgivet en samlet pris, som var næsten 400.000 kr. lavere end Advice A/S' samlede pris, og

som var 342.500 kr. lavere end Signifly A/S' samlede pris, som var den næstlaveste. Primetime Kommunikations samlede pris i det indledende tilbud var således ca. 11,5 % billigere end Signifly A/S' samlede pris.

SDF oplyste ved besked af 12. november 2025 Primetime Kommunikation om, at virksomheden i det indledende tilbud havde tilbudt den laveste evalueringstekniske pris og derfor havde opnået 10 point (maksimumpoint) på underkriteriet pris. Samtidig blev det oplyst, at tilbudsgiveren med den højeste evalueringstekniske pris (altså dyreste pris) havde opnået 4,9 point på underkriteriet pris beregnet på baggrund af formlen anført i udbudsbetingelserne med en hældningsgrad på 30 %. Primetime Kommunikation fik ikke oplyst Signifly A/S' point på underkriteriet pris.

I SDF's besked til Signifly A/S af 20. november 2025 blev det oplyst, at tilbudsgiveren med den laveste evalueringstekniske pris havde opnået 10 point, og at Signifly A/S havde opnået 5,6 point beregnet på baggrund af formlen anført i udbudsbetingelserne med en hældningsgrad på 30 %.

Signifly A/S var dermed i stand til at beregne Primetime Kommunikations evalueringstekniske pris i det indledende tilbud. Primetime Kommunikation var ikke i stand til at beregne Signifly A/S' evalueringstekniske pris, da Primetime Kommunikation ikke fik oplyst Signifly A/S' point på underkriteriet pris. SDF har dermed givet Signifly A/S en væsentlig konkurrencefordel.

Signifly A/S har gjort brug af denne viden, idet Signifly A/S i det endelige tilbud afgav en pris, som var reduceret markant fra den indledende pris på 2.932.500 kr. til 2.400.000 kr., hvilket var 190.000 kr. lavere end Primetime Kommunikations pris i det indledende og endelige tilbud.

Det er ikke relevant, om Signifly A/S og Advice A/S kendte til deres konkrete placering i prISRækkefølgen. Det afgørende er, at Signifly A/S kendte til den eksakte forskel på pris i Primetime Kommunikations indledende tilbud og Signifly A/S' indledende tilbud, da Signifly A/S kunne indrette sin tilbudsstrategi på baggrund af disse oplysninger.

Beregningen af Primetime Kommunikations priser ud fra tilbudsgivernes egne point og beregningsformlen kræver ingen matematisk faglighed eller

kommerciel indsigt, og den kan foretages ved brug af almindelige lettilgængelige beregningsværktøjer, herunder simple regneark eller andre automatiserede beregningsværktøjer.

Det forhold, at Signifly A/S, Advice A/S og Primetime Kommunikation fik oplyst hver deres prispoint, medførte ikke, at Primetime Kommunikation dermed var bekendt med, at priskonkurrencen i de indledende tilbud var meget tæt. Denne oplysninger har alene Signifly A/S kendt til, da Signifly A/S kendte til Primetime Kommunikations pris, uden at Primetime Kommunikation kendte til sin nærmeste konkurrents (Signifly A/S') pris.

Primetime Kommunikation blev under forhandlingsmøderne ikke oplyst om, at priskonkurrencen var tæt, men fik i stedet at vide, at Primetime Kommunikations pris lå langt under de øvrige tilbudsgiveres pris.

Advice A/S' pris i det indledende tilbud var lidt over 15 % højere end Primetime Kommunikations pris, hvilket ikke umiddelbart udgør en "tæt konkurrence". Det forventede prisspænd, som blev anvendt i den primære evalueringmodel for priskriteriet, var på 30 %. Dermed lå Advice A/S' pris over 50 % højere end det prisspænd, der maksimalt kunne forventes, og som i almindelighed sættes højere end det reelt forventelige spænd.

Særligt vedrørende påstand 2 har SDF gjort gældende, at tilbudsgiveren med den næstlaveste evalueringstekniske pris (eller tilbudsgiveren med den højeste evalueringstekniske pris) ikke har haft en uretmæssig fordel i konkurrencen, og SDF har dermed ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1.

Primetime Kommunikation havde i det indledende tilbud afgivet en evalueringsteknisk pris på 2.590.000 kr. og var således nr. 1 i priskonkurrencen, da virksomhedens tilbud var det billigste. Primetime Kommunikation fik derfor maksimumpoint (10 point) på pris. Efter forhandlingsmødet med Primetime Kommunikation oplyste SDF i en besked til virksomheden, at Primetime Kommunikation havde afgivet den laveste evalueringstekniske pris og derfor havde modtaget 10 point. Samtidig oplyste SDF, at tilbudsgiveren med den højeste evalueringstekniske pris havde modtaget 4,9 point. SDF oplyste videre, at de to andre tilbudsgivere havde fået besked om, at en tilbudsgiver (i dette tilfælde Primetime Kommunikation) havde modtaget 10 point for priskriteriet.

Signifly A/S havde ved det indledende tilbud afgivet en evalueringsteknisk pris på 2.932.500 kr. og var således nr. 2 i priskonkurrencen. Efter forhandlingsmødet med Signifly A/S oplyste SDF i en besked til Signifly A/S, at Signifly A/S havde modtaget 5,6 point for underkriteriet pris, og at tilbudsgiveren med den laveste evalueringstekniske pris havde modtaget 10 point. SDF oplyste ikke, om Signifly A/S var nr. 2 eller 3 i priskonkurrencen. Signifly A/S har været bekendt med prisspændet mellem virksomhedens tilbudte pris og Primetime Kommunikations tilbudte pris, men Signifly A/S har ikke været bekendt med, om den tredje tilbudsgiver (Advice A/S) havde tilbudt en evalueringsteknisk pris, der var højere eller lavere end Signifly A/S' pris. Signifly A/S har dermed ikke været bekendt med prisspændet mellem de tre tilbudsgivere. Signifly A/S har ikke kendt de øvrige tilbudsgiveres priser. Signifly A/S er alene blevet bekendt med sit eget prispoint og har på denne baggrund kunne beregne Primetime Kommunikations evalueringstekniske pris. Signifly A/S har ikke kendt Advice A/S' evalueringstekniske pris.

Advice A/S havde ved det indledende tilbud afgivet en evalueringsteknisk pris på 2.987.500 kr. og var således nr. 3 i priskonkurrencen. Efter forhandlingsmødet med Advice A/S oplyste SDF i en besked til Advice A/S, at Advice A/S havde modtaget 4,9 point for underkriteriet pris, og at tilbudsgiveren med den laveste evalueringstekniske pris havde modtaget 10 point. SDF oplyste ikke, om Advice A/S var nr. 2 eller 3 i priskonkurrencen. Advice A/S har heller ikke været bekendt med prisspændet mellem de tre tilbudsgivere, da Advice A/S modtog tilsvarende oplysninger som Signifly A/S.

Signifly A/S' prissætning i det endelige tilbud har været forbundet med usikkerhed, da Signifly A/S ikke har været bekendt det reelle prisspænd blandt tilbudsgiverne ved det indledende tilbud. Dette gør sig ligeledes gældende for Advice A/S, idet Advice A/S på samme vis som Signifly A/S har fået oplysning om sit eget prispoint, og Advice A/S har således haft præcis den samme viden som Signifly A/S. Signifly A/S og Advice A/S har endvidere af gode grunde ikke kunnet vide, om tilbudsgiveren med den laveste pris i de indledende tilbud ville sænke sin pris i det endelige tilbud.

Selvom Signifly A/S og Advice A/S ved at blive oplyst om deres egne prispoint kunne beregne Primetime Kommunikations evalueringstekniske pris, har Signifly A/S og Advice A/S ikke været bekendt med hinandens prispoint,

og dermed heller ikke været klar over, om de lå nr. 2 eller 3 i priskonkurrencen ved det indledende tilbud.

Selvom Signifly A/S og Advice A/S ved at blive oplyst om deres egne prispoint har kunnet beregne Primetime Kommunikations evalueringstekniske pris, har det med denne oplysning ikke været muligt at beregne timepriserne på de forskellige medarbejderkategorier.

Foruden at Primetime Kommunikation var bevidst om, at henholdsvis Signifly A/S og Advice A/S potentielt kunne beregne Primetime Kommunikations evalueringstekniske pris ved det indledende tilbud, kunne Primetime Kommunikation også med de oplysninger, som virksomheden havde modtaget, beregne det reelle prisspænd mellem de tre tilbudsgivere. Primetime Kommunikation kunne således ved brug af samme formel, som de øvrige tilbudsgivere kunne have anvendt til at beregne Primetime Kommunikations evalueringstekniske pris, have beregnet, at de tre indledende tilbud lå inden for et prisspænd på ca. 15 %. Primetime Kommunikation har været bekendt med, at den tredje tilbudsgiver (Signifly A/S) tilbød en pris, der lå et sted mellem Primetime Kommunikations egen pris og prisen, som tilbudsgiveren med den højeste evalueringstekniske pris havde tilbudt (Advice A/S). Primetime Kommunikation var endvidere bevidst om, at de to øvrige tilbudsgivere havde fået oplyst deres egne prispoint i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2.

Alle tilbudsgivere har således været bekendte med, at priskonkurrencen i de indledende tilbud var meget tæt, og tilbudsgiverne burde på denne baggrund være bevidste om, at det gjaldt om at optimere deres egne tilbud så meget som muligt for at kunne tilbyde den bedste pris i det endelige tilbud. Denne fremgangsmåde understøtter netop formålet med udbudsreglerne, nemlig at sikre den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler, som i sidste ende er til glæde for skatteyderne.

Det forhold, at Signifly A/S valgte at sænke sin evalueringstekniske pris i virksomhedens endelige tilbud, kan ikke alene henføres til, at Signifly A/S modtog oplysning om sit prispoint under forhandlingerne. Det er helt sædvanligt i et udbud med forhandling, at en tilbudsgiver efter forhandlingsrunden forsøger at optimere sit tilbud både med hensyn til kvalitet og pris baseret på den feedback, der er modtaget fra ordregiver. Det er hele formålet med forhandlingsfasen, at tilbudsgiverne får feedback på stærke og svage punkter

i de indledende tilbud, så tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud i den videre proces.

SDF kan ikke afvise, at Primetime Kommunikation og SDF under forhandlingsmødet har "talt forbi hinanden", således at Primetime Kommunikation kan have forstået det således, at priskonkurrencen ikke var tæt, og at virksomhedens pris lå langt under de øvrige tilbudsgiveres pris. Det afgørende er imidlertid, hvad SDF skrev ud til tilbudsgiverne i forlængelse af forhandlingsmøderne.

En priskonkurrence, hvor ca. halvdelen af det forventede prisspænd anvendes, må normalt betegnes som en tæt konkurrence mellem tilbudsgiverne. Uanset om man betegner konkurrencen som "tæt" eller "ikke tæt", ændrer det ikke på det forhold, at Primetime Kommunikation har været bekendt med prisspændet mellem tilbudsgiverne (højeste og laveste pris), og at virksomheden, på trods af denne viden, valgte ikke at reducere sine tilbudte timepriser og dermed sin evalueringstekniske pris i det endelige tilbud.

Evalueringen af tilbuddene var baseret på det økonomisk mest fordelagtige tilbud identificeret på grundlag af bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvor pris vægtede 20 % og kvalitet vægtede 80 %. Selvom tilbudsgiverne under forhandlingerne fik oplysning om deres egne prispoint og dermed kunne beregne Primetime Kommunikations evalueringstekniske pris, så fik tilbudsgiverne ingen oplysninger om de øvrige tilbudsgiveres løsninger relateret til de kvalitative kriterier. Tilbudsgiverne vidste således ikke, hvordan de øvrige tilbudsgiveres løsninger blev vurderet. Da den kvalitative del af evalueringen vægtede 80 %, har tilbudsgivernes udformning af de endelige tilbud derfor været forbundet med betydelig usikkerhed.

Det er Primetime Kommunikations egen risiko, at virksomheden i det endelige tilbud ikke ændrede sine timepriser og således valgte at fastholde den evalueringstekniske pris i sit endelige tilbud. Dette på trods af, at Primetime Kommunikations har været bevidst om, at de to øvrige tilbudsgivere kunne beregne Primetime Kommunikations evalueringstekniske pris, og at Primetime Kommunikation var bekendt med, at det reelle prisspænd blandt tilbudsgiverne var ca. 15 %. Primetime Kommunikations har dermed været klar over, at de tre tilbudsgivere lå meget tæt på hinanden i priskonkurrencen.

Den valgte fremgangsmåde under forhandlingerne er i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, og fremgangsmåden understøtter formålet med udbudsreglerne og hensigten med udbud med forhandling – nemlig at give tilbudsgiverne feedback på stærke og svage punkter i de indledende tilbud med henblik på, at tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud i den videre proces for i sidste ende at sikre den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler.

Særligt vedrørende påstand 3 har Primetime Kommunikation gjort gældende, at evalueringsmodellen ikke er i overensstemmelse med det fastsatte tildelingskriterium, og den er derfor heller ikke i overensstemmelse med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, jf. udbudslovens § 2, stk. 1.

Det er afgørende, at evalueringsmodellen for pris rent faktisk sikrer, at det er den billigste pris, der modtager maksimumpoint. Det følger endvidere af praksis fra klagenævnet, at evalueringsmodellen skal afspejle det forventede indkøb på kontrakten, jf. bl.a. klagenævnets kendelser af 14. juli 2021, DXC Technology Danmark A/S mod Domstolsstyrelsen v/Tinglysningsretten, og af 6. september 2022, Remondis A/S mod I/S AffaldPlus.

SDF havde på forhånd fastsat et skønnet timeforbrug pr. år for hver af de fire medarbejderkategorier. Den vægtede pris for hver medarbejderkategori blev fundet ved at gange den tilbudte timepris med det skønnede timeforbrug pr. år. Den samlede evalueringstekniske pris blev fundet ved at lægge de vægtede priser for hver medarbejderkategori sammen.

Det er helt sædvanligt, at der er tale om et skønnet timeforbrug. Når de tilbudte timepriser ganges med det skønnede timeforbrug pr. år, er der dog en markant afvigelse i den tilbudte pris/værdi i forhold til den anslåede værdi af kontrakten. Den årlige tilbudte pris/værdi er på ca. 2,5 mio. kr. Det følger dog af udbudsbetingelserne, at de opgaver, som er omfattet af kontrakten, de sidste år har ligget på omkring 12-15 mio. kr. årligt. Det fremgår videre af udbudsbekendtgørelsen, at den forventede årlige omsætning på kontrakten udgør ca. 84 mio. kr.

Evalueringsmodellen for pris afspejler således ikke det forventede indkøb på kontrakten, da der alene evalueres på en værdi, der udgør ca. 20 % af kontraktens værdi. De resterende 80 % er ikke omfattet af de tilbudte priser for

medarbejderkategorierne, og det fremgår ikke i øvrigt af kontraktgrundlaget, hvordan der prissættes/afregnes for denne del.

Enten har SDF ramt helt ved siden af i det oplyste skønnede timeforbrug, som reelt er langt højere end det forudsatte/skønnede i prisbilaget, eller også har SDF angivet en anslået værdi af kontrakten, som omfatter langt mere, end hvad det skønnede timeforbrug dækker og altså dermed langt mere, end hvad der er omfattet af evalueringsmodellen.

Hvis SDF har angivet et markant for lavt skønnet timeforbrug, er det i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og § 160, stk. 1, jf. klagenævnets kendelse af 5. april 2019, Dansk Erhverv mod Holstebro, Lemvig og Struer kommuner.

Hvis alene 1/5 af kontraktens værdi har været konkurrenceudsat og er indgået i evalueringen, er det ligeledes i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og § 160, stk. 1.

SDF's anbringender må forstås således, at 1/3 af kontraktværdien udgør vederlag til analyse, udvikling og produktion af kampagnekoncept, mens 2/3 udgør betaling til markedsføring/annoncering, som vil være en ydelse, den valgte leverandør køber af tredjemand, og som leverandøren kan viderefakturere til SDF, uden at leverandøren kan opkræve en avance for dette (rene nettopriser). Dermed er der lagt op til, at den valgte leverandør på vegne af SDF indkøber for minimum 10 mio. kr. årligt uden udbud.

SDF har alene konkurrenceudsat den del af den udbudte ydelse, som relaterer sig til leverandørens timeforbrug forbundet med opfyldelse af SDF's opgaveportefølje. Ifølge udbudsmaterialet udgør dette ca. 1/3 af kontraktens estimerede værdi på 84.000.000 kr. Dermed er 2/3 af kontraktens estimerede værdi ikke konkurrenceudsat, hvilket svarer til ca. 56.000.000 kr. Den pris, der evalueres på, afspejler herefter ikke det reelle indkøb på kontrakten, og evalueringsmodellen er derfor ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af tildelingskriteriet, bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Det forhold, at det er vanskeligt at fastsætte de konkrete medieydelse, gør det ikke berettiget, at SDF undlod at konkurrenceudsætte indkøb af medieindrykninger, som udgør ca. 2/3 af kontraktens estimerede værdi. Udbud af

medieindrykninger kunne f.eks. være sket ved at konkurrenceudsætte et eventuelt procentbaseret tillæg, som tilbudsgiverne kunne lægge oveni prisen for medieydelsen. Henset til det store beløb, der ville indgå i en konkurrenceudsættelse af de sidste 2/3 af kontraktens værdi, må det lægges til grund, at dette kunne have ført til, at en anden tilbudsgiver havde vundet konkurrencen.

Det er et meget højt beløb, der årligt købes ind for, uden at det reelt sikres, at indkøbene foretages under overholdelse af de EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. EU-Domstolen har i dom af 13. oktober 2005 i sag C-458/03, Parking Brixen GmbH mod Gemeinde Brixen m.fl., anført, at de EU-retlige principper bl.a. indebærer, at ordregiver skal sikre en passende grad af offentlighed, der gør det muligt at åbne markedet for konkurrence og kontrollere, at udbudsprocedurene er upartiske. Derfor er det vigtigt, at der sker konkurrenceudsættelse af i hvert fald en større del af kontrakten end 1/3, når de resterende 2/3, som ikke konkurrenceudsættes, udgør i omegnen af 56.000.000 kr.

Den pris, SDF evaluerede på, afspejler derfor ikke det reelle indkøb på kontrakten, og dermed er evalueringsmodellen ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af tildelingskriteriet, bedste forhold mellem pris og kvalitet. Evalueringsmetoden sikrer ikke, at det er tilbuddet med den laveste pris, der modtager maksimumpoint for underkriteriet pris.

Det forhold, at den valgte leverandør er forpligtet til at foretage indkøb af medieindrykning på markedsmæssige vilkår, bringer ikke evalueringsmodellen i overensstemmelse med udbudslovens §§ 2 og 160.

Særligt vedrørende påstand 3 har SDF gjort gældende, at SDF på retvisende måde har konkurrenceudsat de udbudte ydelser, og den valgte evalueringsmodel har været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. SDF har således handlet i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, og udbudslovens § 160.

Det følger af udbudslovens § 160, stk. 1, at en ordregiver i sit udbudsmateriale skal fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen. Parametrene i evalueringsmodellen kan ikke afhænge af de indkomne tilbud

på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.

Klagenævnets kendelser af 14. juli 2021, DXC Technology Danmark A/S mod Domstolsstyrelsen v/Tinglysningsretten, og af 6. september 2022, Remondis A/S mod I/S AffaldPlus, som Primetime Kommunikation har henvist til, er ikke relevante for sagen, da begge kendelser navnlig angår, at evalueringsmodellen ikke var klart og tydeligt beskrevet i udbudsmaterialet.

SDF har udførligt beskrevet tildelingskriteriet med tilhørende underkriterier, delkriterier og del-delkriterier i udbudsmaterialet. SDF har endvidere beskrevet, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud baserer sig på en sammenstilling af det samlede vægtede antal point, som tilbuddene har opnået i henhold til det økonomiske underkriterium og de kvalitative under-, del- og del-delkriterier. Det tilbud, der samlet set har opnået det højeste antal point, anses for at have tilbudt det bedste forhold mellem pris og kvalitet. Tilbudsgiverne kan således ikke have været i tvivl om, hvordan evalueringen af tilbuddene ville finde sted.

Det anførte skøn over forbrug pr. år er alene til brug for tilbudsafgivelse og tilbudsbedømmelsen. De opgaver, der vil tilgå de respektive medarbejdere i kontraktens løbetid, afhænger af det konkrete behov. Det er helt sædvanligt, at den evalueringstekniske pris baseres på skønnede mængdeangivelser med henblik på evalueringen af priskriteriet, når det reelle behov ikke kendes præcist. Estimatet, som fremgår af udbudsbetingelsernes prisbilag, er ikke en indikation af en garanteret omsætning for den valgte leverandør.

Kontraktens samlede estimerede værdi er angivet til 84 mio. kr. Som anført i udbudsbekendtgørelsen har kontrakten en varighed på 4 år med mulighed for forlængelse af 2 x 12 måneder. Dette svarer til, at den forventede værdi af kontrakten pr. år er ca. 14 mio. kr.

Den estimerede værdi er baseret på de seneste års forbrug, som har ligget på 12-15 mio. kr. årligt, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt 2.1. Ca. 1/3 af kontraktens estimerede værdi har tidligere været anvendt til analyse, udvikling og produktion af kampagnekoncept, mens ca. 2/3 af kontraktens estimerede værdi har været anvendt til markedsføring/annoncering. På årlig basis betyder dette, at ca. 8-10 mio. kr. har været anvendt til markedsføring/annonce-

ring, mens ca. 4-5 mio. kr. har været anvendt til analyse, udvikling og produktion af kampagnekoncept (driftsomkostninger). Dette omfatter således leverandørens timeforbrug og udgifter til de enkelte produktioner, som eksempelvis fremstilling af flyers, udvikling af hjemmeside, podcasts, mv.

Det vil afhænge af de konkrete opgaver i kontraktens løbetid, hvor stor en andel af budgettet, der går til analyse, udvikling og produktion af kampagnekoncept, som afregnes efter medgået tid med udgangspunkt i de tilbudte timepriser, og hvor stor en andel af budgettet der går til markedsføring/annoncering. Det skønnede timebrug anført i udbudsbetingelsernes bilag 4, Prisbilag, er således ikke entydigt udtryk for ca. 1/3 af kontraktens estimerede værdi, da det konkrete timeforbrug afhænger af de enkelte produktioner.

Der er tale om SDF's bedste skøn baseret på de tidligere års forbrug, og skønnet er navnlig udtryk for den forventede indbyrdes vægtning mellem de fire medarbejderkategorier. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at timeforbruget til analyse, udvikling og produktion af kampagnekoncept (driften) i nogle år vil overstige SDF's skøn betydeligt, og budgettet dermed vil udgøre en væsentlig større del end ca. 1/3 af kontraktens estimerede årlige værdi. Omvendt kan det i andre år vise sig, at det reelle timeforbrug til analyse, udvikling og produktion af kampagnekoncept vil udgøre mindre end SDF's skøn, og budgettet dermed udgør mindre end ca. 1/3 af kontraktens estimerede årlige værdi.

SDF har konkurrenceudsat den del af den udbudte ydelse, som relaterer sig til leverandørens timeforbrug forbundet med opfyldelse af SDF's opgaveportefølje, jf. udbudsbetingelsernes bilag 6, Kravspecifikation, hvor opgaveporteføljen er udførligt beskrevet. At denne har vist sig at udgøre ca. 2,5 mio. kr. baseret på tilbudsgivernes evalueringstekniske priser, er ikke udtryk for, at kun en 1/5 af kontraktens værdi har været konkurrenceudsat eller indgået i evalueringen. Hvis tilbudsgiverne havde tilbudt højere priser for de enkelte medarbejderkategorier, ville de evalueringstekniske priser ligeledes have været højere og dermed udgøre en større andel af kontraktens samlede værdi. Det er den del af kontrakten, som relaterer sig til driften, herunder analyse, udvikling og produktion af kampagnekoncept, som har indgået i SDF's prismodel. Den resterende del af kontraktens værdi relaterer sig til markedsføring/annoncering.

For så vidt angår indkøb af medieindrykninger, som udgør ca. 2/3 af kontraktens estimerede værdi, har det ikke været muligt for SDF på forhånd at fastlægge de konkrete medieydelse, der ønskes indkøbt under kontraktens løbetid, idet disse ydelser varierer betydeligt fra opgave til opgave. Der gælder eksempelvis for digitale medier, at disse opererer med dynamiske prisstrukturer, hvor omkostningerne afhænger af faktorer som annonceformat, målgrupper, tid på året, ugen og dagen, kampagnens varighed og graden af konkurrence om specifikke annoncepladser.

En evalueringsmodel, hvis formål er at konkurrenceudsætte prisen for medieindkøb, forudsætter et indgående markedskendskab, idet en sådan evalueringsmodel bl.a. skal kunne tage højde for den manglende gennemsigtighed og forudsigelighed i priserne på markedet. Selv hvis det antages, at SDF har et betydeligt markedskendskab, vil det være tæt på umuligt at udarbejde en reel og retvisende evalueringsmodel.

Størstedelen af SDF's medieindrykninger foregår via digitale medier, mens kun en mindre del af medieindrykningerne sker via analoge medier (offline).

For så vidt angår analoge medier (offline) findes der i en vis udstrækning listepreiser for disse, som dog stadig vil variere afhængig af annonceformat, målgrupper, tid på året, ugen og dagen, kampagnens varighed, mv. Uagtet sådanne listepreiser i en vis udstrækning kan findes, er markedet imidlertid karakteriseret ved, at der ikke er kutyme for faste priser for medieindkøb, og at priserne i stedet forhandles i forbindelse med det enkelte medieindkøb.

I praksis anvender digitale medier som udgangspunkt "realtidsauktioner", hvor priserne løbende justeres baseret på efterspørgsel og konkurrence. Dette betyder, at såfremt en tilbudsgiver skulle estimere priserne for medieindrykning på tilbudstidspunktet, kan disse priser afvige markant fra de faktiske priser under kampagnens gennemførelse, hvis der eksempelvis på udbudstidspunktet er "normale" efterspørgselstilstande på annoncering, mens der på det faktiske annonceringstidspunkt er tale om heftig annoncering i markedet ("Black Friday"-konceptet). Hvis SDF i sit udbudsmateriale havde krævet, at tilbudsgiverne skulle prissætte specifikke medieydelse på tilbudstidspunktet, ville dette indebære en betydelig risiko for, at tilbudsgiverne ville tilbyde en særdeles høj pris med henblik på at afdække risikoen for perioder, hvor

priserne for medieindrykning er særligt høje, herunder f.eks. ved Black Friday, juletid, mv. eller ved ikke-forudberegnelige perioder som ved udskrivelse af valg, mv.

Der ville således foreligge en risiko for, at SDF konsekvent ville betale en høj pris for medieindrykningerne, uagtet at den faktiske annoncering foretages på et tidspunkt med væsentligt lavere priser.

Et procentbaseret tillæg vil efter SDF's opfattelse ikke udgøre en reel konkurrenceudsættelse af medieindrykningerne. Det vil blot være et udtryk for konkurrenceudsættelse af leverandørens arbejde forbundet med medieindrykningerne, som ikke i sig selv har noget at gøre med de enkelte annoncer.

Et procentbaseret tillæg, som tilbudsgiverne kunne lægge oveni prisen for medieydelsen, adskiller sig reelt ikke fra den måde, som SDF har udbudt ydelserne forbundet med indkøbet af medieindrykningerne.

SDF har valgt en model, hvor leverandøren aflønnes for arbejdet med medieindrykningerne baseret på medgået tid, og leverandøren modtager således ingen avance for de enkelte medieindrykninger, men betales for de timer, leverandøren har brugt på arbejdet med indkøb af de enkelte annoncer. Betalingen er baseret på de timepriser, som tilbudsgiverne har afgivet tilbud på, og arbejdet forbundet med medieindrykningerne er derfor konkurrenceudsat. Et procentbaseret tillæg er blot en anden model for aflønning af leverandørens arbejde med medieindrykningerne. I dette tilfælde ville leverandøren, i stedet for at blive aflønnet efter medgået tid, modtage et procentbaseret tillæg ved indrykning af hver annonce.

Det har for medieindrykningerne reelt ikke været muligt at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet prissammenligningen uundgåeligt vil være løst fra den markedsmechanik, der faktisk bestemmer prisen på netop dette særegne marked

Formålet med udbudsreglerne

Formålet med udbudsreglerne er at sikre, at offentlige kontrakter tildeles i overensstemmelse med principperne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret mv. og principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling,

gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed, jf. også udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1.

Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 2 fastslår endvidere, at reglerne udgør ”et af de markedsbaserede instrumenter, der skal anvendes til at opnå intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst og således sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler”.

Hensynet til at sikre optimal udnyttelse af offentlige midler kommer endvidere til udtryk i udbudslovens § 1. Digitale annoncekøb foregår som udgangspunkt som ”realtidsauktioner”, hvor priserne løbende justeres baseret på efterspørgsel og konkurrence. Ved indkøb af medieindrykning via digitale platforme er der allerede indbygget en løbende konkurrenceudsættelse af prissætningen, eftersom prisen for den specifikke medieindrykning bestemmes af markedets udbud og efterspørgsel, hvilket understøtter ”den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler”, jf. også ordlyden af udbudslovens § 1.

Under sådanne omstændigheder er det ikke meningsfuldt at etablere en pris-konkurrence via et forudgående udbud af faste priser for annoncering/markedsføring, idet et traditionelt udbud vil have begrænset evne til at realisere de overordnede formål, der fremgår af bl.a. udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1.

Det er SDF’s vurdering, at en konkurrenceudsættelse af medieindrykningsydelse via et formelt udbud reelt vil underminere formålet om den optimale udnyttelse af offentlige midler i udbudslovens § 1, da der foreligger en betydelig risiko for, at leverandøren, der pålægges krav om faste priser for medieindrykning, vil indbygge en betydelig risikopræmie for at dække den usikkerhed, der knytter sig til realtidsauktioner og dynamiske markedsvilkår.

Tilbudsgiverne vil sandsynligvis byde ind med langt højere priser, end hvad der statistisk ville materialisere sig i den løbende auktion af konkrete annoncer, hvor prisen fastsættes af udbud og efterspørgsel i købsøjeblikket. Dette gælder i særdeleshed, når der er tale om en flerårig kontrakt.

Et udbud efter udbudsloven, der forudsætter faste eller sammenlignelige enhedspriser, tvinger tilbudsgiverne til at tage højde for de mest ugunstige indkøbssituationer (f.eks. højsæsoner som juletid), da tilbudsgiverne ikke kan

vide, hvornår SDF ønsker at annoncere, eller hvordan priserne vil udvikle sig over kontraktens løbetid. Resultatet kan føre til systematisk højere tilbudspriser og en de facto begrænsning af konkurrencen, idet udbuddet derved prismæssigt fortrinsvis afgøres af, hvilken tilbudsgiver der ønsker at tage den største prisrisiko, og ikke hvem der kan skaffe de bedste annoncepriser. Resultatet bliver, at SDF som følge af en ineffektiv priskonkurrence under et udbud med al sandsynlighed betaler en overpris for de fleste indkøb af digitale annoncer.

For medieindrykninger er det reelt ikke muligt at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet prissammenligningen uundgåeligt vil være løsrivet fra den markedsmechanik, der faktisk bestemmer prisen på netop dette særegne marked. Når prissætningen af annoncerne fastsættes gennem algoritmiske og dynamiske strukturer, kan en ordregiver ikke opnå en lavere pris på annoncer end platformens markedspris i købsøjeblikket.

Indkøb af medieindrykninger understøtter ikke udbudslovens og udbudsdirektivets formål om effektive offentlige indkøb, og SDF har således ikke været forpligtet til selvstændigt at konkurrenceudsætte indkøbet af medieindrykning.

SDF har på samme måde som i klagenævnets kendelse af 15. juni 2018, AGA A/S mod Aalborg Universitet, tydeligt beskrevet evalueringsmodellen i udbudsmaterialet, herunder hvordan underkriteriet pris skulle evalueres, og der kan således ikke være tvivl om, hvordan evalueringen af tilbuddene ville finde sted. SDF har endvidere udførligt beskrevet i kontrakten, hvordan vederlag for medieindrykning afregnes.

Det har således været klart for tilbudsgiverne, at medieindrykningerne ikke ville blive inddraget direkte i prisevalueringen af tilbuddene. SDF har ved evalueringen af tilbuddene fulgt den evalueringsmetode, der er fastlagt i udbudsbetingelsernes bilag B, Tilbudsevalueringen. Det følger videre klart af udbudsbetingelsernes bilag 6, Kravspecifikation, hvilke ydelser der ville blive inddraget i evalueringen af tilbuddene.

Det har ikke været muligt selvstændigt at konkurrenceudsætte indkøbet af medieindrykning, da det ikke ville være muligt for SDF på retvisende og overskuelig måde at udarbejde en prismodel, der kunne omfatte disse ydelser. I stedet er det udførligt beskrevet i kontraktens afsnit 12.3, hvordan vederlag

for medieindrykning afregnes. Som det fremgår heraf, må leverandøren alene viderefakturere rene nettopriser for medieydelse. Timeforbruget forbundet med medieindrykning afregnes i øvrigt efter medgået tid i henhold til de tilbudte priser i prisbilaget. Leverandøren er endvidere forpligtet til sikre, at indkøb af medieydelse sker på markedsmæssige vilkår, herunder eksempelvis ved at indhente flere tilbud.

SDF har udførligt beskrevet baggrunden for kontraktens estimerede værdi, herunder hvad det årlige forbrug har været de seneste år, og hvordan omkostningerne har fordelt sig. Tilbudsgiverne kan derfor ikke have været i tvivl om, hvordan SDF har konkurrenceudsat de udbudte ydelser.

Det er uklart, hvad Primetime Kommunikation mener med, at evalueringsmetoden ikke sikrer, at det er den billigste pris, der modtager maksimumpoint for underkriteriet pris. Evalueringmodellen sikrer netop, at tilbuddet med den laveste evalueringstekniske pris modtager maksimumpoint på underkriteriet pris. De øvrige tilbudte evalueringstekniske priser tildes point ud fra en lineær model som beskrevet i udbudsmaterialet. Denne prismodel er en helt sædvanlig og hyppigt anvendt model til at evaluere på underkriteriet pris.

Særligt vedrørende påstand 4 har Primetime Kommunikation gjort gældende, at tildelingsbeslutningen skal annulleres under henvisning til de væsentlige overtrædelser af udbudsreglerne, der er anført under påstand 1-3, som kan have haft betydning for tildeling af kontrakten.

Særligt vedrørende påstand 4 har SDF gjort gældende, at SDF under henvisning til det anførte under påstand 1-3 ikke har overtrådt de udbudsretlige regler, og tildelingsbeslutningen skal derfor ikke annulleres.

Ad uopsættelighed

Primetime Kommunikation har gjort gældende, at der er tale om en særligt stærk ”fumus boni juris”, hvorfor uopsættelighedsbetingelsen skal lempes eller helt udgå, jf. også klagenævnets kendelse af 12. juli 2019, Semi-Stål A/S mod Region Hovedstaden.

Primetime Kommunikation vil lide en alvorlig skade, hvis klagen ikke gives opsættende virkning, idet virksomheden som følge af de nedlagte påstande

ikke har mulighed for at opnå erstatning i medfør af den positive opfyldelsesinteresse i tilfælde af, at klagenævnet giver medhold i klagen, og idet sagen har en ikke ubetydelig værdi på 84 mio. kr. Der henvises i den forbindelse til klagenævnets kendelse af 16. april 2018, Vojens Taxi og Servicetrafik ApS mod Midttrafik, Sydtrafik og Fynbus.

SDF har gjort gældende, at Primetime Kommunikation ikke har anført vægtige grunde, der understøtter, at virksomheden ikke kan afvente, at der træffes afgørelse i sagen, eller fremført bevis for et alvorligt og uopretteligt tab, og uopsættelighedsbetingelsen er derfor ikke opfyldt.

Det følger af fast EU-praksis og klagenævnspraksis, at det påhviler Primetime Kommunikation at godtgøre, at virksomheden vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis Primetime Kommunikation skal afvente afgørelsen i hovedsagen.

Det følger endvidere af fast EU-praksis og klagenævnspraksis, at der ikke foreligger et sådant tab, hvis tabet er økonomisk, og der senere kan betales erstatning herfor. Et økonomisk tab kan kun anses for uopretteligt, hvis selve virksomhedens eksistens vil være truet, såfremt opsættende virkning ikke gives. Primetime Kommunikation har ikke fremført nogen beviser for, at dette skulle være tilfældet. Det bemærkes i denne henseende, at Primetime Kommunikations nettoomsætning i regnskabsåret for 2024 var på ca. 74.000.000 kr. Den udbudte kontrakt ville kun udgøre en mindre del af Primetime Kommunikations årlige omsætning. Primetime Kommunikation er således næppe eksistenstruet – og har heller intet gjort for at bevise dette.

Det er i flere EU-domme fastslået, at der stilles meget betydelige krav til klagers bevisbyrde, herunder til dokumentationen fra klager. Der kræves således i medfør af EU-praksis ”hard and precise information, supported by detailed documents showing the applicant’s financial situation”, og Primetime Kommunikation har ikke ført et sådant ”sikkert bevis” for, at en alvorlig og uoprettelig skade er umiddelbart nært forestående, hvis virksomheden henvises til at afvente afgørelsen af hovedsagen. Primetime Kommunikation har endvidere ikke godtgjort en interesse i sagen, som i givet fald ikke kan tilgodes ved økonomisk kompensation.

Da det således følger af EU-praksis, at en virksomhed, der deltager i et udbud, aldrig kan regne med at få tildelt kontrakten, og dette udgør en normal

kommerciel risiko, som virksomheden må tage i betragtning, og når der herudover henses til, at der kan ydes økonomisk erstatning for individuelle tab ved fejlagtige udbudsprocedurer, er sådanne tab ikke uoprettelige.

Der foreligger ikke et uopretteligt tab, som ikke kan kompenseres ved erstatning, og dette er så meget desto mere tilfældet allerede som følge af, at Primetime Kommunikation har taget forbehold om at nedlægge påstand om erstatning.

Selv hvis det lægges til grund, at SDF har begået overtrædelser af de udbudsrætlige regler, er overtrædelserne ikke af så alvorlig karakter, at der er grundlag for at slække på de to øvrige, selvstændige betingelser for opsættende virkning.

Ad interesseafvejning

Primetime Kommunikation har gjort gældende, at Primetime Kommunikations interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, særligt under henvisning til det anførte under uopsættelighed, vejer tungere end SDF's interesse i det modsatte.

SDF har gjort gældende, at en interesseafvejning ikke kan føre til, at klagenævnet skal tillægge klagen opsættende virkning.

SDF har en betydelig interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, idet SDF oplever rekrutteringsudfordringer, og i forbindelse med den politiske flerårsaftale (2022-2025) har som mål at sikre en nettotilgang på ca. 300 fængselsbetjente i aftaleperioden, hvilket medfører, at der er stor organisatorisk og politisk bevågenhed på SDF's evne til at rekruttere uniformerede medarbejdere. Derudover lancerede regeringen den 22. maj 2025 et forslag til en ny straffereform, som bl.a. omfatter etablering af 2.000 nye fængselspladser og 300 årsværk til en styrket indsats i fængslerne. Det forventes, at dette også vil omfatte en investering i rekruttering og fastholdelse af fængselsbetjente. Markedsføring og employer branding af SDF's faggrupper er afgørende for at skabe opmærksomhed på uddannelserne, og mangel på samme vil resultere i færre ansøgninger og dermed færre uddannede i SDF's faggrupper.

Da SDF varetager driften af arresthuse og fører tilsyn med dømte i friheden, vil færre uddannede i SDF's faggrupper have væsentlig samfundsmæssig betydning.

Disse hensyn vejer tungere end Primetime Kommunikations interesse i at få klagen tillagt opsættende virkning. Også en interesseafvejning tilsiger således i sig selv, at begæringen om opsættende virkning ikke tages til følge.

Retsgrundlag

Udbudsloven

Udbudslovens § 5, stk. 1, er sålydende:

”Medmindre andet følger af denne lov eller lovgivningen i øvrigt, må en ordregiver ikke udlevere fortrolige oplysninger, som en ansøger eller tilbudsgiver i forbindelse med en udbudsprocedure har fremsendt.”

Af de specielle bemærkninger til bestemmelsen i lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015 fremgår bl.a.:

”Artikel 6 i det gældende direktiv fastslår, at ordregiver ikke må offentliggøre oplysninger, som de økonomiske aktører har fremsendt, og som de har betegnet som fortrolige. Bestemmelsen angiver, at oplysninger, som kan kræves fortrolighedsklausuleret, navnlig omfatter tekniske hemmeligheder, forretningshemmeligheder og fortrolige aspekter af tilbud. Beskyttelsen omfatter ifølge bestemmelsens ordlyd alene oplysninger, som den økonomiske aktør har fremsendt til ordregiver. ...

Bestemmelsen stk. 1 indebærer, at en ordregiver som udgangspunkt ikke til tredjemand må udlevere fortrolige oplysninger, som en økonomisk aktør har fremsendt i forbindelse med en udbudsprocedure. Det gælder både oplysninger, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har betegnet som fortrolige og oplysninger, som i øvrigt, herunder på grundlag af lovgivningens almindelige regler, må betragtes som fortrolige.

Bestemmelsen gælder både en ordregivers udlevering af oplysninger af egen drift og efter anmodning fra tredjemand, og den gælder både udlevering af oplysninger til andre deltagere i den pågældende procedure m.v., også mens processen er i gang, og til udenforstående, herunder offentligheden.

...

For så vidt angår den del af bestemmelsen, som vedrører oplysninger, som en ansøger eller tilbudsgiver i forbindelse med fremsendelsen har betegnet som fortrolige, bemærkes, at det er et krav, at den økonomiske aktør klart har angivet, at oplysningen ønskes holdt fortrolig, men der stilles efter bestemmelsen ikke særlige formkrav til ansøgerens eller tilbudsgiverens fortrolighedsklausulering af oplysninger. En fortrolighedsklausulering kan tilbagekaldes, og der kan gives konkret samtykke til udlevering i bestemte sammenhænge. Hvis en økonomisk aktør har betegnet oplysninger som fortrolige, kan ordregiver som udgangspunkt ikke udlevere disse og skal respektere fortrolighedsønsket. Hvis der anmodes om aktindsigt i disse oplysninger, må ordregiver kun udlevere oplysningerne, som følger af en forpligtelse i henhold til offentlighedsloven.

Ordregiveren kan i udbudsmaterialet angive, hvorledes eventuelle krav om fortrolighed skal angives, således at det vil være klart, i hvilket omfang den økonomiske aktør ønsker fortrolighed.”

Udbudslovens § 66, stk. 2, er sålydende:

”Det indledende tilbud skal danne grundlag for den efterfølgende forhandling. Der kan ikke forhandles om de endelig tilbud og grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.”

Af de specielle bemærkninger til bestemmelsen i lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015 fremgår bl.a.:

”Det fastsættes også i stk. 2, at ordregiveren skal forhandle med tilbudsgiverne om de indledende tilbud og alle efterfølgende tilbud, medmindre ordregiveren har forbeholdt sig ret til at tildele kontrakten på grundlag af det indledende tilbud. Forhandlingerne sigter mod at tilpasse tilbuddene til ordregiverens krav og behov. Derved får ordregiveren mulighed for at indkøbe bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser, der er fuldstændigt tilpasset deres særlige behov. Forhandlingerne kan vedrøre alle de indkøbte bygge- og anlægsarbejders, varers og tjenesteydelsers karakteristika, herunder blandt andet kvalitet, mængde, handelsklausuler samt sociale, miljømæssige og innovative aspekter, for så vidt de ikke udgør mindstekrav.

Ordregiveren skal føre individuelle forhandlinger med alle tilbudsgivere. Forhandlingerne skal tage afsæt i de enkelte tilbud. På forhandlingsmøderne drøftes, hvordan udbudsmaterialet og tilbud kan tilpasses for at opnå et bedre tilbud fra den enkelte tilbudsgiver. Forhandlingen skal ledsages af tilstrækkelige sikkerhedsforanstaltninger, jf. § 5. Desuden skal ordregiveren overholde principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. § 2.

...

Under forhandlingerne har ordregiveren mulighed for at oplyse, at et tilbud i visse sammenhænge er dårligere stillede i konkurrencen i forhold til de andre tilbud. Det er derimod ikke tilladt over for de andre deltagere at afsløre fortrolige oplysninger, som en ansøger eller en tilbudsgiver, der deltager i forhandlingerne, har meddelt, uden dennes samtykke. En sådan aftale må ikke tage form af et generelt afkald på rettigheder, men skal gives med henvisning til den påtænkte meddelelse af specifikke oplysninger. Tilbage melding til tilbudsgivere kan gives på et forhandlingsmøde eller i en skriftlig tilbage melding.

Der er adgang til at forhandle om priselementer, så længe ordregiveren overholder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. § 2.”

Tilbudsloven

Tilbudslovens § 7 fik sin nuværende formulering ved lov nr. 884 af 21. juni 2022, hvor bestemmelsen om, at de bydende var berettiget til at være til stede ved åbningen af tilbuddene, udgik. Bestemmelsen i den tidligere § 7 om, at de bydende var berettiget til at blive bekendt med budsummer og eventuelle forbehold, blev samtidig flyttet til en ny bestemmelse i tilbudslovens § 7 a.

Tilbudslovens dagældende § 7 var sålydende:

”Ved en licitation åbnes tilbuddene på licitationsstedet på et forud fastsat tidspunkt. De bydende er berettiget til at være til stede ved åbningen af tilbuddene og til at blive bekendt med budsummer og eventuelle forbehold.”

Af de specielle bemærkninger til bestemmelsen i lovforslag nr. L 140 af 10. januar 2001 fremgår bl.a.:

”Efter bestemmelsen har de bydende adgang til at være tilstede ved åbningen af budene. Bestemmelsen svarer til licitationslovens § 3, stk. 1. Det er blevet anført imod den gældende regel, der også gælder for private bygherrer, at reglerne om åbenhed vedrørende indkomne licitationsbud dels har gjort det muligt for tilbudsgivere at kontrollere overholdelsen af en (ulovlig) tilbudskoordinerings, dels gør det muligt for tilbudsgivere at positionere sig ved fremtidige tilbud, uden at behøve at gå ”for langt ned” i pris. Forslaget skal imidlertid ses på baggrund af, at det styrker gennemsigtigheden ved offentlige kontrakter at opretholde en sådan bestemmelse i forhold til offentlige bygherrer.”

Tilbudslovens § 11, stk. 3, er sålydende:

”Under forhandlingerne skal udbyderen sikre, at alle tilbudsgivere behandles ens. Navnlig må udbyderen ikke udøve forskelsbehandling ved at give oplysninger, som kan stille nogle tilbudsgivere bedre end andre. Udbyderen må under forhandlingerne alene give oplysninger til en tilbudsgiver om andre tilbudsgiveres løsninger eller priser, i det omfang sådanne oplysninger allerede er gjort offentligt tilgængelige i henhold til § 7.”

Af de specielle bemærkninger til bestemmelsen i lovforslag nr. L 42 af 23. februar 2005 fremgår bl.a.:

”I stk. 3 er uændret gengivet tilbuds bekendtgørelsens § 11, stk. 4, og stk. 5, 2. pkt. Bestemmelsen i tilbuds bekendtgørelsens § 11, stk. 5, 1. pkt., om at forhandlingerne skal føres inden for det enkelte tilbuds rammer, er ikke indarbejdet i nærværende lov. Forholdet er dækket af stk. 4 i nærværende forslag, hvor der er fastsat nogle rammer for ændringer i opgavens karakter og tildelingskriterier under forhandlingerne, og af reglen i det foreslåede stk. 3 om grænser for, hvilke oplysninger udbyder kan give en tilbudsgiver om andre tilbudsgiveres bud. I kendelse af 30. september 2004 udtalte Klagenævnet således, at stk. 5, 1. pkt. måtte antages først og fremmest at sigte til, at en udbyder ikke måtte spille tilbudsgiverne ud mod hinanden ved over for den enkelte tilbudsgiver at henvise til de andres tilbud eller de andre tilbudsgiveres prisreduktioner ol.

Af vejledning af 1. december 2002 til tilbudsloven og tilbuds bekendtgørelsen fremgår bl.a.:

”6.1.1 Forhandlingsmodellen

...

Reglen i bekendtgørelsens § 11, stk. 5, 2. punktum indebærer, at udbyder alene må give de andre tilbudsgivere sådanne oplysninger om en byendes tilbud, som allerede er offentliggjort af udbyder i forbindelse med oplæsningen af de indkomne bud i henhold til reglen i lovens § 7. Andre oplysninger må således ikke gives.

Hensigten bag reglen i bekendtgørelsens § 11, stk. 5, 2. punktum - der naturligt indebærer en fortrolighedsforpligtelse for udbyderen - er at sikre, at forhandlingerne sker indenfor det enkelte buds egne rammer. Der er således ikke tale om en egentlig fortrolighedsbestemmelse, og spørgsmål herom må afklares efter andre regler, herunder offentlighedsloven.

Forhandlinger kan have til formål f.eks. at drøfte tekniske spørgsmål, den enkelte tilbudsgivers løsningsforslag og tilbudspris m.v. Forhandlinger må ikke gennemføres alene med det formål at presse prisen.”

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*”fumus boni juris”*) bemærker klagenævnet følgende:

Ad påstand 1 og 2

SDF havde i udbudsbetingelserne fastsat bl.a.:

”Fortrolige oplysninger i tilbuddene og under forhandlinger

Ordregiver sørger for, at alle tilbudsgivere behandles lige og har adgang til de samme oplysninger og vil ikke uden konkret samtykke oplyse de øvrige tilbudsgivere om løsningsforslag eller andre fortrolige oplysninger, som en tilbudsgiver har givet.”

Det følger af udbudslovens § 5, stk. 1, at ordregiver ikke må udlevere fortrolige oplysninger, som en ansøger eller tilbudsgiver i forbindelse med en udbudsprocedure har fremsendt, medmindre andet følger af denne lov eller lovgivningen i øvrigt.

Ifølge bestemmelsens forarbejder omfatter bestemmelsen både oplysninger, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har betegnet som fortrolige, og oplysninger, som i øvrigt, herunder på grundlag af lovgivningens almindelige regler, må betragtes som fortrolige.

Det fremgår af udbudslovens § 66, stk. 2, at det indledende tilbud skal danne grundlag for den efterfølgende forhandling, og at der ikke kan forhandles om de endelige tilbud og grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.

Ifølge bestemmelsens forarbejder skal forhandlingen ledsages af tilstrækkelige sikkerhedsforanstaltninger, jf. § 5, og ordregiveren skal overholde principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. § 2. Det fremgår videre, at ordregiveren under forhandlingerne har mulighed for at oplyse, at et tilbud i visse sammenhænge er dårligere stillede i konkurrencen i forhold til de andre tilbud. Det er derimod ikke tilladt over for de andre deltagere at afsløre fortrolige oplysninger, som en ansøger eller en tilbudsgiver, der deltager i forhandlingerne, har meddelt, uden dennes samtykke. Der er adgang til at forhandle om priselementer, så længe ordregiveren overholder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. § 2.

Det er klagenævnets vurdering, at oplysninger om andre tilbudsgiveres evalueringstekniske priser i et indledende tilbud under et igangværende udbud

med forhandling, hvor pris indgår i tildelingskriteriet, udgør fortrolige oplysninger efter udbudslovens § 5, stk. 1, hvilket også støttes af tilbudslovens § 11, stk. 3, da der med viden herom opnås en konkurrencemæssig fordel, som kan bruges operationelt under udbuddet.

Efter at have gennemført forhandlinger med tilbudsgiverne oplyste SDF tilbudsgiverne om, hvilke prispoint virksomhederne var blevet tildelt på baggrund af de evalueringstekniske priser i det indledende tilbud.

Signifly A/S og Advice A/S kunne på baggrund af disse oplysninger beregne Primetime Kommunikations evalueringstekniske pris. Det er klagenævnets vurdering, at SDF herved har overtrådt udbudslovens § 2, stk. 1, og § 5, stk. 1, da SDF ved at oplyse Signifly A/S og Advice A/S om deres egne prispoint indirekte har bibragt virksomhederne viden om den evalueringstekniske pris i det indledende tilbud fra Primetime Kommunikation, der ikke på tilsvarende måde har kunnet beregne den evalueringstekniske pris for tilbuddet med den næstlaveste evalueringstekniske pris.

Det forhold, at SDF i udbudsbetingelserne havde anført, at tilbudsgiverne kunne oplyse, hvis noget i tilbuddene var fortroligt, og at Primetime Kommunikation ikke udtrykkeligt havde angivet sine priser som værende fortrolige, kan ikke føre til et andet resultat.

På den baggrund er der på det foreløbigt foreliggende grundlag udsigt til, at påstandene vil blive taget til følge.

Ad påstand 3

Det følger af udbudslovens § 160, stk. 1, at en ordregiver i sit udbudsmateriale skal fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen. Parametrene i evalueringsmodellen kan ikke afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.

Ordregiver har et vidt skøn ved fastlæggelse af evalueringsmodellen, og modellen kan kun tilsidesættes, hvis den strider mod de udbudsretlige regler, herunder de grundlæggende principper om gennemsigtighed og ligebehandling, eller hvis ordregivers skøn er udøvet på et usagligt grundlag.

Ordregiver skal i medfør af udbudslovens § 161 tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Dette medfører, at evalueringsmodellen skal være egnet til at bidrage til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. For at evalueringsmodellen til brug for vurderingen af "pris" kan siges at være egnet til at bidrage til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, skal den afspejle det forventede indkøb på den udbudte aftale.

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. 2.1. fremgår bl.a.:

"Kontraktens værdi er estimeret på baggrund af den økonomiske ramme som er godkendt som følge af de indsatser der følger af flerårsaftalen for Danske Fængsels økonomi. Flerårsaftalen har betydet et øget forbrug, som de sidste år har ligget på omkring 12-15 mio. årligt. Heraf har 1/3 været anvendt til analyse, udvikling og produktion af kampagnekoncept og 2/3 til markedsføring/annoncering. Dette forventes også at være fordelingen i fremtiden. Det estimerede timeforbrug fremgår af Bilag 4 – Prisbilag. Estimatet er imidlertid ikke en indikation af en garanteret omsætning for valgte leverandør."

Ifølge udbudsbekendtgørelsens pkt. 2.1.3. udgør kontraktens anslåede værdi 84 mio. kr. eksklusive moms.

SDF har i udbudsbetingelsernes bilag 4, Prisbilag, fastsat et skønnet timeforbrug pr. år for hver af de fire medarbejderkategorier. Den vægtede pris for hver medarbejderkategori blev fundet ved at gange den tilbudte timepris med det skønnede timeforbrug pr. år. Den samlede evalueringstekniske pris blev fundet ved at lægge de vægtede priser for hver medarbejderkategori sammen.

Af kontraktudkastet, der indgik som et bilag til udbudsbetingelserne, fremgår bl.a.:

"12.3 Særligt vederlag for medieindrykning

Leverandøren er berettiget til vederlag for medieindrykning, som Kunden har bestilt i forlængelse af en Leverance eller en Opgave, samt advicering og tracking af samme.

Leverandøren er forpligtet til at sikre, at indkøb af medieindrykning sker på markedsmæssige vilkår. ...

Leverandøren indkøber de konkrete medieydelse hos medieleverandøren som aftalt med Kunden og som beskrevet i Leveranceaftalen. Herefter viderefakturerer Leverandøren omkostningerne til Kunden jf. punkt 12.1

...

Leverandørens eksterne indkøb af medieplads hos medieleverandøren skal således faktureres videre til Kunden til rene nettopriser, såfremt disse er forhandlet på vegne af Kunden og ikke på tværs af Leverandørens samlede kundeportefølje.”

Evalueringsmodellen er fastsat således, at medieindrykningerne ikke inddrages direkte i prisevalueringen af tilbuddene, da SDF alene har konkurrenceudsat den del af den udbudte ydelse, som relaterer sig til leverandørens timeforbrug forbundet med opfyldelse af SDF's opgaveportefølje, jf. udbudsbetingelsernes bilag 6, Kravspecifikation. Evalueringsmodellen omfatter således ikke SDF's indkøb af medieindrykninger, som udgør ca. 2/3 af kontraktens estimerede værdi.

Den evalueringstekniske pris afspejler dermed ikke udgifterne til det samlede forventede indkøb.

Klagenævnet finder på den baggrund, at der er en sådan forskel mellem evalueringsmodellen og det forventede årlige forbrug, at SDF's fastsættelse af evalueringsmodellen hviler på et usagligt grundlag, og at evalueringsmodellen dermed ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Det forhold, at en evalueringsmodel, hvor prisen for medieindkøb konkurrenceudsættes, måtte forudsætte et indgående markedskendskab, så der kan tages højde for bl.a. manglende forudsigelighed i priserne på markedet, og at modellen ville indebære en risiko for, at tilbudsgiverne ville tilbyde en højere pris med henblik på at afdække risikoen for perioder, hvor priserne for medieindrykning er særligt høje, kan ikke føre til et andet resultat.

Endvidere kan det forhold, at den valgte leverandør er forpligtet til at foretage indkøb af medieindrykning på markedsmæssige vilkår, heller ikke føre til et andet resultat.

På den baggrund er der på det foreløbigt foreliggende grundlag udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 4

Under henvisning til karakteren af de udbudsretlige overtrædelser anført under påstand 1 og 2 samt 3 er der på det foreløbigt foreliggende grundlag udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at selvom der foreløbigt vurderet er udsigt til, at Primetime Kommunikations påstand om annulation vil blive taget til følge, og betingelsen om ”*fumus boni juris*” dermed er opfyldt, finder klagenævnet, at Primetime Kommunikation ikke efter de oplysninger, som foreligger på nuværende tidspunkt, har godtgjort, at der foreligger sådan særlig alvorlig ”*fumus boni juris*”, at virksomheden ikke skal bevise, at en manglende imødekommelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at Primetime Kommunikation vil lide en uoprettelig skade.

I overensstemmelse med bl.a. klagenævnets faste praksis påhviler det herefter Primetime Kommunikation at godtgøre, at en beslutning om ikke at tillægge klagen opsættende virkning vil indebære, at virksomheden vil lide en alvorlig og uoprettelig skade, såfremt klagenævnet i nævnets endelige afgørelse af sagen måtte tage klagen til følge.

På det foreløbigt foreliggende grundlag finder klagenævnet, at Primetime Kommunikation ikke har godtgjort, at en beslutning om ikke at tillægge klagen opsættende virkning vil indebære, at virksomheden vil lide en alvorlig og uoprettelig skade. Klagenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at der ved alle udbud består en påregnelig kommerciel risiko for ikke at opnå kontrakten, og at der ikke er oplysninger, der sandsynliggør, at Primetime Kommunikations eventuelle tab som følge af den påståede overtrædelse ikke vil kunne godtgøres ved en økonomisk erstatning.

Betingelse nr. 2 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Jesper Stage Thusholt