

K E N D E L S E

(Visse oplysninger i kendelsen er på klagers begæring ikke offentliggjort)

KPMG P/S

(advokat Anja Piening, København)

mod

Finansministeriet

(advokat Kristian Hartlev, København)

Intervenient:

EY Godkendt Revisionspartnerselskab

(selv)

Ved bekendtgørelse nr. 00726029-2023 af 29. november 2023 udbød Finansministeriet som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale vedrørende levering af "Financial Advisory Services". Rammeaftalen er inddelt i tre delaftaler vedrørende 1) "Ongoing monitoring and deliberations by the state etc.", 2) "Owner decisions regarding potential transactions in minor state-owned companies" og 3) "Owner decisions regarding potential transactions in larger and/or listed state-owned companies". Tildelingskriteriet for de tre delaftaler var bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvor pris vægtede 30 % og kvalitet vægtede 70 %.

Tilbudsfristen var angivet til den 8. januar 2024 kl. 13.00, og det var oplyst, at delaftale 1 ville blive tildelt op til fem leverandører, og at delaftale 2 og 3 hver ville blive tildelt op til fire leverandører. Det fremgår videre af udkastet til rammeaftale, at efterfølgende tildeling på de indgåede rammeaftaler ville ske ved miniudbud.

Finansministeriet havde ved tilbudsfristens udløb modtaget ni tilbud på delaftale 1, seks tilbud på delaftale 2 og ni tilbud på delaftale 3. KPMG P/S (herefter ”KPMG”) havde afgivet tilbud på alle tre delaftaler.

Den 10. april 2024 sendte Finansministeriet tildelingsbeslutningen til tilbudsgiverne. Af tildelingsbeslutningen til KPMG fremgår det, at KPMG’s tilbud på alle tre delaftaler var vurderet ukonditionsmæssige.

Den 25. april 2024 indgav KPMG klage til Klagenævnet for Udbud over Finansministeriet.

Efter klagenævnet den 3. maj 2024 havde modtaget Finansministeriets svarskrift, besluttede klagenævnet ikke at tage stilling til spørgsmålet om opsættende virkning, men i stedet afgøre sagen.

KPMG har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at KPMG ikke havde taget et forbehold i sit tilbud, og at Finansministeriet i henhold til udbudslovens § 2 dermed havde pligt til at anmode KPMG om at bekræfte den afgivne pris i de afgivne tilbud frem for uretmæssigt at afvise KPMG’s tilbud som ukonditionsmæssigt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Finansministeriets beslutning af 10. april 2024 om at erklære KPMG’s tilbud for ukonditionsmæssigt, jf. § 13, stk. 1, nr. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2 annullere Finansministeriets beslutning af 10. april 2024 om at tildele kontrakten til Danske Bank, EY, SEB, Rothschild, og McKinsey for så vidt angår delaftale 1, Danske Bank, SEB, EY, og Deloitte for så vidt angår delaftale 2 og Danske Bank, SEB, Rothschild, og PJT for så vidt angår delaftale 3.

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

Klagenævnet har den 30. april 2024 meddelt de vindende tilbudsgivere, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

EY Godkendt Revisionspartnerselskab har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved brev af 8. maj 2024 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at EY Godkendt Revisionspartnerselskab intervenerer i sagen til støtte for Finansministeriet.

De resterende vindende tilbudsgivere har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Finansministeriet har i 2015 og 2019 udbudt rammeaftaler om levering af finansiel rådgivning, og der er således tale om et tilbagevendende offentligt udbud. Det er oplyst, at KPMG i 2019 blev valgt som leverandør på to ud af tre delaftaler.

Det fremgår af udbudsbetingelserne bl.a.:

”Re (b) Appendices

The tenderer is requested to complete or finalise the following appendices for the relevant lot(s):

- Appendix 6 – The Consulting Firm’s tender
 - Solution description
 - Consultants
 - Prices

Each appendix provides guidelines explaining how to complete or finalise the appendix.

The tenderer should not submit any of the tenderer’s standard terms or supplements to the regulation in the Framework Agreement with appendices. If such standard terms are submitted together with the tender, the contracting entity will disregard such standard term, cf. Appendix B, clause 4.”

I Appendix B ”Additional information” hedder det bl.a. følgende:

”3. THE TENDER MUST BE FINAL AND COMPLETE

The contracting entity is not allowed to negotiate the tenders submitted with the tenderers. The tender should therefore be drafted so that the framework agreement may be entered into without prior negotiations between the tenderer and the contracting entity.

Therefore, when filling in/completing the appendices, the tenderer should to the extent possible use wording of legal obligations and not wording such as “this might pertain to ...”, “one might also consider to ...” or “usually is used ...”, “we have often successfully ...”, “one might also envisage ..” or “this might be solved by ...”. Wording not suitable for legal obligations may, in the given circumstances, be treated as reservations with the ensuing consequences, see paragraph 4 below.

It is the responsibility of the tenderer to ensure that the tender is complete and drawn up in accordance with the guidelines set out in the tender documents.

4. RESERVATIONS TO THE TENDER

The tender must not contain reservations to fundamental elements in the tender documents. Reservations to fundamental elements in the tender documents will cause the tender to be rejected.

Several reservations to non-fundamental elements of the tender documents may cause the reservations, overall, to constitute a reservation to fundamental elements.

If the tenderer is in doubt as to how to fill in or complete appendices or in case of doubt as to whether a reservation will cause rejection of the tender, the tenderer is advised to submit written questions, see the tender specifications, paragraph 3.

Submission of the tenderer’s standard terms shall not be seen as a reservation to the Framework Agreement with appendices and such terms shall be disregarded by the contracting entity in the evaluation of tenders.”

Af Appendix 5 ”Corporate Social Responsibility” fremgår bl.a. følgende:

”1. INTERNATIONAL LABOR CONVENTION NO. 94

1.1 General

Pursuant to ILO Convention no. 94 on labour clauses in public contracts, the Ministry of Finance is obliged to ensure that the Consulting Firm and

any subcontractors, who contribute to the performance of the Framework Agreement guarantee its workers wages, including special allowances, hours of work and other working conditions that are not less favorable than those applicable to work of an equal nature under a collective agreement entered into by the most representative social partners in Denmark in the trade or industry concerned and applicable throughout the territory of Denmark. "Performance of the Framework Agreement" means work performed in Denmark for the performance of the Framework Agreement."

I udkastet til rammeaftalen, "Framework Agreement on Financial Advisory Services", hedder det bl.a. følgende:

"16. CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY

The Consulting Firm shall comply with the obligations set out in Appendix 5(Corporate Social Responsibility) regarding the responsibility of the Consulting Firm, including among other things in relation to ILO convention no 94."

Om angivelse af prisen for de tre delaftaler hedder det enslydende i udbudsmaterialets Appendix 6.A, "The Consulting Firm's Tender on Lot 1", 6.B, The Consulting Firm's Tender on Lot 2", og 6.C, " The Consulting Firm's Tender on Lot 1":

"The Tenderer shall state the maximum availability fee ("Availability Fee") for each consultant category for the availability of the consultant per Day (a period of 24 hours running from midnight to midnight).

All prices shall be stated in Danish kroner (DKK). See also the provisions of the Framework Agreement regarding prices.

The prices stated will be used in relation to the tender evaluation, cf. Appendix A. The prices stated per Day will be weighted as stated in Appendix A.

Category	Availability Fee per Day DKK
A: Junior employee / Analyst	[...]
B: Senior employee/ Director	[...]
C: Management level/	[...]

Managing Director	
--------------------------	--

The Availability Fee per Month shall be calculated as follows:

$$\text{Availability Fee per Month} = \text{Availability Fee per Day} \times 30''$$

KPMG har ved tilbudsafgivelse fremsendt præsentationer af sit tilbud med de tilbudte priser. Af KPMG's præsentation for alle tre delaftaler fremgår følgende vedrørende den tilbudte pris:

''The Ministry of Finance and the wider Danish state is one of the most important strategic sectors for KPMG. We have therefore chosen to offer a very substantial discount compared to our standard rates.

The prices per day offered for each of the three consulting categories are shown in the adjacent table.

Prices are stated exclusive of VAT and are based on a 7.5 hour work day.

Hourly rates / Daily rates					
Function DKK	Category	Standard Rate	Discounted Rate (50%)	Discounted Daily rates	
Partner Director	C				18,000
Associate Director Manager	B				13,387
Senior associate Associate	A				9,544

...

Af tildelingsbeslutningen af 10. april 2024 fremgår bl.a. følgende:

''KPMG has offered availability fees per Day that are capped at 7.5 hours per Day. This does not comply with the tender material, which requires the tenderer to state the maximum availability fee for each consultant category for the availability of the consultant per Day (a period of 24 hours running from midnight to midnight), cf. Appendix 6.A, Appendix 6.B, and Appendix 6.C.

Based on this reservation, it is the Ministry of Finance's conclusion that the submitted tenders from KPMG are non-compliant. The tenders submitted are therefore rejected.

The Ministry of Finance is not obligated to price a reservation made by a tenderer, and KPMG bears the risk of any ambiguities and/or errors in their tenders.

...

APPENDIX 1

1. RESERVATION REGARDING PRICING

KPMG has offered availability fees per Day that are capped at 7.5 hours per Day. This does not comply with the tender material, which requires the tenderer to state the maximum availability fee for each consultant category for the availability of the consultant per Day (a period of 24 hours running from midnight to midnight), cf. Appendix 6.A, Appendix 6.B, and Appendix 6.C.

Based on this reservation, it is the Ministry of Finance's conclusion that the submitted tenders from KPMG are non-compliant. The tenders submitted are therefore rejected.

The Ministry of Finance is not obligated to price a reservation made by a tenderer, and KPMG bears the risk of any ambiguities and/or errors in their tenders.

This conclusion is made by the Ministry of Finance based on legal advice on the public procurement regulation provided by the Ministry of Finance's legal advisor, Poul Schmith/Kammeradvokaten.

If the Ministry of Finance had elected to price the reservation rather than rejecting the submitted tenders as non-compliant, this would have resulted in the evaluation results set out below. As shown, KPMG would - even in this scenario - not have been awarded any lots under the framework agreement.

- Pricing of the reservation by using the following calculation:

$$\frac{24 \text{ hours}}{7.5 \text{ hours}} = 3.2$$

The capped daily rates are thus multiplied by 3.2, which yields an availability fee for Lot 1, 2, and 3 respectively of DKK 42,962.72:

Category	35%	DKK	9,544*3.2 =	DKK	30,540.80
A					

Category B	35%	DKK	13,387*3.2 =	DKK	42,838.40
Category C	30%	DKK	18,000*3.2 =	DKK	57,600.00
Weighted availability fee				DKK	42,962.72

Based on the above pricing of the reservation and the following evaluation in section 2, KPMG would not have been awarded the agreements.”

I øvrigt fremgår det, at Finansministeriet, for så vidt angår delaftale 1, havde besluttet at tildele kontrakt til Danske Bank A/S, EY Godkendt Revisionspartnerselskab, Skandinaviska Enskilda Banken AB og NM Rothschild and Sons Limited, for så vidt angår delaftale 2 at tildele kontrakt til Danske Bank A/S, EY Godkendt Revisionspartnerselskab, Skandinaviska Enskilda Banken AB og Deloitte Statsautoriseret Revisionspartnerselskab samt, for så vidt angår delaftale 3, at tildele kontrakt til Danske Bank A/S, EY Godkendt Revisionspartnerselskab, Skandinaviska Enskilda Banken AB, NM Rothschild and Sons Limited og PTJ Partners (UK) Ltd.

Det er oplyst, at KPMG og Finansministeriet var i telefonisk kontakt henholdsvis den 15., 16. og 19. april 2024, idet KPMG var uenig i Finansministeriets beslutning. På denne baggrund forlængede Finansministeriet standstill-perioden til udløb den 25. april 2024, og der blev den 23. april 2024 afholdt et møde mellem Finansministeriet og KPMG.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

KPMG har gjort gældende, at KPMG ikke har taget et forbehold i sit tilbud, og at Finansministeriet i henhold til udbudslovens § 2 havde pligt til at anmode KPMG om at bekræfte den afgivne pris i de fremsendte tilbud frem for at afvise KPMG's tilbud som ukonditionsmæssigt.

KPMG har i sit tilbud oplyst, at det tilbudte ”Availability Fee” for delaftalerne 1, 2 og 3 var baseret på en arbejdsdag på 7,5 timer, og at der var tale om en dagspris for de tre konsulentkategorier, hvorfor den samlede pris var angivet som ”Discounted daily rates”.

Baggrunden for oplysningen om arbejdstid var at give Finansministeriet indsigt i beregningsgrundlaget for prissætningen, men havde ikke til hensigt at erklære, at KPMG ville arbejde 7,5 timer for den angivne pris.

Finansministeriet udgør en strategisk afgørende samarbejdspartner for KPMG, hvorfor prisen bevidst var sænket markant i forhold til KPMG's sædvanlige priser. Derfor var det også vigtigt for KPMG at være transparent omkring beregningsgrundlaget, da KPMG var bevidst om, at prisen formentlig ville være markant lavere, end den de øvrige tilbudsgivere ville tilbyde. KPMG ønskede således på forhånd at undgå en situation, hvor Finansministeriet ville afvise tilbuddet som unormalt lavt.

Desuden fremgår det af udbudsmaterialets bilag 5 og af rammeaftalen, at kravene til arbejdsforhold, herunder arbejdstid i ILO-konvention 1 og 94, skulle overholdes, uanset om ILO-konvention nr. 1 er ratificeret i Danmark eller ej. KPMG ønskede derfor at gøre det klart for Finansministeriet, at uanset der var tale om et "Availability Fee", der dækkede hele døgnet, var prisen kalkuleret på baggrund af en gennemsnitlig arbejdsdag pr. medarbejder på 7,5 timer i overensstemmelse med de krav, der var stillet under rammeaftalen til arbejdstid.

Den anvendte vederlagsmodel i udbuddet medførte ikke en pligt til at arbejde 24 timer i døgnet. Der har derfor ikke været tale om, at tilbudsgiver skulle stille et rådgiverhold til rådighed, men at der skulle afgives en døgnpris på tre forskellige typer af konsulentkategorier, som i forbindelse med gennemførelse af efterfølgende miniudbud på rammeaftalen ville udgøre de maksimalpriser, som den enkelte leverandør kunne tilbyde i forbindelse med prissætningen af et samlet rådgiverhold i forhold til den konkrete udbudte opgave.

Der kan ikke sættes lighedstegn mellem at stå til rådighed og faktisk arbejdstid. Finansministeriet har ikke stillet krav til, at KPMG skulle arbejde 24 timer i døgnet, men alene at KPMG skulle stå til rådighed 24 timer i døgnet. Der var således ikke tale om et forbehold over for Finansministeriets krav om at stå til rådighed 24 timer i døgnet. Alle bemærkninger i et tilbud kan eller skal desuden ikke tolkes som forbehold, jf. klagenævnets kendelse af 18. januar 2023, VR FleetCare Ltd. mod Metroselskabet I/S.

KPMG har brugt præcis samme formulering i sit tilbud i forbindelse med Finansministeriets udbud af samme ydelse i 2019, hvor Finansministeriet

også efterspurgte en "Price per day" for de forskellige konsulentkategorier uden oplysninger om længden på en arbejdsdag. Det medførte ikke dengang, at KPMG's tilbud var ukonditionsmæssigt eller at tilbuddet indeholdt et forbehold.

Såfremt Finansministeriets vurdering om, at KPMG's oplysning om forventet arbejdstid pr. medarbejder pr. dag var et forbehold, kunne Finansministeriet ikke have prissat forbeholdet som sket, idet der i så fald ville være tale om et forbehold overfor grundlæggende elementer, hvilket ville føre til, at tilbuddet skulle afvises som ukonditionsmæssigt. Da der imidlertid ikke er tale om et forbehold, men en oplysning af orienterende karakter, som måske kunne give anledning til uklarhed hos Finansministeriet, burde Finansministeriet i overensstemmelse med udbudslovens § 159, stk. 5, have taget kontakt til KPMG for at få oplyst, om det var korrekt forstået, at den angivne pris alene gjaldt for 7,5 timer og ikke for at stå til rådighed i et døgn. KPMG kunne herved have bekræftet, at den afgivne pris var for at stå til rådighed i de krævede 24 timer, og KPMG's tilbud kunne evalueres med den tilbudte pris og ikke en fiktivt beregnet og langt højere pris. Såfremt KPMG i den situation havde oplyst, at prisen alene gjaldt for 7,5 timers rådighed, ville tilbuddet skulle afvises som ukonditionsmæssigt.

Det må også have været klart for Finansministeriet, at det må have formodningen imod sig, at et konsulentfirma som KPMG ikke ville være indstillet på at stå til rådighed døgnet rundt.

Udbudslovens §159, stk. 5, er som udgangspunkt en mulighed, som ordregiver kan gøre brug af, og ikke en pligt, som ordregiver skal gøre brug af. Retten har i sin dom af 10. december 2009 i sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen, præmis 54-56, udtalt, at denne mulighed kan udgøre en egentlig pligt for ordregiver i de tilfælde, hvor en ordregiver på en nem og enkel måde kan fjerne en åbenlys fejl eller tvetydighed.

Finansministeriet havde således i henhold til de grundlæggende principper og princippet om god forvaltningsskik en pligt til at benytte sig af muligheden for at få tvetydigheden afklaret frem for at vælge at afvise KPMG's tilbud som ukonditionsmæssigt.

Håndteringen af KPMG's tilbud har haft afgørende betydning for udfaldet af udbuddet, idet en korrekt evaluering af de indkomne tilbud med de faktisk

tilbudte priser ville have betydet, at KPMG ville være blevet tildelt en plads på samtlige tre delaftaler.

Finansministeriet har gjort gældende, at KPMG's tilbud indeholdt et klart forbehold. De dagspriser, der var oplyst i KPMG's tilbud, var baseret på en forudsætning om en arbejdsdag på 7,5 timer. En konsekvens af dette forbehold var, at Finansministeriet måtte forvente en risiko for, at KPMG ville kræve ekstra betaling for arbejde udover 7,5 timer pr. dag. Bemærkningen kan ikke forstås anderledes, hvorfor der er tale om et forbehold over for den beskrevne vederlagsmodel i udbudsmaterialet. Et sådant forbehold er ifølge klagenævnets faste praksis et forbehold overfor grundlæggende elementer i udbuddet, jf. kendelse af 25. februar 2021, SUEZ Water A/S mod Danish Oil Pipe A/S.

Subsidiært bærer KPMG ansvaret for, at virksomhedens tilbud var uklart, og Finansministeriet havde ikke pligt til at afklare denne uklarhed. Finansministeriet var derimod berettiget til at anse uklarheden som et forbehold og derfor også af denne grund berettiget til at afvise KPMG's tilbud som ukonditionsmæssigt.

Det følger af fast praksis fra klagenævnet, at en tilbudsgiver bærer risikoen for uklarheder i tilbuddet, jf. f.eks. kendelser af 13. december 2017, IP-Only Qbrick ApS mod Folketinget, og af 24. juni 2022, Krüger A/S mod Tønder Spildevand A/S.

KPMG har valgt ikke at udfylde de vedlagte skemaer i bilag 6.A, 6.B og 6.C i udbudsmaterialet, der angav, at priserne skulle være baseret på "a period of 24 hours running from midnight to midnight". KPMG har i stedet udarbejdet en præsentation inklusive de tilbudte priser. KPMG's påståede formål med at give Finansministeriet indsigt i beregningsgrundlaget for prissætningen, har Finansministeriet ikke kunnet læse af KPMG's tilbud. Denne uklarhed må komme KPMG til skade.

At CSR-bilaget forpligter konsulentfirmaet til, som arbejdsgiver i forhold til sine medarbejdere, at overholde generelle arbejdstagerrettigheder, herunder det generelle princip om retten til en rimelig arbejdstid, som afspejlet i f.eks. ILO-konventionerne nr. 1 og 30 og FN's Menneskerettighedserklæring artikel 24, medfører ikke, at konsulentfirmaet ikke i forhold til Finansministeriet

kan levere en – i princippet – op til 24-timers kapacitet pr. dag. Det kan således ikke udlægges på en sådan måde, at konventionerne i deres helhed finder anvendelse under rammeaftalen, og at der under rammeaftalen skulle gælde en maksimal arbejdstid pr. dag på otte timer.

Aftalen, der blev indgået i 2019, kan desuden ikke sammenlignes med denne aftale, idet den daværende aftale blev konkurrenceudsat med en pris pr. dag og ikke med en rådighedspris pr. døgn. Finansministeriet er endvidere ikke bundet af, hvordan tidligere udbud er gennemført, jf. klagenævnets kendelse af 19. maj 2021 MPI/Consult mod Banedanmark.

Finansministeriet havde ikke pligt til at afklare uklarheden ved henvendelse til KPMG. En ordregiver kan efter udbudslovens § 159, stk. 5, under overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet anmode en tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre et tilbud, hvis de oplysninger eller dokumenter, som en tilbudsgiver har indsendt i et tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede. Anmodningen må ikke føre til, at tilbudsgiveren fremsætter et nyt tilbud. Videre fremgår det af lovforarbejderne til udbudslovens § 159, stk. 5, at såfremt ”et tilbud indeholder fejl eller mangler, er ordregiveren ikke forpligtet til at anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet”.

Det følger også af fast praksis fra klagenævnet, at adgangen til berigtigelse er en ret, ikke en pligt, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 23. marts 2022, Iveco Danmark A/S mod Fælles Affaldsindsamling A/S, og klagenævnets kendelse af 19. januar 2024, BKI Foods A/S mod Region Syddanmark m.fl.

Der var ikke noget i KPMG’s tilbud, der indikerede, at der var tale om en åbenlys fejl eller på anden måde undskyldelige misforståelser eller bagatelagtige forhold, hvorfor det ikke kan sammenlignes med Rettens dom i sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen.

Prisen i form af et ”Availability Fee” var desuden afgørende for priskonkurrencen på rammeaftalen og den efterfølgende priskonkurrence under et miniudbud. Prisen havde således afgørende evalueringsmæssig betydning, og det var centralt for sammenligneligheden af priserne tilbudsgiverne imellem, at disse ikke var begrænset til en arbejdsdag på 7,5 timer. Det var derfor Finansministeriets vurdering, at forbeholdet ikke kunne berigtiges ved henvendelse til KPMG.

Da KPMG's tilbud var baseret på 7,5 timers arbejde pr. dag, hvilket ikke var i overensstemmelse med rammeaftalens vederlagsbestemmelse, ville et forsøg på afklaring eller bekræftelse hos KPMG i sig selv være i strid med ligebehandlingsprincippet, da KPMG ville have en stærk interesse i at søge at forbedre sit oprindelige tilbud med henblik på at gøre dette konditionsmæssigt, jf. klagenævnets kendelse af 31. januar 2014, Avaleo ApS mod Vejle Kommune.

Finansministeriet har således med rette undladt at søge KPMG's tilbud berigtiget i henhold til udbudslovens § 159, stk. 5.

Ad påstand 2

KPMG har gjort gældende, at klagenævnet, på baggrund af det anførte vedrørende påstand 1, skal annullere Finansministeriets beslutning af 10. april 2024 om at erklære KPMG's tilbud for ukonditionsmæssigt, jf. § 13, stk. 1, nr. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Finansministeriet har gjort gældende, at Finansministeriet ikke har overtrådt udbudsreglerne.

Subsidiært har Finansministeriet gjort gældende, at der som minimum var tale om et forbehold, der skulle prissættes, og at der ikke er grundlag for at underkende Finansministeriets illustrative "Scenarie-prissætning", hvorefter KPMG alligevel ikke vil få tildelt nogen af delaftalerne.

Ad påstand 3

KPMG har gjort gældende, at de gennemgåede overtrædelser af udbudsreglerne ad påstand 1 er af en sådan karakter, at Finansministeriets tildelingsbeslutning af 10. april 2024 for de tre delaftaler skal annulleres.

Finansministeriet har gjort gældende, at Finansministeriet ikke har overtrådt udbudsreglerne, og at der derfor ikke er grundlag for at annullere Finansministeriets tildelingsbeslutning.

EY Godkendt Revisionspartnerselskab er fremkommet med anbringender til støtte for Finansministeriet.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

En ordregiver har pligt til at afvise et tilbud som ukonditionsmæssigt, hvis tilbuddet indeholder forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, jf. også sagens Appendix B, pkt. 4. Et grundlæggende element skal i denne sammenhæng forstås som et forbehold af en sådan karakter, at konkurrencen væsentlig fordrejes mellem tilbudsgiverne, hvis forbeholdet tillades.

Det er fast klagenævnspraksis, at bl.a. forbehold over for pris oftest antages at udgøre forbehold for grundlæggende elementer i et udbud, jf. f.eks. klagenævnets kendelser af 28. januar 2016, M.J. Eriksson mod Aarhus Kommune, og af 18. maj 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen.

Finansministeriet havde som led i udbuddet anmodet tilbudsgiverne om at oplyse deres priser pr. døgn for at stå til rådighed med nærmere anførte kategorier af medarbejdere:

”The Tenderer shall state the maximum availability fee (“Availability Fee”) for each consultant category for the availability of the consultant per Day (a period of 24 hours running from midnight to midnight).”

KPMG, der valgte ikke at benytte sig af de skemaer for prisangivelser, der var indeholdt i Appendix 6.A-C, oplyste i sine tilbud dagspriserne for de anførte medarbejderkategorier som en funktion af timesatserne (med nærmere angivet rabat) for de pågældende. Det er i KPMG’s præsentationer – fremhævet med fed – anført, at de oplyste priser var ”... based on a 7.5 hour work day.”

Klagenævnet finder, at Finansministeriet havde grund til antage, at den oplyste pris omhandlede KPMG’s pris for at stille de omfattede medarbejdere til rådighed i 7,5 timer og ikke et fuldt døgn, og at der heri lå et forbehold for et krav om yderligere betaling for arbejdsdage, der måtte blive længere end 7,5

timer. Vederlagsmodellen i KPMG's tilbud fremstår derfor betydeligt afvigende fra den vederlagsmodel, som Finansministeriet i udbudsbetingelserne havde anmodet tilbudsgiverne om at benytte.

Klagenævnet finder på den baggrund, at KPMG's tilbud skal anses for at indeholde forbehold over for et grundlæggende element i udbudsmaterialet.

Det, som i øvrigt er anført af KPMG, herunder bl.a. om maksimal arbejdstid under ILO-konventionerne og arbejdsmiljøretlige regler i øvrigt, kan ikke føre til en anden forståelse af tilbuddets indhold.

KPMG har anført, at Finansministeriet havde pligt til i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5, at anmode KPMG om at be- eller afkræfte, at den pris, der var tilbudt, gjaldt for at stå til rådighed i 24 timer, hvorved det kunne være afklaret, om KPMG's tilbud var konditionsmæssige.

Det følger af udbudslovens § 159, stk. 5, at ordregiveren under overholdelse af principperne i § 2 kan anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, hvis de oplysninger eller dokumenter, som ansøgere eller tilbudsgivere har indsendt i forbindelse med en ansøgning eller et tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter. Anmodningen må ikke føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Ifølge bestemmelsens forarbejder vil det være en konkret vurdering, om nye dokumenter og oplysninger medfører, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har fremsat en ny ansøgning eller et nyt tilbud.

Ordregiveren har således efter udbudslovens § 159, stk. 5, 1. pkt., ret – men ikke pligt – til at indhente supplerende oplysninger, hvis der er indgivet et mangelfuldt eller fejlbehæftet tilbud, medmindre der er tale om åbenlyse fejl, der er nemme at berigtige, jf. Rettens dom af 10. december 2009 i sag T195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen.

Det følger af forarbejderne til udbudslovens § 159, de specielle bemærkninger til bestemmelsen (forslag nr. L 19 af 7. oktober 2015 til udbudsloven) bl.a., at anmodningen ikke må føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud, og at det vil være en fremsættelse af et nyt tilbud, hvis ordregiveren anmoder en ansøger eller tilbudsgiver om

at sende nye oplysninger, der kan give ansøgeren eller tilbudsgiveren en konkurrencemæssig fordel, jf. herved også EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S.

Klagenævnet har ovenfor vurderet, at Finansministeriet havde grund til at antage, at den vederlagsmodel, som KPMG benyttede i sine tilbud, indeholdt forbehold over for et grundlæggende element i udbudsmaterialet, derved at den anvendte vederlagsmodel fremstod betydeligt afvigende fra den, som Finansministeriet havde anmodet tilbudsgiverne om at benytte.

Klagenævnet finder, at der ikke er tale om en sådan fejl i tilbuddet, som er omhandlet i udbudslovens § 159, stk. 5, og som der var mulighed for at afhjælpe ved at anmode KPMG om at præcisere baggrunden den anførte pris. Klagenævnet finder i den forbindelse tillige, at det ville være egnet til at give KPMG en konkurrencemæssig fordel, hvis KPMG på denne måde fik adgang til at definere sin vederlagsmodel efter tilbudsfristens udløb.

Finansministeriet kunne således ikke uden at handle i strid med udbudslovens § 2 have opfordret KPMG til efter udbudslovens § 159, stk. 5, at præcisere sit tilbud, og Finansministeriet havde under de foreliggende omstændigheder derfor hverken ret eller pligt hertil.

Finansministeriet har herefter været berettiget til at afvise KPMG's tilbud som ukonditionsmæssigt.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2 og 3

Idet KPMG ikke har fået medhold i, at Finansministeriet har overtrådt de udbudsretlige regler, er der ikke grundlag for at annullere beslutningerne af 10. april 2024 om at vurdere KPMG's tilbud for ukonditionsmæssigt og om tildeling af kontrakter for de tre delaftaler.

Påstand 2 og 3 tages derfor heller ikke til følge.

Herefter bestemmes

Klagen tages ikke til følge.

KPMG skal i sagsomkostninger til Finansministeriet betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Morten Juul Nielsen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
chefkonsulent