

K E N D E L S E

Entreprenørfirma Brdr. Møller A/S  
(advokat Thomas Birch, Nivå)

mod

Silkeborg Kommune  
(advokat Tina Braad, Århus)

Den 1. december 2020 iværksatte Silkeborg Kommune en begrænset licitation efter tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren med senere ændringer) vedrørende arbejde med udførelse af Frederiksberggade i Silkeborg. Tildelingskriteriet var fastsat til det økonomisk mest fordelagtige bud.

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 1. december 2020 til fem udpegede ansøgere.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 17. december 2020 havde tre virksomheder afgivet tilbud, heriblandt Entreprenørfirma Brdr. Møller A/S ("Brdr. Møller"). Den 18. december 2020 besluttede Silkeborg Kommune at indgå kontrakt med en af de andre tilbudsgivere og samtidig afvise Brdr. Møllers tilbud som ukonditionsmæssigt.

Den 29. januar 2021 indgav Brdr. Møller klage til Klagenævnet for Udbud over Silkeborg Kommune. Klagen har været behandlet skriftligt.

Brdr. Møller har nedlagt følgende påstande:

### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Silkeborg Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at have afvist Brdr. Møllers tilbud som ikke-konditionsmæssigt, fordi Brdr. Møllers tilbud var anført på Tilbudsliste Rev. 1.0 og ikke den reviderede Tilbudsliste Rev. 2.0.

### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Silkeborg Kommune har handlet i strid med tilbudslovens § 8, stk. 1 og 2, ved ikke at have besluttet at indgå kontrakt med Brdr. Møller, der var lavestbydende og havde den højeste samlede bedømmelse vedrørende ”Frederiksberggade” i Silkeborg.

Brdr. Møller har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

### Sagens nærmere omstændigheder

Den 1. december 2020 iværksatte Silkeborg Kommune en begrænset licitation efter tilbudsloven vedrørende arbejde med renovering af Frederiksberggade. Entreprisen omfattede en udvidelse og sanering af Frederiksberggade fra krydset med Lyngbygade til Drewsensvej samt en ombygning af krydset Drewsensvej/Christian 8's Vej/Nordskovvej/Frederiksberggade i Silkeborg.

Kriteriet for tildeling af kontrakten var det økonomisk mest fordelagtige tilbud med følgende underkriterier:

- Pris 50%
- Trafikafvikling 30%
- Projektorganisation og kompetencer 20%

Til brug for vurdering af underkriteriet ”Pris” skulle tilbudsgiverne udfylde og indsende en tilbudsliste: ”Tilbudsliste Rev. 1.0”. Ved udfyldelse af tilbudslisten skulle tilbudsgiver på side 1 anføre en samlet beregning af den tilbudte pris, mens tilbudsgiver på de efterfølgende sider skulle angive den tilbudte pris på de enkelte delydelser. Såvel den samlede tilbudssum som

eventuelle oplyste enhedspriser var bindende for entreprenøren. Tilbudsgiver skulle endvidere på forsiden angive, hvilke rettelsesblade der lå til grund for tilbuddet. Tilbudslisten var dateret 30. november 2020.

Af udbudsmaterialet, jf. Særlige Betingelser (SB), fremgår, at AB18 § 5, stk. 3, hvorefter entreprenørens forbehold eller fravigelser fra udbudsbetingelserne skal fremgå klart og samlet af tilbuddet, udgår og erstattes af sålydende bestemmelse:

”Entreprenørens forbehold skal anføres i Forbeholdsliste, og Bygherren er berettiget til at se bort fra et forbehold, der ikke er anført i Forbeholdslisten, jf. bilag til Udbudsbetingelserne.”

Af udbudsmaterialet, jf. Bestemmelser om Udbud og Tilbud (BUT), fremgår under punkt 4, Spørgsmål til udbudsmaterialet:

”Bygherren forbeholder sig ret til at udsende supplerende meddelelser, der erstatter eller supplerer dele af udbudsmaterialet. Supplerende meddelelser udsendes på bygherrens eget initiativ eller som følge af afklarende spørgsmål rejst af de bydende.”

Og under punkt 5.3, Forbehold:

”Såfremt tilbuddet indeholder forbehold eller oplysninger, der strider mod grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, vil dette medføre, at tilbuddet afvises af bygherren.”

Den 11. december 2020 udsendte Silkeborg Kommune rettelsesblad nr. 1. Af rettelsesbladet fremgår, at tilbudslisten var blevet revideret, og der blev vedlagt en ny tilbudsliste: ”Tilbudsliste Rev. 2.0”. Dateringen på tilbudslisten var ikke ændret og var således fortsat 30. november 2020. Med rettelsesbladet blev der også ændret i en række øvrige dokumenter i udbudsmaterialet, som blev vedlagt i en revideret udgave, herunder ”Tilbuds- og Afregningsgrundlag (TAG) Rev 2”, ”Særlige Arbejdsbeskrivelser (SAB) Rev 2”, ”Bestemmelser om Udbud og Tilbud (TUB) Rev 2” samt en række tegninger.

Den reviderede tilbudsliste var ændret bl.a. i forhold til den oprindelige tilbudsliste på punkterne J. Afmærkningsmateriel, underpunkt 05, 06 og 07, og Kloakarbejde, 4.1.4 Brønde, underpunkt c) og e).

Den oprindelige tilbudsliste (Tilbudsliste Rev. 1.0) indeholder følgende vedrørende punkt J, Afdækningsmateriel, underpunkt 05, 06 og 07:

”

Underpost	Betegnelse	Enhed	Mængde
...			
05	N43, levering og montering af enkeltsidet N43 (dim. 70) på varmgalvaniseret ø60 rørstander med flaps og bundplade, beslag, reflekstype 3.	stk.	2
06	H45, levering og montering af H45 på varmgalvaniseret lav galge, med flaps og bundplade beslag, reflekstype 3.	stk.	10
07	E16, levering og montering af E16 på varmgalvaniseret lav galge, med flaps og bundplade beslag, reflekstype 3.	stk.	1

”

Den reviderede tilbudsliste (Tilbudsliste Rev. 2.0) indeholder følgende ændringer vedrørende punkt J, Afdækningsmateriel, underpunkt 05, 06 og 07, markeret med grøn:

”

Underpost	Betegnelse	Enhed	Mængde
...			
05	N43, levering og montering af enkeltsidet N43 (dim. 145X65) på varmgalvaniseret ø60 rørstander med flaps og bundplade, beslag, reflekstype 3.	stk.	2
06	H45, levering og montering af H45 på varmgalvaniseret lav galge, med flaps og bundplade beslag, reflekstype 3.	stk.	10
07	E16, levering og montering af E16 (dim. 80x60) på varmgalvaniseret ø60 rørstander med flaps og bundplade, beslag, reflekstype 3.	stk.	1

”

Den oprindelige tilbudsliste (Tilbudsliste Rev. 1.0) indeholder følgende vedrørende Kloakarbejde, 4.1.4 Brønde, underpunkt c) og e):

”

Underpost	Betegnelse	Enhed	Mængde
...			
c.	A14212R, Ø1200 mm glf, inkl 2 m ø400 pl afsluttes med endeprop, d = 3,8m	stk.	1
...			
e.	A14300R, Ø1200 mm glf, inkl. tilslutning til eksisterende ø1000bt, d = 3,7 m.	stk.	1

”

Den reviderede tilbudsliste (Tilbudsliste Rev. 2.0) indeholder følgende ændringer vedrørende Kloakarbejde, 4.1.4 Brønde, underpunkt c) og e), markeret med grøn:

”

Underpost	Betegnelse	Enhed	Mængde
...			
c.	A14212R, saddeibrønd med ø600 opføringsrør, inkl 2 m ø400 pl afsluttes med endeprop, d = 3,8	stk.	1
...			
e.	A14300R, saddeibrønd med ø600 opføringsrør, inkl. tilslutning til eksisterende ø1000bt, d = 3,7	stk.	1

”

Den 16. december 2020 indleverede Brdr. Møller sit tilbud. Ved indlevering af tilbuddet havde Brdr. Møller udfyldt ”Tilbudsliste Rev. 1.0” i stedet for ”Tilbudsliste Rev. 2.0”, og det var ikke på tilbudslistens forside angivet, hvilke rettelsesblade der lå til grund for tilbuddet. Det fremgik heller ikke af Brdr. Møllers tilbud, at der i tilbuddet skulle være taget forbehold for rettelsesblad nr. 1. I tilbuddet var priserne for punkt J, Afdækningsmateriel, underpunkt 05, 06 og 07, og for Kloakarbejde, 4.1.4 Brønde, underpunkt c) og e) angivet.

Den 18. december 2020 meddelte Silkeborg Kommune, at kommunen havde vurderet Brdr. Møllers tilbud for ukonditionsmæssigt og havde tildelt opgaven til en anden tilbudsgiver. Af meddelelsen fremgår:

”Tak for Jeres tilbud. Der blev afgivet tre bud, hvoraf to var konditionsmæssige.

Vi har desværre konstateret at I har anvendt den forkerte tilbudsliste, og ikke den som var tilsendt med rettelsesblad nr. 01. Derfor blev I desværre vurderet ikke-konditionsmæssige.”

Kommunens meddelelse var vedlagt et regneark med evalueringen, hvori de tre entreprenører, som kommunen havde modtaget tilbud fra, herunder Brdr. Møller, blev evalueret. Det fremgår af evalueringen, at Brdr. Møller havde fået den bedste samlede bedømmelse, men det var samtidig ud for Brdr. Møllers tilbud med rød markering anført: ”ikke konditionsmæssig - Forkert tilbudsliste”.

Den 5. januar 2021 meddelte Silkeborg Kommune følgende:

”I forbindelse med tildelingen af opgaven Frederiksberggade og Rosenørns Allé beklager vi, at der er sendt en tildelingsbeslutning ud hvor et ukonditionsmæssigt tilbud fremgår.

Der er derfor foretaget en ny tilbudsevaluering – se vedhæftede fil.  
Den nye evaluering ændre ikke ved resultatet, ...”

#### Parternes anbringender

Brdr. Møller har navnlig gjort gældende, at den reelle tekniske forskel mellem de to tilbudsliste er minimal og vedrører rene bagateller. De to elementer vedrørende kloak og de tre elementer vedrørende afmærkninger udgør ca. 0,7% af Brdr. Møllers samlede tilbudssum. Økonomisk har det således ingen nævneværdig betydning, og Brdr. Møllers priser ville reelt være de samme, hvis Tilbudsliste Rev. 2.0 var blevet anvendt. Fra et teknisk synspunkt er der vedrørende kloak tale om tæt på sammenlignelige ydelser og vedrørende afmærkning meget sammenlignelige ydelser.

Brdr. Møller har udfyldt tilbudslistens position ”J”, der angiver den totale sum for ”Afmærkningsmateriel”, og tilbudslistens position ”M”, der angiver den totale sum for ”Kloak”. De anførte tal for ”Afmærkningsmateriel” og ”Kloak” er derefter overført til side 1 i tilbudslisten, og begge beløb er således klart medtaget i den samlede tilbudssum. Brdr. Møller har således afgivet et samlet bindende tilbud på den udbudte entrepris.

Brdr. Møller har ikke ved tilbuddet taget et forbehold. Der er derimod tale om en simpel ekspeditionsfejl uden økonomisk eller teknisk betydning, og

Brdr. Møllers bud er da også blevet vurderet på lige fod med de øvrige to bud. Det forhold, at Brdr. Møller ikke har anført et ”1” på forsiden af den indleverede tilbudsliste i rubrikken ”Rettelsesblade”, kan ikke føre til et andet resultat, og det ses heller ikke i det konkrete forhold at have medført, at tilbuddet ikke kunne bedømmes.

Såfremt klagenævnet finder, at der er tale om et forbehold, så var forbehold tilladt, jf. § 5, stk. 3, i de særlige betingelser (SB), og forbeholdet vedrørte ikke et ”grundlæggende element”, som kunne berettiggte en afvisning af tilbuddet, især fordi de påståede fejl er rene bagateller uden økonomisk eller anden betydning. Silkeborg Kommunes evaluering af alle tre tilbud viser, at kommunen ikke havde tekniske eller økonomiske overvejelser, der medførte, at de tre tilbud ikke kunne sammenlignes med respekt for konkurrenceretlige grundsætninger og ligebehandlingsprincippet i tilbudsloven. Silkeborg Kommune har derved ved sine handlinger bekræftet, at en sammenligning af tilbuddene fuldt ud var mulig.

Silkeborg Kommune har navnlig gjort gældende, at udbudsmaterialet ubestridt indeholdt et klart krav om, at tilbuddet skulle være vedlagt en tilbudsliste. Det er ligeledes ubestridt, at der blev udsendt en revideret tilbudsliste med rettelsesblad nr. 1, at den reviderede tilbudsliste indeholdt nogle materielle ændringer, og at Brdr. Møller ikke benyttede denne tilbudsliste ved afgivelse af tilbud. Brdr. Møllers tilbud var således klart ikke i overensstemmelse med specifikationerne i udbudsmaterialet. Hertil kommer, at Brdr. Møller ikke på tilbudslistens forside havde bekræftet, at tilbuddet var afgivet også på grundlag af rettelsesblad nr. 1. De ændringer af udbuddet, der blev foretaget med dette rettelsesblad, er dermed heller ikke indeholdt i Brdr. Møllers tilbud. Da tilbuddet dermed ikke var i overensstemmelse med specifikationerne i udbudsmaterialet, var det berettiget at afvise tilbuddet. Ved afgivelse af tilbud på en anden ydelse end udbudt er der åbenbart tale om et forbehold, som ikke blot berettiger, men også forpligter Silkeborg Kommune til at afvise tilbuddet. En antagelse af tilbuddet ville således i sig selv udgøre en tilsidesættelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Det er principielt irrelevant, om forbeholdet kan anses at vedrøre et ”grundlæggende element”, og hvilken økonomisk værdi forbeholdet måtte repræsentere. Uanset om den tilbudte samlede tilbudssum måtte være den samme efter de to tilbudslistes, indeholder tilbuddet det forbehold, at der ikke er afgivet en pris på alle de i tilbudsliste rev. 2.0 efterspurgte enheder. Da Brdr. Møller har

afgivet tilbud på en anden ydelse end den udbudte, er der tale om et så væsentligt forbehold, at Silkeborg Kommune ikke blot var berettiget, men også forpligtet til at afvise tilbuddet.

Det forhold, at Silkeborg Kommune først senere i tilbudsevalueringen blev opmærksom på, at Brdr. Møller havde afgivet tilbud på baggrund af et udgået kontraktgrundlag, hvorefter Silkeborg Kommune rettede op på den fejlagtige tilbudsevaluering, ændrer ikke på, at Silkeborg Kommune ikke lovligt kunne anse tilbuddet for konditionsmæssigt. Brdr. Møllers bemærkninger om, at Silkeborg Kommune ved sine handlinger har bekræftet, at sammenligning er mulig, må dermed afvises.

#### Klagenævnet udtaler:

Risikoen for usikkerhed vedrørende indholdet af et tilbud påhviler tilbudsgiveren.

Det fremgår ikke af tilbuddet fra Brdr. Møller, at rettelsesblad nr. 1 ligger til grund for tilbuddet, og Brdr. Møller har ved indlevering af tilbuddet udfyldt ”Tilbudsliste Rev. 1.0” i stedet for ”Tilbudsliste Rev. 2.0”. Det fremgår heller ikke af Brdr. Møllers tilbud, at der i tilbuddet skulle være taget forbehold for rettelsesblad nr. 1, og det er således uklart, om Brdr. Møller har haft til hensigt at tage forbehold for rettelsesblad nr. 1, eller om den manglende indarbejdelse af rettelsesblad nr. 1 skyldes en forglemmelse. Det kan dog uanset begrundelsen herfor lægges til grund, at rettelsesblad nr. 1 ikke er indarbejdet i tilbuddet.

Med rettelsesblad nr. 1 blev der ændret i tilbudslisten samt i en række øvrige dokumenter og tegninger i udbudsmaterialet.

Da rettelsesblad nr. 1 ikke er indarbejdet i Brdr. Møllers tilbud, afviger tilbuddet på en række punkter fra licitationsbetingelserne. Afvigelserne kan ikke anses for at være bagatelagtige.

Henset hertil, samt henset til uklarheden i tilbuddet, var Silkeborg Kommune forpligtet til at afvise tilbuddet fra Brdr. Møller som ukonditionsmæssigt.

Det forhold, at Silkeborg Kommune har medtaget Brdr. Møllers tilbud i forbindelse med evalueringen af tilbuddene, men samtidig tydeligt har anført, at



Brdr. Møllers tilbud blev betragtet som ikke-konditionsmæssigt, kan ikke føre til en anden vurdering.

Klagenævnet tager på den baggrund ikke klagen til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Entreprenørfirma Brdr. Møller A/S skal i sagsomkostninger til Silkeborg Kommune betale 12.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen  
specialkonsulent