

K E N D E L S E

Torben Clausen A/S  
(juridisk konsulent Bjarne L. Ditlevsen, Vojens)

mod

Samsø Kommune  
(selv)

Den 27. april 2021 iværksatte Samsø Kommune en offentlig licitation efter tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren med senere ændringer) vedrørende nedrivning af en bygning ved Samsø Skole. Tildelingskriteriet var fastsat til ”det økonomisk mest fordelagtige bud”.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 12. maj 2021 havde 4 virksomheder afgivet tilbud, bl.a. virksomhederne Torben Clausen A/S og Brdr. Kjeldahl I/S. Den 18. maj 2021 besluttede Samsø Kommune at indgå kontrakt med Brdr. Kjeldahl I/S, hvilket Torben Clausen A/S modtog besked om 19. maj 2021.

Den 28. maj 2021 indgav Torben Clausen A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Samsø Kommune. Torben Clausen A/S fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning.

Den 4. juni 2021 annullerede Samsø Kommune licitationen, jf. e-mail af samme dato til tilbudsgiverne, hvoraf fremgår:

”Med henvisning til ovenstående udbud gennemført iht. tilbudsloven har vi på baggrund af en klage fra en af de bydende gennemgået udbudsmaterialet. Vores gennemgang har desværre vist, at udbudsmaterialet indeholder fejl, herunder i forhold til tildelingskriterierne. Vi har derfor vurderet, at det ikke var muligt på baggrund af udbudsmaterialet at foretage en lovlige tildeling, og vi ser os derfor desværre nødsaget til at aflyse udbuddet.

Vi forventer, at nedrivningsentreprisen, grundet størrelsen af opgaven, lægges ind under totalentreprisen som Hustømmerne står for, og vi har i den forbindelse videregivet jeres kontaktinformationer samt de tekniske beskrivelser til totalentreprenøren (Hustømmerne).”

Den 7. juni 2021 nedlagde Torben Clausen A/S en ny påstand for Klagenævnet for Udbud om, at kommunens annullation af licitationen var uberettiget.

Torben Clausen A/S har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Samsø Kommune har handlet i strid med dels forbuddet mod forskelsbehandling i tilbudslovens § 2, stk. 3, sidste del, dels sondringen mellem udvælgelseskriterier i § 2, stk. 3, første del og tildelingskriterier i § 8, stk. 2, idet der i forbindelse med den ved evalueringen foretagne vægtningsopgørelse for tildelingskriterium nr. 3, ”*Samarbejds- og procesbeskrivelse (1/10)*” dels er foretaget en væsentlig ændring af selve princippet bag dette kriterium i forhold til den skete offentliggørelse i udbudsbrevet, nemlig ved en opdeling af dette enhedskriterium i tre underkriterier med hver sin indbyrdes vægtning, dels derved at to af disse underkriterier reelt er udvælgelseskriterier – hvis realindhold allerede er prøvet ved den foretagne godkendelse af alle tilbudsgivere – og derfor ikke kan inddrages på ny under tildelingsvurderingen.

#### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Samsø Kommune har handlet i strid med forbuddet mod forskelsbehandling i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at tildele kontrakten til vinderen, idet beslutningen om tildelingen af kontrakten var behæftet med en åbenbar fejl ved den indbyrdes vægtning af hovedtildelingskriteriet ”*Tilbudspris (7/10)*” som et underkriterium til det valgte tildelingskriterium i henhold til tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 2, ”*det økonomisk mest fordelagtige bud under hensyntagen til forskellige kriterier ..*”, idet

det fremgår af evalueringsdokumentet, at der er valgt en vægtningsmetode, der dels ikke er offentliggjort i udbudsbetingelserne, dels medfører en åbenbar og usaglig vilkårlighed, som er ganske uberegnelig og derfor ikke er objektiv eller saglig, og som i enhver henseende er uegnet til at foretage en sammenlignende vurdering mellem tilbudsgiverne på dette konkurrenceparameter.

#### Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Samsø Kommune har handlet i strid med forbuddet mod forskelsbehandling i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at tildele kontrakten til vinderen, idet beslutningen om tildelingen af kontrakten var behæftet med en åbenbar fejl ved den indbyrdes vægtning af tildelingskriteriet ”*Leveringstid jf. afleveret (2/10)*” som et underkriterium til det valgte tildelingskriterium i henhold til tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 2, ”*det økonomisk mest fordelagtige bud under hensyntagen til forskellige kriterier ..*”, idet det fremgår af evalueringsdokumentet, at der er valgt en vægtningsmetode, der ikke er offentliggjort i udbudsbetingelserne, og idet der er tale om fejlfortolkning fra kommunens side af denne del af Torben Clausen A/S’ tilbud.

#### Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Samsø Kommune har handlet i strid med forbuddet mod forskelsbehandling i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at tildele kontrakten til vinderen, idet beslutningen om tildelingen af kontrakten var behæftet med åbenbare fejl ved den kumulerede vægtning af tildelingskriteriet, det økonomisk mest fordelagtige bud i henhold til tilbudslovens § 8, stk. 1, nr. 2, på basis af de tre udvalgte underkriterier, idet en korrekt gennemført vægtningsproces vil føre til, at Torben Clausen A/S åbenbart vil skulle tildeles det største, samlede pointtal og dermed erklæres som vinder af udbuddet.

#### Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Samsø Kommune har handlet i strid med dels forbuddet mod forskelsbehandling i tilbudslovens § 2, stk. 3, dels i strid med pligten til saglighed i sagsbehandlingen ved – efter indgivelsen af klagen om ulovlig tildeling, hvis berettigelse kommunen direkte har erklæret at være berettiget – at annullere udbuddet med den virkning, at kommunen derved kunne undgå at tildele opgaven til den rette vinder af udbuddet: Torben Clausen A/S.

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

### Sagens nærmere omstændigheder

Den udliciterede opgave vedrører nedrivning af bygningen ”Regnbuegangen” på Samsø Skole i forbindelse med en ombygning/tilbygning af skolen i løbet af skoleåret 2021/22.

I licitationsbetingelserne, jf. udbudsbrevet af 27. april 2021, er der anført følgende om tidsplan, tildelingskriterier og krav til aflevering:

” ...

#### **Tidsplan**

Nedrivningen forventes påbegyndt den 28. juni 2021 og alt arbejde forventes foretaget inden den 16. juli 2015, med mindre andet aftales med Samsø Kommune eller dennes repræsentant.

*Bemærk at tilbudsgiver bedes aflevere skitse til tidsplan med tidligst mulig påbegyndelsestidspunkt samt afslutningstidspunkt, jf. nedenunder.*

...

#### **Tildelingskriterier**

Opgaven vil blive tildelt efter økonomiske mest fordelagtige tilbud, hvor tildelingskriterierne er;

1. Tilbudspris (7/10)
2. Leveringstid jf. afleveret tidsplan (2/10)
3. Samarbejds- og procesbeskrivelse (1/10)

#### **Krav til aflevering**

Der skal leveres;

- Underskrevet tilbudsbrev, med summer fra tilbudsliste
- Udfyldt tilbudsliste i pdf
- Beskrivelse af tidligere erfaring, beskrivelse af samarbejdsproces med bygherren og Totalentreprenør, samt kort beskrivelse af nedbrydningsmetoder, herunder typer af maskiner, der tænkes benyttet.
- Tidsplan med tidligst mulig påbegyndelsestidspunkt samt afslutningstidspunkt.

...”

Torben Clausen A/S afgav den 11. maj 2021 tilbud. Af tilbuddet fremgår bl.a.:

### ”Leveringstid

Lige så snart alle forsyningsledninger er afbrudt og vi har fået nedbrydningstilladelse samt affaldsanvisning fra Kommunen, er vi klar til at sætte i gang. Saneringen og selve nedrivningen vil tage ca. 1 måned.”

Samsø Kommune modtog derudover tilbud fra tre andre virksomheder, herunder Brdr. Kjeldahl I/S. Kommunen vurderede, at alle fire tilbud var konditionsmæssige.

Den 18. maj 2021 besluttede Samsø Kommune at indgå kontrakt med Brdr. Kjeldahl I/S. Af kommunens evalueringsnotat af samme dato fremgår bl.a.:

#### ”1. Tilbudspris (7/10 - 10 p ved 7/10 vægtning giver 7p.)

Tilbuddene evalueres efter en lineær pointmodel, hvor laveste pris tildeles maksimum 10 p, og højeste pris tildeles minimum 0 p.

Dette giver følgende evaluering af tilbudspris:

	TILBUDSGIVER	TILBUDSSUM	POINTS	VÆGTET POINTS
i	[Tilbudsgiver 1]	[udeladt]	0,0	<b>0,0</b>
ii	Brødrene Kjeldahl I/S	[udeladt]	9,1	<b>6,4</b>
iii	[Tilbudsgiver 3]	[udeladt]	6,4	<b>4,7</b>
iv	Torben Clausen A/S	[udeladt]	10,0	<b>7,0</b>

#### 2. Leveringstid (2/10 - 10 p ved 2/10 vægtning giver 2p.)

I udbuddet er der beskrevet at nedrivningen forventes påbegyndt; Mandag den 28. juni 2021 (uge 26), og arbejdet forventes foretaget inden; Fredag den 16. juli 2021 (uge 28). Alle tilbud sammenlignes ud fra samme påbegyndelsestidspunkt, mandag den 28. juni (uge 26).

Afleveret tidsplan der opfylder ovennævnte forventninger, gives 10 p.

Der fratrækkes 2 p. pr uge, hvor afleveringstidspunktet er senere end fredag den 16. juli 2021 (uge 28).

Dette giver følgende evaluering af leveringstid:

	TILBUDSGIVER	EVALUERET LEVERINGSTID	POINTS	VÆGTET POINTS
i	[Tilbudsgiver 1]	[udeladt]	2,0	<b>0,4</b>
ii	Brødrene Kjeldahl I/S	Opstart 28. juni, aflevering 16. juli	10,0	<b>2,0</b>
iii	[Tilbudsgiver 3]	[udeladt]	10,0	<b>2,0</b>
iv	Torben Clausen A/S	Ingen datoer er beskrevet i tilbuddet. Sanering og nedrivningstid beskrevet til at	6,5	<b>1,3</b>

		tage ca. 1 måned. Aflevering antages derfor 28. juli. Der fratrækkes 3,5 p for 1,7 uge.		
--	--	---	--	--

**3. Tilbudsbeskrivelse/tilbudsløsning (1/10 - 10 p ved 1/10 vægtning giver 2 p.)**

I udbuddet er der bedt om;

en beskrivelse af virksomhedens tidligere erfaring (kan gives 2 p)

en beskrivelse af samarbejdsproces med bygherren og totalentreprenør for det kommende skolebyggeri (kan gives 4 p)

en kort beskrivelse af nedbrydningsmetoder, herunder typer af maskiner, der tænkes benyttet (kan gives 4 p)

Bedste mulig evaluering er 10 p, som ved 1/10 vægtning giver 1 p.

...

***SAMLET EVALUERING***

Dette giver en samlet evaluering af de fire tilbud:

	Tilbudsgiver	Tilbudspris 7/10	Leveringstid 2/10	Beskrivelse 1/10	SUM
i	[Tilbudsgiver 1]	0,0	0,4	0,2	<b>0,6</b>
ii	Brødrene Kjeldahl I/S	6,4	2,0	0,7	<b>9,1</b>
iii	[Tilbudsgiver 3]	4,7	2,0	1,0	<b>7,7</b>
iv	Torben Clausen A/S	7,0	1,3	0,7	<b>9,0</b>

**Konklusion**

På baggrund af ovennævnte evaluering, anses Brødrene Kjeldahl I/S, med tilbud ii), at have afgivet det mest økonomisk fordelagtige tilbud.

Kommunen agter at igangsætte kontrahering snarest.”

Som anført ovenfor annullerede Samsø Kommune den 4. juni 2021 licitationen. Af annullationsskrivelsen til tilbudsgiverne fremgår:

”Med henvisning til ovenstående udbud gennemført iht. tilbudsloven har vi på baggrund af en klage fra en af de bydende gennemgået udbudsmaterialet. Vores gennemgang har desværre vist, at udbudsmaterialet indeholder fejl, herunder i forhold til tildelingskriterierne. Vi har derfor vurderet, at det ikke var muligt på baggrund af udbudsmaterialet at foretage en lovlige tildeling, og vi ser os derfor desværre nødsaget til at aflyse udbuddet.

Vi forventer, at nedrivningsentreprisen, grundet størrelsen af opgaven, lægges ind under totalentreprisen som Hustømmerne står for, og vi har i

den forbindelse videregivet jeres kontaktinformationer samt de tekniske beskrivelser til totalentreprenøren (Hustømmerne).”

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Torben Clausen A/S har anført bl.a., at underkriterium nr. 1 (”virksomhedens tidligere erfaring”) og underkriterium nr. 3 (”typer af maskiner, der tænkes benyttet”) til delkriteriet ”Samarbejds- og procesbeskrivelse” er udvælgelseskriterier og derfor ikke lovligt kan (gen)inddrages under tildelingsvurderingen. Idet Torben Clausen A/S er tildelt en højere vægtning på det tilbageværende, lovlige tildelingskriterium, skal Torben Clausen A/S tildeles en højere vægtning heraf end vinderen. Idet Samsø Kommune ved sin sammenligning af de fire tilbudsgivere vedrørende den lovlige del af kriteriet har gjort brug af en skala fra 0 - 4, hvor 4 er angivet som den optimale karakter, findes en intern evaluering omregnet til procenter at være en objektivt saglig sammenligningsmetode, hvorefter vinderen tildeles 50 % og Torben Clausen A/S 75 % af det mulige pointtal eller svarende til vægtede, samlede pointværdier på hhv. 0,5 og 0,75 (i forhold til 1 = 1/10 i slut-vægtningen).

Samsø Kommune har anført bl.a., at delkriteriet ”Samarbejds- og procesbeskrivelse” er evalueret ud fra teksten beskrevet i punktet ”Krav til aflevering” i udbudsbrevet. For at vægte de tre dele objektivt er de tre punkter i evalueringen oplyst med fordelingen 2p, 4p, og 4p. Samsø Kommune anerkender, at denne evalueringsmetode ikke er oplyst i udbudsmaterialet, og at dette er en fejl. De tre punkter i delkriteriet ”Samarbejds- og procesbeskrivelse” er tydelig beskrevet som krav til aflevering i forbindelse med kriteriet. Følgelig skal der selvsagt evalueres på alle tre dele i tilbudsbesvarelsen, så evalueringen kan ske objektivt og uden forskelsbehandling. Der kan ikke kun evalueres på den del, Torben Clausen A/S fik højere point på end vinderen. Evalueringen af de fire tilbud er retfærdig og reel over for alle fire tilbudsgivere i forhold til det indleverede.

#### Ad påstand 2

Torben Clausen A/S har anført bl.a., at Samsø Kommune har anvendt en ”linenær pointmodel, hvor laveste pris tildeles maksimum 10 p, og højeste pris tildeles minimum 0 p”, hvilket er uacceptabelt, idet: 1) Den er i sig selv ikke

defineret og er sprogligt set ikke umiddelbar forståelig eller indlysende. 2) Den er udtryk for en uacceptabel forskelsbehandling, fordi den udstyrer den tilbudsgiver, der tilbyder den højeste pris, med nul point i forhold til et maksimum på 10, altså en voldsomt udslagsgivende faktor. Det må forudsættes, at modellen er formuleret forud for tilbudsmotagelsen. Kommunen kunne ikke på forhånd være sikker på, at der ikke ville foreligge fire tilbud, der hver alene divergerede fra hinanden med ganske ubetydelige beløb. Da kommunen netop har valgt at indsætte yderligere to andre kriterier end prisen, som skal tillægges en vægt, og som principielt (og praktisk) vil kunne bevirke, at tilbudsgiveren med det højeste tilbud ville være en klar vinder på andre kriterier og derfor samlet set en vinder af udbuddet, er en sådan model åbenbart stridende mod pligten til ligebehandling og forbuddet mod forskelsbehandling. Alene af denne årsag skal modellen frakendes gyldighed. 3) Modellen er usaglig og præget af en åbenbar tilfældighed og vilkårlighed og ikke forudberegnelighed. Forskellen i pris mellem den udråbte vinder og Torben Clausen A/S overstiger langt den beregnede forskel efter den valgte vægtningsmetode. Ved anvendelsen af modellen har kommunen indregnet prisen fra tilbudsgiveren med den højeste pris som bestemmende delberegningsgrundlag. Tilbuddet med den højeste pris må betegnes som et helt ukvalificeret tilbud, som – hvis det havde været det laveste – formentligt havde fået kommunen til at vælge at annullere udbuddet. Derfor skal et sådant tilbud naturligvis ikke have en afgørende indflydelse på, hvem af de øvrige tilbudsgivere der skal udpeges som vinder. En rimelig og sagligt forsvarlig model vil derimod være at se på den procentuelle forskel mellem buddene. I det samlede pointsystem vil dette føre til, at Torben Clausen A/S vil være den klare vinder. Det er Torben Clausen A/S' synspunkt, at der skal anvendes et sådant objektivt og sagligt forståeligt og forsvarligt internt pointsystem.

Samsø Kommune har anført bl.a., at ved tildelingskriteriet ”Tilbudspris” havde Samsø Kommune ret til at evaluere efter en lineær pointmodel for at opnå sammenlignelige points for at optage udsving i forhold til de indkomne priser. Metoden giver en rimelig pointfordeling og sammenligningsgrundlag af de fire indkomne tilbud. Kommunen fandt det ikke rimelig at undlade at inkludere nogle af de bydende i evalueringen. Kommunen anerkender dog, at den valgte evalueringsmetode ikke er oplyst i udbudsmaterialet, og at dette var en fejl.

Ad påstand 3



Torben Clausen A/S har anført bl.a., at Samsø Kommune har anvendt et internt vægtningsystem, som ikke er offentliggjort forud for tilbudsgivningen, men som først fremkom i forbindelse med evalueringen og derfor er behæftet med samme problem som ved de to andre kriterier. På det formelle plan er det korrekt, at Torben Clausen A/S ikke har gentaget de to datoer, som er anført i udbudsbrevet, men på det materielle plan er indsigelsen ikke berettiget, og en pointgivning under 10 til Torben Clausen A/S er ikke berettiget. Der er ikke knyttet noget formkrav til begrebet ”tidsplan”, ligesom der heller ikke er den væsentligt klarere og skarpere – sanktionsforbundne – sproglige formulering i udbudsbrevet i forhold til de bedømmelses- og vægtningsregler, som Samsø Kommune efterfølgende indfører i evalueringens dokumentet. Startdatoen i udbudsbrevet er således ikke angivet som en absolut dato – modsat evalueringens dokumentet – men tværtimod med en direkte formuleret mulighed for en tidligere opstart. Formuleringen kan som det maksimale forstås som en ”forventet” sidste dato for arbejdets opstart, jf. ordvalgene ”forventes påbegyndt” og ”med mindre andet aftales med Samsø Kommune ...” i udbudsbrevet. Disse formuleringer har Torben Clausen A/S i forbindelse med sin tilbudsafgivelse betragtet som udtryk for, at der var indlagt et vist spillerum for såvel opstart som afslutning af opgaven, hvis mere præcise udstrækning ville kunne være genstand for en drøftelse (aftale) med kommunen. I sit tilbud angiver Torben Clausen A/S således i fuld overensstemmelse med denne opfattelse at kunne starte med det samme, og dermed væsentligt før den 28. juni 2021, f.eks. allerede den 20. maj 2021. Dette er den naturlige læsning af Torben Clausen A/S’ tilbudsformulering. Angivelsen af, at der skal foreligge en nedrivningstilladelse er blot en gengivelse af udbudsbrevets egen angivelse og i øvrigt en ren formalitet, idet det er kommunen selv, der er myndighed. Tilsvarende er angivelsen af frakoblingen af forsyningsledningerne alene en praktisk nødvendighed. Kommunen har da heller ikke selv opfattet denne formulering som et uoverensstemmende forbehold, idet Torben Clausen A/S’ tilbud er erklæret for konditionsmæssigt. Samsø Kommune har således valgt en meget byrdefuld fortolkning til klar skade for Torben Clausen A/S. Kommunen burde have rettet en afklarende henvendelse til Torben Clausen A/S, såfremt kommunen var af den opfattelse, at tilbuddet ikke lå inden for den acceptable tidsramme. Samsø Kommune er nærmest til at bære risikoen for en fortolkningstvivl, og en afklarende henvendelse må betragtes som liggende inden for rammerne af det tilladelige. Såfremt det var meningen, at datoerne skulle fremstå som ufravigelige/absolutte og forbundet med formkrav samt sanktionsbelagte, burde dette have været udtrykkeligt angivet i udbudsbetingelserne, og yderligere indskærpet over for Torben

Clausen A/S, da man modtog tilbuddet, som Torben Clausen A/S med rette betragter som fuldt konditionsmæssigt. Torben Clausen A/S burde have været tildelt fuldt pointtal: 10 point, svarende til 2 point i den samlede vægtning.

Samsø Kommune har anført bl.a., at kommunen ved evalueringen af delkriteriet "Leveringstid jf. afleveret tidsplan" ikke fejlfortolkede Torben Clausen A/S' tilbud, men forsøgte at foretage en objektiv evaluering af et mangelfuldt og upræcist tilbudsmateriale, som ikke havde medtaget startdato og slutdato som krævet i udbudsmaterialet. Tilbuddets oplysning om tidsplanen er upræcis og åben for divergerende tolkninger. En evaluering, som ligestiller alle starttidspunkter i de fire tilbud, og som sammenligneligt evaluerer den tilbudte leveringstid, som faktisk er tildelingskriteriet, udgør en lige og saglig behandling af tilbudsgiverne. Selv om Samsø Kommune mener, at kravet til tidspunkter i en tidsplan ved et byggeri/anlægsprojekt er implicit, er det i dette tilfælde også krævet under "Krav til aflevering", jf. formuleringen af med begreberne "påbegyndelsestidspunkt" og "afslutningstidspunkt".

#### Ad påstand 4

Torben Clausen A/S har anført, at Samsø Kommune generelt for alle kriterierne har tilsidesat den i tilbudslovens § 8, stk. 2, anførte pligt til i udbudsbetingelserne at anføre vilkårene for, hvordan en vægtning vil blive gennemført, hvor dette er muligt.

Samsø Kommune har heroverfor gjort gældende, at den samlede evalueringen er saglig, og at Torben Clausen A/S ikke er blevet forskelsbehandlet.

#### Ad påstand 5

Torben Clausen A/S har anført bl.a., at Samsø Kommunes begrundelse for annullationen ikke er korrekt. Dels er der ikke klaget over udbudsmaterialets indhold, dels findes udbudsmaterialet, herunder det valgte tildelingskriterium og de beskrevne underkriterier, at være fuldt lovlige. Der er ikke i dette materiale noget så alvorligt forhold, at det som den eneste begrundelse kan føre til en berettiget annullation af hele udbuddet. De alvorlige fejl ligger udelukkende i den efterfølgende foretagne evaluering og de heri indsatte evalueringkriterier og vægtningskriterier. Fejl, som det er ganske enkelt at berigtige uden at skulle annullere udbuddet, nemlig ved at omgøre tildelingsbeslutningen og tildele opgaven til den korrekte vinder af udbuddet. En tildeling

ville desuden medføre en ikke-ubetydelig besparelse for kommunen. Annullationsbeslutningen bærer et åbenbart og klart subjektivt begrundet præg af, at Samsø Kommune ikke ønsker at udpege Torben Clausen A/S som vinderen, trods det forhold, at Torben Clausen A/S er godkendt som tilbudsgiver, og at Torben Clausen A/S' tilbud er kendt konditionsmæssigt. Der er ikke givet nogen saglig begrundelse for annullationen, der tværtimod findes at være et klart udtryk for en ulovlig forskelsbehandling. Den eneste årsag til annullationen er, at kommunen ikke ønsker opgaven udført af Torben Clausen A/S. Der foreligger ingen af de efter praksis anerkendte, acceptable grunde for en ordregiver til at annullere et gennemført udbud.

Samsø Kommune har anført bl.a., at gennemgangen af licitationen viste fejl, som samlet bevirkede til, at kommunen den 4. juni 2021 besluttede at annullere licitationen. Første del af punktet ”Krav til aflevering” i udbudsbrevet var, at der skulle afleveres ”Underskrevet tilbudsbrev, med summer fra tilbudsliste”. Ingen af de fire bydende afleverede et underskrevet tilbudsbrev med summer fra tilbudsliste. To af de bydende afleverede en tilbudsliste med underskrevet forside, hvor summerne stod. Procesmæssigt burde muligvis alle fire, men i hvert fald de to andre bydende, inklusive Torben Clausen A/S, have været erklæret ukonditionsmæssige.

Ingen af tilbudsgiverne har ved modtagelse af udbudsmaterialet kunnet se, hvordan kommunen relativt set ville vægte de tre kriterier, der var valgt. Uden en klar fastsættelse af rammerne for de ”passende” maksimale udsving, kunne ingen af de bydende forholde sig ensartet til kommunens prioriteringer i forhold til tildelingskriterierne, ud over den ti-delte vægtningsfordeling; 7/10-2/10-1/10.

Med hensyn til tildelingskriterium ”2. Leveringstid jf. afleveret tidsplan”, i punktet ”Tidsplan”, er der ikke fyldestgørende beskrevet de stramme tidskrav til tidsplanen, som skolen, bygherre og brugere havde til nedrivningen. Det var implicit, men udtalt i udbudsmaterialet, at en nedrivning i et skoleområde skal foregå i skolens sommerferie. Dette var ikke formuleret forståelig nok i udbudsmaterialet og skabte uklarhed om, hvad der vægter positivt ved evaluering af leveringstid, hvorpå ingen af de fire tilbudsgiverne har kunnet forholde sig ensartet til den høje betydning af den stipulerede leveringstid.

Fjerde del af punktet ”Krav til aflevering” var, at der skulle afleveres ”Tidsplan med tidligst muligt påbegyndelsestidspunkt samt afslutningstidspunkt”.

En af de bydende har afleveret en reel tidsplan med tider og udførelsespunkter. En af de bydende har afleveret en konkret angivelse af startdato og slutdato. De to andre bydende, inklusive Torben Clausen A/S, har ikke afleveret det definerede og krævede materiale, og de burde begge have været erklæret ukonditionsmæssige.

I betragtning af både udbudsmaterialets uklarheder vedrørende den benyttede evalueringstype og uklare formuleringer vedrørende leveringstid, var evalueringstypen uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Da evalueringstypen konkret har været uegnet til at identificere det mest fordelagtige bud, har det ikke været muligt at tildele opgaven lovligt, hvorfor Samsø Kommune så sig nødsaget til at annullere licitationen.

Fejlene i udbudsmaterialet kan have påvirket tilbuddene og dermed resultatet af evalueringen og identifikationen af det økonomisk mest fordelagtige bud. Selv om intentionen og viljen til en ligebehandling lå til grund ved evalueringen, var kommunens eneste mulighed at tage konsekvensen af fejlene og annullere licitationen.

#### Klagenævnet udtaler:

##### Ad påstand 5

Det følger af fast praksis fra klagenævnet, at en ordregiver er berettiget til at annullere en igangværende licitation, såfremt annullationen ikke forfølger et formål, der er i strid med ligebehandlingsprincippet eller på anden måde er usagligt.

Samsø Kommune har begrundet annullationen med, at udbudsmaterialet indeholder fejl, herunder i forhold til tildelingskriteriet og dertilhørende underkriterier, som gjorde det umuligt på baggrund af udbudsmaterialet at foretage en lovlig tildeling.

Det må lægges til grund, at det var af afgørende betydning for Samsø Kommune, at nedrivningsarbejdet blev udført i skolernes sommerferie. Denne afgørende betydning fremgår imidlertid ikke af licitationsbetingelserne, idet det alene heraf fremgår, at arbejdet *forventes* påbegyndt den 28. juni, og at alt arbejde *forventes* foretaget inden den 16. juli. Licitationsbetingelserne udelukker således ikke muligheden for, at der i tilbuddet lægges en tidsplan

for nedrivningsarbejdet, som ligger uden for skolernes sommerferie. Da det reelt må anses som et ufravigeligt krav fra Samsø Kommune, at nedrivningsarbejdet blev udført i skolernes sommerferie, må det anses som en fejl i licitationsbetingelserne, at dette krav ikke fremgik klart.

Det må endvidere lægges til grund, at Samsø Kommune foretog evalueringen af kriteriet "Tilbudspris" ud fra en lineær pointmodel, hvor den laveste tilbudte pris blev tildelt 10 point og den højeste tilbudte pris blev tildelt 0 point. Torben Clausen A/S har ad påstand 2 anført, at tilbuddet med den højeste pris må betegnes som et helt ukvalificeret tilbud, hvilket Samsø Kommune ikke har haft bemærkninger til. Den af Samsø Kommune anvendte evalueringsmodel er usædvanlig, og det er ikke godtgjort, at den konkret var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Kommunen kunne ikke efterfølgende lovligt ændre evalueringsmodellen, således som påstået af Torben Clausen A/S.

Der er herefter ikke grundlag for at antage, at den anførte begrundelse ikke også reelt lå til grund for beslutningen om at annullere licitationen.

Torben Clausen A/S har ikke heroverfor godtgjort rigtigheden af den opfattelse, at den reelle begrundelse for annullationen af licitationen skulle være, at Samsø Kommune af usaglige hensyn ikke ønskede, at opgaven skulle udføres af Torben Clausen A/S.

Der er herefter ikke grundlag for at fastslå, at annullationen var i strid med ligebehandlingsprincippet eller i øvrigt forfulgte et usagligt formål.

#### Ad påstand 1-4

Allerede fordi Samsø Kommune har annulleret den omtvistede licitation, og under hensyn til klagenævnets resultat vedrørende påstand 5, tager nævnet ikke stilling til påstand 1-4, jf. klagenævnslovens § 10, stk. 2.

#### Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 5.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 1-4.

Henset til, at Samsø Kommune annullerede licitationen, efter at Torben Clausen A/S indgav klage til klagenævnet, og sagens udfald, skal ingen af sagens parter betale sagsomkostninger til den anden part.

Klagegebyret tilbagebetales.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig