

K E N D E L S E

Remondis A/S  
(advokat Carina Renate Czerwinski Dall, Aarhus)

mod

Silkeborg Genbrug og Affald A/S  
(advokat Henrik Hauge Andersen og  
advokat Ilka Bödewadt Lauritzen, Købehavn)

Den 27. september 2019 offentliggjorde Silkeborg Genbrug og Affald A/S (herefter ”SGA”), at SGA havde tildelt en kontrakt om affaldsindsamling i Silkeborg Kommune til HCS A/S Transport og Spedition (herefter ”HCS”). Kontrakten var tildelt HCS ved en direkte tildeling.

Den 25. oktober 2019 indgav Remondis A/S klage til Klagenævnet for Udbud over SGA. Remondis fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle tillægges opsættende virkning. Den 2. december 2019 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om interesseafvejning ikke var opfyldt.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Remondis har nedlagt følgende påstande:

### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Silkeborg Genbrug og Affald A/S har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsloven § 2 og § 6 ved at have indgået en aftale med HCS A/S Transport og Spedition uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, idet betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 5, ikke er opfyldt.

### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal erklære aftalen mellem Silkeborg Genbrug og Affald A/S og HCS A/S Transport og Spedition for uden virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1, og indgive politianmeldelse med henblik på, at Silkeborg Genbrug og Affald A/S idømmes en bøde, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 18, stk. 2, nr. 3, og § 20.

### Påstand 3 (subsidiær til påstand 2)

Klagenævnet for Udbud skal indgive politianmeldelse med henblik på, at Silkeborg Genbrug og Affald A/S idømmes en bøde, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 18, stk. 2, nr. 2, og stk. 3, og § 20.

### Påstand 4 (subsidiær til påstand 2)

Klagenævnet skal annullere Silkeborg Genbrug & Affald A/S' beslutning om at tildele aftalen til HCS A/S Transport og Spedition, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

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

SGA har endvidere for det tilfælde, at klagenævnet tager annullationspåstanden til følge, nedlagt påstand om, at klagenævnet afgiver en ikke bindende udtalelse om, at der foreligger særlige forhold, der tilsiger, at kontrakten videreføres, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 14 a.

Klagenævnet har den 28. oktober 2019 meddelt HCS, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3. HCS har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

### Sagens nærmere omstændigheder

*Udbud nr. 1 (2016/2017)*

Efter et udbud, der blev iværksat i 2016, indgik SGA den 17. januar 2017 kontrakt med Remondis (tidligere M. Larsen Vognmandsfirma A/S inden overtagelse) om affaldsindsamlingen i Silkeborg. Kontrakten var indgået for en 6-årig periode med start den 1. november 2017, dvs. ca. 9 en halv måned efter indgåelsen af kontrakten. Kontrakten udløb den 31. oktober 2023 med en option på forlængelse i op til 2 år.

SGA har oplyst, at der var behov for at give Remondis dispensation fra kravene til indsamlingskøretøjerne indtil den 1. marts 2018, da det ikke var muligt at skaffe de nødvendige indsamlingskøretøjer til den 1. november 2017. SGA har endvidere oplyst, at det ”ikke lykkedes Remondis efterfølgende at opfylde aftalen med de korrekte køretøjer”, og at Remondis i juni 2018 ønskede endnu en dispensation fra kravene, da der var over 12 måneders ventetid på levering af et nyt køretøj.

Remondis opsagde den 27. februar 2019 kontrakten med 10 måneders varsel til ophør den 31. december 2019.

Der er uenighed mellem parterne, om opsigelsen var berettiget, idet SGA har anført, at kontrakten efter sit indhold var uopsigelig, mens opsigelsen efter Remondis’ opfattelse var berettiget. Det er SGA’s opfattelse, at opsigelsen var begrundet i kommercielle forhold, idet kontrakten havde vist sig at være tabsgivende for Remondis. SGA har rejst krav om erstatning.

SGA har oplyst, at Frederikshavn Forsyning i april 2019 foretog en markedsundersøgelse for nye og brugte indsamlingskøretøjer i forbindelse med, at affaldsindsamlingen var hjemtaget som følge af Remondis’ opsigelse af kontrakten. Det blev ifølge SGA i den forbindelse ”samstemmende oplyst”, at der var 14 måneders leveringstid på nye 2-kammerbiler, at der stort set ikke fandtes brugte biler på markedet i Europa, og at ”prisen for leje og/eller køb af eksisterende biler er helt urealistiske”.

#### *Udbud nr. 2 (april 2019)*

SGA iværksatte den 30. april 2019 et nyt udbud af opgaven med planlagt ikrafttræden den 1. januar 2020, dvs. 8 måneder efter udbuddets iværksættelse. SGA aflyste dog efter det oplyste udbuddet med henvisning til tekniske fejl i udbudsprocessen.

Af referatet fra et spørgemøde, der blev afholdt den 8. maj 2019 i forbindelse med udbuddet, fremgår bl.a., at spørgsmålet om en ny leverandørs overtagelse af affaldsbiler fra Remondis som hidtidig leverandør blev drøftet. Det fremgår også, at HCS bemærkede, at leveringstiden på affaldsbiler var halvandet år, og at dette var problematisk i relation til en kontraktstart den 1. januar 2020.

*Udbud nr. 3 (juni 2019)*

Herefter iværksatte SGA den 26. juni 2019 ved udbudsbekendtgørelser nr. 2019/S 124-303005 et nyt offentligt udbud om tilsvarende ydelser, ligeledes med planlagt ikrafttræden den 1. januar 2020, dvs. godt seks måneder efter iværksættelsen af udbuddet. Efter det oplyste var der i vidt omfang tale om genbrug af udbudsmaterialet fra udbud nr. 2, idet der var foretaget enkelte ændringer.

Klagenævnet for Udbud afsagde den 13. september 2019 delkendelse vedrørende opsættende virkning i anledning af en klage fra Remondis over dette udbud. Klagenævnet afslog at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet fandt dog, at der var udsigt til, at klagen ville blive taget til følge med hensyn til påstand 1, idet udbudsbetingelsernes oplysning om varigheden af den udbudte kontrakt afveg fra oplysningerne herom i udbudsbekendtgørelsen. Klagenævnet fandt endvidere, at der var udsigt til, at en påstand om annullation af tildelingsbeslutningen ville blive taget til følge.

Af kendelsen fremgår, at 5 tilbudsgivere – Remondis, City Container CPH A/S, Urbaser A/S, HCS og Meldgaard Miljø A/S havde afgivet tilbud. Det fremgår videre, at indsamlingsopgaven ifølge udbudsbetingelsernes pkt. 1.2 blev udbudt for en periode på op til 6 år med start ”den 1. november 2017”, ”udløb uden yderligere opsigelse den 31. oktober 2023” og en option på forlængelse i op til 2 år. Ved rettelsesblad nr. 1 af 24. juni 2019 blev løbetiden ændret til enten 3 år og 10 måneder (tilbud 1) eller 6 år (tilbud 2). For tilbud 1 var der opstart den 1. januar 2020 og udløb uden opsigelse den 31. oktober 2023 med option på forlængelse fra SGA’s side i op til 2 år. For tilbud 2 løb perioden fra den 1. januar 2020 til den 31. december 2025 med samme option på forlængelse.

Udbudsbekendtgørelsen indeholdt ingen oplysninger om kontraktens anslåede værdi, men prisen i de afgivne tilbud lå i henholdsvis intervallet ca. 31,8 mio. kr. - ca. 47,3 mio. kr. (tilbud 1 vedrørende en kontraktperiode af kortere

varighed end 6 år) og intervallet ca. 31,2 mio. kr. - 35,7 mio. kr. (tilbud 2 vedrørende en kontraktperiode på 6 år).

Tildelingskriteriet var ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet” med underkriterierne Pris (70 %), Opgaveløsning og driftssikkerhed (15 %), Kvalitets- og servicestandard (10 %) og Arbejds miljø (5 %).

Den 5. august 2019 besluttede SGA at tildele kontrakten til HCS.

Efter klagenævnets delkendelse af 13. september 2019 annullerede SGA tildelingsbeslutningen og udbuddet, hvilket ifølge klageskriftet skete den 30. september 2019. SGA har i svarskriftet anført, at SGA for så vidt ikke var forhindret i at indgå kontrakt med HCS om affaldsindhentning for en 6-årig periode, idet klagen ikke var tillagt opsættende virkning. Men hvis delkendelsen blev opretholdt ved en materiel kendelse i sagen og tildelingsbeslutningen annulleret, ville SGA være nødsaget til at bringe kontrakten til ophør, jf. udbudslovens § 185, stk. 2, med deraf følgende risiko for krav om erstatning fra HCS' side.

#### *Indgåelse af kontrakt uden udbud (september 2019)*

Den 27. september 2019 offentliggjorde Silkeborg Forsyning A/S, der efter det oplyste er moderselskab til SGA, at der var indgået kontrakt med HCS.

Kontrakten er efter det oplyste indgået uden forudgående udbud og uden offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 4.

Ifølge meddelelsen på hjemmesiden skal HCS stå for indsamlingen af affald m.v. med virkning fra den 1. januar 2020, dvs. godt 3 måneder efter indgåelsen af kontrakten, og indtil den 20. marts 2022, dvs. i en periode på knap 2 år og 3 måneder. Det fremgår videre, at ”... vi af udbudsretlige årsager, har været nødsaget til at annullere det igangværende udbud, men samtidig har været nødt til at finde en midlertidig løsning frem til nyt udbud er gennemført”. Det fremgår, at man straks ville gå i gang med at udarbejde nyt udbudsmateriale, og at et nyt udbud forventedes iværksat i starten af 2020.

Af kontrakten mellem SGA og HCS fremgår, at det årlige vederlag for affaldsindsamlingen m.v. er 31.814.358,68 kr. Af kontraktens pkt. 8.7 fremgår, at der er aftalt en indkøringsperiode på 12 måneder. I indkøringsperioden kan

kontraktens krav til køretøjer fraviges, dog med undtagelse af kravene om minimum Euro 6 motorer og adskillelse af affaldsfraktioner.

SGA har oplyst, kontrakten med HCS ”i store træk [er] identisk med den aftale, SGA og HCS ville have indgået på baggrund af det seneste annullerede udbud, men selvsagt med en væsentligt kortere kontraktperiode og med særlige bestemmelser om mulig videreoverdragelse af de af HCS indkøbte indsamlingskøretøjer til udførelse af opgaven, såfremt HCS ikke vinder genudbuddet”.

SGA har oplyst, at HCS har tilkendegivet, at virksomheden tidligst i starten af 2021 vil være i besiddelse af de køretøjer, der kræves for at kunne håndtere affaldsindsamlingen.

SGA har endvidere oplyst, at HCS ikke har kunnet finde egnede eksisterende lokaler, som er nødvendige til bl.a. omklædningsrum, toiletter, bruserum, tørreskabe, kantine, kontorafdeling og lagerrum, og at SGA og HCS derfor har ”fundet en midlertidig løsning ved, at SGA vil etablere en midlertidig løsning på egen grund”.

#### *Udbud nr. 4 (april 2020)*

Den 9. april 2020 offentliggjorde SGA ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 071-168911 et nyt udbud om indsamling og transport af madaffald, restaffald, flasker/glas, papir/pap, hård plast/metal, haveaffald samt batterier, småt elektronik og elpærer fra ca. 44.400 husstande i Silkeborg Kommune. Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at kontrakten har en forventet værdi på 150 mio. kr., og at kontraktens løbetid er fra den 21. marts 2022 til den 5. september 2027 med option på forlængelse fra SGA's side i op til 2 år.

#### Parternes anbringender

##### Ad påstand 1

Remondis har gjort gældende, at SGA har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og § 6 ved at have foretaget en direkte tildeling og indgået kontrakt med HCS uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Remondis har nærmere anført, at kontrakten med HCS angår indsamling af affald i hele Silkeborg Kommune for en periode på 2 år, 2 måneder og 20 dage, og at aftalens værdi er langt over tærskelværdien på ca. 1,6 mio. kr. i udbudslovens § 6, stk. 1, nr. 3. Kontrakten skulle således have været udbudt efter udbudsloven, idet der ubestridt er tale om en udbudspligtig ydelse. Kontrakten er uanset dette indgået uden udbud, uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og uden offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse eller anden annoncering. SGA har erkendt at have indgået aftalen uden forudgående udbud.

SGA har ikke offentliggjort en begrundelse for, at aftalen skulle kunne indgås uden iagttagelse af udbudsreglerne. Der er ingen lovlig, retlig grund til at indgå kontrakten uden udbud, idet samtlige danske kommuner er forpligtet til – og alle andre kommuner sikrer – gennemførelse af udbud inden aftaleindgåelse om affaldsindsamling.

Klagenævnet for Udbud har i en række tilfælde behandlet forhold vedrørende udbudte indsamlingskontrakter, jf. fx kendelse af 28. august 2019, Knud Erik Heissel A/S mod Sønderborg Affald A/S, kendelse af 23. juli 2019, Urbaser mod Ringkøbing-Skjern Kommune, og de tre kendelser af 20. juni 2011, 9. januar 2012 og 6. marts 2012 mellem RenoNorden A/S og Skive Kommune.

Udbud nr. 2 og nr. 3 måtte annulleres som følge af fejl i udbudsprocessen/udbudsmaterialet, idet udbud nr. 2 blev aflyst som følge af tekniske fejl i udbudsprocessen, mens udbud nr. 3 blev aflyst som følge af klagenævnets delkendelse af 13. september 2019. Begge aflysninger skyldes således alene forhold, der er SGA's ansvar, hvilket SGA også har erkendt i sit brev til Remondis af 11. oktober 2019. SGA kan ikke bruge egne fejl som grundlag for en i øvrigt ulovlig kontrakt. Kontrakten er derfor indgået ved den grovest mulige overtrædelse af udbudsreglerne, nemlig uden udbud ved ulovlig direkte tildeling.

I klagenævnets kendelse af 27. september 2018, Staples Denmark A/S mod Aalborg Kommune m.fl., var en rammeaftale forsøgt udbudt ad flere omgange, men udbuddene var blevet annulleret som følge af henholdsvis en ”politisk beslutning” og manglende konditionsmæssighed i indkomne tilbud. Rammeaftalen var herefter forlænget ud over det tilladte for en rammeaftale. Klagenævnet erklærede den ulovlige forlængelse for uden virkning, og ud-

talte i den forbindelse, at ”Aalborg Kommune har derfor ved kontraktforlængelsen i 2015 handlet i strid med udbudslovens § 2. Omstændighederne ved kontraktindgåelsen, herunder det uforudsete behov for forlængelse af kontrakten på grund af vanskelighederne ved at få gennemført et nyt udbud, kan ikke føre til en anden vurdering”.

Remondis har ikke anfægtet, at det er nødvendigt at sikre affaldsindsamlingen i Silkeborg Kommune, men SGA har ikke grundlag for at indgå en aftale uden forudgående udbud og slet ikke med en løbetid frem til den 20. marts 2022.

Remondis har endvidere gjort gældende, at SGA ikke kunne indgå kontrakten med HCS med hjemmel i udbudsloven § 80, stk. 5. Remondis har nærmere anført, at SGA først i svarskriftet – og således heller ikke i forbindelse med den tidligere korrespondance mellem parterne – har gjort gældende, at den direkte tildeling har hjemmel i udbudsloven § 80, stk. 5. SGA har dermed ikke før kontraktindgåelsen foretaget en vurdering af, om § 80, stk. 5, kunne anvendes, men forsøger nu at dække sig ind ved at konstruere argumenter til støtte herfor. Det fremgår direkte af bestemmelsen, at denne kun finder anvendelse ”i strengt nødvendigt omfang, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling”. Af forarbejderne fremgår bl.a., at tvingende grunde udgør ekstraordinære situationer, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, og som ikke kan tilskrives denne ordregiver, der gør det umuligt at gennemføre en almindelig procedure, selv med forkortede tidsfrister. Dette kan for eksempel være tilfældet, hvor naturkatastrofer kræver øjeblikkelig handling af hensyn til menneskers liv og sundhed. Det fremgår videre, at betingelsen om, at ordregiveren ikke har kunnet forudse de pågældende tvingende grunde, skal forstås således, at ordregiveren ikke burde have kunnet forudse dette. De omstændigheder, der påberåbes som tvingende grunde, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives ordregiveren. Endelig er det ifølge forarbejderne et krav, at den kontrakt, der indgås i medfør af reglen, begrænses til det nødvendige.

§ 80, stk. 5, finder således ikke anvendelse som led i en reparation af egne fejl. SGA har erklæret sig enig i, at der er identitet mellem SGA og SGA’s rådgiver, og dette gør sig også gældende i relation til § 80, stk. 5. SGA har



valgt at antage en ekstern rådgiver frem for selv at gennemføre udbudsprocessen. Dette kan ikke begrunde en lempelse af kravene i § 80, stk. 5. Der er fuld identitet mellem SGA og SGA's rådgivere i hele processen, og der er ingen forskel på konsekvensen af fejl begået af en medarbejder hos SGA og en fejl begået af SGA's rådgiver. Fejlene begået i forbindelse med udbuddene i 2019 kan derfor tilskrives SGA, og dette udelukker brug af § 80, stk. 5. SGA kan ikke "gemme" sig bag sin rådgiver.

Remondis har ikke bestridt, at den oprindelige grund til, at der er behov for en ny aftale, var, at Remondis opsagde kontrakten med SGA. Opsigelsen, der var berettiget, skete den 27. februar 2019, dvs. mere end 10 måneder før den nye kontrakt i medfør af udbud nr. 2 skulle træde i kraft den 1. januar 2020. SGA kunne uden problemer gennemføre en sædvanlig udbudsproces med overholdelse af de gældende frister. Forløbet viser også, at SGA efterfølgende har gjort dette to gange. Uanset om opsigelsen kunne forudses af SGA eller ej, kan den således ikke begrunde brug af udbudslovens § 80, stk. 5.

Det er uden betydning, om den nye renovatør ville kunne nå at blive klar med nye indsamlingsbiler eller ej. Det er sædvanligt, at affaldsindsamlingsaftaler udbydes med vilkår om, at der i aftalens første periode køres med én type køretøjer, mens der undervejs i perioden løbende implementeres andre/nye typer køretøjer. SGA kunne nemt forberede et udbud med en indkøringsperiode, hvor der fx kunne køres med ældre biler. Dette har andre kommuner gjort, og SGA anvendte fremgangsmåden i 2016, ved de to udbud i 2019, og ved kontrakten med HCS, hvor der er accepteret en indkøringsperiode på 12 måneder.

Betingelserne i § 80, stk. 5, er således ikke opfyldt, hvilket støttes af, at der er tale om en undtagelsesbestemmelse, som efter fast praksis skal fortolkes indskrænkende, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 7. august 2014, Roche Diagnostics A/S mod Region Sjælland.

Under alle omstændigheder kunne der ikke lovligt tildeles en kontrakt med så lang en varighed som sket. Efter forarbejderne skal en kontrakt, der indgås efter § 80, stk. 5, begrænses til det nødvendige, hvilket også må gælde varigheden. En varighed på 2 år, 2 måneder og 20 dage overstiger, hvad der kunne anses for nødvendigt, idet SGA ved udbud nr. 3 iværksatte et udbud med 6 måneder til planlagt ikrafttræden. Det har således været muligt for SGA at

indgå en midlertidig aftale af kortere varighed end sket. Størstedelen af aftalens tidsmæssig udstrækning er derfor ikke omfattet af udbudslovens § 80, stk. 5.

Med SGA's udbud af kontrakten ved udbudsbekendtgørelsen af 9. april 2020 (udbud nr. 4) er tilsigtet opstart den 21. marts 2022, dvs. dagen efter udløbet af SGA's ulovlige aftale med HCS, der således tidsmæssigt vil blive afviklet som aftalt og dermed uden afkorting, hvorved den ulovligt tildelte kontrakt fastholdes i sin fulde udstrækning.

SGA har gjort gældende, at SGA ikke har handlet i strid med udbudsloven ved at indgå kontrakt med HCS uden udbud.

Den midlertidige kontrakt mellem SGA og HCS er indgået uden udbud, men SGA forsøgte at udbyde opgaven med affaldsindsamling ved udbud i april 2019 (udbud nr. 2) og i juni 2019 (udbud nr. 3). SGA overlod det til en ekstern teknisk rådgiver at gennemføre udbuddet i forventning om, at SGA herved var sikret en aftale pr. 1. januar 2020. Begge udbud blev dog annulleret på grund af fejl ved rådgiverens tilrettelæggelse af udbuddene. Det første udbud blev annulleret, da det viste sig, at udbudsbekendtgørelsen ved en fejl fra rådgiverens side ikke var blevet offentliggjort. Det andet udbud blev annulleret af SGA efter klagenævnets delkendelse af 13. september 2019 om opsættende virkning. Nævnet udtalte, at der var udsigt til, at Remondis' påstand om annullation af tildelingsbeslutningen ville blive taget til følge. Baggrunden var, at kontraktperioden i udbudsbekendtgørelsen var oplyst til 46 måneder, mens den i udbudsbetingelserne var oplyst til enten 46 måneder eller 6 år (72 måneder). Udarbejdelsen af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne under det pågældende udbud var foretaget af SGA's eksterne rådgiver.

Delkendelsen hindrede ikke SGA i at indgå kontrakt med HCS om affaldsindsamling for en 6-årig periode – men hvis kontrakten blev indgået, og delkendelsen blev opretholdt ved den endelige kendelse i sagen, måtte SGA påregne annullation af tildelingsbeslutningen, og at kontrakten ville skulle bringes til ophør, jf. § 185, stk. 2, med risiko for et erstatningskrav fra HCS' side. SGA valgte på denne baggrund at annullere udbuddet.

Efter afsigelsen af klagenævnets delkendelse af 13. september 2019 var det ikke realistisk at gennemføre et nyt udbud med opstart af affaldsindsamlingen pr. 1. januar 2020. De to forudgående, annullerede udbud var forceret meget med henblik på at søge at opnå aftaleindgåelse og mobilisering til den 1. januar 2020. Det var ikke muligt at gennemføre et udbud og mobilisere en ny renovatør i løbet af 3 ½ måned til opstart ved årsskiftet. Udbudsmaterialet ved de to annullerede udbud – som stort set var identisk – var på flere punkter ikke optimalt og behæftet med en del fejl ud over fejlen vedrørende kontraktperioden. Det ville derfor ikke uden bearbejdning kunne danne grundlag for et genudbud. Hertil kommer, at SGA har valgt at benytte sig af ekstern juridisk rådgivning i forbindelse med genudbuddet for at sikre kvaliteten. Inddragelse af en ny ekstern rådgiver vil formentlig også medføre yderligere tidsforbrug.

På dette grundlag har SGA indgået en midlertidig kontrakt om affaldshåndtering, indtil det er muligt for SGA at gennemføre et nyt udbud af opgaven og mobilisere leverandøren. Den midlertidige kontrakt er i store træk identisk med den kontrakt, som SGA og HCS ville have indgået på baggrund af det seneste annullerede udbud, men med en væsentligt kortere kontraktperiode og med særlige bestemmelser om mulig videreoverdragelse af de af HCS indkøbte indsamlingskøretøjer til udførelse af opgaven, såfremt HCS vinder genudbuddet.

Det er SGA's opfattelse, at dette er den eneste mulige løsning, da affaldsindsamlingen nødvendigvis skal foretages, og da genudbud og mobilisering ikke kan nås inden 1. januar 2020. Remondis har ikke grundlag for at bestride, at dette er den eneste mulige løsning, eller for at nedlægge påstand om, at aftalen i sin helhed skal erklæres for uden virkning. Den midlertidige kontrakt er indgået som følge af et akut behov båret af almenhedens interesser og således med det formål at sikre borgerne i Silkeborg Kommune indsamling af affald også efter den 1. januar 2020. Kontrakten er indgået med så kort løbetid som mulig, således at gennemførelse af EU-udbud og efterfølgende kontrahering tidsmæssigt kan lade sig gøre. Kontraktindgåelsen har hjemmel i udbudslovens § 80, stk. 5. Hovedårsagen til kontraktindgåelsen er, at Remondis med et – i relation til den omhandlede opgave – meget kort varsel og uden hjemmel i aftalegrundlaget opsagde kontrakten mellem parterne. Dette kunne ikke forudses af SGA.

SGA kunne heller ikke forudse, at de to udbud i 2019 begge ville blive annulleret på grund af fejl, som ikke var forårsaget af SGA, men skyldtes fejl fra rådgiverens side. SGA erkender, at SGA i relation til lovligheden af udbuddene i 2019 må identificeres med rådgiverens tilrettelæggelse. Med hensyn til kravene i udbudslovens § 80, stk. 5, er det imidlertid omvendt. Det forhold, at en ordregivers kontraktpart kunne forudse eller ligefrem er skyld i, at der opstår behov for en kontrahering uden om udbudsreglerne, er ikke til hinder for at anvende bestemmelsen. Der foreligger således de krævede tvungne grunde som følge af begivenheder, ordregiveren ikke har kunnet forudse. At SGA's medkontrahent Remondis således er skyld i, at det blev nødvendigt at indgå en ny kontrakt, og at SGA's anden medkontrahent – rådgiveren – er skyld i, at dyrebar tid gik tabt, ændrer ikke ved, at SGA ikke selv forudså eller kunne forudse dette.

SGA ønsker ikke at fremlægge dokumenter vedrørende beslutningsgrundlaget og den juridiske vurdering forud for indgåelsen af den midlertidige kontrakt, således som Remondis har opfordret til, da det afgørende er, at betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 5, er opfyldt. I øvrigt foreligger der hverken skriftligt beslutningsgrundlag, referater fra møder eller lignende. Den midlertidige kontrakt blev til på få dage på baggrund af klagenævnets delkendelse af 13. september 2019. Det hastede meget med at finde en renovatør pr. 1. januar 2020, hvor SGA ellers ville stå uden renovatør for hele Silkeborg Kommune, og der har derfor ikke været tid til eller mulighed for at udarbejde lange skriftlige beslutningsgrundlag.

Det er en betingelse for at anvende udbudslovens § 80, stk. 5, at der er tale om en situation, der er ude af ordregiverens kontrol. Den foreliggende situation er netop ude af SGA's kontrol, da hverken den uberettigede opsigelse fra Remondis eller fejlene begået af SGA's eksterne rådgiver er forhold, som SGA har haft indflydelse på eller været skyld i. SGA har reageret hensigtsmæssigt på Remondis' uberettigede opsigelse af kontrakten og har forsøgt at finde en anden renovatør ved først at udbyde og herefter genudbyde kontrakten, men da dette, grundet forhold der ikke kan henføres til SGA, viste sig ikke at være muligt, så SGA sig nødsaget til at indgå en midlertidig kontrakt som sket. Situationen kan sidestilles med, at en eksisterende leverandør går konkurs, hvilket berettiger ordregiveren til at indgå en (midlertidig) aftale med en ny leverandør uden forudgående udbud. De to annullerede udbud har bidraget til behovet, men den afgørende og udløsende faktor er Remondis' opsigelse af den eksisterende aftale.

Det var ikke muligt for SGA at indgå en kortere midlertidig kontrakt end sket kombineret med at lade denne blive afløst af en ny aftale efter et EU-Udbud på et tidligere tidspunkt end i marts 2022, dette selvom det ikke er ualmindeligt, at der i en opstartsperiode køres med dispensationer for så vidt angår indsamlingskøretøjerne, sådan som det også er tilfældet i den midlertidige kontrakt.

Det er for det første tvivlsomt, om det ville være muligt – med det af Remondis forudsatte korte varsel – at opnå tilbud på en løsning med en relativt kort dispensationsperiode. Dette ville forudsætte, at den renovatør, som havde vundet et udbud, med kort varsel skulle skaffe (gamle) indsamlingskøretøjer til brug for opgaven for efterfølgende at lade disse erstatte af nyindkøbte indsamlingskøretøjer. Den lange leveringstid for nye indsamlingskøretøjer er udtryk for, at der er underkapacitet på markedet, og dette er et problem ved opstart med kort frist af en indsamlingsopgave, uanset om der gives dispensation fra miljøreglerne.

For det andet ville det ikke være muligt at indgå en meget kort midlertidig aftale for en periode på blot 6-8 måneder. Det giver ikke mening i forhold til det forberedelsesarbejde og de investeringer, det kræver at starte en sådan kontrakt op. Hertil kræves anskaffelse af it, ansættelse af medarbejdere samt forberedelse af en række andre forhold. En midlertidig kontrakt af så kort varighed ville alene kunne indgås med den eksisterende renovatør, dvs. Remondis. Det er imidlertid SGA's opfattelse, at Remondis er en stærkt upålidelig leverandør, og at der med rette ville kunne rejses kritik ved en midlertidig kontrakt med Remondis. Det lykkedes på intet tidspunkt for Remondis i den opsagte aftales løbetid at opfylde de krav og betingelser for kontrakten, herunder særligt kravene til køretøjer, der oprindeligt var stillet i udbudsmaterialet tilbage i 2016. Til trods for gentagen korrespondance herom havde Remondis ved opsigelse af aftalen fortsat flere biler, der ikke levede op til kravene. Derudover havde Remondis store udfordringer med at opfylde andre kontraktlige forpligtigelser, herunder bemanning på såvel kontor som antallet af skraldemænd, et tilstrækkeligt antal indsamlingskøretøjer, de rigtige indsamlingskøretøjer til opgaven og et brugbart styringsværktøj, der kunne understøtte opgaveløsningen. SGA har i aftalens løbetid gentagne gange reklameret over for Remondis vedrørende disse forhold. Udfordringerne medførte et stort antal glemte tømninger gennem hele kontraktperioden, hvilket

udover gener hos SGA's kunder medførte store bordsopgørelser, der fremsendtes til Remondis på ugentlig basis. Herudover var der i hele forløbet mange udsatte tømninger grundet nedbrud på indsamlingskøretøjer, og dette medførte mange klager fra kunderne. Forholdene blev løbende påpeget over for Remondis på de ugentlige driftsmøder, uden at dette medførte en varig afhjælpning af forholdene eller øgede kvalitet i driften.

SGA ville endvidere være berettiget til at udelukke Remondis i henhold til udbudslovens udelukkelsesgrunde. Remondis har misligholdt kontrakten med SGA ved uberettiget at bringe denne til ophør, ligesom virksomhedens seneste regnskab viser forbehold for going concern. SGA havde og har ikke tillid til, at Remondis kunne eller ville opfylde en midlertidig kontrakt. SGA har derfor set sig nødsaget til at forhandle med anden renovatør for at finde en løsning pr. 1. januar 2020.

Efter klagenævnets delkendelse af 13. september 2019 tog SGA kontakt til HCS, som var blevet tildelt opgaven under det annullerede udbud (udbud nr. 3). HCS havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud og var i gang med at forberede opstart pr. 1. januar 2020. HCS ville ikke indgå en kontrakt med en meget kort tidshorizont, da forberedelses- og opstartsarbejdet ville gøre dette uinteressant. SGA valgte af resurse- og tidsmæssige grunde ikke at forhandle med andre leverandører om den midlertidige aftale, idet dette ville have umuliggjort en opstart pr. 1. januar 2020.

SGA har en kommunal pligt til at sørge for affaldshåndtering i Silkeborg Kommune, jf. affaldsbekendtgørelsen § 19, og var derfor i slutningen af september 2019 både berettiget og forpligtet til at indgå en midlertidig aftale uden udbud. Aftalens længde har været nødvendig.

### Ad påstand 2

Remondis har gjort gældende, at betingelserne er opfyldt for, at kontrakten mellem SGA og HCS skal erklæres for uden virkning. Hvis alene en del af kontrakten erklæres for uden virkning, bør den del, der opretholdes, være så kortvarig som muligt og samlet set ikke over 6 måneder. Endvidere skal der indgives politianmeldelse med henblik på, at SGA idømmes en bøde for den tid, kontrakten har virkning, jf. § 18, stk. 2, nr. 2 eller 3, og § 20 i lov om Klagenævnet for Udbud.

Remondis har nærmere anført, at SGA har indgået en udbudspligtig kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse eller profylaksebekendtgørelse, jf. klagenævnslovens § 4. Kontrakten, der har virkning fra den 1. januar 2020, skal derfor i sin helhed erklæres for uden virkning i medfør af lovens § 17, stk. 1, nr. 1. Hvis kontrakten kun erklæres for delvis uden virkning som følge af væsentlige hensyn til almenhedens interesser, jf. lovens § 17, stk. 3, skal aftaleperioden være så kort som muligt og maksimalt så lang, at SGA lovligt kan udbyde aftalen på ny.

SGA har siden klagenævnets delkendelse af 13. september 2019 kunnet tilpasse og gennemskrive udbudsmaterialet fra de to udbud i 2019. Der er derfor ikke grundlag for at udskyde offentliggørelsen af udbuddet helt til sommeren 2020. Der kan være brug for tid til at få de praktiske foranstaltninger på plads i en periode fra tildelingen af en kontrakt om affaldsindsamling og til selve arbejdets opstart, herunder også til fx at få anskaffet eller tilpasset nødvendige køretøjer, virksomhedsoverdraget medarbejdere og eventuelt etableret relevante faciliteter, hvis ikke sådanne forhold kan overtages direkte fra en eksisterende leverandør. SGA har anført, at det tager mindst et år at bestille og få leveret de nødvendige indsamlingsbiler til at løfte opgaven, hvilket ikke harmonerer med omstændighederne ved udbuddene i 2019 og ved den direkte tildelte kontrakt. Ved begge udbud i 2019 var kontraktstart planlagt til den 1. januar 2020. Det første udbud blev offentliggjort den 30. april 2019 med tilbudsfrist den 3. juni 2019, forventet tildeling i uge 24 2019 og kontrahering i uge 26 2019. Det var således forventet, at vinderen ville have haft ca. 6 måneder til forberedelse og overtagelse af indsamlingen. Det andet udbud blev offentliggjort den 1. juli 2019 med tilbudsfrist den 29. juli 2019, og kontrahering forventedes at finde sted medio august. Den vindende tilbudsgiver ville i dette tilfælde have haft lidt over 4 måneder til forberedelse og overtagelse. Ved udbud nr. 1, som Remondis vandt og senere opsigede, blev kontrakten indgået den 17. januar 2017, opstart var den 1. november 2017, og Remondis havde således ca. 9 måneder til forberedelse og overtagelse af opgaven.

Det viser, at ingen af de tidligere udbud har krævet den forberedelsestid, som ifølge SGA nu er nødvendig. Remondis bekendt har ingen andre kommuner haft brug for mere end to år til at forberede og implementere en aftale om affaldsindsamling. Markedet vil kunne levere med en markant kortere forberedelsestid. Det seneste udbud af kontrakten, udbud nr. 3, blev iværksat den

26. juni 2019. Der indkom 5 tilbud, herunder fra Remodis og HCS, og kontrakten blev tildelt den 5. august 2019. At dømme ud fra underretningen om tildelingen tog ingen af tilbudsgiverne forbehold for tidsplanen, selvom der kun var lidt over 4 måneder til forberedelse og overtagelse af indsamlingen i Silkeborg. Det må derfor lægges til grund, at i hvert fald 5 tilbudsgivere, dvs. stort set alle relevante aktører, kunne være klar til den 1. januar 2020. Markedet kan således honorere en forberedelses- og overtagelsestid på 4 måneder for en sådan indsamlingsopgave. HCS kunne ved den ulovligt tildelte kontrakt som udgangspunkt være klar på kun godt 3 måneder efter tildelingen den 27. september 2019.

Selv hvis den direkte tildelte kontrakt er nødvendig i en kortere periode for at sikre affaldsindsamlingen, er der således ingen argumenter for længden af løbetiden i den direkte tildelte kontrakt.

SGA kunne endvidere have valgt at forberede et nyt udbud allerede ved delkendelsen af 13. september 2019, eller da Remondis første gang gjorde indsigelse mod udbuddet. Derved kunne udbuddet med sikkerhed have været offentliggjort fx den 1. december 2019. Dette ville have givet SGA mindst to og en halv måned til forberedelsen af et genudbud. SGA havde i tidsplanen for udbud nr. 2 af 30. april 2019 lagt op til, at udbuddet ville blive gennemført på ca. to måneder. Lægges dette til grund, ville SGA kunne have gennemført udbuddet omkring februar 2020. Med en implementerings- og forberedelsestid på 6 måneder ville den nye renovatør således kunne have været klar til overtagelse af affaldsindsamlingen allerede i sensommeren 2020, dvs. på det tidspunkt hvor SGA nu anfører først at ville offentliggøre det nye udbudsmateriale.

Selv hvis en ny renovatør ikke ville kunne nå at kunne være klar med indsamlingsbilerne, kunne SGA have gennemført udbuddet og tilladt, at der blev kørt med andre biler i en kortere periode i starten af kontrakten. Dette skete bl.a. i Helsingør Kommune under et udbud i 2018, hvor den forventede tid til forberedelse og overtagelse var ca. 7 måneder. Ved arbejdet skulle anvendes såkaldt "EURO 6-norm" godkendte indsamlingsbiler, men "EURO 5-norm" biler kunne anvendes indtil den 31. marts 2020 og således i kontraktens første halve år. Det samme var tilfældet under et udbud i Ikast-Brande Kommune i oktober 2019, hvor den vindende tilbudsgiver havde ca. 8 måneder til forberedelse og overtagelse, og hvor leverandøren kunne anvende "EURO 5-norm" biler i op til 6 måneder efter kontraktstart.



Dette viser, at SGA kunne afholde udbud med opstart allerede fra sensommeren 2020 med mulighed for, at renovatøren midlertidigt anvender indsamlingsbiler, som ikke til fulde opfylder de fastsatte krav, og at markedet ville kunne honorere dette. Fremgangsmåden er tilmed anvendt i den ulovligt tildelte kontrakt, hvor SGA forventer en indkøringsperiode på 12 måneder i forhold til kravene til indsamlingsbilerne, hvor det accepteres, at bilerne ikke lever op til alle mindstekrav med undtagelse af enkelte krav, herunder kravet om "EURO 6-norm". En eventuel lang bestillingstid på nye indsamlingsbiler giver således ikke tilstrækkeligt grundlag for, at SGA lovligt kan tildele en midlertidig kontrakt uden udbud og slet ikke i et omfang som sket.

Der er således ikke grundlag for at tillade, at SGA opretholder aftalen med HCS igennem en længere periode og slet ikke som oprindeligt aftalt i 2 år, 2 måneder og 20 dage. SGA bør kunne finde en ny leverandør på i hvert fald 6 måneder henset til, at SGA iværksatte et udbud i juni 2019 (udbud nr. 3) med henblik på kontraktstart 1. januar 2020. Derfor, og da SGA har kunnet iværksætte et udbud under denne sag, bør kontrakten i hvert fald også kunne bringes til ophør i løbet af 6 måneder.

Der er ikke grundlag for at opretholde aftalen i sin helhed med henvisning til almenhedens interesser, jf. anbringenderne ad påstand 3. Et sådant hensyn vil kunne varetages tilstrækkeligt ved fastsættelsen af fristen for, hvornår kontrakten skal bringes til ophør.

Remondis' udtalelse i forbindelse med markedsdialogen ved et andet udbud, gengivet i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. oktober 2020, kan ikke tillægges betydning. Remondis bestrider ikke, at leveringstider kan variere. Dette kan dog ikke berettige til at indgå en aftale på mere end 2 år og til en værdi på mere end 30 mio. kr. pr. år uden udbud. Driften ville kunne igangsættes umiddelbart med brugte køretøjer, eventuelt med dispensation, således som det er sket ved den direkte tildelte aftale. Den midlertidige aftale er således ikke lovlig, ligesom det ikke er nødvendigt at opretholde aftalen i dens fulde varighed, jf. også nedenfor.

SGA har gjort gældende, at aftalen ikke kan erklæres for uden virkning, hvis betingelserne for direkte tildeling i udbudslovens § 80, stk. 5, er opfyldt. Endvidere finder § 17, stk. 3, i lov om Klagenævnet for Udbud anvendelse, da kontrakten er indgået med henblik på at sikre almenhedens interesser.

SGA har nærmere anført, at det fremgår af lovbemærkningerne til § 17, stk. 3, at bestemmelsen tager sigte på situationer, hvor der er risiko for menneskers og dyrs liv eller sundhed, og på hensynet, til at ordregiveren kan opfylde sine forsyningsforpligtelser. Den midlertidige kontrakt falder klart inden for anvendelsesområdet, idet manglende affaldsindsamling i hele Silkeborg Kommune pr 1. januar 2020 vil medføre stor risiko for både menneskers og dyrs sundhed, ligesom det netop er SGA's forsyningsforpligtelse over for borgerne, der ligger til grund for indgåelsen af den midlertidige aftale. Hvis kontrakten bringes til ophør, vil dette medføre, at affaldsindsamling i hele kommunen ikke bliver udført. SGA og kommunen råder ikke selv over egnet materiel eller mandskab til opgaven, og det vil i praksis ikke være muligt at indgå en anden aftale med så kort varsel, hverken med eller uden gennemførelse af EU-udbud.

Af artikel 13 i affaldsdirektivet fremgår, at medlemsstaterne skal træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at affaldshåndtering foretages, uden at menneskets sundhed bringes i fare, uden at miljøet skades, og navnlig uden at der opstår risiko for hverken vand, luft, jord, planter eller dyr. Korrekt affaldshåndtering i kommunen er påkrævet, for at direktivet kan anses for overholdt, og dette vil ikke være muligt, hvis kontrakten erklæres for uden virkning.

SGA har i relation til spørgsmålet om længden af den periode, som den midlertidige kontrakt er indgået for, anført, at det ikke kun er behovet for at gennemføre en ny udbudsprocedure, der ligger til grund herfor, men også tidsrammen for den kommende renovatørs forberedelse af opstarten af affaldshåndteringen.

SGA vil hurtigst muligt genudbyde kontrakten om affaldshåndtering. SGA har bl.a. i lyset af Remondis klage og klagenævnets delkendelse fundet sådanne uhensigtsmæssigheder i det tidligere udbudsmateriale, at dette ikke kan danne grundlag for en lovlig tildeling. SGA har derfor været nødt til at benytte ekstern juridisk rådgivning i forbindelse med genudbuddet for at sikre kvaliteten af udbudsmaterialet, således at affaldshåndteringen sikres fremover.

Efter indgåelsen af kontrakt vil der skulle bruges tid på renovatørens indkøb af de nødvendige indsamlingskøretøjer, etablering af faciliteter i kommunen

til håndtering af renovationsopgaven samt virksomhedsoverdragelse og/eller nyansættelse af skraldemænd og andet personale m.v. Dette er hovedårsagen til varigheden af den midlertidige kontrakt, og dette tidsmæssige aspekt er også anerkendt af Remondis i klageskriftet.

Særligt anskaffelsen af nødvendige indsamlingskøretøjer nødvendiggør en lang opstartsperiode, hvilket ses af flere forhold:

Ved udbud nr. 1 i 2016/2017 var kontrahering planlagt til uge 3 i 2017 og kontraktstart til 1. november 2017. Den vindende renovatør havde således lidt mere end 9 måneder til at forberede opstarten. Der var dog allerede under udbuddet behov for dispensation, fordi det ikke var muligt at skaffe de nødvendige indsamlingskøretøjer til kontraktstart. Dispensation blev givet frem til den 1. marts 2018, dvs. mere end 13 måneder efter forventet kontraktindgåelsen den 17. januar 2017. Uanset dette lykkedes det ikke Remondis at opfylde aftalen med korrekte køretøjer, og virksomheden henvendte sig i juni 2018 på ny til SGA med ønske om yderligere dispensation, da der er lang ventetid på levering af et nyt indsamlingskøretøj.

Frederikshavn Forsynings markedsundersøgelse i april 2019 viste, at der var 14 måneders leveringstid på nye 2-kammerbiler, at der stort set ikke fandtes brugte biler på markedet i Europa, og at prisen for leje og/eller køb af eksisterende biler er urealistisk.

På spørgemødet den 8. maj 2019 blev det af HCS anført, at leveringstiden på affaldsbiler var halvandet år, og at dette var problematisk i forhold kontraktstart den 1. januar 2020.

Ved de tidligere, nu annullerede, udbud var der endvidere tale om dispensation for krav til køretøjer i en opstartsperiode.

HCS har i forbindelse med den midlertidige kontrakt oplyst, at virksomheden tidligst primo 2021 vil være i besiddelse af de køretøjer, der kræves for at kunne håndtere den samlede opgave.

Leveringstiden på indsamlingskøretøjer har været stigende de seneste 3-4 år og er således nu ca. 18 måneder fra bestilling til idriftsættelse af indsamlingskøretøjet.

SGA har henvist til sagsfremstillingen i klagenævnets kendelse af 7. oktober 2020, Remondis A/S mod Hedensted Kommune. Ifølge denne oplyste Remondis over for kommunen, at indkøb af køretøjer tager 14 måneder fra underskrift til drift og mere ved komplicerede løsninger. Af oplysninger fra andre virksomheder fremgik, at der kunne være henholdsvis 14 og 18 måneders leveringstid på nye køretøjer. Remondis' egne udtalelser i markedsdialogen med Hedensted Kommune bekræfter det, SGA har anført om lange leveringstider for køretøjerne.

SGA har på denne baggrund anført, at en lang periode fra gennemførelsen af udbuddet til kontraktstart er påkrævet for at sikre, at en ny renovatør kan skaffe de nødvendige indsamlingskøretøjer til opfyldelse af aftalen.

En anden medvirkende årsag er behovet for at anskaffe de nødvendige faciliteter i Silkeborg Kommune til håndtering af affaldsindsamlingen, såfremt der ikke findes eksisterende egnede lokaler, der kan overtages. Det drejer sig om omklædningsrum, toiletter, bruserum, tørreskabe, kantine, kontorafdeling, lagerrum og såkaldte udenoms faciliteter med parkeringsplads til indsamlingskøretøjer, personalets personbiler, vaskeplads specialtilpasset indsamlingskøretøjer, tankanlæg til indsamlingskøretøjerne, håndtering af spildevand og overfladevand samt forsyning med vand, el og internet. Det er endvidere nødvendigt at udarbejde dels en ansøgning med projektmateriale til brug for en tilladelse til erhvervsbyggeri, dels en ansøgning om miljøgodkendelse og at afvente den dermed forbundne sagsbehandlingstid hos myndighederne, herunder også vedrørende lokalt brandberedskab.

HCS har ikke kunnet finde egnede eksisterende lokaler. SGA og HCS har derfor i forbindelse med den midlertidige kontrakt aftalt, at SGA etablerer en midlertidig løsning på egen grund. Dette er ikke holdbart fremadrettet. Renovatøren, der vinder udbuddet, vil således have behov for tid til at etablere sig på egne lokaliteter for den samlede kontraktperiode.

Udbuddene i 2019 (udbud nr. 2 og 3) var forcerede, og tilbudsgiverne har gjort opmærksom på, at det ikke var muligt at have de nødvendige køretøjer til rådighed til kontraktstart.

I relation til udbuddet i 2016 (udbud nr. 1) har Remondis som nævnt på intet tidspunkt i aftalens løbetid formået at leve op til kontraktens krav om ind-

samlingskøretøjer. SGA har gentagne gange påpeget dette over for Remondis, der imidlertid ikke har rettet op. Dette udbud kan derfor ikke tages til indtægt for, at det er muligt at opstarte med et kortere tidsinterval.

Indgåelsen af den midlertidige kontrakt beviser heller ikke, at det var muligt for HCS at blive klar på under 3 måneder. Der er alene tale om en nødløsning baseret på, at HCS ikke i den indledende periode lever op til de krav til indsamlingskøretøjerne, som stilles i forbindelse med genudbuddet. Det har heller ikke været muligt at forlænge den nuværende aftale, da Remondis uberettiget har bragt denne til ophør og har forsømt at overholde kontraktens betingelser om affaldshåndtering i en længere periode. Dette er i øvrigt hovedårsagen til, at SGA har været nødt til at indgå en kontrakt med en ny leverandør.

Da længden af den midlertidige aftale således er nødvendig for at sikre almenhedens interesser, er der ikke grundlag for at indgive politianmeldelse med henblik på, at SGA idømmes en bøde for den tid, hvor kontrakten fortsat har virkning.

En kommende renovatør vil ikke "bare" kunne starte op under de særlige forhold, der nu gælder for HCS under den midlertidige kontrakt, da der er tale om "så ekstraordinære undtagelsestilfælde, at dette beslutningsmæssigt hos SGA ikke er muligt at overføre til en anden kommende renovatør". Der er behov for, at den nye kommende renovatør er etableret ordentligt fra starten.

SGA kan som ordregiver selv fastsætte de saglige krav, der stilles til den udbudte ydelse, fx stille høje krav til indsamlingskøretøjernes miljømæssige specifikationer. Remondis synes også at anerkende, at i hvert fald en vis længere opstartsperiode er nødvendig. Der er dog behov for en længere opstartsperiode end anført af Remondis. Der må også tages udgangspunkt i tidspunktet for SGA's kontrahering med renovatøren. Det er ikke realistisk at gennemføre et udbud og omstille til en ny leverandør inden for 6 måneder.

Det vil ikke være muligt at overholde affaldsdirektivets artikel 13, såfremt den indgåede midlertidige aftale erklæres for uden virkning. SGA vil i givet fald stå uden aftale om korrekt affaldshåndtering i hele Silkeborg Kommune, og en ny midlertidig aftale om affaldshåndtering vil være nødvendig.

Der henvises til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. februar 2014, Sønderborg Affald A/S mod Affaldsregion Nord I/S, jf. kendelse af 25. juni 2014 mellem samme parter, hvor fristen for ophør af en direkte tildelt kontrakt blev forlænget til 1. september 2014 med henvisning til væsentlige samfundsmæssige interesser. Kontrakten omfattede levering af brændbare affaldsmængder til tredjemand til forbrænding. I denne sag er det selve affaldsindsamlingen i Silkeborg Kommune, der vil blive berørt, hvis kontrakten erklæres for uden virkning således, at klagenævnslovens § 17, stk. 3, ikke anvendes. Det er nødvendigt at opretholde den midlertidige aftale i hele aftalens løbetid frem til 21. marts 2022.

### Ad påstand 3

Remondis har – for det tilfælde, at kontrakten opretholdes – gjort gældende, at klagenævnet i stedet skal indgive politianmeldelse med henblik på bødes-  
traf for overtrædelse af udbudsreglerne.

SGA har henvist til det, der er anført ad påstand 2.

### Ad påstand 4

Remondis har gjort gældende, at SGA har begået den mest alvorlige af alle overtrædelser af EU's udbudsregler ved at foretage en ulovlig direkte tildeling, og tildelingen bør derfor – hvis kontrakten ikke erklæres for uden virkning – annulleres.

SGA har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingen, subsidiært at særlige forhold tilsiger kontraktens videreførelse, jf. udbudslovens § 185, stk. 2. Det ville således stride mod væsentlige samfundsinteresser, herunder i sidste ende menneskers og dyrs liv og sundhed, at annullere kontrakten, hvorved der ikke ville kunne afhentes affald i Silkeborg Kommune.

SGA har endvidere i det hele henvist til det, der er anført ad påstand 2.

Klagenævnet udtaler:

### Ad påstand 1

Klagenævnet har i delkendelsen af 2. december 2019 udtalt:

*”Kontrakten mellem SGA og HCS*

I forbindelse med klagenævnets foreløbige vurdering lægges det til grund, at kontrakten mellem SGA og HCS er indgået på grundlag af en direkte tildeling og uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbe- kendtgørelse eller en profylaksebekendtgørelse, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 4, at den anslåede værdi af kontrakten overstiger tærskel- værdien for udbud, og at kontrakten, medmindre den omfattes af en und- tagelse, skulle have været udbudt efter reglerne herom i udbudsloven.

*Grundlaget for direkte tildeling*

Klagenævnet har forstået SGA’s processkrifter således, at SGA i det væ- sentlige gør gældende, at betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 5, i det foreliggende tilfælde er opfyldt, og at lovens § 2 og § 6 herefter ikke er overtrådt. SGA har i svarskriftet side 6 tillige anført, at den midlertidige kontrakt er indgået som følge af et akut behov båret af almenhedens in- teresser, og at aftalen er indgået med så kort løbetid som muligt. SGA ses ikke herved at have henvist til andre bestemmelser i udbudsloven end § 80, stk. 5, eller til afgørelser fra retspraksis, som efter SGA’s opfattelse giver et selvstændigt eller supplerende grundlag for undtagelsesvis at undlade udbud i den foreliggende situation.

*Udbudslovens § 80, stk. 5*

Efter udbudslovens § 80, stk. 5, kan en ordregiver anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i strengt nødvendigt om- fang, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, ordregiveren ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offent- lige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling.

Udbudslovens § 80 implementerer artikel 32, stk. 2, i udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU) og er ifølge de specielle lovbemærkninger til ud- budsloven en videreførelse af gældende ret. I de almindelige lovbemærk- ninger pkt. 2 anføres endvidere, at lovforslaget skal fortolkes i overens- stemmelse med udbudsdirektivet, og dette omfatter også bestemmelsen i direktivets artikel 32, stk. 2, c).

I artikel 32, stk. 2, c), er fastsat bl.a., at ”De omstændigheder, der påbe- råbes som tvingende grunde, må under ingen omstændigheder kunne til- skrives den ordregivende myndighed”. Det samme er anført i lovbemærk- ningerne til § 80, stk. 5.

I direktivets præambelbetragtning 80 (og i lovbemærkningerne til § 80, stk. 5) anføres som eksempel på brug af undtagelsesreglen, at naturkata- strofer kræver øjeblikkelig handling. Af lovbemærkningerne fremgår endvidere, at betingelsen om, at ordregiveren ikke har kunnet forudse de

pågældende tvingende grunde, skal forstås således, at ordregiveren ikke burde have kunnet forudse dette.

Det påhviler herefter SGA at løfte bevisbyrden for, at den midlertidige kontrakt med HCS lovligt kunne indgås uden udbud.

#### *Forløbet forud for den direkte tildeling*

Det første udbud af kontrakten blev iværksat i slutningen af 2016 med kontraktindgåelse den 17. januar 2017 og ikrafttræden godt ni måneder senere, den 1. november 2017. Remondis opsagde den 27. februar 2019 kontrakten med SGA med ca. 10 måneders varsel til ophør den 31. december 2019. SGA har i løbet af kontrakten efter anmodning fra Remondis dispenseret fra visse krav til indsamlingskøretøjerne.

SGA forsøgte efter opsigelsen to gange at udbyde indsamlingsopgaven, men annullerede begge udbud på grund af fejl i udbudsmaterialet. Den 27. september 2019 offentliggjorde Silkeborg Forsyning A/S, at der var indgået kontrakt med HCS med virkning fra den 1. januar 2020.

Det lægges til grund, at SGA både ved udbuddet i april 2019 og ved udbuddet i juni 2019 tilsigtede at indgå kontrakt med ikrafttræden den 1. januar 2020 og dermed sammenfaldende med ophøret af kontrakten med Remondis. I forbindelse med begge udbud i 2019 har SGA således planlagt og disponeret efter at kunne iværksætte og gennemføre et udbud og udskifte leverandøren på den tid, som var til rådighed fra henholdsvis april 2019 og juni 2019 indtil årets udgang. Den midlertidige kontrakt mellem SGA og HCS indebærer endvidere, at der kun er godt 3 måneder til rådighed fra kontraktindgåelsen i slutningen af september 2019 til at forberede HCS' overtagelse af affaldsindsamlingsopgaven fra Remondis ved årsskiftet.

På denne baggrund har SGA foreløbigt vurderet ikke løftet bevisbyrden for, at den direkte tildeling af kontrakten med en løbetid fra den 1. januar 2020 indtil den 20. marts 2022 er lovlig, herunder at betingelserne i undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 80, stk. 5, er opfyldt.

Omstændighederne ved kontraktindgåelsen, herunder Remondis' opsigelse af kontrakten i slutningen af februar 2019 og vanskelighederne ved at få gennemført et lovligt udbud, ændrer ikke herved. SGA vurderede som nævnt selv både i april 2019 og i juni 2019, at det var muligt at gennemføre et offentligt udbud og at udskifte leverandøren pr. 1. januar 2020, og det må efter det foreliggende lægges til grund, at dette også ville være lykkedes, hvis blot et af udbuddene var blevet tilrettelagt og gennemført i overensstemmelse med de udbudsretlige regler. Det er på denne baggrund klagenævnets vurdering, at SGA har haft tilstrækkelig tid til at gennemføre en udbudsprocedure og i den forbindelse ved fastsættelsen



af udbudsbetingelserne tage højde for forholdene ved overgangen fra den hidtidige leverandør til en ny leverandør, herunder eventuelt ved at give mulighed for dispensation til leverandøren i en vis periode, således som det også er sket i andre tilfælde, senest ved kontrakten med HCS.

...

Vedrørende betingelse nr. 3 (interessevejning) bemærker klagenævnet, at det må indgå i vurderingen, at Remondis (tidligere M. Larsen Vognmandsfirma A/S inden overtagelse) efter udbuddet i 2016/2017 blev tildelt en 6-årig kontrakt vedrørende affaldsindsamlingen i Silkeborg. Kontrakt blev herefter indgået den 17. januar 2017, men opsagt den 27. februar 2019 af Remondis til ophør den 31. december 2019. Der var mellem parterne uenighed om adgangen til opsigelse, hvilket fortsat er tilfældet. Det må endvidere indgå, at SGA har ansvaret for den samlede kommunale affaldsindsamling i Silkeborg Kommune. Der er således væsentlige samfundsmæssige hensyn forbundet med at sikre, at opgaven med affaldsindsamlingen i Silkeborg Kommune fortsat løses også efter, at den opsagte kontrakt udløber ved årets udgang.

...”

Det, der efterfølgende er anført af parterne, kan ikke føre til en anden vurdering. Silkeborg Genbrug og Affald A/S har således ikke løftet bevisbyrden for, at den midlertidige kontrakt med HCS A/S Transport og Spedition lovligt kunne indgås uden udbud, herunder at betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 5, er opfyldt. Silkeborg Genbrug og Affald A/S har på den anførte baggrund overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Påstand 1 tages til følge.

#### Ad påstand 2 og 3

Silkeborg Genbrug og Affald A/S har i strid med udbudsloven indgået en udbudspligtig kontrakt om levering af affaldsindsamling for en periode på knap 2 år og 3 måneder med HCS A/S Transport og Spedition uden forudgående udbud og uden at offentliggøre en profylaksebekendtgørelse, jf. klagenævnslovens § 4. Kontrakten skal derfor erklæres for uden virkning, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1.

Efter klagenævnslovens § 17, stk. 3, kan en kontrakt, der skal erklæres for uden virkning efter § 17, stk. 1, og som ikke er undtaget efter § 4 eller § 17, stk. 2, opretholdes, hvis det på baggrund af en undersøgelse af alle relevante aspekter må konstateres, at væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt, at kontrakten fortsat skal have virkning.

I lovbemærkningerne til § 17, stk. 3, (lovforslag nr. L 110, Folketinget 2009-10), hvori henvises til kontroldirektiverne, står bl.a.:

”... Et væsentligt hensyn til almenhedens interesser kan fx være til stede, hvis den omstændighed, at en kontrakt bringes til ophør, umuliggør opfyldelse af en ordregivers forsyningspligt eller bringer mennesker eller dyrs liv eller sundhed i fare.”

Ved vurderingen efter § 17, stk. 3, må indgå, at den midlertidige kontrakt angår forsyningspligt til affaldsindsamlingen i Silkeborg Kommune, og at kontrakten på nuværende tidspunkt har en resterende løbetid på ca. 1 år og 2 måneder.

Klagenævnet finder, at oplysningerne fra Silkeborg Genbrug og Affald A/S om, at leveringstiden for nye lastbiler til brug for affaldssamlingen i kommunen på nuværende tidspunkt er omkring 14 - 18 måneder regnet fra bestillingen af lastbilerne, må indgå i vurderingen efter klagenævnslovens § 17, stk. 3. Det samme gælder oplysningerne fra Silkeborg Genbrug og Affald A/S om, at det ikke er et realistisk alternativ at skaffe egnede brugte lastbiler til opgaven.

Når henses hertil og sammenholdt med indholdet af lovbemærkningerne, foreligger der efter klagenævnets vurdering væsentlige hensyn til almenhedens interesser, som gør det nødvendigt, at den midlertidige kontrakt fortsat skal have virkning, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 3.

Efter klagenævnslovens § 18, stk. 2, nr. 2, skulle der herefter fastsættes en alternativ sanktion, hvis Silkeborg Genbrug og Affald A/S havde været omfattet af lovens § 19, stk. 1.

Da Silkeborg Genbrug og Affald A/S imidlertid ikke er omfattet af § 19, stk. 1, skal klagenævnet i medfør af lovens § 18, stk. 3, i stedet indgive politianmeldelse, jf. også påstand 3. Anmeldelsen indgives ved fremsendelse af denne kendelse dags dato.

Klagenævnet for Udbud vil som fastsat i klagenævnslovens § 17, stk. 4, orientere Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Europa-Kommissionen om afgørelsen i medfør af lovens § 17, stk. 3.

#### Ad påstandene om annullation og klagenævnslovens § 14 a

Silkeborg Genbrug og Affald A/S' tildeling af den midlertidige kontrakt er som anført en ulovlig direkte tildeling, og klagenævnet tager derfor påstand 4 om annullation til følge.

Under henvisning til, at klagenævnet har truffet afgørelse om at opretholde kontrakten, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 3, finder klagenævnet ikke anledning til at fremkomme med en udtalelse i medfør af klagenævnslovens § 14 a, jf. udbudslovens § 185, stk. 2.

Herefter bestemmes:

#### Ad påstand 1

Silkeborg Genbrug og Affald A/S har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsloven § 2 og § 6 ved at have indgået en aftale med HCS A/S Transport og Spedition uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, idet betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 5, ikke er opfyldt.

Silkeborg Genbrug & Affald A/S' beslutning om at tildele kontrakten til HCS A/S Transport og Spedition annulleres.

Påstand 2 tages ikke til følge.

Silkeborg Genbrug og Affald A/S skal i sagsomkostninger til Remondis A/S betale 45.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen  
specialkonsulent