

K E N D E L S E

KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen  
(advokat Peter Lund Meyer, København)

mod

Herlev Kommune  
(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 135-332591 af 13. juli 2020, offentliggjort den 15. juli 2020, udbød Herlev Kommune som offentligt udbud en kontrakt om udførelse af rengøringservice og vinduespolering på forventeligt ca. 68 lokationer i Herlev Kommune, herunder på skoler, plejecentre, i daginstitutioner og døgninstitutioner. Værdien af kontrakten var anslået til 96.000.000 kr., og den havde en varighed på 4 år med mulighed for forlængelse i op til 24 måneder.

Herlev Kommune modtog 12 tilbud, og den 27. oktober 2020 meddelte kommunen, at KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen (herefter KN Rengøring) ville blive tildelt kontrakten. Kontrakten blev indgået den 11. november 2020 og havde en værdi på 83.491.374 kr., svarende til en årlig kontraktsum på 13.915.229 kr.

Ved brev af 19. august 2021 ophævede Herlev Kommune kontrakten som følge af væsentlig misligholdelse.

Herlev Kommune indgik den 23. august 2021 en såkaldt interimskontrakt

med Coor Service Management A/S (herefter Coor) for perioden 19. august 2021 – 31. maj 2022.

Den 12. november 2021 indgav KN Rengøring klage til Klagenævnet for Udbud over Herlev Kommune. Klagen har været behandlet skriftligt.

KN Rengøring har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Herlev Kommune har handlet i strid med udbudsloven § 55, jf. § 80, ved – i forbindelse med kommunens ophævelse den 19. august 2021 over for KN Rengøring af en tidligere udbudt og indgået rengøringskontrakt – at have foretaget direkte tildeling af en dækningskontrakt med Coor om videreførelse af rengøringen i Herlev Kommune under henvisning til udbudslovens § 80, stk. 5, selv om det ikke var umuligt for kommunen at overholde fristerne for offentligt udbud, begrænset udbud eller udbud med forhandling af tvingende grunde som følge af begivenheder, som kommunen ikke havde kunnet forudse.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Herlev Kommunes beslutning af 19. august 2021 om at tildele dækningskontakten om at videreføre rengøringen i Herlev Kommune til Coor.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal erklære Herlev Kommunes indgåede dækningskontrakt med Coor for uden virkning for fremtidige leverancer, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, og § 18, stk. 1.

#### Påstand 4

Klagenævnet skal fastsætte en alternativ økonomisk sanktion i henhold til klagenævnslovens § 18, stk. 2, nr. 3, jf. § 19, stk. 1, og stk. 2, nr. 3, for den del af Herlev Kommunes dækningskontrakt med Coor, som ikke erklæres for uden virkning, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, og § 18, stk. 1.

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

Klagenævnet har den 19. november 2021 meddelt Coor, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. klagenævnsloven § 6, stk. 5.

Coor har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

### Sagens nærmere omstændigheder

Herlev Kommune indgik som nævnt kontrakt med KN Rengøring den 11. november 2020 om rengøringservice og vinduespolering efter et gennemført udbud. Kontrakten trådte i kraft den 1. februar 2021.

Ved brev af 26. marts 2021 reklamerede Herlev Kommune over mangelfuld rengøring og anførte, at kontrakten var misligholdt på en række lokationer. Herlev Kommune anførte desuden, at kommunen fortsat ønskede, at KN Rengøring skulle varetage opgaven, men at kommunen ved fortsat misligholdelse af kontrakten kunne se sig nødsaget til at ophæve kontrakten som væsentligt misligholdt. Herlev Kommune vedlagde en oversigt over mangler konstateret ved gennemførte kvalitetskontroller i perioden 4. februar 2021 – 25. marts 2021. Kvalitetskontrollerne var blevet gennemført af en fagligt kompetent tredjepart i henhold til kontraktens § 27.

Herlev Kommune har oplyst, at KN Rengøring i perioden efter den påberåbte misligholdelse kortvarigt forbedrede kvaliteten af den leverede rengørings-service, selv om kvaliteten dog fortsat var svingende. Kommunen tog således løbende kontakt til KN Rengøring og påpegede fejl og mangler i rengøringen. I perioden 16. marts – 27. august 2021 anmeldte kommunen således fejl og mangler ved KN Rengørings leverancer 189 gange. Disse anmeldelser supplerede de fejl og mangler i kvaliteten, som blev konstateret i forbindelse med kvalitetskontrollerne. Kvalitetskontrollerne førte til, at KN Rengøring 70 gange opnåede en kvalitetsbedømmelse på 1, 2 eller 3 stjerner, hvilket svarer til mindre tilfredsstillende eller værre.

Ved brev af 19. august 2021 fra Herlev Kommunes advokat ophævede kommunen kontrakten med KN Rengøring:

”...

På vegne af Herlev Kommune skal jeg hermed meddele, at den med KN Rengøring indgåede ”Kontrakt om Rengøringservice og vinduespolering for Herlev Kommune” ophæves. Kontrakten, som blev indgået den 11. november 2020 og trådte i kraft den 1. februar 2021, ophæves som følge af KN Rengørings væsentlige misligholdelse, jf. kontraktens § 33.

Kontrakten er væsentligt misligholdt, da Herlev Kommune senest med

nærværende henvendelse nu gentagne gange inden for de seneste seks måneder har set sig nødsaget til at påberåbe sig misligholdelse, jf. kontraktens § 33 i sammenhæng med § 30, stk. 3. Herudover er kontrakten væsentligt misligholdt som følge af de mangelfulde ydelsers beskaffenhed, misligholdelsens karakter og gentagelse samt misligholdelsens væsentlige negative betydning for Herlev Kommune, jf. bl.a. angivelserne nedenfor.

...

Ophævelsen sker – af hensyn til Herlev Kommunes behov for indfasning af en ny leverandør – således, at denne får virkning ”etapevis” fra den 22. til den 31. august 2021.

...”

Sammen med brevet om ophævelse sendte Herlev Kommune en oversigt over ophævelsens virkning på de forskellige lokationer, kommunens kvalitetskontrolrapporter for perioden 12. – 17. august 2021 foretaget af Dansk Servicerådgivning og en oversigt over samtlige kvalitetskontroller i kontraktens løbetid.

Herlev Kommune har til belysning af misligholdelsens karakter oplyst, at rengøringen på flere daginstitutioner udeblev i flere sammenhængende dage. Dette resulterede i, at kommunens institutionsledere og pædagoger selv måtte foretage nødrengøring, da personalet hverken fagligt eller hygiejnisk kunne stå inde for at skulle tage imod børn og forældre, uden at der blev gjort rent. Desuden medførte KN Rengørings rengøringsydelse i nogle tilfælde så uhygiejniske forhold, at det indebar en reel sundhedsrisiko. Et eksempel herpå var, at en af KN Rengørings rengøringsassistenter benyttede samme klud til aftørring af toiletbræt og dernæst øvrige overflader, herunder håndtag.

Der er uenighed mellem parterne om, hvorvidt ophævelsen var berettiget. Herlev Kommune og KN Rengøring har på baggrund af ophævelsen fremsat erstatningskrav over for hinanden, og det er oplyst, at det ikke kan udelukkes, at parternes uenigheder må indbringes for en voldgift.

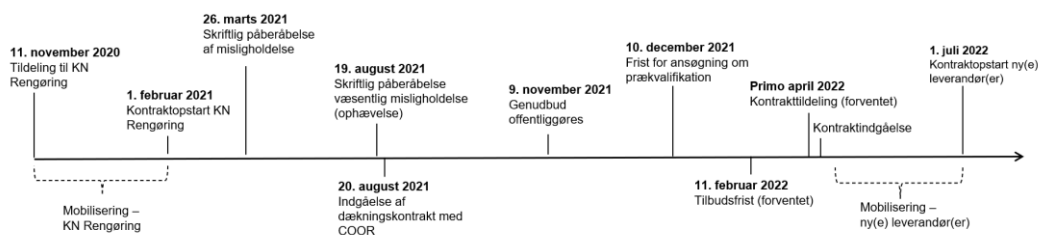
Herlev Kommune indgik den 23. august 2021 en interimskontrakt med Coor for perioden 19. august 2021 – 31. maj 2022. I forbindelse med parternes korrespondance om kommunens erstatningskrav over for KN Rengøring oplyste kommunen ved brev af 27. oktober 2021, at den nye rengøringsleverandør var Coor, og at kontrakten med Coor var indgået i medfør af udbudslo-

vens § 80, stk. 5, idet KN Rengørings væsentlige misligholdelse af kontrakten havde medført et akut behov for en midlertidig løsning i en interimperiode, indtil kommunen havde mulighed for at gennemføre et nyt udbud og indgå kontrakt med en ny leverandør. Coors vederlag er i kontrakten fastsat til 1.778.738 kr. pr. måned. Coor havde været Herlev Kommunes rengøringsleverandør, før kontrakten med KN Rengøring blev indgået.

Herlev Kommune har på baggrund af en opfordring fra KN Rengøring under klagesagen om at oplyse og dokumentere forhandlingsforløbet med Coor frem mod indgåelsen af dækningskontrakten med virkning fra den 19. august 2021 oplyst, at kommunen kontaktede Coor første gang ved telefonisk henvendelse i juni 2021. På baggrund af denne henvendelse blev der i juli 2021 afholdt møde mellem repræsentanter fra Herlev Kommune og Coor, hvor parterne drøftede vilkår for en eventuel dækningskontrakt for det tilfælde, at en sådan kontraktindgåelse måtte blive aktuel som følge af KN Rengørings væsentlige misligholdelse af kontrakten. Beslutningen om at ophæve kontrakten med KN Rengøring blev truffet i august 2021, og kommunen indgik derefter dækningskontrakten med Coor.

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 220-578885 af 9. november 2021 iværksatte Herlev Kommune genudbuddet af kontrakten om rengøringsservice og vinduespolering. Det fremgår af kommunens tidsplan for genudbuddet, at kommunen i uge 25 (21. – 25. juni 2021) nedsatte en projektgruppe for genudbuddet. Ved genudbuddet blev udbudsformen ændret til begrænset udbud, og kontrakten blev opdelt i delaftale 1, Skoler og daginstitutioner, og delaftale 2, Social, pleje, kultur og administration.

Herlev Kommune har sammenfattet de væsentligste milepæle i perioden fra indgåelsen af kontrakten med KN Rengøring den 11. november 2020 og frem til kontraktstart af ny(e) leverandør(er) efter endt udbud den 1. juli 2022:



## Parternes anbringender

### Ad påstand 1

KN Rengøring har gjort gældende, at Herlev Kommune handlede i strid med udbudslovens § 55 ved at tildele dækningskontakten om videreførelse af rengøringen i Herlev Kommune til Coor under henvisning til udbudslovens § 80, stk. 5, fordi kommunen ikke opfyldte betingelserne i bestemmelsen.

Der kan udledes 5 kumulative betingelser af udbudslovens § 80, stk. 5:

- 1) Der skal foreligge begivenheder, som ordregiveren ikke har kunnet forudse.
- 2) Det skal ikke være muligt for ordregiveren at overholde udbudslovens frister for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling.
- 3) Der skal foreligge tvingende grunde til, at ordregiveren ikke kan overholde fristerne.
- 4) De tvingende grunde skal være en følge af de uforudseelige begivenheder.
- 5) Hvis 1) – 4) er opfyldt, må forhandlingsudbud uden offentliggørelse kun ske i strengt nødvendigt omfang.

Hvis blot én af de kumulative betingelser ikke er opfyldt, er anvendelsen af udbudslovens § 80, stk. 5, uberettiget.

Det fremgår af forarbejderne til udbudslovens § 80, at anvendelsen af forhandlingsudbud uden offentliggørelse kun må ske under ganske særlige omstændigheder og derfor har undtagelsens karakter. Ordregiveren har bevisbyrden for, at de kumulative betingelser for at anvende undtagelsesbestemmelsen er opfyldt.

#### *Ad 1) uforudseelighed*

Det fremgår af forarbejderne til udbudslovens § 80, stk. 5, at det er et krav, at ”ordregiveren ikke burde have kunnet forudse” de pågældende omstændigheder, og at ”de omstændigheder, der påberåbes som tvingende grunde, ... under ingen omstændigheder [må] kunne tilskrives ordregiveren.”

Herlev Kommune har været vidende om den påtænkte ophævelse af kontrakten med KN Rengøring i hvert fald siden nedsættelsen af projektgruppen for genudbuddet af rengøringskontrakten i uge 25 (arbejdsugen 21. – 25. juni 2021). Kommunen kunne derfor forudse ophævelsen. De hævebegrundende omstændigheder i brevet af 19. august 2021 angår ikke leveringsnægtelse, virksomhedsophør eller andre former for leveringsumulighed. Ophævelsen er udelukkende sket på baggrund af kommunens subjektive opfattelse af KN Rengørings rengøringsydelse under kontrakten og kommunens diskretionære kvalitetsmålninger. Kommunens ophævelse af kontrakten var ikke berettiget. Hævebegrundelsen kan ikke i sig selv betragtes som en indtruffet uforudseelig begivenhed.

Herlev Kommune har under hele kontraktens løbetid været vidende om de påberåbte løbende mangler ved KN Rengørings rengøringsydelser. Ophævelsen var således ikke nødvendiggjort af en enkelt og væsentlig opfyldelsehindring, men derimod begrundet i kommunens subjektive opfattelse af KN Rengørings påståede kumulative misligholdelser i form af enkeltstående mangler ved rengøringsydelsen i ca. ½ år (perioden 1. februar – 19. august 2021), der ikke i sig selv har udgjort væsentlig misligholdelse.

Delbetingelsen i udbudslovens § 80, stk. 5, om uforudseelighed var således ikke opfyldt.

*Ad 2) manglende mulighed for at overholde tidsfristerne*

Det fremgår af forarbejderne til udbudslovens § 80, stk. 5, at det skal være ”umuligt at gennemføre en almindelig procedure, selv med forkortede tidsfrister.”

Herlev Kommune havde allerede i uge 25 (21. juni 2021) taget beslutning om at ophæve kontrakten med KN Rengøring, men ventede med at gøre det til den 19. august 2021. Kommunen havde dermed over 59 dage (21. juni – 19. august 2021) til at indgå en ny rengøringskontrakt og havde derfor rigelig tid til at genudbyde rengøringskontrakten ved offentligt udbud efter udbudslovens § 57, stk. 2, med en minimumstilbudsfrist på 35 dage. Kommunen kunne ellers have gennemført et offentligt udbud som hasteprocedure efter udbudslovens § 57, stk. 5, med en forkortet minimumstilbudsfrist på kun 15 dage.

Delbetingelsen i udbudslovens § 80, stk. 5, om manglende mulighed for at

overholde udbudslovens almindelige procedurefrister var således ikke opfyldt.

### *Ad 3) tvingende grunde*

Det fremgår af forarbejderne til udbudslovens § 80, stk. 5, at der skal foretages en vurdering af ”arten og omfanget af den skade, som kan indtræde, og risikoen for, at den rent faktisk indtræder, hvis udbudsformen ikke anvendes.”

Hverken ophævelsen eller de hævebegrundende omstændigheder udgjorde uforudseelige begivenheder for Herlev Kommune, og kommunen havde i øvrigt tilstrækkelig tid til at overholde udbudslovens procedurefrister. Der har derfor i sagens natur ikke foreligget tvingende grunde som følge af uforudseelige omstændigheder, der har nødvendiggjort direkte tildeling efter udbudslovens § 80, stk. 5.

Herlev Kommune havde allerede i uge 25 2021 taget beslutning om at ophæve kontrakten, men kommunen ventede med det i ca. 2 måneder indtil den 19. august 2021. Kommunen har ikke forklaret denne passivitet. Forløbet er uforeneligt med sagens påståede hastende karakter, og det kan derfor allerede på dette grundlag umuligt have været tvingende nødvendigt for kommunen at foretage direkte tildeling til Coor.

Kontraktophævelsen var ikke nødvendiggjort af en enkelt og væsentlig opfyldeshindring, men derimod af Herlev Kommunes subjektive opfattelse af KN Rengørings påståede kumulative misligholdelser i form af enkeltstående mangler ved den udførte rengøringsydelse i ca. ½ år (perioden 1. februar – 19. august 2021), der ikke i sig selv udgjorde væsentlig misligholdelse. Herlev Kommune var under hele kontraktens løbetid vidende om de påberåbte løbende mangler ved KN Rengørings rengøringsydelser og har løbende og konsekvent fremført dagbods krav i forbindelse med fremsættelse af krav om afhjælpning. Dette bevirker i sig selv, at der ikke forelå tvingende grunde for direkte tildeling på ophævelsestidspunktet.

Omfanget af påberåbte fejl og mangler ved KN Rengørings ydelse aftog i løbet af sommeren 2021, herunder i særdeleshed for så vidt angår påberåbte grove mangler. Herlev Kommunes omkostninger til ekstern kvalitetssikring hen over sommeren var meget begrænsede, og det blev derfor heller ikke i løbet af sommeren nødvendigt at ophæve kontrakten med KN Rengøring.



Det var kommunen selv, der – uden at dette var tvingende nødvendigt – bragte sig i de omstændigheder, som kommunen påberåber som begrundelse for direkte tildeling efter udbudslovens § 80, stk. 5.

Der har ikke været et akut behov for Herlev Kommune til at foretage direkte tildeling af dækningskontrakten til Coor. Offentlige myndigheders forpligtelse til at stille ydelser til rådighed for borgerne kan ikke i sig selv kvalificeres som tvingende nødvendigt efter udbudslovens § 80, stk. 5. Der henvises til klagenævnets kendelse af 24. april 2019, Sagemcom Energy & Telecom SAS mod Vores Elnet A/S.

*Ad 4) årsagssammenhæng mellem uforudseelige begivenheder og tvingende grunde*

Der har ikke foreligget tvingende grunde til direkte tildeling efter udbudslovens § 80, stk. 5, som følge af uforudseelige omstændigheder, og betingelsen om årsagssammenhæng mellem tvingende grunde og de uforudseelige omstændigheder kan derfor ikke være opfyldt.

*Ad 5) strengt nødvendigt omfang – proportionalitetskravet*

Det fremgår af forarbejderne til udbudslovens § 80, stk. 5, at der skal foretages en vurdering af ”arten og omfanget af den skade, som kan indtræde, og risikoen for, at den rent faktisk indtræder, hvis udbudsformen ikke anvendes”. Det er desuden et krav, ”at den kontrakt, der indgås i medfør af reglen, begrænses til det nødvendige. Kan kontrakten opdeles, omfattes kun de dele af kontrakten, som de tvingende grunde er knyttet til, mens de øvrige udbydes efter de sædvanlige regler.”

Det har under alle omstændigheder været unødvendigt – og langt ud over det strengt nødvendige omfang – at lade dækningskontrakten med Coor have en varighed på 9 ½ måned (19. august 2021 – 31. maj 2022), da Herlev Kommune alene skulle foretage genudbud af rengøringsydelsen, som kunne gennemføres ved offentligt udbud inden for 35 dage, jf. udbudslovens § 57, stk. 2.

Hverken 1) den valgte udbudsform, 2) fristerne ved hasteproceduren eller 3) mobiliseringsperioden kan begrunde en længere løbetid for den indgåede dækningskontrakt med Coor, jf. klagenævnets kendelse af 6. januar 2021, Remondis A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S.

#### Ad 1) den valgte udbudsform

Ved at gennemføre udbuddet som et begrænset udbud vil Herlev Kommune som minimum anvende 39 kalenderdage mere end ved et offentligt udbud under forudsætning af, at kommunen i udbudsbekendtgørelsen fastsatte ansøgningsfristen for det begrænsede udbud til mindstefristen på 30 kalenderdage, at mindstetilbudsfristen ved begrænset udbud ligeledes udgør 30 kalenderdage, at kommunen afsatte 14 kalenderdage fra ansøgningsfristens udløb til opfordring til prækvalificerede tilbudsgivere til at afgive tilbud, og at mindstetilbudsfristen for et offentligt udbud alene ville udgøre 35 kalenderdage.

Der er ikke grundlag for Herlev Kommunes antagelse om, at begrænset udbud sikrer en mere ”hensigtsmæssig udbudsproces og konkurrence på et marked med mange aktører”. Den eneste reelle forskel på udbudsformerne er a) faseudskillelsen af ordregiverens vurdering af ansøgernes kvalifikationer ved begrænset udbud og b) muligheden for udvælgelse blandt kvalificerede ansøgere efter udbudslovens § 145.

Herlev Kommune har således uden grund forlænget udbudsproceduren ved at anvende udbudsformen begrænset udbud i stedet for offentligt udbud, og dækningskontrakten med Coor er derfor blevet forlænget tilsvarende uden grund.

#### Ad 2) tilbudsfristerne ved hasteproceduren

Herlev Kommune anfører, at kommunen ved et udbud efter en hasteprocedure ville være forpligtet til at fastsætte passende frister for tilbudsgiverne, og at kommunen ikke kunne gennemføre udbud med anvendelse af minimumsfristerne for hasteudbud, da dette ikke ville være passende frister, jf. udbudslovens § 93, stk. 1.

Herlev Kommune sammenblender sin mulighed for at gennemføre genudbuddet ved at anvende hasteproceduren med den kumulative betingelse i udbudslovens § 80, stk. 5, hvorefter direkte tildeling kun må ske, hvis det er umuligt for ordregiveren at overholde udbudslovens frister for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling, herunder hasteproceduren for offentligt udbud. Det er irrelevant for bedømmelsen af kommunens direkte tildeling af dækningskontrakten, om genudbuddet af rengøringskontrakten kunne gennemføres ved hasteproceduren parallelt med dækningskontraktens løbetid.

### Ad 3) mobiliseringsperioden

Mobiliseringstiden ville have indvirket på samme måde på varigheden af Herlev Kommunes genudbud uafhængig af, om genudbuddet – som sket – skulle gennemføres sideløbende med kommunens indgåede dækningskontrakt med Coor, eller om genudbuddet – mere praktisk – skulle gennemføres sideløbende med kommunens kontrollerede udfasning af den ophævede kontrakt med KN Rengøring. Mobiliseringstiden udgør dermed ikke i sig selv en saglig begrundelse for varigheden af kommunens genudbud, da den indregnede mobiliseringstid i genudbuddet i stedet er resultatet af kommunens unødvendige beslutning om at ophæve kontrakten over for KN Rengøring med virkning før iværksættelsen af genudbuddet. Kommunen kunne og burde således have gennemført genudbuddet sideløbende med udfasningen af den ophævede kontrakt med KN Rengøring i stedet for sideløbende med dækningskontrakten med Coor.

### *Herlev Kommunes planlægning af ophævelsen*

Herlev Kommune har selv planlagt og gennemført ophævelsen af kontrakten med KN Rengøring og bærer risikoen for faktiske omstændigheder, der er en direkte følge af kommunens planlagte og gennemførte dispositioner (planlægningsrisikoen). Omstændigheder som følge af kommunens planlagte og gennemførte dispositioner kan ikke være uforudseelige med den virkning, at kommunen kan påberåbe sig dem som grundlag for direkte tildeling efter udbudslovens § 80, stk. 5, medmindre omstændighederne, som begrundet dispositionerne, selv er begrundet i omstændigheder, der er uforudseelige.

Kommunen bærer selv risikoen for varigheden og forløbet af genudbuddet sideløbende med den indgåede dækningskontrakt med Coor i stedet for sideløbende med en mere hensigtsmæssigt tilrettelagt udfasning af den ophævede kontrakt med KN Rengøring.

### *Herlev Kommunes kontraktrisiko*

Ordregivende myndigheder påtager sig en kontraktrisiko – ikke at forveksle med ydelsesrisikoen, der naturligvis bæres af leverandøren – når de indgår leveringsaftaler med private leverandører. Kontraktrisikoen omfatter bl.a. 1) risikoen for, at samarbejdet med leverandøren ikke er tilfredsstillende (samarbejdsrisikoen), 2) risikoen for, at leverandøren ikke udfører aftalte ydelser tilfredsstillende (kvalitetsrisikoen), og 3) risikoen for, at leverandøren ikke kan eller vil levere aftalte ydelser (opfyldelsesrisikoen).

Faktiske omstændigheder, der måtte indtræde under en indgået kontrakt, kan ikke udgøre uforudseelige omstændigheder, som en ordregiver kan påberåbe sig som grundlag for direkte tildeling efter udbudslovens § 80, stk. 5, medmindre disse omstændigheder vedrører egentlig leveringsumulighed eller en opfyldeshindring for leverandøren. Dette gælder også for ordregiverens kontraktuelle håndtering af de indtrådte faktiske omstændigheder.

Der har ikke foreligget nogen leveringsumulighed eller opfyldeshindring.

#### *Skærpende omstændigheder*

Det var ikke kun Coor, der kunne overtage rengøringsopgaverne med dags varsel. Flere af de øvrige tilbudsgivere fra det oprindelige udbud af rengøringsopgaven ville utvivlsomt have været i stand til at overtage rengøringsopgaverne med samme korte varsel som Coor, herunder Allianceplus A/S, Forenede Service A/S, ISS Facility Services A/S og Kongsvang Cleaning & Rengøring.com A/S. Herlev Kommune valgte åbenlyst at tilrettelægge forløbet med dækningskontraktens indgåelse, således at denne uden konkurrence kunne tildeles Coor, der har forretningssted i Herlev Kommune, og som tidligere har udført væsentlige dele af de omhandlede rengøringsydelser for kommunen.

Herlev Kommune har gjort gældende, at betingelserne for at anvende undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 80, stk. 5, var opfyldt, og at tildelingen af en midlertidig kontrakt til Coor var i overensstemmelse med udbudsreglerne. Udbudslovens § 80, stk. 5, indeholder således følgende elementer, som skal være opfyldt, for at man kan anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse:

”En ordregiver kan også anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse *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”

*Tvingende grunde som følge af begivenheder, som Herlev Kommune ikke kunne forudse*

KN Rengørings væsentlige misligholdelse og den deraf følgende ophævelse af kontrakten udgør en sådan ekstraordinær situation, som Herlev Kommune ikke har kunnet forudse, og som ikke kan tilskrives kommunen. Kommunen kunne således ikke forudse, at KN Rengøring ville væsentligt misligholde

kontrakten, så der opstod et tvingende behov for indfasning af en midlertidig leverandør, der kunne sikre et tilstrækkeligt og acceptabelt niveau af rengøring i en interimperiode.

Herlev Kommune har ikke haft andel i misligholdelsen, og misligholdelsen kan ikke tilskrives kommunen. Kommunen tog løbende kontakt til KN Rengøring og opfordrede til at sikre uddannelse og oplæring af rengøringsassistenter, ligesom der løbende blev gennemført kvalitetskontroller ved fagligt kompetent tredjepart. Begge dele havde bl.a. til formål at bidrage til øget opmærksomhed på særlige indsatsområder, så kvaliteten samlet set kunne forbedres. Desuden var der vilkår i kontrakten for at minimere risikoen for misligholdelse, herunder ved at stille krav om løbende egenkontrol med kvaliteten af de leverede ydelser.

Herlev Kommune havde under hele kontrakten et håb og en forventning om, at KN Rengøring ville forbedre kvaliteten af sine rengøringsydelser, så en ophævelse ikke ville blive aktuel. Kommunen kunne dog med kvalitetskontrollerne i perioden 12. – 17. august 2021 sammenholdt med de mange påberåbte fejl og mangler konstatere, at kvaliteten var så mangelfuld, at det ikke var muligt at lade KN Rengøring fortsætte som leverandør. Det var kommunens vurdering, at KN Rengørings misligholdelse af kontrakten medførte en risiko for menneskers sundhed, idet lokaler, hvor borgere, herunder børn, udsatte og ældre, og kommunens ansatte opholder sig, ikke blev rengjort til et acceptabelt niveau.

Den midlertidige kontrakt med Coor blev indgået for at imødekomme et akut behov, da den manglende rengøring havde væsentlig negativ indflydelse på borgernes og ansattes velbefindende og sundhed og i sidste ende kunne gøre lokationerne ubeboelige og/eller ubrugelige.

En leverandørs væsentlige misligholdelse af en kontrakt med en ordregiver udgør generelt en begivenhed, ”som ordregiveren ikke har kunnet forudse”, og en sådan væsentlig misligholdelse giver derfor ordregiveren adgang til at indgå en eventuel nødvendig dækningskontrakt efter udbudslovens § 80, stk. 5, forudsat, at bestemmelsens øvrige betingelser er opfyldt. Det er i særlig grad tilfældet i en situation som den foreliggende, hvor KN Rengørings væsentlige misligholdelse har nødvendiggjort ophævelsen inden for godt et halvt år efter virksomhedens overtagelse af opgaven. Herlev Kommune

havde i kraft af relevante egnethedskrav ved det forudgående udbud af kontrakten en klar forventning om, at KN Rengøring var i stand til at løse opgaven kontraktmæssigt.

Selv om udbudslovens § 80, stk. 5, er en snæver undtagelse, skal bestemmelsen fortolkes sådan, at den har et reelt indhold. Der er et element af, hvad ordregiveren med rimelighed burde have taget højde for og være forberedt på, og ordregiveren skal ikke tage højde for og indrette sig på, at ordregiverens eksisterende leverandør væsentligt misligholder kontrakten.

Der forelå ikke en særlig planlægningssituation for Herlev Kommune i forbindelse med ophævelsen af kontrakten, som har betydning for bedømmelsen efter udbudslovens § 80, stk. 5. Ophævelsen af kontrakten indebar, at Herlev Kommune påtog sig en standpunktsrisiko i forhold til, at der forelå en aktuel, væsentlig og hævebegrundende misligholdelse. Det er varetagelse af et fuldt ud legitimt hensyn, at kommunens ophævelse af kontrakten blev foretaget i umiddelbar forlængelse af, at en kvalitetskontrol udført af en fagligt kompetent tredjemand i midten af august 2021 havde dokumenteret meget alvorlige mangler ved rengøringen. Det falder uden for rammerne af klagesagen, at kommunen skal føre et egentligt bevis for, at ophævelsen var berettiget. Hvis en ordregiver skulle bevise, at en ophævelse var berettiget i de tilfælde, hvor der er uenighed mellem parterne herom, ville det forudsætte, at der enten forinden forelå en retsafgørelse, der giver ordregiveren medhold, hvorved muligheden for at anvende udbudslovens § 80, stk. 5, i praksis ville være afskåret, eller at klagenævnet selv foretager en udførlig, retlig bedømmelse, hvilket klagenævnet i tidligere praksis har afstået fra, jf. i denne retning klagenævnets kendelse af 13. juli 2016, B. Nygaard Sørensen A/S mod Bygningsstyrelsen. Herlev Kommune har løftet den bevisbyrde, der måtte være gældende, og klagenævnet kan som minimum lægge til grund, at kommunen havde belæg for at anse sig berettiget til at foretage ophævelsen.

*Gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling*

Som følge af det akutte behov for tilstrækkelig rengøring var det hverken muligt at gennemføre en ”almindelig” udbudsprocedure eller en hasteprocedure med henblik på at indgå en ny kontrakt, hvor en ny leverandør kunne tage over efter KN Rengøring. Herlev Kommune havde behov for, at en ny leverandør overtog rengøringsopgaven straks efter ophævelsen af kontrakten

med KN Rengøring. Hertil kommer, at Herlev Kommunes kontrakt om rengøringsydelser er stor og kompleks med mere end 70 lokationer og med en forventet værdi på næsten 100 mio. kr. Kontraktens omfang og kompleksitet stiller store krav til både kommunens udbudsmateriale og til de tilbud, der skal udarbejdes af tilbudsgiverne.

Herlev Kommune ville efter udbudslovens § 93, stk. 1, være forpligtet til at fastsætte passende frister for tilbudsgiverne, og det ville ikke være i overensstemmelse med bestemmelsen at anvende minimumsfristerne for hasteudbud.

En ny leverandør skulle desuden have en passende mobiliseringsperiode efter udbuddet og kontraktindgåelsen til at forberede udførelsen af rengøringsydelserne. Ved Herlev Kommunes oprindelige udbud var der afsat 64 dage fra afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen til tilbudsfristen på grund af kontraktens og udbudsmaterialets omfang og kvalitet. Der gik yderligere 57 dage fra tilbudsfristen til kontraktindgåelsen, bl.a. fordi kommunen modtog 12 tilbud, som skulle evalueres. Der var afsat yderligere 82 dage fra kontraktindgåelse til kontraktstart, da den valgte leverandør skulle have en passende mobiliseringsperiode for at kunne forberede udførelsen af rengøringsydelserne. Ved kommunens oprindelige udbud, som blev gennemført som et offentligt udbud, gik der således samlet 203 dage fra afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen den 13. juli 2020 til kontraktstart den 1. februar 2021. Det var på denne baggrund umuligt at overholde fristerne for et ”almindeligt” udbud, når kommunen havde et akut behov for rengøring. Det var ligeledes umuligt at gennemføre et udbud efter en hasteprocedure.

Herlev Kommune kunne ikke på et tidligere tidspunkt forud for beslutningen om at ophæve kontrakten med KN Rengøring have iværksat en udbudsprocedure. Det var kommunens forventning, at KN Rengøring ville forbedre sin kvalitet som følge af de påberåbte fejl og mangler, og kommunen var opsat på at finde en løsning mellem parterne. Herlev Kommune blev undervejs i processen opmærksom på, at der var en risiko for, at KN Rengøring ikke ville forbedre kvaliteten i rengøringsydelserne. De igangsatte interne overvejelser om de efterfølgende skridt var på den baggrund alene udtryk for rettidig omhu. De interne overvejelser ændrer dog ikke på, at kommunens beslutning om at ophæve kontrakten først blev truffet umiddelbart før, at ophævelsen blev meddelt KN Rengøring.

En ordregiver, som har indgået en kontrakt, der dækker ordregiverens behov i mange år frem, kan ikke være forpligtet til løbende at afsætte tid og ressourcer til at forberede et muligt snarligt genudbud og en potentiel ny kontrakt alene for det tilfælde, at det måtte blive aktuelt som følge af leverandørens væsentlige misligholdelse.

Der kan ikke af de udbudsretlige regler udledes en direkte eller indirekte forpligtelse for en ordregiver til – om muligt – at ophæve en væsentligt misligholdt kontrakt med et sådant varsel, at den misligholdende leverandør fortsat kan levere i henhold til den ophævede kontrakt frem til, at en ny, varig løsning er på plads. Dette er dels ikke et værnet hensyn for den misligholdende leverandør efter udbudsloven eller anden lovgivning, dels er det ikke en betingelse for at anvende udbudslovens § 80, stk. 5, i forbindelse med en ophævelse, at misligholdelsen består i leveringsnægtelse, virksomhedsophør eller andre former for leveringsumulighed.

Under alle omstændigheder kan det ikke konkret lægges Herlev Kommune til last i forhold til udbudslovens § 80, stk. 5, at kommunen ikke efter ophævelsen benyttede KN Rengøring som leverandør ud over i forbindelse med en hurtig indfasning af Coor, da de enkelte dele af kommunens organisation havde mistet tilliden til KN Rengørings kontraktopfyldelse. Kommunen havde således ved ophævelsen et betydeligt og påtrængende behov for hurtigt at få en acceptabel rengøringsydelse for generelt at få ro i organisationen i forhold til rengøringen og for at frigøre kommunens nøglepersoner på området fra kontrol og opfølgning over for KN Rengøring til også at kunne forberede den fremadrettede udbudsprocedure. Som det fremgår, løste KN Rengøring i kontraktperioden rengøringsopgaven betydeligt mangelfuldt, og kommunen kunne ikke forvente, at KN Rengøring ville være mere motiveret efter ophævelsen.

Herlev Kommune tog først beslutning om at ophæve kontrakten i forbindelse med modtagelsen af resultatet af den kvalitetskontrol, der blev udført af den fagligt kompetente tredjemand i midten af august 2021. Kommunen optrådte i overensstemmelse med de udbudsretlige regler ved ophævelsen og den øvrige håndhævelse af kontrakten over for KN Rengøring. Det er således udtryk for ligebehandling og gennemsigtighed, at Herlev Kommune anvendte mulighederne for bod og øvrige sanktioner, ligesom det er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, at kommunen ikke ophævede kontrakten,



før det med en høj grad af sikkerhed var konstateret, at kontrakten var væsentligt misligholdt og først efter, at mindre indgribende foranstaltninger forinden havde vist sig ikke at være tilstrækkelige.

### *I strengt nødvendigt omfang*

Indgåelsen af dækningskontrakten med Coor var strengt nødvendig for, at Herlev Kommune kunne varetage sine forpligtelser over for borgere og ansatte om at stille lokaler til rådighed, som levede op til et forventeligt og tilstrækkeligt niveau af rengøring og sikkerhed generelt. Hensynet til borgernes og de ansattes velbefindende og sundhed sammenholdt med et aktuelt behov for rengøring på lokationerne udgjorde således et strengt nødvendigt behov for straks at indgå en dækningskontrakt.

Af forarbejderne til udbudslovens § 80, stk. 5, fremgår bl.a.: ”Det er et krav, at den kontrakt, der indgås i medfør af reglen, begrænses til det nødvendige.” På baggrund af erfaringerne med KN Rengøring så Herlev Kommune sig nødsaget til ved genudbuddet at foretage en del tilpasninger i udbudsmaterialet i forhold til udbuddet i 2020, herunder f.eks. at opdele rengøringsydelsen i delkontrakter fordelt på forskellige kategorier af lokationer. Opdelingen skyldes bl.a., at KN Rengøring havde store udfordringer på de lokationer, der omfattede plejecentre og botilbud. Kommunen kunne derfor ikke (bare) genanvende udbudsmaterialet fra det tidligere udbud ved genudbuddet.

Herlev Kommune besluttede også at gennemføre genudbuddet som et begrænset udbud. Udbudsformen blev valgt for at sikre en hensigtsmæssig udbudsproces og konkurrence på et marked med mange aktører. Genudbuddet blev dog gennemført med korte frister, så de prækvalificerede tilbudsgivere samlet set havde omtrent samme tid til at forholde sig til udbudsmaterialet som ved det oprindelige udbud. Genudbuddet blev også forberedt og offentliggjort så hurtigt, som det kunne lade sig gøre i lyset af dels kontraktens kompleksitet, dens betydelige værdi og erfaringerne med mangelfulde leverancer, dels involveringen af de relevante medarbejdere hos kommunen.

Som følge af erfaringerne med KN Rengøring så Herlev Kommune sig nødsaget til at afsætte god tid til opstart og implementering af en ny rengøringsleverandør. Foruden at afholde udbuddet skulle der således afsættes tilstrækkelig tid til, at en ny leverandør kunne øge sin kapacitet og sikre tilstrækkelig uddannelse og oplæring af medarbejdere. Forløbet med KN Rengøring viste,

at ikke engang 2 ½ måned var nok for KN Rengøring til at sikre de nødvendige opstarts- og implementeringsaktiviteter.

Den midlertidige dækningskontrakt blev således alene indgået for en nødvendig interimperiode, som skulle give Herlev Kommune mulighed for at gennemføre et begrænset udbud for at sikre en hensigtsmæssig proces og konkurrence på et marked med mange leverandører og for at give en ny leverandør tilstrækkelig tid til at sikre mobilisering og forberedende skridt til opstart af en stor og vigtig kontrakt.

Der ligger ikke i betingelsen om ”strengt nødvendigt omfang”, at den midlertidige dækningskontrakt maksimalt må have en løbetid svarende til tidsrammen for gennemførelsen af et offentligt udbud. Det er derfor ikke uden for rammerne af ”strengt nødvendigt omfang”, at kommunen indgik den midlertidige dækningskontrakt med Coor for en periode på godt 9 ½ måned. Begrænsningen om ”strengt nødvendigt omfang” dikterer ikke ordregiverens valg af udbudsprocedure. Dette valg henhører under ordregiverens skøn ved tilrettelæggelsen af den mest hensigtsmæssige proces for at opnå en effektiv konkurrence og den derigennem bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler. Det ville tale imod dette formål, hvis kommunen skulle være forpligtet til at gennemføre udbuddet af den varige kontrakt ved en bestemt udbudsform eller i øvrigt være forpligtet til gennemføre en forhastet procedure uden en ordentlig forberedelse og uden en tilstrækkelig mobiliseringsperiode. Disse faktorer kan således alle spille væsentligt ind på både konkurrencesituationen og økonomien (og kvaliteten) i tilbuddene.

Der bestod heller ikke en pligt for Herlev Kommune til at gennemføre et udbud, inden kontrakten med KN Rengøring blev ophævet. I en sådan tænkt situation kunne kommunen i givet fald alene udbyde en betinget kontrakt med et uvist opstartstidspunkt, hvilket måtte forventes højst at kunne tiltrække en begrænset interesse.

Den foreliggende situation adskiller sig fra situationen i klagenævnets kendelse af 6. januar 2021, Remondis A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S, ved, at den midlertidige kontrakt i kendelsen havde en varighed på over 26 måneder, og at det i øvrigt skyldtes ordregiverens forhold, at der ikke rettidigt var kommet en kontrakt i stand. Herlev Kommunes midlertidige dækningskontrakt med Coor ligger inden for en tidsramme svarende til det nødvendige til at organisere et nyt udbud.

Der er ikke ”skærpende omstændigheder” ved Herlev Kommunes indgåelse af dækningskontrakten med Coor, da udbudslovens § 80, stk. 5, inden for sit begrænsede anvendelsesområde giver en ordregiver ret frie rammer for, hvordan kontraktindgåelsen håndteres.

#### Ad påstand 2

KN Rengøring har gjort gældende, at Herlev Kommunes beslutning om at tildele dækningskontrakten til Coor ved forhandlingsudbud uden offentliggørelse med henvisning til udbudslovens § 80, stk. 5, var i strid med § 55 og dermed ulovlig. Overtrædelsen var åbenbar, grov og væsentlig i sit omfang. Klagenævnet skal derfor annullere kommunens beslutning om at tildele dækningskontrakten til Coor.

Herlev Kommune har ikke gjort særskilte anbringender gældende i forhold til denne påstand.

#### Ad påstand 3

KN Rengøring har gjort gældende, at Herlev Kommune har indgået dækningskontrakten med Coor i henhold til udbudslovens § 80, stk. 5, uden at være berettiget hertil, hvilket skal sidestilles med direkte tildeling omfattet af klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1. Dækningskontrakten er indgået uden forudgående offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse efter klagenævnslovens § 4. Klagenævnet skal herefter erklære kommunens dækningskontrakt med Coor for uden virkning for fremtidige leverancer, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, jf. § 18, stk. 1.

Herlev Kommune har ikke gjort særskilte anbringender gældende i forhold til denne påstand.

#### Ad påstand 4

KN Rengøring har gjort gældende, at klagenævnet skal pålægge Herlev Kommune en økonomisk sanktion på 5 % af den realiserede eller aftalte omsætning omfattet af kommunens dækningskontrakt med Coor for den del af dækningskontrakten, der ikke erklæres for uden virkning.

Herlev Kommune har ikke gjort særskilte anbringender gældende i forhold

til denne påstand.

### Klagenævnet udtaler

#### Ad påstand 1

Herlev Kommune ophævede den 19. august 2021 kontrakten om rengørings-service og vinduespolering, som var indgået med KN Rengøring den 11. november 2020, og begrundede ophævelsen med, at kontrakten var væsentligt misligholdt. Kommunen indgik samtidig en interimskontrakt/dækningskontrakt med Coor for perioden 19. august 2021 – 31. maj 2022. Kontrakten med Coor blev indgået i medfør af udbudslovens § 80, stk. 5, og således uden forudgående offentliggørelse. Herlev Kommune iværksatte den 9. november 2021 genudbuddet af kontrakten om rengørings-service og vinduespolering.

Klagen vedrører reelt alene spørgsmålet, om betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 5, for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse var opfyldt, da Herlev Kommune indgik kontrakt med Coor. Klagenævnet skal derimod ikke tage stilling til, om KN Rengøring væsentligt misligholdt kontrakten, og om Herlev Kommunes ophævelse af kontrakten var berettiget.

Efter udbudslovens § 80, stk. 5, kan en ordregiver anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse 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 bestemmelsens forarbejder fremgår:

”...

Bestemmelsen i stk. 5 fastslår, at en ordregiver også kan anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse 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. 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. Ved vurdering af, om der er tale om strengt nødvendigt omfang, foretages en vurdering af arten og omfanget af den skade, som kan indtræde, og risikoen for, at den rent faktisk indtræder, hvis udbudsformen ikke anvendes. 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.

Det er et krav, at den kontrakt, der indgås i medfør af reglen, begrænses til det nødvendige. Kan kontrakten opdeles, omfattes kun de dele af kontrakten, som de tvingende grunde er knyttet til, mens de øvrige udbydes efter de sædvanlige regler.

...”

Udbudslovens § 80 implementerer artikel 32, stk. 2, litra c, i udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU). Artikel 32, stk. 1, og stk. 2, litra c, har følgende ordlyd:

”Stk. 1. I de særlige tilfælde og under de omstændigheder, der er fastsat i stk. 2-5, kan medlemsstaterne give de ordregivende myndigheder mulighed for at tildele offentlige kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.

Stk. 2. Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse kan anvendes i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter, offentlige vareindkøbskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter i følgende tilfælde:

...

c) i strengt nødvendigt omfang, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, som den ordregivende myndighed ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling. De omstændigheder, der påberåbes som tvingende grunde, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives den ordregivende myndighed.

...”

Følgende fremgår af udbudsdirektivets præambelbetragtning 80:

”...

... Kun i ekstraordinære situationer, hvor tvingende grunde som følge af begivenheder, som den ordregivende myndighed ikke har kunnet forudse,

og som ikke kan tilskrives denne ordregivende myndighed, gør det umuligt at gennemføre en almindelig procedure, selv med forkortede tidsfrister, bør de ordregivende myndigheder i strengt nødvendigt omfang have mulighed for at tildele kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse. Dette kan være tilfældet, hvor naturkatastrofer kræver øjeblikkelig handling.

...”

Det følger af EU-Domstolens praksis, at bestemmelsen er en undtagelsesbestemmelse, der skal fortolkes indskrænkende, og at bevisbyrden for, at der foreligger særlige omstændigheder, som berettiger til at anvende undtagelsen, påhviler den, der vil påberåbe sig dem, jf. bl.a. EU-Domstolens dom i sag C-126/03, Kommissionen mod Tyskland, præmis 23 (om dagældende artikel 11, stk. 3, litra d, i direktiv 92/50).

Der er således tale om en snæver undtagelsesbestemmelse, og bevisbyrden for, at den finder anvendelse, påhviler Herlev Kommune.

Det følger desuden af EU-Domstolens praksis, bl.a. af dommen i C-126/03, præmis 23, at der er tre kumulative betingelser, som skal være opfyldte, for at bestemmelsen finder anvendelse. Anvendelsen forudsætter,

- 1) en uforudseelig begivenhed,
- 2) en uopsættelighed af tvingende karakter, der ikke tillader at overholde de frister, som kræves ved andre fremgangsmåder, og
- 3) en årsagsforbindelse mellem den uforudseelige begivenhed og den deraf følgende tvingende uopsættelighed.

#### *Ad 1) En uforudseelig begivenhed*

Kontrakten med KN Rengøring trådte i kraft den 1. februar 2021. Den 26. marts 2021 reklamerede Herlev Kommune over mangelfuld rengøring på baggrund af gennemførte kvalitetskontroller, og da kvaliteten i de følgende måneder ikke opnåede den ønskede standard efter kommunens vurdering, blev kontrakten ophævet den 19. august 2021.

Herlev Kommune kendte således i en længere periode før ophævelsen til problemerne med, at KN Rengøring efter kommunens opfattelse ikke levede op til den krævede rengøringsstandard, og kommunen indledte i uge 25 i 2021

overvejelser om et genudbud af kontrakten, idet den nedsatte en projektgruppe. Selv om Herlev Kommune som følge af reklamationerne over den leverede rengøring på en del af lokationerne havde en forventning om, at KN Rengøring ville forbedre rengøringsstandarden, kan det ikke karakteriseres som ekstraordinære omstændigheder, at dette ikke skete, og Herlev Kommune vurderede selv, hvornår og under hvilke betingelser kontrakten med KN Rengøring skulle ophæves. Der forelå således ikke en situation, som Herlev Kommune ikke burde have kunnet forudse, jf. forarbejderne til udbudslovens § 80, stk. 5.

*Ad 2) En uopsættelighed af tvingende karakter, der ikke tillader at overholde de frister, som kræves ved andre fremgangsmåder*

Som anført er udbudslovens § 80, stk. 5, en snæver undtagelse, der skal fortolkes indskrænkende, og Herlev Kommune har bevisbyrden for, at der foreligger sådanne tvingende grunde, at kommunen var nødt til at indgå kontrakten direkte og ikke kunne have gennemført tilbuddet ved en almindelig udbudsprocedure eller ved en hasteprocedure.

En uopsættelighed af tvingende karakter/tvingende grunde kan bl.a. være hensynet til den offentlige sundhed, den offentlige sikkerhed, mennesker og dyrs liv og sundhed, hensynet til miljøet og lignende.

Efter udbudslovens § 57, stk. 1, § 59, stk. 1, og § 60, stk. 1, skal en ordregiver fastsætte en passende frist for modtagelse af henholdsvis tilbud (offentligt udbud) og ansøgning og tilbud (begrænset udbud), jf. udbudslovens § 93. Der er fastsat minimumsfrister for, hvor mange dage der skal være fra udbudsbekendtgørelsen til modtagelse af tilbud (offentligt udbud) og ansøgninger og tilbud (begrænset udbud). Paragrafferne indeholder også bestemmelser om hasteprocedurer, hvis et akut behov ikke gør det muligt for ordregiveren at overholde minimumsfristerne. Ved offentligt udbud er tilbudsfristen i en hasteprocedure 15 dage fra udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudslovens § 57, stk. 5, og ved begrænset udbud 15 dage for ansøgninger og 10 dage for tilbud, jf. udbudslovens § 59, stk. 3, og § 60, stk. 6. En hasteprocedure ved offentligt og begrænset udbud tager således henholdsvis 15 og 25 dage.

Kontrakten med KN Rengøring vedrørte rengøring og vinduespolering på ca. 70 lokationer i Herlev Kommune, herunder på skoler, på plejecentre og i dag- og døgninstitutioner. Kommunen har bevisbyrden for, at der var tvingende grunde til, at kommunen indgik en dækningskontrakt med Coor uden udbud

bl.a. om vinduespolering, om rengøring på de lokationer, der ikke er skoler, plejecentre og dag- og døgninstitutioner, om rengøring på skoler, dag- og døgninstitutioner, og om rengøring på plejecentre.

Herlev Kommune har ikke oplyst nærmere om, at manglende rengøring (og vinduespolering) af diverse lokationer i den tid, som en hasteprocedure ville vare, dvs. henholdsvis 15 eller 25 dage, ville medføre en alvorlig sundhedsrisiko for brugerne af lokationerne og for eventuelle ansatte ved kommunen.

Klagenævnet er opmærksom på, at motivationen for KN Rengøring til at yde kontraktmæssig rengøring og vinduespolering fra ophævelsen af kontrakten og indtil gennemførelsen af genudbuddet, eventuelt efter en hasteprocedure, kunne være lav. Kontrakten mellem parterne indeholder dog bestemmelser, der tager højde for en eventuel ophævelse som følge af bl.a. leverandørens væsentlige misligholdelse. Herlev Kommune kunne således kræve, at KN Rengøring fortsatte med at levere kontraktmæssig ydelse, indtil kommunens behov for rengøring og vinduespolering kunne opfyldes på anden vis.

Efter det anførte, har Herlev Kommune ikke løftet bevisbyrden for, at der forelå tvingende grunde, som ikke gjorde det muligt at overholde fristerne for en almindelig udbudsprocedure eller eventuelt fristerne for en hasteprocedure.

*Ad 3) en årsagsforbindelse mellem den uforudseelige begivenhed og den deraf følgende tvingende uopsættelighed*

Allerede fordi der ikke forelå en uforudseelig begivenhed eller tvingende grunde, som ikke tillod at overholde fristerne for en udbudsprocedure, er kravet om årsagsforbindelse ikke opfyldt.

Herlev Kommune indgik en dækningskontrakt med Coor, der efter sit indhold havde en varighed på ca. 9 ½ måned. Af forarbejderne til udbudslovens § 80, stk. 5, fremgår, at den nye kontrakt skal begrænses til det nødvendige, og hvis kontrakten kan opdeles, omfattes kun de dele af kontrakten, som de tvingende grunde er knyttet til, mens de øvrige udbydes efter de sædvanlige regler. Hvis der således måtte have været tvingende grunde til rengøring af (enkelte) lokationer f.eks. af hensyn til udsatte borgeres sundhed, har Herlev Kommune bevisbyrden for, at det var strengt nødvendigt at indgå kontrakten med Coor for en periode på 9 ½ måned.



Kommunen har heller ikke løftet denne bevisbyrde. Det, som Herlev Kommune har anført om kontraktens kompleksitet, at genudbuddet skulle gennemføres som et begrænset udbud, og at rammeaftalen skulle opdeles i delaftaler, kan ikke føre til, at det var strengt nødvendigt at indgå en kontrakt med en kontraktperiode på ca. 9 ½ måned omfattende både rengøring og vinduespolering på samtlige lokationer.

Klagenævnet tager herefter påstanden til følge.

### Ad påstand 2

Betingelserne for at gennemføre et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse efter udbudslovens § 80, stk. 5, var ikke opfyldt, og klagenævnet annullerer derfor Herlev Kommunes beslutning af 19. august 2021 om at tildele en dækningskontrakt til Coor.

### Ad påstand 3 og 4

Det følger af klagenævnenslovens § 17, stk. 1, nr. 1, at kontrakter, der er omfattet af udbudslovens afsnit II, skal erklæres for uden virkning, hvis ordregiveren i strid med EU-udbudsreglerne har indgået kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. dog § 4.

Herlev Kommune har indgået dækningskontrakten med Coor uden forudgående offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse efter klagenævnenslovens § 4. Kontrakten blev indgået i medfør af udbudslovens § 80, stk. 5, uden at betingelserne i bestemmelsen var opfyldt. Betingelserne i klagenævnenslovens § 17, stk. 1, nr. 1, for at erklære kontrakten for uden virkning er derfor opfyldt.

Herlev Kommune har ikke gjort særskilte anbringender gældende i forhold til påstandene. Da Herlev Kommune den 9. november 2021 iværksatte et genudbud af kontrakten om rengøringservice og vinduespolering, og da kontrakten med Coor efter sit indhold udløb den 31. maj 2022, lægger klagenævnet til grund, at kontrakten er opfyldt og afsluttet. En kontrakt kan kun erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer i kontrakten, jf. § 18, stk. 1, 1. pkt., og kontrakten med Coor kan derfor ikke erklæres for uden virkning. Klagenævnet skal i stedet fastsætte en økonomisk sanktion, jf. § 19, stk. 2, nr. 3.

Det fremgår af kontrakten med Coor, at vederlaget var 1.778.738 kr. pr. måned. Under hensyn til kontraktens varighed på 9 ½ måned udgjorde værdien herefter 16.898.011 kr., og den økonomiske sanktion fastsættes derfor til 840.000 kr., jf. forarbejderne til lovens § 19, stk. 1-3.

Beløbet skal betales til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. § 19, stk. 4.

#### Herefter bestemmes

##### Ad påstand 1

Herlev Kommune har handlet i strid med udbudsloven § 55, jf. § 80, ved – i forbindelse med kommunens ophævelse den 19. august 2021 over for KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen af en tidligere udbudt og indgået rengøringskontrakt – at have foretaget direkte tildeling af en dækningskontakt med Coor Service Management A/S om videreførelse af rengøringen i Herlev Kommune under henvisning til udbudslovens § 80, stk. 5, selv om det ikke var umuligt for kommunen at overholde fristerne for offentligt udbud, begrænset udbud eller udbud med forhandling af tvingende grunde som følge af begivenheder, som kommunen ikke havde kunnet forudse.

Herlev Kommunes beslutning af 19. august 2021 om at tildele en dækningskontrakt til Coor Service Management A/S annulleres.

Herlev Kommune skal betale en økonomisk sanktion på 840.000 kr. til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Beløbet skal betales inden 8 uger efter modtagelsen af denne kendelse.

Herlev Kommune skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 40.000 kr. i sagsomkostninger til KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nadia Reichenbach Bodentien  
Kontorelev