

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 og
advokat Carsten Sommer Andersen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 220-578885 af 9. november 2021 udbød Herlev Kommune som begrænset udbud efter udbudsloven to delkontrakter om rengøringservice og vinduespolering på forskellige opregnede lokationer i Herlev Kommune. Kontrakterne var 4-årige med mulighed for forlængelse og som starttidspunkt var angivet den 1. juli 2022. Udbudsbekendtgørelsen indeholdt ikke angivelse af udbuddets samlede værdi under punkt II.1.5) eller angivelse af delaftalernes anslåede værdi under punkt II.2.6).

Herlev Kommune modtog 8 ansøgninger om prækvalifikation, hvoraf 7 ansøgere ansøgte om begge delaftaler, mens en enkelt ansøger kun ansøgte om delaftale 1. Ved tilbudsfristens udløb den 11. februar 2022 havde kommunen modtaget i alt 5 tilbud på hver af delaftalerne.

Den 7. april 2022 besluttede Herlev Kommune at indgå delkontrakt 1 med Forenede Service A/S og delkontrakt 2 med ISS Facility Services A/S, og kontrakter blev herefter indgået den 11. maj 2022.

Den 4. juli 2022 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 (i) gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, jf. artikel 18, stk. 1, i udbudsdirektiv 2014/24/EU, (ii) udbudslovens § 128, stk. 3, og (iii) artikel 1 og bilag II, punkt II.2.6), i Kommissionens gennemførelsesforordning 2015/1986/EU af 11. november 2015 om standardformularer til brug ved offentliggørelse af bekendtgørelser i forbindelse med offentlige udbud ved ikke i udbudsbekendtgørelse 2021/S 220-578885 af 9. november 2021 under punkt II.2.6) at have angivet den anslåede værdi for hver af de udbudte delaftaler.

Påstand 2

Klagenævnet skal i henhold til klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2, annullere Herlev Kommunes beslutninger af 7. april 2022 om tildeling af delaftale 1 til Forenede Service A/S og tildeling af delaftale 2 til ISS Facility Services A/S.

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

Klagenævnet har den 5. juli 2022 meddelt Herlev Kommunes kontraktparter, Forenede Service A/S og ISS Facility Services A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Virksomhederne har ikke besvaret klagenævnets henvendelse

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.4) Beskrivelse af udbuddet er anført:

”...

Levering af rengøringservice og vinduespolering på primært social institutioner, plejecentre, kulturelle institutioner og administration i Herlev Kommune. Både rengøringservice og vinduespolering bliver på nuværende tidspunkt udført af eksterne leverandører.

Den komplette liste over omfattede Lokationer fremgår af Kontraktbilag 2A: Omfattede Lokationer. Af Kontraktbilag 2A fremgår tillige hvorvidt der på den enkelte Lokation kun skal udføres rengøringservice eller vinduespolering eller både rengøringservice og vinduespolering. De omfattede Lokationer forventes at være:
 ...”

Udbudsmaterialet indeholdt en udførlig beskrivelse af:

”Lokationerne omfattet af udbuddet, herunder separate beskrivelser af disse samt plantegninger helt ned på lokaleniveau, for hver enkelt af de 79 lokationer.

Hvilke(n) form(er) for rengøring/vinduespolering, der skulle udføres på hver lokation og med hvilket tidsinterval.

Definitioner af relevante termer, herunder termerne ”rengøres” og ”renholdes”.

Herlev Kommune modtog ikke i forbindelse med gennemførelsen af udbuddet spørgsmål eller andre henvendelser fra potentielle tilbudsgivere vedrørende delkontrakternes anslåede værdi, mængde eller omfang.

Om udelukkelsesgrunde var i udbudsbekendtgørelsens III 1.1) anført følgende:

”Liste over og kort beskrivelse af betingelser:

En ansøger, der befinder sig i en af udelukkelsesgrundene i udbudslovens § 135 og § 136 vil blive udelukket fra udbuddet medmindre ansøgeren fremlægger tilstrækkelig dokumentation for, at ansøgeren er pålidelig, jf. udbudslovens § 138.

Dog bemærkes, at en ansøger, der har ubetalt forfalden gæld til offentlige myndigheder vedrørende skatter, afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger, alene vil blive udelukket på denne baggrund, hvis denne gæld er på 100.000 kr. eller derover.

En ansøger, der befinder sig i en af følgende frivillige udelukkelsesgrunde fra udbudslovens § 137 vil blive udelukket fra udbuddet medmindre ansøgeren fremlægger tilstrækkelig dokumentation for, at ansøgeren er pålidelig, jf. udbudslovens § 138:

- Ansøger har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljø-, social- eller arbejdsretlige område, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1
- Ansøger er erklæret konkurs eller er under insolvens- eller likvidationsbehandling eller lignende, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 2.

- Ordregiver kan påvise, at ansøgeren væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, kontrakt med en forsyningsvirksomhed eller koncessionskontrakt og misligholdelsen har medført den pågældende kontrakts ophævelse eller en lignende sanktion, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5

Ansøger skal derfor erklære, at ansøger ikke befinder sig i en af udelukkelsesgrundene i henhold til ovenstående. Erklæringen afgives ved at udfylde ESPD, Del III, afsnit A, B og C. [...]”.

KN Rengøring er Herlev Kommunes tidligere leverandør af rengøringsservice og vinduespolering.

Herlev Kommune ophævede den 19. august 2021 kontrakten mellem KN Rengøring og kommunen på grund af KN Rengørings væsentlige misligholdelse af kontrakten. Herlev Kommune har efterfølgende rejst et erstatningskrav på foreløbigt i alt 9.545.793 kr. mod KN Rengøring, som har bestridt kravet og gjort gældende, at kontraktophævelsen var uberettiget. KN Rengøring har også påklaget kommunens indgåelse af en kortvarig interimkontrakt om rengøringsydelserne uden udbud for Klagenævnet for Udbud.

Denne klage vedrører Herlev Kommunes genudbud, som blev offentliggjort ved den nævnte udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 220-578885 af 9. november 2021, der vedrører de rengørings- og vinduespoleringsydelser, som var omfattet af den ophævede kontrakt.

KN Rengøring viste på intet tidspunkt under genudbuddet interesse for den udbudte kontrakt og anmodede ikke om prækvalifikation.

Parternes anbringender

Ad afvisningspåstanden

Herlev Kommune har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at KN Rengøring ikke har retlig interesse i klagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1, nr. 1.

Af lovbemærkningerne til forslag til lov om Klagenævnet for Udbud (L 86 af 23. januar 1991) fremgår om bestemmelsen:

”Efter kontroldirektivet er klageadgangen tildelt »i det mindste personer, der har eller har haft en interesse i at opnå en offentlig kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse«. I Rådets fælles holdning til forslaget er det præciseret, at der med denne formulering tænkes på, at enhver berørt person kan indlede en klageprocedure. I § 4 er søgt præciseret, hvem der kan indgive klage. Enhver, der har en retlig interesse, vil kunne indbringe en sag for nævnet. Når personkredsen er defineret som enhver, der har en retlig interesse, skyldes det, at Kommissionen vurderer, at den typiske overtrædelse af direktiverne vil bestå i, at ordregivere ikke har offentliggjort et udbud overhovedet. Der er derfor lagt vægt på, at enhver med en retlig interesse kan indbringe en sag for nævnet. Det er nævnet selv, der i første instans afgør, hvorvidt en person har en retlig interesse. Klagenævnets afgørelse herom er underkastet domstolsprøvelse.”

Retlig interesse forudsætter således, at klageren skal have eller have haft interesse i at opnå en offentlig kontrakt, og at klageren skal have lidt eller vil kunne lide skade som følge af den påståede overtrædelse.

Herlev Kommune har henvist til klagenævnets kendelse af 8. november 2011, Gregers Juel mod Nyborg Kommune, hvorefter klageberettigede er personer, ”der har ansøgt om prækvalifikation eller har afgivet tilbud, samt personer, som reelt ville have kunnet ansøge om prækvalifikation eller ville have kunnet afgive tilbud (potentielle tilbudsgivere).”

KN Rengøring har ikke og har ikke haft interesse i at blive tildelt den udbudte kontrakt, da virksomheden ikke har ansøgt om prækvalifikation og på intet tidspunkt under udbuddet har vist interesse for den udbudte kontrakt.

Det følger af lovbemærkningerne til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, at ordregiveren på baggrund af sine egne erfaringer med en tilbudsgiver, herunder tilbudsgiverens væsentlig misligholdelse, kan udelukke en tilbudsgiver, jf. også klagenævnets kendelse af 13. juli 2016, B. Nygaard Sørensen A/S mod Bygningsstyrelsen.

Hvis KN Rengøring havde anmodet om prækvalifikation, ville Herlev Kommune have meddelt virksomheden, at den var udelukket fra deltagelse i udbudsproceduren med henvisning til virksomhedens manglende egnethed, idet KN Rengøring helt oplagt ville have været omfattet af den tilvalgte frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5 (nu § 137, stk. 1, nr. 4),

om væsentlig misligholdelse af en tidligere offentlig kontrakt, der har medført den pågældende kontrakts ophævelse eller en lignende sanktion. KN Rengøring ville i det tilfælde kun have kunnet deltage i (gen)udbuddet, hvis virksomheden havde fremlagt tilstrækkelig dokumentation for sin pålidelighed, jf. udbudslovens § 138, hvilket virksomheden efter kommunens opfattelse – særligt når det faktiske forløb efter ophævelsen tages i betragtning – ikke ville kunne. KN Rengøring har heller ikke gjort gældende eller på nogen måde sandsynliggjort, at virksomheden kunne fremlægge sådan dokumentation.

På denne baggrund er det Herlev Kommunes opfattelse, at KN Rengøring i forhold til det påklagede udbud hverken var aktuel eller potentiel tilbudsgiver, hvorfor virksomheden ikke har den fornødne retlige interesse. Klagen skal derfor afvises med henvisning til klagenævnenslovens § 6, stk. 1.

KN Rengøring har gjort gældende, at klage til Klagenævnet for Udbud kan indgives af enhver, der har en retlig interesse heri, jf. lov om Klagenævnet for udbud § 6, stk. 1. Udtrykket i forarbejderne om klageadgang for »i det mindste personer, der har eller har haft en interesse i at opnå en offentlig kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse«, viser, at der er tale om en minimumsafgrænsning.

Den retlige interesse bør efter klagenævnets praksis ikke fortolkes snævert, jf. eksempelvis kendelse af 28. januar 2022, Steelco Nordic A/S mod Region Sjælland.

En potentiel tilbudsgiver i forhold til det gennemførte rengøringsudbud har retlig interesse i at påklage kommunens beslutninger under udbuddet. Det er ikke et krav, at den potentielle tilbudsgiver har deltaget i udbuddet, jf. kendelse af 15. januar 1998, Miljøforeningen for bevarelse af miljøet omkring Københavns Lufthavn mod Københavns Lufthavne A/S, kendelse af 13. juni 2022, Fayard A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse og kendelse af 8. juni 1998, L.R. Service ApS mod Skovbo Kommune.

Potentielle tilbudsgivere skal have en konkret og direkte interesse i klagenævnets stillingtagen til, om udbudsreglerne er tilsidesat, hvilket normalt ikke vil være opfyldt, hvis ordregiver i mellemtiden har nået at annullere den omhandlede udbudsprocedure, jf. kendelse af 28. januar 2022, Steelco Nordic A/S mod Region Sjælland.

En klagers bevæggrunde for at klage er uden betydning for bedømmelsen af den retlige interesse, og at der kan ikke indfortolkes et krav om loyal retlig interesse, jf. kendelse af 7. maj 2009, Cimber Air A/S mod Forsvarskommandoen.

En klagers manglende interesse i den udbudte ydelse vil således ikke afskære klageadgangen, fordi klageren i dette tilfælde ikke har retlig interesse i klagenævnets stillingtagen til, om ordregiver har tilsidesat udbudsreglerne, jf. kendelse af 8. november 2011, Gregers Juel mod Nyborg Kommune.

Klageadgangen kan kun afskæres i yderst sjældne tilfælde i kvalificerede misbrugssituationer, jf. kendelse af 7. december 2000, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Kulturministeriet.

KN Rengøring undlod at deltage i udbuddet som følge af uklarheder i udbudsgrundlaget og kommunens manglende angivelse af værdien af de udbudte delaftaler.

Herlev Kommune ville ikke på forhånd med henvisning til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, kunne udelukke KN Rengøring fra at deltage i udbuddet uagtet, at kommunen den 19. august 2021 ophævede den tidligere indgåede rengøringskontrakt med virksomheden, jf. udbudslovens § 138, stk. 1, idet KN Rengøring ville have krav på at foretage self-cleaning efter bestemmelsens stk. 3, før kommunen eventuelt ville kunne udelukke virksomheden fra deltagelse i udbuddet, jf. stk. 2.

Ad påstand 1

KN Rengøring har gjort gældende, at det følger af udbudslovens § 128, stk. 2, at udbudsbekendtgørelser skal indeholde de oplysninger, som er anført i udbudsdirektivets bilag V, del C, og af stk. 3, at udbudsbekendtgørelser skal udfærdiges på grundlag af EU-Kommissionens standardformularer.

Kommissionens gennemførelsesforordning nr. 2015/1986/EU af 11. november 2015 om standardformularer til brug ved offentliggørelse af bekendtgørelser i forbindelse med offentlige udbud (skabelonforordningen) indeholder under bilag II Standardformular 2 til brug for udbudsbekendtgørelser efter udbudsdirektiv 2014/24/EU. Denne standardformular bestemmer under punkt II.2.6), at ordregiver skal oplyse om den anslåede samlede værdi af den

udbudte kontrakt, og det fremgår af den indsatte note 1, at afsnit II.2) skal udfyldes for hver delaftale.

Herlev Kommune var derfor forpligtet til under udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.6) at oplyse den anslåede værdi for hver af de udbudte delaftaler, jf. Domstolens dom af 17. juni 2021 i sag C-23/20, Simonsen & Weel.

Domstolens dom har for så vidt angår ovennævnte bestemmelser generel præjudikatværdi i forhold til alle udbud, der skal gennemføres ved offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse efter udbudslovens § 128, stk. 2, jf. påstand 1a i klagensævnets efterfølgende kendelse af 9. november 2021.

Det ville savne mening, hvis forpligtelsen til at anføre den ”anslåede værdi” i punkt II.2.6) kun skulle gælde ved udbud af rammeaftaler, idet der ellers ikke ville være nogen grund til at anføre under punkt II.2.6) i standardformularen, at forpligtelsen til at anføre ”samlet maksimumværdi for hele varigheden af dette parti” gælder for rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer. Meningen med bestemmelsen kan derfor alene være, at ordregiver under alle omstændigheder er forpligtet til at anføre den anslåede værdi af en udbudt offentlig kontrakt eller rammeaftale, mens pligten til at anføre ”samlet maksimumværdi for hele varigheden af dette parti” alene gælder for udbudte rammeaftaler af de hovedhensyn, som Domstolen anfører i præmis 61 – 66 i Simonsen & Weel-dommen.

Kommunens undladelse af at anføre den anslåede værdi af den udbudte kontrakt i udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.6) fratog potentielle tilbudsgivere muligheden for at foretage en indledende screening af, om de ønskede at foretage en nærmere vurdering af, om de ville afgive tilbud.

Herlev Kommune har gjort gældende, at der ikke er en udbudsretlig forpligtelse til at angive værdien af en tjenesteydelseskontrakt i udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudslovens § 128, stk. 2, og bilag V, del C, til udbudsdirektivet. Af bilag V, del C, punkt 7, fremgår:

”Beskrivelse af kontrakten: arbejdets art og omfang, arten og mængden eller værdien af værdi af de varer, der skal leveres, tjenesteydelsens art og omfang. Når kontrakten er opdelt i dellerancer, anføres disse oplysninger for hver dellerance. I givet fald beskrivelse af løsningsmuligheder.”

Det følger således modsætningsvis, at der ikke er pligt til at angive kontraktværdien for en tjenesteydelseskontrakt i udbudsbekendtgørelsen. Det er da også helt sædvanligt, at en sådan kontraktværdi ikke oplyses, jf. også kendelse af 13. maj 2020, Kongsvang Rengøringservice A/S mod Egaa Gymnasium

Udbudsbekendtgørelsen indeholdt en klar beskrivelse af kontrakten og tjenesteydelseernes art (rengøringservice og vinduespolering) og omfang (angivelse af de konkrete lokationer), ligesom der i udbudsbekendtgørelsen var henvist til de steder i udbudsmaterialet, hvor tjenesteydelseernes art og omfang var yderligere beskrevet.

EU-Domstolens dom af 17. juni 2021 i sag C- 23/20, Simonsen & Weel, der alene vedrørte spørgsmålet om angivelse af anslået og maksimal værdi i relation til rammeaftaler om indkøb af varer, er ikke relevant. Dette understøttes af, at rammeaftaler er en indkøbsmetode, der som udgangspunkt ikke medfører en egentlig købsforpligtelse for ordregiveren. En rammeaftale adskiller sig på det punkt væsentligt fra en kontrakt, hvor omfanget er fastlagt på forhånd.

Det fremgår tillige af dommen, at en ordregiver ved udbud af en rammeaftale om vareindkøb kan vælge enten at angive den anslåede mængde eller den anslåede værdi, hvilket også fremgår af udbudsdirektivets bilag V, del C, punkt 7.

Hensynet og formålet hermed er, at (potentielle) tilbudsgivere har mulighed for at vurdere kontraktens eller rammeaftalens omfang, og om de vil interessere sig for udbuddet. Idet tjenesteydelseernes anslåede art og omfang for det påklagede udbud netop var angivet i udbudsbekendtgørelsen, havde potentielle tilbudsgivere på baggrund af udbudsbekendtgørelsen fuldt ud mulighed for at vurdere, om udbuddet var interessant for dem.

Ad påstand 2

KN Rengøring har gjort gældende, at tildelingsbeslutningerne som følge af overtrædelsen skal annulleres.

Herlev Kommune har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningerne.

Klagenævnet udtaler:Ad afvisningspåstanden

Det fremgår af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1, nr. 1, at enhver, som har retlig interesse heri, kan klage til klagenævnet. Efter klagenævnets praksis har en virksomhed, der har deltaget i eller ville have kunnet deltage i et udbud, retlig interesse i at klage. Ifølge samme praksis skal bestemmelsen ikke fortolkes restriktivt.

KN Rengøring har ikke deltaget i det udbud, virksomheden nu har klaget over.

Spørgsmålet er herefter, om KN Rengøring ville have kunnet deltage i udbuddet. Som udgangspunkt måtte spørgsmålet besvares bekræftende, idet KN Rengøring driver virksomhed i den relevante branche og ovenikøbet er tidligere leverandør.

Herlev Kommune har imidlertid i udbudsbekendtgørelsen tilvalgt den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5 (nu nr. 4), hvorefter tilbudsgivere vil blive udelukket i tilfælde af tidligere misligholdelse af en offentlig kontrakt, som har medført kontraktens ophævelse eller en lignende sanktion. Kommunen har anført, at KN Rengøring ville være blevet udelukket med henvisning til denne bestemmelse, dersom virksomheden havde ansøgt om deltagelse i udbuddet.

KN Rengøring har henvist til sin ret til self-cleaning, jf. udbudslovens § 138.

Efter § 138, stk. 2, kan en ansøger eller tilbudsgiver ikke udelukkes fra en udbudsprocedure, uden at ordregiveren først har fastsat en passende frist for ansøgeren eller tilbudsgiveren til at ”forelægge tilstrækkelig dokumentation for ansøgerens eller tilbudsgiverens pålidelighed”.

Da KN Rengøring hverken er ansøger eller tilbudsgiver, og Herlev Kommune derfor ikke har haft anledning til at udelukke virksomheden med henvisning til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5 (nu stk. 4), finder reglerne om self-cleaning ikke anvendelse, jf. modsætningsvis klagenævnets kendelse af 12. marts 2019, Edgemo A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

Herlev Kommunes påstand om afvisning tages derfor til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises.

KN Rengøring v/ Henrik Krogstrup Nielsen skal i sagsomkostninger til Herlev Kommune betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nadia Reichenbach Bodentien
Kontorelev