

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen  
(advokat Peter Lund Meyer og juridisk konsulent Michael Steinicke, København)

mod

Frederiksberg Kommune  
(advokat Rasmus Holm Hansen, København)

Klagenævnet har den 20. september 2022 modtaget en klage fra KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen ("KN Rengøring").

KN Rengøring har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Frederiksberg Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-18, svarskrift med bilag A-B, replik med bilag 19-20 og duplik.

Klagens indhold:

Klageskriftet og replikken indeholder følgende påstande:

### ”Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Frederiksberg Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved den 9. september 2022 under Frederiksberg Kommunes rengøringsudbud som offentliggjort ved udbudsbekendtgørelse 2022/S 101-280174 af 20. maj 2022 at have konstateret, at KN Rengøring var omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, uagtet at dette ikke var tilfældet.

### Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Frederiksberg Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, jf. § 138, stk. 1, ved den 9. september 2022 at have udelukket KN Rengøring fra deltagelse i Frederiksberg Kommunes rengøringsudbud som offentliggjort ved udbudsbekendtgørelse 2022/S 101-280174 af 20. maj 2022 i henhold til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, jf. § 138, stk. 3, nr. 1, med den begrundelse, at KN Rengøring over for Herlev Kommune har afvist at betale Herlev Kommunes krævede erstatning i forbindelse med dennes kontraktophævelse over for KN Rengøring den 19. august 2021, selv om KN Rengøring som led i sin self-cleaning over for Frederiksberg Kommune den 12. august 2022 meddelte, at KN Rengøring til enhver tid ville betale den erstatning, som KN Rengøring måtte blive pålagt at betale til Herlev Kommune under KN Rengørings voldgiftssag mod denne kommune.

### Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Frederiksberg Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, jf. § 138, stk. 1, ved den 9. september 2022 at have udelukket KN Rengøring fra deltagelse i Frederiksberg Kommunes rengøringsudbud som offentliggjort ved udbudsbekendtgørelse 2022/S 101-280174 af 20. maj 2022 i henhold til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, jf. § 138, stk. 3, nr. 3, med den begrundelse, at KN Rengøring i sin redegørelse for forebyggende foranstaltninger (i) ikke skulle have beskrevet sine personalemæssige og organisatoriske foranstaltninger med henblik på at undgå misligholdelse fremadrettet, og (ii) ikke skulle have beskrevet, hvorvidt KN Rengøring havde truffet passende, konkrete, tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser, selv om KN Rengøring den 12. august 2022 fremlagde en fyldestgørende redegørelse herfor.

### Påstand 4

Klagenævnet skal i henhold til klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2, annullere Frederiksberg Kommunes beslutning af 9. september 2022 om udelukkelse af KN Rengøring fra udbudsproceduren.”

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

### Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 101-280174 af 20. maj 2022, offentliggjort den 25. maj 2022, udbød Frederiksberg Kommune som begrænset udbud tre delkontrakter om udførelse af rengøring i Frederiksberg Kommune med en samlet værdi på 250.600.000 kr. til start den 1. januar 2023 og med mulighed for forlængelse i 2 x 12 måneder ved kontrakternes udløb den 31. december 2026.

### *Udbudsmaterialet*

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

#### ”II.1.4) Kort beskrivelse:

Dette genudbud vedrører udførelse af rengøring af Institutioner i Frederiksberg Kommune herunder kommunens rådhus, kontorer skoler, SFO, klubber, daginstitutioner, dagpleje og tandpleje, kulturinstitutioner, biblioteker, Gartner og Vejservice samt en række andre institutioner. Der udbydes 3 delaftaler

... Det er muligt for tilbudsgivere at byde ind på en eller flere delaftaler, men hver tilbudsgiver vil højst blive tildelt to delaftale jeg udbudsbetingelsernes afsnit 3.

Der er tale om et genudbud og der henvises til bekendtgørelse 2022/S 018-043973. Der er alene foretaget mindre justeringer og tilføjet yderligere en option på konventionel rengøring med konventionelle rengøringsprodukter.”

I udbudsbekendtgørelsen var det fastsat, at de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1), 2), 4), 5) og 6) var gældende for alle delkontrakter.

Ifølge udbudsbekendtgørelsen ville Frederiksberg Kommune prækvalificere 6 ansøgere pr. delaftale.

Af prækvalifikationsbetingelserne fremgår bl.a.:

#### ”4. Udelukkelse og egnethed

...

#### 4.2. Udelukkelse og dokumentation for pålidelighed

Kommunen vil udelukke ansøger fra deltagelse i udbudsproceduren, hvis ansøgeren er omfattet af en eller flere af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudslovens §§ 135 og 136.

Kommunen vil endvidere udelukke ansøger,

...

- hvis kommunen kan påvise, at ansøger 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 inden for de 2 seneste år, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5)

...

Hvis kommunen på baggrund af oplysningerne i ESPD eller ud fra øvrige omstændigheder vurderer, at ansøger er omfattet af en eller flere af ovennævnte udelukkelsesgrunde, vil kommunen meddele ansøger dette og fastsætte en frist for ansøger til at dokumentere, at ansøger alligevel er pålidelig, jf. udbudslovens § 138.

Kommunen vil ikke udelukke en ansøger, der inden for den fastsatte frist fremlægger tilstrækkelig dokumentation for, at denne er pålidelig.”

#### *Prækvalifikation*

Inden for fristen for ansøgning om prækvalifikation den 21. juni 2022 modtog Frederiksberg Kommune otte ansøgninger, herunder fra KN Rengøring, der havde ansøgt om prækvalifikation på alle tre delkontrakter.

Af de vedlagte ESPD'er fremgår det, at KN Rengøring for hver delkontrakt besvarede spørgsmålet, ”Har den økonomiske aktør væsentligt misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, en tidligere kontrakt med en ordregivende enhed eller en tidligere koncessionskontrakt, hvor misligholdelsen har medført den pågældende kontrakts ophævelse eller en lignende sanktion”, benægtende.

Ved enslydende, separate breve af 5. juli 2022 til KN Rengøring meddelte Frederiksberg Kommune, at KN Rengøring var blevet prækvalificeret på alle

tre delkontrakter, og virksomheden blev opfordret til at afgive tilbud. De øvrige prækvalificerede virksomheder var ifølge kommunens brev De 5 Stjerner A/S, Profilservice A/S, Toma Facility Danmark A/S, Forenede Service A/S og A/S Max Hansen Rengøring.

Om de otte ansøgninger var omfattet af obligatoriske eller frivillige udelukkelsesgrunde anførte Frederiksberg Kommune i brevet:

”... baseret på de modtagne ESPD’ere lever op til de stillede minimumskrav til egnethed og ikke er omfattet af obligatoriske eller frivillige udelukkelsesgrunde. Endelig dokumentation vil blive vurderet i forbindelse med tildeling af kontrakt jf. udbudsbetingelsernes afsnit 8.”

### *Udelukkelse og self-cleaning*

Ved e-mail af 8. august 2022 til KN Rengøring underrettede Herlev Kommune om, at Herlev kommune den 4. august 2022 havde modtaget en anmodning fra Frederiksberg Kommune om aktindsigt i Herlev Kommunes ophævelse af en indgået rengøringskontrakt med KN Rengøring den 19. august 2021. I e-mailen til KN Rengøring står der bl.a.:

”Herlev Kommune har på den anmodning udleveret nedenstående dokumenter GI Frederiksberg Kommune:

- Ophævelse af ”Kontrakt om Rengøringservice og vinduespolering for Herlev Kommune”
- Kontrakten
- Kontraktbilag 3A1 Teknisk kravspecifikation - rengøring – Institutioner
- Kontraktbilag 3A2 Teknisk kravspecifikation - rengøring - Skole, SFO og Uddannelsessteder
- Kontraktbilag 3A3 Teknisk kravspecifikation - rengøring - Adm, Kultur, idræts- og klub
- Kontraktbilag 3A4 Teknisk kravspecifikation - rengøring - Pleje-Handicap-og Genoptræning
- Kontraktbilag 3B - Teknisk kravspecifikation - vinduespolering - Herlev Kommune
- Kvalitetskontrolrapporter for perioden 12-17 august 2021
- Misligholdelsesskrivelse af 26. marts 2021

Dokumenter er blevet udleveret til Vejle Kommunes på baggrund af aktindsigtsanmodning den 29. marts 2022 og den 25. april 2022. Derfor er

det Herlev Kommunes vurdering, at dokumenterne betragtes som offentligt tilgængelige og derfor kan udleveres.”

Frederiksberg Kommune anmodede ved brev af samme dato via Ethics KN Rengøring om at foretage self-cleaning vedrørende Herlev Kommunes kontraktophævelse, jf. udbudslovens § 138, stk. 3, jf. § 137, stk. 1, nr. 4 (tidligere nr. 5). I brevet står der bl.a.:

”Vi har kunnet konstatere at KN-rengøring i ESPD for delaftale 1,2 og 3, har angivet ikke at være omfattet af udelukkelsesgrunden i §137, stk. 1 nr. 5.

Frederiksberg Kommune har i løbet af prækvalifikationsprocessen fået oplyst at Herlev Kommune har ophævet rengøringskontrakten indgået med KN-rengøring, grundet væsentligt misligholdelse. Frederiksberg kommune er således blevet i tvivl om, hvorvidt KN-rengøring er omfattet af udelukkelsesgrunden i §137, stk. 1 nr. 5 og har derfor taget kontakt til Herlev kommune for at foretage en kontrol af dette. Herlev kommune bekræfter skriftligt, at kontrakten er ophævet ved brev dateret 19. august 2021 grundet væsentlig misligholdelse herunder manglende kvalitet i ydelseslevering og manglende opfølgning på fejl og mangler. Frederiksberg kommune har fået tilsendt dokumentation herfor.

Det er på baggrund heraf vores vurdering at KN-rengøring er omfattet af nedenstående udelukkelsesgrund.

§ 137, stk 1, nr 5 ...

Self Cleaning.

I henhold til udbudslovens paragraf § 138, stk. 3, skal følgende forhold være opfyldt for at ansøger efter en Self Cleaning proces kan betragtes som pålidelig og på trods af omfattelsen af udelukkelsesgrunden alligevel komme i betragtning til en prækvalificering:

...

KN-rengøring bedes forholde sig til de tre ovennævnte forhold, men have særligt fokus på at redegøre for forholdene og omstændighederne omkring den væsentlige misligholdelse, samt hvilke passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger der vil blive taget for at forebygge at lignende væsentlig misligholdelse forekommer igen.”

KN Rengøring fremsendte ved e-mail af 12. august 2022 til Frederiksberg Kommune sin redegørelse af samme dato for pålidelighed vedlagt bilag 1-4. I redegørelsen står der bl.a. følgende:

”Ad (1) Erstatning, jf. Udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 1)

...

Jeg skal i den anledning oplyse, at KN Rengøring ikke ved dom eller administrativ afgørelse er blevet pålagt at betale erstatning til Herlev Kommune. Herlev Kommune har endvidere alene opgjort et foreløbigt erstatningskrav over for KN Rengøring, som KN Rengøring bestrider i det hele.

...

KN Rengøring kan ikke som betingelse for self-cleaning pålægges at betale en bestridt erstatning til en anden ordregiver under henvisning til en uberettiget ophævelse. KN Rengøring skal derfor foretage self-cleaning på dette punkt ved at tilkendegive, at KN Rengøring til enhver tid vil betale den erstatning, som voldgiftsretten efterfølgende måtte tilkende Herlev Kommune, såfremt kommunens ophævelse mod forventning findes berettiget.

...

Ad Forebyggende foranstaltninger, jf. Udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3)

...

KN Rengøring har ikke overtrådt Straffeloven. I forhold til det faktiske ophævelsesgrundlag i Herlev Kommunes ophævelsesskrivelse af 19. august 2021 har KN Rengøring iværksat en række konkrete forebyggende foranstaltninger med henblik på at undgå tilsvarende faktiske omstændigheder i fremtiden.

./. Disse forebyggende foranstaltninger kan sammenfattes i vedhæftede Driftsformat for den Offentlige sektor af 16. maj 2022 (Bilag 4).

Driftsformatet indeholder KN Rengørings generelle og gennemgribende opstramninger på alle forhold af betydning for leveringen af offentlige rengøringsydelser, og driftsformatet har herunder til formål at sikre hurtig opfølgning, korrektioner og forebyggelse af fejl og gentagelser. Driftsformatet omfatter også samtlige faktiske omstændigheder, der er påberåbt af Herlev Kommune som grundlag for ophævelsen den 19. august 2021.

Driftsformatet er implementeret i organisationen, og efterleves i praksis.

Frederiksberg Kommune har anmodet KN Rengøring om at ”have særligt fokus på at redegøre for forholdene og omstændighederne omkring den væsentlige misligholdelse” med oplysning om hvilke ”passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger, der vil

blive taget for at forebygge, at lignende væsentlig misligholdelse forekommer igen”.

KN Rengøring forstår dette således, at KN Rengøring dermed skal adressere Herlev Kommunes påberåbte ophævelsesgrunde i kommunens ophævelsesskrivelse af 19. august 2021 uanset, at KN Rengøring allerede med implementeringen af sit Driftsformat har gennemført alle relevante tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge samtlige typer af fejl og forsømmelser, der er påberåbt i Herlev Kommunes ophævelsesskrivelse.

Herlev Kommune oplyste ikke i sin ophævelsesskrivelse de konkrete misligholdelsesgrunde, men begrænsede sig til alene at anføre, at kontrakten ifølge kommunens opfattelse var væsentligt misligholdt "[...] som følge af de mangelfulde ydelsers beskaffenhed, misligholdelsens karakter og gentagelse samt misligholdelsens væsentlige negative betydning for Herlev Kommune [...]. Ophævelsesbegrundelsen fremstår dermed indholdsløs og alene som en gentagelse af de generelle kriterier for konstatering af væsentlig misligholdelse i kontraktens § 33, 2. afsnit.

Herlev Kommune vedlagde til sin ophævelsesskrivelse bilag 3, der udgør ”en samlet oversigt over de siden kontraktens opstart gennemførte kvalitetskontroller”. Denne oversigt indeholder dog ingen angivelse af påberåbte udførelsesmangler.

Endvidere vedlagde Herlev Kommune til ophævelsesskrivelsen bilag 2, der udgør dokumentation for gennemførelsen af nedenstående 10 kontrolmålinger i perioden 12. – 17. august 2021:

- (i) Troldeмосen, Sortemosevej 1C, 2730 Herlev. Kvalitetskontrol af rengøring foretaget 12/08/2021
- (ii) Elverhuset, Tornerosevej 66, 2730 Herlev. Kvalitetskontrol af rengøring foretaget 12/08/2021
- (iii) Kildespring, Perikumhaven 20, 2730 Herlev. Kvalitetskontrol af rengøring foretaget 12/08/2021
- (iv) Solsikken, Herlevgårdsvej 21, 2730 Herlev. Kvalitetskontrol af rengøring foretaget 12/08/2021
- (v) Områdeinstitution Dildhaven, Dildhaven 27-29, 2730 Herlev. Kvalitetskontrol af rengøring foretaget 13/08/2021
- (vi) Socialt værested, Herlev Hovedgade 145 - 151, 2730 Herlev. Kvalitetskontrol af rengøring foretaget 13/08/2021
- (vii) Lærkegård Center, Persillehaven 28C, 2730 Herlev. Kvalitetskontrol af rengøring foretaget 16/08/2021
- (viii) Botilbud Højsletten, Højsletten 41, 2730 Herlev. Kvalitetskontrol af rengøring foretaget 16/08/2021



- (ix) Herlevgaard Center, Herlevgårdsvej 3, 7, 2730 Herlev. Kvalitetskontrol af rengøring foretaget 17/08/2021
- (x) Lille Birkholm Center, Sennepshaven 2, 2730 Herlev. Kvalitetskontrol af rengøring foretaget 17/08/2021

...

Kvalitetsrapporterne omfatter 294 påståede udførelsesmangler fordelt på nedenstående mangelkategorier. Kvalitetskontrollerne er udført på 8 lokationer ud af 68 udbudte lokationer. med en udbudt årlig kontraktsum på DKK 24 mio.

Antal registreringer									
Dato/Lokation/Bygning/Etage	Kalk	Pletter	Påfyldning	Spindelvæv	Striber	Sov	Fladesnavs	Løst snavs	I alt
12-08-2021	3	25		5	1	16	20	21	91
Elverhuset, Tomerosevej 66,		9		1		7	7	7	31

Antal registreringer									
Dato/Lokation/Bygning/Etage	Kalk	Pletter	Påfyldning	Spindelvæv	Striber	Sov	Fladesnavs	Løst snavs	I alt
2730 Herlev									
Bygning 1									
Stuen		9		1		7	7	7	31
Kildespring, Perikumhaven 20,									
2730 Herlev	2	7		2		1	8	8	28
Bygning 1									
Stuen	2	7		2		1	8	8	28
Solsikken, Herlevgårdsvej 21,									
2730 Herlev	1	4				4	2	1	12
Bygning 1									
Stuen	1	4				4	2	1	12
Troldmosen, Sortemosevej 1C,									
2730 Herlev		5		2	1	4	3	5	20
Bygning 1									
Stuen		5		2	1	4	3	5	20
13-08-2021	11	27		3	3	13	27	15	99
Områdeinstitution Dildhaven, Dildhaven 27-29,									
2730 Herlev	8	17		1	2	9	19	10	66
Bygning 1									
1. Sal	2	1					3	3	9
2. Sal	2	2			1	1	4		10
3. Sal		4			1	4	7	4	20
Kælder	1	3		1		1	4	2	12
Stue	3	7				3	1	1	15
Socialt værested, Herlev Hovedgade 145 - 151,									
2730 Herlev	3	10		2	1	4	8	5	33
Bygning 1									
Stuen	1	2				1	3	1	8
Bygning 2									
Stuen	1	1			1		1	1	5
Bygning 3									
Stuen		3				1	1		5
Bygning 4									
Kælder				1					1
Stuen						2	2		4
Bygning 5									
Stuen	1	4		1			1	3	10
16-08-2021	3	11		1	1	12	6	4	38
Botilbud Højsletten, Højsletten 41,									
2730 Herlev	3	8		1	1	10	2	1	26
Bygning 1									
Stue	3	8		1	1	10	2	1	26
Lærkegård Center, Persillehaven 28C,									
2730 Herlev		3				2	4	3	12

Antal registreringer		Kalk	Pletter	Påfyldning	Spindelvæv	Striber	Støv	Fladesnavs	Løst snævs	I alt
Dato/Lokation/Bygning/Etage										
	Bygning 1									
	Stue		3				2	4	3	12
17-08-2021		5	25	1	2		6	15	12	66
	Herlevgaard Center, Herlevgårdsvej 3, 7, 2730 Herlev	3	21		1		4	11	7	47
	Bygning 1									
	1. Sal	1	1				2			4
	Kælder		2					1	1	4
	Stue	1	3		1			3	3	11
	Stuen	1	15				2	7	3	28
	Lille Birkholm Center, Sennepshaven 2, 2730 Herlev	2	4	1	1		2	4	5	19
	Bygning 1									
	1. Sal		2	1	1			1	3	8
	2. Sal	1	1				2	3	2	9
	Stuen	1	1							2
I alt		22	88	1	11	5	47	68	52	294

KN Rengøring bestrider langt hovedparten af de af Herlev Kommune påberåbte udførelsesmangler, lige som KN Rengøring bestrider, at de udførte kvalitetsmålinger opfylder kravene til gennemførelse af kvalitetsmålinger i den ophævede rengøringskontrakt. Dette vil også være genstand for KN Rengørings kommende voldgiftssag mod Herlev Kommune.

Imidlertid er KN Rengørings Driftformat implementeret i virksomheden efter Herlev Kommunes ophævelse som en generel foranstaltning, der som anført ovenfor også vil forebygge de påberåbte typer af udførelsesmangler i kvalitetsrapporterne.

Jeg skal særligt henlede opmærksomheden på KN Rengørings indkøringssprocedurer ved opstart af nye opgaver, jf. Driftsformatets punkt 1a) og 1b) samt punkt 3 om KN Rengørings uddannelse og oplæring af medarbejdere og punkt 5.1 – 5.4 om KN Rengøringskvalitetssikring og egenkontrol, der samlet set vil fange sådanne mangler, som er påberåbt af Herlev Kommune i kommunens ophævelsesskrivelse af 19. august 2021, ikke mindst ved effektiv og konsekvent opfølgning over for alle konstaterede eller rapporterede mangler.”

I KN Rengørings ”Driftformat - Offentlig Sektor”, version 1.1 af 16. maj 2022, som der henvises til i redegørelsen, står der bl.a.:

”Dette dokument beskriver det anvendte driftsformat i KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen (CVR-nummer 19 73 25 84, kaldet KN Rengøring) til brug for udførelse og kvalitetssikring af rengøringsydelser for den offentlige sektor.

Driftsformatet har til formål at sikre korrekt og aftalemæssige udførelse af rengøringsopgaver samt hurtig opfølgning, korrektioner og forebyggelse af fejl og gentagelser gennem følgende overordnede indsatser:

...

## 1. Tidsplaner og opstart

KN Rengøring skal ved overtagelse af rengøringsopgaver efter leverandørsift sikre sig, at overgangen til en ny kontraktperiode i videst muligt omfang sker uden svigt og mangler i rengøringsydelserne. I forbindelse hermed fokuserer KN Rengøring på følgende perioder:

### a) Forberedelsesperioden fra kontraktunderskrift til opstart:

...

KN Rengørings medarbejdere skal have gennemført et grundlæggende introduktionskursus inden opstart hos kunden. Kurset skal som minimum bibringe medarbejderen kundskaber i brug af rengøringsmidler, metoder, ergonomi og sikkerhed. Herudover skal medarbejderne inden opstart have modtaget nødvendig instruktion om forholdene hos kunden, herunder om rengørings-tekniske forhold og forhold vedrørende sikkerhed, adgang og fejlmeldingssystemer m.v.

### b) Indkøringsperioden frem til ordinær drift.

...

Senest 4 uger efter opstart skal KN Rengøring endeligt have fastlagt og implementeret alle nødvendige arbejdsplaner, herunder planer for udførelse af periodiske opgaver.

...

Hvor kunden har specificeret INSTA 800 kvalifikationer, skal samtlige berørte medarbejdere have gennemført INSTA 800 uddannelse inden udgangen af indkøringsperiode. KN skal bringe alle lokaler op til aftalte INSTA niveauer, der er fastsat af kunden.

...

## 2. Samarbejde og ledelse

...

KN Rengøring skal etablere en fast ledelse af sin medarbejderstab al-  
lokeret til udførelse af aftalte rengøringsydelse på kundens lokalite-  
ter. Den faste ledelse skal kunne kontaktes af kunden i fastlagte ser-  
vicevinduer, ofte i tidsrummet kl. 7 - 15.

...

### 3. Personale

...

KN Rengøring skal overholde miljø- og arbejdsmiljølovgivning og –  
regler og sikre, at der ved rengøringsydelse anvendes  
tidssvarende og ergonomisk korrekt materiel. KN Rengøring skal  
sørge for, at rengøringsmedarbejderne bliver uddannet og trænet i  
korrekte metoder og arbejdsprocesser samt i korrekt brug af materiel  
og midler, således at medarbejderne altid har solid indsigt i, hvorledes  
rengøringsydelse kan udføres uden, at dette afstedkommer skade-  
gørende belastning, nedslidning, arbejdsskader og arbejdsbetingede  
lidelser.

KN Rengøring skal altid have uddannelsesplaner omfattende

- a) grundlæggende introduktion
- b) instruktion på stedet
- c) efteruddannelse
- d) videreuddannelse

KN Rengørings medarbejdere skal, inden de påbegynder udførelse af  
aftalte opgaver for kunden, have gennemført et grundlæggende intro-  
duktionskursus. Kurset skal som minimum bibringe medarbejderen  
kundskaber i brug af rengøringsmidler, metoder, ergonomi og sikker-  
hed. Herudover skal medarbejderne forinden opstart have modtaget  
nødvendig instruktion om forholdene hos kunden. Se om opstart  
ovenfor.

KN Rengørings personale skal altid være uddannet i brugen af rengø-  
ringsmidler, herunder instrueret i korrekt dosering, brug og bortskaf-  
felse af rengøringsmidler. Formålet med dette skal være at forebygge  
unødige miljø- og arbejdsmiljøbelastninger.

...

### 5. Kvalitetssikring

...

#### 5.1 Egenkontrol

Type	Ansvarlig	Frekvens	Omfang
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Servicemedarbejdere.</li> <li>▪ Egenkontrol.</li> <li>▪ Via smartphone.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Alle servicemedarbejdere.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Daglig.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Hele området.</li> <li>▪ Skala: Udført / ikke udført.</li> <li>▪ Afvigelser korrigeres straks, inden området forlades.</li> </ul>

Egenkontrol for servicemedarbejderen skal ske dagligt, hvor denne, foruden visuel kontrol af eget udført arbejde, tillige skal omfatte registrering af en række generelle og overordnede egenkontrolpunkter, der omfatter hele medarbejderens område.

Fokus for egenkontrollen skal være på overflader og objekter, der indgår i den daglige rengøring, herunder affaldstømning, placering af møbler, rengøring af overflader, døre og karme, lyskontakter, sanitet, gulvflader mv.

Ved bygningsafvigelser, hærværk og skader, uhensigtsmæssige mangler ved oprydning mv., skal egenkontrollen omfatte fotoregistrering af dette.

## 5.2 Stationær ledelseskontrol

Type	Ansvarlig	Frekvens	Omfang
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Stationære tilsynsførendes daglige kontrol.</li> <li>▪ Via smartphone.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Stationære tilsynsførende.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Daglig.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Et helt medarbejderområde eller stikprøvekontroller samt ved konstaterede/ rapporterede afvigelser.</li> <li>▪ Skala: Udført / ikke udført.</li> <li>▪ Afvigelser korrigeres inkl. re-instruktion af medarbejder.</li> <li>▪ Efter behov tilkaldes medarbejder fra det fast tilknyttede back-up korps til afhjælpning.</li> </ul>

Den stationære tilsynsførende skal udføre daglige kontroller, der omfatter et helt medarbejderområde, stikprøvekontroller på basis af behovsvurdering samt kontroller i forbindelse med konstaterede/rapporterede afvigelser.

Antallet af kontrollerede lokaler skal fastlægges afhængig af lokale-massens sammensætning i det udvalgte område.

Kontrollen skal omfatte alle medarbejderområder med en frekvens på 3-4 gange per måned.

Hvis der registreres afvigelser eller faldende kvalitet, skal kontrollen af det relevante område intensiveres over minimum 5 arbejdsdage. Dette gælder ligeledes ved afløsning.

Kontrollerne skal afstemmes med servicelederen.

### 5.3 Serviceleders stikprøvekontrol

Type	Ansvarlig	Frekvens	Omfang
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Servicelederens stikprøvekontrol.</li> <li>▪ Via smartphone.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Serviceleder.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Successivt, mellem totalkontroller.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ 10-20% af samlet lokalemasse.</li> <li>▪ Skala: F.eks.1-4 (meget utilfredsstillende, utilfredsstillende, tilfredsstillende, meget tilfredsstillende).</li> <li>▪ Afvigelser korrigeres inkl. re-instruktion af medarbejder.</li> <li>▪ Efter behov tilkaldes medarbejder fra det fast tilknyttede back-up korps til afhjælpning.</li> </ul>

Serviceleders stikprøvekontrol skal ske ved kontrol af successive kvalitetsprøveudtagninger med fokus på særligt belastede lokaler og områder, herunder adgangsveje, reception, mødelokaler, lokaler med særlig anvendelse, sanitære lokaler samt områder, hvor der spises.

Kontrollen skal omfatte rapporterede eller konstaterede afvigelser, og ved afløsning skal gennemføres daglig, intensiveret kvalitetskontrol i samarbejde med tilsynsførende, typisk af hele medarbejdsområder.

Hvis der ikke er behov for intensiveret kontrol af bestemte områder, gennemføres kontrollen på basis af en aktuel behovsvurdering, efter aftale med kunden eller på basis af statistisk tilfældighedsudvælgelse. Servicelederen skal gennemføre stikprøvekontroller mindst 1 - 2 gange månedlig, placeret imellem totalkontrollerne.

Den dokumenterede stikprøvekontrol skal tilgå kunden via KN Rengørings digitale platform, Portalen.

### 5.4 Serviceleders totalkontrol

Type	Ansvarlig	Frekvens	Omfang
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Servicelederens overordnede totalkontrol.</li> <li>▪ Via smartphone.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Serviceleder.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Mindst 1 gang per måned.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Alle lokaler.</li> <li>▪ Skala: F.eks.1-4 (meget utilfredsstillende, utilfredsstillende, tilfredsstillende, meget tilfredsstillende).</li> <li>▪ Afvigelser korrigeres inkl. re-instruktion af medarbejder.</li> <li>▪ Efter behov tilkaldes medarbejder fra det fast tilknyttede back-up korps til afhjælpning.</li> </ul>

Serviceleders systematiske totalkontrol af den samlede bygningsmasse skal gennemføres som en fælles kontrol med kunden. Kontrollen skal omfatte alle daglige og periodiske opgaver med specifik reference til aftalte udførelseskrav og frekvenser samt pleje- og vedligeholdsplaner. Kontrollen skal fokusere på alle relevante objekter og overflader, herunder inventar, bygningsdele, sanitet og gulvflader.

Den dokumenterede totalkontrol skal tilgå kunden via KN Rengørings digital platform, Portalen.”

I forbindelse med Frederiksberg Kommunes vurdering af, hvorvidt KN Rengøring var omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, udfærdigede kommunen et internt notat af 9. september 2022, hvoraf bl.a. fremgår:

”På baggrund af materiale sendt fra Herlev Kommune den 8. august og 2. september 2022 har Frederiksberg Kommune vurderet, at KN Rengøring er omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1 nr. 4. (tidligere §137 stk. 1, nr. 5)

...

Formålet med notatet er at redegøre for følgende forhold:

- A) Frederiksberg Kommunes vurdering af, om KN Rengøring væsentligt har misligholdt kontrakten med Herlev Kommune og derfor er omfattet af udbudslovens §137, stk. 1 nr. 4 (tidligere § 137, stk. 1, nr. 5).
  - B) Frederiksberg Kommunes vurdering af, om KN Rengøring betragtes som pålidelig, jf. udbudslovens §138 på baggrund af det fremsendte materiale .
- A. Har KN Rengøring væsentligt misligholdt kontrakten med Herlev kommune?

Frederiksberg Kommune har med udgangspunkt i Herlev Kommunes advokat (Bech-Bruun Advokatpartnerselskab P/S (herefter ”Bech-Bruun”)) brev om opsigelse af kontrakten med KN Rengøring foretaget en selvstændig og kritisk gennemgang af grundlaget for ophævelsen af kontakten. Derudover har Frederiksberg Kommune rettet henvendelse til kommunens advokat, Poul Schmith/Kammeradvokaten I/S (herefter ”Poul Schmith”) og bedt om deres vurdering af sagen. Poul Schmiths vurdering understøtter Frederiksberg Kommunes vurdering.

Det er Frederiksberg Kommunes vurdering, at Herlev Kommune ud fra de modtagne oplysninger har overholdt den kontraktuelle procedure for ophævelse herunder § 30 stk. 3 og § 33 i kontrakten mellem Herlev Kommune og KN Rengøring.

Frederiksberg Kommune kan konstatere, at Herlev Kommune to gange inden for et halvt år har konstateret væsentlig misligholdelse i KN Rengørings arbejde, og rettidigt har gjort KN Rengøring opmærksom på misligholdelsen. Bech-Bruun har på vegne af Herlev Kommune sendt et brev til KN Rengøring om ophævelsen af kontrakten med henvisning til væsentlig misligholdelse den 19. august 2022. Forud herfor har Herlev Kommune fremsendt brev til KN Rengøring om væsentlig misligholdelse den 26. marts 2021.

Frederiksberg Kommune kan endvidere konstatere, at der forud for afsendelsen af de to breve er foretaget kvalitetskontroller af uvildig tredje part jf. kontraktens §§ 27 og 28. Kvalitetskontrol-rapporterne fra Dansk Service Rådgivning (herefter ”DSR”) dækker perioderne fra den 10.-17. august (2021) og den 15.-26. marts (2021) som ligger umiddelbart før afsendelsen af brevene.

#### Resultater af uvildig kontrol.

DSR Kvalitetskontrol 10-17 august 2021			DSR Kvalitetskontrol 15.-25. marts 2021		
12. august	Troldemosen	2 stjerner	15. marts	Hyldemosen	3 stjerner
12. august	Elverhuset	3 stjerner	15. marts	Troldemosen	3 stjerner
12. august	Kildespring	3 stjerner	15. marts	Eventyrhuset	3 stjerner
12. august	Solsikken	3 stjerner	15. marts	Kildespring	3 stjerner
13. august	Områdeinstitution Dildhaven	1 stjerne	15. marts	Lille Birkholm Center	2 stjerner
13. august	Socialt Værested	3 stjerner	17. marts	Lindehaven afd. Højen	3 stjerner
16. august	Lærkegård Plejecenter	3 stjerner	17. marts	Lindehaven afd. Lyngen	3 stjerner
16. august	Botilbud Højsletten	3 stjerner	17. marts	Herlevgård	3 stjerner
17. august	Plejecenter	2 stjerner	17. marts	Herlevgård Plejecenter	3 stjerner
17. august	Lille Birkholm Center	3 stjerner	19. marts	Børne & Ungdomsskolen (Kildegård)	3 stjerner
			25. marts	Elverhuset	3 stjerner
			25. marts	Lærkegård Center	2 stjerner



Pointskala, jf. kontraktens § 28.

...

I begge perioder hvor DSR har foretaget kontrol er der flere institutioner, der falder ud med tre stjerner eller derunder. Det betyder, at der er konstateret mange mangler i forhold til det i kontrakten aftalte kvalitetsniveau, og i flere tilfælde også grove/væsentlige mangler.

Ud over de nævnte forhold har Herlev Kommune i forbindelse med driften, jf. kontraktens § 26 og § 29, konstateret løbende fejl og mangler samt udeblivelse, der ikke er blevet udbedret inden for den af Herlev fastsatte tidsfrist.

De mange fejl og mangler, heraf nogle grove, i forhold til det aftalte kvalitetsniveau vurderes af Herlev Kommune samlet set at udgøre en væsentlig misligholdelse af kontrakten. Ud fra de foreliggende oplysninger og efter en selvstændig vurdering er Frederiksberg Kommune enig i denne vurdering.

#### Delkonklusion

Frederiksberg Kommune vurderer, med baggrund i ovenstående, at KN Rengøring har væsentligt misligholdt kontrakten med Herlev Kommune, og at ophævelsen er berettiget. KN Rengøring vurderes således at være omfattet af §137, stk. 1 nr. 4 (tidligere § 137, stk. 1, nr. 5) om væsentlig misligholdelse af tidligere offentlig kontrakt. I prækvalifikationsbetingelserne afsnit 4.2 fremgår det, at ordregiver vil udelukke ansøgere som værende omfattet af ovenstående udelukkelsesgrund, medmindre KN Rengøring kan fremlægge dokumentation for at være pålidelig.

#### B. Har KN Rengøring fremlagt dokumentation for at være pålidelig?

I henhold til udbudslovens § 138 stk. 3, skal ordregiver vurdere en ansøger eller tilbudsgiver som pålidelig, selvom denne er omfattet af en udelukkelsesgrund, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren:

1. i fornødent omfang har ydet erstatning, denne er blevet pålagt, eller har påtaget sig at yde erstatning for eventuelle tab som følge af sine handlinger omfattet af udelukkelsesgrundene, jf. §§ 135-137,
2. i fornødent omfang har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne, og

3. har truffet passende, konkrete, tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene.

Ad 1)

Det fremgår af de bilag, som KN Rengøring har fremlagt i deres meddelelse som dokumentation for at være pålidelig, at Herlev Kommune har rettet et krav på ca. kr. 7 mio. mod KN Rengøring.

KN Rengøring bestrider gyldigheden af ophævelsen af kontrakten men oplyser, at de vil betale erstatning, såfremt de bliver dømt hertil i en voldgiftssag. Herlev Kommune bekræftede den 5. september 2022, at ingen af parterne endnu har anlagt en voldgiftssag om forholdet, og at KN Rengøring ikke har betalt den krævede erstatning. KN har påtaget sig en standpunktsrisiko ved ikke at betale Herlev Kommunes krav i forbindelse med ophævelsen, hvilket betyder at betingelsen i § 138, stk. 3, nr. 1 ikke er opfyldt.

...

Ad 3)

KN Rengøring fremhæver kort i deres meddelelse vedrørende dokumentation for pålidelighed, at de har implementeret forebyggende foranstaltninger, som er sammenfattet i notatet "Driftformat for den Offentlige sektor". Notatet indeholder ikke mange detaljer, og KN Rengøring beskriver ikke, hvorvidt der har været en reorganisering af medarbejdere eller ledelse, som er påkrævet for at sikre imod at den væsentlige misligholdelse i Herlev Kommune gentager sig. Det fremgår dog, at der er implementeret et system for løbende afrapportering og tilbagemeldinger til kunden om fejl. Derudover beskriver KN Rengøring deres brug af forskellige former for kontrolsystemer, herunder egenkontrol, ledelseskontrol, stikprøvekontrol og totalkontrol. Forholdene er inddraget i vurderingen af, om betingelsen er opfyldt.

Samlet set er det Frederiksberg Kommunes vurdering, at KN Rengøring ikke klart har beskrevet, hvorvidt der er truffet passende, konkrete, tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser.

Delkonklusion

Frederiksberg Kommune har på baggrund af ovenstående vurderet, at KN Rengøring ikke har dokumenteret, at de er pålidelige jf. udbudslovens §138 stk. 4 idet KN Rengøring ikke har ydet erstatning for den erstatning Herlev kommune har krævet (ad.1) og KN Rengøring ikke i tilstrækkelig

grad har redegjort for den reorganisering af ledelse og medarbejdere der er nødvendig for at undgå yderligere forsømmelser (ad 3).”

Ved brev af 9. september 2022 til KN Rengøring meddelte Frederiksberg Kommune, at kommunen havde besluttet at udelukke KN Rengøring fra udbuddet.

I brevet står der bl.a.:

”... da Frederiksberg Kommune vurderer, at KN Rengøring i forbindelse med ophævelse af kontrakt i Herlev Kommune er omfattet af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (tidligere § 137, stk. 1, nr. 5), jr. prækvalifikationsbetingelsernes afsnit 4.2.

...

Frederiksberg Kommune har været i kontakt med Herlev Kommune og indhentet dokumentation om baggrunden for ophævelsen. På baggrund af materialet har Frederiksberg Kommune vurderet, at kontrakten med Herlev Kommune er blevet væsentligt misligholdt.

I vurderingen af den væsentlige misligholdelse har Frederiksberg Kommune konstateret, at Dansk Servicering som uvildig tredjepart både i marts og august 2021 har leveret servicereporteringer, der dokumenterer, at KN Rengøring væsentligt har misligholdt kontrakten med Herlev Kommune.

Ligeledes har Herlev Kommune jf. kontraktens § 26 og § 29 konstateret løbende fejl og mangler, udeblivelser samt manglende udbedring indenfor de af Herlev Kommune fastsatte tidsfrister. Forholdene bidrager til Frederiksberg Kommunes vurdering af, at KN Rengøring har væsentligt misligholdt kontrakten med Herlev Kommune.

Frederiksberg Kommune har i henhold til udbudslovens § 138 givet KN rengøring mulighed for at dokumentere pålidelighed og har i den forbindelse modtaget et partshøringsbrev fra Publicure på vegne af KN Rengøring den 12. august 2022.

...

Frederiksberg kommune kan konstatere, at Herlev Kommune ikke har modtaget erstatning for de tab, som kommunen mener, at KN Rengøring har påført dem. Ifølge Herlev Kommune udgør det samlede tab omkring 7 mio. kr. Imidlertid afviser KN Rengøring at betale erstatning, før der er truffet afgørelse i den verserende voldgiftssag mellem Herlev Kommune og KN Rengøring. KN påtager sig hermed en standpunktsrisiko, der samtidig betyder, at § 138, stk. 3, nr. 1 ikke er opfyldt.

Til brug for opfyldelsen af betingelsen i § 138, stk. 3, nr. 3, om at træffe konkrete, tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere forsømmelser, har KN Rengøring vedlagt notatet ”Driftsformat for den offentlige sektor”. Her beskrives forskellige former for kontrolsystemer, herunder egenkontrol, ledelseskontrol, stikprøvekontrol og totalkontrol, men det er ikke nærmere beskrevet, hvilke personalemæssige og organisatoriske foranstaltninger, der er truffet med henblik på at undgå misligholdelse fremadrettet.

Det er Frederiksberg Kommunes vurdering, at KN Rengøring samlet set ikke klart har beskrevet, hvorvidt der er truffet passende, konkrete, tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser, hvorfor § 138, stk. 3, nr. 3, ikke er opfyldt.

På baggrund af ovenstående er det Frederiksberg Kommunes vurdering, at dokumentationen for pålidelighed, til trods for at være omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (tidligere § 137, stk. 1, nr. 5), i henhold til udbudslovens § 138, stk. 3 er utilstrækkelig. Frederiksberg Kommune skal derfor meddele, at KN Rengøring er udelukket fra at deltage i udbuddet i henhold til prækvalifikationsbetingelserne afsnit 4.2, hvor det fremgår, at ordregiver vil udelukke leverandører, der er omfattet af de angivne frivillige udelukkelsesgrunde.”

#### *Herlev Kommunes kontrakt med KN Rengøring og ophævelsen af denne*

Med ikrafttræden den 1. februar 2021 indgik KN Rengøring og Herlev Kommune den 11. november 2020 kontrakt om rengøringservice og vinduespolering for Herlev Kommune, der var blevet udbudt ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 135-332591 af 13. juli 2020. Af kontrakten fremgår bl.a.:

#### ”§ 3 Kontraktens ydelser og omfang

Leverandøren skal levere ydelserne med den kvalitet, som fremgår af nærværende kontrakt. Det påhviler således leverandøren at levere de ydelser, der er beskrevet i nærværende kontrakt således, at alle krav og beskrivelser, der fremgår af kontrakten, herunder som kravspecificeret i de tilhørende kontraktbilag 1-3, til enhver tid opfyldes.

...

#### § 6 Leverandørens kvalitet

Leverandøren skal levere ydelser som kravspecificeret i kontrakten og herunder særligt som kravspecificeret i kontraktbilag 3.

Leverandøren er forpligtet til at levere kontraktmæssig ydelse i overensstemmelse med de løsninger og redegørelser som leverandøren har afgivet på kontraktbilag 4B - Leverandørens kvalitet og kontraktbilag 4C - Leverandørens arbejdsmiljøfremmende teknologi/bæredygtig leverance.

Manglende opfyldelse og efterlevelse af det af leverandøren tilbudte i henholdsvis kontraktbilag 4B og 4C vil være at betragte som misligholdelse og behandles i henhold hertil som anført i kontraktens § 30.

...

#### § 25 Leverandørens kvalitetskontrol

Leverandøren skal sikre, at der til enhver tid leveres rengøringservice i den kvalitet, som er kravspecificeret i kontrakten. Krav til leverandøren for fastholdelse af det fastlagte kvalitetsniveau på den udbudte rengøringservice:

- Egenkontrol skal udføres dagligt af den enkelte rengøringsassistent (dette kræver uddannelse samt indgående kendskab til servicekrav i eget område).
- Kontrol skal udføres af den stationære arbejdsleder (hvor stationær arbejdsledelse er påkrævet) minimum én gang ugentligt. Denne kontrol udføres på tværs af alle områder og omfatter ligeledes styring af periodiske opgaver. Der foretages mundtlig afmelding til lokationens kontaktperson.
- Kontrol skal udføres minimum månedligt af den ansvarlige leder (alle lokationer) og skal resultere i en skriftlig afrapportering til ordregiver/den enkelte lokation.
- Deltagelse i servicemøder med lokationens leder/kontaktperson i henhold til aftale (dog min. 1 gang månedligt) og efter behov.
- Deltagelse i møder på beslutningstagerniveau (ordregivers ledelse eller repræsentanter for denne/leverandørens ledelse) i henhold til nærmere aftale (dog min. 1 gang i kvartalet) samt efter behov.
- Egenkontrol af vinduespolering skal foretages i forbindelse med arbejdets udførelse. Leverandøren skal aflevere en skriftlig kvittering for det udførte arbejde i henhold til nærmere aftale med lokationens kontaktperson. Manglende aflevering af skriftlig kvittering vil være at betragte som en mangel, jf. § 29.

...

#### § 27 Kvalitetskontrol ved fagligt kompetent 3. part

Ordregiver forbeholder sig ret til at få foretaget stikprøvebaseret kvalitetskontrol udført af fagligt kompetent 3. part i hele kontraktperioden.

Ordregiver udpeger og honorerer den 3. part, der gennemfører kvalitetskontrollen. Leverandøren har pligt og ret til at deltage i kvalitetskontrollen uden beregning. I tilfælde af, at leverandøren ikke deltager under kvalitetskontrollen, vil den gennemførte kvalitetskontrol fortsat være gyldig trods leverandørens fravær.

...

På baggrund af kvalitetskontrol udført i henhold til ovenstående udarbejdes der en skriftlig kvalitetskontrolrapport, med en samlet kvalitetsvurdering af den udførte rengøringsydelse.

Kvalitetskontrolrapporten indeholder som minimum:

...

- Afrapportering af, hvilke lokaler der blev kontrolleret
- Samlet bedømmelse af kvalitetsniveauet, jf. § 28

...

#### § 28 Kvalitetsbedømmelse og bod

På baggrund af kvalitetskontrol ved faglig kompetent 3. part i henhold til § 27 konkluderes der et samlet kvalitetsniveau for den leverede rengøringsydelse ud fra følgende:

- \*\*\*\*\* Tilfredsstillende  
*Ingen mangler*
- \*\*\*\* Generelt tilfredsstillende  
*Få mangler – gennemsnitligt på det i kontrakten aftalte kvalitetsniveau, men med enkeltstående mangler*
- \*\*\* Mindre tilfredsstillende  
*Flere mangler i forhold til det i kontrakten aftalte kvalitetsniveau*
- \*\* Utilfredsstillende  
*Mange mangler i forhold til det i kontrakten aftalte kvalitetsniveau heraf nogle grove/væsentlige mangler*
- \* Uacceptabelt  
*Mange grove/væsentlige mangler. Store dele eller hele det i kontrakten aftalte kvalitetsniveau ikke opnået*

Ved en samlet kvalitetsbedømmelse på under 5 stjerner er følgende gældende:

- \*\*\*\* Generelt tilfredsstillende: Leverandøren skal straks, dog senest 3 kalenderdage gældende fra kvalitetskontrolrapportens datering, udbedre de enkeltstående mangler og sikre rengøringskvaliteten fastholdes på 5 stjerner

- \*\*\* Mindre tilfredsstillende: Skriftlig handlingsplan (minimum indeholdende en oversigt over, hvordan leverandøren vil oprette de på kvalitetskontrollen konstaterede mangler samt en plan over tiltag, som sikrer, at rengøringskvaliteten fastholdes på 5 stjerner) fremsendes til ordregivers kontaktperson indenfor 3 arbejdsdage efter kvalitetskontrolrapportens datering. Leverandøren har 3 arbejdsdage gældende fra kvalitetskontrolrapportens datering til at udbedre de fundne mangler. Ordregiver kan herefter selv godkende udbedringerne. Hvis udbedringerne ikke er tilfredsstillende, kræves det, at samme 3. part kan dokumentere dette. Dokumenteres dette af samme 3. part, udløser det en bod på 10 % af stikprøvemånedens vederlag på den pågældende lokation.
- \*\* Utilfredsstillende: Skriftlig handlingsplan (minimum indeholdende en oversigt over, hvordan leverandøren vil oprette de på kvalitetskontrollen konstaterede mangler samt en plan over tiltag, som sikrer, at rengøringskvaliteten fastholdes på 5 stjerner) fremsendes til ordregivers kontaktperson indenfor 3 arbejdsdage efter kvalitetskontrolrapportens datering. Leverandøren har 3 arbejdsdage gældende fra kvalitetskontrolrapportens datering til at udbedre de fundne mangler. Ordregiver kan herefter selv godkende udbedringerne. Hvis udbedringerne ikke er tilfredsstillende, kræves det, at samme 3. part kan dokumentere dette. Dokumenteres dette af samme 3. part, udløser det en bod på 20 % af stikprøvemånedens vederlag på den pågældende lokation.
- \* Uacceptabelt: Skriftlig handlingsplan (minimum indeholdende en oversigt over, hvordan leverandøren vil oprette de på kvalitetskontrollen konstaterede mangler samt en plan over tiltag, som sikrer, at rengøringskvaliteten fastholdes på 5 stjerner) fremsendes til ordregivers kontaktperson indenfor 3 arbejdsdage efter kvalitetskontrolrapportens datering. Leverandøren har 3 arbejdsdage gældende fra kvalitetskontrolrapportens datering til at udbedre de fundne mangler. Ordregiver kan herefter selv godkende udbedringerne. Hvis udbedringerne ikke er tilfredsstillende, kræves det, at samme 3. part kan dokumentere dette. Dokumenteres dette af samme 3. part, udløser det en bod på 40 % af stikprøvemånedens vederlag på den pågældende lokation.

Gentagelsestilfælde, hvor der af den fagligt kompetente 3. part i henhold til § 27 gives to kvalitetsbedømmelser på \*, \*\* eller \*\*\* indenfor en løbende periode på 6 måneder (opgjort ved kvalitetskontrolrapporternes datering), vil udløse en bod i henhold til nedenstående. Bodden er uafhængigt af om mangler, konstateret i den første kvalitetskontrol i den løbende periode på 6 måneder, er udbedret og godkendt. En kvalitetskontrol iht. § 27, der tidligere har udløst en bod kan dog ikke indgå som en af de to kvalitetsbedømmelser i gentagelsestilfælde:

Ved to bedømmelser iht. § 27 inden for en løbende periode på 6 måneder. (Rækkefølgen i bedømmelserne er underordnet)		Der gives en bod på det månedlige vederlag på den pågældende lokation på:
Bedømmelse 1	Bedømmelse 2	
***	***	10 %
***	**	15 %
***	*	20 %
**	**	20 %
**	*	30 %
*	*	40 %

...

Bod i henhold til ovenstående er ikke til hinder for at der kan påberåbes misligholdelse i henhold til § 30.

### § 29 Fejl og mangler

#### Mangler:

Er ydelsen ikke udført tilfredsstillende i overensstemmelse med nærværende kontrakt, jf. § 3, uden at dette skyldes ordregivers forhold, eller forhold i øvrigt som ordregiver bærer risikoen for, foreligger der en mangel. Simple mangler (enkeltstående/begrænset omfang) kan eksempelvis være:

- Mangelfuld kvalitet i den udførte rengøring som er enkeltstående
- Utilfredsstillende rengøringsservice som følge af enkeltstående forseelser - fx manglende opfyldning af sæbedispenser, tømning af affaldsbeholdere o.l.
- Utilfredsstillende vinduespolering som følge af almindelige enkeltstående forseelser - fx striber på nogle af vinduerne efter polering

Såfremt der foreligger en mangel/mangler af grovere karakter, eller ved tre påtaler af samme type simpel mangel på den samme lokation i en løbende periode på 3 måneder, betragtes det som grove mangler og misligholdelse. I bedømmelsen af, hvorvidt der er tale om grove mangler, indgår ydelsens beskaffenhed, manglernes karakter, risiko for gentagelse, manglens betydning for ordregiver, samt omstændighederne i øvrigt.

#### Ordregivers anmeldelse af mangler:

Vil ordregiver (eller repræsentant for ordregiver) anmelde en mangel, skal ordregiver (eller repræsentant for ordregiver) give leverandøren meddelelse herom uden ugrundet ophold og senest 7 kalenderdage, efter at manglen er konstateret.



En mangel er anmeldt til leverandøren, når den er overleveret direkte personligt/telefonisk til leverandørens ansvarlig leder(e) eller leverandørens kontor eller på fremsendelsestidspunktet, hvis anmeldelsen sker elektronisk (pr. e-mail, via leverandørens kundeportal eller lignende). Mangler konstateret ved leverandørens kvalitetskontrol i henhold til § 25 er at betragte som automatisk anmeldt af ordregiver. Mangler konstateret ved kvalitetskontrol ved 3. mand i henhold til § 27 er anmeldt ved kvalitetskontrolrapportens fremsendelsestidspunkt til leverandøren.

#### Udbedringsfrist:

Konstaterede fejl og mangler skal udbedres straks og senest i henhold til nedenstående minimumsfrister:

- Alle mangler, simple som grove, skal udbedres af leverandøren hurtigst muligt og senest inden for 3 arbejdsdage efter manglen er anmeldt til leverandøren.
- Mangler, der er væsentlige for hygiejne og sundhed udbedres af leverandøren straks og senest inden for 12 timer efter manglen er anmeldt til leverandøren. Denne skærpe gælder altid ved mangler i følgende lokaletyper: Toilet, forrum til toilet, bad og køkkener), men er ikke begrænset dertil.

...

Mangler konstateret ved kvalitetskontrol ved 3. mand i henhold til § 27 skal uanset ovenstående være udbedret inden for 3 arbejdsdage efter kvalitetskontrolrapportens fremsendelsestidspunkt til leverandøren.

Udbedring af fejl og mangler skal udføres på en måde og med en sådan kvalitet, at alle krav i kontraktbilag 3: Kravspecifikation er opfyldt.

...

Sanktioner ved manglende udbedring eller færdigmelding af udbedring:  
Er de af ordregiver (eller repræsentant for ordregiver) anmeldte mangler ikke fuldstændigt udbedret og færdigmeldt inden for udbedringsfristen udløser det bod pr. anmeldelse i henhold til:

...

Mangler konstateret ved henholdsvis kontraktens § 25 og § 27 anses som én anmeldelse.

...

§ 30 Misligholdelse

...

Stk. 3. Såfremt misligholdelsen består i manglende betaling af vederlag eller manglende levering af kontraktmæssig ydelse eller anden misligholdelsesgrund, skal den forurettede part skriftligt påberåbe sig misligholdelse i henhold til denne paragraf, med oplysning om hvori misligholdelsesforholdet består, hvorefter den misligholdende part har højst 7 kalenderdage til at rette for sig. Sker dette ikke vil det være at betragte som væsentlig misligholdelse.

I gentagelsestilfælde hvor den forurettede part to eller flere gange skriftligt indenfor en løbende periode på 6 måneder har påberåbt sig misligholdelse i henhold til denne paragraf, vil det ligeledes være at betragte som væsentlig misligholdelse.

...

### § 33 Ophævelse

...

Kontrakten kan ophæves af ordregiver, hvis der foreligger en væsentlig misligholdelse fra leverandørens side. I bedømmelsen af misligholdelsens væsentlighed indgår udover § 30, stk. 3, ydelsens beskaffenhed, misligholdelsens karakter, risiko for gentagelse, misligholdelsens betydning for ordregiver, ordregivers eventuelle offentligretlige forpligtelse til at sørge for ydelsen, ophævelsens betydning for leverandøren samt omstændighederne i øvrigt.

...

Vil en kontraktpart ophæve kontrakten, skal denne uden ugrundet ophold og senest 10 kalenderdage, efter at den væsentlige misligholdelse eller andre ophævelsesgrunde er konstateret, give den anden kontraktpart skriftlig meddelelse herom.

I tilfælde af væsentlig misligholdelse eller andre ophævelsesgrunde kan kontrakten ophæves uden varsel.

...

### § 35 Konfliktløsning

Parterne skal søge alle konflikter løst ved direkte forhandling mellem sig. Hvis parterne ikke kan løse en konflikt ved direkte forhandling mellem sig, skal konflikten søges bilagt ved mediation ved Voldgiftsinstituttet (The Danish Institute of Arbitration) efter de af Voldgiftsinstituttet vedtagne regler herom, som er gældende ved indgivelsen af anmodningen om mediation.

Mediationen er ikke til hinder for, at en part anlægger voldgiftssag i overensstemmelse med det anførte nedenfor, eller indleder andre retslige skridt i anledning af den opståede tvist.

Hvis mediationen afsluttes, uden at tvisten er bilagt, skal tvisten afgøres ved voldgift ved Voldgiftsinstituttet efter de af Voldgiftsinstituttet vedtagne regler herom, som er gældende ved voldgiftsagens anlæg.

### § 36 Erstatning

Hver kontraktpart er erstatningsansvarlig efter dansk rets almindelige regler.

...

Derudover er leverandøren erstatningsansvarlig for indirekte tab, der har karakter af almindelig formueskade såsom driftstab, avancetab og lignende. Leverandørens samlede forpligtigelse over for ordregiver kan i den forbindelse ikke overstige DKK 2.000.000,- pr. begivenhed.

...

I øvrigt er leverandøren ansvarlig efter dansk rets almindelige regler om misligholdelse, herunder reglerne om forholdsmæssigt afslag, erstatningsansvar mv., og reglerne herom kan bringes i anvendelse samtidig således, at betaling af erstatning og forholdsmæssigt afslag mv. ikke udelukker hinanden.”

Ved brev af 26. marts 2021 til KN Rengøring påberåbte Herlev Kommune sig misligholdelse i henhold til kontraktens § 30. I brevet står der bl.a.:

”Vedr.: Misligholdelse i henhold til kontraktens § 30

...

Senest er der konstateret misligholdelse af kontrakten på følgende kvalitetskontroller gennemført af Dansk Serviceraådgivning i henhold til kontraktens § 27:

Dato:	Lokation:	Bedømmelse iht. kontraktens §28:
D. 15. marts 2021	Hyldemosen	3 stjerner
D. 15. marts 2021	Troldemosen	3 stjerner
D. 15. marts 2021	Eventyrhuset	3 stjerner
D. 15. marts 2021	Kildespring	3 stjerner
D. 15. marts 2021	Lille Birkholm Center	2 stjerner
D. 17. marts 2021	Lindehaven afd. Højen	3 stjerner
D. 17. marts 2021	Lindehaven afd. Lyngen	3 stjerner
D. 17. marts 2021	Herlevgård	3 stjerner
D. 17. marts 2021	Herlevgård Plejecenter	3 stjerner
D. 19. marts 2021	Borne & Ungdomsskolen (Kildegård)	3 stjerner
D. 25. marts 2021	Elverhuset	3 stjerner
D. 25. marts 2021	Lærkegård Center	2 stjerner

De konkrete mangler, der ligger til grund for kvalitetsbedømmelsen, fremgår af de respektive kvalitetsrapporter, som tidligere er fremsendt til KN Rengøring.

Vi skal samtidig påpege, at der siden kontraktstart 1. februar 2021 har været massive kvalitetsmæssige mangler, som løbende er blevet påtalt af Herlev Kommune blandt andet via møder med ledelsen i KN Rengøring. Som en yderligere dokumentation for misligholdelsens karakter vedlægges som bilag A en oversigt over omfanget af de konstaterede mangler konstateret på gennemførte kvalitetskontroller i henhold til kontraktens § 27 i perioden fra 4. februar 2021 til og med 25. marts 2021.

Herlev Kommune ser meget alvorligt på situationen med KN Rengørings misligholdelse af kontrakten, som har et omfang som Herlev Kommune ikke kan acceptere. Herlev Kommune ønsker imidlertid oprigtigt, at kontrakten med KN Rengøring fortsætter, men med fuld og varig kontrakt-opfyldelse. Følgende proces iværksættes derfor:

- 1) Senest 31. marts 2021 fremsender KN Rengøring en gennemarbejdet og detaljeret redegørelse for de organisatoriske, ressource- og kvalitetssikringsmæssige tiltag, KN Rengøring har og vil implementere med henblik på at sikre kontraktmæssig ydelse.
- ...
- 3) Fra 31. marts 2021 KN Rengørings implementering af de nødvendige organisatoriske, ressource- og kvalitetssikringsmæssige tiltag.
- ...

Der skal ikke herske tvivl om, at Herlev Kommune *fortsat* ønsker, at KN Rengøring skal varetage kontrakten. Herlev Kommune vil dog ved fortsat misligholdelse af kontrakten kunne se sig nødsaget til at ophæve kontrak-

ten i henhold til kontraktens § 33 med henvisning til væsentlig misligholdelse. I den forbindelse skal der gøres opmærksom på, at kontrakten - i tilfælde af væsentlig misligholdelse - kan hæves uden varsel.

Vi ser frem til at modtage jeres redegørelse. ...”

Herlev Kommune ophævede kontrakten ved brev af 19. august 2021 til KN Rengøring med virkning fra den 22. august 2022 for så vidt angår de første lokationer. I brevet står der bl.a.:

”Kontrakten ... 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.

...

I denne forbindelse bemærkes det, at Herlev Kommune allerede én gang, ved brev af 26. marts 2021 til KN Rengøring, udtrykkeligt og skriftligt har påberåbt sig misligholdelse i henhold til kontraktens § 30. Ved samme lejlighed blev det indskærpet, *dels* at Herlev Kommune så meget alvorligt på situationen og ikke ville acceptere fortsat misligholdelse, *dels* at Herlev Kommune ved fortsat misligholdelse af kontrakten ville opheve kontrakten i henhold til kontraktens § 33.

KN Rengøring har igennem hele kontraktperioden leveret mangelfulde ydelser, og Herlev Kommune har påtalt disse mangler løbende, herunder - men ikke udelukkende - ved fremsendelse af kvalitetskontrolrapporter efter gennemførelse af kvalitetskontroller i medfør af kontraktens § 27.

Senest er der konstateret misligholdelse af kontrakten på følgende kvalitetskontroller gennemført af Dansk Servicrådgivning i henhold til kontraktens § 27:

...

De konkrete mangler, der ligger til grund for ovennævnte kvalitetsbedømmelser, fremgår af de respektive kvalitetsrapporter, der er fremsendt til KN Rengøring ved separat meddelelse. Kvalitetsrapporterne udgør endvidere bilag 2 til dette brev.

Med dette brev vedlægges endvidere som bilag 3 en samlet oversigt over de siden kontraktens opstart gennemførte kvalitetskontroller. For hver kvalitetskontrol er der til KN Rengøring fremsendt en kvalitetsrapport. Oversigten over de gennemførte kvalitetskontroller viser, at rengøringen løbende igennem hele kontraktperioden har været mangelfuld.

Foruden de dårlige kvalitetsbedømmelser ved kvalitetskontroller gennemført ved faglig kompetent tredjepart i henhold til kontraktens § 27 har Herlev Kommune mange gange været nødsaget til at anmelde fejl, mangler og udeblivelser i henhold til kontraktens § 29. Disse fejl, mangler og udeblivelser, som er anmeldt på baggrund af ordregivers løbende kvalitetskontroller efter kontraktens § 26, har ført til Herlev Kommunes fremsættelse af ikke mindre end 44 krav på bod eller forholdsmæssigt afslag. For så vidt angår flere af de anmeldte mangler har KN Rengøring således ikke foretaget udbedring inden for den i kontrakten fastsatte udbedringsfrist, jf. kontraktens § 29 og kontraktbilag 4B.

Herudover kan Herlev Kommune konstatere, at KN Rengøring ikke har leveret tilstrækkelig dokumentation for uddannelse og instruktion af rengøringsassistenter, jf. kontraktens § 24, og at KN Rengøring ikke lever op til kontraktens bestemmelser om egenkontrol, jf. kontraktens § 25. Begge forhold udgør hver især misligholdelse af kontrakten.

Oplistningen af KN Rengørings misligholdelse er ikke udtømmende.”

Ved brev af 20. august 2021 fremsatte KN Rengøring indsigelser mod ophævelsen. KN Rengøring henviste herved navnlig til, at der ikke var grundlag for ophævelse af kontrakten, da kommunen ikke i overensstemmelse med kontraktens §§ 30 og 33 som betingelse for ophævelse havde påberåbt sig misligholdelse skriftligt mindst to gange inden for en periode på 6 måneder, og at kommunen heller ikke senest 10 kalenderdage efter sin senest påberåbte misligholdelse skriftligt havde ophævet kontrakten.

Den 6. september 2021 fremsatte Herlev Kommune krav til KN Rengøring om, at virksomheden skulle betale 9.545.793 kr. i erstatning. Der var herved taget højde for, at Herlev Kommune havde modtaget regninger fra KN Rengøring i perioden frem til og med august 2021, hvoraf der var tilbageholdt betaling for i alt 1.566.744 kr., som således var modregnet i Herlev Kommunes krav. Af brevet fremgår bl.a.:

”På vegne af Herlev Kommune skal jeg hermed fremsætte krav relateret til ophævelsen af den med KN Rengøring indgåede ”Kontrakt om Rengøringservice og vinduespolering for Herlev Kommune” (Kontrakten), jf. §§ 28-30. ...

Herlev Kommunes krav er foreløbigt opgjort og er således ikke udtømmende. Kravet består dels i et tilgodehavende på baggrund af pr. dags dato fremsatte, fakturerede og forfaldne (samt ikke-forfaldne) og ikke betalte bodskrav, dels i krav på erstatning af det tab, som Herlev Kommune har lidt og fortsat lider som følge af KN Rengørings væsentlige misligholdelse af Kontrakten.

...

Det samlede krav udgør foreløbigt i alt 9.545.793 kr., ekskl. renter, som skal betales til vores kontor senest 10 dage fra i dag.”

Af det opgjorte beløb udgjorde 221.995 kr. forfaldne og ikke-forfaldne bodskrav.

KN Rengøring fastholdt ved brev af 28. september 2021 over for Herlev Kommune, at kontraktophævelsen var uberettiget. KN Rengøring anmodede samtidig om at modtage kommunens bemærkninger til brev af 20. august 2021. KN Rengøring afviste samtidig Herlev Kommunes erstatningskrav og bestred kravets opgørelse.

Herlev Kommune besvarede KN Rengørings brev af 28. september 2021.

Ved brev af 12. november 2021 fremsatte KN Rengøring over for Herlev Kommune en række supplerende indsigelser, herunder i relation til erstatningskravet.

Ved påkrav af 20. januar 2022 til Herlev Kommune fremsatte KN Rengøring krav om betaling af 3.919.858,72 kr. inklusive renter på baggrund af Herlev Kommunes tilbageholdte betalinger.

#### Parternes anbringender

#### Ad ”fumus boni juris”

KN Rengøring har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Frederiksberg Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har KN Rengøring gjort gældende, at KN Rengøring ikke opfylder udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, fordi Herlev Kommunes ophævelse af rengøringskontrakten med KN Rengøring den 19. august 2021 var uberettiget.

Frederiksberg Kommune har ikke bevist, at KN Rengøring væsentligt har misligholdt kontrakten med Herlev Kommune. Frederiksberg Kommune har ikke forholdt sig til KN Rengørings indsigelser i brev af 20. august 2021 til Herlev Kommune imod grundlaget for Herlev Kommunes ophævelse. Frederiksberg Kommune har heller ikke forholdt sig til indsigelsen i KN Rengørings redegørelse for pålidelighed af 12. august 2022 om, at Herlev Kommunes gennemførte kvalitetskontroller ikke kan udgøre noget grundlag for kommunens ophævelse og de fremførte bods- og erstatningskrav.

Frederiksberg Kommune har bevisbyrden for, at udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, er opfyldt, jf. forarbejderne til bestemmelsen. Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, gennemfører bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 57, stk. 4, litra g, i dansk ret. Det følger af EU-Domstolens dom af 19. juni 2019 i C-41/18, Meca Srl mod Comune di Napoli (Meca-sagen), jf. præmis 31, at en versesende retlig prøvelse af grundlaget for en ordregivers ophævelse af en indgåede kontrakt ikke afskærer andre ordregivere fra at foretage en selvstændig prøvelse af, om udelukkelsesgrunden i udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra g, er opfyldt. Dette er dog ikke ensbetydende med, at ordregiver ikke skal foretage en bedømmelse af de faktiske omstændigheder bag ophævelsen.

Frederiksberg Kommune havde ikke noget frit skøn til at vurdere, om KN Rengøring opfyldte udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, og Frederiksberg Kommune var under denne vurdering underlagt proportionalitetsprincippet, jf. udbudslovens § 2 og Meca-sagen, hvor EU-Domstolen angiver, at ordregivers skønsbeføjelse ikke er uindskrænket, og at ordregiver skal respektere EU-rettens principper ved vurderingen af, om en fakultativ udelukkelsesgrund er opfyldt.



Det fremgår ligeledes af forarbejderne til udbudslovens § 2, at proportionalitetsprincippet også gælder ved ordregivers vurdering af de økonomiske aktørers egnethed og dermed tillige ved vurderingen af, om udelukkelsesgrundene er opfyldt og ved vurderingen af de økonomiske aktørers fremlagte dokumentation for pålidelighed.

Desuden fastslår præambelbetragtning nr. 101 og nr. 102 i udbudsdirektivet, at ordregiver i forbindelse med anvendelse af de frivillige udelukkelsesgrunde bør lægge særlig vægt på proportionalitetsprincippet. EU-Domstolen har fastslået proportionalitetsprincippet i forhold til ordregivers anvendelse af udelukkelsesgrundene i dom af 30. januar 2020 i C-395/18, *Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA mod Consip SpA, Ministero dell’Economia e delle Finanze (Tim-sagen)*, jf. præmis 38 og 45.

KN Rengøring har over for Frederiksberg Kommune dokumenteret, at Herlev Kommunes ophævelse af rengøringskontrakten den 19. august 2021 var uberettiget af de anførte grunde i KN Rengørings indsigelser til Herlev Kommune af 20. august 2021, 28. september 2021 og 12. november 2021. KN Rengøring har under alle omstændigheder med den fremlagte dokumentation rejst kvalificeret og væsentlig tvivl om, hvorvidt Herlev Kommunes ophævelse af rengøringskontrakten var berettiget. Frederiksberg Kommune var som følge heraf underlagt en undersøgelsespligt ved vurderingen af, om KN Rengøring opfyldte udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, jf. bestemmelsens forarbejder.

Frederiksberg Kommunes vurdering af KN Rengørings mulige opfyldelse af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, var usaglig, ufuldstændig og ensidig, idet Frederiksberg Kommune undlod at forholde sig til KN Rengørings indsigelser imod berettigelsen af Herlev Kommunes ophævelse, og udelukkende i sin vurdering baserede sig ukritisk og arbitrært på Herlev Kommunes oplysninger uden nogen saglig afvejning af parternes synspunkter. Frederiksberg Kommune har herved handlet i strid med ligebehandlingsprincippet.

Frederiksberg Kommune handlede desuden i strid med proportionalitetsprincippet ved ikke i sin afvejning af, om KN Rengøring opfyldte udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, at have inddraget KN Rengørings dokumentation for, at Herlev Kommunes ophævelse af den indgåede kontrakt med virksomheden den 19. august 2021 var uberettiget.

Frederiksberg Kommune har heller ikke forholdt sig til KN Rengørings indsigelse imod Herlev Kommunes udokumenterede erstatningskrav i KN Rengørings breve til kommunen af 28. september 2021 og 12. november 2021.

Særligt vedrørende påstand 1 har Frederiksberg Kommune overordnet gjort gældende, at KN Rengøring er omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4.

Frederiksberg Kommune har nærmere gjort gældende, at en ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, hvis ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, og det har medført kontraktens ophævelse eller en lignende sanktion.

Det er Frederiksberg Kommunes bevisbyrde, at KN Rengøring er omfattet af udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 4, og den bevisbyrde kan ifølge lov-bemærkningerne eksempelvis løftes ved voldgiftskendelse. Anden dokumentation, herunder dokumentation fra andres erfaringer, kan dog også være tilstrækkeligt til at begrunde udelukkelse, jf. klagenævnets kendelse af 13. juli 2016, B. Nygaard Sørensen A/S mod Bygningsstyrelsen. I vurderingen af, hvorvidt der forligger tilstrækkelig alvorlige forhold til at begrunde udelukkelse efter bestemmelsen, tillægges ordregiver et vist skøn, som skal være konkret og individuelt, jf. samme kendelse. Frederiksberg Kommune har som krævet foretaget en selvstændig bedømmelse af de faktiske omstændigheder. Frederiksberg Kommune skal ikke foretage en lige så dybdegørende bedømmelse af ophævelsen, som tilfældet f.eks. er i en voldgiftssag. Det vil i sagens natur være umuligt og kræve omfattende drøftelser med vidner mv. EU-Domstolens dom af 19. juni 2019 i Meca-sagen er ikke relevant for denne sag, da KN Rengøring ikke har gjort gældende, at udbudsdirektivet er implementeret forkert i Danmark, hvilket var spørgsmålet i Meca-dommen. Dommen kan derfor heller ikke bruges til at sige noget om Frederiksberg Kommunes skønsbeføjelse ved anvendelsen af bestemmelserne om udelukkelse.

KN Rengøring har væsentligt misligholdt den tidligere kontrakt med Herlev Kommune, hvilket blandt andet er dokumenteret ved de meget kritiske kvalitetskontrolrapporter fra en uvildig tredjepart, de konstaterede løbende fejl og mangler, udeblivelserne samt manglende udbedring inden for de fastsatte tidsfrister. KN Rengøring har ikke forholdt sig til disse forhold, men har alene

henvist til, at driftformatet indeholder procedurer der ”udgør adækvate og effektive foranstaltninger til at forebygge samtlige typer af mangler i Herlev Kommunes kvalitetsrapporter”. Manglerne i rapporterne anfægtes ikke, og netop udarbejdelsen af driftformatet og det anførte under sagen må vel nærmest forstås som en anerkendelse af forholdene.

Frederiksberg Kommune har vurderet, at KN Rengøring har væsentligt misligholdt kontrakten med Herlev Kommune på baggrund af det indhentede materiale fra Herlev Kommune, herunder den uvildige tredjepart, der udarbejdede kvalitetskontrolrapporterne, og det indhentede materiale fra KN Rengøring. Det fremgår af Frederiksberg Kommunes interne notat, hvilket materiale der bl.a. indgik i kommunens vurdering.

Frederiksberg Kommune har i det interne notat redegjort for, at det er påvist, at KN Rengøring har væsentligt misligholdt en tidligere kontrakt. Det fremgår bl.a., at Frederiksberg Kommune har lagt vægt på, at det fremgår af materialet, at KN Rengøring over en længere periode har misligholdt kontrakten med Herlev Kommune.

Derudover har Frederiksberg Kommune lagt vægt på, at en tredjepart har foretaget kvalitetskontroller af KN Rengørings arbejde, og kvalitetskontrollerne har vist, at KN Rengøring gentagne gange ikke har leveret en kontraktmæssig ydelse til Herlev Kommune. Af kvalitetskontrolrapporterne fremgår det, at klagers arbejde enten har været ”Mindre tilfredsstillende”, ”Utilfredsstillende” eller decideret ”Uacceptabelt”, og aldrig har været ”Generelt tilfredsstillende” eller ”Tilfredsstillende”.

Herlev Kommune har påberåbt misligholdelsen af flere omgange inden for en kortere periode, herunder ved mail af 26. marts 2021 og ved ophævelseskrivelsen af 19 august 2021.

Som supplement til manglerne i kvalitetskontrollerne har Frederiksberg Kommune også lagt vægt på, at Herlev Kommune har konstateret andre former for misligholdelse i KN Rengørings arbejder, idet der løbende blev konstateret fejl og mangler samt udeblivelse, der ikke blev udbedret inden for den fastsatte tidsfrist.

Der var ikke tale om få fejl, mangler og udeblivelser hos KN Rengøring, men et meget højt antal gentagelser, som det fremgår af Herlev Kommunes ophævelsesskrivelse af 19. august 2021.

Frederiksberg Kommune kunne på baggrund af det foreliggende materiale, der bl.a. var indhentet via aktindsigt og dialog med Herlev Kommune, konstatere, at KN Rengøring var ansvarlig for en række forskellige misligholdelser, som bl.a. blev konstateret/bekræftet af en uvildig tredjepart. Derudover kunne Frederiksberg Kommune konstatere, at forholdene var blevet påberåbt af Herlev Kommune af flere omgange, uden at KN Rengøring rettede op på forholdene. Frederiksberg Kommune vurderede på den baggrund, at misligholdelsestilfældene samlet set udgjorde væsentlig misligholdelse. Frederiksberg Kommune var dermed enige med Herlev Kommune og Herlev Kommunes eksterne advokat i, at KN Rengøring væsentligt havde misligholdt kontrakten. KN Rengørings indsigelser undervejs i forløbet, som også indgik i Frederiksberg Kommunes vurdering, ændrede ikke på indklagedes vurdering.

Frederiksberg Kommune sammenholdt endda misligholdelsen med Herlev Kommune og KN Rengørings kontrakt, herunder bestemmelserne om misligholdelse af kontrakten, selvom dette reelt ikke er et krav efter udbudslovens § 137, stk. 1. nr. 4. Ved at sammenholde KN Rengørings misligholdelse af kontrakten med Herlev Kommune og kontraktens bestemmelser om misligholdelse og beføjelserne i den forbindelse, blev Frederiksberg Kommunes konstatering af, at manglerne havde karakter af væsentlig misligholdelse underbygget. Herlev Kommune havde f.eks. påberåbt misligholdelsen over for KN Rengøring af flere omgange inden for en kortere periode ved fremsendelsen af kvalitetskontrolrapporterne, som dokumenterede mangler i den leverede ydelse, der krævede udbedring, uden at dette skete, jf. kontraktens § 30, stk. 3.

KN Rengøring har således væsentligt misligholdt sin kontrakt med Herlev Kommune, og denne vurdering ligger inden for Frederiksberg Kommunes skøn og har være konkret og individuelt begrundet. KN Rengøring er dermed omfattet af udbudslovens udelukkelsesgrund i § 137, stk. 1, nr. 4.

Det fremgår af Frederiksberg Kommunes interne notat af 9. september 2021, som indeholder en vurdering af, hvorvidt KN Rengøring er omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, at der er taget konkret

og udførligt stilling til KN Rengørings henvendelse af 12. august 2022 og de underliggende bilag. Frederiksberg Kommune har således forholdt sig til KN Rengørings indsigelsesbrev med bilag og taget indholdet heraf med i kommunens vurdering af, hvorvidt virksomheden var omfattet af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4.

Frederiksberg Kommune har således grundigt opsøgt og lagt vægt på alt tilgængeligt materiale ved sin afgørelse. KN Rengøring har ikke fremlagt nogen form for reel dokumentation for, at Herlev Kommunes vurdering af, at KN Rengøring væsentligt har misligholdt kontrakten, er forkert, ensidige at Frederiksberg Kommunes vurdering af samme forhold på nogen måde skulle kunne tilsidesættes.

Det, som er anført i forarbejderne til udbudslovens § 2 om proportionalitetsprincippet, kan ikke begrunde, at proportionalitetsprincippet konkret og med særlig vægt skal bruges i forbindelse med vurderingen af KN Rengørings egnethed. Det følger af forarbejderne, at Frederiksberg Kommune skal tage hensyn til proportionalitetsprincippet ved beslutningen af, hvilke frivillige udelukkelsesgrunde som skal finde anvendelse i det konkrete udbud, hvilket Frederiksberg Kommune gjorde. Hvis en ansøger eller tilbudsgiver efterfølgende bliver omfattet af udelukkelsesgrunden, som er proportionalt tilvalgt, skal den efterfølgende vurdering af, om ansøgeren eller tilbudsgiveren er omfattet af udelukkelsesgrunden tage udgangspunkt i en konkret vurdering af de faktiske omstændigheder.

Det er ikke korrekt, at Frederiksberg Kommune var underlagt en særlig undersøgelsespligt ved vurderingen af, om KN Rengøring var omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, fordi KN Rengøring havde rejst tvivl om, hvorvidt Herlev Kommunes ophævelse af rengøringskontrakten var berettiget. Frederiksberg Kommune skal alene, som det fremgår af bestemmelsen, ”påvise”, at KN Rengøring var omfattet af udelukkelsesgrunden på baggrund af de tilgængelige oplysninger og de oplysninger, som Frederiksberg Kommune havde mulighed for at fremskaffe. Frederiksberg Kommunes grundlag for at kunne foretage en tilstrækkelig vurdering af, om kontrakten var væsentligt misligholdt, var fyldestgørende, og forholdet var tilstrækkeligt oplyst til, at kommunen kunne foretage en saglig vurdering. De forskellige tilkendegivelser fra henholdsvis Herlev Kommune og KN

Rengøring blev tillagt mindre vægt i vurderingen af, om den tidligere kontrakt var blevet væsentligt misligholdt, og der blev i højere grad lagt vægt på den mere objektive konstaterbare dokumentation fra f.eks. tredjeparter.

Særligt vedrørende påstand 2 har KN Rengøring gjort gældende, at KN Rengøring hverken ved dom eller administrativ afgørelse er blevet pålagt at betale erstatning til Herlev Kommune, og KN Rengøring har heller ikke påtaget sig at betale erstatning til Herlev Kommune. Det kvalificerer ikke erstatningen som ”pålagt”, at Herlev Kommune som ophævende kontraktpart over for KN Rengøring har fremsat et erstatningskrav. Kravet er endvidere ifølge påkravsskrivelse af 6. september 2021 alene et foreløbigt erstatningskrav.

Erstatningen kan alene anses for ”pålagt”, hvis dette er besluttet af domstolene eller ved voldgift, idet enhver økonomisk aktør ellers som betingelse for deltagelse i offentlige rengøringsudbud ville blive tvunget til at betale erstatning efter den ophævende kontraktparts forgodtbefindende.

Udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 1, indebærer ikke, at den økonomiske aktør skal dokumentere betaling af erstatning, som denne ikke er blevet pålagt, eller som denne ikke har påtaget sig at betale, jf. bestemmelsens forarbejder.

KN Rengøring vil indlede en voldgiftssag mod kommunen til afgørelse af parternes økonomiske mellemværende. Indgivelse af voldgiftsstævning afventer klagenævnets stillingtagen til det udbudsretlige grundlag for Herlev Kommunes to differencekrav, der er indeholdt i kommunens foreløbige erstatningskrav. Herlev Kommune har således i sit foreløbige erstatningskrav af 6. september 2021 indregnet et forventet differencekrav i forhold til en interimskontrakt, der blev indgået af kommunen med COOR Service Management A/S ved direkte tildeling i henhold til beslutning af 19. august 2021. Endvidere har Herlev Kommune i sit foreløbige erstatningskrav indregnet et forventet differencekrav i forhold til den genudbudte rengøringskontrakt.

Det følger af kontrakten mellem Herlev Kommune og KN Rengøring, at parternes økonomiske mellemværende skal afgøres ved voldgift, og at begge parter har indstillet sig herpå. Det følger heraf, at KN Rengøring vil betale den erstatning til Herlev Kommune, som KN Rengøring måtte blive pålagt at betale af voldgiftsretten.

Særligt vedrørende påstand 2 har Frederiksberg Kommune overordnet gjort gældende, at KN Rengøring ikke har dokumenteret den nødvendige pålidelighed, jf. udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 1, og Frederiksberg Kommune var derfor berettiget til at udelukke KN Rengøring.

Det er efter udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 1, en betingelse for at dokumentere sin pålidelighed, at KN Rengøring har dokumenteret at have ydet erstatning, som KN Rengøring er blevet pålagt, eller at KN Rengøring har påtaget sig at yde erstatning for eventuelle tab som følge af sine handlinger.

Anvendelsen af ordet ”pålagt” i udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 1, fører ikke til, at der i dansk ret gælder et krav om, at erstatningen eksempelvis skal være fastslået ved voldgiftskendelse eller dom. Et sådant synspunkt vil nærmest gøre kravet illusorisk, når der henses til sagsbehandlingstiden ved rets- og voldgiftssager af bare nogen kompleksitet.

Det fremgår heller ikke af bemærkningerne til udbudsloven, at denne formulering er tiltænkt en selvstændig betydning/skærpelse. KN Rengørings synspunkt herom har således hverken støtte i udbudslovens forarbejder eller det bagvedliggende direktiv. Såfremt lovgiver havde tiltænkt en skærpelse i kravene i forhold til det bagvedliggende direktiv, havde det været nærliggende at bruge eksempelvis formuleringen ”pålagt ved afgørelse”; og ikke blot ”pålagt”. Ordet ”pålagt” er heller ikke i øvrigt i udbudsloven brugt således, at der herved forstås ”pålagt ved afgørelse”.

Herlev Kommune har ved brev af 6. september 2022 pålagt KN Rengøring at betale 9.545.793 kr. ekskl. renter senest 10 dage fra fremsendelsen. I dette beløb er allerede fratrukket en del af KN Rengørings modkrav. KN Rengørings eventuelle modkrav har ikke noget at gøre med virksomhedens self-cleaning, og det kan ikke bruges som argument for, at self-cleaning i henhold til udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 1, ikke er relevant eller er sket.

Herlev Kommunes samlede umiddelbare krav på 10.890.542 kr. fratrukket KN Rengørings opgjorte modkrav på 3.919.858,72 kr. giver et samlet erstatningskrav fra Herlev Kommune på 6.970.683,28 kr. Det svarer til det anførte af Frederiksberg Kommune i brev af 9. september 2022 om, at ”Ifølge Herlev Kommune udgør det samlede tab omkring 7 mio. kr.” Størrelsen på et even-

tuelt erstatningskrav er i øvrigt uden betydning i forhold til betingelsen i udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 1, da pålideligheden demonstreres ved, at det dokumenteres, at erstatningen er betalt.

Den relevante ”retsregel”, som omtales i forarbejderne til udbudsloven, i forbindelse med Herlev Kommunes ophævelse af KN Rengørings kontrakt er dansk rets almindelige regler om erstatning og parternes aftale. Det følger af § 36 i kontrakten mellem KN Rengøring og Herlev Kommune, at Herlev Kommune kan kræve erstatning på baggrund af KN Rengørings misligholdelse. Frederiksberg Kommune redegjorde i meddelelse om udelukkelse for, at erstatningsbetingelserne var opfyldt. KN Rengøring er derfor forpligtet til at betale erstatning til Herlev Kommune efter kontrakten og dansk rets almindelige regler. KN Rengøring har imidlertid afvist det opgjorte erstatningskrav fra Herlev Kommune ud fra et standpunkt om, at ophævelsen ikke var berettiget. KN Rengøring har således ikke betalt den del af erstatningskravet, der kan anerkendes, eller betalt kravet fra Herlev Kommune med tilbagesøgningsforbehold. KN Rengøring har ikke taget initiativ til retslige skridt til at bestride berettigelsen af ophævelsen, selv om dette indikeres i formuleringen af påstanden. Det forhold, at KN Rengøring angiver at ville betale erstatning, hvis KN Rengøring bliver dømt til dette, har ingen retlig værdi.

Det følger også af ordlyden af udbudsdirektivet artikel 57, stk. 6, at KN Rengøring skal bevise, at der enten er ydet erstatning, eller at KN Rengøring har påtaget sig en forpligtelse til at ville yde erstatning. Dette betyder, at KN Rengøring ikke kan afvente endelig dom eller kendelse, men at der derimod konkret skal være ydet en erstatning; alternativt givet et ubetinget løfte om at ville betale en erstatning for eventuelle tab. Man kan som misligholdende virksomhed ikke gøre udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, illusorisk ved blot at tilkendegive, at man som virksomhed vil betale en erstatning, hvis virksomheden dømmes hertil, men at berettigelsen af ophævelsen i øvrigt bestrides.

Af forarbejderne til udbudsloven følger også, at dokumentation for betaling kan være en kvittering. Dette taler for, at der skal være bevis på, at der konkret er ydet erstatning, eller at virksomheden som minimum ubetinget har påtaget sig at ville betale erstatning for et tab, når dette er endeligt opgjort.



KN Rengøring har påtaget sig en standpunktsrisiko ved helt at bestride be-  
rettigelsen af ophævelsen og derved ikke at betale den pålagte erstatning eller  
påtage sig en forpligtelse hertil efter endelig opgørelse.

Self-cleaning går ud på, at man som virksomhed erkender sin brøde og viser,  
at virksomheden har rettet op, så tilsvarende begivenheder ikke vil ske igen i  
fremtiden. Dette gælder, uanset hvilken udelukkelsesgrund der er i spil. Det  
giver ikke mening at afvise ansvarsgrundlaget over for en myndighed, som  
har ophævet en kontrakt, og i øvrigt blot anføre, at der i kontrakten er indar-  
bejdet en voldgiftsklausul, og at KN Rengøring vil betale, hvis virksomheden  
dømmes under en voldgiftssag, og samtidig gøre gældende, at betingelserne  
for self-cleaning er opfyldt. Hvis KN Rengøring mener, at kontrakten er op-  
hævet med urette, må KN Rengøring vælge det standpunkt og argumentere  
for, at virksomheden slet ikke er omfattet af udelukkelsesgrunden i § 137,  
stk. 1, nr. 4. Hvis KN Rengøring derimod er af den opfattelse, at virksomhe-  
den har self-cleanet i henhold til udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 1, må det  
definitivt betyde, at KN Rengøring accepterer at være omfattet af udbuds-  
lovens § 137, stk. 1, nr. 4. I begrebet self-cleaning ligger definitivt, at an-  
søger eller tilbudsgiver vedstår sig det forhold, der har ført til udelukkelse,  
samt demonstrerer tiltag til at rette op på forholdet (bagudrettet og fremad-  
rettet). KN Rengørings påstand 1 og påstand 2 er dermed reelt indbyrdes ude-  
lukkende.

Særligt vedrørende påstand 3 har KN Rengøring gjort gældende, at virksom-  
hedens dokumentation af pålidelighed er tilstrækkelig efter udbudslovens §  
138, stk. 3, nr. 3, da virksomheden har beskrevet de passende konkrete tek-  
niske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger der skal til for  
at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmel-  
ser omfattet af udelukkelsesgrundene. Det kan ikke kræves, at KN Rengøring  
fremlægger dokumentation for gennemførelsen af de beskrevne foranstalt-  
ninger. KN Rengørings direktør har underskrevet virksomhedens driftformat,  
der dermed skal betragtes som en erklæring med virkning som bevis. KN  
Rengøring har i sit driftformat redegjorde indgående for oplæring og moni-  
torering af sine medarbejdere samt egenkontrol i forskellige organisatoriske  
lag med klar angivelse af kontrollernes formål og funktion.

Driftformatet indeholder KN Rengørings generelle og gennemgribende opstramninger på alle forhold af betydning for leveringen af offentlige rengøringsydelser, og driftformatet har herunder til formål at sikre hurtig opfølgning, korrektioner og forebyggelse af fejl og gentagelser.

Driftformatet omfatter således samtlige faktiske omstændigheder, der blev påberåbt af Herlev Kommune som grundlag for ophævelsen den 19. august 2021, og driftformatet var fuldt implementeret i organisationen på tidspunktet for KN Rengørings self-cleaning den 17. maj 2022.

Herlev Kommune oplyste ikke i sin ophævelsesskrivelse de konkrete misligholdelsesgrunde, men begrænsede sig til alene at anføre, at kontrakten ifølge kommunens opfattelse var væsentligt misligholdt som følge af de mangelfulde ydelsers beskaffenhed, misligholdelsens karakter og gentagelse samt misligholdelsens væsentlige negative betydning for Kommunen. Herlev Kommune vedlagde imidlertid dokumentation for Herlev Kommunes gennemførelse af 10 kontrolmålinger i perioden 12. - 17. august 2021.

KN Rengørings driftformat blev indført og implementeret i virksomheden efter Herlev Kommunes ophævelse som en generel foranstaltning. Den senest opdaterede version 1.1 af 16. maj 2022 er fuldt ud egnet til at forebygge samtlige påberåbte typer af udførelsesmangler i kvalitetsrapporterne. KN Rengørings indkøringsprocedurer ved opstart af nye opgaver, uddannelse og oplæring af medarbejdere og kvalitetssikring og egenkontrol udgør adækvate og effektive foranstaltninger til at forebygge samtlige typer af mangler i Herlev Kommunes kvalitetsrapporter, der var vedlagt Herlev Kommunes ophævelsesskrivelse af 19. august 2021. Dette gælder særligt den beskrevne metodiske og konsekvente opfølgning over for alle konstaterede og rapporterede mangler. Med driftformatet for den offentlige sektor har KN Rengøring over for Frederiksberg Kommune dokumenteret, at KN Rengøring havde truffet alle effektive, passende og konkrete tekniske, organisatoriske og personale-mæssige foranstaltninger for at forebygge denne type fejl og forsømmelser. Version 1.1 er den seneste version af driftformatet, der var suppleret med KN Rengørings seneste indsatsområder blandt andet til forebyggelse af fejl og mangler.

Frederiksberg Kommune var underlagt proportionalitetsprincippet ved vurderingen af KN Rengørings dokumentation for pålidelighed, jf. udbudslovens § 138, stk. 5, og forarbejderne hertil. Bedømmelsen skal være rimelig,

og der gælder ikke skærpede krav hertil. Ud over at lægge forkerte forhold til grund for sin vurdering af KN Rengørings pålidelighed tilsidesatte Frederiksberg Kommune tillige proportionalitetsprincippet ved ikke at foretage nogen proportional og adækvat vurdering af Herlev Kommunes enkeltstående ophævelse af rengøringskontrakten med KN Rengøring set i forhold til virksomhedens mange andre rengøringskontrakter med ordregivende myndigheder. Frederiksberg Kommune lod Herlev Kommunes ophævede rengøringskontrakt med KN Rengøring få langt større indvirkning på bedømmelsen af pålideligheden, end hvad de faktiske forhold kunne begrunde. Dertil kommer, at Frederiksberg Kommune ikke som forudsat i forarbejderne til udbudslovens § 138 foretog en vurdering af KN Rengørings forebyggende foranstaltninger i driftformatet under hensyntagen til, at Herlev Kommunes påberåbte mangler i henhold til kvalitetsrapporterne var af meget begrænset grovhed og omfang. Frederiksberg Kommune forholdt sig heller ikke til KN Rengørings mulighed for at opfylde sine forpligtelser over for kommunen ved tildeling af den udbudte rengøringskontrakt i kraft af kapaciteten og størrelsen af KN Rengørings virksomhed, herunder virksomhedens mulighed for at honorere ethvert økonomisk krav fra Frederiksberg Kommune under den udbudte rengøringskontrakt.

Særligt vedrørende påstand 3 har Frederiksberg Kommune gjort gældende, at KN Rengøring ikke har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger, der var egnede til at forebygge yderligere overtrædelser, og dermed ikke har dokumenteret den nødvendige pålidelighed, jf. udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3. Frederiksberg Kommune var derfor berettiget til at udelukke KN Rengøring i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Der er tale om et skøn, som Frederiksberg Kommune har foretaget ud fra en grundig og saglig vurdering, og der er ikke grundlag for at tilsidesætte dette faglige skøn.

Ved meddelelse af 9. september 2022 om Frederiksberg Kommunes beslutning om at udelukke KN Rengøring oplyste kommunen, at der var foretaget en vurdering af KN Rengørings fremsendte redegørelse for dokumentation af pålidelighed. Det var Frederiksberg Kommunes vurdering, at den fremlagte dokumentation beskrev forskellige former for kontrolsystemer, men at det ikke var tilstrækkeligt beskrevet eller dokumenteret, hvilke personalemæssige og organisatoriske foranstaltninger, der var truffet med henblik på at undgå misligholdelse fremadrettet.

Det følger af udbudslovens § 138, stk. 3, at KN Rengøring skal dokumentere sin pålidelighed. Det fremgår desuden af forarbejderne, at ordregiveren alene kan acceptere en ansøgers eller en tilbudsgivers dokumentation af pålidelighed, når ansøgeren eller tilbudsgiveren har truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene.

Af forarbejderne til udbudslovens § 138 fremgår det ligeledes, at tilstrækkelig dokumentation navnlig kan omfatte personalemæssige og organisatoriske foranstaltninger, f.eks. afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i den illoyale adfærd, relevant reorganisering af medarbejdere, jf. også udbudsdirektivets præambelbetragtning 102, gennemførelse af afrapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation.

KN Rengøring skulle derfor have fremlagt dokumentation for gennemførelsen af de foranstaltninger, som KN Rengøring har henvist til under sagen, for derved at dokumentere sin pålidelighed.

Frederiksberg Kommune udarbejdede i forbindelse med udelukkelsen et internt notat af 9. september 2022. Det fremgår heraf, at det var Frederiksberg Kommunes vurdering, at KN Rengøring ikke havde beskrevet en reorganisering af medarbejdere eller ledelse, som efter kommunens vurdering ville være påkrævet for at sikre sig imod, at den væsentlige misligholdelse gentog sig.

Der skal meget til for at dokumentere pålidelighed i forhold til passende organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger, jf. udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3. Self-cleaning-reglerne giver mulighed for at dokumentere, at man ikke længere vil være omfattet af en udelukkelsesgrund. Gode intentioner og hensigter udtrykt i et overordnet notat er langt fra tilstrækkeligt.

Frederiksberg Kommune kunne ikke i KN Rengørings redegørelse for pålidelighed konkludere, at der var foretaget foranstaltninger i form af afbrydelse af forbindelse med relevante (herunder ledende) personer eller organisationer, som var involveret i adfærden, der førte til ophævelsen af kontrakten med Herlev Kommune, eller konkludere, at der var foretaget nogen form for relevant og tilstrækkelig reorganisering af medarbejdere.

I KN Rengørings redegørelse for self-cleaning af 12. august 2022 henviser virksomheden alene til bilaget ”Driftformat - Offentlige sektor” som dokumentation for at have truffet passende foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser, jf. udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3. Driftformatet er på 7 sider og indeholder generelle overskrifter, og det fremgår indledningsvist, at dokumentets formål er at blive brugt i forbindelse med udførelse og kvalitetssikring af rengøringsydelser for den offentlige sektor. Efter en gennemgang af driftformatet var det Frederiksberg Kommunes vurdering, at dokumentet ikke var egnet til at forebygge yderligere overtrædelser af samme karakter, som førte til ophævelse af Herlev Kommunes kontrakt, og at KN Rengøring dermed ikke havde dokumenteret pålidelighed, jf. udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3. Det var Frederiksberg Kommunes vurdering, at driftformatet var meget overordnet og generelt formuleret, og at det kun i ringe grad havde tilknytning til hændelserne, der førte til ophævelse af den tidligere kontrakt med Herlev Kommune. Dette er særligt relevant, da Frederiksberg Kommunes udbud i høj grad minder om den ophævede kontrakt med Herlev Kommune.

I redegørelsen fremlagde KN Rengøring ikke dokumentation for, eller for den sags skyld information om, hvordan driftformatet var blevet implementeret i virksomheden, men anførte alene, at ”Driftformatet er implementeret i organisationen, og efterleves i praksis”. Denne oplysning var utilstrækkelig til at betrygge Frederiksberg Kommune i, at fremtidige overtrædelser var forebygget, særligt fordi foranstaltningerne skulle ses i forhold til den alvorlige situation, som ophævelsen af KN Rengørings tidligere kontrakt udgjorde grundet væsentlig misligholdelse.

Driftformatet kan ikke betragtes som en erklæring med virkning som bevis, fordi KN Rengørings direktør har underskrevet det. KN Rengøring har ikke nærmere redegjort for, hvad direktøren i givet fald beviser eller erklærer. Direktørens underskrift af driftformatet ændrer ikke på dokumentets karakter af blot at være et forståelsespapir, der sætter ambitioner og forhåbninger for direktørens fremadrettede initiativer.

Relevant for bedømmelsen af, om betingelserne i udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3, er opfyldt, er, om de gennemførte foranstaltninger er egnede til at forebygge yderligere overtrædelser. Det må være et krav, at de gennemførte for-

anstaltninger er nye og ikke har været de samme, da den relevante udelukkelsesgrund (her ophævelse) indtrådte. KN Rengøring oplyste i redegørelsen for self-cleaning ikke om, på hvilken måde eller i hvilken grad den opdaterede version af driftformatet ændrede på virksomhedens hidtidige praksis, og det var derfor uklart for Frederiksberg Kommune, hvilke af de beskrevne foranstaltninger, som var nyskabelser. Det var derfor reelt heller ikke muligt for Frederiksberg Kommune på det grundlag at vurdere, om de gennemførte foranstaltninger var egnede til at forebygge yderligere overtrædelser.

De foranstaltningerne i driftformatet, som KN Rengøring har fremhævet under sagen, herunder f.eks. at ”Kurset [grundlæggende instruktionskursus] skal som minimum bibringe medarbejderne kundskaber i brug af rengøringsmidler, metoder, ergonomi og sikkerhed”, samt ”KN Rengørings personale skal altid være uddannet i brugen af rengøringsmidler, herunder instrueret i korrekt dosering, brug og bortskaffelse af rengøringsmidler. Formålet med dette skal være at forebygge unødige miljø- og arbejdsmiljøbelastninger”, var ikke tilstrækkelige og passende organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger til at forbygge yderligere overtrædelser.

Til trods for KN Rengørings beskrivelse af kontrolsystemer som eksempel på tiltag, der i nogen grad havde potentiale for at være egnede til at forebygge yderligere overtrædelser, betød blandt andet fraværet af organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger samt den manglende dokumentation af og information om implementeringen af foranstaltningerne i driftformatet, at KN Rengøring ikke havde fremlagt tilstrækkelig dokumentation for, at KN Rengøring var pålidelig.

Særligt vedrørende påstand 4 har KN Rengøring gjort gældende, at Frederiksberg Kommunes udelukkelse af KN Rengøring var uberettiget og dermed i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2. Denne overtrædelse er væsentlig, da den har berøvet KN Rengøring muligheden for tilde-ling.

På dette grundlag skal Frederiksberg Kommunes beslutning af 9. september 2022 annulleres.

Særligt vedrørende påstand 4 har Frederiksberg Kommune gjort gældende, at KN Rengøring under henvisning til det anførte under påstand 1-3 ikke har

godtgjort, at Frederiksberg Kommune har handlet i strid med de udbudsretlige regler, og der er derfor ikke grundlag for at annullere beslutningen om udelukkelse af KN Rengøring fra udbudsproceduren.

Såfremt klagenævnet på det foreliggende grundlag måtte vurdere, at de påklagede forhold ikke kan forkastes på dette trin, må en konkret væsentlighedsvurdering føre til, at der ikke er grundlag for annulation.

#### Ad uopsættelighed og interesseafvejning

Parternes anbringender ad betingelse nr. 2 ("*uopsættelighed*") og betingelse nr. 3 ("*interesseafvejning*") gengives ikke i kendelsen.

#### Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

"Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning."

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet følgende:

#### Ad påstand 1

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1, 2, 4, 5 og 6 var gældende for udbuddets tre delaftaler. I prækvalifikationsbetingelsernes pkt. 4.2 var det tillige fastsat, at Frederiksberg Kommune bl.a. ville udelukke ansøgere, der var omfattet af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5 (nugældende nr. 4).

Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, der implementerer udbudsdirektivets artikel 57, stk. 4, litra g, har følgende ordlyd:

”En ordregiver skal anføre i udbudsbekendtgørelsen, hvis en ansøger eller en tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis

...

- 4) ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren 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,”

Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår bl.a.:

”Det er en konkret vurdering efter de almindelige obligationsretlige regler, hvorvidt der foreligger væsentlig misligholdelse.

Det er et krav, at den væsentlige misligholdelse skal have medført, at den tidligere kontrakt er ophævet, eller at den kunne være blevet ophævet, og misligholdelsen er sanktioneret på anden vis gennem erstatning, bod eller andre forhold, der er væsentlig set i forhold til kontraktens karakter. Eksempelvis erstatning i forbindelse med en forsinket levering, som kunne have begrundet ophævelse.



Det er ordregiveren, der har bevisbyrden for, at en tilbudsgiver eller ansøger er omfattet af denne udelukkelsesgrund. Ordregiveren kan eksempelvis påvise dette ved en endelig dom, voldgiftskendelse eller kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn. Anden dokumentation, herunder dokumentation fra egne eller andres erfaringer kan efter omstændighederne være tilstrækkeligt til at begrunde udelukkelse i henhold til denne bestemmelse.”

Bemærkningerne om, at anden dokumentation end en endelig dom eller en voldgiftskendelse kan være tilstrækkeligt til at begrunde udelukkelse, støttes som anført i klagenævnets kendelse af 13. juli 2016, B. Nygaard Sørensen A/S mod Bygningsstyrelsen, også af udbudsdirektivets præambelbetragtning 101, hvor det bl.a. fremgår:

”I betragtning af at den ordregivende myndighed vil være ansvarlig for konsekvenserne af sine eventuelle fejltagte afgørelser, bør ordregivende myndigheder også fortsat frit kunne afgøre, om der er begået en alvorlig forsømmelse, når de, før der er truffet en endelig og bindende afgørelse på grundlag af obligatoriske udelukkelsesgrunde, på tilstrækkelig vis kan påvise, at den økonomiske aktør har misligholdt sine forpligtelser.”

Frederiksberg Kommune har efter prækvalifikation udelukket KN Rengøring fra udbudsproceduren. Frederiksberg Kommune begrundede dette med, at Herlev Kommune har ophævet rengøringskontrakten indgået med KN Rengøring den 11. november 2020 på grund af væsentlig misligholdelse. Ophævelsen skete den 19. august 2021.

Som anført i forarbejderne til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, kan Frederiksberg Kommune således efter omstændighederne løfte sin bevisbyrde for, at KN Rengøring er omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, ved ”anden dokumentation, herunder dokumentation fra egne eller andres erfaringer”. Det er således ikke et krav, at der f.eks. skal foreligge en endelig dom eller en voldgiftskendelse, idet erfaringer, som Frederiksberg Kommune eller andre har gjort sig, kan være tilstrækkelig begrundelse for at udelukke KN Rengøring.

Frederiksberg Kommune skal som ordregiver ved sin afgørelse af, om Herlev Kommunes erfaring med KN Rengøring kan begrunde en udelukkelse af KN Rengøring fra udbudsprocessen i medfør af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, foretage en selvstændig vurdering af, om kontraktforholdet mellem Herlev Kommune og KN Rengøring er væsentligt misligholdt, således at det har

kunnet begrunde en ophævelse af kontrakten. Frederiksberg Kommune skal ved sin vurdering i den forbindelse sikre sig, at beslutningsgrundlaget er tilstrækkeligt til, at kommunen kan træffe en forsvarlig afgørelse herom.

Frederiksberg Kommune anmodede den 4. august 2022 Herlev Kommune om aktindsigt i Herlev Kommunes ophævelsesskrivelse, kontrakten med KN Rengøring, kontraktbilag vedrørende den tekniske kravspecifikation, kvalitetskontroller for perioden 12.-17. august 2021 og misligholdelsesskrivelsen af 26. marts 2021.

Det fremgår af Frederiksberg Kommunes notat af 9. september 2022, at kommunen på den baggrund foretog en selvstændig, kritisk gennemgang og vurdering af grundlaget for Herlev Kommunes ophævelse af kontrakten med KN Rengøring, og at Frederiksberg Kommune ud fra de foreliggende oplysninger var enig i Herlev Kommunes vurdering af, at KN Rengøring væsentligt havde misligholdt kontrakten med Herlev Kommune, og at ophævelsen derfor var berettiget. I Frederiksberg Kommunes vurdering indgik ifølge notatet de bilag, som KN Rengøring havde fremlagt som dokumentation for pålidelighed.

Frederiksberg Kommune lagde vægt på, at Herlev Kommune to gange inden for et halvt år havde konstateret væsentlig misligholdelse, at Herlev Kommune forinden ophævelsen den 19. august 2021 fremsendte et brev den 26. marts 2021 om misligholdelse, at der forud for afsendelsen af de to breve var foretaget kvalitetskontroller af en uvildig tredjepart, jf. kontraktens § 27 og § 28, som dækkede perioder umiddelbart før afsendelsen af brevene, og at der i begge perioder blev konstateret mange mangler, herunder flere tilfælde af grove/væsentlige mangler med tre stjerner eller derunder. Endvidere var de kontraktuelle procedureregler for en ophævelse efter Frederiksberg Kommunes opfattelse overholdt.

Efter overtrædelsernes karakter og misligholdelsens omfang, hvor der over en længere periode blev konstateret et betydeligt omfang af utilfredsstillende forhold, der omfattede mange mangler i forhold til det aftalte kvalitetsniveau, heraf nogle grove/væsentlige mangler, og uacceptable forhold, er der ikke grundlag for at konstatere, at Frederiksberg Kommune ved under disse omstændigheder at have udelukket KN Rengøring fra udbudsproceduren har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

På denne baggrund og efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger er der efter klagenævnets opfattelse ikke grundlag for at tilsidesætte Frederiksberg Kommunes vurdering, og kommunen har således påvist, at Herlev Kommune ophævede kontrakten med KN Rengøring på grund af forhold, som efter Frederiksberg Kommunes skøn kan kvalificeres som væsentlig misligholdelse. Frederiksberg Kommune har dermed dokumenteret i tilstrækkeligt omfang, at udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, er opfyldt.

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at klagenævnet vil tage påstand 1 til følge.

### Ad påstand 3

Efter udbudslovens § 138, stk. 1, kan en ordregiver ikke udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, der har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er pålidelig, selv om den pågældende er omfattet af en eller flere af udelukkelsesgrundene i udbudslovens §§ 135-137.

Det følger af udbudslovens § 138, stk. 3, at ”En ansøgers eller en tilbudsgivers dokumentation af pålidelighed er tilstrækkelig, når ansøgeren eller tilbudsgiveren” (1) i fornødent omfang har dokumenteret, at der er ydet erstatning, denne er blevet pålagt, eller har påtaget sig at yde erstatning for eventuelle tab som følge af sine handlinger omfattet af udelukkelsesgrundene, (2) i fornødent omfang gør indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne, og (3) træffer passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene.

Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår bl.a.:

”Det beror på en konkret vurdering fra ordregiveren, om ansøgeren eller tilbudsgiveren på tilstrækkelig vis har dokumenteret dennes pålidelighed. I denne forbindelse skal de ansøgere eller tilbudsgivere, hvor det er relevant, dokumentere de forhold, der fremgår af § 138, stk. 3. Såfremt ordregiveren konstaterer, at dokumentationen er tilstrækkelig, kan ordregiveren ikke udelukke den pågældende ansøger eller tilbudsgiver fra udbudsproceduren.

Tilstrækkelig dokumentation kan navnlig omfatte personalemæssige og organisatoriske foranstaltninger, f.eks. afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i den illoyale adfærd, relevant reorganisering af medarbejdere, gennemførelse af afrapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation. Endvidere kan det tillægges betydning i forbindelse med udelukkelsesgrundene i §§ 136 og 137, om det er den afdeling eller enhed, der er omfattet af en udelukkelsesgrund, som også skal udføre den konkrete opgave.

...

Ved vurderingen af ansøgerens eller tilbudsgiverens dokumentation af sin pålidelighed, skal ordregiveren foretage en konkret vurdering i hver enkelt sag, og i denne vurdering kan ordregiveren - ud over hensynet til karakteren af forseelserne og de trufne foranstaltninger - tillige inddrage hensynet til de konkrete forhold ved den omhandlede kontrakttildeling. Endvidere skal foranstaltningerne vurderes under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder omkring overtrædelsen af de relevante situationer omfattet af udelukkelsesgrundene.

...

Hvis en anden ordregiver har vurderet, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har forelagt dokumentation, der er tilstrækkelige til at dokumentere ansøgerens eller tilbudsgiverens pålidelighed, kan det indgå i vurderingen og være en indikation af ansøgerens eller tilbudsgiverens pålidelighed. Det skal dog i alle tilfælde være en konkret vurdering hos ordregiveren, hvorvidt den fremlagte dokumentation er tilstrækkeligt til at påvise pålidelighed.

...

Endeligt følger det af stk. 3, nr. 3, at ordregiveren alene kan acceptere en ansøgers eller en tilbudsgivers dokumentation af pålidelighed, når ansøgeren eller tilbudsgiveren har truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene.

Dette kan navnlig omfatte personalemæssige og organisatoriske foranstaltninger, f.eks. afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i denne illoyale adfærd, relevant reorganisering af medarbejdere, gennemførelse af afrapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation.”

Udbudslovens § 138 implementerer udbudsdirektivets artikel 57, stk. 6 og 7. I artikel 57, stk. 6, står der bl.a.:

”En økonomisk aktør, som er i en af de i stk. 1 og 4 omhandlede situationer, kan forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet, er tilstrækkelige til at vise aktørens pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund. Hvis en sådan dokumentation anses for at være tilstrækkelig, udelukkes den pågældende økonomiske aktør ikke fra udbudsproceduren.

Med henblik herpå skal den økonomiske aktør bevise, at denne har ydet erstatning eller påtaget sig at yde erstatning for eventuelle skader som følge af overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen, har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne og truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller forsømmelse.”

I udbudsdirektivets præambelbetragtning 102 står der bl.a.:

”Der bør imidlertid tages hensyn til muligheden for, at økonomiske aktører kan iværksætte overensstemmelsesforanstaltninger med henblik på at afhjælpe konsekvenserne af eventuelle strafbare handlinger eller forsømmelser og effektivt forebygge yderligere forekomster af den ukorrekte adfærd. Dette kan især omfatte personalemæssige og organisatoriske foranstaltninger, f.eks. afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i den ukorrekte adfærd, relevant reorganisering af medarbejdere, gennemførelse af rapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation. Hvor sådanne foranstaltninger yder tilstrækkelig garanti, bør den pågældende økonomiske aktør ikke længere udelukkes alene på dette grundlag. ...”

Ved vurderingen af, om Frederiksberg Kommune som ordregiver skal acceptere, at der er truffet ”passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger”, har Frederiksberg Kommune et betydeligt skøn. Dette skøn kan alene tilsidesættes af klagenævnet, hvis der er tale om en usaglig eller fejlbehæftet vurdering, eller hvis Frederiksberg Kommune har skønnet åbenbart forkert.

Til brug for opfyldelsen af betingelsen i udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3, fremsendte KN Rengøring ”Driftformat - Offentlige sektor” til Frederiksberg

Kommune. I driftformatet beskrives forskellige former for kontrolsystemer, herunder egenkontrol, ledelseskontrol, stikprøvekontrol og totalkontrol.

Det fremgår af Frederiksberg Kommunes brev af 9. september 2022 til KN Rengøring, at det var kommunens vurdering, at KN Rengøring samlet set ikke klart havde beskrevet, hvorvidt der var truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser, og at udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3, derfor ikke var opfyldt. Frederiksberg Kommune lagde herved vægt på, at det ikke var nærmere beskrevet, hvilke personalemæssige og organisatoriske foranstaltninger, der var truffet med henblik på at undgå misligholdelse fremadrettet.

Det fremgår yderligere af Frederiksberg Kommunes notat af 9. september 2022, at selv om KN Rengøring i sin meddelelse vedrørende dokumentation for pålidelighed anførte, at virksomheden havde implementeret de forebyggende foranstaltninger, som var sammenfattet i notatet ”Driftformat - Offentlige sektor”, indeholdt notatet ikke mange detaljer, og KN Rengøring havde ikke beskrevet, hvorvidt der var gennemført en reorganisering af medarbejdere eller ledelse, som var påkrævet for at sikre, at den væsentlige misligholdelse i Herlev Kommune ikke gentog sig.

KN Rengøring oplyste ikke Frederiksberg Kommune om, på hvilken måde og i hvilken grad driftformatet ændrede på virksomhedens hidtidige praksis. Frederiksberg Kommune havde herved ikke mulighed for at vurdere, om de beskrevne foranstaltninger var nyskabelser, som var egnede til at forebygge og sikre, at yderligere overtrædelser ikke ville ske i fremtiden. KN Rengørings redegørelse og driftformat indeholdt som anført heller ikke oplysninger om, hvorvidt der var foretaget foranstaltninger i form af afbrydelse af forbindelse med relevante, herunder ledende, personer eller organisationer, som var involveret i adfærden, der førte til ophævelsen af kontrakten med Herlev Kommune.

Efter klagenævnets vurdering er der efter de foreliggende oplysninger herefter ikke grundlag for at tilsidesætte Frederiksberg Kommunes vurdering af, at udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3, ikke var opfyldt.

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at klagenævnet vil tage påstand 3 til følge.

Ad påstand 2

Under henvisning til det anførte under påstand 3, og da betingelserne i udbudslovens § 138, stk. 3, er kumulative, tager klagenævnet ikke stilling til påstand 2.

Ad påstand 4

Som følge af det under påstand 1 og 3 anførte er der på det foreløbigt foreliggende grundlag ikke udsigt til, at klagenævnet vil tage påstand 4 til følge.

Betingelse nr. 1 om ”fumus boni juris” er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nadia Reichenbach Bodentien  
Kontorelev