

K E N D E L S E

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

mod

Vejle Kommune
(advokat Jeppe Lefevre Olsen, Århus)

Herlev Kommune ophævede den 19. august 2021 en kontrakt om rengørings-service, som kommunen havde indgået med KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen ("KN Rengøring"). Virksomheden havde efter kommunens opfattelse væsentligt misligholdt kontrakten. KN Rengøring bestred ophævelsen. Der opstod herefter også tvist mellem parterne om det økonomiske opgør i forbindelse med ophævelsen.

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 243-641007 af 10. december 2021, offentliggjort den 15. december 2021, udbød Vejle Kommune som begrænset udbud fire kontrakter om rengøring i kommunen til en samlet anslået værdi på 216 mio. kr. Sagen angår KN Rengørings deltagelse i dette udbud. Udbuddet omfattede daglig indvendig lokalerengøring og rengøringsrelaterede serviceopgaver i et stort antal af kommunens bygninger. Udbuddet var opdelt i delaftale 2 (Give), delaftale 3 (Jelling og Vejle Øst), delaftale 6 (Vejle Nord) og delaftale 7 (Vejle City 1). Delaftalernes varighed var fire år med mulighed for forlængelse i tre gange et år.

Vejle Kommune havde i udbudsbekendtgørelsen fastsat, at den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, (tidligere nr. 5) om udelukkelse af en ansøger i tilfælde af væsentligt misligholdelse og ophævelse af en offentlig kontrakt fandt anvendelse. Der var givet mulighed for, at ansøgeren kunne fremlægge tilstrækkelig dokumentation for at være pålidelig, jf. udbudslovens § 138.

KN Rengøring fremsatte den 11. januar 2022 anmodning om prækvalifikation og oplyste, at virksomheden ikke var omfattet af udelukkelsesgrunde. Virksomheden blev prækvalificeret og afgav tilbud den 11. marts 2022. Under evalueringen af tilbuddene fik Vejle Kommune aktindsigt i ophævelsen af kontrakten mellem Herlev Kommune og KN Rengøring. Efter at KN Rengøring havde fået mulighed for self-cleaning, besluttede Vejle Kommune den 3. juni 2022 at udelukke KN Rengøring fra udbuddet. Kommunen anførte, at den fremlagte dokumentation for virksomhedens pålidelighed ikke var tilstrækkelig, jf. udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3. Samme dag besluttede kommunen at tildele kontrakten til Forenede Service A/S.

Den 13. juni 2022 indgav KN Rengøring klage til Klagenævnet for Udbud over Vejle Kommune. KN Rengøring anmodede om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle tillægge klagen opsættende virkning.

Den 17. juni 2022 besluttede klagenævnet, at klagen ikke skulle tillægges opsættende virkning, da betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet skriftligt.

KN Rengøring har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Vejle Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved den 3. juni 2022 under Vejle Kommunes rengøringsudbud i henhold til udbudsbekendtgørelse 2021/S 243-641007 af 10. december 2021, offentliggjort i EU-Tidende den 15. december 2021, 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 Vejle Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, jf. § 138, stk. 1, ved den 3. juni 2022 at have udelukket KN Rengøring fra deltagelse i kommunens rengøringsudbud i henhold til udbudsbekendtgørelse 2021/S 243-641007 af 10. december 2021, offentliggjort i EU-Tidende den 15. december 2021, med den begrundelse, at KN Rengøring ikke havde fremlagt dokumentation for at have truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene, jf. udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3, selv om KN Rengøring havde fremlagt fyldestgørende dokumentation herfor den 17. maj 2022.

Påstand 3

Klagenævnet skal i henhold til klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2, annullere Vejle Kommunes beslutning af 3. juni 2022 om tildeling af delaftale 2 (Give), delaftale 3 (Jelling og Vejle Øst), delaftale 6 (Vejle Nord) og delaftale 7 (Vejle City 1) til Forenede Service A/S.

KN Rengøring har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

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

Klagenævnet har den 17. juni 2022 meddelt Vejle Kommunes kontraktpart, Forenede Service A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Forenede Service A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Om udbuddet og indhentelse af oplysninger under evalueringen

I udbudsbekendtgørelse af 10. december 2021 står der bl.a.:

”II.1.4) Kort beskrivelse:

Udbuddet omfatter rengøringservice på ca. 122 lokationer i Vejle Kommune. Rengøringservice skal udføres på bl.a. skoler, daginstitutioner,

klubber, idrætsfaciliteter, kulturelle institutioner, administrative bygninger, og ældrecentre. Rengøringservice omfatter daglig indvendig loka-
lerengøring efter rengøringsystemet programmeret rengøring samt ren-
gøringsrelaterede serviceopgaver.

...

III.1.1) Egnethed til at udøve en erhvervsaktivitet, herunder krav om
optagelse i erhvervs- eller handelsregistre

...

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

...

Ordregiver kan påvise, at ansøgeren væsentligt har misligholdt en tidli-
gere offentlig kontrakt, kontrakt med en forsyningsvirksomhed eller kon-
cessionskontrakt og misligholdelsen har medført den pågældende kon-
trakts ophævelse eller en lignende sanktion, jf. udbudslovens § 137, stk.
1, nr. 5”.

I udbudsbetingelserne var det tilsvarende fastsat i pkt. 3.3.3 Del III: Udeluk-
kelsesgrunde:

”...

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

...

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

...”

Af Vejle Kommunes interne notat om KN Rengørings udelukkelse fra Vejle
Kommunes rengøringsudbud af 3. juni 2022 fremgår bl.a.:

”Baggrund:

...

Vejle Kommune modtog den 11. januar 2022 prækvalifikationsanmodning fra bl.a. KN Rengøring, og der var ikke forhold i det vedlagte ESPD, der gav anledning til nærmere overvejelser eller undersøgelser. KN Rengøring blev udvalgt til at afgive tilbud på Vejle Kommunes udbud.

Den 11. marts 2022 modtog Vejle Kommune tilbud på udbuddet fra bl.a. KN Rengøring.

Vejle Kommune blev - bl.a. via den til udbuddet tilknyttede servicerådgiver Dansk Servicerådgivning - under evalueringen af de indkomne tilbud bekendt med flere forhold hos KN Rengøring, som muligvis ville kvalificere KN Rengøring til, at være omfattet af den valgte frivillige udelukkelsesgrund i Udbudslovens (UBL) § 137, stk. 1, nr. 5, som Vejle Kommune havde aktiveret i udbuddet, jf. udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.1.

...

Forholdene omhandlede KN Rengørings misligholdelse af sine kontraktlige forpligtelser over for kommunerne: Herlev, Varde og Aarhus. Vejle Kommune blev bekendt med, at kontrakter med KN Rengøring i de 3 kommuner var blevet afbrudt før tid.

Vejle Kommune undersøgte i den forbindelse, især, forholdet i Herlev Kommune nærmere, idet kontrakten mellem Herlev Kommune og KN Rengøring direkte var blevet ophævet med henvisning til en væsentlig misligholdelse. Indledningsvist havde Vejle Kommune en indledende dialog med den ansvarlige for samarbejdet i Herlev Kommune, og efterfølgende fik Vejle Kommune bl.a. aktindsigt i Herlev Kommunes ophævelsesskrivelse af 19. august 2021. Vejle Kommune foretog på baggrund heraf en indledende vurdering og konkluderede allerede på baggrund af de i ophævelsesskrivelsen anførte forhold, at Herlev Kommunes ophævelse ikke forekom uberettiget, men konkret begrundet i netop KN Rengørings væsentlige misligholdelse af kontrakten. Vejle Kommune iværksatte den 12. april 2022 derfor en self-cleaning-procedure i henhold til Udbudslovens § 138, hvorved KN Rengøring fik mulighed for, at dokumentere dennes pålidelighed i henhold til forholdene i Herlev Kommune. Samtidig hermed indhentede Vejle Kommune yderligere dokumentation fra Herlev Kommune med henblik på at verificere Vejle Kommunes indledende vurdering af, at ophævelsen ikke forekom uberettiget. Dette notat dokumenterer den supplerende / verificerende vurdering.

Vurdering:

Vejle Kommune har indhentet dokumentation fra Herlev Kommune, samt haft dialog med Herlev Kommune samt dennes advokat angående sagens omstændigheder. Den indhentede dokumentation består i:

- Kontrakten mellem Herlev Kommune og KN Rengøring, inkl. bilag.
- Herlev Kommunes misligholdelsesskrivelse af 26. marts 2021.
- Kvalitetsrapporter for perioden 12-17. august 2021
- Herlev Kommunes ophævelse af kontrakt om rengøring og vinduespolering af 19. august 2021.

Ud over de hos Herlev Kommune indhentede dokumenter, har Vejle Kommune modtaget dokumenter fra KN Rengørings advokater, som Vejle Kommune har inddraget i vurderingen af, hvorvidt KN Rengøring er omfattet af udelukkelsesgrunden:

- Brev af 20. august 2021 fra KN Rengørings advokat til Herlev Kommunes advokat

Herlev Kommune begrundede ophævelsen af kontrakten med KN Rengøring med:

- Levering af mangelfulde ydelser igennem hele kontraktperioden, hvilket Herlev Kommune løbende har påtalt. Herunder har Herlev Kommune mange gange været nødsaget til at anmelde fejl, mangler og udeblivelser i henhold til kontraktens § 29. De anmeldte fejl, mangler og udeblivelser, som er anmeldt på baggrund af Herlev Kommunes løbende kvalitetskontroller efter kontraktens § 26, har ført til at Herlev Kommune har fremsat ikke mindre end 44 bodspåkrav eller forholdsmæssigt afslag.
- At der er konstateret levering af mangelfulde ydelser, ved gennemførelse af kvalitetskontroller ved faglig kompetent tredjepart i henhold til kontraktens § 27.
- At KN Rengøring i flere tilfælde, ikke har foretaget udbedring af anmeldte mangler, inden for den i kontrakten fastsatte udbedringsfrist, jf. kontraktens § 29 og bilag 4B.
- At KN Rengøring ikke har leveret tilstrækkelig dokumentation for uddannelse og instruktion af rengøringsassistenter, jf. kontraktens § 24.
- At KN Rengøring ikke lever op til kontraktens bestemmelser om egenkontrol, jf. kontraktens § 25

Vejle Kommune gennemgik materialet fremsendt af Herlev Kommune, og konstaterede, at KN Rengøring - som dokumenteret ved kvalitetsrapporterne for perioden 12.-17. august 2021 - gentagne gange ikke har leveret kontraktmæssig ydelse til Herlev Kommune. Vejle Kommune konstaterede også, at Herlev Kommune påberåbte sig misligholdelse allerede den 26. marts 2021 og igen ved ophævelsesskrivelsen af 19. august 2021 (to gange inden for en periode på seks måneder), og at der dermed forelå væsentlig misligholdelse i henhold til kontraktens § 30, stk. 3. Samlet

vurderede Vejle Kommune, at Herlev Kommune havde været berettiget til at ophæve kontrakten, jf. dennes § 33, som følge af væsentlig misligholdelse - og i hvert fald, at Vejle Kommune ikke med afsæt i det modtagne materiale fra både Herlev Kommune og KN Rengøring har grundlag for at konstatere, at ophævelsen skulle være direkte uberettiget. KN Rengørings indsigelser mod ophævelsen i brev af 20. august 2021 ændrer ikke Vejle Kommunes vurdering af ophævelsen, og Vejle Kommune har i øvrigt konstateret, at der ikke verserer en anlagt sag omkring ophævelsen mellem parterne, men at parternes dialog fokuserer på håndteringen af det efterfølgende økonomiske mellemværende mellem parterne.

Vejle Kommune vurderede - og vurderer fortsat - på den baggrund, at KN Rengøring er omfattet af den valgte frivillige udelukkelsesgrund i Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, hvorfor Vejle Kommune både er berettiget og forpligtet til at udelukke KN Rengøring fra Vejle Kommunes udbud - dog forudsat gennemførelsen af en self-cleaning / pålidelighedsproces efter udbudslovens § 138.”

Den ophævede rengøringskontrakt med Herlev Kommune

KN Rengøring og Herlev Kommune indgik med ikrafttræden den 1. februar 2021 kontrakt om rengøringservice og vinduespolering. Kontrakten løb frem til den 31. januar 2025, hvorefter den skulle ophøre uden yderligere varsel.

I kontraktens § 27 ”Kvalitetskontrol ved fagligt kompetent 3. part” står der bl.a.:

”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:

- Dato for kvalitetskontrollen
- Deltagere i kvalitetskontrollen

- Afrapportering af, hvilke lokaler der blev kontrolleret
- Samlet bedømmelse af kvalitetsniveauet, jf. § 28
- Eventuelle aftaler vedrørende udbedring, opretning og andre forhold af betydning for levering af kontraktmæssig ydelse”.

Af kontraktens § 28 ”Kvalitetsbedømmelse og bod” fremgår bl.a.:

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

I kontraktens § 29 ”Fejl og mangler” er bl.a. fastsat:

”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.”

I § 30 ”Misligholdelse” er bl.a. fastsat:

”Stk. 3. ...

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.”

Af § 33 ”Ophævelse” fremgår:

”...

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 Herlev Kommunes brev af 26. marts 2021 til KN Rengøring 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	Børne & Ungdomsskolen (Kildegård)	3 stjerner
D. 25. marts 2021	Elverhuset	3 stjerner
D. 25. marts 2021	Lærkegård Center	2 stjerner

...

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 misligholdes 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.
- 2) Opfølgende møde 7. april 2021 kl. 9:00 med deltagelse af Kommunaldirektør ..., Analyse- og indkøbschef ... (Dansk Service-rådgivning), hvor problemstillingen yderligere tydeliggøres.
- 3) Fra 31. marts 2021 KN Rengørings implementering af de nødvendige organisatoriske, ressource- og kvalitetssikringsmæssige tiltag.
- 4) I perioden 29. marts 2021 til 28. april 2021 skærpet kvalitetskontrol.
- 5) 28. april kl. 9:00 opfølgende møde med henblik på drøftelse af perspektiverne for kontrakten fremadrettet.

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 kontrakten 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.
 ...”

Af Herlev Kommunes brev af 19. august 2021 om ophævelse af kontrakten fremgår bl.a.:

”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.

...

Det er med stor ærgrelse, at Herlev Kommune gentagne gange har måttet konstatere, at kvaliteten i den leverede rengøringservice ikke er i overensstemmelse med den i kontrakten aftalte kvalitet, og at KN Rengøring dermed har misligholdt sin forpligtelse til at levere en kontraktmæssig ydelse, jf. kontraktens § 30.

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 ophæve 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 Servicerådgivning i henhold til kontraktens § 27:

Dato:	Lokation:	Bedømmelse iht. kontraktens § 28:
12. august 2021	Troldemosen	2 stjerner
12. august 2021	Elverhuset	3 stjerner
12. august 2021	Kildespring	3 stjerner
12. august 2021	Solsikken	3 stjerner
13. august 2021	Områdeinstitution Dildhaven	1 stjerne
13. august 2021	Socialt Værested	3 stjerner
16. august 2021	Lærkegård Plejecenter	3 stjerner
16. august 2021	Botilbud Højsletten	3 stjerner
17. august 2021	Herlevgård Plejecenter	2 stjerner
17. august 2021	Lille Birkholm Center	3 stjerner

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.”

KN Rengøring gjorde ved brev af 20. august 2021 indsigelse mod Herlev Kommunes ophævelse af kontrakten. Af brevet fremgår bl.a.:

”Det er min umiddelbare opfattelse, at Herlev Kommune ikke – som betingelse for ophævelse under henvisning til gentagen misligholdelse – har påberåbt sig dette skriftligt over for min klient mindst to gange inden for en periode på 6 måneder, og at kommunen heller ikke senest 10 kalenderdage efter sin senest påberåbte misligholdelse skriftligt har ophævet Kontrakten. Selv hvis dette var sket, måtte det følge af Aftalelovens § 36, at ikke enhver beskeden misligholdelse ville kunne akkumuleres og påberåbes som væsentlig misligholdelse.

Jeg har fået forelagt Herlev Kommune skrivelse af 26. marts 2021, hvori kommunen påberåber sig misligholdelse af Kontrakten. Kommunens Ophævelsesskrivelse af 19. august 2021 kan ikke udgøre en skrivelse om påberåbt misligholdelse, jf. Kontraktens § 30, stk. 3, idet væsentlig misligholdelse i dette tilfælde først indtræder efter den senest påberåbte misligholdelse.

Jeg mener heller ikke, at Herlev Kommune har været berettiget til at ophæve Kontrakten på andet grundlag, og finder den øvrige ophævelsesbegrundelse ufyldstgørende og ukonkret; særligt angivelsen af, at Kontrakten skulle være væsentligt misligholdt

...

fremstår indholdsløs og alene som en gentagelse af de generelle kriterier for konstatering af væsentlig misligholdelse i Kontraktens § 33, 2. afsnit.”

Korrespondance mellem Vejle Kommune og KN Rengøring

I forbindelse med Vejle Kommunes anmodning til Herlev Kommune om aktindsigt i kommunens materiale foretog Herlev Kommune partshøring af KN Rengøring, som herefter den 11. april 2022 skrev til kommunen:

”...

I den forbindelse skal jeg oplyse, at min klient over for Herlev Kommune ved vedhæftede skrivelse af 20. august 2021 – dagen efter kommunens ophævelse – har gjort indsigelse imod kommunens uberettigede ophævelse. Parterne har tillige torsdag den 7. april 2022 indgået forlig i sagen, der indebærer, at Herlev Kommune tilbagekalder sin ophævelse af 19. august 2021.

Herlev Kommunes ophævelse kunne – uanset at denne efter min klients opfattelse er uberettiget – have haft betydning for Vejle Kommunes vurdering af, om min klient er omfattet af den frivillige udelukkelsesgrund i Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, hvorefter ordregiver i udbudsbekendtgørelsen skal anføre, ”hvis en ansøger eller en tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis 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”.

Ordregiver bærer bevisbyrden for, at en økonomisk aktør er omfattet af denne udelukkelsesgrund. Bevisbyrden kan ifølge lovbemærkningerne blandt andet løftes ved en endelig dom, voldgiftskendelse eller kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn. Det afskærer ikke ordregivers bedømmelse, at spørgsmålet om ophævelsens berettigelse verserer ved domstolene eller en nedsat voldgift, jf. EU-Domstolen i C-41/18 Meca, men ordregiver skal under den verserende sag foretage et konkret og individuelt skøn, og bør i tvivlstilfælde – navnlig om ophævelsesgrundens alvorlighed – afstå fra udelukkelse i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

I det konkrete tilfælde bestrides grundlaget for ophævelsen, der tillige er tilbagekaldt af Herlev Kommune. Såfremt Vejle Kommune – trods Herlev Kommunes tilbagekaldelse af ophævelsen og de dokumenterede væsentlige og saglige indsigelser imod grundlaget for kommunens ophævelse – måtte finde, at min klient opfylder udelukkelsesgrunden i Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, skal jeg venligst anmode kommunen om

at iværksætte self cleaning proceduren i Udbudslovens § 138 ved anmodning over for min klient om fremlæggelse af dokumentation for sin pålidelighed, jf. Udbudslovens § 138, stk. 1 – 2.

...”

Twisten mellem KN Rengøring og Herlev Kommune blev imidlertid ikke sluttet ved forlig.

Den 12. april 2022 skrev Vejle Kommune til KN Rengøring:

”...

Vejle Kommune - og den servicerådgiver, som kommunen anvender ved udbuddets gennemførelse - har imidlertid positiv kendskab til, at Herlev Kommune i august 2021 ophævede en kontrakt med KN Rengøring grundet væsentlig misligholdelse af kontrakten. Vejle Kommune har fået aktindsigt i Herlev Kommunes ophævelsesskrivelse. Derudover har Vejle Kommune - og servicerådgiveren - kendskab til flere andre kommuner, der som følge af (oplyst) misligholdelse, har opsagt eller på anden vis fået aftaler med KN Rengøring bragt til ophør, dvs. efter en form for aftale mellem disse parter herom.

Under henvisning til de afsendte mailskrivelser af 11. marts 2022 hhv. 12. marts 2022, kan Vejle Kommune konstatere at KN Rengørings kontrakt med Herlev Kommune, fortsat er ophævet pr. august 2021. Vejle Kommune anerkender, at KN Rengøring bestrider denne ophævelse.

Vejle Kommune har foretaget en konkret vurdering af, hvorvidt KN Rengøring er omfattet af den frivillige udelukkelsesgrund i Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5. I den konkrete vurdering af KN Rengørings væsentlige misligholdelse af en eller flere offentlige kontrakter.

Vejle Kommune finder på baggrund af kommunens konkrete vurdering, at KN Rengøring er omfattet af udelukkelsesgrunden i Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, idet Vejle Kommune vurderer at kunne påvise, at KN Rengøring 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.

Vejle Kommune skal derfor anmode KN Rengøring om at dokumentere dennes pålidelighed – såkaldt self cleaning - i henhold til Udbudslovens § 138.

...”

KN Rengørings advokat svarede ved e-mail af 13. april 2021:

”...

Det fremgår også af forarbejderne, at ordregiver i tvivlstilfælde bør afstå fra udelukkelse i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. I den konkrete sag må Vejle Kommune nødvendigvis anerkende, at KN Rengøring med den fremlagte indsigelse af 20. august 2022 over for Herlev Kommune har underbygget, at kommunens ophævelse er uberettiget, eller under alle omstændigheder har rejst væsentlig tvivl om ophævelsens berettigelse.

Vejle Kommune kan ikke begrænse sig til blot at anerkende, at KN Rengøring har gjort indsigelse imod Herlev Kommunes ophævelse, og dermed undlade at foretage en prøvelse af grundlaget for Herlev Kommunes ophævelse. Hvis Vejle Kommune under sin prøvelse konstaterer, at der er rimelig tvivl om ophævelsens berettigelse, vil kommunen være uberettiget til at lægge til grund, at KN Rengøring opfylder udelukkelsesgrunden i Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5.

Jeg skal på dette grundlag anmode Vejle Kommune om at vurdere indholdet af min klients indsigelse og fremkomme med en begrundet stillingtagen til Herlev Kommunes ophævelse på det foreliggende grundlag.

KN Rengøring vil naturligvis fremkomme med sin § 138-redegørelse senest den 22. april 2022 og heri medtage ovenstående synspunkter.

...”

Self-cleaning

Den 21. april 2022 fremsendte KN Rengøring en redegørelse med bilag til Vejle Kommune om virksomhedens self-cleaning.

Redegørelsen var vedlagt KN Rengørings indsigelse af 28. september 2021 over for Herlev Kommunes betalingspåkrav af 6. september 2021 i anledning af kommunens ophævelse af kontrakten, KN Rengørings brev af 12. november 2021 til Herlev Kommune om indgivelse af klage til klagenævnet samt den indgivne klage. Af redegørelsen fremgår:

”...

KN Rengøring skal i henhold til Udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3), have truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene.

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 et driftsformat, der har til formål at sikre hurtig opfølgning, korrektioner og forebyggelse af fejl og gentagelser, omfattende samtlige faktiske omstændigheder, der er påberåbt af Herlev Kommune som grundlag for ophævelsen den 19. august 2021.

KN Rengøring opererer under dette driftsformat med

- (i) en dedikeret serviceleder (Single Point of Contact)
- (ii) den kortest mulige kommandovej,
- (iii) hurtig og effektiv eksekvering af opgaver, rapportering og tilbagemelding,
- (iv) en tæt integration i kundens hverdag og drift,
- (v) en beslutningskompetent ledelse i aftalte tidsrum med fast tilknyttet stedfortræder ved ferie og andet fravær,
- (vi) en effektiv akkumulering af opgavespecifik viden og kompetencer, særlige rengøringsbehov, tilpasning i forhold til lokale brugere, ekstra- og specialopgaver m.v.,
- (vii) sporbarhed og effektiv opfølgning på alle fejl med henblik på korrektioner og forebyggelse af samme fejl, samt
- (viii) løbende afrapportering og tilbagemelding til kunden om fejl og fejlårsager samt forebyggende tiltag.

...”

Selve driftsformatet var ikke vedlagt redegørelsen.

Ved e-mail af 27. april 2022 fremsendte KN Rengøring yderligere materiale vedrørende den ophævede kontrakt. I mailen er bl.a. anført:

”(2) Kvalitetskontroller:

a. Kvalitetskontrolrapporter for perioden 12-17 august 2021.pdf

KN Rengøring har konsekvent fulgt op på alle eksterne kvalitetskontroller i Herlev Kommune, jf. eksempelvis vedhæftede opfølgninger af 23. og 29. april 2021 (vedhæftet).

Endvidere bemærkes det, at det i den kommende voldgiftssag vil blive påberåbt, at de gennemførte kvalitetskontroller ikke har opfyldt mindstekravene i Kontraktens § 27, og derfor heller ikke har kunnet danne grundlag for dagbøder og ophævelse, jf. eksempelvis følgende mindstekrav:

Stikprøvestørrelsen i kvalitetskontrollen skal udgøre et tilstrækkeligt antal lokaler i forhold til at kunne drage valide konklusioner om kvalitetsniveauet i den samlede leverede rengøringsydelse.

Kvalitetskontrollen tager udgangspunkt i udbudsmaterialets tekniske kravspecifikation, kalkulationsoplysningsskemaer, plantegninger og lokalefortegnelser

Eksempelvis indeholder kontrolrapporten for Troldemosen den 12. august 2021 ikke henvisning til lokale-ID i vedhæftede lokalefortegnelse (3E – 21) for denne institution. Der henvises alene til kategorier af rum. Endvidere henvises til lokaler, der ikke findes i lokalefortegnelsen, eksempelvis ”Rytmikrum”.

...”

Af anmodning om uddybende dokumentation af 11. maj 2022 fra Vejle Kommune til KN Rengøring fremgår:

”...

Vejle Kommune anmoder specifikt om dokumentation for det i skrivelseren nævnte driftsformat. Herunder anmoder Vejle Kommune om konkret dokumentation for at KN Rengøring opererer under det nævnte driftsformat med:

...

Vejle Kommune vil ydermere opfordre til, at KN Rengøring v/Publicure Advokatfirma P/S, fremsender eventuelt yderligere dokumentation for KN Rengørings pålidelighed end den ovenfor nævnte, ifald KN Rengøring kan dokumentere at have truffet andre passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrunden i Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5, i henhold til Udbudslovens § 138 stk. 3, nr. 3.

...”

KN Rengøring svarede den 17. maj 2022:

”...

I min skrivelse af 21. april 2022 henviste jeg under redegørelsen for KN Rengørings pålidelighed i henhold til Udbudslovens § 138, stk. 3, til virksomhedens driftsformat som dokumentation for virksomhedens forebyggende foranstaltninger, jf. Udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3).

Jeg vedhæfter seneste version 1.1 af KN Rengørings driftsformat for den offentlige sektor af 16. maj 2022, der er suppleret med virksomhedens seneste indsatsområder blandt andet til forebyggelse af fejl og mangler.”

Det fremsendte driftsformat er et dokument på syv sider, hvoraf bl.a. fremgår:

”DRIFTFORMAT
- Offentlig sektor
(version 1.1, 16. maj 2022)

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:

- Dedikeret serviceleder (Single Point of Contact)
- Korte kommandoveje
- Hurtig og effektiv eksekvering af opgaver, rapportering og tilbagemelding
- Tæt integration i kundens hverdag og drift
- Beslutningskompetent ledelse i aftalte tidsrum med fast tilknyttet stedfortræder ved ferie og andet fravær
- Effektiv akkumulering af opgavespecifik viden og kompetencer, særlige rengøringsbehov, tilpasning i forhold til lokale brugere, ekstra- og specialopgaver m.v.
- Sporbarhed og effektiv opfølgning på alle fejl med henblik på korrektioner og forebyggelse af samme fejl
- Løbende afrapportering og tilbagemelding til kunden om fejl og fejlårsager samt forebyggende tiltag

Driftsformatet omfatter nedenstående prioriterede indsatsområder:

1. Tidsplaner og opstart

...

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.*

...

KN Rengøring skal have højt fokus på, at aftalte ydelser leveres under indkøringsperioden, og at KN Rengørings samarbejde med kunden etableres i sikre procedurer, herunder i forhold til alle opfølgings- og kontrolforløb.

...

c) *Ordinær drift.*

...

2. Samarbejde og ledelse

...

KN Rengørings ledelsesfunktion skal være i stand til at

- a) lede og fordele arbejde i henhold til kundens krav,
- b) modtage og gennemføre kundens bestillinger og ændringer,
- c) tilbagegive resultatet af gennemførte bestillinger og ændringer,
- d) gennemføre og tilbagegive resultatet af opfølgende kontrolarbejde – herunder i forhold til specificerede INSTA krav – samt
- e) fremvise planlagt indsatsarbejde og resultatet af dette.

...

3. Personale

...

KN Rengøring skal sikre, at planlægningen af aftalte opgaver sker i overensstemmelse med arbejdsplaner, der er aftalt med kunden. ...

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 skadegørende 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 introduktionskursus. Kurset skal som minimum bringe medarbejderen kundskaber i brug af rengøringsmidler, metoder, ergonomi og sikkerhed. 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 rengøringsmidler, herunder instrueret i korrekt dosering, brug og bortskaffelse af rengøringsmidler. Formålet med dette skal være at forebygge unødige miljø- og arbejdsmiljøbelastninger.

...

4. Statusmøder og dialog

...

5. Kvalitetssikring

KN Rengøring skal foretage en systematisk og grundig kvalitetssikring af udførte rengøringsydelser for at forebygge fejl og uregelmæssigheder i udførelsen, samt for at forebygge gentagelser og sikre kvalitetsfastholdelse og løbende forbedringer, hvor dette er påkrævet til sikring af aftalemæssig udførelse.

KN Rengørings kvalitetskontrol skal omfatte følgende organisatoriske lag og kontrolopgaver:

5.1 Egenkontrol

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

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

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 lokalemassens 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.

...

5.3 Serviceleders stikprøvekontrol

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

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.

...

5.4 Serviceleders totalkontrol

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

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.”

Driftsformatet var underskrevet af direktøren for KN Rengøring.

Den 3. juni 2022 meddelte Vejle Kommune KN Rengøring, at kommunen havde udelukket KN Rengøring fra udbuddet:

”...

Vejle Kommune har nu foretaget endelig vurdering af den fremsendte dokumentation for KN Rengørings pålidelighed i henhold til Udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 1-3.

Dette dokument redegør for Vejle Kommunes konkrete vurdering.

...

Vejle Kommune modtog den 21. april 2022 første del af den fremsendte dokumentation for KN Rengørings pålidelighed i henhold til Udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 1-3. I materialet lå i realiteten ingen dokumentation, men alene en oplystning af nogle konkrete driftsmæssige punkter.

Vejle Kommune anmodede derfor i skrivelse af 11. maj 2022 om, at KN Rengøring fremsendte (supplerende) dokumentation for den første del af den fremsendte dokumentation, der var fremsendt den 21. april 2022. Samtidig opfordrede Vejle Kommune i skrivelsen KN Rengøring til, at fremsende eventuelt yderligere dokumentation for virksomhedens pålidelighed i henhold til Udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3.

Vejle Kommune modtog den 17. maj 2022 supplerende dokumentation i form af KN Rengørings driftsformat for den offentlige sektor.

Vejle Kommune har foretaget en konkret vurdering af den fremsendte dokumentation og - sammenholdt med baggrunden for udelukkelsen efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5 - vurderet, hvorvidt KN Rengøring på tilstrækkelig vis har dokumenteret virksomhedens pålidelighed i henhold til forholdene i Herlev Kommune, som - også efter Vejle Kommunes vurdering - kvalificerede til væsentlig misligholdelse, og som Herlev Kommune lagde til grund for ophævelsen af kontrakten med KN Rengøring den 19. august 2021.

Vejle Kommune har vurderet, hvorvidt den fremsendte dokumentation på tilstrækkelig vis dokumenterer, at forholdene, der lå til grund for den væsentlige misligholdelse i Herlev Kommune, ikke vil gentage sig i et kontraktforhold med Vejle Kommune.

Forholdene der lå til grund for den væsentlige misligholdelse samt ophævelsen af kontrakten i Herlev Kommune var:

- 1) Levering af mangelfulde ydelser igennem hele kontraktperioden, hvilket Herlev Kommune løbende påtalte. Herunder var Herlev Kommune mange gange nødsaget til at anmelde fejl, mangler og udeblivelser i henhold til kontraktens § 29. De anmeldte fejl, mangler og udeblivelser, som blev anmeldt på baggrund af Herlev Kommunes løbende kvalitetskontroller efter kontraktens § 26, førte til at Herlev Kommune fremsatte ikke mindre end 44 bodspåkrav eller krav om forholdsmæssigt afslag.
- 2) At der var konstateret levering af mangelfulde ydelser, ved gennemførelse af kvalitetskontroller ved faglig kompetent tredjepart i henhold til kontraktens § 27.
- 3) At KN Rengøring i flere tilfælde, ikke havde foretaget udbedring af anmeldte mangler, inden for den i kontrakten fastsatte udbedningsfrist, jf. kontraktens § 29 og bilag 4B.
- 4) At KN Rengøring ikke havde leveret tilstrækkelig dokumentation for uddannelse og instruktion af rengøringsassistenter, jf. kontraktens § 24.
- 5) At KN Rengøring ikke levede op til kontraktens bestemmelser om egenkontrol, jf. kontraktens § 25

Indledningsvist konstaterer Vejle Kommune, at KN Rengøring udtrykkeligt erklærer at have påtaget sig sin evt. forpligtelse til at svare erstatning som følge af den væsentligste misligholdelse, jf. udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 1, og at Vejle Kommune i øvrigt vurderer, at det ikke er relevant for KN Rengøring at fremlægge dokumentation for samarbejde med relevante myndigheder som følge af udelukkelsesgrundens karakter, jf. udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 2, jf. § 137, stk. 1, nr. 5. Ved vurderingen af det modtagne self-cleaning materiale har Vejle Kommune derfor fokuseret på, om det dokumenterer, at KN Rengøring har truffet passende, konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 5, jf. § 138, stk. 3, nr. 3.

Ved en grundig gennemgang af den af KN Rengøring fremsendte dokumentation, har Vejle Kommune konstateret, at det ikke kan udledes af driftsformatet eller i øvrigt af andet fremsendt materiale, hvilke ændringer der evt. er foretaget i forhold til KN Rengørings tidligere procedurer, og Vejle Kommune kan derfor ikke vurdere, om der indføres nye tiltag,

som faktisk kan forhindre væsentlig misligholdelse af offentlige kontrakter i fremtiden. Vejle Kommune kan heller ikke vurdere, om tiltagene overhovedet er implementeret hos KN Rengøring, idet materialet ikke indeholder dokumentation for, hvordan de anførte forhold er forankret eller personelt gennemført, ligesom Vejle Kommune i det væsentligste ikke kan se, at tiltagene skulle være knyttet til de misligholdelsessituationer, der var gældende for Herlev Kommunes ophævelse af parternes samarbejde.

Store dele af driftformatet fremstår som en gentagelse af rene kontraktuelle - eller salgsfremmende - forhold, eksempelvis at personalet skal oplæres i korrekt dosering, og at der skal gennemføres daglig kontrol af rengøringen. Der er ikke vedlagt dokumentation for, hvordan eller om oplæringen eller kontrollen skal ske. Andre dele af driftformatet synes at være almindelige løsningsbeskrivelser, som beskriver, hvordan KN Rengøring har til hensigt at løse en opgave, uden at der er nogen dokumentation for, at forholdene faktisk gennemføres. En gentagelse af almindelige kontraktforpligtelser i et internt driftformat udgør efter Vejle Kommunes opfattelse ikke dokumentation for, at de pågældende processer faktisk gennemføres, og udgør heller ikke dokumentation for, at det er relevante eller nødvendige foranstaltninger, som forebygger fremtidige misligholdelser af samme karakter i en helt sammenlignelig kontrakt hos Vejle Kommune.

Den i driftformatet beskrevne proces for egenkontrol fremstår på sin vis dog som en konkret proces, der giver praktiske retningslinjer for, hvordan egenkontrol gennemføres. Vejle Kommune skønner, at den beskrevne proces formentlig vil kunne medvirke til at sikre, at KN Rengøring i fremtidige kontrakter lever op til kravene om egenkontrol. Det gælder dog kun, hvis der er tale om nye tiltag, der rent faktisk også både er implementeret - og dokumenteret implementeret - i organisationen, hvilket ikke kan udledes af den fremsendte dokumentation, herunder at der er tale om et forhold, som ikke allerede var gældende under samarbejdet med Herlev Kommune, hvor det kan konstateres ikke at have fungeret. At det modtagne materiale på dette ene punkt indeholder en vis, konkretiseret tilbagemelding - som dog hverken er sat i relation til Herlev Kommunes ophævelse og de dér bagvedliggende forhold eller i øvrigt er dokumenteret implementeret - udgør efter Vejle Kommunes vurdering ikke en tilstrækkelig dokumentation af pålideligheden.

Vejle Kommune har i øvrigt konstateret, at driftformatet er dateret den 16. maj 2022 (dagen før fremsendelse af driftformatet til Vejle Kommune). Dateringen skaber yderligere tvivl om, hvorvidt de nævnte foranstaltninger faktisk er implementeret, eller om de blot er nedskrevet umiddelbart forud for fremsendelsen, og således også efter fremsendelse af

den oprindelige dokumentation for pålidelighed af 21. april 2022. På baggrund af en samlet vurdering af KN Rengørings fremsendte dokumentation, sammenholdt med forholdene i Herlev Kommune, vurderer Vejle Kommune, at KN Rengøring ikke har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for deres pålidelighed, i henhold til Udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3.

På baggrund af en samlet vurdering af KN Rengørings fremsendte dokumentation og forholdene i det tidligere kontraktforhold mellem KN Rengøring og Herlev Kommune, vurderer Vejle Kommune, at KN Rengøring ikke har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for virksomhedens pålidelighed, i henhold til Udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3.

Vejle Kommune har vurderet, at Herlev Kommunes ophævelse af kontrakten med KN Rengøring den 19. august 2021, ikke var uberettiget og var begrundet i væsentlig misligholdelse af kontrakten. Vejle Kommune har derfor iværksat en pålidelighedsproces, men eftersom KN Rengørings fremsendte dokumentation for pålidelighed vurderes som utilstrækkelig, er Vejle Kommune forpligtet til at udelukke KN Rengøring fra udbudsprocessen, med henvisning til den frivillige udelukkelsesgrund i Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 5.

...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

KN Rengøring har gjort gældende, at Vejle Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at konstatere, at KN Rengøring var omfattet af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, selvom dette ikke var tilfældet.

KN Rengøring har nærmere anført, at udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, ikke var opfyldt, da rengøringskontrakten med Herlev Kommune ikke var misligholdt, og Herlev Kommunes ophævelse af kontrakten var derfor uberettiget.

Vejle Kommune havde ikke et frit skøn ved vurderingen efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Desuden skulle EU-rettens principper, herunder proportionalitetsprincippet, iagttages, jf. forarbejderne til udbudslovens § 2.

KN Rengøring har ved sine indsigelser flere gange dokumenteret, at der ikke forelå misligholdelse, eller at der i hvert fald var rejst kvalificeret og væsentlig tvivl om ophævelsens berettigelse. Vejle Kommune havde som følge af denne tvivl pligt til at undersøge, om der var grundlag for udelukkelse efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, jf. forarbejderne til udbudslovens § 137, og § 159, stk. 3. Vejle Kommune kunne ikke eliminere tvivlen om berettigelsen af Herlev Kommunes ophævelse ved blot at anføre, at det var et ”faktum, at Herlev Kommune havde ophævet aftalen med KN Rengøring, og at ophævelsen var sket med henvisning til væsentlig misligholdelse”, og at der dermed ”[ikke] påhvilede [Vejle Kommune] en undersøgelsespligt, som KN Rengøring gør gældende.” Vejle Kommunes undersøgelsespligt blev aktualiseret af KN Rengørings sagsoplysning over for Vejle Kommune, herunder ved oplysningen om KN Rengørings indsigelser imod Herlev Kommunes ophævelse den 19. august 2021.

Vejle Kommunes vurdering efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, var usaglig, ufyldstgørende og ensidig. Kommunen forholdt sig således ikke til KN Rengørings indsigelser, men baserede sig ukritisk og arbitrært på Herlev Kommunes oplysninger, herunder oplysninger fra kommunens advokat. Vejle Kommune foretog ingen saglig afvejning af parternes synspunkter og inddrog ikke KN Rengørings dokumentation, hvilket var i strid med principperne om ligebehandling og proportionalitet.

Herlev Kommune begrundede ophævelsen med 2 forhold (i) gentagen misligholdelse, jf. kontraktens § 33, jf. § 30, stk. 3, og (ii) mangelfulde ydelser, jf. kontraktens § 33.

KN Rengøring godtgjorde ved sin indsigelse af 20. august 2021 imod Herlev Kommunes kontraktophævelse, at ophævelsen ikke kunne udgøre den krævede anden varsling om ophævelse inden for 6 måneder som betingelse for ophævelse ifølge kontraktens § 33, fordi ophævelsen efter bestemmelsen skal være et selvstændigt brev, der afsendes 10 kalenderdage efter 2. varsling. Bestemmelsen skal sammenholdes med kontraktens § 30, stk. 3, 2. afsnit, som Herlev Kommune også påberåbte sig. Forud for ophævelsen den 19. august 2021 havde Herlev Kommune alene fremsendt misligholdelsesbrev af 26. marts 2021 til KN Rengøring, hvori Herlev Kommune påberåbte sig misligholdelse af rengøringskontrakten. Herlev Kommune har dermed ikke som betingelse for ophævelse under henvisning til gentagen misligholdelse efter kontraktens § 33, jf. § 30, stk. 3, varslet ophævelsen skriftligt over for KN

Rengøring mindst to gange inden for en periode på 6 måneder og derefter senest 10 kalenderdage efter sit seneste ophævelsesvarsel ophævet kontrakten skriftligt.

Herlev Kommune begrundede i øvrigt sin kontraktophævelse af 19. august 2021 med, at kontrakten var væsentligt misligholdt som følge af de mangelfulde ydelsers beskaffenhed, misligholdelsens karakter og gentagelse samt misligholdelsens væsentlige negative betydning for Herlev Kommune. KN Rengøring har også i relation hertil i sin indsigelse den 20. august 2021 over for kontraktophævelsen godtgjort, at denne ophævelsesgrund var indholdsløs og alene udgjorde en ren gentagelse af kontraktbestemmelsen.

Kontraktens § 33 anfører således, at kontrakten kan ophæves, hvis der foreligger en væsentlig misligholdelse fra leverandørens side, og at der i bedømmelsen heraf – udover det anførte i § 30, stk. 3, om gentagen misligholdelse – kan indgå ”... 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.”

Herlev Kommunes begrundelse var dermed indholdsløs og udgjorde alene en gentagelse af de generelle kriterier for konstatering af væsentlig misligholdelse i kontraktens § 33, 2. afsnit. Herlev Kommune oplyste således ikke de konkrete misligholdelsesgrunde i sin ophævelse. Herlev Kommune vedlagde dokumentation for gennemførelse af 10 kontrolmålinger i perioden 12.-17. august 2021 til sin ophævelse. KN Rengøring havde konsekvent fulgt op på alle eksterne kvalitetskontroller i Herlev Kommune, eksempelvis den 23. april 2021 og den 29. april 2021, og KN Rengøring oplyste Vejle Kommune herom ved brev af 27. april 2022. Kvalitetsrapporterne omfattede 294 påståede udførelsesmangler fordelt på mangelkategorier. Kvalitetskontrollerne blev udført på 8 lokationer ud af 68 udbudte lokationer med en udbudt årlig kontraktsum på 24 mio. kr. Langt hovedparten af Herlev Kommunes påberåbte udførelsesmangler er udokumenterede, herunder som følge af at de udførte kvalitetsmålinger ikke opfyldte rengøringskontraktens krav til gennemførelse af kvalitetsmålinger i den ophævede rengøringskontrakt. Under gennemførelsen af kvalitetskontrollerne ønskede Herlev Kommune at finde så mange fejl som muligt med det formål at oparbejde et kunstigt højt datagrundlag til brug for dagbods krav over for KN Rengøring, hvilket mønster har gentaget sig under Herlev Kommunes efterfølgende rengøringsaftale med

Coor Service Management A/S. De registrerede mangelkategorier vedrørte alene sædvanligt forekommende ydelsesudsving eller i hvert fald kun kvalitetsafvigelser, der hverken individuelt eller samlet kunne kvalificeres som væsentlige eller indgribende i forhold til udførelsen af den samlede rengøringsopgave, og de kunne ikke danne grundlag for ophævelse og dagbøder. De registrerede udførelsesmangler i kvalitetsrapporterne blev akkumuleret uden nogen form for hensyntagen til manglernes reelle omfang. Samme typer af mangler blev medregnet i opgørelsen uden hensyntagen til omfanget af den samlede rengøringsopgave. Kvalitetsrapporterne var derfor heller ikke repræsentative for vurderingen af kvaliteten af de rengøringsopgaver, som KN Rengøring havde udført.

Det var eller burde have været klart for Vejle Kommune, at Herlev Kommunes ophævelse var uberettiget, og at Herlev Kommunes ophævelse og dagbodskrav ikke kunne gennemføres på grundlag af kommunens udførte kvalitetskontroller. Under alle omstændigheder burde Vejle Kommune have indset, at der med KN Rengørings omfattende redegørelse for de faktiske og juridiske omstændigheder angående Herlev Kommunes ophævelse den 19. august 2021 var skabt betydelig tvivl om ophævelsesgrundlaget.

Vejle Kommune baserede sig alene på Herlev Kommunes partsbetragtninger i den verserende tvist med KN Rengøring ved sin vurdering af, om KN Rengøring opfyldte udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, hvilket støttes af Vejle Kommunes begrundelse for, at KN Rengøring var omfattet af udelukkelsesgrunden. Vejle Kommune foretog dermed ikke nogen reel vurdering af grundlaget for KN Rengørings indsigelser imod Herlev Kommunes kontraktophævelse den 19. august 2021.

Som følge af den betydelige tvivl om grundlaget for ophævelsens berettigelse burde Vejle Kommune have afholdt sig fra at konstatere, at KN Rengøring opfyldte udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Vejle Kommune tilsidesatte endvidere proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at tage hensyn til KN Rengørings indsigelser imod Herlev Kommunes ophævelse den 19. august 2021, og Vejle Kommune tiltog sig i realiteten et frit skøn til at vurdere, om KN Rengøring opfyldte udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, hvilket er i strid med EU-Domstolens praksis.

Vejle Kommune foretog ikke nogen proportional og adækvat vurdering af Herlev Kommunes enkeltstående ophævelse af rengøringskontrakten set i forhold til KN Rengørings mange andre rengøringskontrakter med ordregivende myndigheder. Vejle Kommune lod endvidere Herlev Kommunes ophævede rengøringskontrakt med KN Rengøring få langt større indvirkning på bedømmelsen af KN Rengørings pålidelighed, end hvad de faktiske forhold kunne begrunde.

Vejle Kommune har gjort gældende, at kommunen med rette har vurderet, at betingelserne for at anvende den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, var opfyldt.

Det omtvistede spørgsmål i klagesagen er, om Vejle Kommune har foretaget en saglig, konkret og fyldestgørende vurdering af de foreliggende oplysninger om Herlev Kommunes ophævelse af kontrakten med KN Rengøring, og om Vejle Kommune på baggrund af denne vurdering har påvist sådanne omstændigheder, at KN Rengøring kunne anses for at være omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Derimod er formålet med sagen ikke, at klagenævnet skal foretage en prøvelse af, om Herlev Kommunes ophævelse var berettiget. Dét spørgsmål ligger uden for klagenævnets kompetence og må afgøres i en eventuel voldgiftssag imellem Herlev Kommune og KN Rengøring.

Parterne er enige om, at Herlev Kommune ophævede rengøringskontrakten med KN Rengøring under henvisning til, at KN Rengøring væsentligt havde misligholdt sine forpligtelser. Da Vejle Kommune fik kendskab til dette faktum, foretog Vejle Kommune en nærmere undersøgelse. Det er Vejle Kommunes udbudsretlige forpligtelse at foretage en selvstændig vurdering af de foreliggende oplysninger, jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 19. juni 2019, i C-41/18 Meca Srl mod Comune di Napoli. Vejle Kommune har ikke ”udøvet en uindskrænket skønsbeføjelse” i forhold til KN Rengørings situation, men har til gengæld foretaget en konkret, saglig og skønsmæssig vurdering af det indhentede og modtagne materiale.

Vejle Kommune har nærmere anført, at kommunen selvstændigt foretog en saglig, konkret og fyldestgørende vurdering af, om Herlev Kommunes ophævelse af en rengøringskontrakt med KN Rengøring måtte anses for at udgøre et forhold omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Det fremgår af praksis fra klagenævnet, jf. kendelse af 13. juli 2016, B.

Nygaard Sørensen A/S mod Bygningsstyrelsen, at der indgår et skønsmæssigt element i ordregiverens vurdering. Der er ikke krav om, at vurderingen skal svare til den, som f.eks. Højesteret måtte nå frem til. Ordregiveren kan foretage sin vurdering ud fra de foreliggende og tilgængelige oplysninger og materiale. Der er alene krav om, at det kan påvises, at der foreligger en ophævelse (eller tilsvarende ophørssituation) som følge af væsentlig misligholdelse. Der er ikke et selvstændigt krav om, at der skal foretages en tilbunds-gående vurdering.

Vejle Kommunes vurdering blev foretaget på baggrund af materiale, som Vejle Kommune havde indhentet og modtaget fra henholdsvis Herlev Kommune og KN Rengøring. Vejle Kommune forholdt sig således til KN Rengørings indsigelser, og disse indgik i kommunens samlede saglige og skønsmæssige vurdering. Det forhold, at KN Rengøring ikke var enig i Herlev Kommunes ophævelse – eller i resultatet af Vejle Kommunes vurdering – ændrer ikke ved, at indsigelserne fra KN Rengøring indgik i vurderingen. Det fremgår således af Vejle Kommunes brev til KN Rengøring af 12. april 2022, at Vejle Kommune ”anerkender, at KN Rengøring bestrider denne ophævelse”. Dermed tilkendegav Vejle Kommune også direkte over for KN Rengøring, at kommunen havde forholdt sig til indsigelserne. Tilsvarende fremgår det af Vejle Kommunes interne notat om vurderingen, at KN Rengørings indsigelser ikke ændrede ved resultatet af Vejle Kommunes vurdering, hvorved det er dokumenteret, at indsigelserne har indgået i vurderingen.

På baggrund af sin selvstændige vurdering fandt Vejle Kommune heller ikke, at indsigelserne gav anledning til at tilsidesætte Herlev Kommunes vurdering af misligholdelsens væsentlighed efter aftalelovens § 36. Vejle Kommune foretog således en samlet vurdering af Herlev Kommunes materiale og vurdering på den ene side, og KN Rengørings indsigelser på den anden side, og konkluderede, at Herlev Kommunes ophævelse af kontrakten med KN Rengøring ikke fremstod som uberettiget.

På baggrund af det modtagne materiale konstaterede Vejle Kommune, at kontrakten med Herlev Kommune ikke blot var ophævet, men at ophævelsen skyldtes forhold, der kunne kvalificeres som væsentlig misligholdelse, og at disse forhold fremstod veldokumenterede. Vejle Kommune fandt omvendt ikke – heller ikke på baggrund af materialet med indsigelser fra KN Rengørings advokat – at ophævelsen skulle have været uberettiget, eller at der i øvrigt skulle være grundlag for at tilsidesætte Herlev Kommunes vurdering

af ophævelsesadgangen. Vejle Kommune konkluderede på baggrund heraf, at KN Rengøring som følge af ophævelsen var omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4.

Ved vurderingen lagde Vejle Kommune vægt på, at det entydigt fremgik af Herlev Kommunes kontrolrapporter, at KN Rengøring gentagne gange ikke havde leveret en kontraktmæssig ydelse til Herlev Kommune. Derudover fremgik det af materialet, at Herlev Kommune i hvert fald påberåbte sig misligholdelse ved brev af 26. marts 2021 og igen ved ophævelsen den 19. august 2021. Vejle Kommune kunne dermed konstatere, at Herlev Kommune havde påberåbt sig misligholdelse to gange inden for en periode på seks måneder, hvorefter der ifølge rengøringskontrakten imellem Herlev Kommune og KN Rengøring forelå væsentlig misligholdelse.

Vejle Kommune kunne herudover konstatere, at de udarbejdede kontrolrapporter fremstod saglige og professionelle, og at Herlev Kommunes varslings- og ophævelsesbreve fremstod troværdige og velbegrundede. Det kan ikke forventes, at den undersøgende kommune skal foretage en ”bagvedliggende bevismæssig bedømmelse” af f.eks. de faktiske forhold i sådanne kontrolrapporter udarbejdet af eksterne servicerrådgivere. Den undersøgende kommune må kunne lægge de veldokumenterede faktiske forhold til grund som led i sin selvstændige vurdering af, om der foreligger en udelukkelsesgrund. Der var intet i de konkrete kvalitetsrapporter fra Herlev Kommune, der gav anledning til at tvivle på kvaliteten af de gennemførte kontroller. KN Rengøring har heller ikke peget på nogen faktuelle omstændigheder, der kan så tvivl om kvalitetsrapporternes konklusioner.

Der er intet i kontrolrapporterne fra Dansk Servicerrådgivning, der indikerer, at Herlev Kommune ”helt åbenbart ... var optaget af at finde så mange fejl som muligt med det formål at oparbejde et kunstigt højt datagrundlag til brug for fremførelse af dagbods krav”.

Herlev Kommune fremsendt således egentlig dokumentation (i form af kvalitetsrapporterne fra Dansk Servicerrådgivning) for, at KN Rengøring havde misligholdt rengøringskontrakten med Herlev Kommune. I modsætning hertil havde KN Rengøring alene fremsat indsigelser, som ikke indeholdt eller var underbygget af dokumentation for, at kontrakten med Herlev Kommune ikke var blevet væsentligt misligholdt. Det efterfølgende materiale fra KN Rengøring fokuserede i øvrigt på det økonomiske forhold mellem Herlev

Kommune og KN Rengøring. Vejle Kommune forholdt sig til de argumenter, som KN Rengøring fremsatte. Kvalitetsrapporterne fra Dansk Servicerådgivning blev dog tillagt en større værdi end KN Rengørings udokumenterede modargumentation.

Det ændrer ikke ved Vejle Kommunes objektive vurdering eller pligt til at anvende udelukkelsesgrunden, at der kun var tale om én enkelt ophævet kontrakt set i forhold til KN Rengørings mange andre rengøringskontrakter.

Det er ikke korrekt, at der gælder en generel udbudsretlig ”undersøgelsespligt” for ordregiver i situationer omfattet af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Udbudsloven stiller krav om, at ordregiver skal kunne påvise, om en tilbudsgiver er omfattet af udelukkelsesgrunden. Dette vil i visse tilfælde være umiddelbart konstaterbart, mens det i andre situationer vil forudsætte, at der foretages en konkret vurdering af en passende dybde.

Vejle Kommunes undersøgelse, hvor der ad flere omgange blev indhentet materiale og udtalelser fra både Herlev Kommune og KN Rengøring, var egnet til at frembringe et tilstrækkeligt oplyst beslutningsgrundlag for Vejle Kommunes vurdering og dermed også for kommunens grundlag for at påvise, at udelukkelsesgrunden fandt anvendelse. På baggrund af det indhentede materiale foretog Vejle Kommune en konkret, saglig juridisk vurdering, som resulterede i et internt, skriftligt notat. Vejle Kommune vurderede på baggrund af det samlede materiale, at det med den fornødne sikkerhed var påvist, at KN Rengøring som følge af den ophævede kontrakt med Herlev Kommune og baggrunden herfor var omfattet af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4.

KN Rengørings nye anbringender under sagen har ikke relevans og må fremsættes over for Herlev Kommune i en eventuel voldgiftssag. Allerede fordi flere af disse anbringender ikke blev fremsat i forbindelse med Vejle Kommunes vurdering af, om KN Rengøring var omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, kunne de ikke indgå i Vejle Kommunes vurdering. Vejle Kommune ville desuden ikke have haft nogen reel mulighed for at efterprøve subjektive anbringender, såsom at Herlev Kommune bevidst forsøgte at ”finde så mange fejl som muligt”, eller at de mangler, der blev dokumenteret og vurderet i kontrolrapporterne af en uafhængig tredjepart, i realiteten ”vedrørte sædvanligt forekommende ydelsesudsving”. En efterprøvelse af sådanne udokumenterede indsigelser ligger helt uden for den vurdering, som en ordregivende myndighed skal foretage som led i vurderingen af,

om en udelukkelsesgrund finder anvendelse. Vejle Kommunes vurdering – og det, som klagenævnet skal efterprøve som værende tilstrækkeligt – var således baseret på de dokumenter, der var til rådighed på vurderingstidspunktet. At KN Rengøring frembringer efterfølgende og yderligere indsigelser er uden betydning, ligesom det heller ikke har betydning for Vejle Kommunes vurdering, om KN Rengøring på et tidspunkt måtte anlægge en sag mod Herlev Kommune angående ophævelsen, hvori disse indsigelser måtte blive gjort gældende, eller om en domstol eller voldgift efter en tilbundsående prøvelse måtte nå frem til, at ophævelsen var uberettiget.

Vejle Kommune har ikke handlet i strid med proportionalitetsprincippet, allerede fordi kommunen som nævnt inddrog KN Rengørings indsigelser i sin samlede vurdering af, hvorvidt Herlev Kommunes ophævelse af kontrakten fremstod som berettiget. Proportionalitetsprincippet kan ikke udlægges således, at KN Rengørings synspunkter skal tillægges større betydning end Herlev Kommunes synspunkter og dokumentation. Vejle Kommune inddrog proportionalitetsbetragtninger ved vurderingen af både spørgsmålet om udelukkelsesgrundens anvendelse og self-cleaning-materialet. Proportionalitetsprincippet finder anvendelse i forhold til egnethed, f.eks. når der opstilles krav til tilbudsgivernes tekniske og faglige formåen eller økonomiske og finansielle formåen. Sådanne krav skal stå i et relevant og proportionalt forhold til det konkrete udbud. Derimod har proportionalitetsprincippet ingen eller kun mindre betydning for vurderingen af, hvorvidt en tilbudsgiver er omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Når denne udelukkelsesgrund først er tilvalgt i forbindelse med et konkret udbud, vil det bero på en konkret vurdering af de faktiske omstændigheder, om betingelserne for udelukkelse er opfyldt. Proportionalitetsprincippet ændrer derfor ikke ved, at KN Rengøring konkret var omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, og at Vejle Kommune derfor var forpligtet til at indlede en self-cleaning-proces med henblik på at afgøre, om KN Rengøring skulle udelukkes fra udbuddet.

Til støtte for, at KN Rengøring var omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, henvises endvidere til klagenævnets kendelse af 24. oktober 2022, KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen mod Herlev Kommune, hvor klagenævnet ikke fandt, at KN Rengøring havde den fornødne retlige interesse i at klage over Herlev Kommunes udbud, idet klagenævnet lagde til grund, at KN Rengøring var omfattet af udelukkelsesgrun-

den i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Der henvises endvidere til klagenævnets kendelse af 27. oktober 2022, KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen mod Frederiksberg Kommune, hvor Frederiksberg Kommune havde foretaget en helt sammenlignelig vurdering af helt præcist samme forhold, nemlig ophævelsen i Herlev Kommune, og hvor klagenævnet fandt det påvist og dokumenteret i tilstrækkeligt omfang, at udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, var opfyldt.

Ad påstand 2

KN Rengøring har gjort gældende, at Vejle Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, jf. § 138, stk. 1, ved at udelukke virksomheden fra udbuddet. Udelukkelsen blev begrundet med, at virksomheden ikke havde fremlagt dokumentation for at have truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrunde, jf. udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3. Imidlertid havde virksomheden fremlagt fyldestgørende dokumentation herfor.

KN Rengøring fremlagde som en del af sin self-cleaning over for Vejle Kommune den 17. maj 2022 sit driftsformat version 1.1 for KN Rengørings levering af rengøringsydelser til det offentlige marked. Driftsformatet indeholder KN Rengørings generelle og gennemgribende opstramninger på alle forhold af betydning for leveringen af offentlige rengøringsydelser, og det har bl.a. til formål at sikre hurtig opfølgning, korrektioner og forebyggelse af fejl og gentagelser.

KN Rengørings dokumentation af pålidelighed – og dermed virksomhedens self-cleaning – var tilstrækkelig, jf. udbudslovens § 138, stk. 1, nr. 3. Der var således beskrevet passende og konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene. Driftsformatet redegør systematisk, grundigt og omfattende for virksomhedens tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger i driftsorganisationen. Formålet er at sikre kvaliteten og forebygge misligholdelse. Driftsformatet omfatter samtlige faktiske omstændigheder, der blev påberåbt af Herlev Kommune som grundlag for ophævelsen den 19. august 2021, og

det er fuldt ud egnet til at forebygge samtlige påberåbte typer af udførelsesmangler i kvalitetsrapporterne. KN Rengørings uddannelse og oplæring af medarbejdere, jf. driftsformatets punkt 3, og kvalitetssikring og egenkontrol, jf. driftsformatets punkt 5.1-5.4, udgør adækvate og effektive foranstaltninger til at forebygge samtlige typer af mangler i Herlev Kommunes kvalitetsrapporter. Dette gælder særligt den beskrevne metodiske og konsekvente opfølgning over for alle konstaterede og rapporterede mangler.

KN Rengørings forebyggende foranstaltninger i henhold til udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3, skal bedømmes på grundlag af, at Herlev Kommune ikke i sin ophævelse af 19. august 2021 påberåbte sig konkrete misligholdelsesgrunde, og KN Rengøring havde således ikke mulighed for ved forebyggende foranstaltninger at adressere de påberåbte mangler.

Det er ikke et krav, at der også fremlægges dokumentation for, at foranstaltningerne er gennemført. Der kan således ikke kræves et audit eller dokumentation for uddannelse af medarbejderne. Der er ikke grundlag for efter udbudsdirektivet eller udbudsloven at stille krav om skærpede indholds- og dokumentationskrav til KN Rengørings forebyggende foranstaltninger. Efter udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3, kræves der ikke oplysning om, hvornår de enkelte tiltag er gennemført. Det er heller ikke et krav, at tiltagene er indført efter oplysningen om udelukkelsesgrunden, herunder i umiddelbar forlængelse af ophævelsen, eller at de oplyste foranstaltninger er begrænset til nye tiltag. Foranstaltningerne kan også være en beskrivelse af de løbende foranstaltninger, som virksomheden har gennemført i tiden frem til anmodningen om self-cleaning. Det kræves alene, at virksomheden oplyser, hvilke konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger, virksomheden har gennemført for at forebygge konstateringen af samme udelukkelsesgrund. De forebyggende foranstaltninger må gerne tillige have værdi for kunderne og dermed en salgsfremmende virkning. Endvidere må de gerne indgå naturligt i virksomhedens løsningsbeskrivelse og eventuelt fremstå som kontraktuelle forpligtelser. Det kræves ikke, at de forebyggende foranstaltninger tager afsæt i eller adresserer de faktiske omstændigheder fra de påberåbte misligholdelsesgrunde. Formålet med de forebyggende foranstaltninger er bedre egenkontrol og opfølgning med de udløsende forhold, som ifølge Herlev Kommune var årsag til de angivelige fejl og mangler.

Vejle Kommune gjorde det i realiteten umuligt for KN Rengøring at dokumentere sin pålidelighed ved at opstille arbitrære og ugenomsigtige krav til

dokumentation for pålidelighed, som KN Rengøring ikke havde nogen mulighed for at indrette sig efter. Vejle Kommune har herved også tilsidesat gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke på forhånd at oplyse KN Rengøring om de konkrete forhold, som Vejle Kommune ville tillægge betydning ved vurderingen af pålidelighed.

Det fremgår konkret af driftsformatet, at tiltagene anvendes i KN Rengøring og dermed også, at de er implementeret. Driftsformatet var således fuldt implementeret i KN Rengørings organisation på tidspunktet for virksomhedens self-cleaning den 17. maj 2022. Driftsformatet er underskrevet af virksomhedens direktør, og det skal dermed betragtes som en erklæring og tillægges bevismæssig betydning. Dateringen af driftsformatet kan ikke tillægges betydning. Driftsformatet kunne principielt have været udarbejdet udelukkende i anledning af Vejle Kommunes anmodning om KN Rengørings self-cleaning. Driftsformatet er et dynamisk redskab, der løbende samler op på nødvendige tiltag til forebyggelse af fejl og mangler. Dette fremgår også af KN Rengørings følgebrev af 17. maj 2022 til Vejle kommune.

Proportionalitetsprincippet gælder for ordregiverens vurdering af, om udelukkelsesgrundene er opfyldt, og om dokumentationen af pålidelighed er tilstrækkelig, jf. udbudslovens §138, stk. 5. Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 101 og nr. 102 fastslår, at ordregiveren i forbindelse med anvendelse af de frivillige udelukkelsesgrunde bør lægge særlig vægt på proportionalitetsprincippet.

Vejle Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at stille krav til KN Rengørings dokumentation for pålidelighed, som ikke følger af udbudslovens § 138, stk. 3. Kommunen har også – som det mindre i det mere – handlet i strid med proportionalitetsprincippet ved ikke at vurdere den fremlagte dokumentation i forhold til kommunens begrundelse for ophævelsen. Endvidere undlod Vejle Kommune – som forudsat i forarbejderne til udbudslovens § 138 – at vurdere KN Rengørings forebyggende foranstaltninger i driftsformatet under hensyntagen til, at Herlev Kommunes påberåbte mangler i henhold til kvalitetsrapporterne var af meget begrænset grovhed og omfang. Vejle Kommune undlod endvidere at forholde sig til KN Rengørings mulighed for at opfylde sine forpligtelser over for Vejle Kommune ved tildeling af den udbudte rengøringskontrakt i kraft af kapaciteten og størrelsen af virksomheden, herunder KN Rengørings mulighed for at honorere ethvert økonomisk krav fra Vejle Kommune under den udbudte rengøringskontrakt.

Vejle Kommune har gjort gældende, at kommunen med rette har vurderet, at KN Rengøring ikke har gennemført tilstrækkelig self-cleaning efter udbudslovens § 138. Kommunen var derfor berettiget og forpligtet til at udelukke KN Rengøring fra udbuddet.

Påstanden handler om, hvorvidt KN Rengørings dokumentation for self-cleaning var egnet og tilstrækkelig til at betrygge Vejle Kommune i, at KN Rengøring havde truffet ”passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger” til at forebygge tilsvarende misligholdelsessituationer som den i Herlev Kommune, jf. udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3. Det følger af udbudslovens § 138, at forpligtelsen til at sikre tilstrækkelig og fyldestgørende dokumentation for pålideligheden, dvs. self-cleaning, påhviler tilbudsgiveren.

Det følger af forarbejderne til udbudslovens § 138, stk. 3, at det ”beror på en konkret vurdering fra ordregiveren, om ansøgeren eller tilbudsgiveren på tilstrækkelig vis har dokumenteret dennes pålidelighed.”

Tilstrækkelig dokumentation kan ifølge forarbejderne 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. Tilstrækkelig dokumentation må forudsætte et element af dokumentation, men derudover også at det ligger inden for Vejle Kommunes skønsmæssige beføjelse at vurdere, om en dokumentation og et self-cleaning-materiale nu også udgør ”tilstrækkelig dokumentation”.

Tilsvarende følger det af EU-Domstolens dom af 24. oktober 2018, C-124/17 Vossloh Laeis GmbH mod Stadtwerke München GmbH, at tilbudsgiveren skal fremlægge ”beviser med hensyn til de faktiske omstændigheder, som kan godtgøre, at de foranstaltninger, som denne påberåber sig, reelt er egnet til at forebygge yderligere forekomster af en sådan adfærd, henset til de særlige omstændigheder, hvorunder de nævnte overtrædelser er blevet begået ...”. Det følger endvidere af dommen, at ordregiver kan efterspørge alle relevante oplysninger med henblik på at foretage self-cleaning-vurderingen og hermed også oplysninger ud over det, som den økonomiske aktør mener er nødvendigt.

Da udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, omhandler en alvorlig situation, og lovgiver med bestemmelsen har ønsket at varetage en væsentlig beskyttelsesinteresse til ordregivere, følger det også af en ren formålsfortolkning, at ”dokumentation for pålidelighed” nødvendigvis må indebære, at tilbudsgiveren rent faktisk er i stand til at dokumentere en ændret adfærd. Det vil således være i strid med bestemmelsens intention, hvis tilbudsgiveren alene ved hjælp af generelle hensigtserklæringer kan udligne konsekvensen af de alvorlige forsømmelser, som i mindst ét tilfælde har ført til, at en tidligere offentlig kontrakt er blevet ophævet. Hvis det var udgangspunktet, ville udelukkelsesgrunden i realiteten være en nullitet.

Vejle Kommune foretog en saglig vurdering af KN Rengørings dokumentation for self-cleaning i overensstemmelse med udbudslovens § 138, stk. 3. Denne vurdering er forbundet med et skøn. Vejle Kommune indlagde ikke kriterier i vurderingen af dokumentationen for pålidelighed efter udbudslovens § 138, stk. 3, som ikke følger af udbudsloven. I den forbindelse var det væsentligt at fastslå, om KN Rengørings driftsformat beskrev tiltag, der var implementeret i virksomheden på vurderingstidspunktet, eller om KN Rengøring som minimum havde påbegyndt implementeringen. På baggrund af denne vurdering fandt Vejle Kommune, at KN Rengørings driftsformat i sit indhold ikke var egnet til at dokumentere nogen form for ændret adfærd eller indførte tiltag og dermed heller ikke udgjorde fyldestgørende dokumentation for pålideligheden. Vejle Kommune lagde således i særdeleshed vægt på, at det ikke var muligt på baggrund af driftsformatet at konstatere, om der var gennemført ”passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger”, jf. udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3. Der henvises i den forbindelse til klagenævnets kendelse af 27. oktober 2022, KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen mod Frederiksberg Kommune.

Den første version af KN Rengørings self-cleaning-materiale bestod af et brev fra KN Rengørings advokat, der alene adresserede kravet om passende forebyggende foranstaltninger, jf. udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3, i form af otte korte overskrifter. Vejle Kommune vurderede, at disse otte linjer ikke var egnede til fyldestgørende at dokumentere, at KN Rengøring havde gennemført passende foranstaltninger, jf. udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3, ligesom det ikke dokumenterede, at KN Rengøring havde gennemført nogen self-cleaning-foranstaltninger i det hele taget. Kommunen besluttede imidlertid at give KN Rengøring endnu en mulighed for at fremsende tilstrækkelig dokumentation, og kommunen anmodede derfor KN Rengøring om at fremsende

reel dokumentation for det fremsendte driftsformat. Kommunen modtog den 17. maj 2022 et ”opdateret driftsformat” og foretog herefter en konkret vurdering af den samlede dokumentation.

KN Rengørings supplerende dokumentation bestod af det oprindelige driftsformat, som delvist var blevet prosamæssigt udbygget med fem ”prioriterede indsatsområder”. Størstedelen af indsatsområderne i driftsformatet fremstod som målsætninger, og det var ikke nærmere beskrevet eller dokumenteret, hvordan KN Rengøring ville sikre, at virksomheden levede op til sine erklærede ambitioner. Det kunne heller intet sted i driftsformatet udledes, hvorledes de erklærede målsætninger havde relevans for Herlev Kommunes ophævelse, og det kunne heller ikke på dét grundlag udgøre en self-cleaning, som Vejle Kommune kunne lægge til grund som fyldestgørende dokumentation. Driftsformatet opfyldte således ikke de basale krav i udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3. KN Rengørings erklærede ”prioriterede indsatsområder” i driftsformatet udgjorde ikke i sig selv dokumentation for sådanne passende foranstaltninger.

Vejle Kommune lagde særlig vægt på, om materialet dokumenterede gennemførte foranstaltninger, der konkret var egnede til at forebygge gentagelsestilfælde af den type misligholdelse, der havde begrundet ophævelsen af kontrakten med Herlev Kommune. Det blev herefter korrekt vurderet, at dokumentationen var utilstrækkelig, hvilket førte til udelukkelsen af KN Rengøring. Det supplerende materiale bestod alene af syv siders generisk beskrivelse af KN Rengørings driftsformat for offentlige kunder, hvilket – som nærmere anført i kommunens underretning til KN Rengøring – ikke var tilstrækkelig dokumentation for self-cleaning. Det fremgik ikke, om driftsformatet var implementeret og i givet fald hvornår, herunder om der var tale om nye tiltag, hvilket også ifølge forarbejderne må være et krav for at modvirke gentagelse. Der var alene beskrevet nogle helt generelle, grundlæggende forhold, hvis betydning heller ikke var konkretiseret, og driftsformatet var ikke vedlagt dokumentation, således som kommunen havde anmodet om.

Det fremgår heller ikke af driftsformatet eller af det følgebrev, som Vejle Kommune fik tilsendt til brug for vurderingen af KN Rengørings pålidelighed, at driftsformatet indeholdt KN Rengørings generelle og gennemgribende opstramninger på alle forhold af betydning for leveringen af offentlige rengøringsydelser. Det kunne således ikke udledes af materialet, at de be-

skrevne fokusområder udgjorde ”gennemgribende opstramninger” eller ændret adfærd fra KN Rengørings side, og hvordan de generelle målsætninger skulle medvirke til at forebygge konkrete forhold som den væsentlige misligholdelse af kontrakten med Herlev Kommune.

Vejle Kommune stillede ikke krav om at modtage specifik dokumentation for bestemte forhold. Det var således overladt til KN Rengøring at vurdere, (i) hvilke tiltag der var mest relevante i forhold til den konkrete udelukkelsituation, (ii) hvordan disse tiltag mest effektivt kunne dokumenteres, og (iii) hvilke former for dokumentation KN Rengøring ville være i stand til at fremlægge uden et unødvendigt stort ressourceforbrug. KN Rengøring var – som den virksomhed der havde fået et samarbejde ophævet med henvisning til væsentlig misligholdelse – også nærmest til at tilvejebringe relevant og fyldestgørende dokumentation. KN Rengøring kunne have valgt at vedlægge eksempler på de uddannelsesplaner eller medarbejderoversigter, som KN Rengøring selv påstod at udarbejde løbende – evt. sammen med dokumentation for, at medarbejderne allerede havde gennemført forløbene. På tilsvarende vis og alene på baggrund af de generiske beskrivelser i driftsformatet burde det dog have været muligt at fremlægge dateret dokumentation for f.eks. nyimplementerede procedurebeskrivelser for kvalitetskontrol eller egenkontrol etc. Der mangler helt konsekvent i driftsformatet en beskrivelse af, hvordan KN Rengøring arbejder med de beskrevne indsatsområder til daglig, og hvordan virksomheden i praksis sikrer, at målsætningerne efterlevs.

Vejle Kommune er for så vidt ikke uenig med KN Rengøring i, at visse forebyggende foranstaltninger i sagens natur også vil kunne tillægges en salgsfremmende effekt, idet de også generelt kan være med til at styrke andre kunders tillid til leverandøren. I konteksten af en self-cleaning er dette dog ikke tilstrækkeligt.

Både i forhold til eksemplet om egenkontrol og i forhold til flere af driftsformatets beskrivelser i øvrigt kunne det ikke konstateres, hvordan de beskrevne foranstaltninger adskilte sig væsentligt fra de kontraktkrav, KN Rengøring allerede havde været forpligtet til at overholde i kontraktforholdet med Herlev Kommune, navnlig fordi driftsformatet ikke indeholdt beskrivelser af, hvordan KN Rengøring ville sikre sig, at disse foranstaltninger reelt blev efterlevet i fremtiden.

KN Rengørings driftsformat fremstod mest af alt som en programmerklæring eller målsætning for virksomheden. Det forhold, at driftsformatet var underskrevet af KN Rengørings direktør, kunne heller ikke i sig selv tolkes som om, direktøren garanterede for implementeringen af tiltagene, eller i øvrigt som en ”erklæring”, da det ikke fremgik, at direktøren med sin underskrift erklærede noget. Det var heller ikke specificeret, hvad en sådan erklæring i så fald skulle indebære. Endvidere ville en egen-erklæring efter Vejle Kommunes opfattelse ikke kunne tillægges særlig stor vægt som dokumentation, særligt når indholdet af en sådan erklæring ikke er specificeret, og erklæringen ikke er afgivet på tro og love.

Der er ikke hjemmel til at kræve, at Vejle Kommune på forhånd i udbudsmaterialet skulle have oplyst om, hvilke konkrete forhold kommunen ville lægge vægt på ved vurderingen af KN Rengørings pålidelighed. Dette ville heller ikke være praktisk muligt. Vejle Kommune kunne ikke på forhånd forudse, hvilke tilbudsgivere der ville afgive tilbud, endsige hvilke udelukkelsesgrunde disse kunne være omfattet af, eller på baggrund af hvilke forsømmelser dette ville være tilfældet. At udforme vejledende vurderingskriterier for alle tænkelige udelukkelsessituationer med alle tænkelige udelukkelsesgrunde vil savne enhver mening. Vejle Kommune kunne umuligt have udarbejdet en fuldstændig eller meningsfuld beskrivelse af alle tænkelige scenarier for alle tænkelige misligholdelsessituationer i alle tænkelige offentlige samarbejder, og slet ikke hvilke former for konkret dokumentation det ville være relevant at fremlægge i hvert enkelt scenarie.

På baggrund af en samlet og konkret vurdering fandt Vejle Kommune, at KN Rengørings driftsformat ikke kunne anses for at udgøre tilstrækkelig dokumentation for, at KN Rengøring havde truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere forsømmelser, jf. udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3.

Vejle Kommune var derfor berettiget og forpligtet til at udelukke KN Rengøring fra udbudsprocessen, idet KN Rengøring var omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, som ifølge udbudsbekendtgørelsen fandt anvendelse på udbuddet, og idet KN Rengøring ikke formåede at forelægge tilstrækkelig dokumentation for sin pålidelighed jf. udbudslovens § 138.

Ad påstand 3

KN Rengøring har under henvisning til det anførte under påstand 1 og 2 gjort gældende, at Vejle Kommunes udelukkelse af KN Rengøring var uberettiget og dermed i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2.

Denne overtrædelse er væsentlig, da den har frataget KN Rengøring muligheden for tildeling.

Klagenævnet skal derfor i henhold til klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2, annullere Vejle Kommunes beslutning af 3. juni 2022 om tildeling af delaftale 2 (Give), delaftale 3 (Jelling og Vejle Øst), delaftale 6 (Vejle Nord) og delaftale 7 (Vejle City 1) til Forenede Service A/S.

Vejle Kommune har gjort gældende, at der under henvisning til det anførte under påstand 1 og 2 efter en konkret væsentlighedsvurdering ikke er grundlag for at annullere Vejle Kommunes beslutning om at udelukke KN Rengøring, og dermed er der heller ikke grundlag for at annullere Vejle Kommunes tildelingsbeslutning.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.1), at de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1, 2 og 4 (dagældende nr. 5) var gældende for udbuddet. I udbudsbetingelsernes pkt. 3.3.3 Del III var det tillige fastsat, at Vejle Kommune bl.a. ville udelukke ansøgere, der var omfattet af de tilsvarende frivillige udelukkelsesgrunde.

Af forarbejderne til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, 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.”

Udbudslovens § 137 gennemfører udbudsdirektivets artikel 57, stk. 4, litra a-b, d, g og i. I artikel 57, stk. 4, litra g, hedder det:

”De ordregivende myndigheder kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure i følgende tilfælde:

...

- g) hvis den økonomiske aktør har udvist betydelige eller vedvarende mangler i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt krav under en tidligere offentlig kontrakt eller en tidligere kontrakt med en ordregivende enhed eller en tidligere koncessionskontrakt, der har medført den pågældende tidligere kontrakts forfald før aftalt tid, skader eller andre sammenlignelige sanktioner”.

Bemærkningerne i lovens forarbejder 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 fejlagtige 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... De bør desuden have mulighed for at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, hvis gennemførelse af tidligere offentlige kontrakter har været forbundet med store mangler med hensyn til væsentlige krav, for eksempel manglende levering eller udførelse, væsentlige mangler ved den leverede vare

eller tjenesteydelse, som har gjort den ubrugelig til det påtænkte formål, eller ukorrekt adfærd, som har sået alvorlig tvivl om den økonomiske aktørs pålidelighed. Der bør fastsættes en maksimumsvarighed for sådanne udelukkelse i national lovgivning.”

Vejle Kommune har udelukket KN Rengøring fra udbudsproceduren. Vejle Kommune begrundede dette med, at Herlev Kommune havde ophævet rengøringskontrakten indgået med KN Rengøring på grund af væsentlig misligholdelse. Ophævelsen skete den 19. august 2021.

Som anført i forarbejderne til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, kan Vejle 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 Vejle Kommune eller andre har gjort sig, kan være tilstrækkelig begrundelse for at udelukke KN Rengøring.

Vejle 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. Vejle Kommune skal ved sin vurdering i den forbindelse sikre sig, at beslutningsgrundlaget er tilstrækkeligt til, at kommunen kan træffe en forsvarlig afgørelse herom, jf. EU-Domstolens dom af 3. oktober 2019, C-267/18, Delta mod CNAIR, præmis 29.

Vejle Kommune anmodede under evalueringen af de indkomne tilbud om aktindsigt i dokumenter vedrørende kontraktforholdet mellem Herlev Kommune og KN Rengøring, da Vejle Kommune var blevet gjort opmærksom på flere forhold hos KN Rengøring, som muligvis kunne indebære, at KN Rengøring var omfattet af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Vejle Kommune modtog i den forbindelse bl.a. aktindsigt i kontrakten imellem Herlev Kommune og KN Rengøring, Herlev Kommunes misligholdelsesbrev til KN Rengøring af 26. marts 2021, Herlev Kommunes ophævelse af 19. august 2021 og kvalitetsrapporter for perioden 12. til 17. august 2021.

Det fremgår af Vejle Kommunes interne notat af 3. juni 2022, at kommunen på den baggrund foretog en selvstændig, kritisk gennemgang og vurdering af grundlaget for Herlev Kommunes ophævelse af kontrakten med KN Rengøring. Vejle Kommune var ud fra de foreliggende oplysninger enig i Herlev Kommunes vurdering af, at KN Rengøring væsentligt havde misligholdt kontrakten med Herlev Kommune, og at ophævelsen derfor ikke forekom uberegtiget. Ifølge notatet indgik dokumenter fra KN Rengøring, som Vejle Kommune således havde inddraget i vurderingen af, hvorvidt KN Rengøring var omfattet af udelukkelsesgrunden.

Vejle Kommune lagde ved sin vurdering vægt på, at KN Rengøring ifølge kvalitetsrapporterne for perioden 12.-17. august 2021 gentagne gange ikke havde leveret kontraktmæssig ydelse til Herlev Kommune, og at Herlev Kommune påberåbte sig misligholdelse allerede den 26. marts 2021 og igen ved ophævelsen den 19. august 2021, hvorved der forelå væsentlig misligholdelse i henhold til kontraktens § 30, stk. 3.

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

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

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Påstanden vedrører spørgsmålet om, hvorvidt KN Rengørings dokumentation for self-cleaning var egnet og tilstrækkelig til at betrygge Vejle Kommune i, at KN Rengøring havde truffet ”passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger” til at forebygge tilsvarende misligholdelsessituationer som den i Herlev Kommune, jf. udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 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.

En ordregiver har ikke pligt til på forhånd i udbudsmaterialet at oplyse om, hvilke konkrete forhold ordregiver vil lægge vægt på ved vurderingen af pålidelighed.

Det følger af udbudslovens § 138, stk. 3, bl.a., at ”En ansøgers eller en tilbudsgivers dokumentation af pålidelighed er tilstrækkelig, når ansøgeren eller tilbudsgiveren” (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 truffe 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.

...

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

Til brug for opfyldelsen af betingelsen i udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3, fremsendte KN Rengøring ”Driftsformat - Offentlige sektor” til Vejle Kommune. I driftsformatet beskrives forskellige former for kontrolsystemer, herunder egenkontrol, ledelseskontrol, stikprøvekontrol og totalkontrol.

Det fremgår af Vejle Kommunes brev af 3. juni 2022 til KN Rengøring, at det var kommunens vurdering, at KN Rengøring efter en samlet vurdering ikke havde fremlagt tilstrækkelig dokumentation for virksomhedens pålidelighed i henhold til udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3. Vejle Kommune lagde herved bl.a. vægt på, at det ikke kunne udledes af driftsformatet eller i øvrigt af andet fremsendt materiale, hvilke ændringer der var foretaget i forhold til KN Rengørings tidligere procedurer. Vejle Kommune kunne derfor ikke vurdere, om der med driftsformatet indførtes nye tiltag, som kunne forhindre væsentlig misligholdelse af offentlige kontrakter i fremtiden. Vejle Kommune lagde endvidere vægt på, at materialet ikke indeholdt dokumentation for, hvordan de anførte forhold var forankret eller personelt gennemført, ligesom Vejle Kommune i det væsentligste ikke kunne se, at tiltagene skulle være knyttet til de misligholdelsessituationer, der var gældende for Herlev Kommunes ophævelse af parternes samarbejde.

KN Rengøring oplyste således ikke Vejle Kommune om, på hvilken måde og i hvilken grad driftsformatet ændrede på virksomhedens hidtidige praksis med henblik på at undgå gentagelse af de mangler, der førte til ophævelse af

kontrakten med Herlev kommune, jf. også EU-Domstolens dom af 3. oktober 2019, C-267/18, Delta mod CNAIR, præmis 37. Vejle 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 driftsformat indeholdt 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 Vejle Kommunes vurdering af, at udbudslovens § 138, stk. 3, nr. 3, ikke var opfyldt.

Påstand 2 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Efter det anførte under påstand 1 og 2 tager klagenævnet ikke påstanden til følge.

Herefter bestemmes

Klagen tages ikke til følge.

KN Rengøring v/ Henrik Krogstrup Nielsen skal i sagsomkostninger til Vejle Kommune betale 35.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nadia Reichenbach Bodentien
Kontorelev