

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt.
Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

NORRECCO A/S
(advokat Andreas Christensen og
advokat Rikke Munk Rye Andersen, Hellerup)

mod

HOFOR A/S
(advokat Rasmus Holm Hansen og
advokat Niels Karl Heilskov Rytter, København)

Klagenævnet har den 1. maj 2020 modtaget en klage fra NORRECCO A/S (herefter NORRECCO).

NORRECCO har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

HOFOR A/S (herefter HOFOR) har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 8, svarskrift med bilag A - B, replik med bilag 9 og duplik med bilag C-E.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at have ændret et mindstekrav og derved et grundlæggende element i udbudsprocessen, jf. udbudslovens § 24, nr. 37.

Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, da det ikke i løbet af udbudsprocessen fremgik entydigt, hvilken tilbudsliste tilbudsgiverne skulle anvende ved aflevering af det endelige tilbud.

Påstand 3:

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have anført rammeaftalens anslåede værdi.

Påstand 4:

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have anført, hvor mange ansøgere der vil blive opfordret til at afgive tilbud.

Påstand 5:

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have anført, hvordan ansøgerne skal dokumentere, at de lever op til mindstekravene til økonomisk og finansiell formåen samt teknisk og faglig formåen.

Påstand 6:

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have anført, at ansøgere omfattet af udelukkesgrundene i udbudslovens §§ 135-136 samt § 137, stk. 1, nr. 1, 2 og 6, vil blive udelukket fra deltagelse.

Påstand 7:

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have anført de særlige betingelser for opfyldelsen af kontrakten.

Påstand 8:

Klagenævnet skal annullere Indklagedes tildelingsbeslutning af 21. april 2020 om at tildele den udbudte rammeaftale til RGS Nordic A/S samt Sten og Grus Prøvestenen A/S.”

NORRECCO A/S har taget forbehold for at nedlægge påstand om erstatning.

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse 2020/S 006-009802 af 9. januar 2020 iværksatte HOFOR efter forsyningsvirksomhedsdirektivet et udbud med forhandling med forudgående indkaldelse af tilbud. Udbuddet vedrørte en rammeaftale for modtagelse og håndtering af jord på miljøgodkendte anlæg, og rammeaftalen, som skal løbe i 3 år fra den 1. maj 2020, ønskedes indgået med to leverandører.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår blandt andet:

”I.3) **Kommunikation**

Udbudsmaterialet er gratis, ubegrænset og fuldt tilgængeligt på:

[http://eu.eu-sup-](http://eu.eu-supply.com/app/rfq/rwlentrance_s.asp?PID=260201&B=HOFOR)

[ply.com/app/rfq/rwlentrance_s.asp?PID=260201&B=HOFOR](http://eu.eu-supply.com/app/rfq/rwlentrance_s.asp?PID=260201&B=HOFOR)

Yderligere oplysninger fås på den ovennævnte adresse:

Bud eller ansøgninger om deltagelse skal sendes elektronisk via:

[http://eu.eu-sup-](http://eu.eu-supply.com/app/rfq/rwlentrance_s.asp?PID=260201&B=HOFOR)

[ply.com/app/rfq/rwlentrance_s.asp?PID=260201&B=HOFOR](http://eu.eu-supply.com/app/rfq/rwlentrance_s.asp?PID=260201&B=HOFOR)

...

II.1.4) **Kort beskrivelse:**

... HOFOR agter at benytte rammeaftalen til at dække de forventede samlede årlige mængder i kontraktperioden på 275 000 ton jord. ...

II.2.9) **Oplysning om begrænsningen af antallet af ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive bud eller deltage**

Forventet antal ansøgere: 4

Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal ansøgere:

Såfremt der modtages flere konditionsræssige ansøgninger end ovenfor, vil HOFOR foretage en udvælgelse blandt disse ansøgere. HOFOR vil på baggrund af referencelisterne udvælge de ansøgere, der har den erfaring, som i størst mulig grad svarer til den udbudte opgave. ...

III.1.2) Økonomisk og finansiell kapacitet

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

HOFOR lægger i udvælgelsen af ansøgere vægt på, at ansøger har den tilstrækkelige økonomiske og finansielle kapacitet til at løfte kontrakten.

Ansøger skal mindst opfylde følgende:

- gennemsnitlig soliditetsgrad for de seneste 3 disponible regnskabsår udgør mindst 20%.
- gennemsnitlig overskudsgrad for de seneste 3 disponible regnskabsår skal være positiv.

Hvis ansøger ikke har været etableret i 3 år, skal der oplyses nøgletal for den tid ansøger har været etableret. Mindstekrav vil da kun gælde for den tid, ansøger har været etableret.

III.1.3) Teknisk og faglig kapacitet

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Til brug for evalueringen af teknisk og faglig formåen skal ansøger i ESPD'et oplyse ansøgerens mest betydelige referencer på lignende opgaver, der er udført inden for de seneste 3 år. Ansøger kan vedlægge referenceblade eller lignende bilag, der beskriver og illustrerer referencerne, såfremt der henvises hertil i ESPD'et.

- Ansøger skal påvise mindst 2 referencer.

For hver reference bør tilbudsgiverne angive følgende i referencelisten:

- I. Navn på ordregiver,
- II. Mængde angivet i ton pr. mdr.,
- III. Beskrivelse af håndtering, herunder erfaring med separat håndtering.

Ansøger skal have et miljøledelsessystem baseret på ISO 14001:2015 eller tilsvarende.

...”

Udbudsmaterialet omfattede blandt andet udbudsbetingelser, udkast til rammeaftale og en tilbudsliste. Af udbudsbetingelserne fremgår:

”...

1.1 Kommunikation

Al kommunikation i forbindelse med udbuds- og tildelingsprocessen inkl. evt. spørgsmål til udbudsmaterialet håndteres via EU-Supply. ...

Tilbudsgiver opfordres til at søge eventuelle uklarheder og usikkerheder i udbudsmaterialet afklaret ved at stille spørgsmål til udbudsmaterialet.
...

Ethvert rettelsesblad eller spørgsmål og svar vil være en del af tilbudsgrundlaget, og tilbudsgivere opfordres til at holde sig orienteret om offentliggørelsen af sådanne dokumenter i EU-Supply.

Alle dokumenter i tilbuddet skal uploades og sendes igennem EU-Supply inden tilbudsfristen udløber.
...

3 Prækvalifikation

...

3.2 Krav til ansøgeren

3.2.1 Udelukkelsesgrunde (ESPD Del III)

En økonomisk aktør, herunder underleverandører til ansøgere, udelukkes fra deltagelse, hvis denne er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i Udbudslovens §§ 135-136.

Derudover udelukkes en økonomisk aktør fra deltagelse, hvis denne er omfattet af de frivillige udelukkelsesgrunde jf. Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1, 2 og 6.

3.2.2 Økonomisk og finansiell formåen (ESPD del IV B)

... Ansøger skal mindst opfylde følgende:

- ...
- gennemsnitlig overskudsgrad for de seneste tre disponible regnskabsår skal være positiv.

...

For sammenslutninger af virksomheder (fx et konsortium) beregnes sammenslutningens soliditetsgrad og overskudsgrad som hhv. sammenslutningens samlede egenkapitals værdi i forhold til sammenslutningens samlede aktiver, udregnet i procent og sammenslutningens samlede resultat før skat i forhold til sammenslutningens samlede omsætning, udregnet i procent.

...

5.1 Tildelingskriterium og underkriterier

Tildeling af kontrakten vil ske til den tilbudsgiver, der har afgivet *det økonomisk mest fordelagtige tilbud*, og har opnået det højeste antal vægtede point, baseret på følgende underkriterier (beregningsfaktor anført i procent):

Bedste forhold mellem pris og kvalitet

Underkriterium	Vægtning
Pris og omkostninger	70 %
Kvalitet	30 %

...

5.2.1 Evaluering af underkriteriet pris og omkostninger

Underkriteriet "Pris og omkostninger" evalueres efter en pointmodel, hvor det maksimale antal point, der kan tildeles, er 8, hvilket gives til det billigste tilbud.

Udgangspunktet for beregningen af point er det i tilbudslisten anførte samlede vederlag med eventuelt tillæg af beregnede ekstraomkostninger for transport som følger:

- Såfremt tilbudsgivers nærmeste anlæg er placeret uden for grænserne for HOFORs forsyningsområde (Albertslund, Brøndby, Dragør, Herlev, Hvidovre, København Rødovre og Vallensbæk), vil den tilbudte pris blive tillagt et beløb, som er udtryk for de ekstra omkostninger, ordregiver påføres ved at skulle aflevere jord uden for de ydre grænser for HOFORs forsyningsområde.

Følgende forudsætninger benyttes ved beregningen af tillægget:

HOFOR har en gennemsnitlig omkostning på 775 kr./time for bortkørsel af jord. Der regnes med en gennemsnitshastighed på 80 km/time for lastbiler for kørsel uden for HOFORs forsyningsområde, idet det forventes at en væsentlig del af ruten køres på motorvej.

Afstanden fra nærmeste kommunegrænse i HOFORs forsyningsområde til tilbudsgivers nærmeste modtageanlæg, hvortil jorden kan afleveres, ganges med 2, så det afspejler returkørslen. Der regnes med, at vognen kører 18 ton jord til anlægget ad gangen. Der tages udgangspunkt i en mængde på 137.500 ton per år i kontraktperioden, svarende til halvdelen af tilbudslistens estimerede årlige mængde, idet der indgås aftale med to leverandører. 137.500 ton jord per år kørt på lastbiler med 18 ton nettovægt giver således 7.639 kørsler per år.

Kortest mulig afstand med lastbil til et modtageanlæg fastlægges ud fra en Google Maps-rutesøgning mellem anlægget og frem til nærmeste kommunegrænse i HOFORs forsyningsområde. Der vælges søgning efter "hurtigste rute, normal trafik".

Eksempel: hurtigste rute er 10 km fra kommunegrænse i HOFORs forsyningsområde til modtageanlægget.

Tillægget til tilbudssummen vil så være:

- Ved en returkørsel med gennemsnitshastighed på 80 km/time: $(20 \text{ km/kørsel} / 80 \text{ km/time}) \times 775 \text{ kr./time} \times 7.639 \text{ kørsler/år} = 1.480.056 \text{ kr./år}$.

Ovennævnte tillæg vil svare til HOFORs ekstra udgift ved kørsel til anlæg uden for HOFORs forsyningsområde.

...”

Udkast til rammeaftale indeholdt i pkt. 24 ”Krav vedrørende Leverandørens samfundsansvar (CSR)” og pkt. 25 indeholdt ”Arbejdsklausul vedrørende sikring af arbejdstagerrettigheder, når arbejdet udføres i Danmark for HOFOR”. Det fremgår, at overtrædelser af bestemmelserne er sanktioneret ved en bod på 1.000 kr. per arbejdsdag.

Tilbudslisten dateret 7. januar 2020 indeholdt blandt andet positionerne (Varer nr.) T2.1, AT3.5 og AT3.6. med angivne forventede mængder/antal og felt til udfyldelse med pris per enhed.

Den 23. januar 2020 stillede NORRECCO følgende spørgsmål til HOFOR:

”Bare for god ordens skyld – en præcisering: Kan det venligst bekræftes at overskudsgrad også for ansøger skal beregnes som virksomhedens samlede resultat før skat i forhold til virksomhedens samlede omsætning, udregnet i procent?”

HOFOR svarede hertil:

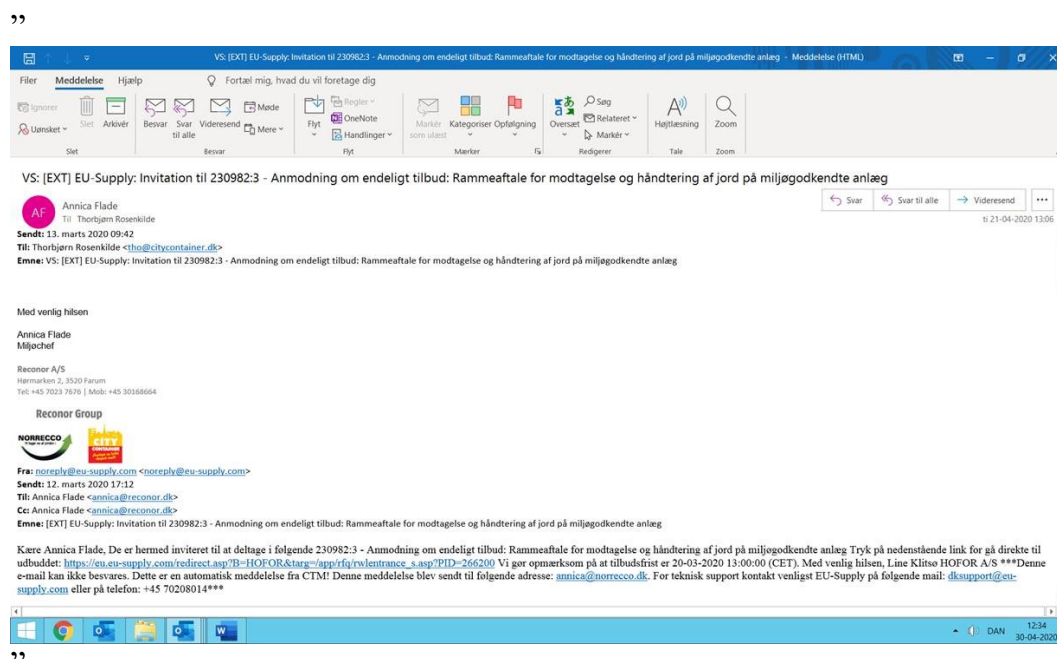
”Overskudsgraden beregnes som overskud før renter og skat divideret med omsætning.

Dette er en præcisering i forhold til udbudsbetingelserne.”

Ved udløbet af fristen for ansøgning om prækvalifikation den 7. februar 2020 havde HOFOR modtaget ansøgninger fra NORRECCO, RGS Nordic A/S og Sten & Grus Prøvestenen A/S. Alle ansøgningerne var konditionsmæssige, og de tre ansøgere blev den 13. februar 2020 opfordret til at afgive indledende tilbud. Fristen for afgivelse af disse tilbud var den 28. februar 2020.

NORRECCO blev efter indlevering af indledende tilbud inviteret til et for-handlingsmøde med HOFOR den 11. marts 2020.

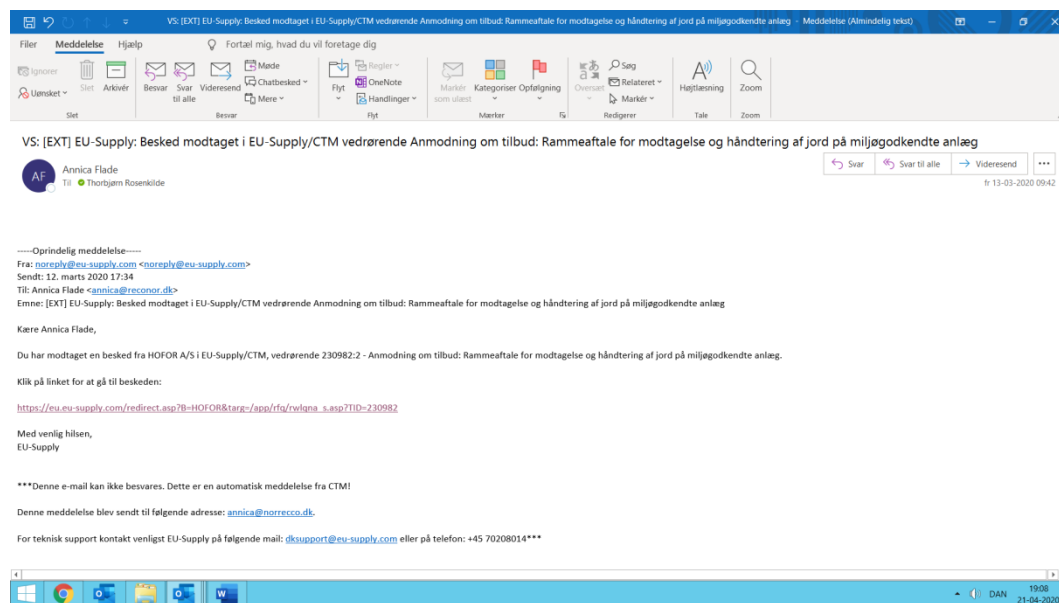
Den 12. marts 2020 kl. 17.11 blev NORRECCO via EU-Supply inviteret til at afgive endeligt tilbud. NORRECCO modtog i den forbindelse følgende autogenerated besked fra EU-Supply kl. 17.12:



Ved at følge linket i beskeden fra EU-Supply blev NORRECCO ført til tredje fane i EU-Supply, ”3. Anmodning om endeligt tilbud: Rammeaftale for modtagelse og håndtering af jord på miljøgodkendte anlæg”.

Samme dag kl. 17.34 modtog NORRECCO følgende mail fra EU-Supply:

”

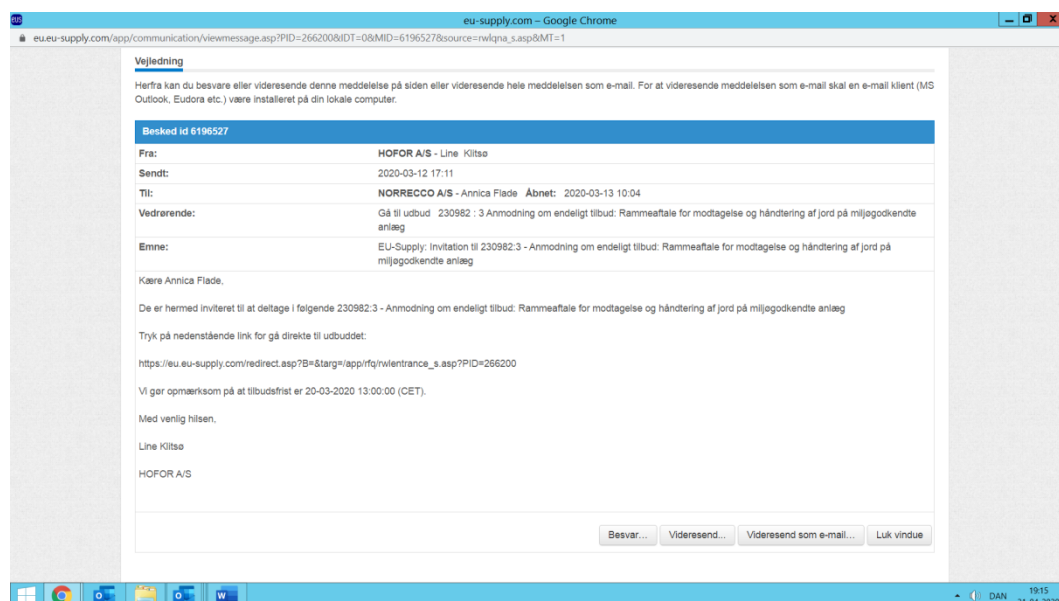


”

NORRECCO har oplyst, at linket i beskeden linkede til besked-fanen i EU-Supply under fanen ”3. Anmodning om endeligt tilbud: Rammeaftale for modtagelse og håndtering af jord på miljøgodkendte anlæg”.

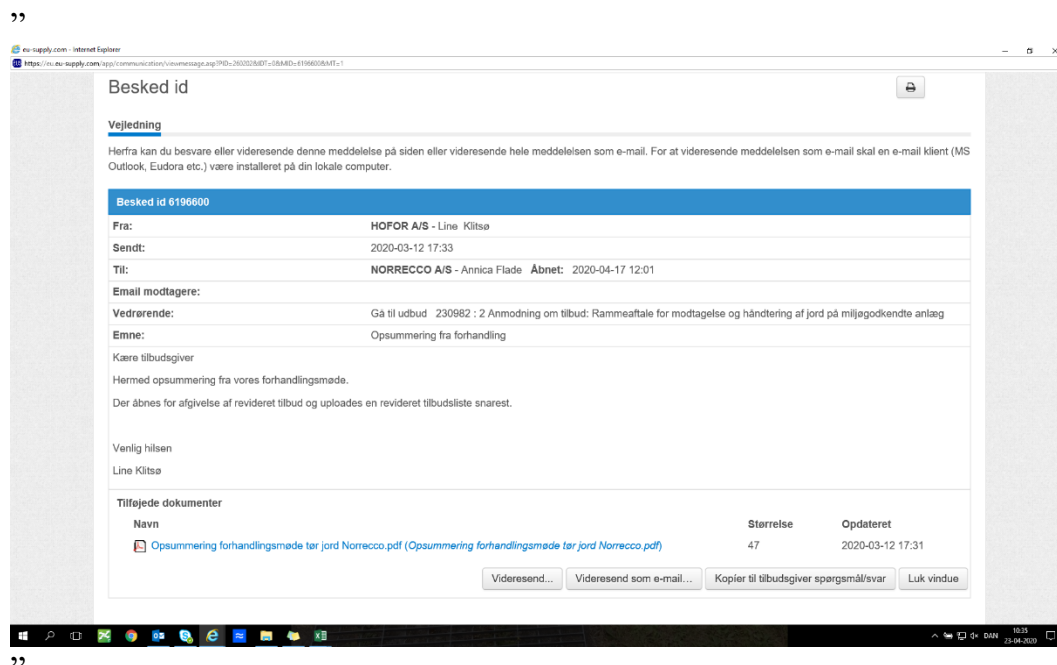
Af besked-fanen under ”3. Anmodning om endeligt tilbud: Rammeaftale for modtagelse og håndtering af jord på miljøgodkendte anlæg” fremgik alene beskeden af 12. marts 2020 kl. 17.11, som havde følgende indhold:

”



”

Af besked-fanen under fanen ”2. Anmodning om tilbud: Rammeaftale for modtagelse og håndtering af jord på miljøgodkendte anlæg” fremgik følgende besked, som var vedhæftet referat fra forhandlingsmødet:



Af referatet fra forhandlingsmødet fremgik blandt andet følgende:

”5 HOFOR kommenterer på det indkomne tilbuds priser

Priserne på dokumenteret ren og forurenede jord T2.1 og T2.2 er høje. Norrecco oplyste at høj pris på T2.1 skyldes, at der tages højde for harpning. Mere korrekt prissætning kan opnås ved at have harpning som et særskilt tillæg eller opdele posten i to.

- Analysepriser for chlorerede og phenoler er høje
- ...

9 Fælles besked til at alle tilbudsgivere om ændringer

Præciseringer til tilbudslisten

- Pos. T2.1 Opdeles i to poster hhv. ”dokumenteret ren jord” (med harpning) og ”godkendt ren intakt jord (uden harpning).
- Pos. AT3.5 opdeles i to poster – én vedrørende chlorerede opløsningsmidler og én vedr. nedbrydningsprodukter fra chlorerede opløsningsmidler

- Pos. AT3.6 opdeles i to poster – én vedrørende chlorerede opløsningsmidler og én vedr. nedbrydningsprodukter fra chlorerede opløsningsmidler”

HOFOR uploadede den reviderede tilbudsliste i EU-Supply den 12. marts 2020 kl. 17.40. Tilbudslisten blev lagt under dokumenter i fane ”3. Anmodning om endeligt tilbud: Rammeaftale for modtagelse og håndtering af jord på miljøgodkendte anlæg”.

Ved udløbet af fristen for det endelige tilbud den 20. marts 2020 afleverede NORRECCO tilbud via EU-Supply med anvendelse af en revideret tilbudsliste, der var blevet uploadet efter prækvalifikationens udløb, og som skulle anvendes i forbindelse med aflevering af det indledende bud.

HOFOR opgjorde de endelige evalueringstekniske tilbudssummer til 42.072.500 kr., 41.238.795 kr. og 39.035.450 kr. Den laveste sum var tilbudt af NORRECCO.

Den 21. april 2020 meddelte HOFOR NORRECCO afslag med følgende begrundelse:

”...

Tilbuddet fra NORRECCO er desværre ikke konditionsmæssigt. Det skyldes, at den udfyldte tilbudsliste er en tidligere version end den tilbudsliste, som HOFOR uploadede den 12. marts 2020. Det bemærkes, at der blev gjort opmærksom på revision af tilbudslisten i det resumé fra forhandlingen, som ligeledes blev sendt til Norrecco den 12. marts 2020. Da den reviderede tilbudsliste har flere poster end den tilbudsliste, som Norrecco har fremsendt, er der priser som ikke er afgivet, og tilbuddet er derfor ikke konditionsmæssigt.

...”

HOFOR har i forbindelse med sagens behandling oplyst, at dokumenter tilføjes af ordregiver til den enkelte fane i udbudssystemet og findes af tilbudsgiverne ved at vælge den pågældende fane og klikke på ”se udbudsdokumenter”. Det er videre oplyst, at udbudssystemet indeholder et revisionsspor, som tilbudsgiver og ordregiver kan tilgå, og hvor alle hændelser logges.

Af revisionssporet fremgår, at der af HOFOR blev tilføjet et dokument kl. 17.40:

”

2020-03-12 17:40:22	Line Klitsø HOFOR A/S	Dokument tilføjet	Modtagelse og håndtering af jord på miljøgodkendte anlæg: (1)	Se dokumenter
---------------------	--------------------------	-------------------	---	-------------------------------

”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

NORRECCO har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-8, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

HOFOR har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-8, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har NORRECCO gjort gældende, at der gælder et forbud mod ændringer af mindstekrav og grundlæggende elementer for udbud, der gennemføres efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Dette følger af klagenævnets faste praksis, jf. blandt andet klagenævnets kendelse af 11. juli 2017, Inventarland ApS mod Region Sjælland, og kendelse af 12. juli 2019, Semi-Stål A/S mod Region Hovedstaden. Reguleringen svarer til udbudslovens regulering, og en ændring af et grundlæggende element er defineret i udbudslovens § 24, nr. 37. En sådan ændring kræver et nyt udbud.

Af betingelserne om ”Økonomisk og finansiel formåen (ESPD del IV B)” fremgik oprindeligt, at overskudsgraden skulle beregnes som det ”... samlede resultat *før skat* i forhold til ...”, hvilket blev ændret den 23. januar 2020, hvor beregningen skulle ske ”... *før renter og skat* ...”. Der er tale om en ny beregningsmetode, som vil give en større overskudsgrad end den oprindelige beregning, og da ændringen kunne påvirke potentielle ansøgers deltagelse i udbudsprocessen, udgør det en ændring af et grundlæggende element i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Det forhold, at de tre tilbudsgivere blev prækvalificeret, kan ikke tages til indtægt for, at ændringen ikke har påvirket potentielle ansøgers deltagelse i udbudsprocessen, og det er ikke op til HOFOR at vurdere, hvorvidt andre virksomheder, herunder Jordrens Køge ApS, ville være i stand til at afgive konkurrencedygtige priser. HOFORs vurdering er alene teoretisk og uden

indsigt i virksomhedernes interne faktorer. Der er fx et modtageanlæg til salg i Næstved, som ville give andre virksomheder, herunder fynske og jyske virksomheder, mulighed for at etablere sig på Sjælland, ligesom Dansk Miljøforbedring A/S er en aktiv virksomhed på markedet.

Særligt vedrørende påstand 1 har HOFOR bestridt at have handlet i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling. HOFOR har gjort gældende, at "overskudsgrad" er et velkendt regnskabsteknisk begreb, der viser en virksomheds indtjeningsevne. Overskudsgraden kaldes også EBIT, som står for "earnings before interest and tax", og begrebet overskudsgrad burde ikke give anledning til tvivl.

Udbudsbetingelsernes pkt. 3.2.2 vedrørte beregningen af overskudsgrad for ansøgere, der var sammenslutninger af virksomheder, og det er korrekt, at der i denne forbindelse var en mindre unøjagtighed, da det ikke klart fremgik, at der skulle tages udgangspunkt i overskuddet før renter. Der var dog tale om en åbenlys fejl, hvilket også fremgik af NORRECCOs spørgsmål herom. Det bekræftende svar fra HOFOR udgjorde ikke en ændring, men alene en præcisering af mindstekravet.

Under alle omstændigheder er ændringen ikke i strid med ligebehandlingsprincippet, da det ikke kan anses for en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 24, nr. 37. Ændringen påvirkede hverken virksomhedernes deltagelse i udbuddet eller fordrejede konkurrencen mellem dem. Desuden var det alene de tre prækvalificerede ansøgere, som havde interesse for udbuddet på grund af inddragelsen af omkostninger i tilbudsevalueringen, idet de tre var de eneste, som reelt havde mulighed for at afgive et konkurrencedygtigt tilbud, jf. klagenævnets kendelse af 12. april 2016, Joint Venture Salini- Impregilo-Samsung-Bunte mod Femern A/S.

Det bestrides i øvrigt, at kravet til overskudsgraden er mere lempeligt, hvis den ene beregningsmetode vælges frem for den anden, da det afhænger af den enkelte virksomheds renteindtægter og renteudgifter. Det bestrides videre, at det reelt var muligt at afgive et konkurrencedygtigt tilbud for et modtageanlæg i Næstved, da det ville medføre et evalueringsmæssigt omkostningstillæg på ca. 10 mio. kr., og der var en meget lille spredning i tilbudspriserne fra de tre tilbudsgivere. Virksomheden Dansk Miljøforbedring A/S,

som er beliggende i Hedehusene, har ikke de nødvendige tilladelser til at udføre den udbudte opgave og var ikke en potentiel ansøger.

Særligt vedrørende påstand 2 har NORRECCO gjort gældende, at HOFOR har gennemført udbudsprocessen via EU-Supply på en sådan måde, at HOFORs handlinger og intentioner ikke var gennemsigtige for NORRECCO, og det har haft den konsekvens, at ligebehandlingsprincippet er blevet tilsidesat.

Da NORRECCO blev inviteret til at afgive endeligt tilbud, åbnede dette for tilbudsgivernes mulighed for at afgive endeligt tilbud, og links, som fremgik af beskeder modtaget derefter, førte NORRECCO til den tredje fane om endeligt tilbud. Linket, som blev sendt med beskeden kl. 17.34, henviste ikke til den anden fane, hvorunder referat fra forhandlingsmødet og besked om en revideret tilbudsliste lå. Rækkefølgen, som HOFOR benyttede, var ikke retvisende og indebar, at der blev linket til den forkerte fane i EU-Supply. Derudover offentliggjorde HOFOR ikke en meddelelse til tilbudsgiverne, da den reviderede tilbudsliste, som skulle benyttes af tilbudsgiverne, faktisk blev tilgængelig. Ved offentliggørelse af dokumenter, som har afgørende betydning for tilbudsgiverne, skal ordregiveren være særlig påpasselig, herunder ved på en gennemsigtig og entydig måde at gøre tilbudsgiverne opmærksom herpå. Dette er ikke sket ved at nævne den reviderede tilbudsliste i referatet som sket. NORRECCO blev derfor ikke bekendt med referatet eller meddelelsen om, at der ved det endelige tilbud skulle anvendes en revideret tilbudsliste. Med håndteringen af udbudsprocessen via EU-Supply og HOFORs håndtering af offentliggørelsen af den reviderede tilbudsliste fremgik det ikke entydigt, hvilken tilbudsliste der skulle anvendes, og HOFOR har derfor handlet i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36, stk. 1.

NORRECCO har bestridt, at NORRECCO efter forhandlingsmødet havde en klar forventning om, at tilbudslisten ville blive revideret, særligt ikke i betragtning af, at dette ikke blev nævnt på mødet. NORRECCOs ønske om, at tilbudslisten blev revideret, er ikke atypisk og forpligtede ikke NORRECCO til at udvise ekstra påpasselighed, ligesom NORRECCO ikke havde pligt til at holde øje med et revisionsspor. Derimod kan det som minimum kræves, at HOFOR gav tilbudsgiverne særskilt besked om, at et nyt dokument var offentliggjort. Det er ikke korrekt, at NORRECCO ved at vælge en drop-down-menu i beskedmodulet kunne have fundet beskeden af 12. marts 2020 kl.

17.34. Der sker ikke et skifte i beskederne, når der vælges et andet ”trin” i beskedmodulet, og det var derfor ikke muligt på denne måde at gøre sig bekendt med referatet og meddelelsen om, at der ville blive uploadet en revideret tilbudsliste.

Særligt vedrørende påstand 2 har HOFOR bestridt at have handlet i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling som følge af manglende klarhed i forbindelse med offentliggørelse af den reviderede tilbudsliste. HOFOR har gjort gældende, at det blev kommunikeret tilstrækkeligt klart til de tre tilbudsgivere, hvilken version af tilbudslisten der skulle anvendes ved afgivelsen af det endelige tilbud. Det fremgik både af beskeden i EU-Supply og af referatet fra forhandlingsmødet, at tilbudslisten var revideret og ville blive uploadet snarest. Offentliggørelsen af den reviderede tilbudsliste blev varslet 6 minutter før, listen blev uploadet.

Det forhold, at NORRECCO ikke blev opmærksom på den reviderede liste, er ikke udtryk for manglende gennemsigtighed, men udtryk for, at NORRECCO ikke var påpasselig, som det kan forventes af tilbudsgiverne. Det fremgik af den autogenererede besked kl. 17.34, at tilbudsgiverne havde modtaget besked i udbuddets fane 2, og de to øvrige tilbudsgivere åbnede beskeden umiddelbart efter henholdsvis næste morgen. Efter drøftelserne på forhandlingsmødet måtte NORRECCO desuden have en klar forventning om, at tilbudslisten ville blive revideret. NORRECCO forholdt sig imidlertid passiv. Derudover fremgik det af revisionssporet, at der var indlagt en revideret tilbudsliste, og revisionssporet er en grundlæggende funktion i det digitale udbudssystem, som sikrer, at ansøgere og tilbudsgivere anvender de korrekte dokumentversioner. Tilbudsgiverne måtte efter udbudsbetingelserne forvente at holde sig generelt opdateret med, hvad der måtte komme af nyt materiale i EU-Supply, og de måtte altid tjekke revisionssporet i forhold til evt. ændringer. Når drop-downmenuen i beskedmodulet ikke har vist beskederne for det valgte ”trin”, skyldes det, at NORRECCO ikke havde slået ”tilføj filter” til, hvorved der alene ville blive vist beskeder fra den valgte udbudsfase. Filterfunktionen er en basal funktion i EU-Supply, som det må forventes, at tilbudsgiverne kan anvende.

Det bestrides i øvrigt, at meddelelsen om den reviderede tilbudsliste fremgik af en bisætning, og at der kan kræves en særskilt advisering om enhver vigtig meddelelse.

Særligt vedrørende påstand 3 har NORRECCO gjort gældende, at HOFOR har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og artikel 69 ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have oplyst en anslået værdi af rammeaftalen. Der fremgår heller ikke oplysninger om den mængde, som HOFOR er berettiget til at anskaffe i rammeaftalens løbetid. Udbudsbekendtgørelsen fremstår derfor ikke tilstrækkeligt gennemsigtig til, at ansøgere kunne vurdere rammeaftalens indhold og relevans, hvilket er i strid med gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og de krav, der følger af artikel 69. NORRECCO har herved henvist til EU-Domstolens dom af 19. december 2018 i sagen C-216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, Coopservice Soc. coop. arl mod Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST)*, m.fl.

Særligt vedrørende påstand 3 har HOFOR bestridt at have handlet i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling. HOFOR har gjort gældende, at det ikke følger af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69 og bilag XI, del C, at der er krav om at anslå rammeaftalens værdi. Kravet omfatter alene en angivelse af tjenesteydelsens omfang, hvilket HOFOR har opfyldt med sin angivelse i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.4 om 275.000 ton jord. Det følger ikke af EU-Domstolens dom i sag C 216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, Coopservice Soc. coop. arl mod Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST)*, m.fl., at der er yderligere krav ud over mængdeangivelsen i udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Særligt vedrørende påstand 4 har NORRECCO gjort gældende, at HOFOR har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36, stk. 1, ved ikke i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69 at give oplysning om antallet af deltagere, der vil blive opfordret til at afgive tilbud, jf. direktivets bilag XI, del C, nr. 21. HOFOR har alene anført, at der vil blive foretaget en udvælgelse ”blandt disse ansøgere”. Hensynet bag udbudsbekendtgørelsen er, at ansøgere og tilbudsgivere alene på baggrund af udbudsbekendtgørelsen skal kunne forholde sig til, om de ønsker at søge prækvalifikation eller afgive tilbud. Antallet af ansøgere er et hovedelement i en udbudsproces med forhandling, og det er derfor en oplysning af essentiel betydning for at vurdere, om

man vil søge om prækvalifikation, jf. klagenævnets kendelse af 3. april 2020, Kære Pleje Fredericia ApS mod Fredericia Kommune.

Særligt vedrørende påstand 4 har HOFOR gjort gældende, at det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at det forventede antal prækvalificerede var fire, og at den anvendte formulering, som stammer fra standardformularen, er helt sædvanlig og ikke kunne give anledning til tvivl, jf. klagenævnets kendelse af 2. september 2016, Fayard A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.

Særligt vedrørende påstand 5 har NORRECCO gjort gældende, at HOFOR ikke i udbudsbekendtgørelsen har beskrevet, hvordan ansøgerne skal dokumentere, at de lever op til mindstekravene om økonomisk og finansiel henholdsvis teknisk og faglig kapacitet. Det følger af bilag XI, del C, nr. 14, til forsyningsvirksomhedsdirektivet, at der skal fremgå oplysninger herom i udbudsbekendtgørelsen. Såfremt der ikke fremgår oplysninger om, hvordan disse mindstekrav skal opfyldes, vil ansøgerne ikke ud fra udbudsbekendtgørelsen kunne vurdere, om de er i stand til at leve op til de stillede mindstekrav. Udbudsbekendtgørelsen lever således ikke op til kravene i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69, og HOFOR har derfor handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1. Selvom udbudslovens § 142, stk. 1, og § 143, stk. 1, ikke finder anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, gælder tilsvarende som følge af gennemsigtighedsprincippet i direktivets artikel 36, stk. 1, og dette følger af praksis, jf. klagenævnets kendelse af 1. februar 2018, ABB A/S mod Trafikskabet Movia.

Særligt vedrørende påstand 5 har HOFOR bestridt at have handlet i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling ved ikke at have anført, hvordan ansøgerne skulle dokumentere, at de lever op til de nævnte mindstekrav. HOFOR har gjort gældende, at forsyningsvirksomhedsdirektivets bilag XI, del C, nr. 14, ikke stiller krav om sådanne oplysninger, og forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder ikke i øvrigt krav svarende til udbudslovens § 142, stk. 1, og § 143, stk. 1, som ikke finder anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det bestrides, at et sådant krav kan udledes af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Særligt vedrørende påstand 6 har NORRECCO gjort gældende, at HOFOR har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved ikke i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69 at give oplysning i udbudsbekendtgørelsen om, hvilke udelukkelsesgrunde der vil medføre, at ansøger blev udelukket fra deltagelse i udbuddet, jf. direktivets bilag XI, del C, nr. 14 og nr. 21. Det følger alene af udbudsbetingelserne, hvilke grunde der vil udelukke ansøgere fra deltagelse, og det er i strid med udbudsbekendtgørelsens formål om, at den i sig selv skal kunne danne grundlag for vurderingen af, om ansøger skal anvende tid og omkostninger på at udarbejde en ansøgning. Dette fremgår også af klagenævnets kendelse af 24. juli 2018, Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune.

Særligt vedrørende påstand 6 har HOFOR anerkendt, at de anvendte udelukkelsesgrunde skulle være anført i udbudsbekendtgørelsen, og HOFOR har i øvrigt anført, at overtrædelsen ingen konkret betydning har haft for udbuddet.

Særligt vedrørende påstand 7 har NORRECCO gjort gældende, at HOFOR har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved ikke i overensstemmelse med direktivets artikel 69 at give oplysning om de særlige betingelser for opfyldelse af kontrakten, jf. bilag XI, del C, nr. 17. Af udkast til rammeaftale fremgår særlige betingelser i rammeaftalens pkt. 24 og 25, hvorefter tilbudsgiveren har væsentlige forpligtelser vedrørende CSR og arbejdstagerrettigheder. Disse kontraktvilkår har afgørende betydning for ansøgernes vurdering af, om de vil anvende ressourcer på at udarbejde en ansøgning. NORRECCO har herved henvist til klagenævnets kendelse af 28. marts 2012, Merrild Coffee System ApS mod Region Sjælland. Det forhold, at CSR-krav og arbejdsklausulen er bodsbelagt i henhold til rammeaftalen, understøtter, at der er tale om sådanne væsentlige kontraktuelle forpligtelser, at de skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen. Bodsbestemmelser, herunder omfanget og størrelsen heraf, er afgørende for en ansøgers eller tilbudsgivers prissætning og vurdering af om kontrakten er rentabel. Bodsbestemmelsen i rammeaftalens pkt. 4.10 burde derfor også fremgå af udbudsbekendtgørelsen.

Særligt vedrørende påstand 7 har HOFOR gjort gældende, at kravet i forsyningsvirksomhedsdirektivets bilag XI, del C, nr. 17, om særlige betingelser, som skal angives i udbudsbekendtgørelsen, overlader et betydeligt skøn til

ordregiver. HOFOR vurderede, at CSR-krav og arbejdsklausulen ikke udgjorde sådanne særlige betingelser, men derimod er helt sædvanlige vilkår i en aftale som den omhandlede, og at det ikke ændrer herpå, at bestemmelserne er bodsbelagte, hvilket også er sædvanligt. Det forhold, at en bodsbestemmelse har betydning for tilbudsgivers prissætning, afskiller sig ikke fra mange andre kontraktvilkår, og det er ikke hensigten, at hele kontrakten skal gengives i udbudsbekendtgørelsen. Udbudsbekendtgørelsen skal alene give potentielle ansøgere mulighed for at vurdere, om kontrakten kan have interesse, og dette formål kan varetages uden gengivelse af CSR-krav og arbejdsklausul. Der er i øvrigt ikke grundlag for at tilsidesætte HOFORs vurdering.

Særligt vedrørende påstand 8 har NORRECCO gjort gældende, at tildelingsbeslutningen som følge af de overtrædelser, som er beskrevet under påstand 1-7, er behæftet med så væsentlige retlige mangler, at tildelingsbeslutningen ikke kan opretholdes, og beslutningen skal derfor annulleres.

Særligt vedrørende påstand 8 har HOFOR gjort gældende, at selv hvis NORRECCO måtte få medhold i påstand 1, 3-5 og 7, kan det ikke føre til, at tildelingsbeslutningen skal annulleres, da overtrædelserne har været konkret uvæsentlige. Det samme gælder for overtrædelserne af påstand 6, som HOFOR har erkendt. I den forbindelse er det centralt, at de virksomheder, som potentielt kunne have interesse i at byde på rammeaftalen, alle blev prækvalificerede, og alle afgav tilbud. Særlig for så vidt angår påstand 6 har det fremstået, som om udelukkelsesgrundene ikke fandt anvendelse, og der har derfor ikke været potentielle ansøgere, som af denne grund har afholdt sig fra at afgive ansøgning. Det eneste andet modtageanlæg, som har vist interesse for udbuddet, Jordrens Køge ApS, lå i betydelig afstand fra forsyningsområdet og ville derfor have vanskeligt ved at afgive et konkurrencedygtigt tilbud. Virksomheden søgte ikke om prækvalifikation.

Ad uopsættelighed

NORRECCO har gjort gældende, at NORRECCO vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Muligheden for at få erstatning i denne situation udgør ikke et tilstrækkeligt værn mod at lide tab. Henset til den udbudte rammeaftales karakter og omfang vil NORRECCOs markedsposition blive ændret uopretteligt, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

HOFOR har gjort gældende, at NORRECCO ikke har godtgjort at ville lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis NORRECCO skal afvente afgørelsen i sagen. NORRECCO vil kunne kompenseres ved erstatning, således som NORRECCO har taget forbehold for, jf. Rettens kendelse af 4. september 2012, Elitaliana SpA mod Eulex Kosovo, i sag T-213/12 R. NORRECCOs betragtning om markedsposition må afvises, idet de ikke er reelt underbygget, og da manglende tildeling er en almindelig kommerciel risiko for virksomheder, der deltager i en udbudsprocedure, jf. f.eks. præmis 25 i kendelse af 5. oktober 2011 afsagt af Rettens præsident i sag T-422/11 R, Computer Ressources International, og præmis 19 i Rettens kendelse af 25. januar 2012 i sag T-637/11, Euris Consult Ltd. mod Europa-Parlamentet. Betingelsen om uopsættelighed er derfor ikke opfyldt.

Ad interesseafvejning

NORRECCO har gjort gældende, at det ikke kan antages at have reel skadevirkning for HOFOR, såfremt klagen tillægges opsættende virkning.

HOFOR har gjort gældende, at NORRECCO ikke har godtgjort, at NORRECCOs interesse i at få klagen tillagt opsættende virkning vejer tungere end HOFORs interesse i at indgå rammeaftalen nu. Betingelsen om interesseafvejning er derfor ikke opfyldt.

Subsidiært har NORRECCO gjort gældende, at HOFORs overtrædelser og betingelsen om "fumus boni juris" må tillægges afgørende vægt ved vurdering af, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, jf. Rettens dom i T-114/06, Globe mod Kommissionen.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

"Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges

opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagensævnets for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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

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

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

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

Ad påstand 1

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at en ansøger til prækvalifikation skulle opfylde et krav om, at den gennemsnitlig overskudsgrad for de seneste tre disponible regnskabsår skulle være positiv. "Overskudsgrad" er et almindeligt forekommende økonomisk nøgletal for virksomheder og et fast defineret regnskabsteknisk begreb, som beskriver en virksomheds evne til at skabe overskud i forhold til omsætningen. Til beregningen af overskudsgraden bruges resultat før renter, da renteomkostningernes størrelse afhænger af, hvor stor en gæld der er i virksomheden, og renteomkostninger siger derfor ikke noget om en virksomheds evne til at indtjene overskud.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 3.2.2 fremgik en særskilt beskrivelse af beregningen af overskudsgraden i forhold til sammenslutninger af virksomheder. Når det var anført, at overskudsgraden skulle beregnes som sammenslutningens samlede resultat før skat i forhold til sammenslutningens samlede omsætning, var det derfor åbenbart, at der var en tale om en unøjagtighed, som blev præciseret ved HOFORs besvarelse af NORRECCOs spørgsmål den 23. januar 2020 forud for udløbet af fristen for ansøgning om prækvalifikation. Der var således ikke tale om en ændring af beregningsmetode endside ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 24, nr. 37, og der er herefter ikke udsigt til, at påstand 1 tages til følge.

Ad påstand 2

Det er ubestridt, at den reviderede tilbudsliste, som blev uploadet af HOFOR 6 minutter efter adviseringen om en ny besked i EU-Supply kl. 17.34, var tilgængelig for NORRECCO under fanen ”udbudsdokumenter”, og at det var muligt for NORRECCO at tjekke under ”revisionsporet”, om HOFOR havde lagt nye dokumenter op forud for afgivelsen af virksomhedens endelig tilbud.

Af adviseringsbeskeden kl. 17.34 fremgik, at der var en besked fra HOFOR i EU-Supply vedrørende ”2. Anmodning om tilbud: Rammeaftale for modtagelse og håndtering af jord på miljøgodkendte anlæg”, som var den udbudsfase, der omfattede forhandlingsmødet og derfor også referat herfra. På det foreløbigt foreliggende grundlag lægger klagenævnet til grund, at beskeden med referat fra forhandlingsmødet, hvoraf det udtrykkeligt fremgik, at der ville blive uploadet en revideret tilbudsliste snarest, var tilgængelig for NORRECCO under beskeder vedrørende 2. udbudsfase.

På denne baggrund finder klagenævnet, selvom linket i adviseringsbeskeden kl. 17.34 linkede til beskeder i 3. udbudsfase, hvor der imidlertid ikke var en ny besked at se, at det fremgik tilstrækkeligt klart, hvilken tilbudsliste der skulle anvendes af tilbudsgiverne ved afleveringen af det endelige tilbud. Der er derfor ikke udsigt til, at påstand 2 tages til følge.

Ad påstand 3

Det følger af forsyningsvirksomhedsdirektivets bilag XI, del C, nr. 7, litra a, og direktivets artikel 69, at ordregiver ved udbud med forhandling skal angive blandt andet arten og omfanget af de tjenesteydelser, der skal leveres. Af udbudsbekendtgørelsen fremgår, at HOFOR forventer, at tjenesteydelsens omfang vedrører 275.000 ton jord. Det følger ikke af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69 og den relevante del af bilaget hertil, at der er et krav om, at ordregiver skal anslå kontraktens værdi. Herefter er der ikke udsigt til, at påstand 3 tages til følge.

Ad påstand 4

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen pkt. II.2.9), at det forventede antal ansøgere er ”4”. Allerede af denne grund er der ikke udsigt til, at påstand 4 tages til følge.

Ad påstand 5

Udbudslovens afsnit II og III, herunder § 142 og § 143, finder ikke anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. udbudslovens § 18, stk. 1, og implementeringsbekendtgørelsen, bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015. Der fremgår ikke af forsyningsvirksomhedsdirektivet og bilag hertil et udtrykkeligt krav om, at en ordregiver i udbudsbekendtgørelsen skal angive, hvordan en ansøger/tilbudsgiver skal dokumentere, at de opfylder mindstekrav til økonomisk og finansiell henholdsvis teknisk og faglig kapacitet.

Af mindstekravene i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.2) og III.1.3) om økonomisk og finansiell henholdsvis teknisk og faglig kapacitet fremgår, at ansøger skal fremlægge dels sine nøgletal, soliditetsgraden og overskudsgraden, for de seneste tre disponible regnskabsår, dels mindst to referencer udført inden for de seneste tre år. Det fremgår, hvilke oplysninger HOFOR ønsker om referencen. Endeligt kræves et miljøtilladelsessystem.

På denne baggrund er der ikke grundlag for at konstatere, at ansøgerne ikke vidste, om de var i stand til at leve op til de mindstekrav, som fremgik af udbudsbekendtgørelsen vedrørende økonomisk og finansiell henholdsvis teknisk og faglig kapacitet, ligesom kravet i forsyningsvirksomhedsdirektivets

bilag XI, del C, nr. 14 ikke herved var tilsidesat. Der er derfor ikke udsigt til, at påstand 5 tages til følge.

Ad påstand 6

HOFOR har erkendt at have handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have anført, at ansøgere omfattet af udelukkelsesgrundene i udbudslovens §§ 135-136 samt § 137, stk. 1, nr. 1, 2 og 6, vil blive udelukket fra deltagelse. Der er derfor udsigt til, at påstand 6 tages til følge.

Ad påstand 7

De vilkår om iagttagelse af CSR-krav og arbejdstagerrettigheder, som fremgår af rammeaftalens pkt. 24 og 25, udgør, ligesom de tilhørende bodsbestemmelser, vilkår, som er almindeligt forekommende i kontrakter som den foreliggende. Herefter og under hensyntagen til indholdet af bestemmelserne finder klagenævnet, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte HOFORs vurdering af, at kontraktvilkårene i rammeaftalens pkt. 24 og 25 ikke udgør sådanne særlige betingelser, at disse skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets bilag XI, del C, nr. 17. Herefter er der ikke udsigt til, at påstand 7 tages til følge.

Ad påstand 8

Da der efter en foreløbig vurdering ikke er udsigt til, at påstandene 1-5 og 7 tages til følge, er der ikke af disse grunde udsigt til, at påstand 8 om annulation tages til følge.

HOFOR har ikke undladt at prækvalificerede ansøgere under henvisning til udelukkelsesgrundene, og da udelukkelsesgrundene ikke var anført i udbudsbekendtgørelsen, har HOFORs undladelse heraf af samme grund ikke konkret påvirket potentielle ansøgers deltagelse i udbudsproceduren. Herefter, og da NORRECCO ikke er erklæret ukonditionsmæssig som følge af forhold med relation til påstand 6, er der på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at NORRECCOs påstand om annulation af tildelingsbeslutningen tages til følge.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Charlotte Hove Lasthein

Genpartens retlighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig