

K E N D E L S E

CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR DE FERROCARRILES, S.A. CAF  
(advokat Charlotte Kunckel, København)

mod

Odense Letbane P/S  
(advokat Michael Gjedde-Nielsen  
og advokat Peter F. Thommesen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 128-236147, offentliggjort den 7. juli 2015, udbød Odense Letbane blandt andet en kontrakt om levering af minimum 14 togsæt samt efterfølgende vedligeholdelse heraf. Dette var en del af Odense Letbanes overordnede bygge- og anlægsprojekt vedrørende etablering af en letbane i Odense, som indeholdt delaftale 1 til 3, hvor denne klage angår delaftale 2 - Odense Tramway – L2 – Rolling Stock. Kontrakten blev udbudt som udbud med forhandling efter det dagældende forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF. Værdien af delaftale 1 er anslået til mellem 750 og 1.135 mio. kr. og værdien af delaftale 2 er anslået til mellem 300 og 451 mio. kr.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 31. august 2015 havde 10 virksomheder anmodet om prækvalifikation. Odense Letbane besluttede at prækvalificere følgende fem virksomheder:

- Bombardier Transportation Danmark A/S
- CAF

- Alstom Denmark A/S
- Skoda
- Stadler Pankow GmbH

Bombardier Transportation Denmark A/S afstod fra at deltage i den videre udbudsproces inden afgivelse af første tilbud, hvorfor Siemens A/S blev prækvalificeret som femte tilbudsgiver i stedet.

Den 8. maj 2017 indgav CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR DE FERROCARRILES, S.A. CAF klage til Klagenævnet for Udbud over Odense Letbane P/S. CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR DE FERROCARRILES, S.A. CAF (herefter CAF) fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 7. juni 2017 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om ”fumus boni juris” ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

CAF har efterfølgende nedlagt følgende endelige påstande, hvor påstand 1 og 2 er de oprindelige påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at Odense Letbane har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i artikel 10 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv) ved at afvise CAFs tilbud som ukonditionsmæssigt.

Påstand 1A:

Klagenævnet skal konstatere, at Odense Letbane har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i artikel 10 i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, ved at der i udbudsmaterialet og særligt i tilbudslisten ikke sondres klart mellem "prices" og "costs", hvilket har været egnet til at skabe usikkerhed om, hvad tilbudsgiverne skulle oplyse i tilbudslisten (List of Prices – Price Template, bilag 6).

Påstand 1B:

Klagenævnet skal konstatere, at Odense Letbane har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i artikel 10 i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, ved at der i Hovedkontraktens punkt 27.3 og 28A og vedligeholdelseskontraktens punkt 16.4 var anvendt ordene "relevant rates, unit prices or other prices applicable" eller en henvisning hertil, samt at der i vedligeholdelseskontraktens punkt 16.4, 16.5 og 35.4 var anvendt ordene "relevant rates, unit prices or other prices specified in the Maintenance Contract or otherwise agreed" eller en henvisning hertil, uden at det er nærmere defineret i udbudsmaterialet, hvad der menes hermed, hvilket har været egnet til at skabe usikkerhed om, hvad tilbudsgiverne skulle oplyse i tilbudslisten (List of Prices – Price Template, bilag 6).

#### Påstand 1C:

Klagenævnet skal konstatere, at Odense Letbane har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i artikel 10 i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv ved i Instructions to Tendereres, January 2017 (bilag 9), punkt 4.1.5, 4.2.7 og 5.3.2 at give en uklar beskrivelse af, hvornår tilbud med forbehold blev anset for ukonditionsmæssige, hvilket har haft betydning for CAFs tilbudsafgivelse.

#### Påstand 1C1:

Klagenævnet skal konstatere, at Odense Letbane har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i artikel 10 i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv ved i Instructions to Tendereres, January 2017 (bilag 9), punkt 4.1.5 at give en uklar beskrivelse af, hvornår tilbud med forbehold blev anset for ukonditionsmæssige, hvilket har haft betydning for CAFs tilbudsafgivelse.

#### Påstand 1C2:

Klagenævnet skal konstatere, at Odense Letbane har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i artikel 10 i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv ved i Instructions to Tendereres, January 2017 (bilag 9), punkt 4.2.7 at give en uklar beskrivelse af, hvornår tilbud med forbehold blev anset for ukonditionsmæssige, hvilket har haft betydning for CAFs tilbudsafgivelse.

#### Påstand 1C3:

Klagenævnet skal konstatere, at Odense Letbane har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i artikel 10 i det

tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv ved i Instructions to Tendereres, January 2017 (bilag 9), punkt 5.3.2 at give en uklar beskrivelse af, hvornår tilbud med forbehold blev anset for ukonditionsmæssige, hvilket har haft betydning for CAFs tilbudsafgivelse.

Påstand 2:

Klagenævnet skal annullere Odense Letbanes beslutning af 28. april 2017 om at tildele kontrakten benævnt "Odense Tramway – L2 – Rollingsstock"/"LOT 2: Rolling Stock", udbudt i henhold til udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 128-236147, til Stadler Pankow GmbH.

Påstand 4:

Klagenævnet skal annullere Odense Letbanes udbudsforretning for så vidt angår kontrakten benævnt "Odense Tramway – L2 – Rollingstock"/"LOT 2: Rolling Stock", udbudt i henhold til udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 128-236147.

Påstand 5:

Klagenævnet skal tilpligte Odense Letbane at bringe kontrakten benævnt "Odense Tramway – L2 – Rollingstock"/"LOT 2: Rolling Stock"/ Conditions of Contract, OT-CT-ROS-CC-00001, jf. bilag 8, indgået med Stadler Pankow GmbH til ophør, da kontrakten er indgået i strid med almindelige principper om lovlig forvaltning samt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i artikel 10 i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv.

Odense Letbane har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder:

I udbudsbetingelserne står der blandt andet:

”4.1.5 Incomplete Tender

If the received Tender does not fully comply with these Instructions to Tenderers, or if the Tender is incomplete, vague or is received by Odense Letbane P/S later than the Tender due date set out in Section 4.2.1, Odense Letbane P/S will in many cases be obliged to reject the Tender. Odense Letbane P/S may, in any case, choose at its sole discretion, not to consider the Tender.

...

#### 4.2.7. Offers

For each of the following offers - First Offer (incl. Updated First Offer), and Best And Final Offer (BAFO) - the Tenderers shall submit complete sets of Tender Deliverables, i.e. all Commercial and Non-commercial Tender Deliverables.

...

Prior to reviewing the tender responses, Odense Letbane P/S will carry out an initial review of each submission to confirm completeness and compliance with the Instructions to Tenderers and may, at its discretion, reject a Tender, which is incomplete and/or non-compliant and will in many cases be obliged to do so in accordance with the applicable EU procurement rules.

...

#### 5.3.2 Reservations Register

Odense Letbane P/S is expecting BAFO submissions which are fully compliant with the Tender Documents. i.e. with no reservations.

Where a Tenderer, in exceptional cases, finds it necessary to make a reservation, the reservation must be listed and priced in the Reservations Register. [...] This applies to all reservations. i.e. both commercial and non-commercial.

If a reservation is not priced, OT will price the reservation, if possible, in accordance with applicable procurement rules.

Reservations against fundamental elements will normally lead to rejection of the tender, regardless of whether they are listed and priced in the Reservations Register. The same applies to reservations that are not priced and cannot be priced.

...”

I forbindelse med afgivelse af tilbud skulle tilbudsgiverne udfylde Appendix G ”Statement of Compliance”, hvoraf blandt andet fremgår:

”Note:

The Statement of Compliance must be submitted with all offers in accordance with the Instructions to Tenderers, Section 5.3.1.

If the Tenderer cannot confirm full compliance with Odense Letbane P/S' requirements in accordance with the Statement, all the Tenderer's reservations must be identified in the Reservations Register in accordance with the Instructions to Tenderers, Section 5.3.2.

## Statement of Compliance

We confirm that our offer is in full accordance with the all the tender requirements unless otherwise stated in the Reservation Register.

...

Tilbudsgiverne skulle angive deres tilbudte priser i en tilbudsliste benævnt "List of Prices – Price Template". Vedrørende hvert faneblad i tilbudslisten fremgår en instruktion om, hvordan fanebladet skal udfyldes. Det fremgår blandt andet:

### "4.3 Rolling Stock

The Tenderer is to provide prices for their proposed Rolling stock solution in accordance with the cost component listed below.

...

The Tenderer is also required to provide the individual price of seven specific items which will already have been included in the overall price of the Rolling Stock.

...

[...] costs related to the design, supply and installation [...].

### 5.2. Maintenance

...

Labor cost for the proposed organization shall be provided as cost per hour which shall apply for additional maintenance services.

...

### Tenderer's comments

This space should not be used to list reservations. All reservations must be captured in the Reservation Register:

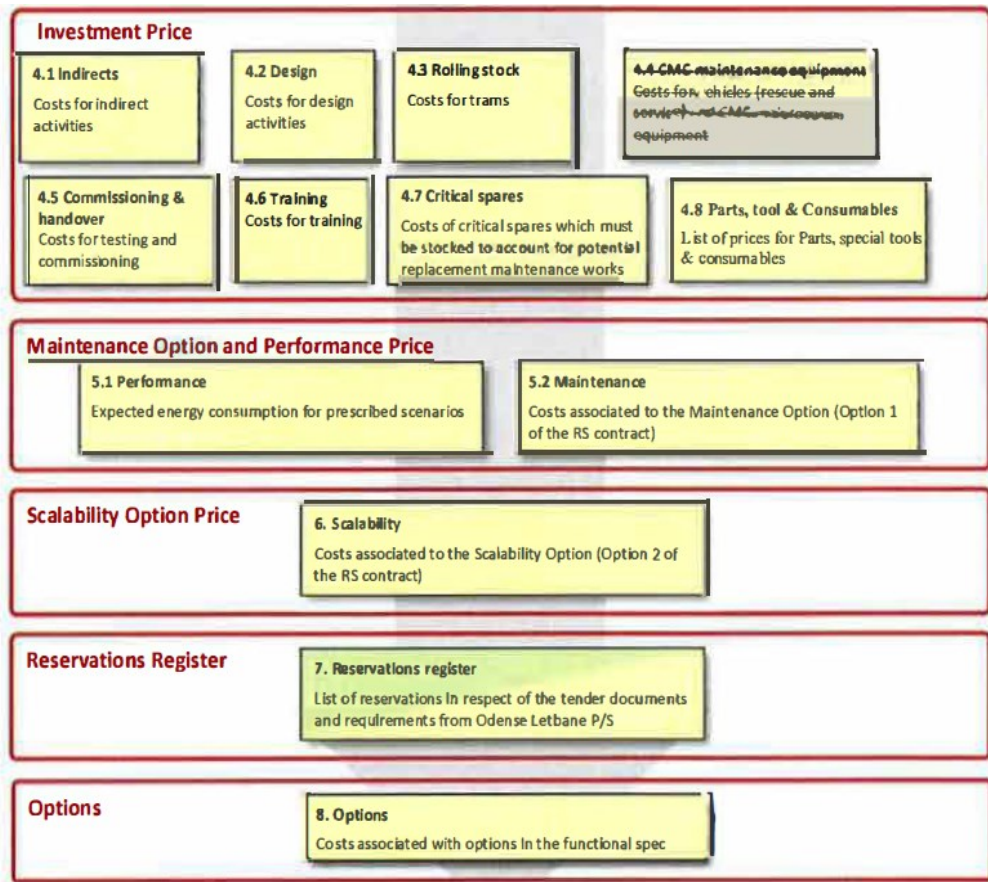
"

Udbudsmaterialet var vedlagt "Price Template Instructions" som instruktion til, hvordan tilbudsgiverne skulle udfylde tilbudslisten. Heraf fremgår blandt andet:

### "5.1 Structure

The diagram below outlines each sub-area of the Price Template, as well as highlighting where Tenderer contribution is required:

...



...  
5.3.10 [...]

...  
[t]he Tenderer is to provide the Training regime and the associated prices to meet each of the requirements of the RS Contract [...].”

Udbudsmaterialet var desuden vedlagt “Appendix K – Tender Deliverables – Rolling Stock”. Heraf fremgår blandt andet:

”4.1 List of Prices

...

The List of Prices captures all cost elements of the Rolling Stock Tender, which will be evaluated according to the three Sub-sections, Investment Price, Maintenance Option Price and Scalability Option Price.

...

4.4 Prices

Tender document OT-CT-ROS-IT-00006 “Price Template Instructions” provides a detailed description of the price components in tender document OT-CT-ROS-IT-00007, “List of prices – Price Template”. Tendered prices must include any kind of overhead and profit as well as all costs.

Tendered prices shall include all works, products (parts and deliverables) as well as services necessary to complete the deliveries/works in accordance with Odense Letbane P/S' requirements and the RS Contract, including but not limited to:  
 ...”

De juridiske vilkår for selve togleverancen findes i dokumentet ”Rolling Stock (RS) – Conditions of Contract”. Heraf fremgår blandt andet:

”E. Changes, etc.

27. Changes demanded by the client

27.1 The Client may demand changes to the supplies and services to be delivered by the Contractor under the Contract in accordance with the rules set out in this Clause 27. ...

...  
 27.3 Unless the Contract specifies relevant rates, unit prices or other prices applicable, changes that extend the scope of Works shall be settled in accordance with the following rules:

- a) Changes shall be paid based on the Contractor's documented direct costs (as further defined below) plus a mark-up of 10 %. The mark-up shall cover all the Contractor's further costs and overheads regardless of type as well as the Contractor's profits. The Contractor cannot claim payment in excess thereof.
- b) The pricing of the change may never exceed the open market price and the Contractor shall at the request of the Client be able to document its costs and the basis on which the price has been calculated to satisfaction of the Client. Man hours and materials shall be priced in accordance with the prices set out in the Contract.
- c) Direct costs is defined as the Contractor's documented costs related to materials, machinery, salaries of workmen, payments and similar direct costs and expenses made to subsuppliers
- d) All other costs – including salaries of employees, including office workers, increased site costs, administrative costs and profits, etc – are not direct costs and shall be covered by the mark-up.

...



28A.1 An additional claim is defined any claim for payment from the Contractor which is not a claim for payment of the Contract Sum.

...

28A.5 Additional claims shall be calculated and settled in accordance with the rules set out in Clause 27.3.

...

42.5 The Contractor undertakes to provide, on an ongoing basis, advice and training and other assistance to the Client or the O&M Contractor about maintenance and training of the Works wherever such assistance can be provided without considerable cost to the Contractor or as priced [in] List of Prices – Price Template, document no. OT-CT-ROS-IT-00007, as the case may be.

...

43. Maintenance

...

43.4 The client may at its discretion call (accept) the maintenance option submitted by the Contractor as part of its tender. The maintenance option shall be valid for acceptance until 6 months after the Client has signed the O&M contract with the O&M contractor.

...

43.6 Regardless of whether the maintenance option is called and whether maintenance is undertaken by third parties, the Contractor's obligations in respect of defects as set out in these Conditions of Contract apply. The Client are also entitled to order Major Overhauls as prices in List of Prices – Price Template, document no. OT-CT-ROS-IT-00007.”

Vedligeholdelsesaktiviteterne skulle leveres på grundlag af vedligeholdelseskontrakten benævnt “Maintenance Option – Rolling Stock (RS Conditions of contract”. Heraf fremgår blandt andet:

”16. Additional Services

16.4 Additional Services shall be performed by the Maintenance Contractor at the relevant rates, unit prices or other prices specified in the Maintenance Contract or otherwise agree. If no such rates or prices apply to the additional services in question, the following rules apply:

- (i) Additional services shall be paid based on the Maintenance Contractor's documented direct costs plus a mark-up of 10 %. The mark-up shall cover all the Maintenance Contractor's further costs regardless of type as well as the Maintenance Contractor's profits. The Maintenance Contractor cannot claim payment in excess thereof.
- (ii) The pricing of the additional service may never exceed the open market price and the Maintenance Contractor shall at the request of the Client be able to document its costs and the basis on which the price has been calculated to the satisfaction of the Client. Man hours and materials shall be priced in accordance with the prices set out in the Maintenance Contract.
- (iii) Direct costs shall be deemed to be the Maintenance Contractor's documented costs related to materials and machinery used for the additional service as well as salaries of workers (excluding administrative staff) and fees to Subcontractors performing the additional service.
- (iv) All other costs, including salaries of other employees, administrative costs and profits, etc. are not direct costs and shall be covered by the mark-up.

16.5 Clause 16.4 shall also apply to any other claim for payment whatsoever (save claims for monthly fees pursuant to Clause 37.1) made by the Maintenance Contractor under or in connection with the Maintenance Contract.

...

### 35. The Client's Right to Demand Changes

35.1 The Client may at its discretion demand any change to the services to be provided by the Maintenance Contractor under the Maintenance Contract, including without limitation (i) any increase or decrease of the scope, quantity or quality of services to be provided and (ii) any change made necessary or allowed by changes in the number of trams, distance to be driven, time periods during day and night for maintenance and as required by whatever scenario set out in Operation and Performances [...]

...

35.4 Unless the Maintenance Contract specifies relevant unit prices or other prices, a change that extends the scope of works shall be valued in accordance with [the] rules and principles applicable to additional services as set out in Clause 16.4.

...”

Forud for gennemførelsen af forhandlingsmøderne fremsendte Odense Letbane individuel feedback til tilbudsgiverne på de kommercielle parametre og på de ikke-kommercielle parametre. Vedrørende CAFs tilbud anmodede Odense Letbane om specificering af omkostninger:

”...  
 ...

Please confirm that all sub-elements have been considered.

The cost breakdown for all components must be contained in the updated submission.”

Ved udløb af fristen den 17. marts 2017 for tilbudsgivernes afgivelse af deres endelige tilbud (BAFO) modtog Odense Letbane tilbud fra alle de prækvalificerede tilbudsgivere med undtagelse af Alstrom Denmark A/S, som var udgået af konkurrencen på et tidligere tidspunkt.

I følgebrevet til CAFs endelige tilbud står der blandt andet:

”We are pleased to inform you that our BAFO does not include any reservations.”

I CAFs endelige tilbud (BAFO) i tilbudslistens pkt. 4.1 – 4.6 står der i boksen ”Tenderer’s comments”:

”Detailed prices in breakdown are only for information purposes only and not intended for individual use. Total Investment Price in Summary tab prevails.”

I CAFs endelige tilbud (BAFO) i tilbudslistens pkt. 5.2 står der i boksen ”Tenderers comments”:

”Detailed prices in breakdown are only for information purposes only and not intended for individual use.”

Ved brev af 28. april 2017 meddelte Odense Letbane CAF, at Stadler Pankow GmbH havde indleveret tilbuddet med det mest økonomisk fordelagtige tilbud. Det fremgår af brevet, at CAFs endelige tilbud blev erklæret ukonditionsmæssigt. Om begrundelsen herfor fremgår:

”1.1 Reservations:

The following items of non-compliance, including reservations, have been identified during the evaluation of your BAFO:

No	Ref.	Reservation Details	Price Estimate (DKK)
1	List of Prices	Statements included with the "Tenderer's comments" boxes in the "List of Prices - Price Template" regarding pricing information being for "information purposes only" and "not intended for individual use" - see Section 1.1.1 below.	Unpriceable
2	List of Prices	Statement regarding currency inserted into "Tenderer's comments" boxes within "List of Price-Price Template" - see Section 1.1.2 below. Value to be added to Investment Price.	[...]
3	List of Prices	Statement regarding currency inserted into "Tenderer's comments" boxes within "List of Price-Price Template" - see Section 1.1.2 below. Value to be added to Maintenance Option and Performance Price.	[...]
4	List of Prices	Statement regarding currency inserted into "Tenderer's comments" boxes within "List of Price-Price Template" - see Section 1.1.2 below. Value to be added to Scalability Option Price.	[...]
5	TSY-TD-14	The Tenderer has, within section 1 "Introduction" and section 4.1.2 "Maintainability Demonstration (Phase 2)" of document "2017.03.17_CAF_BAFO_Q14_004", limited the application of maintainability demonstration to new components. This is not in accordance with the minimum list of equipment specified within Requirement RS-MR-025-1 of tender document OT-CW-ROS-CB- 00011. The estimated additional price to provide compliant maintainability demonstration is added to the Investment Price.	[...]

Odense Letbane P/S has carefully considered the statements referred to as Reservation 1 above and compared them against the extensive and strict practice regarding reservations of the Danish Complaints Board for Public Procurement. We regret to inform you that the statements in our assessment constitute reservations regarding fundamental elements of the Tender Documents and, furthermore, reservations that cannot be

priced within the framework of the applicable procurement rules as interpreted by the Danish Complaints Board. Consequently, Odense Letbane P/S unfortunately has no option but to treat your BAFO as non-compliant with the effect that the BAFO must be rejected.”

Af evalueringsrapporten fremgår, at tilbuddet fra Stadler Pankow GmbH var det eneste tilbud, der blev vurderet konditionsmæssigt.

Den 14. juni 2017 indgik Odense Letbane kontrakt med Stadler Pankov GmbH.

### Parternes anbringender

#### Påstand 1

CAF har vedrørende påstand 1 overordnet gjort gældende, at CAF ikke tog forbehold i sit tilbud, og at tilbuddet derfor var konditionsmæssigt. Odense Letbane handlede på den baggrund i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at afvise CAFs tilbud som ukonditionsmæssigt.

CAF anførte udtrykkeligt i sit endelige tilbud, at tilbuddet ikke indeholdt forbehold. CAFs formulering i kommentarboksen til tilbudslistens pkt. 5.2, var anført et sted, hvor det ikke var intentionen at afgive forbehold. Formuleringen udgjorde kvalitative forklaringer til de oplyste omkostninger, hvilket var formålet med boksen.

Udbudsmaterialet måtte forstås således, at der i skemaerne i fanebladene 4.1-4.6, 5.2 og 6 alene ud over den overordnede pris, som skulle indgå i evalueringsprisen, skulle oplistes omkostninger (”costs”) og ikke egentlige priser. Priser på de enkelte komponenter skulle fremgå af faneblad 4.8 om reservedele. Odense Letbane anvendte ikke en skarp sproglig sondring mellem ”costs” og ”prices”, hvorfor det væsentligste var, om de oplyste detaljerede tal i skemaet i faneblad 5 kunne anses som bindende salgspriser eller ej – uanset deres benævnelse. Udbudsmaterialet indeholdt ikke krav om, at alle de detaljerede omkostninger ved levering skulle udgøre bindende salgspriser efterfølgende i kontraktforholdet, og CAF ville med de omtvistede formuleringer gøre opmærksom herpå.

Odense Letbane bærer risikoen for uklare beskrivelser af kravene i udbudsmaterialet, jf. klagenævnets kendelse af 12. august 2013, Medtronic Danmark A/S mod Region Midtjylland. Uklarhederne ved den ikke skarpe sondring mellem ”costs” og ”prices” må derfor føre til, at bemærkningerne i CAFs udbudsmateriale ikke anses for forbehold, og som følge heraf at CAFs tilbud er konditionsmæssigt. Det afgørende for vurderingen af, hvorledes CAFs bemærkninger i ”Tenderer’s Comments” i tilbudslisten skulle forstås er evalueringstidspunktet, og ikke efterfølgende tilkendegivelser.

Såfremt klagenævnet lægger til grund, at omkostningselementerne i tilbudslisten skulle udgøre bindende salgspriser, har CAF gjort gældende, at udbudsmaterialet var uklart. Det fremgik således ikke klart, at oplysningerne om omkostninger i tilbudslisten skulle være bindende salgspriser. Uklarheder i udbudsbetingelserne om krav til tilbuddets konditionsmæssighed er Odense Letbanes risiko.

Såfremt klagenævnet lægger til grund, at omkostningselementerne i tilbudslisten skulle udgøre bindende salgspriser, har CAF gjort gældende, at det var uklart, hvordan hovedkontraktens pkt. 27.3 og 28A om ”relevante priser” skulle forstås. CAFs formulering i kommentarboksen om de detaljerede priser/omkostninger i tilbudslisten var en kvalitativ præcisering med henblik på at specificere, hvad der ansås som ”relevante priser”. CAF anså alene omkostningselementerne for et udgangspunkt for prisfastsættelse ved ændringer, dog sådan at CAF fuldt ud anerkendte prisfastsættelsesmetoden i hovedkontraktens pkt. 27.3.

Ligeledes har CAF gjort gældende, at såfremt klagenævnet måtte lægge til grund, at de omtvistede formuleringer i CAFs tilbud udgjorde forbehold til tilbuddet, skulle forbeholdet have været prissat til 0 kr. Begrundelsen herfor er, at formuleringen måtte forstås som en angivelse af, hvad CAF anså for relevante priser i forhold til hovedkontraktens pkt. 27.3 og 28A, og hvad CAF ikke anså for relevante priser.

Odense Letbane var, ved tvivl om formuleringerne, forpligtet til at afklare med CAF, hvorvidt ét eller flere af disse forbehold reelt skulle opfattes sådan. Odense Letbane var forpligtet til at tage højde for, at udbudsmaterialet indeholdt uklarheder, og sammenholde dette med vurderingen af, om CAFs tilbud skulle afvises. Derudover skulle Odense Letbane have taget i betragtning, at hovedreglen, om at forbehold over for grundlæggende elementer

skulle føre til afvisning, i nogle situationer kunne tilsidesættes i henhold til "Instructions to Tenderers" pkt. 5.3.2.

Odense Letbane formulerede forbuddet mod forbehold, således at dette "normally lead to rejection". Denne formulering medførte en udvidet pligt for Odense Letbane til at foretage en afklaring af uklarheder i tilbuddene, herunder en pligt i den foreliggende situation, idet tilbudsgiverne havde fået en berettiget forventning om, at ikke alle forbehold førte til afvisning.

Odense Letbane har overordnet gjort gældende, at CAFs endelige tilbud indeholdt forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, som ikke kunne prissættes, og at Odense Letbane derfor var berettiget og forpligtet til at afvise CAFs tilbud som ukonditionsmæssigt.

Ved vurderingen af, om der er tale om forbehold, har Odense Letbane lagt vægt på, at en ordregiver ikke må rette henvendelse til en tilbudsgiver med henblik på en afklaring af rækkevidden af en angivelse i et tilbud, hvis denne angivelse med rimelighed kan læses som et forbehold. Ligeledes var det afgørende for vurderingen ikke, hvor i tilbuddet en eventuel angivelse stod, men betydningen af den pågældende angivelse. Ved fortolkningen af en angivelse i et tilbud, må fortolkningen ikke baseres på spekulationer om, hvad den pågældende tilbudsgiver måtte have ment med den pågældende angivelse. Fortolkningen skal baseres på en naturlig forståelse af ordlyden af den pågældende angivelse, og ordregiver skal, hvis der er tvivl om betydningen af en given angivelse i et tilbud, vælge den mest vidtrækkende fortolkning af angivelsen, således at der ikke er risiko for, at tilbudsgiveren opnår en fordel ved at have valgt en uklar formulering.

CAFs bemærkninger i "Tenderer's Comments" under faneblad 4.1-4.6, 5.2 og 6 udgjorde hver for sig et forbehold over for udbudsmaterialets bestemmelser om, hvordan ekstraarbejder skulle prissættes og honoreres. Hovedkontraktens pkt. 27 og 28A samt vedligeholdelseskontraktens pkt. 16.4, 16.5 og 35.4 fastsatte den klare hovedregel, at prissætning af ekstraydelser og ændringer skulle ske efter de priser, som var fastsat i medfør af kontrakten, herunder især i tilbudslisten. Hvis der i konkrete tilfælde ikke fandtes relevante priser i tilbudslisten eller kontrakten i øvrigt, skulle prissætningen ske efter "cost plus"-princippet. Ved "cost plus"-princippet var tilbudsgivernes enhedspriser på mandetimer og materialer bindende. Odense Letba-

ne har på den baggrund gjort gældende, at CAFs bemærkninger er uforenelige med centrale og grundlæggende bestemmelser for kontrakten.

Det fremgik ikke udtrykkeligt af teksten i tilbudslisten eller i instruktionen til tilbudslisten, at de enkelte elementer i optionsprisen var bindende for tilbudsgiverne. Den måde optionen var opbygget på, samt brugen af begrebet option i øvrigt gjorde det imidlertid ganske klart, at samtlige tilbudte optionspriser var bindende og skulle kunne udnyttes enkeltvis. CAFs bemærkninger indebar, at det alene var den samlede pris for optionen, der var bindende, og ikke priserne for de individuelle optionsmuligheder. Den manglende skarpe sondring ved brug af betegnelserne ”cost” og ”prices” har ikke medført misforståelser under udbudsforløbet. CAF skelnede ikke selv mellem ”costs” og ”prices” i sit tilbud. CAF anførte blandt andet i kommentarboksene ”Detailed prices in breakdowns [...]” under faneblade, hvor kun begrebet ”costs” var anvendt. Endvidere havde CAF i kommentarboksene under de enkelte faneblade konsekvent anført, at ”CAF’s prices are calculated in Euro using an exchange rate of [...]”.

Udbudsmaterialet var således ikke uklart. Der var derfor ikke behov for, at CAF anførte en kvalitativ præcisering af priserne/omkostningerne med henblik på at specificere, hvad der kunne anses som relevante priser i forhold til hovedkontraktens pkt. 27.3 og 28A. Bestemmelserne skulle favne en bred vifte af tilfælde, hvor prissætning af ekstraydelser og ændringer kunne komme på tale. Det ville i den sammenhæng være uhensigtsmæssig og meget vanskeligt at formulere en udtømmende og operationel definition på begrebet ”relevant”.

#### Påstand 1A

CAF har gjort gældende, at den manglende sondring mellem ”costs” og ”prices” i udbudsmaterialet har skabt usikkerhed om, hvad tilbudsgiverne skulle oplyse i tilbudslisten. Dette resulterede i, at CAF ikke var opmærksom på, at sondre skarpt mellem omkostninger og priser i tilbuddet. På den baggrund har udbudsmaterialet ikke været egnet til at danne grundlag for udbudsforretningen.

Odense Letbane har gjort gældende, at ordene ”costs” og ”prices” ikke har været anvendt på en indbyrdes modstridende måde. Ordene blev anvendt som synonyme, og den konkrete anvendelse heraf har ikke gjort udbudsbe-



tingelserne uklare. Det savner desuden mening, at CAF på den ene side anfører, at der skal ske en skarp sondring mellem "costs" og "prices" fra Odense Letbanes side, men på den anden side angiver, at en skarp sondring mellem disse begreber ikke er nødvendig i CAFs eget tilbud, da det alene er vigtigt i forhold til CAFs tilbud, hvad der kan betragtes som bindende salgspriser.

CAF havde mulighed for at få afklaret de påståede uklarheder under udbudsprocessen. CAF valgte imidlertid ikke at stille spørgsmål herom i løbet af udbudsprocessen.

### Påstand 1B

CAF har gjort gældende, at det ikke har været nærmere defineret, hvad der skulle forstås ved ordene "relevant rates, unit prices or other prices applicable" i Hovedkontraktens pkt. 27.3, og henvisningen hertil i Hovedkontraktens pkt. 28A, samt ordene "relevant rates, unit prices or other prices specified in the Maintenance Contract or otherwise agreed" i Vedligeholdelseskontraktens punkt 16.4 og henvisningerne hertil i punkt 16.5 og 35.4. Den uklare anvendelse har haft betydning for CAFs udformning af tilbuddet, herunder bemærkningerne til tilbudslistens kommentarboks. Udbudsmaterialet har således ikke været egnet til at danne grundlag for udbuddet.

Odense Letbane har gjort gældende, at ordene "relevant rates, unit prices or other prices applicable" ikke har været anvendt på en indbyrdes modstridende eller uklar måde.

CAF havde mulighed for at få afklaret de påståede uklarheder under udbudsprocessen. CAF valgte imidlertid ikke at stille spørgsmål herom i løbet af udbudsprocessen.

### Påstand 1C, 1C1, 1C2 og 1C3

CAF har gjort gældende, at der i "Instructions to Tenderers" pkt. 4.1.5, 4.2.7 og 5.3.2 var en uklar beskrivelse af, hvornår tilbud med forbehold blev anset for ukonditionsmæssige, hvilket har haft betydning for CAFs tilbudsafgivelse.

I "Instructions to Tenderers" pkt. 4.2.7 er anvendt formuleringen "may, at its discretion, reject a Tender, which is incomplete and/or non-compliant and will in many cases be obliged to do so", hvilket har medført, at Odense Letbane havde et uberettiget frit skøn i forhold til, hvornår et tilbud kunne tages i betragtning eller afvises som ukonditionsmæssigt. Odense Letbane tilkendegav ikke under forhandlingsforløbet, at kommentarer lignende den i CAFs tilbudsliste ville blive anset som et forbehold.

CAF har på denne baggrund ikke haft anledning til at gå ud fra, at de anførte kommentarer i tilbudslisten ville blive anset som forbehold mod grundlæggende elementer, der ikke kunne prissættes, og som ville bevirke, at tilbuddet blev anset som ukonditionsmæssigt. Uklarhederne i udbudsmaterialet har givet CAF en berettiget forventning om, at kommentarerne i tilbudslisten ikke blev anset som forbehold for grundlæggende elementer, der ikke kunne prissættes.

Af "Instructions to Tenderers" pkt. 5.3.2 fremgik, at udgangspunktet var, at der gerne måtte tages forbehold, som kunne prissættes. Det var ikke ud fra udbudsmaterialet i øvrigt eller forhandlingsforløbet fuldstændigt klart for CAF, hvilke typer af forbehold, som Odense Letbane ville kunne acceptere, og hvilke forbehold, der ville føre til at tilbuddet blev betragtet som ukonditionsmæssigt.

Odense Letbane har gjort gældende, at udbudsmaterialet ikke er uklart med hensyn til, hvornår tilbud med forbehold ville blive anset for ukonditionsmæssige.

I "Instructions to Tenderers" pkt. 4.1.5, 4.2.7 og 5.3.2 er beskrevet, hvornår Odense Letbane kan være forpligtet til at afvise tilbud som værende ukonditionsmæssige.

Anvendelse af ordenen "...will normally lead to rejection of the tender..." medførte ikke en udvidet pligt for letbanen til at søge uklarheder i de modtagne tilbud afklaret hos tilbudsgiverne.

Når Odense Letbane indsatte en bestemmelse om forbehold, var det fordi man ville henlede især udenlandske tilbudsgiveres opmærksomhed på, at forbehold i BAFO i henhold til klagenævnets praksis ofte vil føre til, at letbanen var forpligtet til at se bort fra det pågældende tilbud. Odense Letbane

var bevidst om, at letbanen ikke via en angivelse i ”Instructions to Tenderers” kunne sikre sig en udvidet ret til at acceptere forbehold i tilbud i forhold til klagenævnets praksis. Denne begrænsning må også have stået tilbudsgiverne klart.

Det var samtidig ved formuleringen af de nævnte bestemmelser vigtigt for Odense Letbane, at den kortfattede og summariske gengivelse af klagenævnets praksis vedrørende forbehold ikke kunne tages til indtægt for, at Odense Letbane havde indskrænket sin ret til at acceptere tilbud med forbehold, i forhold til hvad klagenævnets praksis ville føre til.

Det fremgår udtrykkeligt af ”Instructions to Tenderers” punkt 5.3.2, at forbehold skulle prissættes, samt at forbehold over for grundlæggende elementer, eller forbehold der ikke var eller kunne prissættes, som den altovervejende hovedregel medførte, at tilbuddet blev afvist.

Endeligt har Odense Letbane gjort gældende, at da det var tydeligt, at CAFs kommentar i tilbudslisten var et forbehold for et grundlæggende element i udbudsmaterialet – nemlig prissætningsmekanismen – var Odense Letbane ikke berettiget til at forsøge at få forholdet afklaret hos CAF.

#### Påstand 2

CAF har gjort gældende, at den påviste overtrædelse skal medføre, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Odense Letbane har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage påstanden om annulation af tildelingsbeslutningen til følge.

#### Påstand 4

CAF har på baggrund af påstand 1 og 1A – 1C, 1C1, 1C2, 1C3 gjort gældende, at da uklarhederne og de modstridende angivelser af priser og omkostninger i udbudsmaterialet har bevirket uklarhederne i CAFs tilbud og dermed påvirket tilbudsevalueringen, har udbudsmaterialet ikke været egnet til at danne grundlag for den gennemførte udbudsforretning. Dette skal derfor medføre annulation af udbudsforretningen.

Odense Letbane har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage påstanden om annullation om udbudsforretningen til følge.

#### Påstand 5

CAF har gjort gældende, at Odense Letbane er forpligtet til at bringe den indgåede kontrakt med Stadler Pankow GmbH til ophør.

Odense Letbane var klar over eller burde være klar over uklarhederne i udbudsmaterialet var afgørende for CAFs kommentarer i tilbudslisten, før letbanen indgik kontrakt. Kontrakten blev derfor indgået, på trods af at udbuddet ikke var gennemført i overensstemmelse med udbudsreglerne, og dette er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Odense Letbane har gjort gældende, at klagenævnet ikke har kompetence til at bringe den indgåede kontrakt med Stadler Pankow GmbH til ophør.

Klagenævnet udtaler:

#### Ad påstand 1

Klagenævnet har i delkendelse af 7. juni 2017 udtalt:

”Udbudsmaterialet er udformet således, at tilbudsgiverne skulle udfylde forskellige dokumenter, herunder en tilbudsliste ”List og Prices – Price Template”, ved indlevering af deres tilbud. I udbudsmaterialet er det udførligt beskrevet, hvordan tilbudslisten skulle udfyldes.

Det er ubestridt, at hovedkontraktens punkt 27 og 28A samt vedligeholdelseskontraktens punkt 16.4 og 35. 4 fører til, at ændringer som udgangspunkt prissættes på grundlag af de priser, der er anført i tilbudslisten.

CAF har i sit endelige tilbud (BAFO) i boksen ”Tenderer’s Comments” i tilbudslisten såvel under faneblad 4.1 – 4.6 som under faneblad 5.2 anført, at ”Detailed prices in breakdown are only for information purposes only and not intended for individual use.”

CAF’s bemærkninger i ”Tenderer’s Comments” skal ubestridt forstås sådan, at ikke alle de i listerne anførte individuelle omkostninger til brug for udarbejdelse af den endelige pris kan anvendes som ændringspriser. CAF gør således gældende at en række af de anførte beløb ikke

kan anses som ”salgspriser”, men alene ”omkostninger”, og dermed ikke er omfattet af hovedkontraktens punkt 27 og 28A samt vedligeholdelseskontraktens punkt 16.4 og 35. 4.

Hverken CAF eller Odense Letbane har i henholdsvis tilbud og udbudsbetingelser skelnet skarpt mellem begreberne ”costs” og ”prices”.

Bla. har CAF anerkendt, at det, der skulle oplyses for ”major overhauls” i skema 6, betegnes ”omkostninger” og at der også skulle oplyses ”timeomkostninger” for ”labor forces” i skema 5.2. CAF har på trods heraf ikke bestridt, at disse beløb skal anses som ”salgspriser”.

Det var således på tidspunktet for tilbuddets afgivelse uklart, hvordan CAF’s bemærkninger i ”Tenderer’s Comments” skulle forstås, mens bemærkningen på det foreløbige grundlag, der foreligger nu, må forstås som et forbehold overfor reguleringsklausulerne i udbudsbetingelserne.

Det følger af fast praksis fra klagenævnet, at det ved vurderingen af, om en tilbudsgiver har taget et forbehold, ikke er afgørende, hvordan et forbehold betegner sig, hvor i tilbuddet forbeholdet er anført eller om tilbudsgiver specifikt har anført, at det ikke er taget forbehold. Dette har alene betydning som fortolkningsmomenter ved uklare forbehold.

Det følger videre af fast praksis fra klagenævnet, at en tilbudsgiver selv bærer risikoen for uklarheder i sit tilbud.

At en ordregiver i visse tilfælde har ret til at søge uklarheder afklaret medfører som udgangspunkt ikke pligt hertil, og CAF har ikke på det foreløbige grundlag, der foreligger, anført forhold, der fører til, at Odense Letbane har haft pligt til at søge uklarheden afklaret.

Der er derfor på det foreliggende, foreløbige grundlag ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.”

På den baggrund, og da formuleringen om, at forbehold ”normally lead to rejection” ikke berettiget kan have givet tilbudsgiverne en forventning om, at Odense Letbane påtog sig en udvidet pligt til at foretage en afklaring af uklarheder i tilbuddene, tages påstand 1 ikke til følge.

#### Ad påstand 1A

Som anført ad påstand 1 har hverken CAF eller Odense Letbane i henholdsvis tilbud og udbudsbetingelser skelnet skarpt mellem begreberne

”costs” og ”prices”. Der er ikke anført forhold, der giver grundlag for at antage, at udbudsbetingelserne af den grund har været uklare.

Påstand 1A tages derfor ikke til følge.

#### Ad påstand 1B

Som anført ad påstand 1 er det i udbudsmaterialet udførligt beskrevet, hvordan tilbudslisten skulle udfyldes og det er ubestridt, at hovedkontraktens punkt 27 og 28A samt vedligeholdelseskontraktens punkt 16.4 og 35.4 fører til, at ændringer som udgangspunkt prissættes på grundlag af de priser, der er anført i tilbudslisten. At udbudsbetingelserne ikke indeholder yderligere specifikation af ”relevant rates, unit prices or other prices specified in the Maintenance Contract or otherwise agreed” fører derfor ikke til, at udbudsbetingelserne har været uklare i et sådan omfang, at de har været uegnede til at danne grundlag for en tildelingsbeslutning.

Påstand 1B tages derfor ikke til følge.

#### Ad påstand 1C, 1C1, 1C2 og 1C3

Udbudsbetingelsernes punkt 4.1.5, 4.2.7 og 5.3.2 indeholder en beskrivelse af situationer, hvor et tilbud risikerer eller må forvente at blive afvist. Beskrivelsen er i overensstemmelse med den praksis, der foreligger fra klagenævnet, EU-domstolen og retten i første instans. Praksis herom tilsigter ikke alene at beskytte en tilbudsgiver mod uretmæssigt at få afvist et tilbud som ukonditionsmæssigt, men tillige at beskytte andre tilbudsgivere mod, at et reelt ukonditionsmæssigt tilbud accepteres og tildeles en kontrakt. En ordregivers adgang til at udvide eller indskrænke muligheden herfor er derfor begrænset.

At udbudsbetingelsernes punkt 4.2.7 anvender formuleringen ”may at its discretion, reject a Tender, which is incomplete and/or non-compliant” giver ikke et frit skøn over, hvornår et tilbud kan tages i betragtning eller skal afvises som ukonditionsmæssigt, men er derimod en beskrivelse af den faste praksis, hvorefter en ordregiver har ret men ikke pligt til at afvise et tilbud med forbehold over for ikke-grundlæggende elementer eller forbehold, der kan prissættes.

I udbudsbetingelsernes punkt 5.3.2 er det udtrykkeligt anført, at hvis det ”in exceptional cases” findes nødvendigt med et forbehold, skal dette prissættes, og at selv i tilfælde af prissætning kan der forekomme situationer, hvor et forbehold alligevel vil føre til afvisning.

Påstand 1C, 1C1, 1C2, 1C3 tages derfor ikke til følge.

#### Ad påstand 2 og 4

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1, 1A, 1B, 1C, 1C1, 1C2 og 1C3 til følge, er der heller ikke grundlag for at tage påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen og eller påstanden om annullation af udbudsforretningen til følge.

Påstand 2 og påstand 4 tages derfor ikke til følge.

#### Ad påstand 5

Da klagenævnet uden for de tilfælde, hvor en kontrakt erklæres for uden virkning, ikke har kompetence til at bringe en kontrakt til ophør, afvises påstand 5.

#### Herefter bestemmes:

Påstand 1, 1A, 1B, 1C, 1C1, 1C2, 1C3, 2 og 4 tages ikke til følge.

Påstand 5 afvises.

CAF skal i sagsomkostninger til Odense Letbane betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Jeanne Schou  
specialkonsulent