

K E N D E L S E

ŠKODA TRANSPORTATION a.s.  
(advokat Majse Jarlov, København)

mod

Odense Letbane P/S  
(advokat Michael Gjedde-Nielsen  
og advokat Peter Fauerholdt 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 ŠKODA TRANSPORTATION a.s. klage til Klagenævnet for Udbud over Odense Letbane P/S. ŠKODA TRANSPORTATION a.s. (herefter Skoda) 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.

Skoda har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Odense Letbane P/S har handlet i strid med 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 ("forsyningsvirksomhedsdirektivet"), herunder principperne om ligebehandling og ikkeforskelsbehandling ved at have erklæret Skoda Transportation a.s' tilbud på delaftale 2 ("Odense Tramway – Lot 2 – Rolling Stock") for ukonditions-mæssigt, uagtet at tilbuddet er udarbejdet i fuld overensstemmelse med Odense Letbane P/S' offentliggjorte udbudsmateriale.

Påstand 2:

Klagenævnet for Udbud skal annullere Odense Letbane P/S' tildelingsbeslutning af 28. april 2017, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 3.

Odense Letbane P/S har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge

Sagens nærmere omstændigheder:

I udbudsbetingelserne fremgår blandt andet:

”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.

...”

Om valg af evalueringsmodel fremgår i udbudsbetingelserne af Appendix A ”Award Criteria” blandt andet:

”1. Award Criteria

...

The Award Criteria as set out by the Evaluation Model aid Odense Letbane P/S in selecting the Most Economically Advantageous Tender (MEAT).

...

1.3.1. Method of Evaluation - Commercial Section

The overall score for the Commercial/Price Section will be the weighted mean of the Sub-Sections' scores with the following weightings:

Price	
Sub-Section	Weighting
Investment Price	65%
Maintenance Option and Performance Price	25%
Scalability Option Price	10%

For each Sub-Section of the Price Section (Investment Price, Maintenance Option and Performance Price, Scalability Option Price), the score will be awarded on a scale from 1 to 5 (0 is not used as it represents a Non-compliant submission).

...

### 1.3.5.1. Evaluation and Possible Correction of the Predetermined Threshold Percentage

The Threshold Percentages for Investment Price, the Threshold Percentages for for the Maintenance Option and Performance Price, and the Threshold Percentages for the Scalability Option Price have all been predetermined by Odense Letbane P/S based on a assessment of the expected variation of the Prices that are to be received.

However, should it become obvious through the evaluation of the Prices that the predetermined Threshold Percentages are not suitable for identifying the Most Economically Advantageous Tender available, Odense Letbane P/S will revise the Preferred Threshold Percentage to represent the variation of the prices effectively received (at the corresponding evaluation).

...”

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.

...”

I udbudsmaterialets dokument “Rolling Stock (RS) Common Basis Operation and Performances” står der blandt andet:

#### ”1.1 Purpose

The purpose of this document is to provide the Contractor with the relevant information on the planned operation and performance of the Odense Tramway Network that subsequently provides the basis for the

design og the rolling stock that will be required to support the operation and performance requirements.

## 1.2 Scope of this document

This document describes the relevant operational principles and the operational performance parameters for the entire Odense Tramway Network, which the Rolling Stock will support in the design of Line 1.

...

### 5.3.2. Tram Fleet Kilometre Usage

The currently estimated km p.a. of the Odense Tramway System is:

- 1,156,000 vehicle-km per year in 2020,

...

## 5.4 System Design basis – Configuration 2

Under configuration 1 the maximum capacity is expected to be reached shortly after the start of operation. Therefore an increase in capacity is necessary to cope with future demand.

...

### 5.4.2 Tram Fleet Kilometre Usage

The currently estimated km p.a. of the Odense Tramway System under configuration 2 is:

- 1,170,000 vehicle-km per year.

## 5.5 Scalability – Configuration 3

A further increase in passengers is expected between 5 - 10 years after the start of operation. This again calls for an increase in capacity.

...

### 5.5.2 Tram Fleet Kilometre Usage

The currently estimated km p.a of the Odense Tramway System is:

- 1,495,000 vehicle-km p.a.”

Tilbudsgiverne skulle angive deres tilbudte priser i en tilbudsliste benævnt “List of Prices – Price Template”. Faneblad 5.2 i tilbudslisten omhandler en option på vedligeholdelse af togene. Den er opbygget på den måde, at tilbudsgiverne detaljeret skulle beskrive de foranstaltninger, der skulle iværksættes i forbindelse med den generelle vedligeholdelse. For hver aktivitet skulle angives det forventede tidsforbrug og timerater for de relevante medarbejderkategorier, ligesom materialeforbrug skulle oplyses og prissættes. Yderligere skulle angives, med hvilke kilometerintervaller de pågældende

aktiviteter forventedes udført. Derudover fremgår blandt andet af tilbudslisten:

”5.1: Performance

The Tender is to provide energy consumption for a single tram for the prescribed scenarios below.

...

The sum of these costs then represents the total cost of the energy consumption for a total of 82,500 km per vehicle per annum, based on the 2020 fleet estimate stated in OT-CW-ROS-CB-00004, “Operation and Performances”.

...

5.2. Maintenance

...

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

The Tender shall provide the list of maintenance activities, that are expected to occur within the lifetime of the asset, based on the ”Operation and Performances” document OT-CW-ROS-CB-00004.

...

Major Overhauls

...

Period, UOM	Annual quantity
Year	1
Km	82,571

\* This is based on an anticipated 1.156,000 vehicle-km p.a. [...].

...

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:

”5.2 General Principles

...

The vast majority of the Tenderer's costs are expected to fit within the pricing structure prescribed by Odense Letbane P/S. In the event that some of the Tenderer's cost components cannot be placed within the various sub-elements, most tabs will have an 'Other' section for the Tenderer to include any remaining costs.

It is expected that the 'Other' category will not be valued at more than 5% of the total cost of the element in question. If it is more than 5%, then the Tenderer must add sufficient qualitative information, by way of explanation and justification.

Extra space for the Tenderer to provide this justification or any other qualitative explanation for their prices is provided as a "Tenderers comments" box at the bottom of each page. The Tenderer should not use this space to describe pricing reservations.

...

#### 5.3.12 Tab 5.1 Performance

...

The Tenderer is to input the energy consumption for the two scenarios described [...]. The amount of energy regenerated by the trams should also be provided in order to determine the net energy consumed. This net energy consumption is then translated into an annualised total cost (a) assuming an energy price of 1DKK/kWh and a mileage of 41,250km per vehicle per annum per scenario. The sum of these costs then represents the total cost of the energy consumption for a total of 82,500km per vehicle per annum based on the 2020 fleet estimate stated in OT-CW-ROS-CB-00004, "Operation and Performances".

...”

Som en del af tilbuddet skulle tilbudsgiverne levere en vedligeholdelsesplan kaldet "Maintenance Plan". Planen skulle beskrive de aktiviteter, som var nødvendige for at udføre såkaldt "Preventive Maintenance". Disse aktiviteter skulle tilbudsgiverne tilbyde for et månedligt vederlag, som skulle anføres i tilbudslisten. Udbudsmaterialet indeholder en instruktion hertil kaldet "Performance Based Maintenance". Heraf fremgår blandt andet:

"This document describes the principles for the optional performance based maintenance solution for the RS. In short, the maintenance solution covers a defined scope of work that must be delivered by the Maintenance Contractor for a monthly performance based pay."

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

“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 work-men, payments and similar direct costs and expenses made to Subsuppliers.
- d) All other costs – including salaries of other employees, including office workers, increased site costs, administrative costs and profits, etc. – are not direct costs and shall be covered by the mark-up.
- e) The Client may require the Contractor to quote a fixed price based on the rules set out above before the change is performed.

...

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.”

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

”10. Scope of Service



10.1 The Maintenance Contractor shall, against payment of the monthly fee pursuant to Clause 37, perform all maintenance services set out in the Performance Based Maintenance Plan ...

...

10.3 The Maintenance Contractor shall, at the Client's written request and against payment of a fee pursuant to Clause 16, perform the following additional services:

- (i) Major Overhauls of the Assets;
- (ii) repairs of damage to the Assets caused by vandalism; and
- (iii) other repairs of damage to or defects in the Assets, which are not encompassed by the services to be provided by the Maintenance Contractor according to Clause 10.1 and 10.2.

...

## 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 agreed. 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 [...]. Any decrease in the scope of services for the purpose of contracting the performance of the excluded services to a third party or the Client performing such services itself, however, requires the Maintenance Contractor's approval, unless the Maintenance Contractor has materially breached the Maintenance Contract in respect of such services.

35.2 The Maintenance Contractor may at its own initiative recommend or suggest changes for the Client's approval, see also Clause 30.

...

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.

...

### 37. Monthly Fee

37.1 The Maintenance Contractor's is entitled to a monthly fee as specified in Appendix RSM 37.1. The quoted amounts are exclusive of VAT.

37.2 The monthly fee pursuant to Clause 37.1 covers all services pursuant to Clause 10.1, whereas services pursuant to Clause 10.3 and other additional services covered by Clause 16 are priced as set out in Clause 16. Unless otherwise expressly agreed in writing, the Maintenance Contractor's performance of any and all other services and obligations under this Maintenance Contract are covered by the monthly fee.

37.3 The monthly fee is subject to adjustment (reduction or increase) according to the performance-based payment model set out in Clause 39 below.

...”

I Skodas opdaterede indledende tilbud (Updated First Offer) er anført følgende i tilbudslisten i boksen ”Tenderer’s comments”:

”The determined monthly payment applies in the event of 82 571 km run +/- 3 %. If the number of kilometers established by the customer is exceeded, a new price agreement will be set up.”

Forud for gennemførelsen af forhandlingsmødet om de indledende opdaterede tilbud fremsendte Odense Letbane P/S individuel feedback til tilbudsgiverne på de kommercielle parametre og på de ikke-kommercielle parametre. Vedrørende Skodas tilbud havde Odense Letbane P/S en række bemærkninger til udfyldelsen af tilbudslisten. Odense Letbane P/S havde ingen bemærkninger til konditions-mæssigheden af Skodas indledende opdaterede tilbud. Odense Letbane P/S havde følgende spørgsmål til de kommercielle parametre og til Skodas beregning af det månedlige vedligeholdelsesvederlag:

”Please provide an explanation on your calculation of the monthly maintenance fee and a detailed cost breakdown on mobilization and demobilization cost.”

I Skodas svar på spørgsmålet fremgår følgende:

”Calculation of monthly maintenance fee includes recurring costs connected with maintenance works required by customer. Part LABOUR covers all labour costs – costs for white and blue collars: calculation for blue collar workers is based on average hourly fee 276 DKK/hour, costs for white collars are determined by personnel structure and its average local cost level. Part FIX consists mainly of calculations such as documentation and training costs, obsolescence management costs, tools costs, IT services costs, transport costs, insurance costs and risks. Part SPARES covers consumption of all spare parts needed for maintenance works provided by Škoda Transportation during whole project time.”

Ved udløb af fristen den 17. marts 2017 for tilbudsgivernes afgivelse af deres endelige tilbud (Best And Final Offer) 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.

Skodas endelige tilbud indeholdt i tilbuds-brevet en bekræftelse på, at Skodas tilbud var i fuld overensstemmelse med Odense Letbanes tilbudsmateriale. Desuden indeholdt tilbuddet en underskrevet "Statement of compliance".

Skoda havde vedlagt sit tilbud en revideret tilbudsliste i forhold til det opdaterede indledende tilbud. Ordlyden i kommentaren i boksen "Tenderer's comments" under pkt. 5.2 Maintenance var ændret. Der fremgår følgende:

"The determined monthly payment applies in the event of 82 500 km run +/- 3 %. If the number of kilometers established by the customer is exceeded, a new price agreement will be set up."

Skodas endelige tilbud indeholdt ikke en forbeholdsliste ("Reservation Register").

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

"In your List of Prices - Price Template, Tab 5.2 Maintenance, you have in the box entitled "Tenderers' comments" stated the following:

"The determined monthly payment applies in the event of 82.500 km run +/- 3 %. If the number of kilometres established by the customer is exceeded, a new price agreement will be set up." (i det følgende "kommentaren")

Odense Letbane P/S has carefully considered the statement and compared it against the extensive and strict practice regarding reservations of the Danish Complaints Board for Public Procurement. We regret to inform you that the statement does in our assessment constitute a reservation regarding fundamental elements of the Tender Documents and furthermore a reservation that cannot be prices 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."

I forlængelse af Odense Letbanes underretning om evalueringen af Skodas tilbud indkaldte Odense Letbane Skoda til et afsluttende feedback-møde

den 5. maj 2017. På mødet blev indholdet af underretningen gennemgået, og Odense Letbane gav en introduktion til indholdet af den samlede evalueringsrapport for delaftale 2, som blev offentliggjort for alle tilbudsgiverne i forlængelse af mødet.

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

#### Parternes anbringender:

##### Ad påstand 1

Skoda har gjort gældende, at Odense Letbane har overtrådt de grundlæggende principper om ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17/EF ved at erklære Skodas tilbud på delaftale 2 for ukonditionsmæssigt, uagtet at det endelige tilbud fuldt ud lever op til Odense Letbanes krav som angivet i udbudsmaterialet.

Odense Letbane afviste Skodas endelige tilbud med begrundelse om, at der var taget et forbehold over for et grundlæggende element, der ikke kunne kapitaliseres. Det er ikke korrekt. Skoda medsendte for det første ikke ”Reservation Register”, som skulle udfyldes, hvis der var forbehold for udbudsmaterialet. Derudover udfyldte Skoda ”Statement of Compliance”, som var en erklæring om, at tilbuddet var udarbejdet i fuld overensstemmelse med alle kravene i udbudsmaterialet. Odense Letbanes manglende inddragelse af Skodas underskrevne erklæring ”Statement of Compliance” er i strid med principperne om gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling. Odense Letbane var forpligtet til at lægge erklæringens indhold til grund med den konsekvens, at Skodas tilbud var i fuld overensstemmelse med Odense Letbanes krav og derved konditionsmæssigt.

Skodas angivelse i ”kommentaren” af antal kilometer pr. togsæt pr. år, og ikke det totale kilometerbehov for samtlige 14 togsæt, er desuden i overensstemmelse med udbudsmaterialet, hvor denne formulering fremgik flere steder, jf. bl.a. tilbudslistens punkt 5.1. og 5.2. under ”Major Overhauleds”.

”Kommentaren” var indsat i en boks i tilbudslisten, som ifølge Odense Letbane kunne benyttes af tilbudsgiverne til at angive bemærkninger, som ikke

naturligt hørte hjemme andet sted i tilbuddet. Skodas ”Kommentaren” skulle alene forstås som en supplerende bemærkning, som ikke var et forbehold.

Det er kendetegnet ved et tilbudsforbehold, at tilbuddet indeholder et vilkår, som afviger fra de vilkår, der er fastsat i tilbudsmaterialet. Dette er ikke tilfældet for Skodas endelige tilbud, der er baseret på det totale årlige estimerede kørselsbehov på 1.156.000 km.

Skodas tilbud indeholder den forudsætning, at parterne i tilfælde af et større kørselsbehov skal blive enige om en regulering af det månedlige vederlag. Skodas angivelse af, at en overskridelse af det forudsatte antal kilometer indebærer, at ”[...] a new price agreement will be set up” er alene udtryk for en konstatering af denne forudsætning om, at vedligeholdelsesvederlaget skal justeres, såfremt forudsætning for prissætning af vedligeholdelsesydelser ændres. Der er intet i tilbuddet, som kan tages til indtægt for, at den nødvendige regulering af det månedlige vedligeholdelsesvederlag skal ske uden for vedligeholdelseskontraktens rammer og ved indgåelse af en helt ny vedligeholdelseskontrakt. Angivelsen er ligeledes en uundgåelig konsekvens af Odense Letbanes tilbudsvilkår.

Skoda har subsidiært gjort gældende, at vedligeholdelseskontrakten ikke indeholder en reguleringsmekanisme, som gør det muligt at beregne det forøgede månedlige vederlag i tilfælde af, at det faktiske antal samlede kørte kilometer pr. år overstiger de forudsatte 1.156.000 km uden en dialog og dermed en form for supplerende aftaleindgåelse (price agreement) mellem parterne.

Tilbudsgivernes prissætning af den månedlige vedligeholdelsesydelse er sket med afsæt i en forventet levetid på 30 år, således at det beregnede månedlige vederlag svarer til 1/360 af de samlede vedligeholdelsesomkostninger. Disse indebærer, at alle de vedligeholdelsesaktiviteter, som forventeligt indtræder inden for en samlet kilometertal på 11.560.000 km (1.156.000 x 10 år) for samtlige 14 togsæt, er inkluderet i den beregnede månedlige vedligeholdelsesydelse. Den full service vedligeholdelsesydelse, som Skoda har tilbudt Odense Letbane, er således baseret på og beregnet ud fra de forudsatte 1.156.000 km. Det er ud for hver vedligeholdelsesaktivitet oplyst, med hvilke kilometerintervaller de pågældende aktiviteter skal udføres. Såfremt det forudsatte kørselsbehov stiger, har det den konsekvens, at Skoda skal udføre de tilbudte vedligeholdelsesaktiviteter hyppigere og dermed

med kortere interval end forudsat i tilbuddet. De udgifter, der er forbundet med at udføre de vedligeholdelsesaktiviteter (nu blot med et kortere interval), er som udgangspunkt allerede inkluderet i det beregnede vedligeholdelsesvederlag. Årsagen hertil er, at den månedlige vedligeholdelsesydelse er beregnet ved inddragelse af samtlige vedligeholdelsesaktiviteter i togsættens forventede levetid på 30 år. De vedligeholdelsesaktiviteter, som skal gennemføres tidligere end forventet, er derfor indgået i beregning af det månedlige vederlag, hvorfor selve vedligeholdelsesaktiviteten som udgangspunkt er dækket af det månedlige vederlag.

Odense Letbanes synspunkt om, at prissætning af et øget kørselsbehov skal ske som en ekstraydelse (additional services) ved brug af gældende enhedspriser eller en cost plus-model, vil derfor indebære, at Odense Letbane reelt kommer til at betale for den samme vedligeholdelsesaktivitet 2 gange. Det forhold, at der køres flere kilometer hurtigere, hvorved vedligeholdelsesaktiviteter skal udføres tidligere end forudsat, indebærer, at der påføres Skoda en række ekstraomkostninger til bl.a. administration, opbevaring af materiel, planlægning af vedligeholdelsesaktiviteter, øget personel og yderligere træning af medarbejdere. Disse ekstraomkostninger er ikke indeholdt i det beregnede månedlige vederlag, som jo netop tager afsæt i det forudsatte antal kørte kilometer på 1.156.000 kr. Disse ekstraomkostninger skal derfor honoreres ud over det beregnede månedlige vedligeholdelsesvederlag.

Tilbudslistens punkt 5.2 indeholder ikke anvendelige enhedspriser hertil, idet de tilbudte enhedspriser ikke dækker omkostninger til administration, opbevaring af materiel, planlægning af vedligeholdelsesaktiviteter samt træning af medarbejdere. Den krævede regulering af det månedlige vedligeholdelsesvederlag ved et øget kørselsbehov vil derfor aldrig kunne gennemføres mekanisk og uden nogen form for drøftelse mellem parterne. En opgørelse af disse ekstraomkostninger nødvendiggør derfor en dialog og dermed en form for forhandling mellem parterne. Resultatet af sådanne drøftelser vil herefter være afspejlet i en ”new price agreement”, jf. Skodas kommentar i tilbudslistens punkt. 5.2.

Kørsel af flere kilometer vil således ikke som forudsat i vedligeholdelseskontraktens pkt. 16.4 udløse et tillæg til det månedlige vederlag, men derimod et behov for en genberegning af det månedlige vederlag; en genberegning, som alene kan ske ved parternes gennemførelse af en dialog/prisfor-

handling og deraf følgende indgåelse af en ny prisaftale forstået som en aftale om et nyt justeret månedligt vedligeholdelsesvederlag.

Prissætning af ekstraomkostninger ved kørsel af flere kilometer end forudsat kan derfor ikke ske ved benyttelse af gældende enhedspriser eller en cost plus-model, jf. vedligeholdelseskontrakten pkt. 16.4. Regulering må derfor nødvendigvis ske som "otherwise agreed" som forudsat i vedligeholdelseskontrakten, hvorfor Skodas tilbud og forudsætningen om en "new price agreement" er i fuld overensstemmelse med forudsætningen i vedligeholdelseskontrakten om, at en prisregulering kan være "otherwise agreed".

Ifølge fast klagenævnspraksis bærer ordregiver risikoen for uklarhed i sit udbudsmateriale, hvorfor ordregiver også er afskåret fra at afvise et tilbud som ukonditionsmæssigt, når angivelser i tilbud er forårsaget af et uklart udbudsmateriale. Dette er netop tilfældet i den aktuelle sag. Der henvises bl.a. til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. december 2014, Human Care mod Brøndby Kommune.

Odense Letbane har henvist til lange passager fra leverancekontrakten, herunder en bestemmelse i punkt 27.3 vedrørende prissætning af ekstrakrav vedrørende selve togleverancen. Leverancekontraktens regulering af ekstrakrav har imidlertid ikke nogen relevans i forhold til håndtering af ekstrakrav under vedligeholdelseskontrakten allerede fordi, der er tale om 2 særskilte kontrakter. Endvidere skal det bemærkes, at ordlyden af reguleringsmekanismen i henholdsvis punkt 27.3 i leverancekontrakten og punkt 16.4 i vedligeholdelseskontrakten ikke er ens.

En regulering af det månedlige vedligeholdelsesvederlag kunne ikke karakteriseres som en "Additional Service", idet denne form for ydelse faldt ud over de typer af tillægsydelser, som var udtrykkeligt defineret i vedligeholdelseskontraktens pkt. 10.3. Derudover var opsamlingsbestemmelsen i vedligeholdelseskontraktens pkt. 16.5 om regulering af "any other claim for payment" i overensstemmelse med vedligeholdelseskontraktens pkt. 16.4 uanvendelig, idet vedligeholdelseskontraktens pkt. 16.5 eksplicit ikke fandt anvendelse på krav om regulering af det månedlige vedligeholdelsesvederlag efter vedligeholdelseskontraktens pkt. 37 ("save claims for monthly fees pursuant to Clause 37").



Såfremt klagenævnet måtte lægge til grund, at vedligeholdelseskontraktens pkt. 16.4 er anvendelig for krav om regulering af det månedlige vedligeholdelsesvederlag, har Skoda gjort gældende, at det er uklart, hvilken regulering der ville skulle foretages i medfør af kontraktbestemmelsen.

Vedligeholdelseskontraktens pkt. 16.4 foreskrev den hovedregel, at "Additional Services" skulle vederlægges på baggrund af enhedspriser eller andre priser fastlagt i vedligeholdelseskontrakten eller "otherwise agreed". Det var uklart, hvornår enhedspriser i vedligeholdelseskontrakten gjaldt fremfor eller ved siden af en prisregulering aftalt ved siden af vedligeholdelseskontrakten. Det var endvidere umuligt begrebsmæssigt at udlede, hvilke priser der ansås for omfattet af henholdsvis vedligeholdelseskontrakten og en anden aftale, da såvel vedligeholdelseskontrakten som en eventuelt anden aftalt prisregulering tilsammen måtte fastlægge vilkår for den vedligeholdelsesydelse, der skulle leveres.

Skoda har videre gjort gældende, at Odense Letbane har afskåret sig fra efterfølgende at erklære Skodas endelige tilbud for ukonditionsmæssigt, idet Odense Letbane ikke allerede ved Skodas opdaterede indledende tilbud erklærede tilbuddet for ukonditionsmæssigt. "Kommentaren" var indeholdt i Skodas opdaterede indledende tilbud, hvor Odense Letbane ikke påtalte denne. Odense Letbane var således bundet af denne vurdering. Den divergerende vurdering af Skodas tilbud under tilbudsforhandlingerne sammenholdt med det endelige tilbud har den konsekvens, at Odense Letbanes vurdering er vilkårlig og uigennemsigtig for Skoda, hvorfor vurderingen af "kommentaren" af denne grund indebærer en krænkelse af gennemsigtighedsprincippet.

Skoda har endelig gjort gældende, at Odense Letbane burde have rettet en henvendelse til Skoda for en afklaring af rækkevidden af "kommentaren". Det forhold, at Odense Letbane undlod at søge sin egen tvivl afklaret forud for en så alvorlig beslutning som erklæring af et tilbud for ukonditionsmæssigt, bør tillægges betydning under klagenævnets vurdering af den nedlagte påstand.

Odense Letbane har gjort gældende, at Skodas tilbud indeholdt forbehold for grundlæggende elementer, som ikke kunne prissættes, og som gjorde, at Odense Letbane var berettiget og forpligtet til at forkaste tilbuddet 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. Der er ligeledes lagt vægt på, at det ikke er afgørende for vurderingen af, om en angivelse er et forbehold, hvor i tilbuddet en eventuel angivelse står, 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.

Odense Letbane har gjort gældende, at banen ikke var forpligtet til at identificere og gøre Skoda opmærksom på eventuelle forbehold under forhandlingsmøderne. Det fremgik ikke af udbudsbetingelserne og følger heller ikke af de udbudsretlige regler, at Odense Letbane havde pligt til at finde og påpege forbehold over for tilbudsgiverne i forbindelse med forhandlingsmøderne inden indlevering af tilbudsgivernes endelige tilbud. Det var i udbudsbetingelsernes pkt. 4.2.7 angivet, at Odense Letbane skulle påse, at tilbuddene levede op til de generelle krav i udbudsbetingelserne, herunder især at alle dokumenter var indleveret. Udbuddets størrelse gjorde det ikke muligt at foretage en tilbundsående undersøgelse af alle tilbud, før det endelige tilbud blev indleveret.

”Kommentaren” indeholdt to forbehold. For det første et forbehold over for bestemmelsen om det gennemsnitlige kilometertal på 1.156.000 km pr. år for alle togsæt. Skoda fastsatte sin månedlige pris med udgangspunkt i det kørte antal kilometer pr. tog pr. år. Dette kan læses enten sådan, at Skoda ikke anså sig for bundet af de månedlige vederlag, hvis blot et tog kørte mere end 82.500 km med tillæg af 3 % pr. år, uagtet at det samlede kilometertal på 1.156.000 km pr. år for alle tog ikke blev overskredet, eller som det mindre i det mere sådan, at Skoda anså sig berettiget til ekstrabetaling, hvis et enkelt tog kørte mere end 82.500 km.

Odense Letbane er ikke herre over, hvor langt det enkelte tog vil køre på et år, idet dette afhænger af, hvordan driftsoperatøren disponerer. Odense Letbanes egen opdeling af årlige kørte kilometer pr. tog i afsnit 5.1 ”Performance” kan desuden ikke uden videre henføres til afsnit 5.2 ”Maintenance”,

idet opdeling i pkt. 5.1 var nødvendig af hensyn til vurderingen af energiforbruget.

Spørgsmålet om prissætning af ændringer og ekstraydelser i forbindelse med vedligeholdelseskontrakten fremgik af tilbudslistens pkt. 5.2, hvoraf fremgik, at hvis et forøget antal kørte kilometer indebar en forøget vedligeholdelse, skulle de følgende lønomkostninger afregnes efter tilbudslistens priser for de enkelte kategorier af medarbejdere. Udover de specifikke reguleringsmekanismer i tilbudslisten indeholdt vedligeholdelseskontrakten i pkt. 16.4 en generel anvendelig reguleringsmekanisme. Formålet med den generelle bestemmelse var, at den skulle gælde alle betalinger udover betalinger for den kontraktlige ydelse. Dette blev understreget i pkt. 37.2.

### Ad påstand 2

Skoda har gjort gældende, at Odense Letbane har gjort sig skyldig i en særdeles grov overtrædelse af Forsyningsvirksomhedsdirektivet, herunder det udbudsretlige princip om ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed i artikel 10.

Udbuddet af delaftale 2 ville, såfremt Skodas tilbud ikke uberettiget var blevet afvist, have resulteret i en kontrakttildeling til Skoda. Det fremgår således af afslagsbrevet og Odense Letbanes evalueringsrapport, at Skoda har afgivet tilbuddet med den laveste pris i forhold til såvel kriteriet "Investment Price" som kriteriet "Maintenance Option Price Total", der tilsammen vægter 90 % inden for underkriteriet "Price". En fuldstændig gennemgang [der ikke gengives her] ville således have ført til, at Skoda havde opnået 4,40 samlede vægtede point, mens den vindende tilbudsgiver alene opnåede 4,34 samlede vægtede point. Skodas endelige tilbud ville således have opnået den klart bedste evaluering (fleste point), såfremt Odense Letbane havde foretaget en endelig evaluering. Der er således ført bevis for, at Skoda ville have opnået en tildeling af kontrakten på delaftale 2, såfremt Odense Letbane havde foretaget en korrekt tilbudsevaluering.

De overtrædelser, som Odense Letbane har gjort sig skyldig i, har således haft en direkte betydning for Skodas mulighed for at få tildelt den udbudte kontrakt.

Skoda har således gjort gældende, at de angivne overtrædelser, som anført i påstand 1, i Odense Letbanes evaluering af de indkomne tilbud skal bevirke, at der sker annullation af banens tildelingsbeslutning.

Odense Letbane har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1, gjort gældende, at der ikke skal ske annullation af tildelingsbeslutningen.

Odense Letbane har videre anført, at Odense Letbane som følge af forbeholdene i Skodas tilbud ikke har foretaget en egentlig evaluering af tilbuddet i relation til underkriteriet ”Pris”. Det bestrides dog ikke, at Skodas tilbud samlet set ville have opnået flere point end det vindende tilbud fra Stadler Pankow GmbH, hvis det lægges til grund, at tilbuddet ikke indeholder forbehold, og der ikke skal ske justeringen af de tilbudte priser. Hertil bemærkes dog, at såfremt ingen af de modtagne tilbud havde indeholdt forbehold, og der ikke skulle ske justering af tilbudssummerne, ville tilbuddet fra Construcciones y Auxiliars de Ferrocarriles, S.A. (herefter kaldet ”CAF”) være det økonomiske mest fordelagtige på delaftale 2. CAF har også indgivet klage til klagenævnet over Odense Letbane.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Klagenævnet har i delkendelse af 7. juni 2017 udtalt:

“Skoda har i ”Tenderer’s Comments” under faneblad 5.2 i tilbudslisten anført, at ”The determined monthly payment applies in the event of 82.500 km run +/- 3 %. If the number of kilometres established by the customer is exceeded, a new price agreement will be set up”.

“The determined monthly payment” angår optionen på almindelig vedligeholdelse i en 10 årig periode med mulighed for forlængelse i yderligere 5 år, og dermed en væsentlig del af den udbudte ydelse. Prisen herfor indgår i underkriteriet ”Maintenance Option and Performance Price”, der vægtes med 25 %.

Det fremgår flere steder i udbudsmaterialet, at ydelsen, der ønskes tilbud på, tager udgangspunkt i en beskrivelse af systemet ud fra den estimerede køretid i alt pr. år for alle 14 togsæt, og at beskrivelsen af den forventede udvikling i omfanget af køretimer tillige sker ud fra forventet køretid pr. år samlet for alle 14 togsæt. Angivelsen af forventede

kørte km på 82.500 km ses på det foreløbigt foreliggende grundlag, og som parterne foreløbigt har forelagt sagen, alene at fremgå i relation til priselementet ”performance” under fane 5.1 i prislisten, mens det ikke fremgår under fane 5.2 om ”maintenance”, udover i relation til ”Major Overhauls”.

Det har uomtvisteligt en betydning, om eventuelt pristillæg kan kræves allerede når et enkelt togsæt har kørt mere end 82.500 km på et år eller først, hvis alle 14 togsæt har kørt mere end tilsammen 1.156.000 km pr. år.

Det har uomtvisteligt tillige betydning, om et eventuelt pristillæg skal beregnes på grundlag af bestemmelser i den allerede indgåede kontrakt eller på grundlag af en genforhandling.

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 der ikke er taget forbehold. Dette har alene betydning som fortolkningsmomenter ved uklare forbehold.

På det foreløbige grundlag, der foreligger, er det klagenævnets vurdering, at Skoda med den anførte formulering har taget et klart forbehold overfor et grundlæggende element i udbuddet og desuden taget et forbehold, der, hvis klagenævnet ved den endelige vurdering måtte nå frem til, at det ikke vedrører et grundlæggende element, er et forbehold, der ikke kan prissættes på objektivt grundlag.

Såvel hovedkontrakten, der er en del af udbudsmaterialet, som vedligeholdelseskontraktens pkt. 16.4 indeholder reguleringsklausuler. Skoda har ikke, på det grundlag, der foreligger, sandsynliggjort, at disse reguleringsklausuler hverken skal eller kan anvendes på eventuelle prisændringer som følge af ændringer af det årlige kilometerbehov.

Der er endelig ikke under henvisning til forhandlingsforløbet, grundlag for at anse Odense Letbane for at have fortabt retten til at påberåbe sig ukonditionsmæssigheder i et tilbud”

På den baggrund, og da det, Skoda efterfølgende har anført, ikke kan føre til et andet resultat, tages påstand 1 ikke til følge.

### Ad påstand 2

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1 til følge, er der heller ikke grundlag for at tage påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Skoda skal i sagsomkostninger til Odense Letbane betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Jeanne Schou  
specialkonsulent