

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

K E N D E L S E

Stadler Deutschland GmbH
(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

mod

MJ Batteritog A/S
(advokat Laura Stadum og advokat Martin Holmgaard Thomsen, begge Aalborg)

Intervenient:

Siemens Mobility A/S
(advokat Jesper Strøh og advokat Anders Birkelund Nielsen, begge København)

Klagenævnet har den 27. juli 2022 modtaget en klage fra Stadler Deutschland GmbH ("Stadler").

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

MJ Batteritog A/S ("MJ Batteritog") har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har den 28. juli 2022 meddelt den vindende tilbudsgiver, Siemens Mobility A/S ("Siemens"), at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Siemens har den 4. august 2022 anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen.

Ved brev af 5. august 2022 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at Siemens intervenerer i sagen til støtte for MJ Batteritog.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 8, svarskrift med bilag A – I, replik med bilag 9 og duplik samt procesindlæg fra Siemens.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

"Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at MJ Batteritog har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt artikel 89, stk. 5, ved uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse væsentligt at ændre den udbudte kontrakt "Supply of Seven BEMU Train Sets, Including a Service Contract" ved at tilkøbe en funktionalitet, der giver mulighed for at depotlade batteritogene via et 1000V-stik, samt udskyde tidsplanen for levering af batteritogene med op til seks måneder.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere MJ Batteritogs beslutning om uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse at tilkøbe en funktionalitet, der giver mulighed for at depotlade batteritogene via et 1000V-stik, samt udskyde tidsplanen for levering af batteritogene med op til seks måneder.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at MJ Batteritog har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt artikel 89, stk. 5, ved uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse at fratage mindstekravet "The train set must be charged during operation using a pantograph with a charging voltage of 25 kV 50 Hz".

Påstand 4

Klagenævnet skal erklære aftalen mellem MJ Batteritog og Siemens Mobility A/S om ”Supply of Seven BEMU Train Sets, Including a Service Contract” for uden virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1.”

MJ Batteritog har nedlagt påstand om, at påstand 1-2 ikke tages til følge, og at påstand 3-4 afvises, subsidiært ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 072-184585 af 9. april 2021, offentliggjort den 14. april 2021, udbød MJ Batteritog som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en kontrakt benævnt ”Supply of Seven BEMU Train Sets, Including a Service Contract”. Ifølge udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.4) omfattede den udbudte kontrakt følgende:

”With this call for tenders, the contracting entity asks for tenders for supply of seven BEMU train sets and a subsequent service contract for the Vemb-Thyborøn line owned by MJ Batteritog A/S and the Holstebro-Skjern line owned by Banedanmark. This call for tenders comprises a negative option for four fewer BEMU train sets. The requirements to be met by the tenderer’s products and services in general are specified in the tender documents.”

Af udbudsbetingelserne fremgår, at tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud med underkriterierne ”Finance” (60 %), ”Quality” (20 %) og ”Service, maintenance and training” (20 %).

Af udbudsmaterialet, jf. Appendix A.1 – Description of Midtjyske Jernbaner, fremgår bl.a.:

”Midtjyske Jernbaner is a railway operator and infrastructure manager operating in Western Jutland, Denmark. As railway operator (operator) we run two lines,

- Vemb – Lemvig – Thyborøn
- Skjern – Holstebro

...

We are a small railway operator counting about 48 employees of which 22 are train drivers. The train fleet counts four Siemens Desiro Classic, operating the Skjern – Holstebro line, and four Y-trains (Lynette) from Wagonfabrik Uerdingen in Germany, operating the Vemb – Thyborøn line. In addition to our passenger cars, Midtjyske Jernbaner also have equipment for infrastructure maintenance and two locomotives for freight transport.

Midtjyske Jernbaner's vision is to be the greenest railway in Denmark and for this purpose our vision also includes taking over more road freight in parallel with our investment in battery trains. For this reason, we are actively investigating the opportunities to improve the infrastructure to nearby harbours and major industries. Similarly, we are also investigating and keeping up to date with the market for green traction units.

The Skjern – Holstebro line

This line stretches about 71 km in length and has a maximum speed of 100 km/h. There are seven stations between Skjern and Holstebro. Some of these stations are demand stop points. Today, this line is serviced by three train sets for a 24-hour operating period and is operated between 05:00 and 01:05 on weekdays. The running time between Skjern and Holstebro is about 60 minutes. The trains are with random ticket control performed by a different personnel category from the train driver.

The Vemb – Lemvig – Thyborøn line

This line stretches about 60 km in length and has a maximum speed of 75 km/h. There are 19 stations between Vemb and Thyborøn. Most of these stations are demand stop points. Today, this line is serviced by two train sets for a 24-hour operation period and is operated between 06.20 and 22:40 on weekdays.

The line operates with a split in Lemvig and with only few non-stop trains running between Vemb and Thyborøn. This means that each train set operates the Thyborøn – Lemvig section and the Vemb – Lemvig section, respectively. The running time between Vemb and Thyborøn is about 60 minutes. The trains are with random ticket control performed by a different personnel category from the train driver.”

Af kravspecifikationen, jf. Appendix A, fremgår følgende om de forskellige kategorier af krav:

”Categories of requirements

This requirement specification presents three types of requirements.

Requirements marked **MR** are MJ's minimum requirements for the supply.

Requirements marked **R** are requirements which will not be given the status of **MR** by MJ and where MJ already in advance assumes that further clarification will be required during the upcoming negotiations.

Requirements marked **R** can be converted to **MR** in the tendering process. If so, this will take place at the latest when the Tenderers are asked to submit their final tenders (BAFO) and as a result of MJ's reassessment of the status of the requirements in view of the negotiation meetings which have been held.

Requirements marked **CR** are the competitive requirements for this call for tenders and where MJ will include the Tenderer's responses in its evaluation of the qualitative sub-criteria and part-criteria.

...

For each of the **CR** marked requirements, MJ indicates what will be given a positive rating in the submitted tenders. MJ's list of items qualifying for a positive rating is not exhaustive, which means that MJ can rate the Tenderers' tenders positively (and negatively) when this is within the standard linguistic understanding of **CR** marked requirements."

Af kravspecifikationen fremgår endvidere følgende:

"Scope and time

MR: The supply is for seven (7) battery operated train sets (BEMU), with a negative option for a reduction of the supply to a total of three (3) train sets.

CR: This competitive requirement concerns the sub-criterion Quality.

With their tender, the Tenderer submits a draft overall time schedule covering the production and delivery of the offered train sets. This time schedule must include milestones for the Inspection, Availability Date and Take Over Date.

...

Take Over Date for the seven, alternatively three, battery operated train sets (BEMU) should be as soon as possible and preferably with Take Over by 31 July 2024.

...

To which extent the Tenderer can meet MJ's request for the Take Over Date will be given a positive weight and also that the time schedule generally reflects a delivery process with procedures and milestones which will satisfy MJ's interest in delivery on time.

...

Visions

R: MJ wants to acquire a proven, standardised BEMU train and that the train sets delivered are versatile and state-of-the-art and capable of offering our customers a comfortable ride in keeping with the times. ...

...

R: The Tenderer's tender will include a specification and a description of the offered train sets comprising as a minimum the following:

...

Technical requirements for charging stations and contact wires or conductor rail, when charging using a pantograph at standstill together with requirements for insulation monitoring.

...

Technological solutions

...

R: The train sets must be adapted according to the specific characteristics of the relevant lines and timetables, also in terms of battery capacity and the lifetime of the battery pack.

This means, among others, that the battery capacity not only must be sufficient to support MJ's need for reliable operation but also that battery capacity must ensure that the train set battery pack does not suffer unnecessary wear due to powerful/heavy/hard charging, or to deep charging cycles for example. This applies whether the train sets operate the Vemb-Thyborøn line or the Skjern-Holstebro line since each of the train sets must be able to operate on both of these lines.

These lines are characterised by small curve radii and frequent stops. The timetables include time for charging. For additional details, see information about lines and timetables in this requirement specification with appendices.

R: The Tenderer will include the following in the tender as documentation for compliance with the above requirements:

A calculation and/or information about the energy consumption and battery status of a train set before and after each charging operation and at the end of a 24-hour period of operation. ...

The calculations and/or information about the battery status of a train should be attached for both of the lines, Vemb-Thyborøn and Skjern-Holstebro, based on the following specifications:

- the battery capacity (State-Of-Charge) must be near 100 % at the start of a 24-hour period of operation;
- ...
- the train set will be operating according to the timetables attached in the appendices to this requirement specification;
- ...
- the calculation and/or information must indicate the battery capacity before and after every single charging operation and at the end of the full 24-hour period of operation.

...

MR: The train set must be charged during operation using a pantograph with a charging voltage of 25 kV 50 Hz.

...

Infrastructure:

...

Charging infrastructure: Charging infrastructure will be placed in Lemvig, Skjern and Holstebro”

Af den udbudte kontrakts pkt. 18.1-4 fremgår:

“18. Variations

18.1 The Buyer may at any point up to the Availability Date, see clause 7.1, instruct the Seller to make variations in the train equipment and/or parts thereof.

18.2 The Seller is not authorized without the Buyer’s acceptance to make any variations in capacity or scope of the agreed delivery of Train Sets.

- 18.3 Before giving instructions in accordance with clause 18.1, the Buyer shall inform the Seller of the specific scope and capacity of any contemplated variations.
- 18.4 Subsequently, the Seller shall inform the Buyer within 14 days whether the variations requested by the Buyer may affect the time schedule and the Purchase Price. The Seller shall then and by further request from the Buyer state within reasonable time whether and to which extent the requested variations may affect the payment and the Purchase Price, whereupon the Buyer may order the Seller to make specific variations.”

Ved tilbudsfristens udløb havde MJ Batteritog modtaget konditionsmæssige tilbud fra to tilbudsgivere: Stadler og Siemens. Ved underretning af 4. marts 2022 meddelte MJ Batteritog Stadler, at den udbudte kontrakt var blevet tildelt Siemens.

Underretningen af 4. marts 2022 om tildelingsbeslutningen var bilagt en evalueringsrapport af 3. marts 2022. Evalueringsrapporten opsummerede evalueringen af de modtagne tilbud således:

”...

Tender	Points for the subcriterion “Finance” weighted by 60%	Points for the subcriterion “Quality” weighted by 20%	Points for the subcriterion “Service, maintenance and training” weighted by 20%	Points in total
Siemens	3.60	1	0.80	5.40
Stadler	3.02	0.60	0.80	4.42

...”

Evalueringsrapporten beskriver det vindende tilbuds relative fordele således:

“As it is clear from the above evaluation, the Contracting Entity has assessed that Siemens has submitted the tender with the best price-quality ratio.

As opposed to the tender from Stadler, the tender from Siemens has achieved a better evaluation as regards the subcriteria “Finance” and “Quality”.

As for the subcriterion “Quality”, where Siemens’ tender has achieved a better evaluation, it has been particularly decisive:

That the offered takeover date is considerably earlier.

The offered guarantee period for the battery pack, converter, and pantograph is significantly longer.”

Den 8. april 2022 indgik MJ Batteritog kontrakt med Siemens.

Den 12. april 2022 anmodede MJ Batteritog Siemens om en ændring af aftalen indgået den 8. april 2022, således at det blev muligt at oplade de bestilte togsæt med 1kV-stik.

Den 15. april 2022 offentliggjorde MJ Batteritog en bekendtgørelse om indgåelse af kontrakt.

Den 9. maj 2022 fremsendte Siemens et tilbud til MJ Batteritog på en 1kV-lademulighed. Af tilbuddet fremgår bl.a.:

”When the trainset is stationary, the traction can be charged via a train preheating system (Togforvarme) installed on the wayside or a mobile charging station with 1 kV / 50 Hz (max. 400 kW).”

Den tilbudte pris for 1kV-lademuligheden på alle syv togsæt lå under tærskelværdien for indkøb af varer og tjenesteydelser i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 15.

Af tilbuddet fremgår yderligere:

“Time schedule:

For the integration and delivery of 7 trainsets including the integration of 1kV charging we will need additionally 6 months before achieving the availability date and takeover date, please see the attached time schedule for detailed information”

MJ Batteritog forespurgte herefter Siemens, om der var mulighed for at nedbringe perioden for den udskudte leveringstid. Den 14. juni 2022 oplyste Siemens, at det ikke var muligt at garantere, idet ændringen havde udløst behov for at modificere designet af togene for at kunne imødekomme den tilkøbte opladningsfunktion. Desuden medførte designændringen, at den tekniske dokumentation for toget skulle ændres, hvilket medførte behov for ny myndighedsgodkendelse ved Trafikstyrelsen og ERA (European Rail Authority).

Ved profylaksebekendtgørelse nr. 2022/S 137-392995 af 14. juli 2022, offentliggjort den 19. juli 2022, oplyste MJ Batteritog om, at det var hensigten at tilkøbe en funktionalitet i form af 2 stk. 1kV ladestik til hver togsæt og som konsekvens heraf udskyde tidsplanen for levering af togene. Af bekendtgørelsens afsnit II.2.4) fremgår følgende:

”Ved udbudsbekendtgørelse 2021/S 072-184585 udbød ordregiver en kontrakt om levering af syv batteritog. Kontakten blev indgået med Siemens Mobility A/S i april 2022. Ordregiver oplyser med denne bekendtgørelse, at ordregiver agter at tilkøbe en funktionalitet, der giver mulighed for at depotlade batteritogene via et 1000V-stik. Som konsekvens af denne ændring udskydes tidsplanen for levering af batteritogene med op til seks måneder.”

Af bekendtgørelsens afsnit IV.1.1) fremgår følgende:

”Som det fremgår af pkt. II.2.4, har kontrakten været genstand for udbud. Det er ordregivers vurdering, at den ønskede ændring af kontrakten kan gennemføres i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets, idet ændringerne ikke er væsentlige, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 1, litra e, som defineret i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 4. Ordregiver vurderer således, 1) at ændringerne ikke indfører betingelser, der, hvis de havde været en del af den oprindelige udbudsprocedure, ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang; 2) ændringerne ikke ville have medført, at ordregiver ville have accepteret et andet tilbud end det oprindeligt accepterede; 3) ændringerne ikke ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren; ændringerne ikke ændrer kontraktens økonomiske balance til leverandørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for; ændringerne ikke udvider kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde betydeligt.

Ordregiver bemærker, at der alene var to tilbudsgivere, der afgav tilbud, og at det på baggrund af den foretagne evaluering vurderes usandsynligt, at udfaldet var blevet et andet, såfremt den oprindeligt oplyste ideelle leveringsdag var rykket med op til seks måneder.

Det vurderes endvidere, at der er tale om et relativt begrænset leverandørmarked, og at den påtænkte ændring ikke har påvirket antallet af deltagere i den oprindelige udbudsprocedure.

Der er derudover tale om en ændring, hvis værdi ikke overstiger bagatelgrænsen på 10 % af værdien af den oprindelige kontrakt, og som er lavere end tærskelværdien, jf. artikel 89, stk. 2.”

MJ Batteritogs oplysninger om baggrunden for tilkøbet:

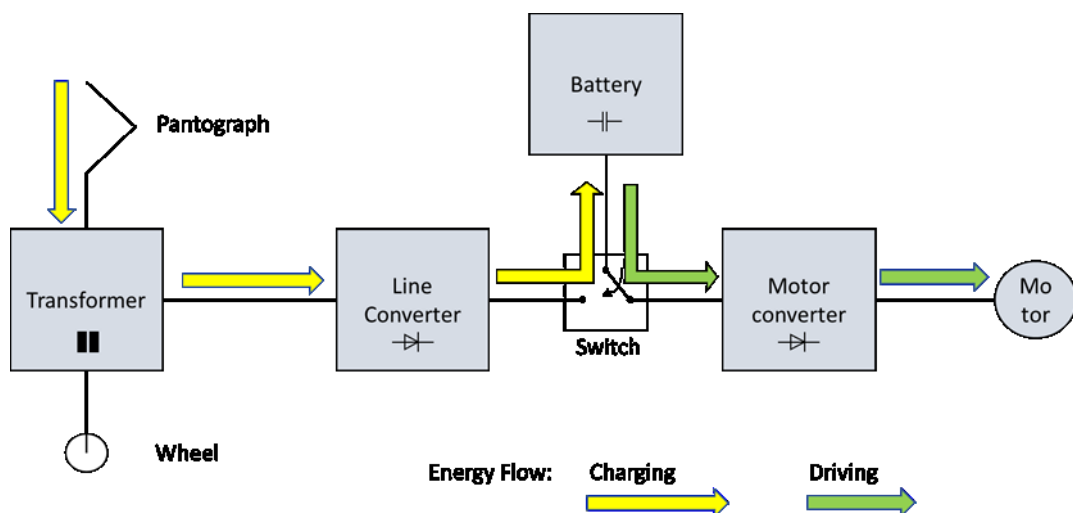
MJ Batteritog har om baggrunden for tilkøbet af en funktionalitet i form af 2 stk. 1kV ladestik til hver togsæt oplyst, at MJ Batteritog siden markedsafdækningen har arbejdet med processen for opførelse af den nødvendige ladeinfrastruktur til batteritogene. Opførelse af ladeinfrastrukturen i Skjern og Holstebro er Staten (Banedanmark) ansvarlig for, mens opførelsen af ladeinfrastrukturen i Lemvig er MJ Batteritogs ansvar. I denne proces har Region Midtjylland (som ansvarlig for regional offentlig trafik i Midtjylland) og MJ Batteritog haft stor fokus på grøn og bæredygtig omstilling. Der er således i arbejdet med planlægning af ladeinfrastrukturen i Lemvig nu tiltænkt en løsning, hvor ladeinfrastruktur til batteritogene også skal kunne oplade el-busser og el-biler. Der foreligger på nuværende tidspunkt en forespørgsel hos Energistyrelsen om, hvorvidt denne sammenkobling af infrastruktur kan opføres efter gældende regler. Hvis sammenkoblingen kan opføres lovligt, medfører dette, at der kun skal opsættes én transformer i stedet for tre. Dette medfører både økonomiske, opførelsesmæssige og miljømæssige besparelser. Status for opførelse af ladeinfrastrukturen i Lemvig er, at der er udarbejdet kravspecifikationer i overensstemmelse med kravene til pantograf-opladning. Offentliggørelse af disse afventer Energistyrelsens godkendelse. MJ Batteritog har i processen med ladeinfrastrukturen genbesøgt køreplanen og fundet ud af, at der kan indhentes en yderligere fleksibilitet og robusthed i køreplanen ved at kunne oplade batteritogene flere steder end i Lemvig, Skjern og Holstebro. Flexibiliteten findes ved, at det reservetogsæt, som holder på værksted (kun 5 tog er i drift ad gangen – dermed er 1 togsæt altid i reserve, og 1 er til vedligehold), kan indsættes ekstraordinært og leveres 100 % opladet fra værkstedet. Ligeledes vil der kunne etableres ladestationer strategisk på strækningerne. Herved kan togene holdes i drift ved sporfornyelser, som ellers ville medføre, at togbusser skulle indsættes, idet togene midlertidigt ikke vil kunne nå frem til en af de tre ladestationer med køreledninger, hvor opladning sker med pantograf. Gevinsten ligger i en optimeret køreplan, hvor opladning kan ske mere strategisk og ved brug af færre kørte kilometer og lokomotivførertimer. Derved kan vedligehold af togene og miljøbelastningen nedbringes yderligere.

Parternes oplysninger om den tekniske baggrund:

Stadler har om de tekniske forskelle mellem Charging during Operation (CDO) og Charging at Standstill (CAS) oplyst følgende:

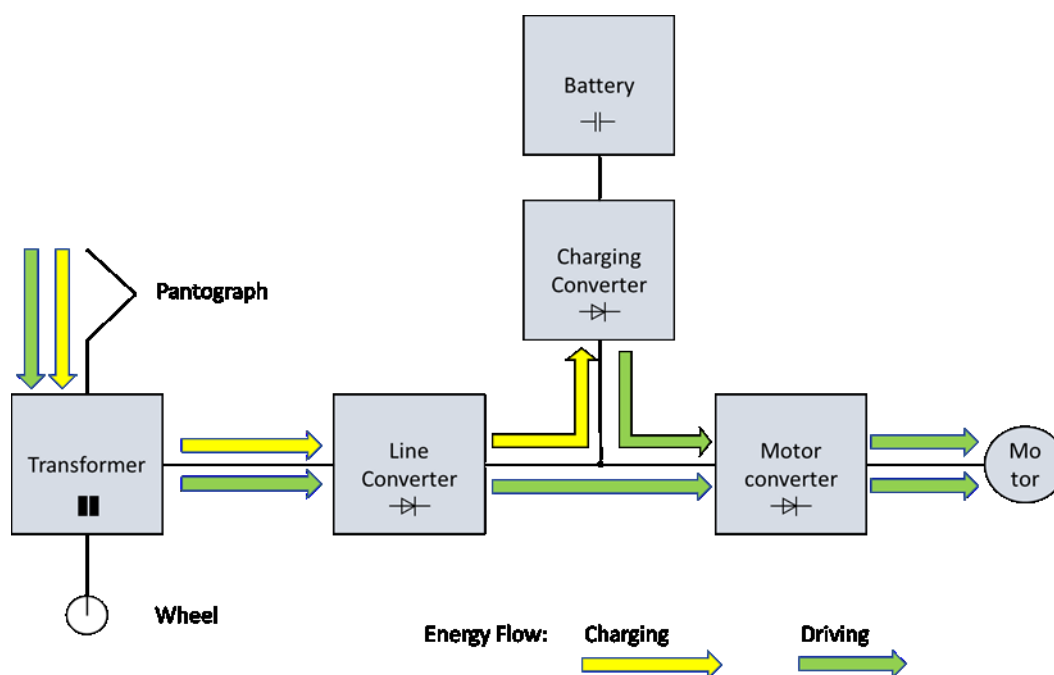
”The reason for this is that the two technologies Charging at Standstill (CAS) and Charging during Operation (CDO) require a power electronic equipment of the train that differs substantially from each other.

The following block diagram shows the traction power electronic equipment of a battery train suitable for Charging at Station. It basically shows an input converter, a motor converter and a battery. The battery can be connected to either the input converter or the motor converter by means of a switch. This means that the battery can either be charged through the input converter or it can be discharged by operating the motor i.e., driving.



This clearly shows that such a topology can only be used to be either charging the battery or to be operating the vehicle. It cannot be used to do both.

In order to be able to Charge during Operation (CDO), the power electronic topology needs to be amended with an additional converter, the Charging Converter. This allows the electric energy to be used to charge the battery and to operate the traction motors at the same time:



Such a topology can be used to charge the battery while the vehicle is operating.

Now, from comparing both topologies for CAS and CDO, it becomes obvious that the CDO topology requires substantial additional equipment: It requires an additional charging converter within the traction system, and it requires the power rating of the Line Converter to be almost double to that of the CAS Line Converter. The latter is required because the Line Converter needs to be able to handle not only the charging energy but also the driving energy at the same time. In addition, the software control of the power electronics becomes much more sophisticated in case of CDO which also adds to the cost.

It can be estimated that the additional Charging converter, the increase of the power rating of the Line Converter and the additional control software will add approximately 50 % to the cost of the traction system of the trainset.”

Stadler har endvidere henvist til Banedanmarks ”Undersøgelse af infrastruktur til togdrift” udgivet den 4. januar 2021, hvoraf fremgår bl.a.:

”Tog kan oplades under kørsel (dynamisk) eller under ophold på stationer (statisk)

Dynamisk opladning kan ske:

- under kørsel på allerede elektrificerede strækninger.
- ved etablering af korte køreledningsanlæg i åbent land (sikring af fuld opladning kræver ca. 14 km ledninger ved 120 km/t).”

MJ Batteritog har om opladning af togsættene henvist til Banedanmarks Transportudvalgs rapport ”Omstilling af jernbaneinfrastruktur til batteridrift” fra februar 2021, hvoraf fremgår bl.a.:

”2.2 Opladningsinfrastruktur

Ved batteritogdrift skal togets batterier med jævne mellemrum kunne oplades for at sikre robusthed i de driftsmæssige forhold, da batterierne har en begrænset rækkevidde. Et batteritog med fuld opladning forventes i dag at have en praktisk rækkevidde på 80 km. Den faktiske rækkevidde af batterierne er længere, men af hensyn til batteriets levetid accepteres batterierne kun afladet til et vist niveau. Det bør desuden sikres at toget altid vil kunne nå videre til en anden station, hvis strømforsyningen på en given lokalitet har svigtet.

Opladning af batterierne kan både ske under kørsel (dynamisk opladning) og under ophold (statisk opladning). Opladningen kan i teorien ske gennem en strømaftager fra køreledning, som vi kender det fra traditionelle eltog, eller opladning via ladestander, som vi kender det fra biler. Sidstnævnte beskrives nedenfor. Det optimale valgt af ladeprincip er vist i Tabel 1.

	Hurtig opladning	Langsom opladning
Statisk	Strømaftager fra et lille stykke køreledning, mens toget holder stille	Ladestander via kabel og stik
Dynamisk	Strømaftager fra køreledning mens toget kører	Ikke relevant

Tabel 1 – Ladeprincipper for batteritog

I kommissoriet for denne undersøgelse skal der tages udgangspunkt i den aktuelle forventning om praktisk rækkevidde for batteritog med fuld opladning på 80 km.

Der er herudover taget udgangspunkt i følgende forudsætninger:

- Batteritog har et energiforbrug på 4kWh/km
- Batteritogene kan oplades til fuld kapacitet på 7 minutter.
- Hastigheden forudsættes til maksimalt 120km/t med en acceleration på 1m/s².

Forudsætningen om hastigheder anvendes til beregning af den nødvendige udstrækning af køreledninger for at sikre tilstrækkelig opladning ved dynamisk opladning. Højere hastighed er ikke noget teknisk problem, men kræver en længere strækning med køreledninger.

2.2.1 Statisk opladning gennem ladestander

Muligheden for opladningen med ladestander er undersøgt hos en række batteritogleverandører. Konklusionen er, at opladning af batteritog via stik og ladestander ikke er realistisk på nuværende tidspunkt.

Skal opladning ske som hurtig opladning under kort ophold (7-10 min), vil det kræve en ladestander med meget stor ladekapacitet. Tilslutning af kabler og stik vil skulle automatiseres, da kablerne på grund af vægt ikke vil kunne håndteres manuelt. Der er på nuværende tidspunkt ikke relevante ladestander beregnet til at levere den ønskede høje effekt. Ladestander vurderes derfor ikke at være en mulighed i forbindelse med konkrete løsningsforslag for hurtigoplading.

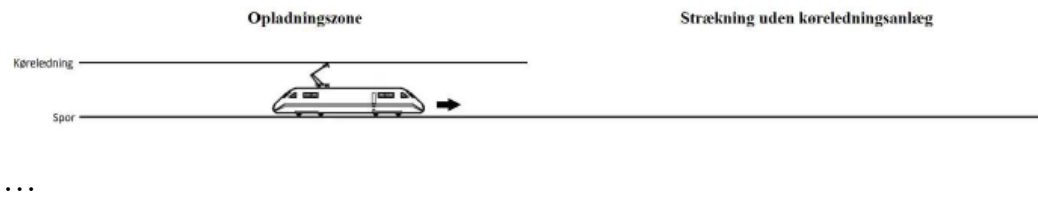
Det kan oplyses, at de eksisterende batteritog er forsynet med et mindre stik beregnet til at sikre forsyning til lys og varme, når toget parkeres hen over natten. Stikket tilsluttes via et kabel en stander med 400 V / 32 A CEE-forsyning. Denne type stander findes allerede i stort antal på alle mellemstore stationer, da de anvendes til dieseltog. Disse stik er dog kun beregnet for forsyning til lys og varme under parkering og er ikke egnet til opladning af togets batteri uden ombygning. Denne løsning vurderes derfor ikke at være en anvendelig mulighed i forbindelse med konkret løsningsforslag til ladeinfrastruktur.

2.2.2 Statisk og dynamisk opladning gennem strømaftager

Opladning gennem strømaftager kan anvendes ved både statisk og dynamisk opladning.

Ved statisk opladning igennem strømaftageren, oplader toget sine batterier under ophold på station. Der skal opsættes en mindre strækning af køreledningsanlæg ved perron eller depotspor, hvor toget gør ophold. En almindelig strømaftager er designet til anvendelse, mens toget er i drift. Strømaftageren skal derfor udvikles, så den understøtter en statisk anvendelse. Alle store batteritogsproducenter mener imidlertid at have en løsning klar.

Ved dynamisk opladning igennem strømaftageren, oplader toget sine batterier, imens det kører under et almindeligt køreledningsanlæg, som samtidigt, og på helt traditionel vis, leverer energi til toget. Herved kan mængden af kørestrømsanlæg begrænses til ikke at dække hele strækningen, men i stedet blive placeret på strategiske lokationer, så opladningen bliver tilstrækkelig til at hele strækningen, kan gennemkøres.



Endvidere kan eksisterende kørestrømsanlæg anvendes i kombination med yderstrækninger, der ikke er elektrificeret. Eksempelvis kan batteritog oplade på strækningen Aarhus-Skanderborg og anvende den opladte energi på strækningen Skanderborg-Herning.

Det eksisterende kørestrømsanlæg er ikke dimensioneret for opladning af batteritog. Der kan derfor være behov for forstærkning af strømforsyningen til kørestrømsanlægget i form af ekstra transformere med tilhørende tilslutningspunkt.”

Indlæg fra Siemens:

Siemens har for klagenævnet afgivet et ad citationsindlæg, hvori Siemens anfører bl.a.:

”De tog, som Siemens har tilbudt MJ Batteritog til opfyldelse af den udbudte og indgåede kontrakt, omfatter naturligvis en pantograf, der kan aftage strøm fra den ladeinfrastruktur, der vil blive etableret på Lemvig, Skjern og Holstebro stationer. Dermed er det omtalte mindstekrav om opladning i driftssituationen opfyldt.

Opladning via pantografen er den helt primære opladefunktionalitet for togene, og det er en meget effektiv måde at oplade togenes batterier på. Dette skyldes bl.a., at strømkilden - som det fremgår af mindstekravet - vil have en spænding på 25.000 Volt (”25 kV”), hvilket er mere end 100 gange mere end den spænding, der er i ”almindelige” kontakter i husholdninger mv. (230 Volt).

Siemens’ tog indeholder en batterikapacitet, der er dimensioneret i forhold til de strækninger, som toget skal tilbagelægge uden opladningsmulighed ifølge de fastsatte køreplaner (...). Ved dimensioneringen har Siemens taget højde for alle relevante forhold, der indebærer en særlig belastning af batteriet, herunder fx kraftig modvind, frost (eller høj varme) og en fuld passagerbelægning, idet toget også under disse omstændigheder vil komme frem til stationen med opladningsmuligheden med en ikke-ubetydelig mængde tilbageværende strøm i batteriet.

Dette gælder også i situationer, hvor toget overnatter på en placering, hvor der ikke er adgang til opladning, hvilket er tilfældet på strækningen

Skjern-Holstebro (...). Batterikapaciteten er herunder tilstrækkelig til, at toget (uden yderligere opladning/tilslutning af ekstern energikilde) kan ”forkonditioneres” på denne lokation, inden toget igangsætter den nye dags køreplan. Stadlers anbringender om, at dette er problematisk for Siemens’ tog (...), er således ikke korrekte.

På grund af batterikapaciteten og den tid, der er sat af til opladning i køreplanen, samt den effektive opladning via pantografen, kan togene således uden problemer opfylde de fastlagte køreplaner (...) og er utvivlsomt egnede til brug på strækningerne Vemb-Thyborøn og Skjern-Holstebro.

Kravet herom i kontraktgrundlaget er således opfyldt (...):

“The train sets must be adapted according to the specific characteristics of the relevant lines and timetables, also in terms of battery capacity and the lifetime of the battery pack.”

Som det fremgår (...) er dette bekræftet af MJ Batteritogs eksterne, tekniske rådgiver. Bekræftelsen er foretaget på baggrund af en beregning af kapaciteten i det tilbudte togs batteri under opfyldelse af køreplanerne, som var efterspurgt af MJ Batteritog og derfor indgik i Siemens’ tilbud ved udbuddet.”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

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

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

Ad påstand 1

Stadler har gjort gældende, at MJ Batteritogs tilkøb af en funktionalitet, der giver mulighed for at depotlade batteritogene via et 1kV-stik, samt udskydelse af tidsplanen for levering af batteritogene med op til seks måneder, er en væsentlig ændring, som ikke kan gennemføres uden en forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 5. Der er tale om vilkår, som væsentligt ændrer forudsætningerne for tilbudsafgivelsen, ligesom kontraktens økonomiske og risikomæssige balance ændres

afgørende og til fordel for Siemens, på en måde som ikke har været forudset i det oprindelige udbudsgrundlag.

Der er intet belæg for den begrundelse for at foretage kontraktændringerne uden en forudgående udbudsbekendtgørelse, som MJ Batteritog henviser til i profylaksebekendtgørelsen.

Stadler har ikke mulighed for at efterprøve prissætningen af tilkøbet. Det må imidlertid lægges til grund, at Siemens' prissætning ikke afspejler værdien af ændringerne, således som denne skal opgøres i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2. Værdien af ændringerne i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2, skal opgøres med respekt for forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16, herunder bestemmelsens stk. 1 og 3, hvoraf følger, at der ved værdiopgørelsen skal tages udgangspunkt i det maksimale beløb, som en ordregiver kan komme til at betale, ligesom værdiansættelsen ikke må opdeles eller på anden måde kunstigt splittes med det formål at omgå udbudsreglerne. Der skal ved værdiopgørelsen ses på det samlede indkøbsprojekt, uanset om dette opsplittes i flere kontrakter. Siemens' prissætning afspejler ikke den reelle pris for gennemførelse af de ændringer, der er omfattet af profylaksebekendtgørelsen, idet der – foruden de omkostninger, som fremgår af tilbuddet fra Siemens – tillige vil være omkostninger til etablering af ladeinfrastruktur mv. Værdien af en ændring i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2, kan ikke "snævert" opgøres som den betaling, en ordregiver yder kontraktparten, men skal i overensstemmelse med de almindelige udbudsretlige principper opgøres således, at der ved værdiansættelsen medregnes alle omkostninger forbundet med det indkøbsprojekt, som den pågældende ændring indgår i – uanset om disse omkostninger skal afholdes af/til leverandøren. Det er på den baggrund klart, at den frelagte dokumentation for prissætningen hverken helt eller delvist understøtter MJ Batteritogs anbringende om, at værdien af ændringerne er under bagatelgrænsen.

Derudover må kontraktændringerne antages at "berøre den overordnede kontrakts eller rammeaftales karakter", hvorfor bagatelgrænsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2, i øvrigt er uanvendelig.

Ændringerne i ladeinfrastrukturen afspejler omfattende og vidtgående ændringer i de omgivelser, som batteritogene skal fungere i. MJ Batteritog skri-

ver om ændringerne, at ”gevinsten ligger i en optimeret køreplan, hvor opladning kan ske mere strategisk og ved brug af færre kørte kilometer og lokomotivførertimer. Derved kan vedligehold af togene og miljøbelastningen nedbringes yderligere”. Da den udbudte kontrakt omfatter både levering af tog og vedligeholdelse af disse i en periode, er det klart, at ændringerne – i hvert fald potentielt – kan påvirke og ændre kontraktens karakter. Dernæst står det klart, at de ændringer, som Siemens forventes at foretage, har gennemgribende betydning for andre dele af de indkøbte togs funktioner, design og myndighedstilladelser.

De seks måneders forlængelse, som er beskrevet i profylaksebekendtgørelsen, må forstås som en ikke-bindende forventning til de tidsmæssige konsekvenser af ændringerne. Det står således klart, at MJ Batteritog på nuværende tidspunkt reelt ikke kender de tidsmæssige konsekvenser af ændringerne og derfor heller ikke kan vurdere, om disse ændringer ville have haft indflydelse på konkurrencen i forbindelse med udbuddet af kontrakten.

Allerede af denne grund er MJ Batteritogs forskellige tilkendegivelser om påvirkningen af det oprindelige evalueringresultat ikke retvisende. MJ Batteritogs tilkendegivelse desangående forholder sig alene til konsekvenserne af en tidsmæssig forskydning, men forsømmer at inddrage de økonomiske konsekvenser af ændringerne. Derfor kan heller ikke disse betragtninger føre til, at kontraktens overordnede karakter må antages at være upåvirket. Tværtimod står det klart, at ændringerne og disses konsekvenser påvirker kontraktens karakter, og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2, er derfor uanvendelig.

Der er intet grundlag for MJ Batteritogs tilkendegivelse af, at det er ”usandsynligt, at udfaldet var blevet et andet, såfremt den oprindeligt oplyste ideelle leveringsdag var rykket med op til seks måneder”.

Derudover rejser de annoncerede kontraktændringer spørgsmålet, om Siemens – uden kontraktændringerne – kan opfylde udbudsgrundlaget. For at kunne opfylde kravet om, at “the battery capacity (State-Of-Charge) must be near 100 % at the start of a 24-hour period of operation”, var tilbudsgiverne nødt til at etablere og indregne ladeinfrastruktur i Vemb. Tilsvarende var tilbudsgiverne nødt til at etablere ladeinfrastruktur på de udpegede værkstedsfaciliteter (Lemvig), idet togene også her ville være parkeret/under vedlige-

hold på en lokation uden adgang til køreledning. Uden en sådan ladeinfrastruktur ville den tekniske løsning ikke kunne overholde kravet om, at batterikapaciteten skulle være "tæt på 100 %" ved begyndelsen af enhver 24-timers driftsperiode. Derudover var det i udbuddet et krav ("R"), at "The train sets must be adapted according to the specific characteristics of the relevant lines and timetables, also in terms of battery capacity and the lifetime of the battery pack." Togets batterikapacitet er derfor ikke designet til at skulle anvendes til forkonditionering (klimatisering). For at kunne sende et tog i drift med airconditioning skal denne først startes gennem ekstern energikilde, hvilket også kræver, at der etableres ladeinfrastruktur på de faciliteter, hvor der er "overnattende køretøjer" (Vemb) eller værksteds-/reservefaciliteter (Lemvig).

MJ Batteritog har givet tilbudsgiverne konkrete beregningsforudsætninger, som skulle lægges til grund ved tilbuddets udarbejdelse. Det må antages, at MJ Batteritog i forbindelse med fastlæggelsen af disse forudsætninger har vurderet, at de var nødvendige for at kunne realisere den køreplan og de øvrige krav, som var opstillet i udbuddet.

For en tilbudsgiver har det været mest naturligt at antage, at batterikapaciteten skulle designes i overensstemmelse med udbudsgrundlagets forudsætninger, da det ellers er vanskeligt at se årsagen til, at MJ Batteritog oplyste beregningsforudsætningerne. Hvis realiteten var, at tilbudsgiverne "blot" skulle overholde køreplanerne, savner det mening at give tilbudsgiverne så specifikke beregningsforudsætninger. En naturlig forståelse af udbudsgrundlaget må føre til, at en tilbudsgiver skulle indrette tilbuddet i overensstemmelse med de beregningsforudsætninger, som var givet af MJ Batteritog, herunder indeholde de tiltag i tilbuddet, som var nødvendige for at kunne realisere førnævnte forudsætninger. Læst i sammenhæng med de øvrige dele af det pågældende afsnit af udbudsgrundlaget må formuleringen skulle forstås således, at tilbuddet skulle indeholde alle omkostninger forbundet med at sikre, at batterikapaciteten var "near 100 % at the start of a 24-hour period of operation."

Dét krav opfylder Siemens efter sin egne oplysninger ikke, og det må derfor lægges til grund, at ændringerne reelt afspejler, at MJ Batteritog over for Siemens frafalder mindstekravet, hvilket utvivlsomt udgør en væsentlig ændring, som påvirker kontraktens karakter.

Kontraktændringerne synes således reelt at afspejle, at MJ Batteritog ved det påtænkte tilkøb agter at betale Siemens ekstra for en løsning, som i henhold til udbudsgrundlaget skulle have været indeholdt i tilbuddet fra start. Samtidig udløser dette ”tilkøb” en tidsfristforlængelse, som imidlertid også burde have været indregnet i tilbuddet fra start og afspejlet i evalueringen af tilbuddene.

Tilkøbet af funktionalitet (depotladning af batteritogene via et 1kV-stik) har derved reelt samme effekt som manglende håndhævelse af et mindstekrav, idet den manglende opfyldelse af udbudskravet i begge tilfælde bliver uden konsekvens for den tilbudsgiver (Siemens), som ikke opfylder udbudsgrundlaget.

Det står således klart, at de påtænkte kontraktændringer er væsentlige og derfor ikke kan gennemføres uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

MJ Batteritog har gjort gældende, at ændringen af den indgåede kontrakt er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2, og kan indgå uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Prisen for tillægskontrakten er under tærskelværdien for varer og tjenesteydelser under forsyningsvirksomhedsdirektivet, og værdien af tillægskontrakten er mindre end 10 % af værdien af den oprindelige udbudte kontrakt.

Såfremt betingelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2, ikke er opfyldt, har MJ Batteritog anført, at den påtænkte tillægsaftale og den deraf udskudte tidsplan ikke udgør en væsentlig ændring, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 4. Tillægsaftalen bevirker således ikke, at den udbudte kontrakt er væsentlig forskellig fra den oprindelige indgående kontrakt.

Udgiften med opførelsen af ladeinfrastruktur til opladning skal ikke indgå i beregningen af den anslåede værdi for den tiltænkte tillægskontrakt med Siemens. Opførelse af ladeinfrastrukturen har aldrig været en del af udbuddet om indkøb af de syv togsæt, og i udbudsmaterialet blev det beskrevet, at tilbudsgiverne skulle lægge til grund, at der ville blive opført ladeinfrastruktur på stationerne ved Holstebro, Skjern og Lemvig. Tillægskontrakten vedrører udelukkende købet af batteritogene foretaget af MJ Batteritog. Den omkostning, det måtte påføre Midtjyske Jernbaner eller en af de andre ansvarlige

aktører for infrastrukturen at udvide bygge- og anlægsprojektet vedrørende ladeinfrastrukturen, som i øvrigt ikke er færdigprojekteret endnu, er derfor MJ Batteritogs beregning af den anslåede værdi uvedkommende. Der er således ikke tale om delkontrakter i et bygge- og anlægsprojekt eller delkontrakter ved levering af tjenesteydelser, hvis værdi skal sammenlægges, og det er ikke korrekt, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16, stk. 8, finder anvendelse. Subsidiært gøres det gældende, at værdien af etableringen af ladeinfrastrukturen ikke vil få den betydning, at værdigrænserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2, overskrides.

Kontraktens overordnede karakter er ikke ændret, da der stadig er tale om, at MJ Batteritog indkøber syv batteritog af Siemens. De tilbudte batteritog leveres ved overholdelse af alle krav i kravspecifikationen, og ingen vilkår i kontrakten, ud over udskudt leveringsplan, som i udbuddet var et konkurrenceparameter, er ændret i den udbudte kontrakt. Det betyder blandt andet, at selve leveranceforløbet heller ikke er ændret.

MJ Batteritog har ikke som påstået anført, at der er tale om omfattende og vidtgående ændringer i de omgivelser, som batteritogene skal fungere i. I udbudsmaterialet er det defineret, at der vil blive etableret ladeinfrastruktur i Holstebro, Skjern og Lemvig. Disse tre opladningssteder vil fortsat blive opført, og de tilbudte batteritog fra Siemens kan køre køreplanen som foreskrevet og under overholdelse af alle kravspecifikationens krav. Kontraktens serviceforpligtelser ændres heller ikke ved indgåelse af den tiltænkte tillægsaftale.

Togets design skal naturligvis modificeres, når en funktion, som i forvejen ikke er standard på toget, skal tilføjes. Det betyder ikke, at det totale design skal modificeres, men funktionen skal indarbejdes i det eksisterende design. Før et tog må køre med passagerer, skal det typegodkendes af Trafikstyrelsen og European Rail Authority. Når en funktion, som i forvejen ikke er standard, tilføjes, skal der ske en fornyet typegodkendelse. Før denne godkendelse kan opnås, skal den tekniske dokumentation for toget opdateres. Det er en naturlig konsekvens af den tiltænkte tillægsaftale, men har ikke betydning for kontraktens overordnede karakter.

De op til 6 måneders udskydelse af leveringstiden for togsættene skal ikke forstås som en ikke-bindende forventning til de tidsmæssige konsekvenser af

ændringerne. Udskydelsen betyder, at leveringstiden og de i kontrakten specificerede milepælsdatoer kan udskydes med maksimalt 6 måneder.

Det står således klart, at kontraktens overordnede karakter ikke bliver ændret ved indgåelse af den tiltænkte tillægsaftale.

Siemens kan godt opfylde udbudsgrundlaget uden det tiltænkte tillægskøb med udskydelse af leveringstiden. Tilbuddet fra Siemens opfylder nu og på tidspunktet for tilbudsafgivelsen alle kravspecifikationens krav, og den tiltænkte tillægsaftale skal udelukkende sikre forøget fleksibilitet i brugen af batteritogene og føre til en mere fremtidssikret og robust drift. Muligheden for at oplade via depotopladning/stik er på ingen måde en forudsætning eller nødvendighed for, at Siemens' togsæt kan leve op til udbudsmaterialets kravspecifikation. Kravspecifikationen fra udbudsmaterialet er ikke udtryk for en løsning, der ikke kan opfyldes uden den nu påtænkte mulighed for depotladning. Beskrivelsen af "near 100%" er ikke beskrevet som et objektivi krav, men ment som en indikation for, at der skal være nok strøm på toget til, at det kan køre driftsdøgnet som foreskrevet.

Det er ikke korrekt, at MJ Batteritog i forbindelse med beskrivelsen af beregningsgrundlaget har vurderet, at elementerne i beregningsgrundlaget var nødvendige for at kunne realisere køreplanen og de øvrige krav, som er opstillet i kravspecifikationen. Det fremgår således tydeligt både af formuleringen af kravet til beregningen og af sammenhængen i kravspecifikationen, at der alene er tale om et beregningsgrundlag og ikke et selvstændigt krav til tilbudsgivernes løsning.

Den udbudte kontrakt om køb af syv batteritog har udelukkende vedrørt levering af batteritog med tilhørende serviceaftale. Udbuddet eller kontrakten vedrører hverken varetagelse af togdrift eller levering af ladeinfrastruktur, hvorfor der naturligvis ikke kan være et krav om, at toget skal være næsten 100 % opladet efter overnattende ophold på en station, hvor der ikke etableres ladeinfrastruktur.

Der har naturligvis heller ikke været krav til tilbudsgiverne om at indregne yderligere ladeinfrastruktur i deres tilbud.

Tillægsaftalen vedrørende tilkøb af 1kV ladestik er ikke udtryk for, at MJ Batteritog ikke håndhæver kontrakten over for Siemens. Anmodningen om

tillægsaftalen er udelukkende sket på MJ Batteritogs foranledning og på baggrund af et ønske om en optimeret køreplan, fleksibilitet i den daglige drift og et fremtidssikret batteritog.

Ad påstand 2

Stadler har gjort gældende, at det følger af det, der er anført under påstand 1, at MJ Batteritogs beslutning om uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse at tilkøbe en funktionalitet, der giver mulighed for at depotlade batteritogene via et 1kV-stik, samt udskyde tidsplanen for levering af batteritogene med op til seks måneder, er behæftet med sådanne retlige mangler, at beslutningen ikke kan opretholdes og derfor skal annulleres.

MJ Batteritog har gjort gældende, at MJ Batteritog som anført ad påstand 1 ikke har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet. Såfremt klagenævnet tager påstand 1 til følge, er der desuden ikke tale om en konkret og væsentlig overtrædelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvorfor klagenævnet ikke skal annullere MJ Batteritogs beslutning om at indgå tillægsaftalen.

Ad afvisningspåstanden

MJ Batteritog har gjort gældende, at klagefristen er overskredet for så vidt angår påstand 3 og 4, der vedrører forståelsen af mindstekrav for udbuddet af de syv batteritog, hvor bekendtgørelse om indgået kontrakt blev offentliggjort den 15. april 2022.

Stadler har gjort gældende, at påstand 3 og 4 efter sin ordlyd omfatter MJ Batteritogs frafald af et mindstekrav i kontraktperioden. Der er derfor ikke grundlag for at afvise påstand 3 og 4 med henvisning til, at den præklusive frist for at klage over det forudgående udbud er udløbet. Den præklusive klagefrist er knyttet til sådanne indsigelser, som – hvis der gives Stadler medhold – kan føre til tildelingsbeslutningens annullation. Som det fremgår af de nedlagte påstande 3 og 4, er dette ikke tilfældet i denne klagesag.

Ad påstand 3

Stadler har anført, at mindstekravet om, at ”The train set must be charged during operation using a pantograph with a charging voltage of 25 kV 50 Hz.”, indebærer, at toget skal lade, når det er i drift (dynamisk opladning), idet toget skal gøre brug af en pantograf (strømaftager). Opladning fra en pantograf, mens toget kører, betragtes som dynamisk opladning, mens ladning fra pantograf, mens toget holder stille, betragtes som statisk opladning. Kravet indebærer derfor utvivlsomt et krav om, at togene skal kunne lade under kørsel (dynamisk opladning). Kravet er ikke opfyldt ved ladning under pantograf i stilstand.

Det er for forståelsen af kravet uden betydning, om der på nuværende tidspunkt er etableret køreledninger på den fulde strækning, som togene skal køre. Togene har en forventet levetid på ca. 30 år, og det er derfor naturligt, at der i udbudsgrundlaget kan være efterspurgt funktionaliteter, som ikke bringes i anvendelse fra start, men over tid. Tilsvarende er det irrelevant, at der i udbudsgrundlaget i øvrigt er indlagt tid til ladning under stilstand (statisk opladning). Det forhold, at MJ Batteritog i tidsplanen mv. har indlagt tid til, at togene kunne oplades statisk, udelukker på ingen måde et krav om, at togene også skulle lade under kørsel (dynamisk opladning).

Efter kontraktindgåelsen mellem MJ Batteritog og Siemens har en projektchef hos MJ Batteritog ved i hvert fald to offentlige lejligheder anvendt en præsentation, som beskriver, at ladning af de indkøbte batteritog fra Siemens kun sker ”under stilstand” (statisk opladning). Ved disse lejligheder har MJ Batteritog endvidere mundtligt bekræftet, at de indkøbte batteritog ikke kan oplades dynamisk (dvs. i drift). Dette er imidlertid i direkte modstrid med mindstekravet, som utvetydigt foreskriver, at togene også skal lade under drift/kørsel (dynamisk opladning).

Det står klart, at Siemens ikke opfylder kravet, ligesom MJ Batteritog ikke agter at håndhæve mindstekravet. Ingen af parterne ses at bestride, at den manglende opfyldelse af mindstekravet har vidtrækkende økonomiske og tidsmæssige konsekvenser.

Ved således at frafalde et mindstekrav eller undlade at håndhæve dette har MJ Batteritog handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt artikel 89, stk. 5.

Dertil kommer, at overholdelse af mindstekravet utvivlsomt indebærer meromkostninger i forhold til ladning under stilstand. Tilbud, der som Stadlers tilbud overholder mindstekravet, må derfor antages at være mindre konkurrencedygtige end tilbud, som ikke overholder mindstekravet. Dette gælder både som følge af forskellene i teknologi, men tillige som følge af forskelle i myndighedsgodkendelser af de to løsninger.

Endelig må mindstekravet anses for egnet til at afholde potentielle tilbudsgivere fra at afgive tilbud, og en ændring heraf må derfor også af denne grund betragtes som væsentlig.

MJ Batteritogs frafald af mindstekravet eller manglende håndhævelse heraf udgør således en væsentlig ændring, der dels ”indfører betingelser, der, hvis de havde været en del af den oprindelige udbudsprocedure, ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren”, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 4, litra a, dels ”ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for”, jf. artikel 89, stk. 4, litra b.

Sådanne væsentlige ændringer kan ikke finde sted uden nyt udbud, jf. ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt artikel 89, stk. 5.

MJ Batteritog har anført, at Siemens lever op til mindstekravet om, at *”The train set must be charged during operation using a pantograph with a charging voltage of 25 kV 50 Hz”*, uanset om den påtænkte tillægsaftale indgås eller ej.

Udbuddet af indkøbet af syv batteritog stillede ikke krav om ”dynamisk opladning”, og Stadlers tekniske gennemgang af forskellen mellem Charging during Operation (CDO) og Charging Standstill (CAS) bestrides.

Det tilbudte batteritog fra Siemens oplader via pantograf under togets driftsdøgn på de tre lokationer, hvor der vil blive etableret ladeinfrastruktur (køreledninger).

I de køreplaner, som tilbudsgiverne skulle overholde, er der ligeledes lavet længere stop ved tre lokationer, så de tilbudte tog under stop ved de tre stationer kunne lade statisk. Det har under hele processen været meningen og klart for tilbudsgiverne, at batteritoget skulle lades statisk, men stadig under togets drift (operation/undervejs i køreplanen). Stadler havde i øvrigt samme opfattelse i sit tilbud, idet tilbuddet indeholdt forslag til ladeinfrastruktur, hvor køreledningernes længde var opført til statisk opladning.

Begreberne ”statisk” eller ”dynamisk” opladning anvendes således slet ikke i udbudsmaterialet. Kravet foreskriver blot, at der skal foretages opladning via pantograf, mens toget er indsat i drift (during operation).

Et tog er i drift, når det er indsat på jernbanenettet til at køre med passagerer. Toget tages naturligvis heller ikke ud af drift, når det holder stille på perroerne ved på- og afstigning for passagererne eller ved de længere ophold (10-20 minutter), som der er afsat til opladning på de tre stationer, hvor der opføres ladeinfrastruktur.

Der kan ikke sættes direkte lighedstegn mellem ”opladning under drift” og ”dynamisk opladning”. Stadlers beskrivelser er ikke præcise og retvisende, idet Stadler sætter lighedstegn mellem opladning ”during operation”, opladning under kørsel og dynamisk opladning. Dette er der ikke belæg for, hverken i kontrakten/MJ Batteritogs udbudsmateriale, materialet fra Banedanmark eller andetsteds. Det fremgår intetsteds, at opladning i drift skulle være det samme som opladning under kørsel.

Det fremgår tydeligt, af udbudsmaterialet samt af de faktiske omstændigheder, at kravet til de udbudte tog vedrørende opladning i drift er et krav til opladning, mens togene er på de tre stationer. Der eksisterer ingen køreledninger, og det fremgår tydeligt, at opladning skal ske på de tre stationer, hvor der skal etableres ladeinfrastruktur og er indlagt tid i køreplanerne til opladning. Det giver ikke mening at indfortolke sådanne krav i udbudsmaterialet, når der er stillet krav til togene om, at batterikapaciteten skal være tilstrækkelig til at gennemkøre strækningerne med de indlagte pauser til opladning.

Mindstekravet ”The train set must be charged during operation using a pantograph with a charging voltage of 25 kV 50Hz”, er således til fulde opfyldt af Siemens’ tilbudte batteritog. Den tiltænkte tillægsaftale ændrer intet herpå.

Idet MJ Batteritog håndhæver mindstekravet, som det hele tiden har været meningen og tiltænkt, er der således ikke tale om en ændring, der udgør en væsentlig ændring. Den tiltænkte tillægsaftale er som nævnt under påstand 1 et tillæg af en funktion på toget.

MJ Batteritog har ikke frafaldet et mindstekrav eller undladt at håndhæve et mindstekrav, hvilket også understøttes af MJ Batteritogs igangværende proces med etablering af ladeinfrastruktur.

Ad påstand 4

Stadler har gjort gældende, at MJ Batteritog ikke har offentliggjort en profylaksebekendtgørelse, som dækker den kontraktændring, som er omfattet af påstand 3. Da kontraktændringen er væsentlig og derfor indebærer en ulovlig direkte tildeling til Siemens, skal den ændrede kontrakt erklæres for uden virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1.

MJ Batteritog har gjort gældende, at der ikke er foretaget kontraktændringer, der indebærer en ulovlig direkte tildeling. MJ Batteritog har ikke undladt at håndhæve mindstekravet om opladning via pantograf.

Ad uopsættelighed

Stadler har gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt, da der er tale om direkte tildeling af en kontrakt.

MJ Batteritog har gjort gældende, at MJ Batteritog ikke har overtrådt nogen udbudsretlige regler i forbindelse med indgåelsen af tillægsaftalen. Kravet til uopsættelighed skal derfor ikke lempes. Stadler har ikke dokumenteret at ville lide et uopretteligt tab. Betingelsen om uopsættelighed er dermed ikke opfyldt.

Ad interesseafvejning

Stadler har gjort gældende, at en interesseafvejning mellem MJ Batteritog og Stadler må falde ud til fordel for Stadler, navnlig da Stadlers interesser ikke i tilstrækkelig grad vil kunne varetages gennem et krav om erstatning.

MJ Batteritog har gjort gældende, at MJ Batteritogs behov for en tillægsaftale vejer tungere end Stadlers interesse i det modsatte.

Såfremt klagen tillægges opsættende virkning, er der risiko for, at leveringsdatoen vil blive yderligere udskudt, da det tager lang tid at producere batteritog og få dem godkendt ved de danske myndigheder. Godkendelsesprocessen kan ikke gå i gang, før Siemens præcist ved, hvilke tekniske funktioner der skal indføres i dokumentationsmaterialet til myndighedsgodkendelse, og der er derfor risiko for unødigt yderligere tidsudskydelse.

De nuværende dieseltog har allerede kørt mange år over deres forventede levetid, hvilket forøger vedligeholdelsesomkostningerne hele tiden, og alle yderligere udskydelser af tidsplanen er dermed forbundet med forøgede økonomiske udgifter.

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. Klagenævnet 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:

Ad betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*")

Ad påstand 1 og 2

Det følger af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2, at den indgåede kontrakt mellem MJ Batteritog og Siemens som udgangspunkt kan ændres, herunder ved tilkøb af funktioner, hvis værdien af ændringen er lavere end tærskelværdien i direktivets artikel 15 og lavere end 10 % af værdien af den oprindelige kontrakt.

Tærskelværdien i direktivets artikel 15 for vareindkøbskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og projektkonkurrencer er 3.211.338 kr.

MJ Batteritog har for klagenævnet fremlagt tillægskontrakten vedrørende tilkøb af 1kV-ladestik i de syv togsæt. Prisen, der skal betales til Siemens for tilkøbet, ligger under tærskelværdien i direktivets artikel 15. Da opførelse af ladeinfrastruktur hverken er en del af udbuddet eller tilkøbet, skal udgifterne hertil ikke medtages ved fastsættelsen af værdien af tillægskontrakten. Betingelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2, nr. 1, er herfter opfyldt.

MJ Batteritog har endvidere for klagenævnet oplyst den samlede værdi af kontrakten indgået med Siemens vedrørende ”Supply of Seven BEMU Train Sets, Including a Service Contract”. Værdien af tillægskontrakten vedrørende tilkøb af 1kV-ladestik i de syv togsæt er lavere end 10 % af værdien af den udbudte kontrakt. Betingelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2, nr. 2, er herefter opfyldt.

Tillægskontrakten vedrører tilkøb af 1kV-ladestik i de syv togsæt. Tilkøbet medfører ifølge Siemens et behov for at modificere togenes design i forhold til placeringen af et ladestik på siden af toget samt en integration af opladningsfunktionen i togets elektriske system. For at kunne gennemføre modifikationen af togsættene kræves en opdatering af den tekniske dokumentation for toget og en ny typegodkendelse. Samtidig vil tilkøbet ifølge tillægskontrakten betyde en udskydelse af leveringstidspunktet med 6 måneder.

Klagenævnet finder på det foreløbige grundlag, der foreligger, at ændringen ud fra en samlet vurdering ikke har et sådant omfang eller en sådan karakter, at ændringen kan siges at berøre den overordnede kontrakts karakter, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 2. Der er stadig tale om, at MJ Batteritog indkøber syv batteritog af Siemens. Det bemærkes i øvrigt, at det ikke er en del af indkøbet, at leverandøren af togsættene skal etablere og indregne ladeinfrastruktur i Vemb eller ved værkstedet i Lemvig, idet ansvaret herfor og udgifterne hertil ligger hos Midtjyske Jernbaner.

Ændringen medfører heller ikke en ændring af kontraktens økonomiske balance til leverandørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt ikke gav mulighed for, ligesom ændringen heller ikke udvider kontraktens anvendelsesområde betydeligt.

Der er således ikke udsigt til, at Stadler får medhold i påstand 1 og 2.

Ad påstand 3 og 4

Stadler har nedlagt påstand om, at MJ Batteritog har frafaldet mindstekravet om, at ”The train set must be charged during operation using a pantograph with a charging voltage of 25 kV 50 Hz”.

Der kan ikke ud fra ordlyden af mindstekravet om, at toget ”must be charged during operation” udledes et krav om, at togsættene skal kunne oplades ved

”dynamisk opladning”, dvs. mens toget kører. Der kan heller ikke ud fra det øvrige udbudsmateriale sammenholdt med formuleringen af mindstekravet udledes et krav om, at togsættene skal kunne oplades ved ”dynamisk opladning”. Der er endvidere ikke for klagenævnet oplyst nærmere om, at MJ Batteritog skulle have frafaldet krav til den ydelse, som Siemens ifølge sit tilbud skal levere.

Uanset formuleringen af påstanden finder klagenævnet derfor på det foreløbige grundlag, der foreligger, at klagepunktet reelt vedrører, om tilbuddet fra Siemens levede op til mindstekravet om, at ”The train set must be charged during operation using a pantograph with a charging voltage of 25 kV 50 Hz”, herunder fortolkningen af dette mindstekrav. Klagen vedrører således reelt MJ Batteritogs beslutning om at indgå kontrakt med Siemens.

Klager over udbud eller beslutninger omfattet af bl.a. forsyningsvirksomhedsdirektivet skal være indgivet til klagenævnet inden 45 kalenderdage efter, at ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse i EU-Tidende om, at ordregiveren har indgået kontrakt, jf. lov om Klagenævnet for udbud § 7, stk. 2, nr. 1. Fristen regnes fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort.

MJ Batteritog offentliggjorde en bekendtgørelse om indgåelse af kontrakt i EU-Tidende den 15. april 2022. Fristen på de 45 kalenderdage var således udløbet, da klagenævnet modtog klagen fra Stadler den 27. juli 2022.

Klagen er derved modtaget efter klagefristens udløb.

Klagenævnet tager derfor afvisningspåstanden til følge for så vidt angår påstand 3 og 4.

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

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Påstand 3 og 4 afvises.

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Dybdahl Barrett
fuldmægtig