

K E N D E L S E

Fayard A/S
(advokat Kristine Stage Mikkelsen, Aarhus)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat Tomas Ilsøe Andersen og advokat
Christian Bo Kolding-Krøger, København)

Klagenævnet har den 9. maj 2022 modtaget en klage fra Fayard A/S (herefter "Fayard").

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

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (herefter "FMI") har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har ved afgørelse af 1. juni 2022 tillagt klagen (fortsat) opsættende virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2. Klagenævnet meddelte ved afgørelsen parterne, at nævnet ville tilstræbe at træffe afgørelse vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt klagen skulle tillægges opsættende virkning under klagenævnets videre behandling af sagen, senest den 13. juni 2022.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 6, svarskrift med bilag A - F, replik og duplik med bilag G-M, Fayards bemærkninger af 25. og 27. maj 2022 og FMI's bemærkninger af 25. og 27. maj 2022.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI's tildeling af kontrakt vedr. design, konstruktion og vedligeholdelse af patruljeskibe til Danske Patruljeskibe ikke kan ske ved brug af undtagelsen i TEUF artikel 346, da Danske Patruljeskibe ikke har adgang til et værft eller anden konstruktionsfacilitet i Danmark, og tildelingen derfor ikke sikrer, at skibene konstrueres og vedligeholdes i Danmark, og dermed ikke sikrer formålet med at undtage kontrakten fra udbud, jf. TEUF artikel 346.

Påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI's direkte tildeling er i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, som følger af EUF-traktatens grundlæggende regler, da FMI ikke har givet danske aktører lige muligheder for at blive tildelt kontrakten, eksempelvis ved afholdelse af en national konkurrence.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere FMI's beslutning om tildeling af kontrakt vedr. design, konstruktion og vedligeholdelse af patruljeskibe til Danske Patruljeskibe.”

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

Andre oplysninger i sagen:

Den 28. juni 2021 offentliggjorde FMI en pressemeddelelse om et forestående indkøb af patruljeskibe, hvoraf bl.a. fremgår:

”Forsvarets patruljefartøjer varetager i dag patruljering, farvandsovervågning og medvirker til redningsopgaver. Samtidig løser et antal ældre miljøskibe opgaven med oprydning i forbindelse med havmiljøulykker.

Til at løse de stadig mere komplekse opgaver som Danmark står overfor, er der brug for skibe, som med større fleksibilitet kan løse flere typer af

opgaver og ikke mindst sikre dansk suverænitetshævdelse på havet. Derfor ønsker regeringen bakket op af forsvarsforligskredsen, at anskaffe en ny type patruljeskibe, som udover de militære opgaver også kan løse havmiljøopgaver.

Forsvarsministeriet indleder nu et forprojekt der skal sikre et stærkt design af den nye skibstype. Processen vil indebære en omfattende inddragelse af danske virksomheders viden og kompetencer indenfor udvikling af skibe og anvendelse af teknologi. Forprojektet skal samtidig sikre, at den nyeste viden om klimaløsninger indtænkes i anskaffelsen af skibene. ...”

Det er oplyst, at FMI i efteråret 2021 besøgte en række danske værfter, herunder Fayard, at FMI under besøget hos Fayard så virksomhedens faciliteter, og at der var en åben dialog om Fayards kompetencer og faciliteter.

Den 23. november 2021 blev Fayard af Danske Patruljeskibe K/S (herefter ”Danske Patruljeskibe”), Danske Maritime og DI Forsvar og Sikkerhed inviteret til at deltage i et dialog- og informationsmøde, der blev afholdt den 6. december 2021. Det fremgår bl.a. af invitationen, at OMT Naval ApS (herefter ”OMT”), Terma A/S (herefter ”Terma”) og PensionDanmark A/S havde dannet konsortiet Danske Patruljeskibe med henblik på at byde ind på opgaven. Videre fremgår det, at konsortiet ville blive præsenteret på mødet, og at der ville blive afholdt individuelle møder, hvor danske virksomheder kunne præsentere relevante kompetencer for konsortiet med henblik på mulige samarbejder. De individuelle møder var inddelt i henholdsvis et militærteknisk spor og et skibsteknisk spor.

Den 6. januar 2022 afholdt FMI møde med Danske Maritime, Dansk Erhverv, DI Forsvar og Sikkerhed, Naval Team Denmark og CenSec. Formålet med mødet var at introducere dansk (forsvars)industri til anskaffelsen af de nye patruljeskibe og indlede en drøftelse med dansk industri om muligheder for at byde på hele eller dele af anskaffelsen. I referatet fra mødet står bl.a., at FMI orienterede om forventninger til anskaffelsen og om den forventede tidsplan, og at FMI som led i markedsundersøgelsen skulle udsende spørgsmål til de fem nævnte brancheorganisationer, som kunne inddrage virksomheder i besvarelsen af spørgsmålene. Videre står der under gengivelsen af drøftelserne på mødet:

”...

- Markedsundersøgelsen vil afdække, hvorvidt der reelt kun er ét konsortium, der kan løfte opgaven. DI anførte i den forbindelse, at design og våbenintegration ikke kan skilles ad, hvilket der var bred enighed om.

...

- Da det ikke er muligt at skille design, konstruktion og våbenintegration ad, vil anskaffelsen blive kontraheret som totalleverance.

...

- Endvidere vil det være hensigtsmæssigt med en totalleverance, så FMI ikke løber en risiko for uklare ansvarsforhold i forhold til forskellige leverandører til faserne.

...

- Dansk Erhverv understregede vigtigheden i at få informeret de små leverandører, og at der bliver adgang til disse i konstruktionsfasen. Konsortiet skal derfor favne bredt.
- Dansk Erhverv spurgte til definitionen af ”danske leverandører”. Definitionen vil blive meldt ud snarest, men i hvert fald vil kravet om dansk domicil indgå. Forventeligt vil der, med inspiration fra investeringsscreeningsloven, blive tale om udenlandsk ejerskab på maksimalt 10 %. FMI vil lave den præcise formulering og tidligt sende den til brancheorganisationerne.
- FMI anførte endvidere, at adgangen til at give opgaver i underentreprise til udenlandske leverandører formentlig ikke vil være til stede eller stærkt begrænset.
- Der var på mødet enighed om, at en totalleverandør, et konsortium, har et ansvar for bredt at inddrage danske underleverandører. FMI vil ligeledes tænke over, hvordan konsortiet bliver kontraktuelt forpligtet hertil, så der sikres en bred inddragelse og konkurrence blandt de danske virksomheder.

...”

Ingen af de fem interesseorganisationer fandt anledning til at påpege fraværet af værfter i Danske Patruljeskibe som en udfordring eller et problem i forhold til en national anskaffelse.

Den 10. februar 2022 afholdt FMI informationsmøde med brancheorganisationen Danske Maritime, hvor bl.a. Fayard deltog, og den 21. februar 2022 deltog Fayard sammen med to andre værfter i et møde hos FMI. Som opfølgning på dette møde sendte Fayard og de to øvrige værfter et brev til FMI den 7. marts 2022. I brevet udtrykte Fayard bl.a. bekymring for den proces, som havde været skitseret af OMT på vegne af det såkaldte ”OMT-konsortium” [Danske Patruljeskibe].

Den 25. april 2022 sendte FMI brev med orientering om tildeling af kontrakt vedrørende anskaffelse af patruljeskibene. Det er oplyst, at Fayard modtog dette brev den 28. april 2022 gennem brancheorganisationen Danske Maritime, som Fayard er medlem af.

Ved bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed nr. 2022/S 084-225498, offentliggjort den 29. april 2022, meddelte FMI, at FMI ønskede at anskaffe et antal patruljeskibe. Det fremgår af bekendtgørelsen, at aftalen omfatter både design, integration af systemer, konstruktion og vedligeholdelse i en initialperiode på forventeligt 5 år af de nye patruljeskibe, og at FMI ønskede at forhandle med Danske Patruljeskibe om at udfylde rollen som national totalleverandør af patruljeskibene. Det er anført, at den samlede værdi er 5.000.000.000 kr., og at den angivne værdi alene er udtryk for et skøn, idet anskaffelsens værdi på tidspunktet for offentliggørelsen af bekendtgørelsen var uafklaret. Af afsnit IV.1.1 Proceduretype fremgår bl.a.:

”Tildeling af kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbuds-bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende i tilfældene anført nedenfor

- Udbuddet er ikke omfattet af direktivet

Forklaring:

FMI ønsker at indgå i forhandlinger med Danske Patruljeskibe K/S vedrørende indgåelse af en kontrakt om design, konstruktion og vedligeholdelse af patruljeskibe til det danske Forsvar.

Afhængig af forhandlingerne, ønsker FMI at anskaffe et antal (forventeligt 5-6) nye patruljeskibe, som skal kunne varetage militær maritim opgaveløsning, herunder suverænitets håndhævelse i danske farvande og danske interesseområder, herunder eskorte, afvisning, overvågning, informationsindhentning mv., samt gennemføre visse civilt prægede opgaver såsom bekæmpelse af forurening til søs (havmiljøopgaven) og ”Search and Rescue”-opgaver.

FMI ønsker endvidere, at anskaffelsen skal foretages hos en national leverandør, da dette vurderes nødvendigt af hensyn til etablering og vedligeholdelse af kritiske nationale kompetencer, og da væsentlige nationale sikkerhedsinteresser tilsiger, at Danmark i tilfælde af krig/kriser ikke skal være afhængig af udenlandske leverandører på området for skibsnybygning, vedligehold, opgradering og reparation.

Det følger endvidere af den nuværende sikkerheds- og udenrigspolitiske situation i Europa, at Danmark som søfarts- og strædenation er nødsaget til at have en uafhængig og stærk position på det maritime område, hvilket også understreges af Rigsfællesskabets enorme områder, som stedse skal besejles i forbindelse med suverænitets håndhævelse. Dertil kommer,

at Danmark har en række forpligtelser overfor NATO, som medfører at Danmark skal være i stand til at forsvare hjemlige farvande, samt fastholde nationale kapaciteter og kompetencer hertil. Der er således behov for, at opgaverne – i et væsentligt omfang – løses i Danmark, og af danske virksomheder.

På denne baggrund ønsker FMI at optage forhandlinger med Danske Patruljeskibe K/S (CVR 43219626) med komplementaren Danske Patruljeskibe A/S (CVR 43219561) om at udfylde rollen som national leverandør af patruljeskibe. FMI vurderer, at der ikke findes et rimeligt alternativ, og at den [] direkte tildeling er hjemlet i TEUF artikel 346.”

Foruden de opgaver, der er nævnt i bekendtgørelsen, har FMI oplyst, at patruljeskibene også skal foretage minelægning, støtte til specialstyrkeoperationer og eventuel deltagelse i internationale operationer.

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Fayard har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

FMI har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Fayard navnlig gjort gældende, at en tildeling uden udbud med hjemmel i TEUF artikel 346 forudsætter, at den konkrete tildeling faktisk imødekommer formålet bag undtagelsen af kontrakten fra udbud, hvilket ikke er tilfældet for FMI's tildeling til Danske Patruljeskibe.

Det følger af TEUF artikel 346 stk. 1, litra b, at Traktatens bestemmelser ikke er til hinder for, at en medlemsstat kan træffe de foranstaltninger, den anser for nødvendige til beskyttelse af sine væsentlige sikkerhedsinteresser, og som vedrører fabrikation af eller handel med våben, ammunition og krigsmateriel. Fayard er enig i, at en kontrakt vedrørende design, konstruktion og vedligeholdelse af patruljeskibe efter omstændighederne kan være omfattet af TEUF artikel 346 og dermed undtaget fra udbudsreglerne. Fayard er også enig i FMI's vurdering af, at det er nødvendigt, at Danmark i tilfælde af krig/kriser

ikke skal være afhængig af udenlandske leverandører på området for skibsnybygning, vedligehold, opgradering og reparation. Fayard bestrider derimod, at kontraktindgåelse med Danske Patruljeskibe sikrer en sådan uafhængighed af udenlandske leverandører, og at der ikke findes et rimeligt alternativ.

Kontrakten er tildelt Danske Patruljeskibe, som er et konsortium bestående af Terma, PensionDanmark og OMT. Ingen af disse virksomheder ejer eller har adgang til et værft eller anden konstruktionsfacilitet i Danmark, herunder særligt dok-kapacitet, og konsortiet vil således være afhængig af et samarbejde med et dansk værft for at imødekomme formålet om at undgå udenlandsk afhængighed.

Der findes kun få værfter i Danmark, som har de fornødne kompetencer til at løse opgaven, og som rent faktisk tidligere har løftet fulde og sammenlignelige opgaver, dvs. både design, udførelse og vedligeholdelse af krigsskibe m.v. Danske Patruljeskibe har – Fayard bekendt – ikke indgået aftale med nogen danske værfter med henblik på FMI's indkøb af patruljeskibe. Danske Patruljeskibe er således afhængig af, at en eller flere af de danske skibsværfter, der har kapacitet og kompetencer til at løfte opgaven, vil indgå som leverandør i forbindelse med konstruktion og vedligeholdelse af FMI's patruljeskibe, hvis opgaven skal udføres i Danmark. Da Danske Patruljeskibe ifølge Fayards oplysninger ikke har en sådan aftale, kan Danske Patruljeskibe ikke sikre, at den afgørende konstruktion og vedligeholdelse kan ske nationalt, og kan dermed heller ikke sikre opfyldelsen af formålet efter TEUF artikel 346.

Det ændrer ikke herved, at FMI i profylaksebekendtgørelsen har angivet, at der vil blive indledt dialog med danske værfter, idet der på dét tidspunkt allerede er sket en tildeling af kontrakten uden sikring af formålet bag tildelingen. Kun en tildeling, evt. af en del af kontrakten, til en virksomhed, som ejer et værft eller anden konstruktionsfacilitet i Danmark, vil kunne sikre dansk konstruktion og vedligeholdelse af patruljeskibene og dermed formålet efter TEUF artikel 346.

Konstruktion og vedligeholdelse af skibene, dvs. de ydelser, der skal udføres på et værft, udgør langt den væsentligste del af kontrakten, både i relation til kontraktsum, sikkerhedsmæssige hensyn og indhold i øvrigt. Det er Fayards erfaring, at designdelen udgør ca. 5 %, og ikke over 10 %, af den samlede

kontraktsum i forbindelse med indkøb af et skib (eksklusiv den militære del, som Fayard ikke konkret kender omfanget af). Den resterende del er selve konstruktionen. FMI's tildeling er således baseret på, at ca. 5-10 % af kontraktværdien garanteres udført i Danmark, mens det er usikkert hvor de resterende 90-95 % af kontrakten vil blive udført. Hertil kommer, at værftsydelserne må anses for særligt vigtige at "holde på dansk jord" for at sikre uafhængighed i tilfælde af krig eller andre kriser. I en sådan situation vil det netop være afgørende, at et skib kan repareres og vedligeholdes i Danmark. Dette hensyn sikres ikke ved indgåelse af kontrakt med Danske Patruljeskibe, hvis kompetencer ligger inden for skibsdesign, og som ikke har adgang til et værft eller anden konstruktionsfacilitet i Danmark. En direkte tildeling til Danske Patruljeskibe sikrer således kun, at en mindre væsentlig del af kontrakten udføres i Danmark.

En kontrakt vedrørende designdelen ville muligvis kunne tildeles til Danske Patruljeskibe ved brug af undtagelsen i TEUF artikel 346, idet Danske Patruljeskibe har både kompetencer og faciliteter til at udføre en sådan opgave og sikre, at det sker i Danmark. Tilsvarende ville en selvstændig kontrakt vedrørende konstruktion og vedligeholdelse af skibe kunne tildeles ved brug af undtagelsen i TEUF artikel 346, hvis opgaven tildeles en eller flere aktører, der har kompetencer og faciliteter til skibskonstruktion i Danmark og dermed kan sikre hensynet bag undtagelsen fra udbud: at opgaven udføres i Danmark.

Særligt vedrørende påstand 1 har FMI anført, at Fayards hovedanbringende efter FMI's opfattelse er udtryk for en misforståelse af, hvad TEUF artikel 346 stiller krav om og medfører.

Hvis artikel 346 kan anvendes, skyldes det, at væsentlige sikkerhedsinteresser gør det påkrævet at fravige sædvanlige udbudsretlige principper, f.eks. fordi der som her er behov for at nationalitetsdiskriminere. Det, der i situationen sikrer beskyttelsen af de væsentlige sikkerhedsinteresser, er dels, at den direkte kontraktpart (totalleverandøren) opfylder kravet om at være dansk, dels at de krav og pligter, som vil blive skrevet ind i kontrakten med totalleverandøren, sikrer beskyttelsen af disse sikkerhedsinteresser.

Hovedformålet med at stille nationalitetskrav er at sikre, at national kompetence- og vidensaflejring imødekommes bedst muligt ved inddragelsen af flest mulige danske virksomheder. Dette formål imødekommes ikke blot ved, at den direkte kontraktpart måtte være et værft.

Det er til opfyldelse af formålet ikke i sig selv afgørende, hvor mange procent af anskaffelsen af patruljeskibene totalleverandøren selv skal stå for at producere/konstruere, i hvert fald når totalleverandøren samtidig kontraktuelt pålægges at finde de bagvedliggende værfter, som også skal have base i Danmark. Om totalleverandøren derfor selv kan levere værftsydelsen, og/eller om totalleverandørens egenproduktion ud af den samlede ydelse ”fylder” 10 % mere eller mindre er ikke relevant.

Anskaffelsen af patruljeskibe er baseret på en grundlæggende præmis om, at Danske Patruljeskibe i kontrakten vil blive forpligtet til at anvende underleverandører, der er danske, for så vidt det ud fra de samme væsentlige sikkerhedsinteresser, som betinger nationalitetskravet for totalleverandøren, også vurderes nødvendigt i forhold til den/de opgaver, underleverandørerne skal udføre.

Det er ikke korrekt, at tildelingen til Danske Patruljeskibe ikke garanterer, at det arbejde, der skal udføres på værfter, vil blive udført i Danmark med vidensaflejring til følge. Det gør tildelingen netop, fordi Danske Patruljeskibe på forhånd kender præmissen og har erklæret sig villig til at indgå i kontraktforhandlinger under hensyntagen til de krav, som præmissen medfører. Det er heller ikke korrekt, at risikoen for, at arbejdet ikke bliver udført ”dansk”, afhænger af, om et eller flere danske værfter er direkte kontraktpart til FMI, hvad enten det måtte være som en del af Danske Patruljeskibe eller for sig selv. Ligesom Danske Patruljeskibe ikke selv har værftskompetencer indlejret i sin konsortiekonstruktion, er der ingen danske værfter, der har de fornødne kompetencer i f.eks. våben- og systemintegration og skibsdesign.

At dømme ud fra Fayards brev til FMI af 7. marts 2022 er det muligt, at Fayard ikke selv ønsker at være underleverandør. Det vil i givet fald være Fayards suveræne beslutning. FMI henholder sig til den gennemførte dialog og markedsundersøgelse, som har peget på, at anskaffelsen af patruljeskibe kan lade sig gøre med Danske Patruljeskibe som totalleverandør og danske underleverandører. Markedsundersøgelsen peger faktisk på, at det er den eneste måde, hvorpå det kan lade sig gøre.

Særligt vedrørende påstand 2 har Fayard gjort gældende, at de traktatbase-rede grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed også finder anvendelse på anskaffelser undtaget fra udbud efter TEUF artikel 346,

idet konkrete fravigelser af disse principper alene kan ske i det omfang, det er nødvendigt for at beskytte de sikkerhedsinteresser, der begrundet undtagelsen fra udbudsreglerne.

Selv hvis TEUF artikel 346 måtte være anvendelig til tildeling af kontrakten til Danske Patruljeskibe, er den konkrete tildeling ulovlig, da den er sket på grundlag af en ikke-fuldstændig markedsundersøgelse, hvor FMI fejlagtigt har konstateret, at der ikke er grundlag for at skabe en konkurrence om kontrakten. Tildelingen er dermed i strid med de traktatbaserede principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Det følger af EU-Domstolens dom af 7. december 2000 i sag C-324/98, *Telaustria*, at ordregivende enheder ved indkøb, der ikke er omfattet af udbudsreglerne, fortsat er forpligtet til at følge traktatens grundlæggende principper, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Klagenævnet fastslog i kendelse af 20. december 2013, *Agusta Westland Limited mod Forsvarets Materieltjeneste*, at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet alene kan fraviges i forbindelse med en tildeling efter TEUF artikel 346, hvis det er nødvendigt af sikkerhedsmæssige årsager.

FMI's begrundelse for ikke at gennemføre EU-udbud vedrørende kontrakten om design, konstruktion og vedligeholdelse af patruljeskibe var, at det af sikkerhedsmæssige årsager er nødvendigt at indgå kontrakt med danske leverandører. Dette hensyn ville fortsat blive varetaget, selvom FMI havde gennemført en national konkurrence om kontrakten efter artikel 346 eller som minimum havde gennemført en reel markedsdialog, hvor de relevante aktører inden for skibskonstruktion var blevet inddraget direkte. Formålet med at undtage kontrakten fra udbud var således ikke at hemmeligholde indkøbet, som jo også er offentliggjort i en pressemeddelelse, men derimod at sikre tildeling til danske leverandører. Dette formål udelukker ikke en rent national konkurrence. Det var derfor ikke nødvendigt at fravige principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i relation til danske aktører, da de sikkerhedsmæssige hensyn kunne varetages ved gennemførelse af en national konkurrence eller en reel markedsdialog.

FMI gennemførte en markedsdialog i regi af bl.a. brancheorganisationen Danske Maritime, men FMI anmodede på intet tidspunkt de deltagende aktører om at danne samarbejder for at synliggøre grundlaget for en kommende

konkurrence. En ordregiver kan ikke forudsætte, at konsortiedannelser etableres allerede under en markedsdialog, og inden en konkurrence om kontrakten iværksættes. FMI's vurdering af, at der ikke er grundlag for at skabe en konkurrence på markedet, er således truffet på et ikke-fuldstændigt grundlag og er derfor i strid med de traktatbaserede principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

En reel markedsdialog med fokus på forskellige samarbejdskonstellationer kunne have vist FMI, at der var grundlag for at skabe konkurrence om kontrakten, herunder med inddragelse af værfterne, der skal udføre hovedparten af kontrakten. Der findes flere danske virksomheder, som beskæftiger sig med skibsdesign, og som også har betydelig erfaring med design for Forsvaret og ville kunne løfte design-opgaven. Disse ses heller ikke inddraget i markedsdialogen, men kunne have været relevante aktører i samarbejde med eksempelvis et dansk værft.

Fayard er enig i, at en markedsundersøgelse ikke nødvendigvis skal omfatte dialog med alle, som "helt hypotetisk kunne tænkes at være interesseret" i den pågældende kontrakt. FMI har dog som offentlig ordregiver en pligt til at sikre en relevant afgrænsning af de aktører, der inddrages i en markedsdialog, og at beslutninger ikke træffes uden fornødent oplyst grundlag. FMI kunne ikke lægge en markedsdialog til grund – særligt for en beslutning om direkte tildeling – når det var klart, at de adspurgte aktører, i dette tilfælde brancheorganisationerne, ikke havde tilstrækkelig information til at besvare de spørgsmål, som FMI stillede.

Det følger af EU-Domstolens præmis 62 i sag C-324/98, *Telaustria*, at gennemsigtighedsforpligtelsen "består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske." FMI havde netop mulighed for at skabe en konkurrence om kontrakten, men besluttede i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ikke at gøre det.

De grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed indebærer en pligt til at konkurrenceudsætte kontrakter, hvis det er muligt. FMI's markedsdialog har ikke i tilstrækkelig grad afdækket, om der var mere end én aktør, der kunne være interesseret i kontrakten som totalleverandør, og

tildelingen til Danske Patruljeskibe er derfor i strid med de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Særligt vedrørende påstand 2 har FMI bestridt, at en markedsundersøgelse skal omfatte dialog med alle, som helt hypotetisk kunne tænkes at være interesseret i at indgå som direkte kontraktpart på anskaffelsen af patruljeskibe. FMI konstaterede meget hurtigt, at der ikke ville være alternativer til Danske Patruljeskibe, hvilket skyldes, at design og våben- og systemintegration ikke kan adskilles.

Der er én våben- og systemintegrator i Danmark, som kan stå for den nødvendige integration i samspil med design, nemlig Terma.

Da Danske Patruljeskibe kom på banen, var opgaven for FMI derfor dels at få undersøgt, om der alligevel kunne tænkes at være andre mulige totalleverandører, dels at få undersøgt, om Danske Patruljeskibe i øvrigt ville kunne løfte opgaven – altså om der overhovedet var tale om et realistisk projekt selv med Danske Patruljeskibe som totalleverandør.

FMI havde ikke grund til at udfolde en endnu bredere markedsundersøgelse, end den FMI rent faktisk foretog. I givet fald skulle en bredere markedsundersøgelse ikke kun omfatte danske værfter, men alle de virksomhedstyper, som potentielt kan have interesse i indkøbet af patruljeskibe. FMI valgte at inddrage de fem relevante brancheorganisationer, herunder Fayards egen brancheorganisation. Det var både bredt og relevant.

Lige siden offentliggørelse af pressemeddelelsen i juni 2021 om indledning af et forprojekt og helt frem til og med februar 2022 er Fayard blevet inddraget i FMI's markedsundersøgelse, både gennem sin brancheorganisation, Danske Maritime, og ved direkte deltagelse i møder med FMI. FMI's dialoger med enkeltvirksomheder og de fem landsdækkende brancheorganisationer blev endda fulgt op med skriftlige besvarelser af spørgsmål, der netop havde til formål at afdække, om der kunne tænkes andre totalleverandører, herunder hvordan konkurrence om opgaven, kontrol med priser osv. i givet fald kunne sikres.

Besvarelserne, der er fremlagt i sagen, viste, at der ikke var andre konsortier i Danmark, som kunne løfte den samlede opgave, og at konkurrence om priserne derfor skulle sikres ved "open book accounting", ligesom konkurrence

om de underliggende opgaver kunne sikres enten ved at forpligte totalleverandøren til at foretage nationale udbud, herunder af værftsopgaverne, eller ved at FMI fortsat sørger for at diktere en åben og transparent indenlandsk proces i det videre forløb, hvorved de danske underleverandører kan komme bedst og bredest muligt i spil.

Det er ikke oplagt, at den omstændighed, at Fayard ”ville være indstillet på” at indgå i et samarbejde med ”andre aktører”, medfører en sådan beskyttelsesværdig interesse, at Fayard er klageberettiget, og det er svært at forholde sig specifikt til betydningen af noget, som Fayard måske ville være ”indstillet på”, men som ikke er konkretiseret, og hvor det ikke fremgår, hvilke andre virksomheder Fayard tænker på. Selvom Fayard senest i november 2021 vidste, at Danske Patruljeskibe var interesseret i at påtage sig opgaven, har Fayard ikke på noget tidspunkt selv gjort sig til en del af et reelt alternativ. Dette er dog heller ikke afgørende. Det afgørende er, at FMI selv foretog en tilstrækkelig undersøgelse, som gav det resultat, at der ikke var alternativer til Danske Patruljeskibe, og at Danske Patruljeskibe kunne løfte opgaven som totalleverandør, forudsat opbakning fra dansk forsvarsindustri i øvrigt.

Når de danske værfter inddrages, tilgodeses alle hensyn med anskaffelsen af patruljeskibe, herunder FMI's behov for en totalleverandør, som også omfatter våben- og systemintegrationskompetencen, samt værfternes ønskelige deltagelse i processen. Dermed tilgodeses også formålet om at sikre etablering og vedligeholdelse af dansk knowhow i bred forstand. Pointen er netop at inddrage mange danske virksomheder, hvilket ikke nødvendigvis harmonerer med at have et værft – eller et konsortium af Danmarks tre største værfter – som den totalleverandør, der i givet fald skal vælge, om det, der er totalleverandørens egen spidskompetence, også i større eller mindre omfang skal konkurrenceudsættes til andre danske værfter. FMI's ønske om én totalleverandør er sagligt, og det samme er FMI's valg af totalleverandøren.

FMI er derfor på baggrund af sine undersøgelser ikke kun betrygget i, men forvisset om, at der ikke er andre totalleverandører, som kan stå for opgaven. Der er derfor heller ikke grundlag for national konkurrence på totalleverandør-niveauet eller yderligere undersøgelser, og der er derfor heller ikke sket nogen tilsidesættelse af grundlæggende gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincipper.

Særligt vedrørende påstand 3 har Fayard gjort gældende, at det ad påstand 1 og 2 anførte medfører, at FMI's tildelingsbeslutning skal annulleres, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Særligt vedrørende påstand 3 har FMI henvist til det ad påstand 1-2 anførte.

Ad uopsættelighed

Fayard har anført, at FMI har foretaget en ulovlig direkte tildeling. Eftersom Fayard ikke har haft mulighed for at afgive tilbud, vil Fayard ikke kunne dokumentere, at virksomheden skulle være tildelt kontrakten, og den har dermed ikke mulighed for at opnå erstatning. Det følger af fast praksis fra klagenævnet, at der foreligger uopsættelighed, hvis klageren er afskåret muligheden for at opnå erstatning, herunder særligt ved en ulovlig direkte tildeling, jf. eksempelvis klagenævnets kendelse af 20. december 2019, Smith & Nephew A/S mod Region Nordjylland m.fl. Kravet om uopsættelighed er således opfyldt.

Fayard har bestridt, at Fayard aldrig ville kunne påtage sig kontrakten om design, konstruktion og vedligeholdelse af patruljeskibe. Hvis FMI gennemfører en konkurrence, vil Fayard afhængigt af konkurrencens udformning med al sandsynlighed kunne deltage i denne og påtage sig opgaven, hvis Fayard tildeles kontrakten.

FMI har anført, at Fayard aldrig ville kunne påtage sig opgaven eller blive tildelt denne. Det er endvidere dokumenteret, at der ikke ville være andre konsortier end Danske Patruljeskibe, der kunne påtage sig opgaven. Dermed var og er der heller ikke andre alternative konsortier under medvirken af Fayard, der kan tildeles opgaven. Endelig er Fayards muligheder for at blive tildelt opgaver som underleverandør uændret. Kravet om uopsættelighed er således ikke opfyldt.

Ad interesseafvejning

Fayard har anført, at den primære interesse i denne sag er hensynet til Danmarks sikkerhed, som er baggrunden for undtagelsesbestemmelsen i TEUF artikel 346. Tildelingen til Danske Patruljeskibe sikrer ikke dansk konstruktion af patruljeskibe, og det vil således kunne få betydelige konsekvenser for

Danmarks sikkerhed, hvis FMI indgår kontrakt med Danske Patruljeskibe som påtænkt.

FMI har desuden ikke en uopsættelig interesse i at indgå kontrakten forud for, at denne klagesag er afgjort. Det skal indgå med betydelig vægt i vurderingen heraf, at FMI har haft et projekt kørende siden sommeren 2021, og at de påklagede forhold endvidere er bragt til FMI's kundskab, straks den relevante del af markedet blev gjort opmærksom på manglerne i FMI's tilgang til tildeling. FMI havde således mulighed for at udvide markedsdialogen til også direkte at omfatte værfterne og kunne derved have sikret en lovlig tildeling.

Uanset den europæiske sikkerhedssituation måtte være ændret siden FMI's opstart af projektet, herunder som følge af den russiske invasion af Ukraine, udgør dette ikke en reelt uopsættelig interesse for FMI, idet hele formålet med tildelingen af kontrakten uden udbud er forspildt, hvis ikke tildelingen sker under hensyntagen til inddragelsen af de reelt vigtigste aktører – dvs. værfterne – i processen, og at FMI's formål dermed alligevel vil være forspildt.

Endvidere bør hensynet til Fayard i en situation som denne, hvor der er sket en direkte tildeling i strid med hensynet bag TEUF artikel 346 og de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed, veje tungere end hensynet til FMI's interesse i at kunne underskrive kontrakten.

Interesseafvejningen må derfor også føre til, at klagen tillægges opsættende virkning.

FMI har anført, at der ikke er noget, der kan give anledning til mistanke om omgåelse eller misbrug af TEUF artikel 346, ligesom der ikke er andre hensyn, der i nogen henseende kan veje tungere end vigtigheden af, at kontrakten om design, konstruktion og vedligeholdelse af patruljeskibe ikke skal afvente en klagesag med alle de ubekendte faktorer og deraf følgende forsinkelser af kontrakten, som en sådan klagesag kan vise sig at medføre. Dette gør sig navnlig gældende i en udenrigs- og sikkerhedspolitisk situation som den nuværende, hvor beskyttelse af Østersøen og de danske stræder – en opgave, som patruljeskibene netop er tiltænkt – er vigtigere end nogensinde før.

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 klageberettigelse

Det følger af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1, nr. 1, at enhver som har retlig interesse heri, kan klage til Klagenævnet for Udbud. Efter klagenævnets praksis har en virksomhed, der har deltaget eller ville have kunnet

deltage i et udbud, retlig interesse i at klage. Ifølge samme praksis skal bestemmelsen ikke fortolkes restriktivt. Dette gælder særligt i en situation som den foreliggende, hvor den ordregivende myndighed ikke har iværksat udbud, men har tildelt kontrakten direkte. Efter det oplyste om Fayards virksomhed og virksomhedens interesse i kontrakten har Fayard retlig interesse i at kunne klage.

Ad påstand 1

TEUF artikel 346 har følgende ordlyd:

- ”1. Traktaternes bestemmelser er ikke til hinder for følgende regler:
- a) ingen medlemsstat er forpligtet til at meddele oplysninger, hvis udbredelse efter dens opfattelse ville stride mod dens væsentlige sikkerhedsinteresser
 - b) hver medlemsstat kan træffe de foranstaltninger, som den anser for nødvendige til beskyttelse af sine væsentlige sikkerhedsinteresser, og som vedrører fabrikation af eller handel med våben, ammunition og krigsmateriel; disse foranstaltninger må ikke forringe konkurrencevilkårene inden for det indre marked for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål
2. Rådet fastlægger med enstemmighed på forslag af Kommissionen ændringer til den liste, det har fastlagt den 15. april 1958, over de varer, hvorpå bestemmelserne i stk.1, litra b), finder anvendelse.”

TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, angår efter sin ordlyd således foranstaltninger, der er 1) ”nødvendige” til beskyttelse af 2) ”væsentlige sikkerhedsinteresser”, og som angår 3) ”fabrikation af eller handel med våben, ammunition og krigsmateriel”. Sådanne foranstaltninger kan dog ikke anvendes, hvis de 4) ”forringe[r] konkurrencevilkårene inden for fællesmarkedet for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål.”

Der er så vidt ses enighed om, at betingelserne 2-4 for at undlade udbud efter sikkerheds- og forsvarsdirektivet er opfyldt. Det er således ubestridt, at der er tale om krigsmateriel, at fællesmarkedet for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål, ikke påvirkes, og at væsentlige sikkerhedsinteresser nødvendiggør nationalitetsdiskrimination.

Betingelsen om, at foranstaltningen skal være ”nødvendig”, indebærer, at foranstaltningen skal være saglig og proportional i den konkrete sammenhæng.

Fayard har anført, at selskabet er enig med FMI i, at det er nødvendigt, at Danmark ikke er afhængig af udenlandske leverandører i forbindelse med nybygning og vedligeholdelse af patruljeskibe, og at nationalitetsdiskriminationen således er nødvendig til beskyttelse af væsentlige sikkerhedsinteresser.

Fayard har imidlertid gjort gældende, at en tildeling uden udbud med hjemmel i TEUF artikel 346 tillige forudsætter, at den konkrete tildeling faktisk imødekommer formålet bag undtagelsen af kontrakten fra udbud, og at dette ikke er tilfældet for FMI's tildeling til Danske Patruljeskibe, fordi ingen af virksomhederne i Danske Patruljeskibe ejer eller har adgang til et værft eller anden konstruktionsfacilitet i Danmark.

Det fremgår af et referat fra et møde den 6. januar 2022 mellem FMI og brancheorganisationerne Danske Maritime, Dansk Erhverv, DIFOS, Naval Team Denmark og CenSec, at baggrunden for, at FMI ønskede at kontrahere med en totalleverandør, er, at ”det ikke er muligt at skille design, konstruktion og våbenintegration ad”, og at det ”vil ... være hensigtsmæssigt med en totalleverance, så FMI ikke løber en risiko for uklare ansvarsforhold i forhold til forskellige leverandører til faserne”. FMI har yderligere anført, at ønsket om en totalleverandør er båret af hensynet til at sikre, at den leverandør, som i forbindelse med dialogen under designfasen både får indsigt i detaljerede behov, forventede opgaver og militære doktriner, i givet fald også kommer til at stå for udførelsen af konstruktionsprojektet.

Der synes at være enighed om, at der i Danmark kun findes én integrator af våben og øvrige systemer, nemlig Terma, som indgår i Danske Patruljeskibe.

Klagenævnet finder herefter efter det foreløbigt foreliggende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte FMI's vurdering af, at den eneste mulige kontraktpart var Danske Patruljeskibe.

Det forhold, at totalleverandøren vil få behov for anvendelse af underleverandører på konstruktionsprojektet, fører ikke til, at formålet med anvendelsen af TEUF artikel 346 ikke kan opfyldes. Som anført af FMI vil kontraktgrundlagets krav til underleverandørerne kunne sikre overholdelsen af de nationale sikkerhedsinteresser.

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

Ad påstand 2

Anvendelse af TEUF, herunder de grundlæggende principper om gennemsigtighed og ligebehandling, på en offentlig anskaffelse forudsætter, at der foreligger en vis grænseoverskridende interesse, idet traktaten ikke finder anvendelse på rent nationale forhold.

Klagenævnet har på det foreliggende foreløbige grundlag vurderet, at betingelsen om, at det skal være nødvendigt at fravige udbudsreglerne for at beskytte væsentlige nationale sikkerhedsinteresser, er opfyldt.

Som redegjort for i klagenævnets kendelse af 20. december 2013, Augusta Westland Limited mod Forsvarets Materielstyrelse, er der ikke i Domstolens praksis grundlag for, at der skal foretages en yderligere prøvelse af proportionalitets- og nødvendighedskrav, som ligger ud over den prøvelse, der kræves efter TEUF artikel 346, stk. 1, litra b.

Der er herefter ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

Betingelsen om ”fumus boni juris” er derfor ikke opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent