

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)

Ved bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed nr. 2022/S 084-225498, offentliggjort den 29. april 2022, meddelte Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI), at FMI ønskede at anskaffe et antal patruljeskibe og i den forbindelse ønskede at optage forhandlinger med Danske Patruljeskibe K/S (Danske Patruljeskibe) om at udfylde rollen som national leverandør heraf. FMI meddelte samtidig, at det var vurderingen, at der ikke fandtes et rimeligt alternativ, og at den direkte tildeling er hjemlet i TEUF artikel 346.

Den 9. maj 2022 indgav Fayard A/S (Fayard) klage til Klagenævnet for Udbud over FMI.

Klagenævnets formand har i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 4, 2. pkt., besluttet at udvide antallet af medlemmer, der deltager i sagens afgørelse.

Fayard fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at

klagen skulle have opsættende virkning. Den 13. juni 2022 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Fayard har nedlagt følgende endelige 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)

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 (subsidiær)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI's tildeling af totalleverandørkontrakt vedr. design, konstruktion og vedligeholdelse af patruljeskibe til Danske Patruljeskibe ikke kan ske ved brug af undtagelsen i TEUF artikel 346, stk. 1, litra b), da betingelsen om 'nødvendighed' ikke er opfyldt, idet det ikke var nødvendigt at tildele en totalleverandørkontrakt ved brug af undtagelsen, da formålet kunne være tilgodeset ved mindre indgribende foranstaltninger, eksempelvis ved tildeling af separate kontrakter, således at alene en kontrakt vedrørende våbenintegration skulle tildeles uden konkurrenceudsættelse, hvorimod de øvrige dele af kontrakten ville kunne indgå i en konkurrenceudsættelse.

Påstand 4

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

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

Andre oplysninger i sagen

I september 2017 iværksatte FMI ved udbudsbekendtgørelse 2017/S 176-360078 et udbud af nye miljøskibe.

Udbuddet blev imidlertid annulleret og af ”Aftale på forsvarsområdet 2018-2023”, offentliggjort den 28. januar 2018, fremgår herom bl.a.:

”Militære fartøjer til løsning af havmiljøopgaver
Forligspartierne noterer sig, at udbuddet af nye miljøskibe genovervejes med henblik på at undersøge muligheden for en løsning, hvor nye militære fartøjer, udover den militære opgaveløsning, i nødvendigt omfang kan løse havmiljøopgaver.”

I forlængelse heraf etablerede OMT Naval ApS (”OMT”), Terma A/S (”Terma”) og PensionDanmark A/S (PensionDanmark) et samarbejde. Af et ”Memorandum of understanding” underskrevet i marts 2021 fremgår bl.a.:

“The Parties’ joint objective is to develop and offer an innovative and attractive turnkey solution to DALO in which the Consortium assumes responsibility for the design, development, construction, equipment, delivery, sustainment, and financing of, new patrol ships to DALO”

I pressemeddelelser af 28. juni 2021 offentliggjort på PensionDanmarks og Termas hjemmesider fremgår bl.a.:

”Forsvarsforligskredsen har besluttet at igangsætte et udviklingsprojekt, der skal lede til anskaffelsen af en række nye flådefartøjer, der skal styrke Søværnets opgaveløsning. Det er denne opgave, som stærke, danske partnere i form af Odense Maritime Technology, Terma og PensionDanmark står klar til at løfte.

...

Med afsæt i en stærk skibsbygningstradition og det Blå Danmarks stærke kompetencer vil partnerne som totalleverandør byde på opgaven med at designe, bygge, udstyre og levere den nye skibsklasse i tæt samarbejde med Forsvaret. Gennem et bredt samarbejde med danske industrielle aktører har partnerne en klar målsætning om at sikre et stort dansk indhold

i den nye skibsklasse og derved skabe en lang række danske arbejdspladser.”

Ligeledes den 28. juni 2021 offentliggjorde FMI en pressemeddelelse om et forestående indkøb af patruljeskibe. Af pressemeddelelsen fremgår bl.a.:

”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 suverænitethævdelse 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.

...

Lars Christian Lilleholt, Venstre, siger:

”I Venstre glæder vi os over aftalen, der både sikrer Forsvaret nye, kapable skibe og samtidig understøtter det Blå Danmark og den danske forsvarsindustri. Nu har vi politisk lagt kølen til, at Forsvaret kan indgå aftale med en dansk totalleverandør om et forprojekt, der kan sikre at den nye skibsklasse designs og bygges efter Forsvarets behov, og som efterfølgende kan eksporteres til resten af verden til gavn for dansk erhvervsliv og danske arbejdspladser.””

Parterne har 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 dialog om Fayards kompetencer og faciliteter.

Den 23. november 2021 blev Fayard sammen med en række andre virksomheder inviteret af DI Forsvar og sikkerhed, Danske Maritime og det nyetablerede konsortium Danske Patruljeskibe til at deltage i et dialog- og informationsmøde om ”Søværnets nye patruljeskibe”, der blev afholdt den 6. december 2021. Det fremgår bl.a. af invitationen, at OMT, Terma og PensionDanmark havde dannet 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.

Af dagsordenen for mødet fremgår, at der bl.a. ville være oplæg af 20-30 minutters varighed for hver af emnerne ”Totalleverandørmodel og FEED – hvorfor?”, ”Totalleverandørmodel og FEED – hvordan og hvornår?” og ”Totalleverandør model og økonomi – perspektiver”.

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 forsvarsindustri 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 ville 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 investeringscreeningsloven, 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.

...”

Af en præsentation fra mødet den 6. januar 2022 mellem FMI og brancheorganisationerne fremgår bl.a. følgende spørgsmål:

”Spørgsmål relateret til de fire betingelser:

- Ét konsortium har meldt ud, at de kan løse opgaven. Er I som brancheorganisationer betrygget i, at relevante danske virksomheder har mulighed for at deltage?
- Ser I mulighed for andre konsortier?
- Vil der være områder, hvor der ikke er danske kompetencer til at løse opgaverne?
- Vil danske værfter kunne varetage skrogarbejdet?
- Har I forslag til områder, hvor der kan være muligt/relevant at foretage national konkurrence?
- Har I ideer til hvad en fortsat markedsundersøgelse skal indeholde?”

På FMI’s spørgsmål til brancheorganisationerne: ”Ét konsortium har meldt ud, at de kan løse opgaven. Ser I mulighed for andre konsortier?”, svarede Dansk Erhverv:

”Indledningsvis skal det generelt bemærkes, at Dansk Erhverv går ind for at udbudslovens regler anvendes til at skabe konkurrence og innovation. Herved understøttes at det offentlige indkøber de bedste produkter og tjenesteydelser med de laveste omkostninger til følge. En forudsætning for dette, at de virksomheder, som konkurrerer om offentlige kontrakter behandles fair og lige.

Det konsortium, der har meldt sin interesse, består af dygtige og veletablerede virksomheder og aktører. Dansk Erhverv kan ikke umiddelbart se andre konsortier i markedet.

Det er imidlertid meget vigtigt, at såfremt ét konsortium via et totalleverandørkoncept gives ordren, skal der til markedet oplyses en klar struktur og tidsplan for konsortiet og dets arbejde.

Konsortiekonstruktionen skal sættes op på en transparent måde, således at markedet, herunder underleverandører, ved hvem der er den relevante part i konsortiet under de forskellige anskaffelsesfaser beskrevet i nedenstående.”

På samme spørgsmål svarede CenSec:

”Vi har pt. ikke kendskab til, at andre konsortier i Danmark vil kunne løse opgaven som totalleverandør.”

På samme spørgsmål svarede Danske Maritime:

”Der kan være flere grupper i industrien med interesse i at byde på opgaven, men det er svært at forestille sig, at der vil være mere end ét konsortium, der vil påtage sig ansvaret som totalleverandør – inkl. den finansielle risiko og krigsmateriel”

Af et brev af samme dato, som mødet med brancheorganisationerne blev afholdt, den 6. januar 2022 fra OMT, Terma og PensionDanmark til FMI fremgår bl.a.:

”Terma, PensionDanmark og OMT har som bekendt etableret Konsortiet Danske Patruljeskibe K/S med henblik på som totalleverandør at projektere og levere Søværnets næste skibsklasse: Patrulje-skibene.

...

Patruljeskibene kan i al væsentlighed bygges i Danmark

Konsortiet har som led i dialogen besøgt alle danske værfter af en vis størrelse. Som det fremgår af følgende tabel, eksisterer der en god, grundlæggende kapabilitet og kapacitet på de danske værfter.

Tabellen indikerer de faser, som de enkelte værfter umiddelbart har tilkendegivet at være interesserede i.

Værfterne har også tilkendegivet, at de ikke ønsker at stå med et totalansvar for design og produktion.

[SKEMA over de 5 danske værfters kapacitet]

På baggrund af dialogen vurderes det, at det er muligt at sikre, at en meget høj andel af produktionen af de nye patruljeskibe uafhængigt af værft kan foregå i Danmark og under dansk kontrol. En dansk løsning til blokproduktion forudsætter dog en initialinvestering i supplerende produktionsteknologi for at sikre en effektiv udførelse. Et forprojekt vil kunne afdekke og fremme mulighederne for danske løsninger yderligere.

De nævnte værfter tilkendegiver travlhed i deres civile basisforretning, og en byggestrategi – hvor værfterne arbejder sammen – vil i givet fald være hensigtsmæssig for at undgå lokal overbelastning.

Værfterne er klar til at samarbejde med konsortiet om en distribueret byggestrategi.

Kapaciteten i den samlede danske værftsindustri er af en sådan størrelse, at det vil være udtryk for rettidig omhu at reservere byggekapalet i god tid.”

Den 10. februar 2022 afholdt FMI supplerende 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 mødet den 21. februar 2022 sendte Fayard og de to øvrige værfter et brev til FMI den 7. marts 2022. I brevet udtrykte værfterne bl.a. bekymring for den proces, som havde været skitseret af OMT på vegne af det såkaldte ”OMT-konsortium” [Danske Patruljeskibe]. Af brevet fremgår bl.a.:

”Overordnet findes det nødvendigt, at værfterne inddrages på et tidligt stadie i processen som en ligeværdig part særligt i relation til at fastsætte en pris og byggetid. Byggeerfaringen i Danmark findes hos de danske værfter som fysisk konstruerer, bygger og udstyrer de respektive skibe og er væsentlig forskellig fra designopgaven. OMT eller en anden designer/konsulent besidder ikke erfaring omkring selve bygnings-/konstruktionsdelen men alene engineering-/designdelen, og det er centralt at sondre mellem de to opgaver og know-how hertil.

Orskov Yard, Karstensens Skibsværft og FAYARD bistår gerne i forbindelse med udarbejdelse af et detailed design og prissætning.

Af hensyn til at sikre en sund projektøkonomi har vi er det desuden foreslået til FMI at udarbejde priser efter et ”åben-bogs-princip”.

Orskov Yard, Karstensens Skibsværft og FAYARD har rakt ud til OMT, men det er blevet afvist at involvere værfterne som en ligeværdig part på det stadie i processen, hvor prissætning finder sted (hvorvidt det sker under eller efter FEED-stadiet afgøres af FMI).

...

Orskov Yard, Karstensens Skibsværft og FAYARD, mener at FMI bør gentænke hele indkøbsmodellen, så værfterne som minimum bliver lige-stillet i den trekant som FMI har skitseret.”

FMI besvarede henvendelsen den 25. april 2022. Af svaret fremgår bl.a.:

”Som det er værfterne bekendt, og som FMI gennemgik på informations-mødet i Danske Maritime den 10. februar 2022 samt på mødet her i FMI den 21. februar, er samarbejdet med FMI og værfterne endnu ikke ende-ligt rammesat, men FMI vil her fremhæve væsentlige punkter fra den proces, der indtil nu tegner sig:

- FMI arbejder hen imod en samarbejdsmodel, hvor relevante bidrags-ydere inddrages i et design-, integration- og konstruktionsforløb.
- FMI arbejder hen imod en samarbejdsmodel, der afledt af Danmarks væsentlige sikkerhedsinteresser tilgodeser behovet for opbygning og vedligeholdelse af nødvendige kompetencer i Danmark.
- FMI anser værftsindustrien for at være en af siderne i den ”trekant” imellem Værftsindustrien – Et design-/integrationskonsortium – Forsva-ret, der skal sikre en god gennemførelse og implementering af projektet.

På informationsmødet den 10. februar 2022 i Danske Maritime anførte FMI, at styringsopgavens omfang og kompleksitet samt det kontraktret-lige ansvar betyder, at FMI ønsker at indgå kontrakt med en totalentre-prenør.

På mødet blev det ligeledes oplyst, at det er Danmarks væsentlige sikker-hedsinteresser, som ligger til grund for den skitserede proces. Sikker-hedsinteresserne betinger, at det er danske leverandører, som både udfø-rer design, systemintegration og konstruktion, samt at det er danske leve-randører, som udfører opgaver knyttet til reparation og vedligehold.

Behovet for at beskytte Danmarks sikkerhedsinteresser er siden mødet kun blevet forstærket, og der er derfor et tiltagende stort behov for, at industrien og FMI indgår i et tæt samarbejde og dialog om den forestå-ende anskaffelse”

Ligeledes 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, af den 26. april 2022, offentliggjort den 29. april 2022, meddelte FMI, at styrelsen ønskede at anskaffe et antal patruljeskibe. Det fremgår af bekendtgørelsen, at aftalen omfatter design, konstruktion og 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. 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 suverænitethåndhævelse 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 suverænitethåndhævelse. 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.”

På et samråd i Folketingets Finansudvalg den 24. juni 2022 redegjorde forsvarsministeren for beslutningen om at undtage indkøbet fra udbud med hjemmel i EUF-traktatens artikel 346. Forsvarsministeren henviste i den forbindelse til en vurdering foretaget af Kammeradvokaten.

Kammeradvokatens vurdering er in extenso fremsendt til klagenævnet og i ekstraheret form til Fayard.

På et spørgsmål 312 til Forsvarsudvalget svarede Forsvarsministeren den 15. september 2022 bl.a.:

”FMI har forud for tildelingen af kontrakten til Konsortiet (Danske Patruljeskibe K/S) søgt at inddrage erfaringer fra andre landes praksis på området, herunder bl.a. Storbritannien og Finland. Erfaringerne fra disse landes praksis kan af flere grunde, herunder markedssituationen for danske leverandører af våbenintegration, ikke direkte overføres til den aktuelle tildeling i Danmark.

Den gennemførte markedsundersøgelse viste, at der ikke er grundlag for at skabe en national konkurrence om opgaven, idet der alene er én aktør, som kan varetage opgaven vedrørende design og våbenintegration.

Konsortiet vil blive pålagt at gennemføre konkurrenceprægede processer i forbindelse med etablering af underleverandørkontrakter, ligesom Konsortiet skal sikre, at de væsentligste opgaver forbundet med design og konstruktion så vidt muligt udføres her i landet, hvilket i øvrigt er i overensstemmelse med regeringens strategi for dansk forsvarsindustri fra august 2021.”

Foruden de opgaver, der er nævnt i bekendtgørelsen offentliggjort den 29. april 2022, har FMI oplyst, at patruljeskibene også skal foretage minelægning, støtte til specialstyrkeoperationer og eventuel deltagelse i internationale operationer.

Fayard har oplyst, at ledelsesmedlemmer i 3 af de 5 brancheorganisationer, der var inddraget i markedsdialogen, ligeledes er at finde i ledelsen eller ejerkredsen i OMT, Terma og PensionDanmark.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Fayard har 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.

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 afhængigt af et samarbejde med et dansk værft for at imødekomme formålet om at undgå udenlandsk afhængighed.

Selv hvis det lægges til grund, at Terma er den eneste danske våbenintegrator, kan det ikke derfra sluttes, at Danske Patruljeskibe var den eneste mulige kontraktpart. FMI kunne således indgå totalleverandørkontrakt med en leverandør, der ikke selv har kompetencer inden for våbenintegration, idet denne del ville kunne sikres ved underleverance. Når en ordregiver indgår kontrakt med en totalleverandør, sker det sjældent med henblik på, at totalleverandøren selv skal levere alle ydelser omfattet af kontrakten. Det er også tilfældet for Danske Patruljeskibe, der selv i brevet til FMI af 6. januar 2022 skriver, at Danske Patruljeskibe vil være afhængig af blandt andet værfter og forskellige komponent- og underleverandører. FMI ses ikke i sine forundersøgelser af markedet at have udtrykt et behov for, at Terma nødvendigvis skal være en del af det konsortium, der indgås kontrakt med.

FMI's konklusion om, at der kun var ét muligt konsortium, er tilsyneladende baseret på en vurdering af de konsortier, som eksisterede forud for FMI's beslutning, og som FMI havde kendskab til. Vurderingen af, om der findes konsortier, der kan være interesseret i en kontrakt, kan imidlertid ikke træffes på baggrund af en vurdering af eksisterende (eller planlagte) konsortier på et tidspunkt, hvor projektet endnu ikke er offentligt kendt eller defineret, og eventuelle relevante aktører derfor endnu ikke har haft mulighed for at overveje endelige træffe beslutning om konsortiedannelse.

Der er flere kritisable forhold i FMI's afdækning af, hvilke konsortier der kunne være interesseret i totalleverandørkontrakten.

For det første har FMI ikke spurgt andre aktører end konsortiet Danske Patruljeskibe, om man ville være interesseret i kontrakten. FMI har blot lagt oplysningen i brevet af 6. januar 2022 fra Danske Patruljeskibe om, at de største danske værfter "ikke ønsker at stå med et totalansvar for design og produktion" til grund. Allerede fordi Danske Patruljeskibe havde en interesse i at blive betragtet som den eneste mulige leverandør, kan FMI ikke basere sin vurdering på udsagnet. Selv hvis udsagnet var korrekt, ville det ikke udelukke muligheden for, at et eller flere af de danske værfter f.eks. kunne indgå i et konsortium med en dansk skibsdesigner og eventuelt også med en finansiel aktør. At der ikke var dannet sådanne konsortier i konkurrence til Danske Patruljeskibe, da FMI traf beslutning om direkte tildeling, skyldes alene markedets manglende kendskab til projektet.

For det andet var FMI's tilrettelæggelse af markedsdialogen definerende for de svar, som FMI fik. Tre af de fem brancheorganisationer, der blev inddraget i markedsdialogen, har således ledende medlemmer, som også er i ledelsen eller ejerkredsen af enten OMT, Terma eller PensionDanmark. Selvom FMI spurgte brancheorganisationerne, har FMI således fået svar, der kan være båret af direkte interesser fra selskaberne bag Danske Patruljeskibe. Når en offentlig ordregiver skal bevise, at der kun er én mulig leverandør, stilles i praksis høje krav til ordregiverens undersøgelse af markedet. Det følger således af Klagenævnet for Udbuds praksis, at en ordregiver ikke kan lade sin vurdering hvile på oplysninger fra en leverandør, der selv hævder at være "den eneste ene", jf. f.eks. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. april 2019, Sagemcom mod Vores Elnet.

Når hjemlen til at undtage indkøbet fra de sædvanlige udbudsregler hviler på en forudsætning om, at patruljeskibene skal bygges i Danmark og af danske leverandører, har FMI som ordregiver pligt til at sikre, at aftalen indgås med parter, der kan sikre dette formål. Den kontrakt, som FMI agter at indgå med Danske Patruljeskibe, sikrer ikke, at Danmark bliver uafhængig af udenlandske leverandører på området for skibsnbybygning, vedligehold, opgradering og reparation. Danske Patruljeskibe har – Fayard bekendt – ikke indgået nogen aftaler med danske skibsværfter. Danske Patruljeskibe har således hverken sikret værftskapacitet eller kompetencer til, at patruljeskibene kan bygges i Danmark. En kontrakt, hvorefter leverandøren som anført af forsvarsministeren i svaret på spørgsmål 312 af 15. september 2022 ”så vidt muligt” skal lade arbejdet udføre i Danmark, sikrer ikke, at Danmark bliver uafhængig af udenlandske underleverandører. Dette kunne f.eks. sikres ved, at FMI indgik aftale med et konsortium, der besidder alle væsentligste forudsætninger for at levere kontrakten, herunder erfaring med skibsdesign, våbenintegration og skibsbygning samt værftskapacitet. Alternativt kunne FMI kræve, at den leverandør, der indgås kontrakt med, støttes af andre virksomheder, der har de kompetencer og faciliteter, som leverandøren ikke selv er i besiddelse af. FMI har i stedet valgt en leverandør, som har to af de væsentlige kompetencer (erfaring med skibsdesign og våbenintegration), men uden at denne leverandør har dokumenteret, at den har rådighed over værftskapacitet eller kompetencer inden for skibsbygning.

Hvis det forhold, at Terma indgår i et konsortium, medfører, at der kun er én mulig leverandør til FMI’s indkøb omfattet af TEUF artikel 346, vil det konsortium opnå en monopollignende stilling. Hvis konsortiedeltagelse med Terma er en forudsætning for at indgå kontrakt med FMI om sådanne ydelser, vil al konkurrence om FMI’s fremtidige indkøb af ydelser omfattet af TEUF artikel 346 være afskåret. En sådan situation er ikke ønskværdig og udgør en kunstig indsnævring af konkurrencen.

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 (eksklusive 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 kon-

traktværdien 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.

FMI har gjort gældende, 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 nødvendige 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.

Ad påstand 2

Fayard har gjort gældende, at de traktatbaserede 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.

Det følger af EU-Domstolens dom af 7. december 2000 i sag C-324/98, *Tel-austria*, 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.

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-fyldestgørende markedsundersøgelse. FMI's markedsdialog var hverken gennemsigtig eller behandlede markedets aktører lige. Beslutningen om at tildele kontrakten til Danske Patruljeskibe er derfor i strid med traktatens grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

FMI har gennemført en markedsdialog uden at inddrage de relevante aktører, herunder danske værfter, direkte. FMI har alene adspurgt udvalgte brancheorganisationer. Der er i vidt omfang personsammenfald mellem ejere af og bestyrelsesmedlemmer i selskaberne bag Danske Patruljeskibe og bestyrelsesmedlemmer eller direktører i brancheorganisationerne. Det giver anledning til et spørgsmål om objektiviteten og værdien af de svar, som FMI modtog fra brancheorganisationerne i markedsundersøgelsen. Det er i udgangspunktet ikke noget udbudsretligt problem, at der i en markedsundersøgelse indgår svar direkte fra økonomiske aktører, der kan have interesse i den kontrakt, som markedsundersøgelsen vedrører. Det er derimod et problem, at FMI har modtaget svar, der kan være påvirket af enkelte økonomiske aktørers interesser, uden at FMI var bevidst om det. Ved at spørge netop de brancheorganisationer, hvor OMT, Terma og PensionDanmark var repræsenteret i ledelsen, om andre aktører kunne tænkes at være interesseret i kontrakten,

har FMI ”skabt en selvopfyldende profeti”. Brancheorganisationernes, herunder Danske Maritimes, svar kan ikke gøre det ud for spørgsmål direkte til de relevante aktører, idet brancheorganisationerne ikke har indsigt i de enkelte medlemsvirksomheders strategier og risikovillighed.

Også processen frem mod tildeling tyder på, at konsortieparterne i Danske Patruljeskibe har fået information, som andre aktører ikke har haft adgang til. FMI har f.eks. på intet tidspunkt før januar 2022 orienteret Fayard eller branchen som helhed om FMI’s intention om at indgå kontrakt med en totalleverandør. Den eneste information, Fayard har fået fra FMI, er via pressemeddelelsen den 28. juni 2021, som alene omhandler et ”forprojekt der skal sikre et stærkt design af den nye skibstype.” Pressemeddelelsen giver intet forvarsel om tildeling af en totalleverandørkontrakt, og Fayard havde derfor ingen grund til at gå i dialog med andre virksomheder om mulighederne for at danne et konsortium. OMT, Terma og PensionDanmark var derimod allerede i november 2021, hvor disse selskaber inviterede til informationsmøde, i besiddelse af information om, at FMI agtede at indgå kontrakt med en totalleverandør. De var i besiddelse af detaljeret information om FMI’s planlagte indkøb. Det er derfor naturligt at antage, at OMT, Terma og PensionDanmark var i dialog med FMI om indkøbet af patruljeskibe langt tidligere end andre relevante aktører.

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.

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.

FMI har gjort gældende, at hvis det er nødvendigt af foretage nationalitetsdiskrimination, og principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i den sammenhæng er overholdt, følger det – som også anført i klagenævnets kendelse af 27. august 2018, Saab Dynamics A/S mod FMI – af dom af 30. september 2003 fra Retten i Første Instans (Fiocchi Munzioni SpA mod Kommissionen), at medlemsstaten har meget vide skønsbeføjelser i forhold til, hvad der så konkret vurderes at være nødvendigt for at sikre nationale sikkerhedsinteresser. Videre følger det af Saab Danmark A/S mod FMI, at anskaffelsen – når betingelserne i TEUF 346 selv er opfyldt – ikke derefter omfattes af yderligere ”almindelige” traktatbaserede regler eller af EU-udbudsretten i øvrigt. Hvis klagenævnet finder, at betingelserne i bestemmelsen er opfyldt, så følger det af Saab-kendelsen, at klagenævnet herefter skal afvise at behandle klagepunkter om påstået brud på traktatbaserede principper, da der i så fald er ”gjort op” med EU-retten, og klagenævnets kompetence derfor er udtømt. Klagenævnets kendelse af 20. december 2013, Augusta Westland Limited mod FMI, siger ikke noget andet.

Der er mellem parterne enighed om, at FMI må nationalitetsdiskriminere med hjemmel i TEUF artikel 346. Det er derfor ikke det, klagenævnet skal forholde sig til.

Fayards indsigelser er så vidt ses både i forhold til påstand 2 og 3, at FMI som et udelukkende nationalt anliggende har tilgodeset Danske Patruljeskibe på bekostning af andre. FMI påberåber sig ikke TEUF artikel 346 til støtte for at undlade national konkurrence. FMI anerkender, at FMI, også når der af hensyn til danske sikkerhedsinteresser og med hjemmel i TEUF artikel 346 skal foretages en ”dansk” anskaffelse, skal overholde almindelige forvaltnings- og udbudsretlige principper i form af ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, de sidstnævnte som følge af disse princippers indlejring i bestemmelsens eksplicite indhold. Det har FMI også gjort. FMI har i

den sammenhæng konstateret, at fordi FMI af saglige grunde har ønsket en totalleverandørmodel for anskaffelsen, og fordi Terma allerede er en del af Danske Patruljeskibe, foreligger der en situation, som er sammenlignelig med en "eneleverandørsituation". FMI har herefter gennem en åben og gennemsigtig markedsdialog fået bekræftet, at der ikke er rimelige alternativer til Danske Patruljeskibe. FMI har derfor vurderet, at der er grundlag for at tildele kontrakten direkte til denne nationale de facto eneleverandør.

En markedsundersøgelse skal ikke nødvendigvis omfatte dialog med alle, som helt hypotetisk kunne tænkes at være interesseret i at indgå som direkte kontraktpart på anskaffelsen af patruljeskibe. Klagenævnets kendelse af 24. april 2019, Sagemcom mod Vores Elnet, er i den forbindelse ikke relevant for sagen, idet FMI ikke har baseret sine beslutninger på oplysninger fra Danske Patruljeskibe, men derimod på dialogen med de relevante brancheorganisationer. Dialogen blev igangsat samme dag, som Danske Patruljeskibe afsendte sin skrivelse af 6. januar 2022, og den afgørende markedsdialog var dermed planlagt, længe før Danske Patruljeskibes udsagn om værfternes mulige medvirken blev afgivet. FMI lagde således ikke vægt på Danske Patruljeskibes skrivelse, men lagde vægt på resultaterne af den gennemførte markedsundersøgelse, som havde deltagelse af samtlige relevante brancheorganisationer i Danmark.

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. FMI – tillige med den maritime branche og de andre brancher, som nye patruljeskibe har særlig relevans for – vidste på tidspunktet for gennemførelse af markedsundersøgelsen, at Terma havde indgået et samarbejde med OMT og PensionDanmark. Det var derfor forsvarligt og tilstrækkeligt, at FMI tilrettelagde en markedsdialog, som kunne afdække, dels om design og våbenintegration var uadskillelige, dels om man alligevel kunne forestille sig andre konsortier end Danske Patruljeskibe.

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.

FMI baserede sig dermed på sin egen erfaring og indsigt fra tidligere anskaffelser på det maritime område, på dialogen med brancheorganisationerne og på Fayards egne direkte tilkendegivelser over for FMI, som bekræftede dialogen med brancheorganisationerne. FMI bemærker om sin egen erfaring, at FMI er en mangeårig ordregiver til den maritime branche og som følge heraf ikke stod på bar bund eller uden nogen form for eget forudgående markeds-kendskab.

FMI anerkender ikke præmissen om, at personsammenfaldet mellem brancheorganisationerne og deltagerne i Danske Patruljeskibe per se er problematisk, og slet ikke at FMI i den konkrete sag skulle have ageret anderledes. Det er hverken overraskende eller odiøst, at brancheorganisationers ledelse består af medlemsudpegede personer, der samtidig besidder oftest ledende stillinger i medlemsvirksomhederne. Organisationernes valg af medlemmer til de repræsentative organer giver ikke i sig selv anledning til en formodning for, at brancheorganisationerne dermed ikke varetager branchens interesser bredt. FMI må være berettiget til at gå ud fra, at når FMI inddrager brancheorganisationer i en markeds-dialog, findes der i disse organisationer forretningsgange og procedurer, som sikrer, at medlemmerne af de relevante organisationer er trygge herved. Alternativt kan medlemmer af de konkrete organisationer, som mener, der er tale om mulig inhabilitet, råbe vagt i gevær. FMI antager, at Fayard i januar 2022 var bekendt med, at Danske Maritime var blevet inviteret til at deltage i markedsundersøgelsen, helt ligesom Fayard var blevet orienteret om Danske Patruljeskibes orienteringsmøde i december 2021. FMI modtog imidlertid hverken fra Fayard eller fra andre danske værfter bemærkninger til eller indsigelser mod Danske Maritimes deltagelse. FMI modtog heller ikke fra Fayard eller andre danske værfter henvendelser om, at Danske Maritimes deltagelse var utilstrækkelig. Når Fayard angriber andre brancheorganisationernes svar som følge af brancheorganisationernes sammensætning, kan Fayard ikke samtidig ignorere sammensætningen af sin egen brancheorganisation og de svar, som denne gav, fordi den blev spurgt.

Fayard har haft samme mulighed som deltagerne i Danske Patruljeskibe for at indgå i forberedende samarbejder, også i relation til design og integration

af militære fartøjer. Fayard har haft samme muligheder for kendskab til udbuddet i 2017 og har i hvert fald siden 28. juni 2021 haft mulighed for at tage konkurrencen op med Danske Patruljeskibe som eventuel totalleverandør; ikke kun som følge af Forsvarsministeriets offentliggørelse af forprojektet, men også fordi de tre selskaber i Danske Patruljeskibe i pressemeddelelser af 28. juni 2021 orienterede hele branchen og offentligheden om samarbejdets eksistens og intention. FMI har ikke før brevet af 6. januar 2022 haft dialog/korrespondance med Danske Patruljeskibe eller deltagerne i Danske Patruljeskibe om anskaffelsen.

Ad påstand 3

Fayard har gjort gældende, at mindre indgribende foranstaltninger i forhold til indkøbet af patruljeskibe ville kunne varetage hensynet til beskyttelse af væsentlige sikkerhedsinteresser, idet en opdeling af kontrakten ville sikre, at der kunne skabes konkurrence om alle andre dele af kontrakten end våbenintegration. Det var derfor uproportionelt at undtage hele totalleverandørkontrakten fra Traktatens grundlæggende principper. Tildelingen af en totalleverandørkontrakt kan dermed ikke ske ved brug af TEUF artikel 346.

TEUF artikel 346 er en undtagelsesregel og skal derfor fortolkes indskrænkende, således at den kun kan anvendes, hvis det er nødvendigt. Det følger af klagenævnets kendelser af 20. december 2013, Agusta Westland Limited mod Forsvaret Materieltjeneste, og af 16. februar 2009, Saab Dynamics A/S mod Forsvarets Materieltjeneste, at ”nødvendighedsvurderingen” i TEUF artikel 346 er toledet. Dette indebærer for det første en vurdering af, om det er nødvendigt at undtage indkøbet fra procedurereglerne i udbudsdirektivet eller forsvars- og sikkerhedsdirektivet. Denne betingelse er opfyldt for FMI’s indkøb. For det andet skal det vurderes, om det også er nødvendigt at undtage indkøbet fra de grundlæggende traktatbaserede principper. Denne betingelse er ikke opfyldt i forhold til undtagelse af en totalleverandørkontrakt om design, konstruktion og vedligeholdelse af patruljeskibe.

Vurderingen af, om indkøbet kan undtages fra de grundlæggende principper, indebærer et proportionalitetskrav. Dette krav indebærer, at der ikke må anvendes mere indgribende foranstaltninger, hvis mindre indgribende foranstaltninger er tilstrækkelige. Tildelingen uden udbud er af FMI begrundet i et behov for, at design, konstruktion og vedligeholdelse af patruljeskibene sker i Danmark. Det formål kan imødekommes på flere måder, hvoraf nogle ville

sikre overholdelse af de grundlæggende traktatbaserede principper. Tildeling kunne eksempelvis være sket ved direkte tildeling af kontrakt om våbenintegration til Terma, og konkurrenceudsættelse af øvrige delkontrakter, ved direkte tildeling af kontrakt om våbenintegration til Terma, og konkurrenceudsættelse af totalleverandørkontrakt (dog ekskl. våbenintegration), ved konkurrenceudsættelse af totalleverandørkontrakt, ved direkte tildeling af totalleverandørkontrakt vedrørende design og konstruktion, og konkurrenceudsættelse af vedligeholdelse eller ved direkte tildeling af totalleverandørkontrakt.

FMI valgte den mest indgribende løsning i form af direkte tildeling af totalleverandørkontrakt. Dette er i strid med proportionalitetsprincippet og nødvendighedskravet i EUF-traktatens artikel 346. FMI har derved kunstigt indsnævret konkurrencen, idet FMI uden saglig begrundelse konstruerede en situation, hvor kun et konsortium med Terma som deltager ville kunne tildeles kontrakten.

Det følger af EU-Domstolens praksis, at det påhviler medlemsstaten at bevise, at det er nødvendigt at anvende undtagelsen i EUF-traktatens artikel 346, jf. f.eks. EU-Domstolens dom af 15. december 2009 i sag C-284/05, Kommissionen mod Finland, præmis 45-49. FMI har heller ikke dokumenteret, at det var nødvendigt for at sikre Danmarks sikkerhed, at der blev tildelt netop en totalleverandørkontrakt inklusive våbenintegration. Det er ikke sædvanligt, at kontrakter vedrørende udvikling og konstruktion af skibe indgås som totalleverandørkontrakter, og FMI's tidligere indkøb af skibe er ikke sket ved brug af en totalleverandør.

Det forekommer desuden i særdeleshed unødvendigt at inkludere vedligeholdelse i den kontrakt, som Danske Patruljeskibe blev tildelt uden nogen form for konkurrenceudsættelse eller tilstrækkelig afdækning af markedet. Danske Patruljeskibe har ingen kompetencer inden for vedligeholdelse af skibe, og der findes ingen saglige argumenter for, at det skulle være nødvendigt at tildele en kontrakt om vedligeholdelse til den samme aktør, som designer skibene. Selv hvis nødvendighedsbetingelsen mod forventning skulle være opfyldt for tildeling af en totalleverandørkontrakt vedrørende design og konstruktion, skal som minimum vedligeholdelsesdelen holdes adskilt med henblik på national konkurrence om kontrakten.

Hvis FMI mod forventning kan dokumentere, at det var nødvendigt at tildele en totalleverandørkontrakt, savnes der dokumentation for, at det var nødvendigt, at Terma indgik i det konsortium, der blev tildelt kontrakten. Den eneste årsag til, at FMI vurderede, at ingen andre virksomheder eller konsortier ville kunne løfte opgaven som totalleverandør, er en forudsætning om, at den virksomhed, der leverer våbenintegration, skulle være en del af konsortiet, der blev tildelt kontrakten. Denne forudsætning forekommer helt ubegrundet.

FMI har gjort gældende, at Fayards skitserede alternativer er urealistiske. Terma havde allerede i 2018 indledt et samarbejde med OMT, hvorefter PensionDanmark var blevet inddraget i 2019, og disse tre virksomheder havde i marts 2021 formaliseret Danske Patruljeskibe i et memorandum of understanding. Konsortiet var således både de facto og formelt stiftet før en politisk beslutning, før den politiske annoncering af et forprojekt og dermed også længe før FMI's markedsundersøgelse. Fayard forudsætter, at FMI kunne "købe" eller tvinge Terma ud af det konsortium, som Terma allerede var en del af med det eneste formål for øje at tilbyde en totalleverandørløsning, for at Terma i stedet kunne blive underleverandør til f.eks. et værftskonsortium med totalleverandøransvar. Det kunne og kan FMI selvfølgelig ikke. Desuden ville også et værftskonsortium med totalleverandøransvar skulle kunne finansiere den samlede anskaffelse. Fayard har imidlertid allerede ved brev af 7. marts 2022 meddelt, at Fayard ikke kunne løfte anskaffelsen, og at det ikke var rollen som totalleverandør, Fayard ønskede. Der er ingen evidens for, at det er nødvendigt, at der skal medvirke et eller flere skibsværfter som direkte kontraktpart i forbindelse med design, integration og prissætning.

Udgangspunktet er, at FMI må vælge den model, som FMI finder bedst egnet, så længe dette er baseret på saglige kriterier og ikke sker for kunstigt at indskrænke konkurrencen uretmæssigt. FMI har ikke valgt totalleverandørmodellen for kunstigt at begrænse konkurrencen mellem danske leverandører, og FMI måtte, uanset risikoen for en de facto eneleverandørsituation, vælge den anskaffelsesform, som FMI efter en saglig vurdering fandt bedst, hvilket var totalleverandørmodellen. Allerede fordi FMI var berettiget til at vælge totalleverandørmodellen og ikke som følge af eksistensen af Danske Patruljeskibe havde en handlepligt til at fravælge denne model, skal klagenævnet ikke forholde sig til, om FMI i stedet kunne have valgt en anden af de modeller, som Fayard argumenterer for.

Nødvendighedsbetingelsen i TEUF artikel 346 knytter sig til, om der er grundlag for nationalitetsdiskrimination i forhold til den samlede kontrakt, herunder vedligeholdelsesdelen. Behovet for nationalitetsdiskrimination af hensyn til Danmarks sikkerhedsinteresser er kun understøttet af en tildeling af den samlede kontrakt, herunder også vedligehold.

Selvom det teoretisk er muligt at adskille henholdsvis design og konstruktion fra vedligeholdelse i en kortere initial årrække, er det også både sagligt og proportionalt at lade det omfatte af totalleverandørkontrakten. Dels giver det FMI bedst mulighed for at opnå en prisstruktur, hvor der vælges kvalitetsydelser under selve anskaffelsesdelen, idet ”lav” honorering af inkluderet vedligehold kan tilskynde til højere kvalitet i konstruktionen, dels er det alt andet lige naturligt, at totalleverandøren af et nyudviklet design og en ny skibstype også i en kortere indledende årrække er ansvarlig for vedligeholdelse, herunder arbejder i en ”garantiperiode” og under eventuelle reklamationer.

Derudover vil vedligeholdelse, for så vidt der er tale om værftsarbejder, notorisk blive konkurrenceudsat, da Danske Patruljeskibe ikke selv råder over værftskapacitet og derfor nødvendigvis – og forudsat af FMI – må bringe denne opgave i konkurrence blandt andre (under)leverandører. Hvis FMI og Danske Patruljeskibe underskriver en kontrakt, vil Danske Patruljeskibe dermed samtidig forpligte sig til at være ansvarlig for, at vedligeholdelse gennemføres; men det ansvar kan Danske Patruljeskibe imidlertid kun påtage sig, hvis konsortiet foretager en konkurrenceudsættelse af de faktiske vedligeholdelsesarbejder og i den sammenhæng foretager en tilstrækkelig markedsafdækning. Disse forhold sikres således også gennem kontraktgrundlaget.

Ad påstand 4

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

FMI har gjort gældende, at det ad påstand 1 - 3 anførte medfører, at der ikke er grundlag for, at FMI's tildelingsbeslutning skal annulleres, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Klagenævnet har i delkendelse af 13. juni 2022 om påstand 1 udtalt:

”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."

Det kan på grundlag af "Memorandum of understanding" underskrevet i marts 2021 af OMT, Terma og PensionDanmark samt pressemeddelelser af den 28. juni 2021 offentliggjort på PensionDanmarks og Termas hjemmesider lægges til grund, at samarbejdet mellem parterne i Danske Patruljeskibe var etableret forud for den markedsdialog, der blev iværksat af FMI ultimo 2021. FMI har derfor ikke haft grundlag for at antage, at Terma ønskede at indgå i andre konsortier eller ønskede alene at indgå som underleverandør i forhold til FMI's anskaffelse.

FMI har derfor med rette antaget, at der de facto alene var en mulig leverandør.

At FMI desuagtet – på sagligt grundlag – har fastholdt, at kontrakten mest hensigtsmæssigt skulle udbydes som en totalleverandørkontrakt, er ikke udtryk for en kunstig indsnævring af konkurrencen.

Der er derfor fortsat ikke grundlag for at tage påstand 1 til følge.

Ad påstand 2

Klagenævnet har i delkendelse af 13. juni 2022 om påstand 2 udtalt:

”...

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, Agusta 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.”

FMI har gennemført en markedsdialog med de 5 brancheorganisationer, der er relevante inden for området. Det forhold, at visse af brancheorganisationerne har ledende medlemmer med en bestemmende relation til deltagerne i Danske Patruljeskibe, mens andre har ledende medlemmer med en bestemmende relation til Fayard og deres samarbejdspartnere, fører ikke til, at markedsdialogen derfor må anses for utilstrækkelig eller forudindtaget. FMI har herudover ført dialog med bl.a. Fayard direkte, jf. oplysningerne om møderne den 10. og 21. februar 2022 samt brevet af 7. marts 2022 fra værfterne og FMI's svar herpå.

OMT var efter det oplyste prækvalificeret i udbuddet af miljøskibe i 2017. Det fremgår af ”Aftale på forsvarsområdet 2018-2023”, offentliggjort i januar 2018, at udbuddet af miljøskibe i stedet skulle inkluderes i købet af nye militære fartøjer. Det fremgår af FMI's pressemeddelelse af 28. juni 2021, at der ville blive iværksat et forprojekt, der skulle 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". Der er herefter ikke grundlag for at antage, at Danske Patruljeskibes etablering bygger på, at aktørerne i Danske Patruljeskibe har fået information, som andre aktører ikke har haft adgang til.

Der er derfor fortsat ikke grundlag for at tage påstand 2 til følge.

Ad påstand 3

Som anført i klagenævnets delkendelse af 13. juni 2022 ad påstand 2, er der ikke i EU-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.

Prøvelsen af, om det har været nødvendigt og proportionalt, at FMI har fastholdt ønsket om en totalleverandørkontrakt også efter, at FMI blev bekendt med, at dette ville føre til en situation, hvor der kun var en leverandør, er således foretaget allerede ved prøvelsen af, om betingelserne for anvendelse af TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, er opfyldt.

Af de grunde, der er anført ad påstand 1 og 2, er der derfor ikke grundlag for at tage påstand 3 til følge.

Ad påstand 4

Af de grunde, der er anført ad påstand 1 - 3, er der ikke grundlag for at tage påstand 4 til følge.

Klagen tages herefter ikke til følge.

Klagenævnet har ved fastsættelsen af sagens omkostninger lagt vægt på sagens omfang og karakter, herunder antallet af processkrifter, og at sagen er afgjort på skriftligt grundlag.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Fayard A/S skal i sagsomkostninger til Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse betale 45.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent