

Klagenævnet for Udbud

(Katja Høegh, Mette Langborg, Steen Treumer, Allan Åge Christensen)

J.nr.: 2012-0033182

20. december 2013

K E N D E L S E

Agusta Westland Limited

(advokat Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg, København,
og advokat Anne Bergholt Sommer, Aarhus)

mod

Forsvarets Materieltjeneste

(Kammeradvokaten v/ advokat Thomas Ilsøe Andersen
og advokat Niels Karl Heilskov Rytter)

Indledning og påstande	3
Sagens nærmere omstændigheder	5
Indkøbsprocessen	5
Kontraktforhandlingerne og modtagelsen af tilbud	31
Tildelingsbeslutningen og kontraktindgåelsen.....	32
Kravene til helikopterne og de bagvedliggende hensyn	33
Forsvarets udøvelse af politimyndighed, fiskeriinspektion samt deltagelse i SAR-opgaver.....	42
Andre indkøb/udbud foretaget af forsvaret.....	47
Indkøbspraksis i andre EU-lande	50
Oplysninger særligt ad påstand 5 og 6	56
Retsgrundlaget.....	83
Forsvarsloven	83
TEUF artikel 346.....	85
Forsvars- og sikkerhedsdirektivet	92
Traktatbaseret pligt til ligebehandling og gennemsigtighed	93
Parternes anbringender.....	100
Ad begæringen om præjudiciel forelæggelse.....	100
Ad påstand 1 og 2.....	101
Ad påstand 3.....	119
Ad påstand 4.....	120
Ad påstand 5 og 6.....	120
Ad påstand 7.....	141
Ad passivitet.....	141
Klagenævnet udtaler.....	143
Ad påstand 1 og 2.....	143
EU-Domstolens praksis – begæringen om, at der stilles præjudicielle spørgsmål	143
Karakter af våben, ammunition og krigsmateriel – det dobbelte formål – 1958-listen.....	144
Nødvendigt at fravige udbudsreglerne for at beskytte væsentlige sikkerhedsinteresser	148
Ikke forringelse af konkurrencevilkårene i EU på markedet for civile varer.....	150
Konklusion	151
Ad påstand 5 og 6.....	151
Ad påstand 3.....	159
Ad påstand 4 og 7.....	159
Ad passivitet.....	159
Herefter bestemmes:.....	160

Indledning og påstande

Forsvarets Materieltjeneste (indklagede) udsendte i juni 2007 en anmodning om information, »Request For Information (RFI)«, med henblik på at undersøge markedet for potentielle leverandører af maritime/skibsbaserede helikoptere. Ved det efterfølgende forsvarsforlig, som fortsat er gældende, blev der truffet politisk beslutning om, at indklagede skulle indkøbe nye maritime/skibsbaserede helikoptere til forsvaret.

Indklagede, som er af den opfattelse, at indkøbet af de pågældende helikoptere er undtaget fra udbudspligt efter udbudsdirektivet i medfør af TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, har ikke offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i EU-Tidende om indkøbet.

Den 1. oktober 2010 udsendte indklagede en anmodning om tilbud, »Request For Proposal« del 1 (RFP del 1), til 4 af de leverandører, der havde tilkendegivet interesse for det annoncerede indkøb, herunder Agusta Westland Limited.

Efter i januar 2011 at have modtaget svar på RFP del 1 udsendte indklagede RFP del 2 den 25. februar 2011.

Efter et forhandlingsforløb med 3 tilbudsgivere og til sidst kun to tilbudsgivere, som var Agusta Westland Limited og US Navy, meddelte indklagede den 21. november 2012 skriftligt Agusta Westland Limited, at selskabet ikke ville få kontrakten tildelt. Indklagede havde i stedet besluttet at tildele kontrakten til US Navy.

Den 30. november 2012 indgav Agusta Westland Limited (klageren) klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 4. januar 2013 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om uopsættelighed ikke blev fundet opfyldt. Klagen har været behandlet på et møde den 7. november 2013.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

»Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 10 ved at gennemføre forhandling om tildeling af kontrakt om levering af maritime helikoptere til indklagede i henhold til TEUF artikel 346, idet betingelserne herfor ikke var opfyldt.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat proportionalitetsprincippet ved undladelse af udbud i henhold til udbudsdirektivet og iværksættelse af procedure i henhold til TEUF artikel 346, idet indklagede kunne have tilgodeset sine interesser i forhold til mellemstatsligt samarbejde ved mindre indgribende forholdsregler.

Påstand 3

Klagenævnet skal erklære den kontrakt, som indklagede har indgået vedrørende levering af maritime helikoptere, for uden virkning.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3, kombineret med påstandene 1 og 2)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med US Navy på baggrund af de gennemførte forhandlinger.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 1, 2 og 3)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat de grundlæggende EU-retlige principper om henholdsvis ligebehandling og gennemsigtighed som fastlagt af EU-Domstolen på baggrund af traktaterne, herunder bestemmelsen i TEUF artikel 18, idet indklagede ikke har givet oplysninger om beslutningsgrundlaget for den gennemførte evaluering og/eller endelige tildeling af kontrakt overfor tilbudsgiverne under den gennemførte procedure i henhold til TEUF artikel 346.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 1, 2 og 3)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat det grundlæggende EU-retlige ligebehandlingsprincip som fastlagt af EU-Domstolen på baggrund af traktaterne, herunder bestemmelsen i TEUF artikel 18, idet indklagede har forskelsbehandlet tilbudsgiverne under den gennemførte procedure i henhold til TEUF artikel 346.

Påstand 7 (subsidiær i forhold til påstand 3 kombineret med påstandene 1 og 2, og forudsat at der gives medhold i påstand 5 og/eller 6)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med US Navy på baggrund af de gennemførte forhandlinger.«

Indklagede har principalt påstået afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge. For så vidt angår påstand 3 har indklagede i tilfælde af, at påstand 1 og 2 måtte blive taget til følge, og indklagedes anbringende om passivitet ikke måtte blive fulgt, nedlagt påstand om, at kontrakten ikke erklæres uden virkning, idet der i stedet idømmes en økonomisk sanktion, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 3.

Klageren har anmodet om, at der i medfør af TEUF artikel 267, stk. 2, stilles præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen om forståelsen af TEUF artikel 346.

Indklagede har påstået, at begæringen om præjudiciel forelæggelse ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 26. september 2013 meddelt indklagedes kontraktpart, US Navy, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 5.

Den enhed i US Navy (H-60 program office), som indklagede har oplyst, kan kontaktes om adgangen til intervention, har ved e-mail af 8. oktober 2013 meddelt, at US Navy den pågældende US Navy-enhed bekendt ikke agter at intervenere i sagen.

Sagens nærmere omstændigheder

Indkøbsprocessen

RFI af 7. juni 2007 blev sendt til de leverandører af skibsbaserede helikoptere, som indklagede anså for mulige leverandører.

Af RFI fremgår blandt andet:

»1.1. Basic concept for the acquisition of a new maritime helicopter capacity

The basic concept for the acquisition of a new maritime helicopter capacity is based on the desire to acquire an already developed maritime helicopter and to maximize opportunities for cooperation. With this project the RDN/DALO does not wish to get involved in, or as a minimum, not to have the lead in the development of new or unique capabilities. The RDN wants to avoid being the sole operator of a helicop-

ter in a unique configuration. The actual requirements for the new maritime helicopter will, therefore, to a high degree be based on "what is available", rather than a number of fixed and maybe unique Danish requirements. However, the new maritime helicopter should be able to fulfill some minimum requirements in order to be able to perform the required tasks. ...

As mentioned earlier an important part of the concept is the ability to cooperate with other countries, e.g. on logistic, future updates and both conversion and simulator training. Interoperability issues, i.e. the maritime helicopter's ability to operate and communicate with the units of principal partners in multinational operations are also important. For Denmark, NATO is the primary forum concerning both cooperation and interoperability. The chosen approach means, therefore, that at least one other NATO country should also have acquired the new maritime helicopter.

...

To summarise: the starting point for the chosen approach is the planned acquisition of an "off-the-shelf" maritime helicopter in production or scheduled to go into production to minimum one other NATO country. ...

...

However, regardless of the intention to acquire an "off-the-shelf" helicopter, the DALO is aware of the fact that, in the end, some unique Danish requirements may have to be implemented on the proposed helicopter, in order to get the desired capability. ...

...

1.2. RFI and acquisition process

...

The purpose of the RFI process is twofold. Firstly, the DALO needs information on maritime helicopters in order to be able to generate, in cooperation with the Danish Defence Command, a suitable report (white paper) to the Danish Ministry of Defence on possibilities for and consequences of acquiring a new maritime helicopter capacity. Secondly, the purpose of the RFI is: to gather information to assist the RDN/DALO in better defining its requirements; to identify innovative ways to proceed with this acquisition and to get the basis for a future tailored RFQ. As a part of this process, the RFI responses received will be evaluated based on a "best value" approach in order to rate the proposed helicopter capacity, including its support set-up.

...

2.2. The national role

The national scenario includes national sovereignty/interest enforcement in the territorial waters around Greenland and the Faroe Islands and assistance to local communities in these areas. For this role, two THETIS class inspection ships, each with one embarked MH, are

permanently deployed to the North Atlantic, one around Greenland and one around the Faroe Islands. Besides enforcing sovereignty, specific tasks for the MH will be general maritime surveillance, including ice reconnaissance, Search and Rescue (SAR), assistance to ships, e.g. delivery of water pumps etc., fishery protection, including insertion of fishery controlling teams by hoist, and support to the local communities, e.g. general transport support, including transport of cargo in sling and medical evacuation. ...

Besides supporting the helicopter carrying ships, there is also a requirement in the national role to have one MH on permanent standby at the "Main Operating Base" in Denmark for national tasking. The actual tasking for this helicopter will vary, but could e.g. include surveillance or pollution control.

2.2.1. Operational requirement national role

When embarked on a THETIS class inspection ship, the MH operational requirement derived from the tasks in the national role, i.e. sovereignty enforcement and support to local communities, can be sub-divided into three categories: Maritime Surveillance, Search and Rescue (SAR) and Utility Operations. ...

...

Maritime Surveillance

Maritime Surveillance is a prerequisite for national sovereignty and interest enforcement, including fishery protection in the Exclusive Economic Zone. The area of responsibility, especially around Greenland, is huge, and the ability to cover large areas is therefore important. While carrying out maritime surveillance, the MH with its sensor suite is expected to be able to detect, localize, classify and identify contacts in the area of operation. The contacts of interest will include, but not be limited to, merchant shipping, domestic government vessels, fishing vessels, pleasure craft, life-rafts, survivors in the water, significant weather, icebergs and sea ice.

...

Search and Rescue (SAR)

In the national role, the MH will be kept on permanent SAR alert. Around Greenland the MH will be the primary, and, in many situations, the only airborne SAR asset. It is therefore expected that the MH has a relevant SAR capability. The search part of SAR will be conducted with the sensor suite also used for maritime surveillance and homing and direction finding equipment. The SAR task also includes missions in coastal areas over land to search for missing persons stranded on e.g. a small island. Missions of a more medical evacuation type nature are also included in SAR in the national role. This could include hoisting down a medical assistant/doctor, a crew member and a litter (marine stretcher) to a vessel with an injured person

followed by hoisting up the injured person in the litter and transferring the person to an appropriate medical facility on land. Besides a search and hoisting capability, it is expected that the MH, as a minimum, has cabin space for a rescue swimmer, a medical staff, a hoist operator and an injured person, either in a litter or seated.

Utility Operations

Utility operations in the national role include all the tasks where it is primarily the MH transport capability that is required and finds usage. It is expected that the MH has a relevant transport capability, i.e. a capability to conduct passenger transfers and transport of cargo either internal or external, depending on the size and weight of the cargo. The task could include embarking, transporting and disembarking passengers or cargo to/from unprepared landings sites, sites where landing may not be possible or from an inspection vessel (P570 class). Internal transportation of cargo requires the ability to appropriately load and secure materials often of a non-standard nature.

External transportation (sling loads) requires the helicopter to conduct an airborne upload, transit and download of cargo.

...

2.2.3. Threats in the national role

All operations in the national role are foreseen to take place in a peacetime environment. The threat to the helicopter in this role is, therefore, considered non-existing or insignificant. This means that there is no requirement for a Self-Protection/Defence System (Defensive Aids Suite (DAS)) in the national role.

...

2.3. The global role

The global role includes deployment of ABSALON class flexible support ships and patrol ships, both with embarked MH, to crisis response operations and other similar operations around the world in support of e.g. United Nations, NATO or a multinational coalition force. A high priority is participation in NATO Standing Maritime Group 1 as part of the NATO Response Forces (NRF). It is foreseen that up to 3 flexible support/patrol ships, each with one embarked MH, will be deployed perhaps simultaneously for up to 6 months in support of the global role.

The tasks for the ABSALON class and the patrol ships, including embarked MH, in the global role are both support to traditional maritime operations and combined joint operations. The operations may cover the range from strikes against an adversary's maritime forces to an embargo operation to participation in a humanitarian disaster relief operation.

Specific tasks for the MH will include maritime surveillance/picture compilation, and Anti-Surface Warfare (ASUW), including if necessary Third-Party-Targeting (TPT)/Over-The-Horizon-Targeting

(OTHT), Force Protection and "Maritime Interdiction". Furthermore, the tasks will include general transport support, including Vertical Replenishment (VERTREP), Medical Evacuation (MEDEVAC), insertion of boarding team and Search and Rescue (SAR). A specific task is spotting for Naval Fire Support. A generic overview of the different tasks in the global role can be seen in figure 2.3. Furthermore, two generic mission profiles are included in Annex Bravo to Appendix 3.

...

2.3.3. Threats in the global role

The threat environment in the global role will depend on the actual operation the MH is participating in. The threat could therefore vary from very low, e.g. during a humanitarian disaster relief operation, to very high in a real war fighting situation. The actual threat level may be very difficult to determine, e.g. due to asymmetric threats. Based on this the threat to the MH could be: small arms fire, anti-aircraft artillery, Man Portable Air Defence System (MANPADS), other surface-to-air missiles, including with different homing systems; and laser illuminators from ground or maritime forces. Furthermore, hostile fighter aircraft and helicopters may pose a threat. The MH is expected to be able to protect itself from this threat to a certain level, e.g. by detecting and avoiding or countering it.

...

2.4. MH configuration versus role

Although some of the tasks for the MH in the different scenarios will be similar, the operating environment, the threat and also the climatic conditions will be very different. In the national role e.g., there is as a starting point no requirement for an ESM system, a Self Protection/Defence System (Defensive Aids Suite) or a Data Link. Therefore, it is foreseen that the MH, as a standard, will be operated in two different configurations, depending on whether the helicopter is deployed in the national role or the global role. For ease of reference the two configurations are called:

- MH NATOPS — for deployment in the national role
- MH INTOPS — for deployment in the global role

Based on the chosen concept, i.e. an off-the-shelf helicopter, the helicopter proposed by the supplier should, as a starting point, be in the INTOPS configuration. However, helicopters required for the national role (MH NATOPS) do not have a requirement for INTOPS mission equipment, which, at this stage, is expected to be ESM, Data Link, Self Protection/Defence system and sensor operator (SENSO) consol if applicable. Therefore, the MH NATOPS configuration should only have "full provision" for the mentioned mission equipment.

Removing heavy or sensitive electronic equipment on a sortie-by-sortie basis to e.g. achieve the most advantageous mission profile is

time consuming, erodes flexibility, can be hard on equipment and can, in rough sea conditions, be impossible or even dangerous. A requirement to re-configure the helicopter to accommodate the normal utility tasks is therefore highly undesirable. This means that it is foreseen that the MH both in the NATOPS and INTOPS configuration as a standard will be configured to enable a certain number of utility tasks to be carried out. The cabin configuration should e.g. be configured with the maximum number of troop seats and at the same time have provision for minimum one stretcher. Furthermore, other removable items, e.g. cargo hook, are expected to be installed as a standard.

Regardless of the configuration it is foreseen that the MH in both configurations can be equipped with miscellaneous role equipment, e.g. fast rope installation, internal (at the expense of some troop seats) and/or external fuel tanks etc. It is furthermore expected that the MH with miscellaneous role equipment can be specifically equipped to carry out a certain task. This could e.g. be a configuration dedicated to passenger/troop transport or a configuration with a stretcher installation dedicated to medical/casualty evacuation. Figure 2.4. provides an overview of the MH configuration versus role.

The supplier should consider this distinction between the different configurations throughout the RFI response, and clearly state the content of the each configuration and which configuration is used for e.g. performance calculations.

It should be emphasized that this distinction between configurations should not be seen as a contradiction to the basic concept for the whole acquisition, i.e. the acquisition of a helicopter in a configuration used by another NATO country. The distinction between the different configurations should be seen as a natural way of optimizing both the acquisition and use of the MH capacity. However, if the use of different configurations and removal of equipment has any negative implications on the proposed MH, e.g. the ability to have the same software in the whole MH fleet, the supplier is requested to describe these.

...

2.5. Interoperability and operational cooperation/partners

Interoperability and cooperation with coalition partners both in terms of equipment as well tactics, techniques and procedures are considered vital for a small country like Denmark. As mentioned earlier Denmark is primarily seeking this interoperability and cooperation via NATO. On a more practical level the degree of interoperability and cooperation that Denmark has or seeks will vary among the different NATO countries, partly based on Denmark's geographical position, priority to partners participating in NATO Standing Maritime Group 1 and the fact that "full interoperability with everybody" cannot be achieved. Considering e.g. the concept of Network Centric Warfare Denmark

will follow the major players in this field, i.e. the USA and the UK, but lower level cooperation with e.g. some of the countries participating in NATO Standing Maritime Group 1 is considered equally important.

...

4. MAINTENANCE AND SUPPORT

Denmark is presently using a 2-level (1, 2) maintenance concept for all Organizational, Intermediate and Depot level of maintenance.

...

The maintenance concept for the MH has not been decided yet. However, implementing an affordable support set-up in a life cycle perspective, which can provide the desired availability and produce the required flying hours, has a very high priority. Depending on the concept, the DALO is considering, in connection with the acquisition of the MH to make a separate long term support contract. If the concept foresees a long-term support set-up, the assumption is that the DALO will initially commit for a 10 year period.

DALO is therefore open to new ideas for a support set-up, whether this is based on the current two level maintenance concept, a total Performance-Based Logistic approach, an Integrated Operational/-Logistics Support Set-up, an approach based on cooperation with other users or e.g. a combination.«

Leverandørerne sendte tekniske specifikationer til indklagede, og indklagede havde en dialog med de pågældende om supplerende oplysninger og spørgsmål.

I forsvarsforliget af 24. juni 2009 for perioden 2010-2014 blev der truffet beslutning om, at indklagede skulle anskaffe nye skibsbaserede helikoptere. Af forliget fremgår blandt andet:

»Søværnet

Søværnets evne til løsning af internationale opgaver skal udvikles. I den foregående forligsperiode er anskaffet store sejlene enheder til søværnet i form af fregatter, støtteskibe og inspektionsfartøjer.

Med henblik på således at styrke søværnets evne til at deltage i internationale operationer, evnen til at støtte operationer på landjorden samt evnen til opgaveløsning i Nordatlanten og Arktis anskaffes i forligsperioden nye skibsbaserede helikoptere, der dels udvider de større sejlene enheders indsættelsesevne, dels kan erstatte de nuværende Lynx helikoptere. Der anskaffes en helikoptertype, der fleksibelt kan støtte enhedernes opgaveløsning både internationalt og i Nordatlanten, det vil sige løse opgaver i relation til bl.a. transport, overvågning, eftersøgning og redning. Det tillægges vægt, at en sådan helikopter bl.a.

kan styrke evnen til at støtte operationer på land.«

I begyndelsen af 2010 havde indklagede identificeret 4 mulige leverandører af de ønskede skibsbaserede helikoptere. Som også angivet i RFI var det et krav ved udvælgelsen, at leverandøren skulle kunne tilbyde en helikopter på »hyldevare basis«, og at helikopteren skulle være i brug i et andet NATO-land. De pågældende mulige leverandører var:

- Klageren med helikopter AW159 »Wildcat«,
- US Navy med MH-60R »Seahawk« produceret af Sikorsky og Lockheed Martin (den valgte helikopter),
- Eurocopter/NH Industries med NH90/NFH90 (senere udskiftet med helikopteren »AS 565 Panther«, som Eurocopter mente passede bedre til Danmarks behov) og
- Sikorsky Canada med H92/CH-148 »Cyclone« (den pågældende leverandør trak sig efter det oplyste fra konkurrencen i januar 2011).

RFP blev udsendt til de 4 mulige leverandører, som indklagede havde identificeret, med del 1 den 1. oktober 2010 og del 2 den 25. februar 2011.

I RFP del 1 anføres det blandt andet:

»3. PROCUREMENT CONCEPT

As stated in the 2007 RFI, the basic concept for the acquisition of a new MH capacity is based on the desire to acquire an already developed MH and to maximize opportunities for cooperation. With this project, DALO does not wish to get involved in, or as a minimum, not to have the lead in the development of new or unique capabilities. The Danish Defence wants to avoid being the sole operator of a helicopter in a unique configuration. The actual requirements for the new MH will, therefore, to a high degree be based on 'what is available', rather than a number of fixed and maybe unique Danish requirements.

However, the new MH should be able to fulfil some minimum requirements in order to be able to perform the required tasks. These initial requirements have been stated in the 2007 RFI, Appendix 1. Besides the requirements already stated, additional items and requests for additional information are listed in RFP Appendix 2 'SUPPLEMENTARY INFORMATION'.(RFP PART I)

As mentioned earlier, an important part of the concept is the ability to

cooperate with other countries, e.g. on logistics and support, future updates, conversion and simulator training.

Interoperability issues, i.e. the MH's ability to operate and communicate with principal partners in multinational operations, are also important. For Denmark, NATO is the primary forum concerning both cooperation and interoperability.

As stated in the 2007 RFI the concept is based on a 'Best Value' approach. The 'Best Value' approach means that Denmark will select the most advantageous solution that offers the best overall value in terms of effectiveness of mission, acquisition cost, operation and maintenance cost, risks, assurance of future support and other factors, e.g. the ability to cooperate, train etc. with other NATO countries. It must be emphasized that this is a 'Best Value' approach with a high focus on minimising costs at the same time. These costs cover both the initial procurement costs and costs in order to sustain the helicopter system throughout a complete lifespan. A detailed description of the evaluation model used, e.g. of the various factors giving input to a complete evaluation of a proposal, will be released as Appendix 17 'EVALUATION MODEL' (RFP PART II).

To summarise: the starting point for the chosen approach is the planned acquisition of an already existing 'military-off-the-shelf' (MOTS) MH, in production or scheduled to go into production to minimum one other NATO country. This concept has been chosen because:

- It is DALO's initial assumption that most MHs in production, or scheduled to go into production, to other NATO members will fulfill the basic Danish requirements.
- It will maximize opportunities for cooperation with minimum one other NATO member on a number of areas, e.g. logistics, training and future updates.
- It will minimize development risks and reduce the likelihood of Denmark getting a unique helicopter which, in the future, will be difficult to update and maintain.
- It is the assumption that this approach will minimize acquisition and life-cycle costs.
- It is the assumption that this approach provides the SUPPLIERS with the best opportunity to present innovative ways for DALO to proceed with this acquisition.

However, regardless of the intention to acquire a MOTS helicopter, DALO is aware of the fact that some unique Danish requirements may have to be implemented on the proposed helicopter, in order to get the desired capability. DALO will be asking for some options that could

be incorporated in the Danish version, if an overall evaluation justifies such modifications. However, it has to be emphasised that information and pricing details required by DALO must be based on an already existing helicopter or a helicopter in its final stages of development. The price must cover a helicopter fully furnished with all the systems, sensors and equipment found on another user's version of the same helicopter (but not including ASW systems).

...

3.2 Cooperation with other users

As already mentioned, cooperation with another NATO country is of great importance. DALO will investigate the possibility of cooperation with other users during the procurement process and the result of these investigations will be part of the overall evaluation for the individual candidate.

...

DALO will therefore run a parallel track with the procurement procedure in order to investigate cooperation possibilities with another user.

...

4.2.2. Security

... DALO will use an encrypting programme. ...

...

4.3. Classification

The classification of this RFP is 'COMMERCIAL IN CONFIDENCE' and is only releasable to the SUPPLIER, their subcontractors and governmental agencies associated with the production of potential candidates. The RFP is not for public use. RFP replies must likewise be classified as 'COMMERCIAL IN CONFIDENCE' and will be handled as such by DALO.

All other classified material and information exchanged or generated in conjunction with the MH programme shall be used, transmitted, stored, handled and safeguarded in accordance with Danish Defence security regulations to the extent that they provide a degree of protection no less stringent than provided in current NATO classified material and information requirements.

...

5.1.5 Existing Danish MH capacity

Denmark is currently operating 8 LYNX Mk. 90B helicopters with associated support equipment. The helicopters were delivered to Denmark approximately 30 years ago and have undergone various modifications and updates during this period. As an option (not a requirement), Denmark wishes to include the sale of the existing Danish MH capacity as part of an overall procurement solution. ... If a SUPPLIER is interested in incorporating the existing MH capacity into an overall procurement solution, the SUPPLIER is invited to state a Rough-Order-of-Magnitude (ROM) price in the RFP Part II reply.

5.1.6. Risk management

Part of the candidate evaluation will be project risk evaluation. DALO has implemented a risk management strategy and established a risk register in order to identify, categorize, assess and handle risks for all potential candidates. It is the assumption that there will be a SUPPLIER risk management system for all potential candidates under development. There will be a requirement for DALO to receive information from applicable risk registers in order to update own risk management system. Information with regard to existing risks for already operational helicopters is also required. This could e.g. be information about not fully operational equipment. Detailed information about required risk information is stated in Appendix 7 'RISK MANAGEMENT'.

...

6.1.1. Number of helicopters and flying hours

...

Of the deployed helicopters, 2 will be in NATOPS configuration (+1 on standby) and 1 (+ 1 for 23 weeks of work-up) in INTOPS configuration. It is, therefore, expected that approximately half of the MH fleet will be in INTOPS configuration. Figure 1 shows the expected use of the MH fleet:

...

As mentioned in the 2007 RFI, there will also be a requirement for helicopter flying hours at the MOB for training missions to maintain proficiency or in order to train new aircrew. ...

...

Based on the generic deployment profiles, there is an annual requirement for approximately 2,200 FH for deployed helicopters (1,150 FH for NATOPS and 1,050 for INTOPS). The remaining part of the estimated 3,400 FH will be used for training, preparation for deployment and national tasking from the MOB in Denmark. ...

...

6.2. Logistical part

As stated in the 2007 RFI, the required maintenance organisation and concept have not yet been finalised. It will be up to the SUPPLIER to suggest the most optimal solution. DALO is very focused on finding the most effective and affordable solution. Implementation of a support solution with regard to transparency in life cycle costs has a very high priority. SUPPLIERS are required to provide the 'Best Value' overall solution with special focus on cost-effective solutions, with the number of flying hours, availability and logistics set-up in mind.

...

6.2.1. Requirement for logistical solutions

Appendix 15 'LOGISTICAL SOLUTIONS' will in detail state the requested input with regard to logistical solutions. As stated in the Appendix there will be a mandatory requirement for a proposal with re-

gard to a Traditional Logistical Solution and a request for an as comprehensive Performance Based Logistics (PBL) Logistic/Contractor Logistics Support (CLS) solution as possible.

DALO has a requirement for a cost breakdown of the individual areas that combined represent a complete PBL/CLS solution. ...

6.2.2. Danish Modifications

As already stated in paragraph 3, there will be a requirement for some Danish modifications and request for some options. The SUPPLIER is requested to list the helicopter modifications and options and state what the consequences are for deviating from the original version of the helicopter:

- How will e.g. a deviation with regard to updating the IFR sensor solution to include a civilian capability influence the possibility of following the same mission software update program as the existing version of the helicopter?

...

7. PROPOSAL EVALUATION

For evaluation of the different candidates, DALO will use a similar evaluation model as used in the Danish Fighter Replacement program. The model will be adapted for the special considerations associated with the evaluation of a MH instead of a fighter aircraft.

The overall evaluation consists of 6 general areas: Mission effectiveness, Survivability, Acquisition price, Operating costs, Maturity and assurance of future development support etc. and Project risk. All factors affecting an overall evaluation and the total procurement solution must be incorporated into one of these 6 areas. Weighting of the individual areas will not be made public to the SUPPLIER. The SUPPLIER must focus on proposing an overall 'best value' proposal with special emphasis on cost-effective solutions.

All candidates will be evaluated against the current MH (LYNX Mk. 90B) helicopter capacity.

A detailed description of the evaluation model will be stated in Appendix 17 'EVALUATION MODEL', RFP Part II.«

RFP del 2 af 25. februar 2011 bestod af en række yderligere bilag til RFP (bilag 5, 6, 8, 10, 11, 12, 14, 15, 17 og 18), »Supplementary questions to RFP part I Appendix 4«, »Supplementary logistics information to RFP part I Appendix 15« og »Supplementary questions to RFP part I certification paragraph (5.2.)«.

Bilag 17 er en evalueringsmodel for vurderingen af de indkomne tilbud og kontrakttildelingen. Det angives i det 25 sider lange bilag blandt andet:

»1. INTRODUKTION

...

In order to evaluate a maritime helicopter, 6 main evaluation areas have been identified which ensures that all aspects are part of the total evaluation of the different candidates:

- Mission effectiveness
- Survivability
- Acquisition cost
- Operational cost
- Maturity and assurance of future development, support etc.
- Project risk

The overall product of the evaluation model is a military recommendation regarding the choice of a new maritime helicopter for the Danish Defence.

2. PURPOSE

The purpose of this document is to provide an overall common platform for performing the evaluation, to describe the evaluation model, to describe the assessment categories for each of the six main evaluation areas and to describe the assessment criteria in relation to grading each main evaluation area. The evaluation model is complex and structured on the basis of several components and analyses from various contributors, and it is therefore important to describe the structure of the evaluation model and the basis of the evaluation. This description will help illustrate how the individual result is produced, but it will also provide the background for the contributors (the different teams in the project office) in order to achieve a harmonised end product. The detailed implementation of the evaluation model appears from the underlying set of documents consisting of 6 background notes, one for each main evaluation area, for each candidate. The foundation for development of background notes will primarily be evaluation lists, which will contain evaluation of individual areas applicable for the associated main evaluation area. Background notes, evaluation lists etc. are all internal evaluation documents.

...

3. DELIMITATION

Please note that the result of the evaluation model shows a snapshot of the assessments based on information available at the time of the preparation of the background notes. Any changes e.g. in conjunction with negotiations will be reflected in the applicable evaluation docu-

ments. The documents are dynamic documents until a final military recommendation has been made.

4. REPORT

4.1. General information.

Models intended to present results of multiple underlying inputs are typically either quantitative (e.g. mathematical, linear models) or qualitative, with the purpose of demonstrating a correlation between several variables that often is of a qualitative nature.

A model which is both qualitative and quantitative has been chosen for the evaluation of a new maritime helicopter. A major part of the underlying analysis will be of a quantitative character and based, among other things, on evaluation lists with a specified criteria for the different detailed areas. However, the overall analysis is qualitative and will be based on ranked grade values and, therefore, no form of mathematical operations should be carried out on the numerical values, only relative reflections. The choice of a combined quantitative and qualitative model is motivated by the many forms of analyses and assessments that form the basis of the evaluation, including analysis within widely different areas where both quantitative and qualitative considerations will be presented and thereby possibly having the problem of comparing apples and oranges on several occasions.

The choice of the described evaluation model and method has been made because it is robust, not complicated in structure and clearly includes all factors and aspects used in the analysis. Furthermore, the model has been used in connected with the future acquisition of new fighters aircraft and has in this context undergone extensive quality review.

After the release of the evaluation model in RFP part II, the evaluation model will be locked for further editing.

4.2. Presentation of evaluation model and method.

The model divides the evaluation into six main evaluation areas: Mission effectiveness, survivability, acquisition price, operating costs, maturity and assurance of future development, support etc. and project risk. Based on the analyses of these main evaluation areas in the background notes, an assessment is made which leads to the grading of the individual main evaluation area.

Mission efficiency: Missions must be carried out effectively with the desired precision and with the desired result.

Survivability: In performing the designated tasks, pilot and aircraft should be exposed to the lowest possible risk of returning injured or damaged from training or actual operative missions. Both internal as well as external risks are incorporated in this analysis.

Acquisition cost: When calculating the acquisition cost, focus is on the total acquisition price related to the total number of the required helicopters and on other acquisitions of required support equipment, documentation, simulator capacity, initial training and training of personnel, establishment related changes, redesign and reconstruction of helicopter carrying ships etc.

Operational costs: The calculated total operating costs cover annually recurring expenses for regular maintenance, personnel, fuel, logistical structure, etc. throughout the service life cycle of the helicopter. In addition, costs of regular updates throughout the service life cycle will be calculated. A prerequisite for maintaining the system at the sufficient level, compared to the overall development for maritime helicopters in general.

Maturity and assurance of future development support etc.: Communications systems and sensors, merging of subsystems, situation-related data presentation, etc. should be capable of being developed and integrated at a reasonable price throughout the service life. It is therefore generally important to avoid that Denmark is the only user of a helicopter capacity towards the end of the service life. In such case, development costs would have to be funded by Denmark alone.

In addition to this, the possibly future use of weapon systems -not included in the stated tasks for a new maritime helicopter -and cooperation with another user and partnering possibilities within areas such as for example training and logistics will be part of the evaluation under this main evaluation area.

Project risk: How uncertain the project is throughout its lifetime compared to the overall criteria. Project risk will reveal possible future challenges of the individual candidate and assess these as part of the overall evaluation.

...

4.3. The evaluation model and the grades.

The evaluation model consists of six main evaluation areas in which the following definition of "best" (A) and "worst" (E) is used for the main evaluation areas Mission efficiency, Survivability, Maturity and assurance of future development support etc. and Project risk:

[tabel]

It applies to the main evaluation areas Acquisition price and Operational costs that these areas are calculated as concrete numbers and presented visually so that the length of the vectors are representative in comparison to the mutual placement of the candidates with the use of a predetermined interval. This approach is used in order to better visualise the potential differences between the different candidates. A vector length based solely on an absolute numbers could result in that only major differences would result in significantly visual differences between the different candidates.

It applies to all main evaluation areas that the results are evidence of results of analysis on the basis of all available information (candidate proposals, meetings, visits and experiences, etc.).

Project risk shows how risky the individual candidate is assessed to be. Furthermore, project risk is a dynamic grade value which is likely to fall (better grade value) as the risk response actions are implemented and the project is maturing. Therefore the grade value given for project risk is a snapshot of the situation based on the latest update of the risk register.

4.4. Scale.

For four of the main evaluation areas the evaluation model uses the grades "A", "B", "C", "D" and "E", with "A" designating the most optimal solution and "E" represents being the worst solution with regard to the defined evaluation criteria.

Since the evaluation model is qualitative on an overall level, the grade values should be perceived as ranked values that can be used to assign relative grade values in respect of several candidates. This is best illustrated by the fact that non-absolute values such as "A", "B", "C", "D" and "E" should be used when examining the results. The grade values should therefore only be perceived as ordinal, or ranked, which means, for example, that "B" should not be perceived as twice as good as "D", but only "somewhat better".

4.4.1. Calibration of measuring scale.

In connection with the evaluation, one candidate might appear slightly better than another within a given main evaluation area. The question then remains whether the grade values "C" and "B" should be used rather than "D" and "C". This dilemma is solved by establishing a reference value for each main evaluation area. For this purpose the Danish LYNX MK 90B is used as reference in relation to Mission efficiency, Survivability and Maturity and assurance of future development support etc., in this way:

VALUE	DESCRIPTION	DEFINITION
"A"	Considerably better than RDN LYNX MK 90B	Best
"B"	Somewhat better than RDN LYNX MK 90B	Better
"C"	A little better than RDN LYNX MK 90B	Good
"D"	Similar to RDN LYNX MK 90B	Less good
"E"	Poorer than RDN LYNX MK 90B	Bad

Table 2 Grade description in relation to Danish LYNX.

Based on this, it will be possible for the main evaluation areas Mission efficiency, Survivability and Maturity and assurance of future development support etc. to fix a suitable standard when the grades are to be fixed for the studied candidates. Concerning main area Project risk it is difficult to relate to the Danish LYNX. To compare this main area to a more than 30 years old, almost completed project does not make sense. Instead the following scale will be used for Project risk (Table 3). And, as mentioned, specific numerical values will be used for acquisition price and Operating costs.

VALUE	DESCRIPTION	DEFINITION
"A"	Very low project risk	Best
"B"	Low project risk	Better
"C"	Medium project risk	Good
"D"	High project risk	Less good
"E"	Very high project risk	Bad

Table 3 Grade description in relation to Projekt Risk.

4.5 Background notes

All background notes are subject to internal quality assurance in the Danish Defence. Six background notes dealing with the main evaluation areas will be prepared for each candidate. ... Finally, one note is prepared with a military recommendation; this note contains a comparison of the remaining candidates, both in text and visual form with a related recommendation on type selection.

...

5. SETTING GRADE VALUES

5.1 Evaluation categories – general presentation

To complete the work, the team responsible for each background note delivers an evaluation of each candidate for further preparation for the military recommendation. Furthermore, filled-in risk forms are returned. For all main evaluation areas except Acquisition and Operational costs, the evaluation will consist of one of five possible grade values (from "E" to "A") supplemented by an explanation for the chosen grade based on evaluation criteria for each note. The main evaluation categories for the six main evaluation areas are described in the following table. It should be noted that the table is only an extract of

some of the main categories, but not limited to these. There will e.g. be underlying areas that are not represented in the table.

...

As mentioned, a fixed weighting between the main evaluation areas will not be made beforehand. Initially, all the main evaluation areas will be considered equal in relation to an overall evaluation of the individual candidates. A weighting will be carried out at the time of selection of suppliers for the negotiation stage and in connection with the preparation of a military recommendation.

There are several reasons why an overall weighting will not be prepared. For instance, there will be a long interval between the issue of the evaluation model and the final type selection. Therefore, factors influencing the selection could change until the time of a type selection. It is of course desired to include these changes in the final decision on choice of type. Furthermore, a super-optimisation towards selected areas on the expense of other areas is not desirable either, but rather that the suppliers deliver a total solution which in every respect is the optimal for Denmark.

...

5.2.1. Mission efficiency.

The prerequisites for carrying out both NATOPS and INTOPS missions and the helicopter's performance in relation to the following items:

- Sovereignty enforcement, including maritime surveillance
- Search and Rescue (SAR), including transportation of ill and injured persons
- Other NATOPS missions
- Establishing a maritime picture (picture compilation)
- Force protection
- Boarding operations
- Support for land-based military operations
- Utility missions

The above missions are found relevant in relation to the performance of all missions required, depending on the enemy military capabilities and/or the specific mission.

5.2.1.1 Prerequisites.

The capability of the helicopter to operate from a ship, preparation of the helicopter for e.g. traversing the helicopter in and out of the hangar, the maintenance burden and thus the operational availability are some of the areas, which constitutes the overall prerequisites for carrying out the different missions. These prerequisites will be part of the

overall evaluation of mission efficiency, and the area will contribute with input for a total grade value.

5.2.1.2. Sovereignty enforcement, including maritime surveillance.

The navy must be able to conduct sovereignty enforcement of the waters within the entire Danish Kingdom (including Greenland and the Faroe Islands) and carry out the related authoritative tasks in a focused and efficient way. This goes for both the sea territory, the exclusive economic zones and other parts of the Danish waters. The sovereignty enforcement constitutes one of the main missions at the Faroe Islands and Greenland.

Particularly in the case of Greenland there are vast areas with extreme climate which need to be patrolled so that Denmark can maintain its sovereignty. In north-east Greenland it is the Sirius Sledge Patrol which asserts sovereignty, but in the remaining part of the North Atlantic area it is naval ships, some with an organic maritime helicopter, which handle the task².

[I fodnote (2) anføres: Present LYNX has also been used for sovereignty enforcement at the hard-to-reach areas at Hans Island near north-west Greenland and Tobias Islands at the east coast of Greenland.]

5.2.1.3. Search and Rescue (SAR), including transportation of ill and injured persons.

Search and rescue constitute a main mission at the Faroe Islands and Greenland. Particularly in the case of Greenland, vast areas must be covered with regard to SAR. The size of the areas means that assistance to a ship in distress often will be hours away, if no helicopter-carrying unit is nearby. Particularly during summer, when the ice situation means that the navigable areas are extensive and the intensity of e.g. cruise ships is high, a maritime helicopter makes it possible to maintain a considerably increased coverage of the area.

5.2.1.4. Other NATOPS missions.

Include several missions, such as general transportation tasks (of both personnel and goods), support to local communities, ice-reconnaissance, protection of sea environment, fishing inspection etc.

5.2.1.5. Establishing a maritime picture (picture compilation).

Picture compilation is the corner stone in every naval military operation, ranging from fighting maritime crime and maritime embargo operations to actual naval combat. The purpose of the activity is to detect, classify, identify and follow surface ships as a contributor in order to fulfill a naval force's general mission.³

[I fodnote (3) anføres: An maritime helicopter is able at much greater distance and much faster than a ship to detect and subsequently identify targets, incl. targets where it is not possible for a ship to get within identification distance, e.g. due to the speed of the target. Furthermore, the helicopter may be used to identify targets in areas with dense traffic, where the ship is much limited in its possibilities to manoeuvre due to other traffic. This means that the naval vessels ability to build and maintain a maritime surface picture is considerably increased with the assistance of a maritime helicopter.]

5.2.1.6. Force protection.

Force protection, whether it be own and allied warships, as well as civilian merchant vessels, is a mission which primarily is focused on the asymmetrical threat. This means potential attacks from often irregular or paramilitary forces by using e.g. fast vessels with explosives, rocket launchers or small arms weapons. Furthermore, the use of small aircraft 'low, slow fliers' may take place in connection with attacks on own units.

During force protection operations the helicopter is a suitable platform to identify, challenge and pursue suspicious vessels. The helicopter is capable of effortless and fast manoeuvring over densely trafficked areas, where ships would be a danger to general ship traffic.

Due to its speed, the helicopter may fast and with flexibility be placed where the need arises.

In this scenario the helicopter will have a preventive effect, but it would also be able to engage a target, should an attack be required.

5.2.1.7. Boarding operations.

For fishery inspection, maritime counter crime operations, or when enforcing an embargo, the maritime helicopter will be used during all stages of a boarding operation: Detection, surveillance, interrogation, approach, stopping, boarding, searching and finally diversion⁴. The mission ranges from maritime picture compilation, transportation and deployment of boarding teams by means of hoist, fast rope or rappelling, protecting the boarding team by means of marksmen or heavy machine guns, communications relay for own units, and possibly ends with extraction of the boarding team or a rescue mission in the form of casevac or assistance to vessel in distress due to the effects of the boarding mission.

[I fodnote (4) henvises til »Allied Tactical Publication (ATP) 71«].

5.2.1.8. Support to land-based military operations.

Support to land-based military operations may take place indirectly or directly. Indirect support to operations far away from the sea, such as Afghanistan, may take place by taking over domestic tasks, thereby releasing the best suited resources for the land operation. The take-over of a SAR stand by task in Denmark will e.g. release an EH-101 for transportation tasks. In this way the dispatched units will be limited to one type of aircraft, and the logistical footprint is minimized. Furthermore, mission-preparing training can be handled by maritime helicopters, thus freeing flying hours from other types. Direct support to land operations may take place over land in the depth of the full radius of action or via re-supply points. The support may comprise of transportation, surveillance, escort, supporting fire and casevac. Inspection and maintenance may take place on the maritime helicopter mothership at sea to ease the logistical structure.

5.2.1.9. Utility.

There will be a number of other secondary missions for the maritime helicopter in INTOPS, including SAR, Vertical Replenishment, passenger transportation etc.

...

5.2.2. Survivability

This area is assessed in relation with the following selected threats:

- Internal threats
- External threats

The above mentioned threats are estimated to be relevant when carrying out all missions depending on the enemy military capability and/or the specific mission.

5.2.2.1. Internal threats

The area "Internal threats" comprises relations in connection with the helicopter's design and construction. The evaluation includes redundancy in connection with technical damages or loss of system. Survivability in connection with a total damage is also included in this area, and an evaluation of crashworthiness and ditching characteristics will be included.

5.2.2.2. External threats.

The external threats comprise suddenly occurring natural phenomena that can destroy systems or affect system functionalities directly. Examples of this could be lightning strikes, hails, icing up, bird strikes etc. External threats also includes areas relating to hostile fire, including protection against damage caused by weapons, evaluation of systems to prevent or limit the effect of hostile weapon use (e.g. self protection package, ability to manoeuvre, protection regarding CBRN threats etc.) Influence from high intensive electromagnetic radiation is also included in the area "External threats".

...

5.2.3. Acquisition cost.

This area is illustrated by looking at the total costs in connection with purchasing a given helicopter system. For this purpose, the model for lifecycle costs, Life Cycle Cost (LCC), developed by the DALO is used which focuses on the total costs for an entire helicopter system.

The DALO model for lifecycle costs; an acquisition phase, an operational phase and a decommissioning are defined. On the basis of these phases, a hierarchical structure is defined in which all costs are included.

The overall categories in the framework model's acquisition phase are as follows:

- Case handling ...
- Development ...
- Acquisition price ...
- Investment and constructions costs (cover costs for constructions and other investments for reconstruction of ships, building at main operating base (Karup), initial spare part storage etc., which can be related directly to the acquisition of the helicopter system).

...

The financial input to the model is delivered partly via input from the suppliers, primarily via the received proposals and supplemented by information e.g. gathered by attending meetings etc. Furthermore, input is also derived from relevant background notes.

Inputs are also gathered from other sources, as e.g. exchange rates, average salary etc are necessary inputs for the model in order to conduct necessary calculations. ...

...

Finally there are a number of risks that also deliver input to the financial calculations. To the extent risks can be quantified, these are included in the financial evaluation and then ignored in relation to project risks. The risks identified are considered neutralized due to the quantification and the inclusion in the financial calculations.

...

5.2.4. Operational costs.

This area is illustrated by looking at total operational costs which are the consequence of using any given helicopter system over a period of 30 years. For this purpose, the model for lifecycle costs, developed by DALO, is used which focuses on the total costs for the complete helicopter system.

The DALO model for lifecycle costs; an acquisition phase, an operational phase and a decommissioning are defined. On the basis of these phases, a hierarchical structure is defined in which all costs are included.

The overall categories in the framework model's operation phase are as follows:

- Operational costs...
- Support structure (repair work and maintenance) (All internal costs to keep the equipment system running, including planned and not planned maintenance)
- External goods and services (costs related to external acquisition of goods and services that can be related directly to the helicopter system)
- Modifications (costs for modifications and updates of equipment after commissioning, including mid-life updates, software updates)

...

5.2.5. Maturity and assurance of future development support etc.

This area is evaluated in four areas: The project structure of the helicopter system (1), technique, design and growth potential (2), dimensioning of sub-systems (3) and conditions in relation with user group etc. (4). The analysis model is supported by evaluation lists to evaluate a part of the quantitative sub-criteria, where the evaluation lists have been broken down into simple measurement criteria.

(1) This area deals with the creation of project structure regarding size and experience for involved companies and conditions in connection with partner nations. It is considered an advantage if this regards big companies with broad experience within weapon and aerospace technology. Furthermore, the number of produced and sold helicopters worldwide is included.

(2) This area deals with the manufacturer's possibility for further development of the helicopter system. This includes DALO possibility for access to information, which is necessary if the helicopter is to be further developed. An evaluation of the possibility for developing the helicopter system further is dependent on whether development is planned into the helicopter project from the beginning or not.

(3) This area deals with the sub-systems' design, including the technological level. The technological stage contains, among other things, an evaluation of whether the systems are integrated or separate systems. In this connection, it is considered an advantage if the systems are integrated as this makes it possible for them to be further developed and

new functionalities to be introduced in connection with software updates.

(4) The evaluation of user group etc. comprises the expected number of productions for each type of helicopter and the possibility to cooperate with a large NATO user organization as these conditions affects Denmark's responsibility and financial contribution related to further development of the type of helicopter. Furthermore, the area deals with the level of cooperation, as there is a big difference between formalized and established cooperation and a more loose cooperation where mostly user experiences are exchanged. To a smaller user nation, it has, in our experience, proofed relevant to be able to cooperate with other nations about the further development of a weapon system – e.g. ... In this connection it is considered an advantage that it is possible to establish and formalize a financial cooperation in relation to operation and possible updates of the helicopter system.

5.2.6. Project risk.

All identified risks are recorded in a risk register, registered on each of the candidates and managed with the risk management tool STYR2:RISK. The risk register is kept up to date and is the foundation for the summery risk profile. The project risk grade value is based on a snapshot of the risk register.

Risk management is based on the DALO risk management process (Office of Government Commerce - Management of Risk, M_o_R). The individual risk is identified based on information about the candidate, the supplier or other conditions which may impact on the project; this includes results from test and simulation or lessons learned etc. The identified risks are described, categorised and allocated ownership in the individual evaluation teams.

The evaluation criteria include estimates of the risk probability, impact and proximity, which is the foundation for calculating a risk index value. The risk response options are described and, if possible, risk response actions are planned and implemented. The total risk index value of the candidate, i.e. the sum of all index values, is an expression of how risky each candidate is considered to be, as this is an expression of the candidate's total number of up to date estimated risks.

The evaluation of the Project risk shows how risky or insecure the individual candidate is considered to be. Project risk is a dynamic grade value which is expected to fall as risk response actions are implemented and the project is maturing.

Within each evaluation team own risks are quality assured by assessing risk relevance and comparing the estimated probability, impact and proximity to the overall risk profile, e.g. the impact estimates are validated against the candidate's total risk impacts. Likewise risk response options and actions are validated. Subsequently, the candidate's total risk index value and summery risk profile will be an up to date foundation for the project risk grade value.

5.3. Grading.

For each of the six main evaluation areas, the following sets out an overview of the grading system used as a reference for the analyses made. Considering that there are both a quantitative and qualitative approach to the evaluation of the candidates, the grading will be based on analyses and evaluations, which means that this is not strictly a measurable quantitative grading. For each of the four evaluation areas the evaluation is based on the evaluation criteria listed in table 5, and a grade value is given for each evaluation criterion. Each sub-grade value is evaluated, and the final grade value for the main evaluation area is determined.«

Som en del af konkurrencedokumenterne, der blev udsendt med RFP del 2 den 25. februar 2011, indgår et kontraktudkast, hvoraf blandt andet fremgår:

»PREAMBLE:

Today, the Parties have entered into the following Contract,

- | | |
|----------|--|
| Whereas: | DALO wishes to acquire maritime helicopters for deployment in Danish operations both nationally and globally, such helicopters to be off-the-shelf-candidates to the highest possible degree |
| Whereas: | the Supplier can deliver "off-the-shelf" maritime helicopters with minor adjustments to match DALO's special operational needs |
| Whereas: | the Supplier is thus able to minimise DALO's acquisition and life-cycle cost as the acquired maritime helicopters are "off-the-shelf" |
| Whereas: | it is an absolute imperative that the off-the-shelf maritime helicopters offered to DALO in this Contract in all material aspects corresponds to a helicopter delivered by the Supplier to another NATO member state at least 6 months prior to the First Delivery Date and that DALO's opportunities for cooperation with such other NATO-member as |

further described in Annex A, exists

Whereas: the Contract is a integral part of a group of contracts consisting of this Contract, the Sustainment Contract concerning the Deliverables and the optional Sales Contract concerning the sale of DALO's existing fleet of lynx maritime helicopters

Whereas: this Contract and the Sustainment Contract is to be entered into by the Parties simultaneously to come into effect

The Supplier acknowledges and agrees that:

- (a) the specification of the requirements for the Deliverables in this Contract is the result of a resource-intensive approval and procurement process carried out by DALO in accordance with article 346 of the EUF-Treaty
- (b) DALO has relied on the Suppliers representations about time and quality as reflected in the tender, this Contract and its annexes, and
- (c) DALO has therefore determined that the Contract gives DALO value for money on the basis that full acceptance of all Deliverables is achieved without delay and to the agreed standard and quality

...

2. CHAPTER II - THE SUPPLIERS DELIVERIES

2.1 Overall description of delivery

The Danish Defence Agreement 2010-2014 includes an allocation to procure new maritime helicopters for deployment in Danish operations both nationally and globally.

It is of great importance to the Danish Defence that the acquired solution allows cooperation with other countries on, e.g., logistics and support, updates, conversions and simulator training. Equally important is the interoperability capabilities of the Deliverables in multinational operations with other principal partners. NATO is the primary forum in regard of both cooperation and interoperability.

The acquired solution under this Contract and the Sustainment Contract shall together be all-embrative and incorporate procurement, training and support as further specified in the said contracts with an-

nexes. All aspects of the delivery under this Contract shall be coordinated by the Supplier to comply with the imperative that the Danish Defence must have necessary operational availability at all times.

It is important to emphasise that this Contract is an integral part of the contractual relation between DALO and the Supplier, encompassed by this Acquisition Contract and the Sustainment Contract.

...

2.3.2 DALO's specific requirements

The Supplier warrants that the design, materials used, and the workmanship executed when producing the Deliverables conform with all the provisions in this Contract and that the Deliverables meet the requirements, including the provisions detailed in Annex A containing DALO's Specific Requirements concerning the Deliverables.

The Supplier has during the tender stage submitted a technical proposal enclosed as Annex B whereby all of DALO's requirements are demonstrated to be met in accordance with the overall and specific requirements. The Supplier hereby reconfirms, that no obligation, demand or requirement in Annex A is disregarded in whole or in part in Annex B, unless expressly permitted in writing during contract negotiations.

The Parties agree that the Suppliers delivery obligation extend beyond the requirements stated in Annex A, and thus also include all obligations stated in this Contract, Chapter II.«

Ifølge det 61 sider lange kontraktudkast ville der indgå 24 nærmere angivne bilag i kontrakten.

Kontraktforhandlingerne og modtagelsen af tilbud

Indklagede modtog svar (tilbud) på RFP del 2 fra blandt andre klageren ved udgangen af maj 2011 og indledte efter en evaluering af de indkomne svar kontraktforhandlinger med klageren og to andre mulige leverandører.

Parallelt hermed førte man fra dansk side en dialog med mulige samarbejdspartnere i NATO. Der er i den forbindelse fremlagt et Statement of Intent mellem de britiske og danske forsvarsmyndigheder af oktober 2011, hvorefter parterne erklærer at ville:

»A. Explore the possibility for future co-operation with regard to the use of the AW159 Lynx Wildcat Helicopter should it be selected for the Danish Maritime Helicopter requirement.

B. Investigate the opportunities and potential benefits of such co-operation, including but not confined to the following areas:

...

C. If opportunities for co-operation to mutual benefit are identified, to consider negotiating a Memorandum of Understanding (MOU) ...

...

The objective of this Statement of Intent is only to list the principles on which the Signatories intend to explore a possible co-operation. Its signature does not constitute a commitment to fund or participate in this co-operation nor does it represent a legally binding commitment between the Signatories under international or national laws. ...»

Kontraktforhandlingerne på grundlag af RFP del 2 med klageren og de to andre mulige leverandører varede frem til august 2012. De blev til slut indskrænket til alene at omfatte klageren, som havde tilbudt at levere helikopteren AW159 »Wildcat«, og US Navy, som havde tilbudt at levere helikopteren MH-60R »Seahawk«.

Der blev indgivet endelige BAFO-tilbud (»Best and final offer«-tilbud) i slutningen af juni 2012.

Tildelingsbeslutningen og kontraktindgåelsen

Indklagede indstillede til forsvarsministeren, at kontrakten skulle tildeles til US Navy. Klageren modtog den 21. november 2012 meddelelse om ikke at ville få kontrakten tildelt.

Efter klageren modtog meddelelsen om ikke at være blevet tildelt kontrakten, har klageren deltaget i et møde med indklagede den 28. november 2012 om evalueringen af klagerens tilbud. Klageren sendte umiddelbart forud herfor 21 spørgsmål til indklagede om blandt andet forskellene mellem tilbuddene fra klageren og US Navy.

Ved et ved e-mail fremsendt brev af 29. november 2012 oplyste klageren indklagede om, at der dagen efter den 30. november 2012 ville blive indgivet klage til klagenævnet med begæring om opsættende virkning. Klageren angav, at gå ud fra, at kontrakt ikke ville blive underskrevet, før klagenævnet havde taget stilling til spørgsmålet om opsættende virkning.

Den 30. november 2012 underskrev indklagede et Letter of Offer and Acceptance med US Navy. Dokumentet er underskrevet af en repræsentant for US Navy den 20. august 2012. Det fremgår af dokumentet, at kontraktindgåelsen var betinget af Finansudvalgets tiltræden.

Godkendelse blev meddelt på Finansudvalgets møde den 6. december 2012, og kontrakten med US Navy blev dermed endeligt indgået.

Kravene til helikopterne og de bagvedliggende hensyn

Indklagede har oplyst følgende om de 4 kandidater og kravene til de militære skibsbaserede helikoptere:

»3. Tekniske krav til helikopteren

Som følge af den påtænkte anvendelse af den skibsbaserede helikopter måtte dens konstruktion og dens installationer være væsentlig forskellige fra civile helikoptere.

Alle skibsbaserede helikoptere i NATO er designet og bygget specifikt til militært brug. Enkelte af disse modeller har civile "søstermodeller", men der vil altid være meget store og grundlæggende forskelle på civile og militære udgaver af helikopterne, jf. nedenfor.

Kravet om de militære egenskaber afspejles i udvælgelsen af de fire ovenfor nævnte kandidater:

Agusta Westlands "Wildcat"

Helikopteren findes alene i en militær udgave, og den har ingen civil "søster-model".

Eurocopter/NH Industries NH90/NFH90 og AS 565 "Panther"

NH90 findes alene i en militær udgave, og den har ingen civil "søster-model".

AS 565 "Panther" har en civil søstermodel (AS 365 "Dauphin"), men der er meget stor forskel på disse f.eks. med hensyn til missionssystemer, sensorsystemer, kommunikationssystemer, egenbeskyttelsesevner, dækfastholdelses-system m.v., hvorfor det ikke giver mening at sammenligne de to helikoptere.

Sikorsky/Lockheed Martins MH-60R "Seahawk"

MH-60 findes alene i en militær udgave. Helikopteren er en maritim udgave af modellen H-60, der er udviklet til den amerikanske hær. H-

60 findes også i f.eks. en SAR-udgave (Search And Rescue), der anvendes af enkelte andre landes statslige myndigheder, f.eks. US Coast Guard, men der findes ikke civile udgaver af denne type helikopter.

Sikorsky Canada's H92/CH-148 "Cyclone"

Helikopteren er en militær udgave af modellen S92, men er meget forskellig fra den civile "søster-model", idet der ifølge det canadiske forsvar kun er ca. 20-30 % komponent-sammenfald mellem de to udgaver.

Forskellen mellem civile og militære helikoptere

Der er generelt meget store forskelle på civile og militære helikoptere, også i forholdet mellem civile og militære udgaver af samme helikoptertype.

De militære helikoptere har for det første en væsentligt anderledes konstruktion. Eksempelvis skal militære helikopteres konstruktion kunne tåle beskydning op til en vis kaliber, hvorfor stellet tilvirkes på en sådan måde, at det kan modstå angreb med projektiler og fragmenter og stadig klare en hjemflyvning; dette vil civile udgaver ikke være konstrueret til, da det vil være særdeles uøkonomisk, henset til store unødvendige omkostninger til grundlæggende forstærkninger af stellet samt driftsøkonomien i en tungere helikopter.

Militære helikoptere indeholder for det andet en lang række ombordværende integrerede sensorer og systemer, som ikke forefindes på civile helikoptere. Det gælder eksempelvis systemer, der har til formål at forhindre angreb på helikopteren, f.eks. i form af anordninger til vildledning af missiler. Derudover har helikopterne egne våbensystemer, og skibsbaserede helikoptere bestykses endvidere med et tungt maskingevær, hvilket kræver omfattende strukturelle forstærkninger af stellet, dels af hensyn til muligheden for fastgørelse, dels af hensyn til neutralisering af rekyl-påvirkningen ved skudafgivelse, som risikerer at interferere med helikopterens nøje kalibrerede systemer til modvirkning af de værste rystelser fra rotorbladene.

Endelig indeholder militære helikoptere avancerede radarsystemer til detektering af potentielle fjender, systemer til at opfange fjendtlig elektromagnetisk stråling, kryptograferede kommunikationssystemer, datalink-systemer mv. Militære helikoptere konstrueres desuden med flere redundante systemer, som sikrer, at helikopterens vitale funktioner kan overtages af parallelle systemer, såfremt det dedikerede system fejler som følge af beskydning eller lignende. Ej heller dette sker i civile helikoptere af omkostningsmæssige årsager.

De nærmere data vedrørende ovenstående systemer er klassificerede, og indklagede kan af sikkerhedsmæssige årsager derfor alene i det følgende i forbindelse med kommentering af klageskriftet foretage en overordnet beskrivelse af systemerne inden for de allerede foreliggende beskrivelser, som fremgår af *Request for Information* og *Request for Proposal*.

...

4. Kravet om et "samarbejdsland"

...

Der anskaffes kun ni skibsbaserede helikoptere, de opererer ikke på en selvstændig basis men skal supplere (og fungere ud fra) andet kampmateriel, der er tale om en teknisk langt mere kompleks ydelse end mandskabsvogne, og fastlæggelsen af ønskelige egenskaber skal for helikopternes vedkommende ske så sent som muligt af hensyn til at matche de krav, som den udenrigs- og sikkerhedspolitiske situation på anskaffelsestidspunktet (ikke tidspunktet for igangsætning af konkurrencen) måtte tilsige - igen som følge af det begrænsede antal. Men mest afgørende er, at når der købes så få enheder, så bliver det helt essentielt for den militære sikkerhed, at logistikken omkring opbygning af kapacitet, træning, uddannelse og drift optimeres i retning af andre NATO-partnere, således at interoperabiliteten - og dermed Danmarks militære slagkraft og sikkerhed for styrkerne - tilgodeses.

For indklagede var det derfor vigtigt at sikre, at der i videst muligt omfang kunne etableres et samarbejde med en anden (typisk større) NATO-partner, som har anskaffet samme materiel, og som derfor dels kan være "driver" på såvel den kapacitetsmæssige som den teknologiske udvikling og de deraf følgende omkostninger i helikopternes lange anvendelsesperiode (forventeligt 30 år eller mere), dels kan sikre såkaldt "communality" (produkt- og komponentfællesskab), da dette skaber mulighed for fælles træning og doktrin; muligheden for strategisk udnyttelse af identiske reservedele, og fælles uddannelse gør det endvidere muligt at optimere udnyttelsen af Danmarks (og et partnerlands) materiel.

Kunne et sådant samarbejde ikke etableres, ville der ikke være mulighed for gensidig logistisk samarbejde og gensidig støtte, og ved kamp- tab eller i indsatsområder ville partnerlandene ikke umiddelbart kunne hjælpe Danmark. Det ville omgående markant nedsætte Danmarks attraktion som koalitionspartner og dermed evnen og friheden til at agere, som den til enhver tid siddende regering måtte ønske på det udenrigs- og sikkerhedspolitiske område.

Af denne grund var det magtpåliggende for Danmark, at en så begrænset og strategisk vigtig kapacitet som skibsbaserede helikoptere blev anskaffet under vilkår om, dels at den pågældende helikopter var

leveret/under levering til et andet NATO-land, dels at det for Danmark var muligt bilateralt og via en regeringsaftale med et andet NATO-land at opnå en samarbejdsaftale om oparbejdelse, udvikling, vedligehold og drift af kapaciteten. Disse tanker ligger også til grund for den nyligt fra NATO's side meddelte doktrin vedrørende det såkaldte "SMART Defense", hvor landene ikke hver især anskaffer enhver kapacitet, men søger at dele opgaver, kapaciteter og logistik imellem sig.

Det afgørende ved identificering af kandidaterne var således, at disse på anskaffelsestidspunktet ville være valgt af et eller flere andre NATO-lande, hvilket gjorde sig gældende for de fire oprindeligt identificerede kandidater. Listen af kandidater var dog ikke i begyndelsen af 2010 "låst fast" på de fire kandidater, og andre potentielle leverandører, der på anskaffelsestidspunktet ville være valgt af andre NATO-lande, var derfor ikke afskåret fra at deltage i anskaffelsesprocessen. Dette var bl.a. også baggrunden for, at det tillodes Eurocopter at udskifte den ellers oprindeligt indmeldte kandidat.

5. Udveksling af klassificerede oplysninger mv.

Request for Information og *Request for Proposal* er som sådan ikke klassificerede, men en stor del af de nødvendige data vedrørende eksempelvis radio, data link, kryptering mv. er klassificerede oplysninger.

Ved en afskaffelse af skibsbaserede helikoptere som den aktuelt foreliggende vil det være nødvendigt at udveksle klassificerede oplysninger med de potentielle leverandører med henblik på at sikre, at disse kan tilbyde et produkt, der helt igennem opfylder Forsvarets behov. Forsvaret ville under ingen omstændigheder have tilladt udveksling af følsomme oplysninger med personer eller virksomheder, der ikke på forhånd havde de fornødne sikkerhedsgodkendelser.

Som et eksempel, der specifikt vedrører klageren, kan nævnes, at det af RFI og RFP fremgår, at helikopteren skal være udstyret med et såkaldt "NATO compatible Data Link". Data vedrørende dette system er som følge af de særlige besked-protokoller, som data udveksles i, klassificeret op til "NATO secret", jf. Statsministeriets sikkerhedscirkulære (cirk. nr. 204 af 7. december 2001), hvilket er det næsthøjeste klassificeringsniveau både i Danmark og NATO. Da klagerens kandidat Wildcat i sin standardkonfiguration ikke er udstyret med et "NATO compatible Data Link", har det i forbindelse med forhandlingerne været nødvendigt at udveksle klassificerede oplysninger med klageren, således at klageren kunne levere et produkt, der opfyldte det konkrete krav.

Det bemærkes i den forbindelse, at prækvalifikation efter udbudsdirektivet, jf. dir. 2004/18, alene kan ske i henhold til de udtømmende opregnede kriterier i artikel 45-53. Det har først efter forsvarsdirektivets (dir 2009/81) ikrafttræden den 19. august 2011 været muligt at prækvalificere på ansøgernes evne til at omgå klassificerede oplysninger, jf. direktivets artikel 22. Forsvarets anskaffelsesproces var imidlertid som ovenfor anført påbegyndt i 2007/2009, hvor Forsvaret således ikke kunne være sikre på, hvem man var nødt til at prækvalificere - og dermed udveksle informationer med - såfremt der havde været tale om et almindeligt udbud.

...

7. Særlige leverandører og anskaffelsesvilkår - FMS-systemet

Indklagedes indledende undersøgelser af markedet viste, at helikoptertypen MH-60R "Seahawk" alene kunne anskaffes gennem en såkaldt "FMS-case" ("Foreign Military Sales"), hvorved forstås, at Forsvaret ikke vil kunne indgå aftale direkte med selve det amerikanske leverandør-konsortium (Sikorsky og Lockheed Martin), men alene med US Navy på vegne den amerikanske regering, som således ville udgøre Forsvarets køberetlige kontraktpart.

Årsagen til denne specielle konstruktion skal findes i den amerikanske *Arms Export Contract Act*, som tillægger den amerikanske kongres eksklusiv kompetence til at beslutte, om - og i givet fald i hvilket omfang - der må eksporteres amerikansk militært materiel og våbentechnologi mv. til et andet land.

Rationalet bag reglerne er, at USA, som verdens største producent af forsvarsmateriel, ønsker at kontrollere, hvilke lande der får rådighed over den teknologi, som USA's virksomheder udvikler, herunder for at sikre, at teknologien ikke ender hos fjendtlighedsindede lande, hvilket ultimativt ville indebære risiko for, at amerikanske soldater blev slået ihjel ved hjælp af amerikansk forsvarsmateriel.

Forsvaret vurderede, at MH-60R "Seahawk" var en relevant kandidat, som ud over de tekniske karakteristika også levede op til kravet om leverance til et andet NATO-land, idet det amerikanske forsvar som nævnt allerede har over 150 stk. af flytypen i aktiv tjeneste, mens yderligere 150 stk. forventes leveret inden rimelig tid.

Ved at anskaffe samme version af "Seahawk'en", som den version US Navy gør brug af, ville Forsvaret dermed kunne opnå den vigtige "communalitry" med en typisk koalitionspartner og samtidig sikre de laveste livstidsomkostninger på helikopteren via stordrifts-fordele og en storkunde som US Navy, der kan optræde som "driver" på teknologiske opdateringer og kapacitetsmæssige videreudviklinger.

I forbindelse med Forsvarets konkurrence i henhold til artikel 346 måtte Forsvaret herefter indrette sig sådan, at US Navy først blev konsulteret med henblik på at sikre, at konkurrencematerialet (RFP'erne) i henseende til struktur og enkeltformuleringer fik en form, der ikke på forhånd udelukkede en FMS-handel, idet FMS-systemets forudsætning om en regeringsaftale gør visse krav umulige, f.eks. påtager to selvstændige suveræne nationer sig ikke erstatningsansvar over for hinandens udstationerede medarbejdere, ligesom skattefrihed for samme måtte håndteres. Herefter samarbejdede det bagvedliggende amerikanske leverandørkonsortium og US Navy om at udarbejde et tilbud vedrørende kandidatens egenskaber og inkorporering af de såkaldte "danske optioner", som bl.a. bestod i krav om særlige kommunikationssystemer, der "taler" med øvrige danske systemer mv. Dette tilbud kunne herefter indgå sammen med de øvrige tilbud i Forsvarets senere evaluering.

Det bemærkes, at integrationen af en FMS-kandidat i Forsvarets anskaffelsesproces også udover det ovennævnte forudsætter en vis forskelsbehandling mellem kandidaterne, idet FMS-handler kun kan ske på de specifikke vilkår, som følger af ufravigelig amerikansk lovgivning vedrørende eksport af amerikansk våbentechnologi af en vis kvalificeret art. De nævnte vilkår ligner ikke sædvanlige kontraktvilkår, da der som nævnt er tale om aftaleindgåelse mellem to stater.

Det bemærkes endvidere, at de nævnte FMS-vilkår ikke kun er gældende for handler i relation til Danmark, men derimod er velkendte i alle vestlige lande, der anskaffer amerikansk våbentechnologi af den nævnte kvalificerede art. Alle lande (også de andre EU-lande), der anskaffer den nævnte type materiel fra USA er således nødsaget til at acceptere FMS-vilkårene, da de følger af præceptiv amerikansk lovgivning.

8. Den udenrigs- og sikkerhedspolitiske situation

...

Ved påbegyndelsen af processen var indklagede opmærksom på, at processen ville strække sig over en længere årrække, og man var også opmærksom på, at den udenrigs- og sikkerhedspolitiske situation kunne - og formentlig ville - undergå drastiske ændringer over denne periode, og at disse ændringer kunne influere på de nærmere krav til de skibsbaserede helikopteres egenskaber.

Denne antagelse skyldtes ikke mindst de foregående års globale sikkerhedspolitiske omvæltninger, blandt andet i forlængelse af terrorangrebet mod USA den 11. september 2001 og den efterfølgende krig mod terror. Trusselsbilledet var på daværende tidspunkt generelt

skærpet - både nationalt og internationalt - i kølvandet på Muhammed-krisen fra 2006.

Endvidere havde der i sommeren 2005 været politiske spændinger mellem Rigsfællesskabet og Canada vedrørende retten til Hans Ø ved det nordøstlige Grønland. ...

Antagelsen om, at den udenrigs- og sikkerhedspolitiske situation også fremadrettet ville undergå drastiske ændringer, og at disse ændringer kunne influere på anvendelsen af de skibsbaserede helikoptere viste sig at holde stik.

Af særlig betydning i forhold til den konkrete anskaffelse af helikopterne var, at trusselsniveauet i forhold til det danske flådebidrag udsendt til bekæmpelse af pirateri ud for Afrikas østkyst løbende undergik væsentlige ændringer i perioden. ...

Ovenstående trusselsvurderinger viser eksempelvis følgende billede vedrørende truslen mod et dansk flådefartøj og den tilhørende helikoptere.

Trussel fra terrorangreb i Somalia i forbindelse med kystnære operationer:

År	Trusselsvurdering
2008	MIDDEL
2009	LAV
2011	MIDDEL/HØJ
2012	MIDDEL/HØJ

Trussel fra piratangreb mod dansk flådefartøj:

År	Trusselsvurdering
2008	INGEN
2009	INGEN
2011	MIDDEL/HØJ
2012	MIDDEL/HØJ

Trussel mod det danske flybidrag fra pirater:

År	Fra pirater på skib
2008	-
2009	LAV/MIDDEL
2011	LAV
2012	HØJ

Havde indklagede skullet følge almindelige udbudsprocesser, jf. dir. 2004/18, i 2007/2009 da konkurrencen blev igangsat, havde indklagede dels skullet kravsificere helikopternes egenskaber fra starten (inkl. danske optioner), samt lagt sig fast på tildelingskriterier tre til

fem år inden aftaleindgåelsen, hvilket havde vanskeliggjort løbende inddragelse af erfaringer fra piratbekæmpelsen og kalibrering af krav/vurderinger i forhold til den henover perioden stedfundne udvikling i den udenrigs- og sikkerhedspolitiske situation.

Erfaringerne fra antipirateri-indsatsen bevirkede f.eks., at indklagede indførte et yderligere krav i anskaffelsesprocessen i forhold til udgangspunktet i 2007/2009, nemlig inkluderingen af den såkaldte "Video Down Link" i helikopterens konfiguration. Video Down Link er et system, der muliggør visning af realtime-billeder fra helikopterens kameraer "hjemme" på skibet, hvor der således kan træffes hurtige beslutninger om f.eks. en boarding-missions gennemførelse eller afbrydelse.

Et andet område, som har udviklet sig drastisk henover anskaffelsesperioden er behovet for dansk tilstedeværelse i de arktiske områder. ...«

Til belysning af *ændringerne i den udenrigs- og sikkerhedspolitiske situation* har indklagede blandt andet fremlagt:

- Et notat af 22. april 2013 udarbejdet af Forsvarskommandoens planlægningsafdeling, hvori uforudsigeligheden i rammevilkårene for anskaffelse af strategisk materiel behandles. Der nævnes som forskellige mulige opgaver, hvortil en skibsbaseret helikopter muligt skal anvendes, opgaver i Nordatlanten, indsats mod pirateri ud for Afrikas kyster og de eventuelle nye operationer, Folketinget måtte beslutte at iværksætte.
- Et notat af 22. april 2013 om ændringerne i det sikkerhedspolitiske fokus på Arktis i perioden 2009 – 2013. Notatet belyser den øgede betydning af Arktis fra ikke at være prioriteret i forsvarsforliget 2005-2009 til en stedse større betydning for dansk udenrigs- og sikkerhedspolitik med større fokus på Arktis som potentielt konfliktområde.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvilke lande der er *udenrigs- og sikkerhedspolitisk vigtige partnere*, er der af indklagede fremlagt et notat af 22. april 2013 udarbejdet af Forsvarskommandoens planlægningsafdeling vedrørende forswarets strategiske samarbejdspartnere. Det fremgår heraf, at USA er af central betydning, og at Storbritannien og Frankrig prioriteres højt.

Vedrørende *karakteren af de tilbudte helikoptere* fremgår det af klagerens BAFO-tilbud af juni 2012 blandt andet:

»The AW159 is a new generation military helicopter derived from the familiar, very successful and combat proven AgustaWestland Lynx family.«

Der er af indklagede fremlagt et billede fra klagerens præsentationsmateriale, som skal illustrere, at den civile GPS-installation er en del af »Wildcat'ens« grundfiguration.

I Annex B, Appendix A, til tilbuddet, punkt 2.1.3.2, er det anført:

»The UK Lynx Wildcat has been designed as a military helicopter...«

I tilbuddet er installation af »12.7 mm Pintle Mounted Machine Gun Installation Cabin...« indeholdt som en mulighed, jf. Annex B, Appendix B, punkt. 3.2.

Det fremgår af »Baggrundsnotat AW159 Wildcat, Fremtidssikring«, side 28, om evalueringen, at blandt andet »Weapon systems vækstpotentiale« indgik i evalueringen af kriteriet »Fremtidssikring«.

Klageren har ikke bestridt, at de 4 helikoptermodeller, som indklagede valgte at lade deltage i konkurrencen, er designet og bygget til specifikt militært brug, og har udtrykkeligt anerkendt, at klagernes AW159 »Wildcat« og den indkøbte helikopter MH-60R »Seahawk« begge er helikoptere med militære egenskaber udviklet til varetagelse af militære formål.

Ifølge klageren stillede indklagede imidlertid en række krav til helikopterens udstyr med henblik på den påtænkte anvendelse, og herunder blev der stillet særlige krav til helikopterens udstyr og indretning med henblik på anvendelsen af helikopterne til de civile opgaver med operationer i civilt kontrollerede luftrum. Klageren har i den forbindelse fremlagt en liste over de specifikationer (nr. 1-35.14), som den af klageren tilbudte helikopter AW159 »Wildcat« havde, og som omfatter de ændringer, der er en følge af indklagedes særlige krav.

Ifølge listen var »Civil GPS Installation« og »Police Radio Provisions« (SINE-radioen) rent civile elementer.

I klagerens liste over specifikationer angives følgende 21 elementer at være rent militære:

- 4.2 IRS Exhaust fairings
- 4.3 IRS Exhausts
- 11.1 Self Sealing Fuel Tanks
- 16.3 Formation Lights (White/NVG)
- 20.1 Tactical Processor
- 20.2 Data Transfer Device
- 20.4 Surveillance/Weather Radar
- 20.5 Electro Optical Device (EOD)
- 20.6 Automatic Identification System
- 20.7 Data Link
- 24.1 V/UHF Communications
- 24.2 Intercom System
- 24.3 Cryptos
- 24.4 HF Radio
- 25.1 IFF
- 25.2 I-Band
- 35.4 Abseiling & Fast Roping Installation
- 35.9 Seat Armour Pilots/Co-Pilots
- 35.1 1 Light Stores Rack
- 35.13 Provisions for 0,5" HMG inst. with Ammo Stowage
- 35.14 Defensive Aids Suite

Bortset fra »Civil GPS Installation« og »Police Radio Provisions« (SINE-radioen), der som nævnt anføres at være civile, angives de resterende elementer at være fælles for både civile og militære helikoptere.

Forsvarets udøvelse af politimyndighed, fiskeriinspektion samt deltagelse i SAR-opgaver

I redegørelsen »De sikkerhedspolitiske vilkår for dansk forsvarspolitik af august 2003« anføres det blandt andet:

»Samlet set fordrer den sikkerhedspolitiske udvikling, at dansk forsvar styrker sin kapacitet på to centrale områder:

- Totalforsvaret, herunder evnen til at imødegå terrorhandlinger og deres virkninger.

- Internationalt deployerbare militære kapaciteter.«

Det gentages i indledningen til forsvarsforliget 2005-2009 af 10. juni 2004.

Af forsvarsforliget 2010-2014, side 17-18, fremgår om »Forsvarets civile opgaver«:

»Forsvaret løser to typer af civilt prægede opgaver. Der er dels opgaver, der er rene myndighedsopgaver under Forsvarsministeriets ressort, såsom statens istjeneste, den statslige maritime miljøovervågning og den statslige forureningsbekæmpelse til søs, dels lejlighedsvis opgaver, hvor samfundets civile ressourcer på det pågældende område ikke er tilstrækkelige eller ikke er så egnede som forsvarets kapaciteter.

Hovedreglen er, at forsvarets kapaciteter er dimensioneret til løsning af myndighedsopgaver, og herudover bidrager til løsning af lejlighedsvis opgaver, såfremt forsvarets kapaciteter ikke er optaget af anden opgaveløsning, og forsvarets kapaciteter er de bedst egnede til løsning af opgaven.

Eftersøgnings- og redningstjeneste

Forsvarets redningshelikopterkapacitet anvendes i overvejende grad til støtte for det civile samfund. Forsvarets redningshelikopterkapacitet skal fortsat - og under hensyntagen til den primære opgave - støtte samfundet med de for helikopterkapaciteten relevante opgaver. Henset til indfasningen af moderne EH101-redningshelikoptere med større ydeevne er der enighed om, at det i perioden undersøges, hvordan opgaveløsningen kan effektiviseres, f.eks. ved differentiering af beredskabet i forhold til årstider og trafikmønster. Endvidere undersøges det i denne forbindelse, om antallet af redningshelikopterberedskaber kan reduceres og placeringen heraf optimeres uden at det samlede redningsberedskab forringes. Endelig undersøges mulighederne for yderligere nyttiggørelse af marinehjemmeværnets og flyverhjemmeværnets kapacitet på dette område.

Havmiljøkapacitet

Forsvarets samlede havmiljøkapacitet, herunder mulighederne for yderligere nyttiggørelse af hjemmeværnets kapacitet på dette område, skal fortsat tillægges prioritet, idet det fortsat skal sikres, at havmiljøopgaven fremadrettet tilrettelægges og løses på den mest hensigtsmæssige måde. Det skal i den forbindelse blandt andet tillægges prioritet at forbedre udbyttet og effekten af den flybaserede havmiljøovervågning.

Der er enighed om, at hjemmeværnets havmiljøkapacitet i forligsperioden skal styrkes. Denne styrkelse skal blandt andet ske under hensyntagen til anbefalingerne fra den gennemføre kapacitetsundersøgelse af havmiljøberedskabet, herunder:

- Udrustningen af marinehjemmeværnets fartøjer styrkes generelt med henblik på løsning af miljøopgaver.
- Mulighederne for at styrke hjemmeværnets kapacitet til at løse miljøopgaver i kystzonen, herunder opsamlings- og detektionskapacitet, undersøges.
- Det undersøges, om marinehjemmeværnet helt eller delvist kan bemande og evt. overtage forsvarets nye lægtvandsmiljøfartøj.
- Såfremt det igangværende pilotprojekt vedrørende forlængelse og ombygning af eksisterende marinehjemmeværnsfartøjer har den forventede succes, overvejes det i perioden at iværksætte forlængelse og ombygning af flere af disse fartøjer.
- Udnyttelse af flyverhjemmeværnets flyvende enheder til havmiljørelateret overvågning mv.

Hjemmeværnets materieldriftsmidler justeres i overensstemmelse hermed.

...«

Indklagede har til brug for denne sag tilvejebragt en opgørelse over fordelingen af flyvetimer i 2012 for de nuværende Lynx-helikoptere fordelt mellem de forskellige opgavetyper inden for INTOPS (internationale missioner) og NATOPS-flyvninger (nationale missioner). Ifølge opgørelsen er fordelingen som følger:

NATOPS (Grønland/Færøerne)	541 timer
- Heraf SAR NATOPS	(11 timer)
INTOPS	124 timer
Farvands-/miljøovervågning (Danmark)	7 timer
- Heraf SAR Danmark	(4 timer)
Øvelsesdeltagelse Søværnet (SOK)	301 timer
Flyvning for Frømandskorpset/Aktionsstyrken	16 timer
Diverse, herunder flyvninger for andre af forsvarets myndigheder	165 timer
Uddannelse/omskoling/statuskrav/mm.	814 timer
I alt	1.968 timer

For SAR-opgaverne er der oplyst følgende fordeling:

	Total flyvetid	SAR-missioner	Procentdel
2010	1.610 timer	14:30 timer	0,9 pct.
2011	1.698 timer	18:15 timer	1,1 pct.
2012	1.968 timer	15:00 timer	0,8 pct.
2013 (-18. april)	510 timer	6:30 timer	1,3 pct.
Total	5.786 timer	54:15 timer	0,9 pct.

Ud fra disse tal har indklagede opgjort, at SAR-opgaven i 2012 udgjorde 0,8 % af det samlede antal flyvetimer, mens miljøovervågningsopgaverne udgjorde 0,4 %. Indklagede har desuden angivet, at hvis der medregnes et skønsmæssigt antal timer til fiskeriinspektion, vil der fortsat være tale om en »civil« anvendelse af flyvetimer af meget begrænset omfang. Indklagede har bestridt, at nogen af opgaverne kan karakteriseres som »civile«.

De pågældende opgaver er ifølge indklagede udført som sekundæropgaver, som kun løses, hvis de opstår, når et orlogsfartøj med skibshelikoptere befinder sig i området med henblik på at løse den primære opgave med suverænitetshåndhævelses. Orlogsfartøjerne og helikopterne er således ikke fast stationeret i bestemte områder for at udgøre et SAR-beredskab/med henblik på at udføre fiskeriinspektion. Indklagede har henvist til forsvarsministeriets bemærkninger af 1. november 1996 til Rigsrevisionens udkast til beretning om forsvarets aktiviteter i Nordatlanten, hvor det anføres:

»...de mange og forskelligartede opgaver, herunder fiskerinspektionsopgaven, løses sideordnet og integreret og i kraft af forsvarets permanente tilstedeværelse i området året rundt. ... Forsvarets primære ”produktion” til de nordatlantiske områder er ”tilstedeværelse” og deraf følgende beredskab for løsning af disse mange opgaver, når behov opstår. ...«

Ifølge årsprogrammet for Forsvarskommandoen for 2013 er der i det arktiske område i 2013 afsat 730 døgn med 900 flyvetimer til de nuværende Lynx-helikoptere. Alle timer er afsat til »Delopgave 2102: Overvågning og håndhævelse af suverænitet«. Vedrørende delopgaverne 5102 og 5104, som er SAR og fiskeriinspektion, fremgår det, at de løses parallelt med delopgave 2102.

Indklagede har oplyst, at prognosen for den fremtidige anvendelse af de nye helikoptere baseret på den anvendelse, som er beskrevet i RFI og RFP, med det i RFP angivne totale flyvetimeantal på 3.400 pr. år, ser ud som følger:

»

	Planlagt ca. timetal	Bemærkning
NATOPS	1.150	Grønland og Færøerne, herunder ca. 30 timer til flyvning med boarding-hold til fiskeriinspektion
INTOPS	1.050	Internationale operationer fra støtteskibe og fregatter
Uddannelse/omskoling/status krav/ øvelsesdeltagelse/m.m.	1.200	Dette omfatter styrkeproduktion, træning af besætninger, for at muliggøre indsættelse i NATOPS og INTOPS.
Heraf fra skib	(500)	Planlagt fra støtteskibe og fregatter.
I alt	3.400	

«

På baggrund af disse tal har indklagede anført, at hvis SAR-opgaven antages at udgøre samme ca. 0,9 % af flyvetimerne (gennemsnittet for perioden 2009 til d.d.) og miljøovervågningsopgaven samlet ca. 0,4 % af flyvetimerne som i 2012, og der herudover skønsmæssigt medtages 0,9 % for boarding-indsatsen ved fiskeriinspektion, viser også denne prognose, at det er en forsvindende lille andel af aktiviteterne (i alt 2,2 %), som i givet fald kan betegnes »civile«. Indklagede bestrider i øvrigt, at der er grundlag for at betegne nogen del af aktiviteterne som »civil«, jf. nedenfor om indklagedes anbringender ad påstand 1 og 2.

Klageren har for så vidt angår fordelingen mellem civile og militære opgaver angivet, at en højtrangeret operativ officer i flåden til klageren har oplyst, at de nuværende Lynx-helikoptere i de sidste par år har fløjet 1800-2000 timer. Heraf udgør INTOPS-missioner (missioner udført i internationale områder) 450 timer. De resterende flyvetimer er NATOPS-flyvninger.

Andre indkøb/udbud foretaget af forsvaret

I 2001 købte Flyvevåbnet 14 helikoptere af typen EH-101 af et med klageren koncernforbundet selskab EH Industries Ltd. (i dag Agusta Westland International Ltd.).

Indkøbet blev iværksat igennem et nordisk samarbejde om indkøb af helikoptere. Dette samarbejde blev efter det oplyste indledt i 1996.

Parterne er uenige om, hvorvidt købet skete uden udbud efter udbudsdirektivet i henhold til undtagelsesbestemmelsen i TEUF artikel 346 (på daværende tidspunkt EFT artikel 296).

I et uddrag af det fællesnordiske udbudsmaterialet (»RFQ – Request For Quotation - Commercial part«) af 26. november 1999 anføres det:

»The Nordic countries involved have agreed upon that the procurement process up until contract award will be done in accordance with Swedish laws and regulations. Thus, this procurement will be effected in accordance with the procurement procedure named “simplified procurement” under the Swedish Procurement Act. This procurement procedure permits negotiation.

This Procurement Act is formally applicable on purchase done by Sweden and FMV [Försvarets Materielverk]. The Nordic countries have chosen to follow the procedure described herein also on behalf of Denmark, Norway and Finland. However, FMV/NSHP underlines that the purchase of helicopters on behalf of each Nordic country will be subject to separate, national contracts, based on the draft contract in Part J of the RFQ.«

Af den dagældende svenske udbudslov, lagen om offentlig upphandling, 1992:1528, fremgår blandt andet:

3 § ...

För följande upphandlingar gäller endast bestämmelserna i 6 kap., nämligen 1. upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och 2. upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 296 i Romfördraget. Lag (2002:594).

...

5 § I denna lag används följande termer med den betydelse som här anges:

...

Förenklad upphandling: upphandling där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer skall lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

...

6 kap. Upphandling som understiger de tröskelvärden som anges i 2-5 kap., m.m.

Tillämpningsområde

...

Val av upphandlingsförfarande

2 § Upphandling skall göras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling.

...

Upphandling som rör rikets säkerhet m.m.

17 § Vid upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket får regeringen föreskriva eller i enskilda fall besluta om 1. undantag från bestämmelserna om annonsering i detta kapitel, och 2. de undantag i övrigt från bestämmelserna i detta kapitel som är nödvändiga med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen. Regeringen får i föreskrifter eller i enskilda fall överlåta till en upphandlande enhet att själv besluta om sådana undantag som avses i första stycket. Lag (2000:877).

Formgivningstävling

18 § En upphandlande enhet får genomföra en formgivningstävling. Om inte upphandlingen avser lågt värde skall bestämmelserna i 5 kap. 28 och 30-33 §§ tillämpas vid tävlingen. Lag (2000:877).

Det angives i et brev af 23. maj 2001 fra den danske forsvarsminister til det finske forsvarsministerium blandt andet:

»Denmark has not yet determined which of the candidates at hand will best accommodate the Danish needs and demands for a new helicopter. Consequently, technical evaluations of the candidates as well as negotiations with the potential providers continue on a national basis. For Denmark it remains essential that we will eventually get “best value for money”. The Project Office has been kept informed about this throughout the whole process.

In Brussels the Danish Minister explained to his Nordic colleagues that due to national procedures and the political decision making process Denmark needs to conduct the remaining technical evaluations and final contract negotiations with the potential providers of the helicopters on a national basis. The Minister further confirmed that Den-

mark will continue the cooperation on how to establish a future co-operation on among others training, logistics and maintenance within the Nordic Standard Helicopter Programme.«

I et brev af 11. juli 2001 orienterede formandsskabet i det nordiske samarbejde, jf. et fremlagt brev til NH Industries – der var et af de i øvrigt indbudte tilbudsgiverkonsortier – om Danmarks udtræden.

Ved brev af 13. juli 2001 anmodede Flyvematerielkommandoen tilbudsgiverne, herunder EH Industries Ltd., om at komme med et supplement til det allerede afgivne tilbud. Det fremgår blandt andet:

»The terms and conditions previously proposed by your company in relation to the bid shall remain in force but may be supplemented with alternatives.«

Der er fremlagt en artikel fra internettet af 14. september 2001 om den danske udtræden af det nordiske helikoptersamarbejde.

Ifølge indklagede endte de øvrige nordiske lande med at købe en anden type helikopter (NH90) end Danmark. Klageren har ikke bestridt denne oplysning.

Ved udbudsbekendtgørelse af 5. december 2008 udbød indklagede som begrænset udbud en *opdatering af systemer og komponenter i forswarets nuværende Lynx-helikoptere*. Af udbudsbekendtgørelsen i EU-tidende fremgår blandt andet:

»The requirement is for a contractor to deliver an entire upgrade service including the procurement of parts, systems and components, the design of their integration, the manufacture and installation of kits, the delivery of spare parts inventory and the flight and service clearance of the modified aircraft to appropriate standards.«

Værdien anslås i bekendtgørelsen til at være mellem 100 og 300 mio. kr., ekskl. moms.

Af udbudsbetingelserne (»RFQ«) fremgår af den indledende beskrivelse i punkt 1:

»The Royal Danish Navy (RDN) operates a fleet of eight Agusta Westland Lynx Mk 90B Helicopters in maritime patrol and support roles. Current plans are for these aircraft to be retained in front line operational service at until at least 2017. A number of avionic systems and components present problems for longer-term support and need to be replaced as part of an update that ensures that the RDN Lynx operational capability can be sustained to the eventual aircraft out of service date. In summary the reasons that an update is required for the RDN Lynx fleet are:-

- To improve aircraft availability by:
 - Improving system reliability
 - Reducing repair and maintenance down-time
- To sustain a viable, operational Lynx fleet to at least 2017 by:
 - Replacing currently obsolete items of equipment
 - Replacing items of equipment, to mitigate against future obsolescence
- To recover lost operational performance and capability due to systems degradation over time.
- To address recent Communications, Navigation and Surveillance (CNS) and other regulatory compliance issues.«

Udbuddet blev annulleret af indklagede ved meddelelse af 16. juni 2009 til de prækvalificerede under henvisning til, at der ikke var givet samme oplysninger til alle de prækvalificerede. Det blev oplyst, at der ville blive iværksat et nyt udbud. Der er ikke iværksat et sådant nyt udbud.

Indkøbspraksis i andre EU-lande

Både klageren og indklagede har fremlagt resultater af *søgninger i EU-tidende S (TED-databasen)*.

Klageren har foretaget en fuldtekstsøgning på »militære helikoptere« inden for de sidste 5 år. Der er ifølge klagerens opgørelse fremkommet et betydeligt antal resultater, hvoraf i hvert fald 12 udbudsbekendtgørelser efter klagerens opfattelse vedrører indkøb svarende til nærværende. Klageren har ikke angivet, hvilke 12 udbudsbekendtgørelser det drejer sig om.

Indklagede har i et bilag foretaget en nærmere gennemgang af klagerens søgeresultater med angivelse af dokumenttype, ordregiver, beskrivelse, CPV-koder og angivelse af værdi.

Ifølge en yderligere systematisering udarbejdet af indklagede fordeler resultaterne af klagerens søgning sig således:

Dokumenttype	
Udbudsbekendtgørelser	32
Vejledende forhåndsmeddelelser	13
Supplerende oplysninger	7
Bekendtgørelser om indgåede kontrakter	27
I alt	79

Ifølge en optælling foretaget af indklagede fordeler kontrakttyperne sig således i de 32 udbudsbekendtgørelser:

Kontrakttype	
Tjenesteydelser	18
Varer	13
Bygge- og anlægsarbejder	1
I alt	32

Indklagede har foretaget en søgning i TED-databasen, hvor følgende søgekriterier er anvendt:

- 1) Der er søgt efter dokumenttypen »udbudsbekendtgørelser«. Årsagen til at anvende dette søgekriterium er ifølge indklagede, at der, såfremt en kontrakt er udbudt i henhold til EU-udbudsdirektiverne, altid skal foreligge en udbudsbekendtgørelse.
- 2) Der er alene søgt på »vareindkøbskontrakter« (og ikke bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelsesktrakter), idet der her er tale om køb af skibsbaserede helikoptere, og idet formålet med søgningen var at afdække andre EU-landes praksis med udbud af tilsvarende ydelser (varekøb).
- 3) Der blev kun søgt efter bekendtgørelser, der vedrørte (samtlige) helikoptertyper under CPV-kategorien »Militære luftfartøjer«, hvilket vil sige:
 - Kamphelikoptere (35612100)
 - Helikoptere til ubådsbekæmpelse (35612200)

- Støttehelikoptere (35612300)
- Militære transporthelikoptere (35612400)
- Eftersøgnings- og redningshelikoptere (35612500)

Formålet med de nævnte søgekriterier var ifølge indklagede at identificere lignende ydelser. Såfremt hovedgenstanden for en udbudt kontrakt er en af de ovenfor oplistede helikoptertyper, burde søgningen efter indklagedes opfattelse føre til fundet af en udbudsbekendtgørelse.

Indklagedes søgning gav ni resultater/hits. Ifølge beskrivelserne i udbudsbekendtgørelserne vedrører udbuddene: »Støttehelikoptere« (2 resultater), »Eftersøgnings- og redningshelikoptere« (4 resultater), »Helikoptere« (1 resultat), »Udlejning af helikoptere med besætning« (1 resultat) og »Flyvning og hermed beslægtet virksomhed« (1 resultat). Heraf vedrørte de to udbudsbekendtgørelser (2012/S 99-164925 og 2013/S 064-107397) om »støttehelikoptere« ifølge indklagede (som har angivet at have undersøgt nærmere, hvad kontraktgenstanden er) »frasalg«/»bortskaffelse« af helikoptere af typerne Bell 47G og Bell OH-13E samt reservedele. Begge disse udbud er foretaget af den græske myndighed GR-Ampelokipoi. De øvrige ordregivere er: Landstinget i Värmland i Sverige, Sjöfartsverket i Sverige, North West Air Ambulance i Storbritannien, Justits- og politidepartementet i Norge, Akershus Fylkeskommune i Norge, Forsvarets Logistikorganisasjon/-Forsyningsafdelingen i Norge. Sidstnævntes indkøb vedrørte ifølge beskrivelsen »Eftersøgnings- og redningshelikoptere«.

Efter opfordring fra indklagede om at angive, hvorvidt klageren har deltaget i *udbud efter EU-udbudsreglerne med den AW159 »Wildcat«*, som klageren tilbød under indkøbsprocessen, har klageren oplyst:

»det eneste andet EU-land, klager har forhandlet og kontraheret med om helikoptere af mærket AW-159 "Wildcat", er England – UK MoD.

Den gennemførte procedure, vilkår og betingelser for salget af helikoptere til UK MoD er fortroligt. Klager er således ikke under sagen berettiget til at videregive detaljerede oplysninger herom til indklagede. Dog kan klager oplyse, at købet ikke er gennemført i henhold til artikel 346, TEUF, men på baggrund af en forhandlingsproces.«

Der er af indklagede fremlagt et e-mail-svar af 22. juli 2013 fra de engelske forsvarsmyndigheder om MoD UK's anskaffelse af »Wildcat'en«. Det angives her i:

»The intention to procure Wildcat (future Lynx) was announced in Dec 2005 in the Defence Industrial Strategy (DIS) White Paper, see para B5.36 in the attachment. This explained the need to sustain a national capability in helicopter design engineering. While not specifically articulated as such it was probably an exemption under Article 296 - now Article 346 (Warlike Stores) - of the TFEU.«

I den hvidbog, som der henvises til i e-mailen, »Defense Industrial Strategy«, anføres det i afsnit B5 Helicopters vedrørende »Sustainment Strategy« blandt andet:

»AgustaWestland

B5.35 For the majority of our existing aircraft, AgustaWestland have a DA role: for Lynx, Sea King and the battlefield variant of Merlin they are the platform and systems DA; they are the platform DA for the RN Merlin; for Apache, they have a role to co-ordinate inputs of platform and systems; and for Puma and Gazelle, they are the DA for UK specific systems. The sustainment of these skills requires a sufficiency in each discipline to ensure a depth of knowledge, experience and effective succession management. The professionalism and effectiveness of this skill-base is best sustained by ensuring that individuals are faced with 'high tech' engineering challenges, typically only found in helicopter design, development or demonstration activities.

B5.36 The AgustaWestland skill-base is at present exercised through export opportunities and sub-contract work on Merlin Mk1 and the US Presidential Helicopter, but this is insufficient to sustain the breadth and depth of engineering skills required nor support the transformation of the company. Therefore, to meet the BRH and SCMR requirement our preferred solution is to invest in the Future Lynx product [Lynx er klagerens forgænger for Wildcat], currently undergoing detailed capability and value for money assessment, as it appears to provide the required military capability and also sustains the necessary DA capacity at the company in the short to medium-term.«

I en pressemeddelelse af 22. juni 2006 fra MoD UK om købet af 70 »Wildcat«-helikoptere anføres det blandt andet:

»The deal is a major milestone in the implementation of the new Defence Industrial Strategy (DIS) and will sustain critical helicopter de-

sign and engineering skills in the UK, and help ensure cost-effective support of the Armed Forces' helicopter fleet.

...

Lord Drayson said: "These two announcements are a major step forward in the implementation of the Defence Industrial Strategy - not only will this deliver the Royal Navy and the British Army an advanced, sophisticated helicopter to meet the challenges of the 21st century, the innovative partnering deal will also help improve performance across the full range of our business relationship with Agusta-Westland and ensure that the UK sustains onshore the advanced engineering skills it needs to support a large proportion of our helicopter fleet, including the addition, sometimes at very short notice, of new capabilities to meet emerging threats.«

Til opfyldelse af indklagedes opfordring om at oplyse, om klageren har deltaget i *udbudsforretninger efter EU-udbudsreglerne med andre militære helikoptertyper*, har klageren fremlagt to bilag (der synes at være et overlap mellem de udbud, som optræder i de to bilag). Ifølge klageren er der tale om:

»en oversigt over de samlede 33 udbud af militære helikoptertyper, som klager har deltaget i siden 2004, og som er gennemført i henhold til EU-udbudsreglerne.«

Ifølge oversigterne vedrører købene helikoptertyperne AW109, Grand, AW139, AW109+ og AW101. Ordregiverne er indenrigsministerierne i Slovakiet, Rumænien og Spanien (om sidstnævnte angives, at der er tale om politimissioner, kyst- og grænseovervågning, humanitær beskyttelse og beskyttelse af civile samt generelle transportopgaver), en polsk myndighed »SP Zoz Lotnicze Pogotowie, Medical Rescue«, det slovenske og hollandske politi, en schweizisk organisation »Reg, EMS«, det portugisiske indenrigsministerium »Fire Fighting«, det kroatiske »National security, SAR, Medical Rescue, police & civil transportation«, det cypriotiske politi, grænsekontroller i Bulgarien, Finland, Grækenland, Malta, Estland, den/de litauiske myndigheder indenfor miljøovervågning, SAR-opgaver i Litauen og det norske justitsministerium vedrørende »SAR, air ambulance and secondary tasks including military missions, special police operations, emergency relief«.

Ifølge udskrifter fra klagerens hjemmeside findes helikoptertyperne AW 101, AW109 og AW139 i både en civil og militær udgave, medens helikoptertypen Grand kun findes i en civil udgave.

Indklagede har henvist til følgende *oplysninger om indkøb af militære helikoptere* foretaget af det svenske og tyske forsvar:

- Pressemeddelelse af 18. maj 2011 fra Sikorsky om den svenske materielkommandos (FMV's) køb af 15 Sikorsky UH-60M »BlackHawk« helikoptere og udskrift af Försvarsmaktens hjemmeside vedrørende helikopterflåden, hvor det anføres:

»Helicopters are a major resource for civilian emergency rescue services. The Swedish government has therefore resolved that Armed Forces helicopters are to be used for air and sea rescue, as air ambulances and otherwise when civilian resources are not sufficient.«

- Request for Information (RFI) for DEU Aircraft Maritime Helicopter – MH af 14. november 2008 vedrørende Tysklands anskaffelse af 18 skibsbaserede helikoptere. Det anføres blandt andet (efter en beskrivelse af militære krav til »Operational Effectiveness«):

»3.4.4. Operational Effectiveness

...

In addition, the MH will be employed national (at home) for (civilian and) military first grade SAR service. Employed it will be used as a second grade SAR and MEDEVAC asset

...

3.5. Deployment profile and flight utilization

Tasks of the MH are as follows:

- Anti-surface warfare (ASuW)
- Anti-submarine warfare (ASW)
- Tactical air transport
- Support of Special Operation Forces (SOF Air)
- Personnel and material transport
- Search and Rescue (SAR)
- Humanitarian assistance and disaster relief operations«

Indklagede har gjort opmærksom på, at de svenske og tyske anskaffelser ikke optræder i nogen af søgningerne i TED-databasen, hvilket ifølge indklagede viser, at der ikke har været foretaget EU-udbud.

Indklagede har desuden fremlagt de svar, indklagede foreløbigt har fået fra de norske og finske forsvarsmyndigheder, på en forespørgsel til andre EU-landes forsvarsmyndigheder om anvendelse af militære helikoptere. Ifølge svarene fra Norge og Finland anvendes militære helikoptere i disse lande også til SAR-opgaver, brandbekæmpelse og understøttelse af politiet.

Oplysninger særligt ad påstand 5 og 6

Klageren har under klagesagen begæret aktindsigt i indklagedes evaluering af tilbuddene og har fra indklagede modtaget:

- »Oplæg til typevalg skibsbaseret helikopter«, som er hoveddokumentet om evalueringen

og følgende underbilag i form af baggrundsnotater vedrørende henholdsvis klagerens »Wildcat« og US Navys »Seahawk«:

- Bilag 1: Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Missionseffektivitet
- Bilag 2: Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Overlevelsessevne
- Bilag 3: Baggrundsnotat WILDCAT, Anskaffelsespris
- Bilag 4: Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Driftsomkostninger
- Bilag 5: Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Fremtidssikring, version 3.10.
- Bilag 6: Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Projektrisiko
- Bilag 7: Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Missionseffektivitet
- Bilag 8: Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Overlevelsessevne
- Bilag 9: Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Anskaffelsespris, version 4.5.
- Bilag 10: Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Driftsomkostninger
- Bilag 11: Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Fremtidssikring
- Bilag 12: Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Projektrisiko
- Bilag 13: Baggrundsnotat Flyvetimebehov
- Bilag 14: Baggrundsnotat AW159, Følsomhedsanalyse, Valuta, Fuel og PBL
- Bilag 15: Baggrundsnotat AW159, JUSTERET AMBITIONSNIVEAU, 7 stel/2800 FH, anskaffelses- og driftsomkostninger
- Bilag 16: Baggrundsnotat MH-60R, Følsomhedsanalyse, Valuta, Fuel og FMS
- Bilag 17: Baggrundsnotat MH-60R, Følsomhedsanalyse, JUSTERET AMBITIONSNIVEAU, 7 stel/2800 FH, anskaffelses- og driftsomkostninger

Klageren har modtaget dokumenterne i en form, hvor visse oplysninger er undtaget fra aktindsigt. Klageren har påklaget indklagedes afgørelse om begrænsning af klagerens aktindsigt, jf. forvaltningslovens § 16, stk. 4. Klagenævnet, som har modtaget alle de pågældende dokumenter uden ekstraheringer, har ved afgørelser af 14. oktober og 21. oktober 2013 stadfæstet indklagedes afgørelser om begrænsninger i klagerens aktindsigt, idet klagenævnet dog har besluttet, at klageren skulle have aktindsigt i de oplysninger, som indklagede havde undtaget fra aktindsigt, som vedrører pointtildelingen til klageren og US Navy på hovedkriterierne samt i indklagedes bemærkninger om erfaringer fra tidligere samarbejde med klageren og enkelte yderligere generelle bemærkninger i indklagedes evalueringsdokumenter. Klageren har herefter modtaget dokumenterne fra indklagede i en udgave, hvor de pågældende yderligere oplysninger fremgår.

Der er i dokumenterne angivet oprettelsesdato og ændringsdatoer. Klageren og klagenævnet har modtaget den sidste endelige version af dokumenterne.

Af det overordnede notat om typevalg samt de bagvedliggende baggrundsnotater fremgår, at der som også angivet i bilag 17 til RFP del 2, punkt 4.4.1, blev anvendt en skala ved bedømmelsen fra A-E/5-0, og at Lynx-helikopteren blev anvendt som reference vedrørende »Mission efficiency«, »Survivability and Maturity« og »Assurance of future development«.

I notatet om typevalg sammenfattes evalueringen af klagerens »Wildcat« og US Navys »Seahawk« på de seks hovedområder, som var angivet i RFP del 1, jf. nærmere bilag 17 til RFP del 2 (»Mission effectiveness, survivability, acquisition price, operating costs, maturity and assurance of future development, support etc. and project risk«) i følgende tabel:

»

	Missi- ons- effek- tivitet	Overlevel- ses- Evne	Fremtids- sikring	Projekt- risiko	Anskaffel- se, LCC Mia. DKK	Drift, LCC, 30 år Mia. DKK	Samlede, LCC, 30 år Mia. DKK
WILD- CAT	C	B	B	C	2,91	9,85	12,8
(talvær- di)	3,57	3,41	3,21	2,06			
SEAHA WK	B	B	A	A	4,11	9,25	13,4
(talvær- di)	3,72	3,39	4,36	4,03			

Tabel 13. Sammenligning af WILDCAT og SEAHAWK iht. den anvendte evalueringsmodel. «

Af notatet fremgår, at indklagede under hensyn til den ret ens bedømmelse af missionseffektivitet (0,15 point i US Navys favør) og overlevelsessevne (0,02 point i klagerens favør) og under hensyn til, at der ikke vurderedes at være signifikant forskel på LCC-driftsomkostningerne (0,6 mia. over 30 år i US Navys favør) samt usikkerhederne forbundet med LCC-driftsomkostningsberegningen ikke tillagde de tre kriterier betydning.

Ved typevalget blev det i stedet vurderingen af hovedkriterierne fremtidssikring, projektrisiko og LCC-anskaffelsesomkostninger, som tillagdes afgørende betydning. Her var vurderingen, jf. tabel 14, i notatet:

»

			Fremtidssikring	Projekt-Risiko	Anskaffelse, LCC Mia. DKK		
WILDCAT			B	C	2,91		
(talværdi)			3,21	2,06			
SEAHAWK			A	A	4,11		
(talværdi)			4,36	4,03			

Tabel 14. Sammenligning af WILDCAT og SEAHAWK inden for hovedområdet "Garanti/Forsikring" omfattende evalueringsskemaerne Fremtidssikring og Projektrisiko samt Anskaffelsesomkostninger.«

Endelig fremgår det, at indklagede lod kriterierne fremtidssikring og projektrisiko, hvor »Seahawk« blev vurderet en del bedre end klagerens helikopter, få afgørende vægt i forbindelse med typevalget, uanset dette medførte en meromkostning.

Antal crashworthy sæder

I »Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Missionseffektivitet« er det blandt andet anført:

»Resultatet af forhandlingerne har sænket vurderingen af leverandøren og af WILDCAT i forhold til Missionseffektivitet. Dette skyldes ændringen af kabineforhold, hvilket ændret antal af personer i kabine fra maksimalt syv til maksimalt seks...«

Helikopternes rækkevidde og løfteevne samt auxiliary fuel tank

I Appendix 2 SUPPLEMENTARY INFORMATION til RFP del 1 er det side 7 anført, at helikopternes »endurance« ville indgå som en »major factor« i evalueringen af »operational effectiveness«.

Konkurrencedeltagerne skulle indlevere såkaldte »performance-beregninger« i henhold til de missionsprofiler, som fremgik af Appendix 3 til RFI. Der er i Appendix 3 anført fire missionsprofiler: to NATOPS-profiler (i Annex Bravo) og to INTOPS-profiler (i Annex Charlie). Vedrørende alle fire missioner anmodes der om oplysninger om helikopterens rækkevidde. I to af missionerne efterspørges oplysning om antallet af personer, som helikopteren kan medtage. Det er i missionsprofilerne nøje angivet, hvilke forudsætninger der skal lægges til grund ved beregningerne.

I performance-graferne i klagerens BAFO-tilbud, Annex B, Appendix E, er der side 12 og side 23 i grafform vist en rækkevidde for den af klageren tilbudte »Wildcat«-helikopter på:

Vedrørende missionen NATOPS, Annex Bravo, side 3, i RFI Annex 3 (Eftersøgninger og redningsaktioner med i alt 8 personer; hvoraf 4 er crew/besætning og 4 reddede individer)	78-80 sømil (145-148 km)
--	-----------------------------

Vedrørende missionen INTOPS, Annex Charlie, side 4, i RFI Annex 3 (Boardingoperationer med i alt 8 personer; hvoraf 3 er crew/besætning og 5 boarded/medtagne individer)	35 sømil (65 km)
--	---------------------

Det er desuden i tabel 2.1.2, side 3, oplyst, at »Wildcat'en« har en løfteevne, inden der påfyldes brændstof, på ca. 1.173 kg.

Efter det oplyste er der i US Navys BAFO-tilbud angivet en rækkevidde på 300 km og en løfteevne på ca. 2.800 kg. for den tilbudte »Seahawk«-helikopter.

Side 30 i »Baggrundsnotat, AW159 WILDCAT, Missionseffektivitet« er det blandt andet anført:

»5.3 Eftersøgning og redning, herunder transport af syge og tilskadekomne.

...

Rækkevidden er lidt forringet i forhold til LYNX. Det er fx muligt under samme forudsætninger at redde fem nødstedte på en afstand af 76NM fra moderskibet, mod nuværende 80NM for LYNX.

Idet kabinen har næsten tilsvarende størrelse som LYNX vil kapaciteten for patienttransport og anden transport være stort set uændret.

Montering af auxiliary fuel tank, vil mindske den tilrådighedsværende plads i kabinen. Ved brug af auxiliary tank forøges rækkevidde eller tid til rådighed i området til et tilfredsstillende niveau.

5.4 Andre NATOPS opgaver

... Kabinestørrelsen er stort set uændret i forhold til LYNX, mens rækkevidde er ringere end LYNX.

[Det angives i en fodnote til punkt 5.3: »Moderskib stationært, ISA, ingen vind, reservefuel 20 minutter ved best range speed (Vbr), 5 min startup på skibsdæk, 1 min hover out of ground effekt (HOGE), climb ved best range climb speed (Vy) til 1000' pressure attitude (PA), transit til max afstand ved normal operating speed (Vno), hoist af 5 overlevende a' 100 kg i vandet, 3 min HOGE pr. hoist, retur til moderskib Vno (Velocity Normal Operation), 2 min HOGE for landing«

Det konkluderes i afsnit 6, at helikopteren inden for missionseffektivitet (hvor også indgår andet end rækkevidde og løfteevne) er marginalt bedre end LYNX, og der tildeles karakteren »C«/3,57 på den anvendte skala fra A-E/5-0.

I »Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Missionseffektivitet« er der i afsnit 5.3 og 5.4 på samme måde anført oplysninger om »Seahawk«-helikopterens rækkevidde samt om antal sædepladser ved en tilsvarende sammenligning med LYNX-helikopteren. Forudsætningerne ved bedømmelse af rækkevidde er herunder den samme, som anføres i fodnoten til afsnit 5.3 i baggrundsnotatet om klagerens helikopter. Det fremgår, at rækkevidde og løfteevne er markant bedre end LYNX. Det konkluderes i afsnit 6, at helikopteren inden for missionseffektivitet (hvor også indgår andet end rækkevidde og løfteevne) er betydeligt bedre end LYNX, og der tildeles karakteren »B«/3,72 på den anvendte skala fra A-E/5-0.

Indklagede oplyste i svarskriftet vedrørende opsættende virkning blandt andet:

»Som eksempel på, hvorfor valget faldt på »Seahawk'en» kan henvises til, at dennes rækkevidde og løfteevne er betydeligt længere end klagerens kandidat, AW-159 Wildcat, hvilket har endog meget stor betydning for en helikopter, som skal operere i egne (eksempelvis nær Grønland), hvor det tilstedeværende skibs evne til at løse sine opgaver i visse tilfælde er ligefrem proportionalt med helikopterens rækkevidde, henset til de meget store geografiske områder, som skal dækkes på de egne. Konkret er »Seahawk'ens» rækkevidde eksempelvis ca. 300 km med i alt 7 personer om bord, mens »Wildcat'ens» rækkevidde under tilsvarende forhold kun er ca. 100 km.«

Af »Oplæg til typevalg skibsbaseret helikopter« side 12 fremgår blandt andet:

»Rækkevidden er lidt forringet i forhold til LYNX. Det er fx under samme forudsætninger kun muligt at redde fem nødstedte på en afstand af 76NM fra moderskibet, mod nuværende 80NM for LYNX.

Idet kabinen har næsten tilsvarende størrelse som LYNX vil kapaciteten for patienttransport og anden transport være stort set uændret. Montering af auxiliary fuel tank vil mindske den til rådighed værende plads i kabinen. Ved brug af auxiliary tank forøges rækkevidde eller tid til rådighed i området til et tilfredsstillende niveau. Den reducerer dog antallet af crashworthy sæder fra seks til fire, hvorfor der i missioner hvor der skal transporteres mere end 4 personer fastspændt i kabinen ikke kan anvendes auxiliary fuel tank.«

Side 20 i samme dokument anføres vedrørende US Navys »Seahawk« blandt andet:

»Brug af auxiliary fuel tank vil kun være relevant i missioner, hvor der skal transporteres få personer/lille last over store afstande.«

Indklagede har med henvisning til »Wildcat Auxiliary Fuel Tank Option Negotiation note« af februar 2012 gjort opmærksom på, at auxiliary fuel tank på klagerens »Wildcat« er monteret som en enkelt tank i kabinen og derfor optager plads svarende til to kabinesæder. På »Seahawk'en« er auxiliary fuel tank derimod monteret som en eller to eksterne tanke. Anvendelse af disse tanke begrænser derfor ikke antallet af fastspændte personer, som kan medbringes.

Klageren har fremlagt en graf, som ifølge klageren viser, hvordan klageren ville have udformet den ovennævnte graf i BAFO-tilbuddet, hvis klageren

havde været bekendt med den forståelse af kravene, som indklagede efter klagerens opfattelse har givet udtryk for. Denne graf viser en rækkevidde på 300 km. Ifølge indklagede viser grafen performance ved en af de INTOPS missioner, tilbudsgiverne skulle indlevere performanceberegninger på. Missionen og beregningen i grafen forudsætter, at der kun er 2 personer om bord. Klageren har ikke bestridt denne oplysning, men har under mødet angivet, at klageren godt ville have kunnet fremlægge en beregning, som viste, at helikopteren kunne flyve 300 km med 8 personer om bord.

Projektrisici

Som det fremgår ovenfor indeholder evalueringsmodellen i RFP del 2, bilag 17, punkt 5.2.6, (citeret ovenfor) en beskrivelse af, hvordan risikovurderingen vil ske (i tillæg til det, som er citeret ovenfor fra RFP del 1, punkt 5.1.6).

Indklagede har oplyst, at indklagede førte en dynamisk log med risikovurderinger (»risikoregister«), som løbende blev fremsendt ca. én gang om måneden i de seks måneder, som forhandlingsfasen varede, til de mulige leverandører i forbindelse med forhandlingsfasen. Indklagede har herunder fremsendt den pågældende risikovurdering/-log til klageren i februar, marts, april og juni 2012. Under forhandlingsmøderne med klageren var risikovurderingen desuden et fast punkt på dagsordenen. Klagerens bemærkninger blev dokumenteret, og risikoestimer blev justeret på baggrund heraf. Samtlige risici, som blev identificeret ved én leverandør, er evalueret i forhold til de øvrige leverandører for at sikre ligebehandling.

Der er fremlagt risikoregister pr. 7. juni 2012. Heri nævnes blandt andet følgende risici:

»

Risk ID	Risk Name	Risk description Cause, event, effect (C:E:E:)	Team Owner	Status Red/green /closed
...				
000250	Vibration issues	C: Vibration issues have been identified by supplier and 700W sqn. E: Damage on aircraft structure on short term / long term. E: Retrofit, modifications and repairs. Low availability due to inspection and repairs. Serious limitation in the opera-	Technical	Red

		tional effect and possible threat to the crew.		
...				
000317	PBL solution	C: Supplier has limited experience with PBL contracts and lacks capability to sustain aircraft for their customers, E: Acceptable PBL solution cannot be negotiated with the supplier. E: Increase in cost for acquisition and sustainment. Low availability.	Technical	Red
...				
000013	Data on sustainment	C: Lessons Learned with AW (EH-101) suggest that data on sustainment is not reliable. E: Error in modeling concerning sustainment. E: Lack of spares, low availability, increase in cost for additional spares and maintenance personnel throughout aircraft life cycle.	Technical	Red
000018	Lack of spares in sustainment phase	G: Supplier will priorities main user nation over Denmark. E: Lack of spares in sustainment phase. E: Low availability, increase in cost for additional spares, limitations in operational effect.	Technical	Red
000054	Lack of spares in initial phase	C: Supplier will priorities main user nation over Denmark. Supplier might priorities spares for production line over user nations. E: Lack of spares in initial phase. E: Low availability, increase in cost for additional spares, limitations in operational effect. Delay in training and IOC/FOC.	Technical	Red
...				
000302	Obsolescence	C: Obsolescence issues throughout aircraft life cycle. E: Lack of components that have become obsolete. E: Low availability, increase in cost for additional spare parts, limits the operational effect.	Technical	Red
000297	Interface for DeMars (SAP management system)	C: if DALO must manage spare parts in DeMars there is a need for management exchange of data with the supplier software. E: Supplier software is not	Technical	Closed

		able to exchange data with DeMars. E: Data has to be manually feed into DeMars.		
...				
000265	Test, design and production line	C: Test and design and production line is not synchronized. Time schedule is tight. Production line is running even though final design is not fixed and tested. E: Aircraft specifications are not meet. Lack of functionality. Aircraft is not accepted. E: Delay on program. LYNX must be sustained	Operational	Red
...				
000430	Cap on damages / liability	C: AW has proposed caps on LD in each LD event (6/12 % of Contract Price for the Deliverable in question) and total liability cap of 30 % of the Contract Price. AW will only have to pay 0,15% of the price for the spare part per week however limited to 6 % of the price for the spare part in LD. E: AW in delay. DALO claim against AW exceeds liability caps E: Delay will occur as AW does not have sufficient economical encouragement to deliver on time and remedy possible delay.	Legal	Red

«

Indklagede har også fremlagt klagerens diaspræsentationer fra fire af forhandlingsmøderne i foråret/forsommeren 2012.

I diaspræsentationen fra februar 2012 er det under overskriften »AW feedback on PKSH Risk Register provided to AW at DALO Launch meeting« angivet:

»...

- Risk ID 000250 – Vibration Issues
- Vibration is not considered to be a risk. The aircraft has met the specified aircrew requirements (based on DEF-STAN 00-970 and EU Health and Safety legislation) and equipment vibration levels (as specified to our vendors in AW General Requirements) without any form of additional vibration treatment. AW plans to conduct further trials to assess the trade-off between

crew vibration/workload and the additional mass/performance impacts associated with fitment of the main rotor head absorber.«

Det samme er anført i de efterfølgende diaspræsentationer. I blandt andet præsentationerne af 25. april og 14. juni 2012 er der en rød prik (»trafiklys«) ved den nævnte risiko, der nævnes under en overskrift om »AW feedback on PKSH Risk Register provided to AW at DALO Launch meeting«.

I præsentationen fra februar 2012 nævnes tillige blandt andet:

»

- Risk ID 000297 – Interface for DeMars (SAP management)
AW also operate a SAP system. AW has already successfully been receiving data from Denmark for the DMRH aircraft. AW is able to provide data to Denmark in a format (ICD) agreed with DALO. An MIS will be included under PBL for all stakeholders.«

I præsentationen af 25. april 2012 er det i indledningen blandt andet angivet:

»This presentation covers all remaining open risks

- AW feedback on PKSH Risk Register provided to AW on 23 April 2012
- Risks are presented in the order of the PKSH risk register
- All remaining open risks are responded to«

Under overskriften om »AW feedback on PKSH Risk Register provided to AW at DALO Launch meeting« nævnes ud over vibrationsskader med tilsvarende røde prikker følgende risici:

- Risk ID000317 – PBL solution
- Risk ID000013 – Data on sustainment
- Risk ID 000302 – Obsolescence
- Risk ID000018 – Lack of spares in sustainment phase
- Risk ID000054 – Lack of spares in initial phase
- Risk ID 000271 – Simulator delay (option)
- Risk ID 000265 – Test, design and production line
- Risk ID 000351 – Radar Integration
- Risk ID 000428 – Defects and Remedial Works

- Risk ID 000430 – Cap on damages/liabilities

Der nævnes andre risici, som er markeret med grønne prikker.

I præsentationen af 14. juni 2012 er det i indledningen blandt andet angivet:

»This presentation covers all remaining open risks

- AW feedback on PKSH Risk Register provided to AW on 08 June 2012
- Risks are presented in the order of the PKSH risk register
- All remaining open risks are responded to«

De ovennævnte risici nævnes fortsat med en markering med rød prik. »Data link« er markeret med en grøn prik.

Af »Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Projektrisiko« fremgår af punkt 3.2 om »Datagrundlag« blandt andet:

»PKSH risikoregister i FMT-styr risikomodul STYR2:RISK omfatter det samlede datagrundlag for evalueringen af projektrisiko, da det indeholder samtlige identificerede risici for kandidaten. Identifikation og behandling af risici sker på baggrund af leverandør svar, forhandlinger med leverandører-, besøg, møder med mulige NATO samarbejdspartnere, test og simulation, forswarets erfaringer fra anskaffelser og drift af lignende systemer samt fra andre tilgængelige informationer. ... Det skal fremhæves, at når der identificeres en risiko for en kandidat, oprettes og evalueres denne risiko ligeledes for de øvrige kandidater, for at sikre ligebehandling af kandidaterne. Hvis risikoen ikke findes relevant for den pågældende kandidat afsluttes den.«

I baggrundsnotatet anføres under punkt 4.2.2 om identificerede projektrisici blandt andet:

»*Vibrationsskader* er identificeret som en risiko på baggrund af et erkendt vibrationsproblem på WILDCAT. Der er pt. påmonteret vibrationsdæmper på Main Rotor Head, da vibrationerne overstiger godkendte det vibrationsniveau for motorproducenten. Leverandøren arbejder på at fjerne denne vibrationsdæmper for at spare vægt, men leverandøren skal efterfølgende vurdere, hvilke vibrationsgener det kan medføre. Test af stelletid (fatigue airframe testing) vil ikke være tilendebragt af leverandøren før maj 2018, hvorfor der er stor usikkerhed omkring, hvordan vibrationer kan påvirke stelletiden, herunder om det kan føre til vibrationsskader på kort eller langt sigt. Forsvaret har

erfaringer med vibrationsskader fra drift af LYNX, som kandidaten er en videreudvikling af. På LYNX er der konstateret revnedannelser i halepartiet, i nogle tilfælde endda efter forholdsvis få flyvetimer. Det vurderes, at en lignende situation kan opstå for WILDCAT, da denne i princippet er bygget i en tilsvarende konstruktion, og derudover har en højere ydelse. I værste tilfælde kan konsekvensen være, at der allerede efter kort tids drift opstår revnedannelser. Den afledte konsekvens kan være havari, eller at man må tage luftfartøjet ud af drift, indtil en løsning er fundet. For LYNX kapaciteten har de opståede revnedannelser medført øgede eftersynsfrekvens, dvs. lavere operativ rådighed, øget pres på vedligeholdelsesstruktur mv. Herudover har leverandøren ikke påtaget sig ansvaret for problemet, hvorfor forsvaret dækker udgifter til udbedring. Konsekvensen kan blive, at der opstår alvorlige vibrationsskader, som påvirker den operative rådighed, og som vil resultere i øget pres på vedligeholdelsesstrukturen og øgende driftsomkostninger i hele kandidatens levetid. Evt. øgede driftsomkostninger kan ikke vurderes nærmere på nuværende tidspunkt. Sandsynligheden er estimeret til ”stor”, konsekvensen er estimeret til ”meget stor”, og nærheden er ”om kort tid”, da risikoen kan indtræffe i implementeringsfasen. Der kan ikke identificeres risikoaktioner for denne risiko, da FSV ikke har indflydelse på leverandørens udviklingsprojekt, hvorfor denne må accepteres.

Datakvalitet er identificeret som en risiko. Risikoens årsag er, at erfaringer med leverandøren fra tidligere kapacitetsanskaffelser og drift af disse har vist, at datagrundlaget ikke har været retvisende. Dette har resulteret i en væsentlig forøgelse af driftsomkostninger, samtidig med at den operative rådighed har været væsentligt lavere end forventet. Da kandidaten er under udvikling, og der i den forbindelse ikke er genereret data på baggrund af erfaringer fra drift, eksisterer der en tilsvarende usikkerhed for kandidaten. Ligeledes har leverandørens data til dimensionering af skibslagre været opdateret under kontraktforhandlingerne hvilket bekræfter risikoen. Det er vurderingen, at dette forhold vil kunne påvirke de årligt oplevede driftsomkostninger med mere end 6 mio. kr. pr. år, idet beløbet dog ikke kan fastsættes præcist, hvorfor risikoen ikke er kvantificeret. Risikoen vil også kunne påvirke den operative rådighed. Sandsynligheden er estimeret til ”stor”, konsekvensen er estimeret til ”meget stor”, og nærheden er ”om lang tid”, da risikoen kan indtræffe i driftsfasen.

...

Test/design synkronisering er identificeret som en risiko. Årsagen er, at kandidaten er sat i produktion, selvom om designet ikke er endeligt fastsat. Dette vurderes at være iværksat for at overholde den oprindelige tidsplan, men betyder at konfigurationen ikke er låst endnu, hvorfor retrofit er nødvendig på et senere tidspunkt.

Et konkret eksempel er, at leverandøren har valgt at bringe produktionen af main rotor head (MRH), en nøglekomponent i luftfartøjet, fra underleverandør til egen produktionsfacilitet. Egen produktion af MRH kræver opstart af ny produktion, indførelse af nye processer og procedure, omfattende test og certificering af MRH og efterfølgende retrofit og certificering af luftfartøjet. En omfattende opgave, der kræver en del ressourcer. Leverandøren bekræftede ligeledes at de ikke i alle tilfælde har ressourcer til at gennemføre produktion og retrofit samtidig. ... Der er derfor risiko for, at DK WILDCAT er fejlbehæftet, eller ikke lever op til specifikationerne, hvorfor det ikke kan leveres til tiden og må gennemgå et retrofit program. Ligeledes er der risiko for at retrofit UK WILDCAT program vil tage ressourcer fra produktionslinjen, mens DK WILDCAT produceres.

Risikoen vurderes at kunne forsinke projektet i op til et år. Sandsynlighed er estimeret til ”mellem”, konsekvensen er estimeret til ”stor”, og nærheden er ”om kort tid”, da risikoen kan indtræffe i implementeringsfasen.

Der kan ikke identificeres risikoaktioner for denne risiko, da FSV ikke har indflydelse på leverandørens udviklingsprojekt og produktion, hvorfor den må accepteres.

DeMars role in PBL er identificeret som en risiko. DeMars er foreslået som IT platform for at understøtte leverandørens PBL løsning, herunder datagrundlaget for at kunne måle de tilknyttede KPI'er. Der er risiko for, at DeMars ikke bliver konfigureret i tide til at understøtte denne PBL løsning da der skal gennemføres kodificering, og strukturen på kapaciteten skal oprettes. Der er risiko for at man ikke kan måle KPI'erne tilfredsstillende samt at konfigurationsstyring og vedligeholdelsesplanlægning ikke kan gennemføres i DeMars, hvilket er en forudsætning for PBL løsningen. Dette forsinker leveringen af reservedele og påvirker den operative rådighed.

Sandsynligheden er estimeret til ”lille”, konsekvensen er estimeret til ”meget stor” og nærheden er ”om kort tid”, da risikoen kan indtræffe i implementeringsfasen.

Reservedelsmangel i driftsfasen er identificeret som en risiko. Risikoen udspringer af leverandørens interne prioritering af MoD UK samt at leverandøren ikke producerer reservedele til lager. Da leverandøren har tilbudt en PBL aftale for de første 7 år, er risikoens sandsynlighed faldende og vurderes først at kunne indtræde i driftsfasen. Risikoen har ligeledes baggrund i forsvarrets erfaringer med andre kapaciteter i drift. Konsekvensen kan komme til udtryk ved en lavere rådighed, ligesom højere driftsudgifter til øgede lagerbindinger også vil kunne opleves. Udgifterne kan på nuværende tidspunkt ikke vurderes nærmere. Sandsynligheden er estimeret til ”mellem”, konsekvensen er

estimeret til ”stor”, og nærheden er ”om lang tid”, da risikoen kan indtræffe i driftsfasen.

...

Juridiske risici:

Taxes er identificeret som en risiko, da der ikke er klarhed over leverandørens best and final offer (BAFO) på dette område. Der er usikkerhed om leverandøren påtager sig skatteforpligtelser for evt. underleverandører som er ansatte til at levere service på kandidaten i Danmark. En tilsvarende sag er indtrådt, for en anden kapacitet, fra samme leverandør. Hvis denne udgift lægges på FMT, vurderes det at øge driftsomkostninger med over 6 mio. pr. år, idet det præcise beløb ikke kan fastsættes nærmere, hvorfor risikoen ikke er kvantificeret. Sandsynligheden estimeres til ”mellem”, konsekvensen er estimeret til ”meget stor” og nærheden er ”om kort tid”, da risikoen kan indtræffe i implementeringsfasen.«

I bilag 2 til baggrundsnotaterne om projektrisiko er der anført aktive risici med angivelse af oprettelses- og ændringsdato, konsekvens, sandsynlighed, nærhed, indekstal og forventet indekstal efter risikoaktioner. Bilag 1 indeholder afsluttede risici. I baggrundsnotatet vedrørende klagerens »Wildcat« er blandt andet de ovennævnte risici oplistet. For så vidt angår »Taxes« er det forventede indekstal efter risikoaktioner 0. Den samlede vurdering af projektrisiko ved klagerens »Wildcat« resulterede i en karakter på »C«/2,06.

I »Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Projektrisiko« fremgår af bilag 2 »Aktive risici for SEAHAWK«, at blandt andet »Delay damages«, »Reserveledsmangel i driftsfasen«, »Interface til DeMars« og »Integration af Magnaghi Harpoon dækfastholdelsessystem (option)« er identificeret som aktive risici. Samlet set fik »Seahawk'en« en bedømmelse »A«/4,03 på kriteriet projektrisiko.

Indklagede har fremlagt et brev af 16. oktober 2012 fra klageren til forsvarschef Peter Bartram vedrørende de tidligere af klageren leverede EH101-helikoptere (som ikke er leveret med en PBL-løsning). Af brevet fremgår blandt andet:

»Jeg skriver til dig på baggrund af den beretning om Danmarks EH101 helikoptere, som Rigsrevisionen offentliggjorde i sidste uge. Set i dette lys, vil vi gerne præsentere en løsning på de problemer, som beretningen fremhæver.

Beretningen konkluderer, at driftsomkostningerne forbundet med EH101 helikopteren over de sidste 10 år har været for høje set i forhold til det niveau, der oprindeligt blev anslået ved anskaffelsen i 2001. ... AgustaWestland accepterer den konklusion, men bemærker at en række af de elementer, der udgør de totale driftsomkostninger ligger udenfor vores kontrol. ...

Vi erkender, at der er begået fejl, f.eks. at der oprindeligt blev indkøbt for få reservedele, og at det har taget for lang tid at udskifte eller reparere fejlbehæftede reservedele.«

Som en løsning foreslås i brevet:

»at man fremadrettet overgår til et andet og mere robust vedligeholdelseskoncept. Et koncept der er baseret på den innovative Performance Based Logistics (PBL) løsning, som vi har foreslået Danmark i forbindelse med anskaffelsen af nye skibsbaserede helikoptere.«

Helikopter i operativ tjeneste

I klagerens BAFO-tilbud af juni 2012 er det blandt andet anført:

»The UK Lynx Wildcat, the first variant of the AW159, has been developed under a UK MoD contract launched in 2006. The first 3 production aircraft have now been delivered. The programme is on track and budget. The Land variant enters service in 2014, and the Maritime variant enters service one year later, with the first cadre of UK pilots now qualified on the aircraft.«

I det britiske forsvarsministeriums (MoD UK's) pressemeddelelse af 11. juli 2012 er det blandt andet anført:

»The first two of 62 Wildcat helicopters ordered by the MOD were handed over by manufacturer AgustaWestland at the Farnborough International Airshow. The Somerset-based firm is benefiting from the £250m support and training contract that is sustaining 500 jobs.

The MOD is buying 34 Army Wildcats and 28 maritime attack variants, which will replace the Lynx fleet operated by the Army Air Corps and Fleet Air Arm.

The first Wildcats to be handed over to the MOD are Army helicopters, which will come into service in 2014. The first Royal Navy Wildcats are due to be delivered for training later this year before

coming into service in 2015.«

I »Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Projektrisiko« er projektmodenhed og test/design synkronisering identificeret som risici. Førstnævnte fordi »kandidaten er under udvikling«, og sidstnævnte fordi »kandidaten er sat i produktion, selv om designet ikke er endeligt fastsat.«.

I indklagedes svarskrift vedrørende opsættende virkning blev det anført:

»Som et andet eksempel kan henvises til, at "Seahawk'en" har været i operativ tjeneste i USA siden 2009, der er produceret ca. 150 stk. til dato og yderligere ca. 150 stk. forventes leveret indenfor kort tid til US Navy (hvortil kommer yderligere 24 til Australien). Sammenlagt har "Sehawk'en" fløjet mere end 100.000 timer.

Til sammenligning er "Wildcat'en" ikke i operativ tjeneste endnu, der er alene produceret ca. 10 stk. til det britiske forsvar (og der er endnu ikke tale om den endelige maritime udgave af helikopteren), og der er på nuværende tidspunkt kun bestilt yderligere ca. 50 stk. Sammenlagt har "Wildcat'en" fløjet ca. 1.000 timer.«

Tilsidesættelse af oplysninger i klagerens BAFO-tilbud/anvendelse af andre oplysninger

Som nævnt er det i punkt 3.2, »Datagrundlag«, i »Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Projektrisiko« anført, at risikovurderingen er sket på baggrund af:

»Identifikation og behandling af risici sker på baggrund af leverandør svar, forhandlinger med leverandører-, besøg, møder med mulige NATO samarbejdspartnere, test og simulation, forswarets erfaringer fra anskaffelser og drift af lignende systemer samt fra andre tilgængelige informationer.

...«

I »Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Driftsomkostninger« angives det side 5-6 blandt andet:

»3.3 Datagrundlag.

Det materiale, der ligger til grund for LCC beregningerne, er primært den modtagne BAFO, samt verificerede oplysninger modtaget senere.

Derudover indgår også anden opsamlet viden fra eksempelvis møder, besøg ved leverandører og brugerlande i beregningerne. Erfaringer fra drift af den nuværende LYNX helikopter har ligeledes været anvendt.

De oplysninger/prisestimer der er tilvejebragt via BAFO er i udgangspunktet overført direkte til økonomiberegningerne. I enkelte tilfælde, hvor BAFO oplysningerne er vurderet at være upræcise eller decideret forkerte, er indhentet supplerende informationer fra leverandøren.

Såfremt tilfredsstillende materiale ikke har kunnet tilvejebringes af leverandøren, er BAFO materialet i visse tilfælde tilsidesat. I givet fald foreligger en analyse af og begrundelse for, hvorfor et afvigende grundlag anvendes i forhold til de foreliggende BAFO svar.

Ud over RFP leverandørsvar er der også indarbejdet input fra teknisk og operativt team. B.la. er det disse teams, der har defineret størrelsen af FSV personelstruktur. Hvor der har været identificeret et behov, har der i øvrigt været indsamlet supplerende informationer.«

I afsnit 3.3 i »Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Anskaffelsespris« er der anført noget tilsvarende.

Indklagede har oplyst, at klagerens BAFO-tilbud tilsyneladende indeholdt forkerte tal om blandt andet antal flyvetimer. Indklagede spurgte derfor klageren, hvorfor der i tilbuddet var angivet 25.786 timer for den første 7-årige periode, idet det anførte måtte være en fejl. Klageren svarede ifølge indklagede i et brev af 3. juli 2012:

»Following the question raised by the Danish Defence Acquisition and Logistic Organisation to our BAFO (IGBU100907, dated 26. June 2012), we have identified an error in the calculation of flying hours within the Sustainment Contract. This was unfortunately caused by the entry of an incorrect start date into the modelling of the pricing period.

Fixed costs and the hourly rate for flying remain the same as the original BAFO. However, there is a significant reduction in the total number of hours expected to be flown during the first pricing period reflecting the ramp up of flying from the arrival of the first aircraft in Denmark in 2015 to a steady state minimum annual flying rate of 3,000 from 2019. The corrected total hours figure is now 16,202 hours compared to the previously stated figure of 25,786.«

Klageren fremsendte den 5. juli 2012 nye reviderede prisoplysninger. Indklagede har i nedenstående tabel vist de prisoplysninger, som fremgik af

tilbuddet fra juni 2012 henholdsvis de rettede oplysninger, som klageren eftersendte den 5. juli 2012:

»

AIRCRAFT SUSTAINMENT PRICE (As per Annex A)		
	26. juni 2012	5. juli 2012
	Base Offer	Base Offer
Total Flying Hours for First PBL Pricing Period based on 3,000 Flying Hours steady state	25.786	16.202
	GBP (£)	GBP (£)
IMPLEMENTATION	10.552.898	10.552.898
MANPOWER & SERVICE PRICE	68.688.734	68.688.734
AIRCRAFT MATERIAL PRICE	78.937.220	41.228.919
Cost for Advance Payment Bond 35% downpayment	1.804.250	1.368.000
TOTAL PRICE excluding options	159.983.102	121.838.551
OPTIONS		
Full Obsolescence Service as per Annex A SOW para 4.2	20.876.159	20.876.159
TOTAL including option	180.859.261	142.714.710

«

Ifølge indklagede sendte klageren flere andre ændringer til BAFO-tilbuddet. Indklagede har oplyst, at der er taget udgangspunkt i de rettede oplysninger ved bedømmelsen af klagerens tilbud.

Indklagede har desuden oplyst, at indklagede i et enkelt tilfælde har tilside-sat oplysningerne i klagerens BAFO-tilbud, nemlig i relation til »obsolescence« (et begreb, som dækker forældelse af visse delkomponenter og erstatningen af disse med andre – mindst ligeså certificerede og gennemprøvede – dele), som var en option i klagerens tilbud. Prisen herfor for de første syv år var i tilbuddet angivet at være knap 21 mio. pund svarende til ca. 185 mio. kr. eller ca. 26 mio. kr. om året. Klageren havde angivet, at denne option ikke ville være økonomisk attraktiv for forsvaret. Det ville således være billigere, hvis forsvaret selv stod for håndtering af obsolescence. Derfor medtog indklagede ikke klagerens pris på 26 mio. kr. årligt i LCC-beregningerne. I stedet medtog indklagede et lavere beløb til håndtering af »obsolescence« over 30 år på i alt 230 mio. kr., dvs. ca. 7,7 mio. kr. om året, jf. »Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Driftsomkostninger«, side 11-12.

I et referat af et forhandlingsmøde den 23. maj 2012 mellem parterne anføres det herom blandt andet:

»AW further confirmed that the response time is AW's responsibility in respect of how it influences the KPIs

...

In accordance with the Management meeting (23/5/12), AW will propose various options with prices for how obsolescence can be managed. DALO informed that if the financial responsibility for obsolescence is not with AW, then an amount will be added to AW's price by DALO when evaluating the offer from AW.«

I det overordnede notat om typevalg er det om fremtidssikring for så vidt angår klagerens tilbud side 16 blandt andet anført:

»Det vurderes, at der ikke er mulighed for et fælles konfigurationsstyrings program. Muligheden for samarbejde indenfor konfigurationsudvikling er til stede men dog ikke endeligt fastslået. Formelle brugere kan etableres på DK anmodning, hvor igennem samarbejde om udvikling og opdatering af operative procedurer, samt systemopdateringer kan gennemføres.«

I »Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Fremtidssikring«, side 16, anføres tilsvarende, at der vurderes at være begrænsede muligheder for fælles konfigurationsstyring og samarbejde indenfor konfigurationsudvikling.

Det er i »Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Fremtidssikring«, side 16, angivet:

»Konfigurationsfællesskab

En dansk SEAHAWK vil have høj grad af konfigurationsfællesskab med andre brugere, hvor kun danske optioner adskiller sig fra øvrige brugere. Endvidere er der mulighed for fælles konfigurationsstyring, samt videreudvikling af konfigurationen i en fælles ramme. Det vurderes, at den høje grad af konfigurationsfællesskab mellem danske og USN MH60R SEAHAWK giver DK optimale muligheder og betingelser for tæt samarbejde indenfor support og vedligeholdelse af helikopteren.«

I »Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Driftsomkostninger« er der side 13-14 anført et tillæg vedrørende sustainment-kontrakt i de første 7 år på årligt 1,1 mio. kr. i driftsperioden og i alt 27 mio. kr. Det første tillæg er begrundet i en vurdering, hvorefter klageren har givet uforholdsmæssigt lavt tilbud

på sustainment-kontrakten i de første 7 år med henblik på at fremstå mere attraktivt, end hvad klageren reelt er. Dette forventes at vise sig, når resultatet af klagerens »open book accounting« i de første 7 år foreligger. Det vurderes at betyde, at der efter de første 7 år bliver noget højere driftsomkostninger. Side 13 er der endvidere angivet et tillæg vedrørende risiko ved danske tilvalg på årligt 1,1 mio. kr. i driftsperioden eller i alt 33 mio. kr. Tillægget begrundes med, at klageren efter indklagedes vurdering ikke i fornødent omfang har taget højde for de løbende driftsomkostninger, som der er knyttet til de særlige danske tilvalg i form af reparationer, genforsyning, opdateringer af software m.v.

Der er i »Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Driftsomkostninger« foretaget et skøn over forventede omkostninger til drift og herunder side 14 afsat et beløb til risikoen vedrørende en post, som er undtaget fra klagerens aktindsigt vedrørende »Kvantificerede risici« og vedrørende »Defects Warranty«.

I »Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Anskaffelsespris, version 4.5« er der side 10 anført omkostninger vedrørende 11 danske tilvalg, herunder blandt andet »Deck lock system«, SINE Radio og HF Radio.

I »Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Projektrisiko« fremgår af bilag 2, »Aktive risici for SEAHAWK«, at blandt andet en række optioner, herunder på »SINE radio (option)« og »IFR udstyr (option)«, er identificeret som aktive risici.

Skalering

Af »Oplæg til typevalg skibsbaseret helikopter« fremgår side 7 blandt andet:

»2.3 Skalering

Den endelige evaluering er udført på baggrund af en samlet løsning, der vurderes tilstrækkelig til at opfylde det operative ambitionsniveau for den nye skibsbaserede helikopterkapacitet. Det er i den forbindelse vigtig at bemærke, at de kandidatspecifikke løsningsforslag har en lang række forudsætninger med gensidige afhængigheder, hvorfor der ikke uden videre kan gennemføres en skalering af den samlede løsning.«

I »Baggrundsnotat justeret ambitionsniveau, AW159, anskaffelses- og driftsomkostninger« angives det side 3 blandt andet:

»Ref..

- a. Baggrundsnotat, Anskaffelsespris, AW159 WILDCAT
- b. Baggrundsnotat, Driftsomkostninger, AW159 WILDCAT
- c. Baggrundsnotat, Proces for sammenligning af kandidaterne ved JUSTERET AMBITIONSNIVEAU 7-2800 Version 4.50

...

1 INDLEDNING

Dette baggrundsnotat beskriver de økonomiske konsekvenser, vedr. anskaffelses- og driftsomkostninger, for AW159 WILDCAT, ved et justeret ambitionsniveau på 7 stel og 2.800 flyvetimer. Notatet er udarbejdet på baggrund af en skalering (ref. c.) af de økonomiske forhold beskrevet i ref. a. og b.

Udgangspunktet og informationer omkring de forskellige postering er beskrevet i ref. a. og ref. b., og vil derfor ikke blive nærmere beskrevet i nærværende notat.«

Indklagede har oplyst, at bemærkningerne skal ses i lyset af de politiske forhandlinger om et nyt forsvarsforlig, der pågik efter tilbudsgivernes indgivelse af BAFO-tilbud og sideløbende med indklagedes udarbejdelse af oplæg til typevalg i efteråret 2012. Det nye forsvarsforlig skulle erstatte forsvarsforliget for perioden 2010-2014, som udgjorde grundlaget for beslutningen om, at forsvaret skulle anskaffe nye skibsbaserede helikoptere, og som danner grundlag for RFP. I forhandlingerne om det nye forlig blev der lagt op til kraftige besparelser på forsvarsbudgettet, og indklagede blev derfor pålagt at udbygge oplægget til typevalg med et justeret (reduceret) ambitionsniveau i forhold til det, som RFP var udarbejdet på grundlag af. Indklagede udarbejdede som følge heraf et baggrundsnotat for hver af de to tilbudsgivere, som evalueringen vedrørte, der beskrev de økonomiske konsekvenser ved at anskaffe en mindre kapacitet (syv helikoptere med en gennemsnitlig årlig flyvetid på 2.800 timer), end kandidaterne havde afgivet tilbud på (ni helikoptere med en gennemsnitlig årlig flyvetid på 3.400 timer).

Indklagede orienterede klageren om det opståede mulige behov for at mindske antallet af helikoptere i et brev af 5. juli 2012. Indklagede oplyste i brevet, hvordan indklagede evalueringsteknisk havde tænkt sig at gribe skaleringen an, og anførte blandt andet:

»However, in order to ensure that DALO cost estimates for Acquisition cost and Operational cost for the alternative "7 helicopters/2800 flying hours" option are transparent, fair and based on dialogue (where possible) concerning the assumptions made, DALO kindly request your comment to the assumptions listed in the attached annex.«

Det fremgår af brevet, at indklagede agtede at afholde supplerende forhandlinger, hvis de politiske forhandlinger resulterede i en beslutning om et reduceret indkøb.

Indklagede holdt et møde med klageren den 28. september 2012, hvor skaleringssspørgsmålet blev drøftet. Den 3. oktober 2012 sendte klageren et skriftligt svar på indklagedes henvendelse

De politiske forhandlinger resulterede i et forsvarsforlig for 2013-2017, hvor der ikke skete ændringer i omfanget af indkøb af helikoptere. Indklagede endte således med som oprindeligt forudsat at indkøbe 9 helikoptere – som også var det, der var givet tilbud på.

PBL-løsning

Af Executive Summary i klagerens »Proposal« af januar 2011 fremgår side 3 blandt andet:

»AgustaWestland has offered a 'stand alone' support and training solution for Denmark to ensure full compliance to the RFP (Traditional and Performance Based Logistics/Contractor Logistics Support (CLS) and initial training), but fully recognizes that integration with the UK programme is highly desirable (see 'Government-to-Government' section). AgustaWestland recommends the CLS option for the Danish AW159 MH, an approach that is common to the UK Lynx Wildcat programme.«

Under forhandlingerne mellem klageren og indklagede modtog klageren et såkaldt »Negotiation Paper« fra indklagede. Af dette fremgår blandt andet:

»2. PURPOSE

The primary purpose of this document is to inform AgustaWestland (AW) of the "way ahead" with regard to upcoming negotiations. This is to ensure that both PKSH and AW are as coordinated and prepared as possible before actual discussions are commenced.

This document can therefore be seen as a checklist for both parties with regard to some of the areas that have to be prepared in order to maximize the output of the negotiations.

...

4. MAIN FOCUS AREAS

Through the evaluation process PKSH has identified the following main focus areas that AW should especially focus on when preparing for the upcoming negotiation phase:

...

- Further investigate the possibility of making an all inclusive PBL solution to be initiated right from the time of delivery of the helicopters.

...

Technical/logistical discussions

...

PERFORMANCE BASED LOGISTICS SOLUTION

Because previously material supply support relations between DALO and AW has never before had its origin in a performance based logistic solution, it's important that conception and interpretation of various PBL terms and methods are commonly understood and agreed to by both parties.«

Af et referat af et møde den 29. februar 2012 under forhandlingerne mellem klageren og indklagede om klagerens tilbud fremgår blandt andet:

»Agenda:

1. Performance Based Logistic Principles

SUBJECT/STATUS

...

DALO stated that it want to pursue the best value solution for sustainment. AW stated that a PBL solution would be the best approach in their opinion as indications from similar PBL solutions show a 10-20 % through life cost saving. This is evidenced by the UK government national audit office report. It was agreed to pursue a solution based on PBL and DALO will decide whether or not a traditional solution needs to be pursued as well. ...

AW agrees to the general principles of PBL that DALO has suggested and recognizes the need for KPIs. The details of the KPIs are still negotiable.«

Som tidligere nævnt fremgår det af et referat af et forhandlingsmøde den 23. maj 2012 mellem parterne blandt andet:

»AW further confirmed that the response time is AW's responsibility in respect of how it influences the KPI's

...

In accordance with the Management meeting (23/5/12), AW will propose various options with prices for how obsolescence can be managed. DALO informed that if the financial responsibility for obsolescence is not with AW, then an amount will be added to AW's price by DALO when evaluating the offer from AW.«

I referatet af et forhandlingsmøde den 31. maj 2012 mellem parterne hedder det blandt andet:

»The PKSH Management team further stated that the SC should include a Price Adjustment formula for the 7 year sustainment period although the initially set-up of the SC which would be fixed and firm.«

Klageren har i sin endelige replik nærmere redegjort for de forskelle, der ifølge klageren består mellem en PBL-løsning (som indklagede ifølge klageren krævede, at klageren tilbød) og en konventionel supportløsning (den løsning, som US Navy tilbød).

Klageren har desuden fremlagt:

- en oversigt over de forhold i købsaftalen, der efter klagerens opfattelse påvirkes prismæssigt af forskellen imellem en PBL-løsning og en konventionel løsning,
- udkast til købsaftale og vedligeholdelsesaftale med klageren, hvori klageren har fremhævet de afsnit, som berøres af de pågældende forskelle, og
- »Selected Acquisition Report« af 31. december 2011 fra US Navy om »Seahawk« helikoptere med oplysninger om blandt andet driftsomkostninger.

Indklagede har i princippet erklæret sig enig i, at der er de forskelle mellem en PBL-løsning og en konventionel supportløsning, som klageren har angivet, men har, jf. nedenfor om indklagedes anbringender, gjort gældende, at der er taget højde herfor under evalueringen.

Omkostninger til bygge- og anlægsarbejder ved Flyvestation Karup m.v. og på skibe ved køb af »Seahawk«

I »Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Projektrisiko« fremgår af bilag 2, »Aktive risici for SEAHAWK«, at blandt andet »Ombygning af THETIS klassen«, »Ombygning af faciliteter på Vagar« og »Ombygning af faciliteter i DK« er identificeret som aktive risici.

Der er i »Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Anskaffelsespris, version 4.5«, side 13, anført investerings- og anlægsudgifter vedrørende omkostninger vedrørende blandt andet »Faciliteter«, »Udbygning af ... på HWKAR«, »Udbygning af garageringsfaciliteter på Færøerne«, »Supplerende etablerment på VN2«, »Ombygning af THETIS kl« og »Skibstilpasninger«. De respektive beløb er betydeligt større end det beløb på henholdsvis 67 mio. kr. og 20 mio. kr., der er afsat i »Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Anskaffelsespris« til dækning af »Udbygning af ESK723 på HWKAR« og »Ombygning af THETIS kl«. I notatet vedrørende anskaffelsesprisen for »Wildcat« er der ikke afsat midler til ombygning på Færøerne.

»Harpoon Deck Lock System«

En af de aktive risici, som nævnes i bilag 2 til »Baggrundsnotat MH-60R SEAHAWK, Projektrisiko« er »Integration af Magnaghi Harpoon dækfastholdelsessystem (option)«.

Der er som nævnt i »Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Anskaffelsespris, version 4.5«, side 10, anført omkostninger vedrørende danske tilvalg, herunder blandt andet »Deck lock system«.

Dækfastholdelsessystem er ikke en aktiv risiko i baggrundsnotaterne vedrørende »Wildcat«, og der er ikke afsat beløb til dækning af omkostninger hertil.

Køb af de nuværende Lynx-helikoptere

I tillæg til det ovenfor citerede i RFP del 1, punkt 5.1.5, »Existing Danish MH capacity«, er det om de nuværende Lynx-helikoptere i Appendix 6 til RFP anført:

»1. GENERAL

Denmark is currently operating eight (8) Lynx Mk. 90B helicopters with associated support equipment. If also considered relevant by SUPPLIER Denmark would like to consider a sale of the existing Danish MH capacity as part of an overall procurement solution. If so the sale of the Lynx capacity should be stated as an option and not a requirement, and Danish Defence Acquisition and Logistics organization (DALO) reserves the right to sell the existing fleet of Lynx maritime helicopters to a third party.

One helicopter will not be offered for sale as it will be retained for historical purposes and will be displayed in a museum. ...«

Klageren har angivet, at klageren blev nægtet mulighed for at tilbagekøbe Lynx-helikopterne og har herved henvist til et kontraktudkast version 2.0 af 14. maj 2012, hvori tilbagekøb ikke er nævnt.

Ifølge indklagede oplyste klageren i sit svar på RFP, at indklagede kunne blive krediteret 1,5 mio. pund pr. helikopter eller i alt 10,5 mio. pund for de 7 helikoptere. Indklagede ønskede ikke at få leveret nye helikoptere med egne »tilbagekøbte« dele, men godskrev under evalueringen klagerens tilbud 100 mio. kr. for »Genanvendelse af LYNX dele«, som følge af de besparelser, indklagede ville kunne opnå ved at benytte reservedele fra Lynx-helikopterne, jf. »Baggrundsnotat AW159, Driftsomkostninger«, side 12.

I typevalgsnotatet og baggrundsnotaterne vedrørende »Seahawk« er der ikke indeholdt oplysninger om, at US Navy skulle have benyttet optionen på at købe Lynx-helikopterne eller være blevet godskrevet et beløb vedrørende brug af reservedele herfra.

Leveringstid »Seahawk«

Af punkt 5.1.3, »Delivery plan«, i RFP del 1 fremgår:

»The SUPPLIER is required to incorporate a new updated delivery plan in the RFP reply. ... For planning purposes, the new MH capacity must be able to assume all operational tasking no later than the beginning of 2017, which is the planned decommissioning time for the old MH capacity. The first MH must, therefore, be delivered no later than the beginning of 2015.«

Af »Oplæg til typevalg skibsbaseret helikopter« fremgår side 10, at klagerens løsningsforslag er baseret på levering af de første to helikoptere i fjerde kvartal 2015 og den sidste helikopter (nr. 9) i andet kvartal 2017, medens

US Navys tilbud er baseret på levering af de første tre helikoptere i andet kvartal 2016 og den sidste helikopter (nr. 9) i tredje kvartal 2018.

Indklagede har oplyst, at forsvaret forventes at udfase Lynx-helikopteren ved udgangen af 2017, som er det tidspunkt, hvor levering skal ske. US Navy havde tilbudt at levere 2 eksemplarer af »Seahawk'en« ultimo 2014, men dette blev afvist af forsvaret, da man ikke vil være klar til at modtage helikopteren på det tidspunkt.

Vedligeholdelsesarbejder under VN1

Der er i »Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Driftsomkostninger« afsat et samlet beløb på gennemsnitligt årligt 83.004.657 kr. til »Operativ drift« (personel, variable ydelser, øvrig drift, IT drift, uddannelse, etablisementsdrift operativ struktur, operativt forbrug) og 20.549.489 kr. til »omkostninger knyttet til FSV støttestruktur« (personel, VARYD og ØD, udstationeret personale, IT drift, Uddannelse og Etablisementsdrift støttestruktur og opmaling af helikoptere), jf. punkt 4.1 og 4.2, side 9-10. I »Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Driftsomkostninger« er der side 10 og side 11 i punkt 4.1. og 4.2 afsat årlige beløb, som er større.

Risiko for »obsolescence«

Som nævnt ovenfor er »obsolescence« nævnt som en risiko i risikoregisteret vedrørende »Wildcat«-helikopteren af 7. juni 2012 og er nævnt som en aktiv risiko i bilag 2 i »Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Projektrisiko«. Indklagede har afsat et beløb til håndtering af »obsolescence« over 30 år på i alt 230 mio. kr., dvs. ca. 7,7 mio. kr. om året, jf. »Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Driftsomkostninger«, side 11-12. Som nævnt er dette ifølge indklagede et lavere beløb, end det beløb som klageren selv havde tilbudt som en option i sit BAFO-tilbud for håndtering af denne risiko.

I tabel 5 i »Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Driftsomkostninger«, side 12, er der afsat omkostninger til dækning af en række forskellige »Eksterne varer og tjenester«.

I »Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Projektrisiko« fremgår det af bilag 2 »Aktive risici for SEAHAWK«, at »obsolescence« er identificeret som en aktiv risiko.

Emnet er tillige omtalt i »Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Fremtidssikring«, side 22.

Retsgrundlaget

Forsvarsloven

Af forsvarsloven fremgår blandt andet.:

»§ 1

Det militære forsvar skal bidrage til at fremme fred og sikkerhed.

§ 2

Forsvaret udgør et væsentligt sikkerhedspolitisk middel og har til formål

- 1) at forebygge konflikter og krig,
- 2) at hævde Danmarks suverænitet og sikre landets fortsatte eksistens og integritet og
- 3) at fremme en fredelig udvikling i verden med respekt for menneskerettighederne.

§ 3

Forsvaret skal som en integreret del af NATO i samarbejde med allierede styrker kunne deltage i konfliktforebyggelse, krisestyring samt forsvar af NATO's område i overensstemmelse med alliancens strategi.

§ 4

Forsvaret skal kunne konstatere og afvise krænkelser af dansk suverænitet og varetage myndighedsopgaver.

§ 5

Forsvaret skal kunne deltage i løsningen af tillidsskabende og stabilitetsfremmende opgaver samt dialog og samarbejde på det forsvarsmæssige område med lande i og uden for NATO såvel i Danmarks nærområde som globalt.

§ 6

Dansk forsvar skal med militære midler kunne bidrage til løsning af konfliktforebyggende, fredsbevarende, fredsskabende, humanitære og andre lignende opgaver.

§ 7

Forsvaret skal efter forsvarsministerens nærmere bestemmelse og forhandling med vedkommende ministre kunne løse andre opgaver.«

I forarbejderne til bestemmelsen i § 7 (lovforslag nr. 126 af 29. november 2000 bemærkningerne til § 7) anføres det:

»Bestemmelsen er ny, og giver forsvarsministeren bemyndigelse til i samarbejde med respektive ministre at fastsætte nærmere bestemmelser for art og omfang af forsvarets varetagelse af andre opgaver end de i §§ 3 til 6 nævnte. Samarbejdet med respektive ministre skal sikre, at en overtagelse af løsningen af visse opgaver er præcis og sker i en fælles forståelse af rækkevidde, begrænsninger m.v.

Forsvarets andre opgaver falder sædvanemæssigt inden for et meget bredt spektrum og har det til fælles, at opgavernes løsning enten er en hensigtsmæssig følge af den virksomhed, som det militære forsvar i øvrigt udfører, eller er et udtryk for, at samfundets civile ressourcer på det pågældende område ikke er tilstrækkelige eller ikke er så egnede som forsvarets ressourcer. Der er tale om varetagelse af eller deltagelse i offentlige tjenester og om forskellige former for permanent eller lejlighedsvis opgaveløsning.

Forsvaret har siden 1. januar 1996 haft ansvaret for Statens Istjeneste og har siden 1. januar 2000 haft ansvaret for den statslige maritime miljøovervågning og håndhævelse samt den statslige maritime forureningsbekæmpelse til søs.

Forsvaret udøver fiskeriinspektion ved Færøerne og Grønland og yder bistand til de lokale samfund.

Forsvaret bidrager til eftersøgnings- og redningstjenesten.

Forsvaret udfører ammunitionsrydning m.v. og yder efter anmodning bistand til politiet, Told og Skat, redningsberedskabet, Sygehusvæsenet mfl.

Forsvaret samarbejder med og støtter det øvrige totalforsvar. Totalforsvaret er et samarbejde mellem forsvaret, politiet, redningsberedskabet og det civile beredskab, som udgør de fire totalforsvarskomponenter. Med henblik på at optimere indsatsen i tilfælde af katastrofe, krise eller krig, herunder sikre effektiv og afbalanceret ressourceudnyttelse, koordineres den samlede indsats mellem civile og militære myndigheder i totalforsvarssamarbejdet.

Det er hensigten, at bestemmelsen sikrer en videreførelse af disse opgaver.«

Ifølge forsvarslovens § 15 kan forsvaret tillægges politimyndighed til søs. I medfør af denne bestemmelse er der udstedt bekendtgørelse nr. 178 af 10. marts 2008. Det fremgår af § 1, stk. 1, at forsvaret bemyndiges til i forbindelse med sin øvrige opgavevaretagelse at bistå politiet med at varetage politimæssige opgaver til søs. Bekendtgørelsen erstatter kongelig anordning nr. 513 af 2. oktober 1940 angående politimyndighed for Søværnets skibe og luftfartøjer, som indeholdt en lignende bemyndigelse.

Af forsvarslovens § 17, stk. 1, nr. 2, fremgår, at forsvarsministeren i tilfælde af krig og andre ekstraordinære forhold kan regulere og kontrollere sejlads og fiskeri inden for dansk søterritorium og uden for dette udøve kontrol med danske skibes sejlads.

TEUF artikel 346

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.«

På den i stk. 2 nævnte liste fra 1958 (Rådets afgørelse 255/58 af 15. april 1958) nævnes som nr. 10 »Luftfartøjer og hertil hørende udstyr til militærbrug« og som nr. 9 »Krigsskibe og hertil hørende specielt udstyr«.

Retten i Første Instans har i dom af 30. september 2003 i sag T-26/01, Fiocchi Munizioni, præmis 58, udtalt, at der tilkommer medlemsstaterne en sær-

lig vid skønsbeføjelse ved fastlæggelsen af, hvilke foranstaltninger der må anses for nødvendige for at beskytte deres væsentlige sikkerhedsinteresser.

EU-Domstolen har om bestemmelsen i TEUF artikel 346 udtalt følgende i dom af 8. april 2008 i sag C-337/05, Kommissionen mod Italien:

- »45 I denne sag har Den Italienske Republik gjort gældende, at indkøbet af helikoptere af mærkerne Agusta og Agusta Bell opfylder det legitime hensyn til nationale interesser, som omhandles i artikel 296 EF og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36, fordi disse helikoptere er varer med dobbelt anvendelse, dvs. de kan anvendes til såvel civile som militære formål.
- 46 For det første skal det understreges, at hver medlemsstat i henhold til artikel 296, stk. 1, litra b), EF 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, forudsat at disse foranstaltninger ikke forringer konkurrencevilkårene inden for fællesmarkedet for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål.
- 47 Det fremgår af affattelsen af denne bestemmelse, at de pågældende varer skal være bestemt specielt til militære formål. Heraf følger, at indkøb af udstyr, hvis anvendelse til militære formål er usikker, nødvendigvis skal overholde reglerne for indgåelse af offentlige aftaler. Indkøbet af helikoptere til militære korps med henblik på civil anvendelse skal overholde de samme regler.
- 48 Det står imidlertid fast, at de pågældende helikoptere har et sikkert civilt formål og eventuelt et militært formål, hvilket Den Italienske Republik har anerkendt.
- 49 Som følge heraf kan Den Italienske Republik ikke med føje påberåbe sig artikel 296, stk. 1, litra b), EF, som der henvises til i artikel 3 i direktiv 93/36, for at begrunde anvendelsen af udbud efter forhandling ved indkøb af de nævnte helikoptere.«

I dom af 2. oktober 2008 i sag 157/06, Kommissionen mod Italien, har Domstolen yderligere anført:

- »23 Det skal endvidere bemærkes, at fravigelser fra de regler, som skal sikre, at de rettigheder, som er fastsat i EF-traktaten, bli-

ver virksomme inden for området for offentlige kontrakter, ifølge fast retspraksis skal fortolkes indskrænkende (jf. i denne retning dom af 17.11.1993, sag C-71/92, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5923, præmis 36), og at bevisbyrden påhviler den part, som påberåber sig, at de ganske særlige omstændigheder, der berettiger en undtagelse, rent faktisk foreligger (jf. i denne retning dom af 3.5.1994, sag C-328/92, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 1569, præmis 15 og 16, og dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 57 og 58).

- 24 Den Italienske Republik har gjort gældende, at det ministerielle dekret opfylder betingelserne i artikel 296 EF samt i artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36, med den begrundelse, at de helikoptere, der er omfattet af dekretet, er formuegoder med dobbelt anvendelse, dvs. at de kan anvendes til såvel civile som militære formål.
- 25 I den forbindelse skal det bemærkes, at hver medlemsstat i henhold til artikel 296, stk. 1, litra b), EF 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, forudsat at disse foranstaltninger ikke forringer konkurrencevilkårene inden for fællesmarkedet for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 46).
- 26 Det fremgår af affattelsen af denne bestemmelse, at de pågældende varer skal være bestemt specielt til militære formål. Heraf følger, at indkøb af udstyr, hvis anvendelse til militære formål er usikker, nødvendigvis skal overholde reglerne for indgåelse af offentlige aftaler (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 47).
- 27 Det er ubestridt, at det ministerielle dekret, hvilket Den Italienske Republik har medgivet, vedrører helikoptere, hvoraf den civile anvendelse er sikker, mens de militære formål kun er eventuelle.
- 28 Følgelig kan artikel 296, stk. 1, litra b), EF, som henviser til artikel 3 i direktiv 93/96, ikke med føje påberåbes af Den Italienske Republik for at begrunde nationale regler, som giver adgang til udbud efter forhandling med henblik på indkøb af disse helikoptere.«

I domme af 15. december 2009 i sagerne C-284/05, Kommissionen mod Finland, C-294/05, Kommissionen mod Sverige, C-372/05, Kommissionen mod Tyskland, C-387/05, Kommissionen mod Italien, C-409/05, Kommissionen mod Grækenland, C-461/05, Kommissionen mod Danmark, og C-239/06, Kommissionen mod Italien, har Domstolen udtalt sig om medlemsstaternes mulighed for i medfør af TEUF artikel 346 at undlade at betale egne indtægter til Fællesskabet i forbindelse med toldfri indførelse af militært materiel. I sag C-461/05, Kommissionen mod Danmark, angives det herom, svarende til hvad der fremgår af de øvrige domme, blandt andet:

- 51 Det følger af Domstolens faste praksis, at selv om det tilkommer medlemsstaterne at træffe de nødvendige foranstaltninger til at opretholde deres indre og ydre sikkerhed, betyder dette dog ikke, at sådanne foranstaltninger falder helt uden for fællesskabsrettens anvendelsesområde (jf. dom af 26.10.1999, sag C-273/97, Sirdar, Sml. I, s. 7403, præmis 15, og af 11.1.2000, sag C-285/98, Kreil, Sml. I, s. 69, præmis 15). Som Domstolen nemlig allerede har fastslået, findes traktatens udtrykkelige undtagelsesbestemmelser vedrørende situationer, der kan true den offentlige sikkerhed, kun i artikel 30 EF, 39 EF, 46 EF, 58 EF, 64 EF, 296 EF og 297 EF, der angår usædvanlige, klart afgrænsede tilfælde. Det kan ikke udledes heraf, at der efter traktaten gælder et almindeligt forbehold for samtlige foranstaltninger, der træffes af hensyn til den offentlige sikkerhed, og som udelukker disse fra fællesskabsrettens anvendelsesområde. Såfremt der antoges at gælde et sådant forbehold, uafhængigt af de nærmere betingelser i traktatens bestemmelser, ville fællesskabsrettens bindende karakter og ensartede anvendelse kunne skades (jf. dom af 11.3.2003, sag C-186/01, Dory, Sml. I, s. 2479, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).
- 52 Det følger desuden af fast retspraksis vedrørende undtagelser til de grundlæggende friheder, at undtagelserne fastsat i artikel 296 EF og 297 EF skal fortolkes strengt (jf. bl.a. dom af 31.1.2006, sag C-503/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 1097, præmis 45, af 18.7.2007, sag C-490/04, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6095, præmis 86, og af 11.9.2008, sag C-141/07, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6935, præmis 50).
- 53 Hvad nærmere bestemt angår artikel 296 EF bemærkes, at selv om denne artikel nævner foranstaltninger, som en medlemsstat kan anse for nødvendige til beskyttelse af dens væsentlige sikkerhedsinteresser, eller oplysninger, hvis udbredelse efter dens

opfattelse ville være i strid med disse interesser, kan bestemmelsen ikke fortolkes således, at den tildeler medlemsstaterne kompetence til at fravige traktatens bestemmelser blot ved påberåbelse af disse interesser.

- 54 Domstolen har i øvrigt på området for merværdiafgift i dom af 16. september 1999, Kommissionen mod Spanien (sag C-414/97, Sml. I, s. 5585), fastslået det omhandlede traktatbrud med den begrundelse, at Kongeriget Spanien ikke havde bevist, at fritagelsen for den nævnte afgift af indførsler og erhvervelser af våben, ammunition og materiel udelukkende til militært brug – hvilken fritagelse var fastsat i spansk lovgivning – var begrundet i nødvendigheden af at beskytte medlemsstatens væsentlige sikkerhedsinteresser i henhold til artikel 296, stk. 1, litra b), EF.
- 55 Det påhviler derfor den medlemsstat, der påberåber sig artikel 296 EF, at bevise nødvendigheden af at bringe undtagelsen fastsat i denne artikel i anvendelse for at beskytte sine væsentlige sikkerhedsinteresser.
- 56 På baggrund af disse betragtninger kan det ikke anerkendes, at en medlemsstat påberåber sig, at militært materiel fordyres som følge af anvendelsen af told på indførsler af sådant materiel fra tredjelande, med henblik på til skade for andre medlemsstater, der opkræver og betaler told vedrørende sådanne indførsler, at unddrage sig de forpligtelser, der påhviler den som følge af den økonomiske solidaritet med hensyn til Fællesskabets budget.
- 57 Hvad angår argumentet om, at EF-toldprocedurerne ikke kan garantere Kongeriget Danmarks sikkerhed med hensyn til kravene om fortrolighed i aftaler indgået med eksporterende stater, skal det understreges, som Kommissionen med rette har anført, at anvendelsen af EF-toldordningen indebærer EF-embedsmænds og nationale embedsmænds medvirken, og disse er i givet fald underlagt en tavshedspligt, der ved behandling af følsomme oplysninger kan beskytte medlemsstaternes væsentlige sikkerhedsinteresser.
- 58 De erklæringer, som medlemsstaterne skal udfylde og tilsende Kommissionen regelmæssigt, forudsættes desuden ikke at være så nøjagtige, at de kan skade de nævnte staters interesser med hensyn til såvel sikkerhed som fortrolighed.
- 59 På denne baggrund, og i overensstemmelse med artikel 10 EF vedrørende medlemsstaternes forpligtelse til at lette Kommis-

sionen i gennemførelsen af dennes opgave, som består i at sikre overholdelsen af traktaten, skal de stille de dokumenter til rådighed for denne institution, som er nødvendige for at kontrollere, at Fællesskabets egne indtægter overføres forskriftsmæssigt. En sådan forpligtelse er imidlertid ikke, som generaladvokaten har anført i punkt 168 i forslaget til afgørelse, til hinder for, at medlemsstaterne i det enkelte tilfælde undtagelsesvis, på grundlag af artikel 296 EF, kan begrænse de tilsendte oplysninger til oplysninger i visse dele af et dokument eller nægte at meddele et dokument i sin helhed.

- 60 Under hensyn til det ovenfor anførte har Kongeriget Danmark ikke bevist, at de nødvendige betingelser for anvendelse af artikel 296 EF er opfyldt.«

I dom af 7. juni 2012 i sag C-615/10, *Insinööritoimisto*, har Domstolen anført:

- »35 Herved bemærkes, at disse bestemmelser, som fastslået i fast retspraksis vedrørende undtagelser til de grundlæggende friheder, skal fortolkes strengt (jf. bl.a. for så vidt angår de i artikel 296 EF fastsatte undtagelser bl.a. dom af 15.12.2009, sag C-284/05, *Kommissionen mod Finland*, Sml. I, s. 11705, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis). Selv om denne artikels stk. 1, litra b), nævner foranstaltninger, som en medlemsstat kan anse for nødvendige til beskyttelse af dens væsentlige sikkerhedsinteresser, kan bestemmelsen imidlertid ikke fortolkes således, at den tildeler medlemsstaterne kompetence til at fravige EF-traktatens bestemmelser blot ved påberåbelse af disse interesser (jf. dommen i sagen *Kommissionen mod Finland*, præmis 47).
- 36 De produkttyper, som er opført på Rådets liste af 15. april 1958, hvortil artikel 296, stk. 2, EF udtrykkeligt henviser, er i princippet omfattet af den i samme artikels stk. 1, litra b), fastsatte mulighed for fravigelse.
- 37 Det påhviler den forelæggende ret at undersøge, om et produkt som det i hovedsagen omhandlede drejeskivesystem kan henføres under en af de i nævnte liste opførte kategorier.
- 38 Artikel 296, stk. 1, litra b), EF præciserer imidlertid, at de foranstaltninger, som en medlemsstat således kan træffe, ikke må forringe konkurrencevilkårene inden for fællesmarkedet for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål.

- 39 Følgelig skal for det første bemærkes, at en ordregivende myndighed ikke kan påberåbe sig artikel 296, stk. 1, litra b), EF som begrundelse for en undtagelsesforanstaltning i forbindelse med indkøb af materiel, som klart har et civilt formål og eventuelt et militært formål (jf. i denne retning dom af 8.4.2008, sag C-337/05, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 2173, præmis 48 og 49).
- 40 Desuden, selv om et produkt er omfattet af en af de på Rådets liste af 15. april 1958 opførte materielkategorier, kan produktet, såfremt der findes civile tekniske anvendelsesmuligheder for det, som i det væsentlige er tilsvarende, kun anses for bestemt specielt til militære formål som omhandlet i artikel 296 EF, hvis en sådan anvendelse ikke blot er den af den ordregivende myndighed påtænkte, men også, således som generaladvokaten har anført i punkt 48 i forslaget til afgørelse, den anvendelse, der følger af de særlige kendetegn, som er knyttet til et materiel, der er designet, udviklet eller væsentligt ændret specielt til sådanne formål.
- 41 I denne henseende bemærkes, at såvel det i nævnte listes punkt 11 anvendte udtryk »militært« som udtrykkene »hvis de er af militær karakter« og »udelukkende er designet«, der anvendes i samme listes punkt 14 og 15, viser, at de i disse punkter omhandlede produkter objektivt skal fremvise en speciel militær karakter.
- 42 Endelig bemærkes, at EU-lovgiver i tiende betragtning til direktiv 2009/81 for nylig har præciseret, at begrebet »militært materiel« i dette direktivs forstand bør omfatte produkter, som oprindeligt har været beregnet til civil anvendelse, men siden er blevet tilpasset til militære formål med henblik på anvendelse som våben, ammunition eller krigsmateriel.
- 43 Ifølge de for Domstolen fremlagte oplysninger skal udstyr som det i hovedsagen omhandlede drejeskivesystem gøre det muligt at gennemføre elektromagnetiske målinger og simulere kampsituationer. Udstyret vil derfor kunne klassificeres som en bestanddel af et militært materiel bestemt til prøvning og kontrol af våben som omhandlet i punkt 15 i Rådets liste af 15. april 1958, sammenholdt med denne listes punkt 11 og 14, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.
- 44 Imidlertid kan et sådant drejeskivesystem, som den ordregivende myndighed udelukkende påtænker at anvende til militære formål, kun anses for bestemt specielt til sådanne formål

som omhandlet i artikel 296, stk. 1, litra b), EF, såfremt det var godtgjort, at nævnte system, til forskel fra tilsvarende udstyr til civil anvendelse, som sagsøgeren i hovedsagen har henvist til, i kraft af sine særlige kendetegn kan anses for særligt designet og udviklet, herunder som følge af væsentlige ændringer, til sådanne formål, hvilket det også tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

- 45 Det bemærkes desuden, at såfremt den forelæggende ret i henhold til ovenstående betragtninger fastslår, at det i hovedsagen omhandlede produkt er omfattet af det materielle anvendelsesområde for artikel 296, stk. 1, litra b), EF, hvortil artikel 10 i direktiv 2004/18 henviser, påhviler det den at efterprøve, dels om den medlemsstat, der påberåber sig denne bestemmelse i traktaten, kan bevise nødvendigheden af at anvende den i nævnte bestemmelse fastsatte undtagelse for at beskytte sine væsentlige sikkerhedsinteresser (jf. i denne retning bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Finland, præmis 49), dels om behovet for at beskytte disse væsentlige interesser ikke kunne have været opfyldt inden for rammerne af en udbudsprocedure, som foreskrevet ved direktiv 2004/18 (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 53).
- 46 Henset til ovenstående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 10 i direktiv 2004/18, sammenholdt med artikel 296, stk. 1, litra b), EF, skal fortolkes således, at den kun tillader en medlemsstat fra de i nævnte direktiv fastsatte fremgangsmåder at unddrage en af en ordregivende myndighed på forsvarsområdet indgået offentlig kontrakt om indkøb af et materiel, der, selv om det er bestemt specielt til militære formål, også fremviser i det væsentlige tilsvarende civile anvendelsesmuligheder, hvis dette materiel i kraft af sine særlige kendetegn kan anses for særligt designet og udviklet, herunder som følge af væsentlige ændringer, til sådanne formål, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.«

Forsvars- og sikkerhedsdirektivet

I præamblen til forsvars- og sikkerhedsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009), som er gennemført i dansk ret ved bekendtgørelse af 892 af 17. august 2011 med ikrafttræden den 19. august 2011, angives det blandt andet:

»(7) ... Nye asymmetriske trusler på tværs af grænser har i realiteten efterhånden udvisket grænsen mellem eksterne og interne, militære og

ikke-militære sikkerhedsforhold.

...

(10) I dette direktiv bør der ved »militært materiel« navnlig forstås de produkttyper, som er opført på listen over våben, ammunition og krigsmateriel i Rådets afgørelse 255/58 af 15. april 1958, og medlemsstaterne kan ved gennemførelsen af dette direktiv henholde sig alene til denne liste. Listen omfatter kun materiel, som er designet, udviklet og fremstillet til specifikt militære formål. Der er dog tale om en generisk liste, som skal fortolkes bredt i lyset af den løbende udvikling, som teknologien, indkøbspolitikkerne og de militære behov undergår, og den heraf følgende udvikling af nye typer af materiel, f.eks. på grundlag af Unionens fælles liste over militært udstyr. I dette direktiv bør der ved militært materiel endvidere forstås produkter, som oprindeligt har været beregnet til civil anvendelse, men siden er blevet tilpasset til militære formål med henblik på anvendelse som våben, ammunition eller krigsmateriel.«

Direktivets artikel 3 om blandede kontrakter har følgende indhold:

- »1. En kontrakt, der vedrører udførelse af bygge- og anlægsarbejder, levering af varer eller tjenesteydelser, der henhører under dette direktiv og delvis under direktiv 2004/17/EF eller direktiv 2004/18/EF, tildeles i overensstemmelse med dette direktiv, forudsat at tildeling af en enkelt kontrakt er berettiget af objektive årsager.
2. Tildelingen af en kontrakt, der vedrører udførelse af bygge- og anlægsarbejder, levering af varer eller tjenesteydelser, der delvis henhører under dette direktiv, og hvor den anden del ikke er omfattet af enten dette direktiv eller af direktiv 2004/17/EF eller direktiv 2004/18/EF, er ikke omfattet af dette direktiv, forudsat at tildeling af en enkelt kontrakt er berettiget af objektive årsager.
3. Afgørelsen om at tildele en enkelt kontrakt kan dog ikke træffes med henblik på at sikre, at kontrakter ikke omfattes af dette direktiv eller direktiv 2004/17/EF eller direktiv 2004/18/EF.«

Traktatbaseret pligt til ligebehandling og gennemsigtighed

I dom af 7. december 2000 i sag C-324/98, Telaustria, har Domstolen fastslået:

- »59 Den kendsgerning, at en sådan aftale ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 93/38, er imidlertid ikke til hinder for, at Domstolen giver den nationale ret, som har forelagt den en række præjudicielle spørgsmål, en besvarelse, der kan være nyttig. Domstolen kan med henblik herpå tage hensyn til andre fortolkningslementer, der kan være nyttige for løsningen af tvisten i hovedsagen.

- 60 Det bemærkes i denne forbindelse, at selv om de pågældende aftaler på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38, er de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed.
- 61 Som Domstolen fastslog i sin dom af 18. november 1999, sag C-275/98, *Unitron Scandinavia* og 3-S (Sml. I, s. 8291, præmis 31), indebærer dette princip navnlig en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at princippet overholdes.
- 62 Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, 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.«

I dom af 21. juli 2005 i sag C-231/03, *Coname*, har Domstolen anført:

- »16 Det bemærkes, at tildelingen af en sådan koncessionskontrakt ikke er omfattet af nogen af de direktiver, hvormed fællesskabslovgiver har reguleret udbudsområdet. I mangel af en sådan regulering skal de fællesskabsretlige følger af tildelingen af sådanne koncessionskontrakter fortolkes i lyset af den primære ret og navnlig de grundlæggende friheder, der er nedfældet i traktaten.
- 17 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at for så vidt som den omhandlede koncessionskontrakt også kan have interesse for en virksomhed, der er beliggende i en anden medlemsstat end den, hvori Cingia de' Botti kommune ligger, kan tildelingen af denne koncessionskontrakt til en virksomhed, der er beliggende i sidstnævnte medlemsstat, udgøre en forskelsbehandling af virksomheden i den anden medlemsstat, hvis der ikke er gennemsigtighed (jf. i denne retning *Telaustria* og *Telefonadressdommen*, præmis 61).
- 18 Hvis der ikke er gennemsigtighed, har sidstnævnte virksomhed nemlig ingen reel mulighed for at tilkendegive sin interesse i at opnå tildeling af den omhandlede koncessionskontrakt.

- 19 Medmindre den er begrundet ud fra objektive omstændigheder, er en sådan forskelsbehandling, som ved at udelukke alle virksomheder, der ligger i en anden medlemsstat, er til skade for disse virksomheder, udtryk for indirekte forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, hvilket er forbudt i henhold til artikel 43 EF og 49 EF (jf. i denne retning bl.a. dom af 10.3.1993, sag C-111/91, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 817, præmis 17, af 8.6.1999, sag C-337/97, Meeusen, Sml. I, s. 3289, præmis 27, og af 26.10.1999, sag C-294/97, Eurowings Luftverkehr, Sml. I, s. 7447, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).«

I dom af 13. oktober 2005 i sag C-458/03, Parking Brixen, har Domstolen udtalt:

- »46 Selv om koncessionsaftaler på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 92/50, er de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, ikke desto mindre forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed (jf. i samme retning dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 60, og af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, sml. I, s. 7287, præmis 16).
- 47 Forbuddet mod al forskelsbehandling på grundlag af nationalitet fremgår af artikel 12 EF. De af traktatens bestemmelser, der specifikt finder anvendelse på offentlige tjenesteydelseskoncessioner, er navnlig artikel 43 EF, hvis stk. 1 fastsætter et forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område, og artikel 49 EF, der i sit stk. 1 fastsætter et forbud mod restriktioner, der hindrer fri udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne, der er bosat i et andet af Fællesskabets lande end modtageren af den pågældende ydelse.
- 48 Ifølge Domstolens praksis er artikel 43 EF og artikel 49 EF et særligt udtryk for ligebehandlingsgrundsætningen (jf. dom af 5.12.1989, sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 4035, præmis 8). Forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet er tillige et udtryk for den grundlæggende lighedsgrundsætning (jf. dom af 8.10.1980, sag 810/79, Überschär, Sml. s. 2747, præmis 16). Domstolen har i sin praksis vedrørende fællesskabsdirektiverne om offentlige kontrakter præciseret, at princippet om ligebehandling af tilbudsgivere

tilsigter, at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud, uafhængigt af nationalitet (jf. i samme retning dom af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2043, præmis 33 og 54). Det følger heraf, at princippet om ligebehandling af de bydende finder anvendelse på offentlige tjenesteydelseskoncessioner, selv når der ikke foreligger forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

- 49 Ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet indebærer navnlig en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at principperne overholdes. Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelseskoncessioner for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske (jf. i samme retning dommen i sagen Telaustria og Telefonadress, præmis 61 og 62).«

I dom af 6. april 2006 i sag C-410/04, ANAV, har Domstolen udtalt:

- »21 Ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet indebærer navnlig et krav om gennemskuelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at principperne overholdes. Dette krav om gennemskuelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelseskoncessioner for konkurrence, og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske (jf. i denne retning dommen i sagen Telaustria og Telefonadress, præmis 61 og 62, og Parking Brixen-dommen, præmis 49).«

Af dom af 18. november 2010 i sag C-226/09, Kommissionen mod Irland, fremgår:

- »27 De øvrige regler om samordning af fremgangsmåderne, der er fastsat i dette direktiv, navnlig reglerne om forpligtelsen til at afholde udbud med forudgående offentliggørelse og om kriterierne for tildeling af kontrakter, som er fastsat i direktivets artikel 53, finder derimod ikke anvendelse på disse kontrakter [*bilag II B kontrakter*].

...

- 29 Selv om de ordregivende myndigheder, der indgår kontrakter omfattet af bilag II B, ikke er omfattet af reglerne i direktivet om forpligtelserne til at afholde udbud med forudgående offentliggørelse, er de imidlertid fortsat omfattet af EU-rettens grundlæggende principper og navnlig EUF-traktatens principper vedrørende etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser (dom af 13.11.2007, sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 9777, præmis 26).
- 30 Samordningen på EU-plan af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter har ifølge Domstolens faste praksis imidlertid til formål at fjerne hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og varer og tilsigter følgelig at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i en anden medlemsstat (dommen i sagen Kommissionen mod Irland, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).
- 31 Det følger heraf, at den ordning, som EU-lovgiver har indført for kontrakter vedrørende tjenesteydelser, der henhører under bilag II B til direktivet, ikke kan fortolkes således, at den er til hinder for anvendelsen af principper, der følger af artikel 49 TEUF og 56 TEUF, såfremt sådanne kontrakter alligevel frembyder en klar grænseoverskridende interesse (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Irland, præmis 29), og dermed forpligtelser til at sikre gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere (jf. i denne retning dom af 13.4.2010, sag C-91/08, Wall, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 37).

...

Første klagepunkt om, at vægtningen af tildelingskriterierne fandt sted efter udløbet af fristen for indgivelse af bud

...

- 43 Hvis forpligtelsen til at oplyse tilbudsgiverne om vægten af hvert enkelt af tildelingskriterierne ved offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, som nu er fastsat i direktivets artikel 53, stk. 2, opfylder kravet om at sikre overholdelsen af ligebehandlingsprincippet og den forpligtelse til gennemsigtighed, som følger deraf, er der imidlertid ikke grundlag for at antage, at omfanget af dette princip og af denne forpligtelse i mangel af en specifik bestemmelse herom i direktivet rækker så vidt, at vægten af de kriterier, der anvendes af den ordregivende myndighed, på forhånd i forbindelse med kontrakter, som ikke er omfattet af en bestemmelse som direktivets artikel 52, er fastsat og meddelt de potentielle tilbudsgivere, når de opfordres til at fremsætte deres tilbud. Som Domstolen har vist ved anvendelsen af udtrykket »så vidt muligt« i den retspraksis, der er nævnt

i den foregående præmis i nærværende dom, udgør den omstændighed, at vægtningen af tildelingskriterierne anføres ved en kontrakt, der ikke er omfattet af en bestemmelse som direktivets artikel 53, stk. 2, således ikke nogen forpligtelse for den ordregivende myndighed.

- 44 Det følger heraf, at Irland, der havde givet de potentielle tilbudsgivere adgang til relevante oplysninger om den omtvistede kontrakt inden fristen for afgivelse af tilbud, ikke har tilsidesat ligebehandlingsprincippet og den forpligtelse til gennemsigtighed, som følger deraf, ved at foretage en vægtning af disse tildelingskriterier uden at give de nævnte tilbudsgivere adgang til en sådan vægtning inden udløbet af fristen for indgivelse af bud.
- 45 I det konkrete udbud, som har givet anledning til den foreliggende sag, har den ordregivende myndighed fremlagt flere oplysninger end krævet i direktivet, og kriterierne for tildeling af den omtvistede kontrakt er ikke i de ledsagende dokumenter formuleret på en sådan måde, at der kan fastslås forskelsbehandling til skade for virksomheder, som kan være interesseret i denne kontrakt, og som er beliggende i en anden medlemsstat.
- 46 Ved at tillægge disse kriterier vægt har den ordregivende myndighed kun præciseret de regler, hvorefter de indgivne bud skal vurderes, uden at forpligtelsen til at overholde den samme fortolkning af tildelingskriterierne på nogen måde tilsidesættes, da disse ikke er opstillet med de vigtigste først.
- 47 Herved bemærkes, at den omstændighed, at tildelingskriterierne er opstillet uden oplysninger om den relative vægtning af hvert enkelt af disse kriterier, ikke lader formode, at opstillingen nødvendigvis blev foretaget med de vigtigste først, eller at tildelingskriterierne skulle have samme vægt.
- 48 Desuden gav den relative vægtning af tildelingskriterierne, der blev meddelt medlemmerne af bedømmelsesudvalget i et evalueringsskema, dels ikke de potentielle tilbudsgivere – hvis evalueringsskemaet havde været kendt af disse på tidspunktet for forberedelsen af buddene – oplysninger, der havde kunnet påvirke denne forberedelse betydeligt, og indebar dels ikke en ændring af disse kriterier (jf. i denne retning dommen i sagen ATI EAC og Viaggi di Maio m.fl., præmis 32).
- 49 Det skal tilføjes, at nærværende sag, således som den er blevet fremlagt for Domstolen, ikke indeholder oplysninger, der giver

mulighed for at fastslå, at den relative vægtning af tildelingskriterierne blev fastsat efter åbningen af kuverterne, som indeholdt de afgivne bud.

...

Andet klagepunkt om ændring af vægten af tildelingskriterierne efter en indledende undersøgelse

...

57 Hvad for det første angår udbudsprocedurens forløb for den omtvistede kontrakt skal det bemærkes, at ændringen af vægten af kriterierne for tildeling af den omtvistede kontrakt fandt sted, efter at den ordregivende myndighed havde meddelt den relative vægtning af disse kriterier i et evalueringsskema til medlemmerne af bedømmelsesudvalget, således at de kunne foretage en indledende undersøgelse af de afgivne tilbud.

...

59 Det må dernæst bemærkes i den foreliggende faktiske sammenhæng, således som Domstolen allerede har fastslået, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsprocedurene indebærer, at de ordregivende myndigheder skal fastholde den samme fortolkning af kriterierne for tildeling i løbet af hele udbuddet (jf. analogt dom af 4.12.2003, sag C-448/01, EVN og Wienstrom, Sml. I, s. 14527, præmis 92).

60 Der er for så vidt angår selve tildelingskriterierne i endnu højere grad grund til at antage, at disse overhovedet ikke må ændres i løbet af udbudsproceduren (jf. analogt dommen i sagen EVN og Wienstrom, præmis 93).

61 En fase, hvorunder medlemmerne af bedømmelsesudvalget, inden dette mødtes, gennemser de af tilbudsgiverne afgivne bud individuelt, er en integrerende del af proceduren.

62 En ændring af vægten af tildelingskriterierne, der finder sted efter fasen, hvorunder tilbuddene blev undersøgt første gang, svarer under disse omstændigheder til at ændre de kriterier, på grundlag af hvilke den første undersøgelse er foretaget. En sådan handle måde er ikke i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet og den forpligtelse til gennemsigtighed, som følger deraf.

...

64 Da konstateringen af en medlemsstats traktatbrud for det andet ikke forudsætter, at der følger en skade deraf (dom af 18.12.1997, sag C-263/96, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 7453, præmis 30), kan Irland ikke påberåbe sig, at ingen tilbudsgiver har lidt skade, i og med at den omtvistede kontrakt – selv om man lægger den oprindelige vægtning af tildelingskri-

terierne til grund – ikke blev tildelt en anden kontrahent end den, der blev udvalgt efter procedures afslutning.«

Parternes anbringender

Ad begæringen om præjudiciel forelæggelse

Klageren har til støtte for, at der i medfør af TEUF artikel 267, stk. 2, stilles præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen om forståelsen af TEUF artikel 346, gjort gældende, at en fortolkning af bestemmelsens stk. 1, litra b, hvorefter undtagelsen finder anvendelse i forbindelse med anskaffelser, der både har militære og civile formål, vil udgøre en udvidende fortolkning af bestemmelsen, som strider mod ordlyden og formålet med bestemmelsen samt fundamentale EU-retlige fortolkningsprincipper, og som ikke har støtte i EU-Domstolens praksis. Domstolen har i sag C-615/10, *Insinöör*, skærpet betingelserne for anvendelsen af undtagelsesbestemmelsen væsentligt, således at det synes forudsat, at indkøbene udelukkende skulle være foretaget og bestemt specielt til militær anvendelse. Af Generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse af 10. juli 2007 i sag C-337/05, *Kommissionen mod Italien*, præmis 59, følger tillige, at varer med »dobbelt anvendelse« allerede som følge af den dobbelte anvendelse er udelukket fra anvendelsesområdet for artikel 346, stk. 1, litra b. Der foreligger imidlertid ikke i praksis en entydig stillingtagen fra EU-Domstolen til, i hvilket omfang blandede civile og militære mål kan begrunde en undtagelse fra EU-udbudsreglerne, jf. TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, og i givet fald hvor grænsen for civil anvendelse går, inden anvendelse af TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, er udelukket. Da spørgsmålet om, hvorvidt undtagelsen i artikel 346 kan anvendes ved anskaffelser, som både har militære og civile formål, er afgørende for klagenævnets stillingtagen til påstand 1-3, bør der ske forelæggelse.

Procesøkonomiske hensyn taler for, at klagenævnet forelægger spørgsmålet. Sagen må således forventes at skulle behandles ved domstolene og den domstol, som skal træffe endelig afgørelse, vil efter klagerens opfattelse være forpligtet til at stille præjudicielle spørgsmål, jf. TEUF artikel 267, stk. 3.

Klageren har tillige henvist til det EU-retlige effektivitetsprincip og kravet om adgang til effektive retsmidler i artikel 47, stk. 1, i den Europæiske Unions Charter.

Indklagede har til støtte for, at begæringen om præjudiciel forelæggelse ikke tages til følge, gjort gældende, at retstilstanden ikke er uklar. Rent faktisk har indklagede for det første bestridt, at der var et dobbelt (civilt og militært) formål med anskaffelsen. Indklagede har for det andet bestridt, at en eventuel civil anvendelse af ubetydeligt omfang – hvilket i givet fald højest kan være det, der er tale om her – udelukker anvendelse af TEUF artikel 346, stk. 1, litra b. Hertil kommer, at klagerens indsigelser er fortabt som følge af passivitet.

Klagenævnet er ikke forpligtet til at foretage forelæggelse, da klagenævnet ikke er sidste instans, og der er ingen rimelig grund til at foretage forelæggelse. Der er således intet i formuleringen af TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, og EU-Domstolens praksis om bestemmelsen, som giver anledning til tvivl om, hvorvidt et indkøb som det foretagne kan undtages fra udbudsreglerne. Det bemærkes, at Domstolen hverken i sag C-337/05, Kommissionen mod Italien, eller rækken af senere domme har støttet den retsopfattelse, som generaladvokat Mazák gav udtryk for i præmis 59 i sit forslag til afgørelse i sag C-337/05.

Procesøkonomiske hensyn taler heller ikke for, at der sker forelæggelse. Hvis EU-Domstolen måtte udtale, at kun rent militære anskaffelser er omfattet af TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, vil indklagede således i overensstemmelse med sit principale anbringende ad påstand 1 gøre gældende, at indkøbet er rent militært. Hvis Domstolen udtaler, at bestemmelsen omfatter militære anskaffelser, som i begrænset omfang anvendes til ikke-militære opgaver, vil klageren formentlig også fastholde sine subsidiære påstande 5 og 6 om tilsidesættelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. En forelæggelse vil således ikke »slutte« sagen. En forelæggelse vil i øvrigt også forsinke sagen betydeligt.

Ad påstand 1 og 2

Klageren har om adgangen til at undtage indkøbet fra udbud gjort gældende, at ifølge udbudsdirektivets artikel 10 skulle kontrakten om helikopterindkøbet udbydes efter reglerne i direktivet, medmindre TEUF artikel 346 (tidligere EF-traktatens artikel 296) fandt anvendelse. Da udbudsprocessen blev påbegyndt i juni 2007 på et tidspunkt, hvor forsvars- og sikkerhedsdi-

rektivet ikke var vedtaget, kunne og skulle udbuddet ikke gennemføres i henhold til dette direktiv.

Indkøb foretaget i henhold til TEUF artikel 346 er en undtagelse til udbudspligten i henhold til udbudsdirektivet. Som det gælder øvrige undtagelsesbestemmelser i udbudsdirektivet, skal også undtagelsen i artikel 346 fortolkes indskrænkende. Det er indklagede, som har bevisbyrden for, at betingelserne for at anvende bestemmelsen er opfyldt. Det fremgår i den forbindelse af Kommissionens fortolkende meddelelse om anvendelse af EF-traktatens artikel 296 (nu TEUF 346) på offentlige indkøb af forsvarsmateriel, at anvendelsen af TEUF artikel 346 skal være en absolut undtagelse, som er begrænset til de tilfælde, hvor medlemsstaterne ikke har andet valg, hvis de skal beskytte deres nationale sikkerhedsinteresser.

I praksis fra EU-Domstolen er det konsekvent fastholdt, at enhver undtagelse fra udbudsdirektivet skal fortolkes snævert. Der henvises til Domstolens dom af 3. maj 1994 i sag C-328/92, Kommissionen mod Spanien, Domstolens dom af 28. marts 1995 i sag C-324/93, Evans Medical and Macfarlan Smith, Domstolens dom af 16. september 1999 i sag C-414/97, Kommissionen mod Kongeriget Spanien, Domstolens dom af 15. maj 1986 i sag 222/84, Marguerite Johnston mod Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, og Domstolens dom af 4. oktober 1991 i sag C-367/89, Richardt and Les Accessoires Scientifiques (præmis 20).

Karakter af våben, ammunition og krigsmateriel – det dobbelte formål – 1958-listen

For så vidt angår undtagelsen af indkøb omfattet af artikel 346 henvises til Domstolens dom af 2. oktober 2008 i sag C-157/06, Kommissionen mod Italien (præmisserne 23-28), hvoraf fremgår, at såfremt den indkøbte vare skal anvendes til både civil brug og militært brug (dobbelt anvendelse), er den ordregivende myndighed ikke berettiget til at påberåbe sig TEUF artikel 346 som grundlag for at undlade et udbud af indkøbet i henhold til udbudsdirektivet. Endvidere har EU-Domstolen i sin praksis fastslået, at betingelserne for anvendelse af undtagelsesbestemmelsen om TEUF artikel 346 skal fortolkes indskrænkende, og at bevisbyrden for, at betingelserne er opfyldt, påhviler den ordregivende myndighed, som påberåber sig retten til at anvende undtagelsesbestemmelsen. Der henvises tillige til Domstolens dom af 7. juni 2012 i sag C-615/10, Insinööritoimisto (præmisserne 39, 40,

41 og 45), som stiller krav om, at den indkøbte vare objektivt set skal fremvise en speciel militær karakter, således at den militære anvendelse ikke blot følger af den ordregivende myndigheds hensigt med indkøbet af den pågældende vare. Endvidere har Domstolen med denne afgørelse præciseret, at selvom produktet er omfattet af det materielle anvendelsesområde for TEUF artikel 346, skal den ordregivende myndighed føre bevis for, (i) at det konkret har været nødvendigt at anvende denne undtagelse for at beskytte væsentlige sikkerhedsinteresser, og (ii) at dette behov ikke kunne have været tilgodeset indenfor rammerne af et udbud gennemført i henhold til udbudsdirektivet. Af dommen følger, at varerne for det første skal være specialudviklede og have egenskaber, som er specifikt rettet mod militære formål. Herudover kræves det også, at indkøbet udelukkende er sket med henblik på de samme militære formål, jf. i så henseende også generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse i sag C-337/05, præmis 59.

At forsvaret varetager civile opgaver følger direkte af ordlyden af forsvarslovens § 7 og bemærkningerne til bestemmelsen, hvor der som civile opgaver udført i offentlig tjeneste i tilknytning til de militære opgaver eller som assistance til det øvrige civile beredskab nævnes fiskeriinspektion, miljøovervågning, bidrag til eftersøgning og redningstjeneste. Det fremgår i den forbindelse udtrykkeligt af RFP punkt 6.2.2., »Danish Modifications«, at indklagede havde til hensigt at anvende helikopterne til både civile og militære formål. Af bilag 17 til RFP del 2, punkt 5.2.1., »Mission efficiency«, 5.2.1.3., »Search and Rescue (SAR), including transportation of ill and injured persons«, 5.2.1.4., »Other NATOPS missions«, 5.2.1.7., »Boarding operations«, og 5.2.1.9., »Utility«, fremgår ligeledes, at helikopterne skulle anvendes til både civile og militære formål.

Selvom de helikoptere, som klageren og US Navy tilbød, er militære helikoptere, er forholdet endvidere, at militære og civile helikoptere har en række fælles træk, jf. herved den fremlagte liste med specifikationer vedrørende den af klageren tilbudte helikopter »Wildcat«. Civile og militære helikoptere har således en række fællestræk i form af maskinskrog, landingsudstyr, maskiner, rotorblade, gearbokse, drivaksler, hydrauliske systemer, elektriske systemer, lys-, reserve-, flyde- og nødsystemer m.v. Visse typer udstyr, f.eks. redningslift/-hejsesystemer og eftersøgningsradar, kan også anvendes både militært og civilt. Forskellene mellem civile og militære helikoptere vedrører således typisk opbygning og udstyr som f.eks. sikring mod påvirkning af helikopternes funktion og overlevelsessevne, særligt høje-

ffektive sensorer, forsvarssystemer og installation af våben på helikoptererne. Som følge af de nævnte fællestræk er der intet til hinder for at anvende en militær helikopter til et civilt formål.

Hertil kommer, at indklagede har krævet en række ændringer foretaget, som »fratager« helikoptererne deres militære formål. Dette gælder blandt andet kravet om SINE-radio, som skal anvendes civilt, når helikoptererne assisterer politiet, og til andre civile formål, som har et politimæssigt/civilt formål, og den omstændighed, at der ikke, som vanligt, skulle installeres faste våben, men at våben om bord alene skulle være personbårne våben. Det er således helt entydigt, at de indkøbte helikoptere er indrettet og målrettet en anvendelse til både civile og militære formål.

For så vidt angår fordelingen mellem civile og militære formål må det efter de oplysninger, som klageren har modtaget om fordelingen mellem INTOPS- og NATOPS-missioner for så vidt angår de nuværende Lynx-helikoptere, antages, at hovedparten af flyvningerne med de indkøbte helikoptere vil have civile formål (75 %). Indklagedes opgørelse vedrørende opgavefordeling mellem henholdsvis civile og militære formål for så vidt angår de nuværende Lynx-helikoptere er baseret på urigtige forudsætninger om opgavernes karakter. Alle de opgaver, som omfattes af forsvarslovens § 7, er således af civil karakter. NATOPS-flyvninger er i den forbindelse alt-overvejende eller udelukkende civile. Desuden skal den del af uddannelses-flyvning m.v., som vedrører civile opgaver, medregnes i den civile del. Ud fra indklagedes egen opgørelse må det forventes, at de indkøbte helikoptere for mere end 30 %'s vedkommende skal anvendes til NATOPS-opgaver med civile formål, herunder uddannelse, omskoling og øvelser.

Navnlig EU-Domstolens afgørelse i sag C-615/10, *Insinööritoimisto*, og generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse i sag C-337/05, præmis 59, indebærer under alle omstændigheder, at selv et helt begrænset civilt formål betyder, at TEUF artikel 346 ikke kan anvendes, og at udbud derfor skal foretages i overensstemmelse med udbudsdirektivet. Der kan således ikke i dommen indlæses, at omfanget af henholdsvis den civile og militære anvendelse kan tillægges betydning. En modsat fortolkning vil indebære, at ordregivende myndigheder ved at samle indkøb af militær og civil karakter kan omgå udbudspligten i EU-udbudsreglerne. Kommissionens *Guidance – Field of Application* til forsvars- og sikkerhedsdirektivet viser også – og modsat det, som indklagede gør gældende – at der skal anlægges en yderst

restriktiv fortolkning af enhver undtagelse fra EU-udbudspligten. De blandede kontrakter og situationer, som Kommissionen omtaler i kommentaren til direktivets artikel 3, er ikke sammenlignelige med det her foreliggende indkøb.

Nødvendigt at fravige udbudsreglerne for at beskytte væsentlige sikkerhedsinteresser

Det følger af RFP del 1, punkt 3.2, »Cooperation with other users«, at indklagede havde til hensigt at gennemføre en parallel procedure med drøftelser om *samarbejde med andre stater* vedrørende brug af de helikoptere, der skulle indgå kontrakt om. Konkret har det ikke været nødvendigt at anvende undtagelsesbestemmelsen for at tilgodesætte dette behov. Et sådant behov kunne have været tilgodeset inden for rammerne af et udbud gennemført i henhold til udbudsdirektivet. Erfaringerne med det fællesnordiske indkøb viser, at det er muligt at varetage hensyn til strategisk samarbejde under respekt af EU-udbudsreglerne. Indklagede kunne desuden blot have indføjet en betingelse i udbudsmaterialet om samarbejde med øvrige NATO-lande. Indklagede kunne også have indsat kontraktvilkår om sikring af reservedele til og drift af helikopterne. Den indgåede FMS-kontrakt tilgodeser i øvrigt ikke hensyn til sikring af reservedel og drift – hvilket en PBL-kontrakt med klageren ville have gjort.

Et hensyn til at sikre *udenrigs- og sikkerhedspolitisk handlefrihed* under indkøbsprocessen kan heller ikke begrunde, at EU-udbud er undladt. Indklagede kunne således have tilgodeset dette hensyn ved at fastsætte funktionsbaserede krav til helikopterne. Indklagede har i øvrigt heller ikke godtgjort, at de pågældende hensyn gjorde det nødvendigt at undlade at følge EU-udbudsreglerne. Ifølge Kommissionens fortolkningsmeddelelse af 7. december 2006 (KOM (2006) 779) har Kommissionen afvist, at et ændret trusselsbillede, økonomiske samt geografiske og politiske forhold kan betragtes som forhold, der vil underminere landets væsentlige sikkerhedsinteresser.

Betingelserne for anvendelse af TEUF artikel 346 er dermed ikke opfyldt. De gennemførte forhandlinger og den på grundlag heraf truffede beslutning om kontrakttildeling samt den efterfølgende kontraktindgåelse må derfor anses for at være i strid med udbudsdirektivets artikel 10.

At det ikke har været nødvendigt at undlade EU-udbud følger også af de fremkomne oplysninger om *indklagedes tidligere praksis og praksis i andre EU-lande*.

Indklagede har således tidligere foretaget udbud efter udbudsdirektivets regler for at anskaffe lignende varer. Dette underbygger, at det ikke har været nødvendigt at benytte undtagelsesbestemmelsen i TEUF artikel 346. Indklagede købte således i 2001 EH-101 helikopterne hos det med klageren koncernforbundne selskab, EH Industries Ltd., igennem et offentligt fællesnordisk udbud, som skete i henhold til den svenske udbudslov, jf. herved det fællesnordiske RFQ af 26. november 1999. Den omstændighed, at indklagede i overensstemmelse med, hvad der fremgik af RFQ, indgik en selvstændig kontrakt, ændrer ikke på, at rammen var det fællesnordiske udbud. Herudover har indklagede i december 2008 udbudt opgaven med opdatering af de nuværende Lynx Mk 90B helikoptere som begrænset udbud efter udbudsdirektivet. Kontraktgenstanden i dette udbud har samme karakteristika som den efterfølgende kontrakt om levering af maritime helikoptere både for så vidt angår det leverede og ikke mindst formålet for anvendelsen af udstyret/helikoptere. De oplysninger, som er nødvendige for at kunne bedømme de modtagne tilbud, er også i det væsentlige identiske. Sagen er, at indklagede i stedet for at gennemføre et genudbud af opgraderingen af de eksisterende Lynx-helikoptere gennemførte et indkøb af de nye maritime helikoptere. Når indklagede i 2008 har vurderet, at indkøbet af opdateringen kunne og burde foretages ved et udbud efter udbudsdirektivet, må det betyde, at indklagede dermed har anerkendt, at helikopter købet kunne og burde udbydes i henhold til udbudsdirektivet, og at væsentlige sikkerhedsinteresser ikke hindrede gennemførelse af et sådant udbud.

Klagerens undersøgelse i TED-databasen viser, at andre medlemslande kan foretage udbud efter EU-udbudsreglerne af lignende indkøb. Indklagedes undersøgelse viser i øvrigt det samme. Der henvises til klagerens liste over klagerens deltagelse i udbudsforretninger med andre militære helikoptertyper efter EU-udbudsreglerne.

Ikke forringelse af konkurrencevilkårene i EU på markedet for civile varer

Selve ordlyden af dette vilkår i artikel 346, stk. 1, litra b, viser, at indkøb, som er foretaget med henblik på varetagelse af både civile og militære formål, ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelsen. Hvis der er et dobbelt

formål, vil markedet for civile indkøb således uvægerligt blive påvirket, når der foretages indkøb uden respekt af EU-udbudsreglerne. Det bemærkes i den forbindelse, at indklagede ikke har godtgjort, at de civile opgaver udgør en mindre – endsige en uvæsentlig del af de samlede opgaver.

Påstand 2

For så vidt angår påstand 2 har klageren særligt gjort gældende, at kravet i TEUF artikel 346 om, at den ordregivende myndighed skal kunne dokumentere, at anvendelsen af bestemmelsen er nødvendig for at beskytte de væsentlige sikkerhedsinteresser og ikke går videre end formålet hermed til-siger, er udtryk for det grundlæggende EU-retlige proportionalitetsprincip. Også dette princip er krænket. Det, som indklagede har anført om, at en proces i henhold til TEUF artikel 346 var nødvendig, fordi der som led i processen var en dialog mellem den danske stat og de stater, hvori tilbudsgiverne var hjemmehørende om et samarbejde vedrørende de indkøbte helikoptere, kan herved ikke tages til følge. Af RFP fremgår således direkte, at indklagede forudsatte, at der uden om proceduren for valg af leverandør af helikoptere ville være en parallel procedure med drøftelse/forhandlinger om et muligt samarbejde med andre stater som brugere af den valgte helikopter. Indklagede kunne uden brug af TEUF artikel 346 have gennemført en sådan parallel procedure sideløbende med en udbudsproces i henhold til udbudsdirektivet. Eksempelvis kunne indklagede som en mindre indgribende forholdsregel end brug af TEUF artikel 346 have gjort tildeling af kontrakten betinget af, at der kunne opnås det fornødne samarbejde mellem den danske stat og den stat, hvori den enkelte tilbudsgiver var hjemmehørende, om indkøbet, træning, vedligeholdelse m.v.

Indklagede har gjort gældende, at betingelserne i TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, for at undtage indkøbet fra udbud efter udbudsdirektivet er opfyldt. Som følge heraf er klagenævnet ikke kompetent i sagen, jf. tilsvarende klagenævnets kendelse af 16. februar 2009, Saab Danmark A/S mod Forsvarets Materieltjeneste.

Karakter af våben, ammunition og krigsmateriel – dobbelt anvendelse – 1958-listen

Med hensyn til kravet om at der skal være tale om militært udstyr, er anskaffelsen af skibsbaserede helikoptere utvivlsomt omfattet af Rådets liste

fra 1958, jf. listens punkt 10, »Luftfartøjer og hertil hørende udstyr til militær brug«, alternativt som følge af listens punkt 9, »Krigsskibe og hertil hørende specielt udstyr«. Ifølge Kommissionens fortolkningsmeddelelse af 7. december 2006 (KOM (2006) 779) skal der desuden ved fortolkningen af TEUF artikel 346 og listen tages hensyn til udviklingen i teknologi og indkøbspolitikker. De helikoptere, som der er indhentet tilbud på, er alle 4 udviklet til militært brug og sælges udelukkende til sådant brug. En skibsbaseret helikopters konstruktion er særegen for militære fartøjer og kan ikke sammenlignes med en civil helikopter. Det gælder f.eks. redundans (ekstra udgave af diverse systemer på helikopteren), pansring, sensorer og våbensystemer, som gør helikopteren ekstremt dyr i anskaffelse og drift, hvis den var anskaffet til civilt brug. At en militær helikopter ud fra en teoretisk betragtning kan anvendes civilt, gør den ikke til civilt udstyr.

For så vidt angår spørgsmålet om dobbelt anvendelse – som klageren reelt synes at basere sin klage på – bemærkes, at Domstolen i sag C-337/05, Kommissionen mod Italien, og sag C-157/06, Kommissionen mod Italien, har fastslået, at det er en betingelse for anvendelsen af TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, at de pågældende varer skal være »bestemt specielt til militære formål«, og at indkøb af udstyr, »hvis anvendelse til militære formål er usikker«, derfor skal overholde reglerne for indgåelse af offentlige aftaler. Domstolen sagde derimod ikke – og lagde dermed indirekte afstand til generaladvokat Mazák, som i sit forslag til afgørelse i sag C-337/05, præmis 59, havde lagt op til en sådan forståelse – at enhver form for »dobbelt« anvendelse udelukker brug af artikel 346, stk. 1, litra b.

Det gøres principalt gældende, at de skibsbaserede helikoptere er bestemt specielt til militære formål, og at de udelukkende skal anvendes til militære opgaver. Helikopterne skal således anvendes af forsvaret til varetagelse af militæropgaver både globalt som led i deltagelse i militære operationer og nationalt som led i overvågningen og håndhævelse af suverænitet. Der er tale om anskaffelse af specifikt militære helikoptere med dertil hørende beskyttelses- og våbensystemer samt pansring, og helikopterne kan kun anskaffes af militære enheder. Helikopternes konstruktion er således særegen for militære fartøjer og kan ikke sammenlignes med civile helikoptere. Den af klageren til indklagede tilbudte helikopter »Wildcat« kan da heller ikke købes civilt, findes ikke i en civil udgave og leveres foreløbig kun til det britiske forsvar.

Dertil kommer, at helikopternes opgaveløsning er rent militær, også selvom de i fredstid anvendes til fiskeriinspektion m.v. At der er tale om militære opgaver følger af formålsbeskrivelsen i forsvarslovens §§ 1 og 2. Bestemmelserne i §§ 3-7, som klageren fokuserer på, skal således læses i lyset af det, som anføres i formålsbestemmelserne, hvor et hovedformål er at hævde Danmarks suverænitet. Et sådant formål er i sin essens sikkerhedspolitik og militært. Det vedrører således den grundlæggende magtudøvelse, som er en betingelse for, at en stat folkeretligt kan karakteriseres som en stat. Opgaverne i § 7 er fastsat med dette formål og midlerne hertil – herunder anskaffelse af orlogsfartøjer og skibsbaserede helikoptere – har derfor også militær karakter.

Forsvarsloven gælder i øvrigt alle beredskabstjenester og kun en mindre del af opgaverne i § 7 vil derfor kunne og skulle udføres af de skibsbaserede helikoptere. De civile opgaver vedrørende istjeneste, forureningsbekæmpelse og miljøovervågning, som nævnes i forsvarsforliget 2010-2014, side 17-18, varetages således ikke af de skibsbaserede helikoptere. Som det fremgår af forligsteksten samme sider, er det endvidere EH101-helikopteren, som normalt varetager eftersøgnings- og redningstjeneste.

Forsvarets udførelse af fiskeriinspektionsopgaver ved Færøerne og Grønland skyldes, at det i forbindelse med denne type opgaver – som også falder under begrebet suverænitetshåndhævelse, når fremmede fartøjer overtræder kvotebestemmelser og fisker ulovligt i danske farvande eller medbringer last, som ikke accepteres i danske farvande – kan være nødvendigt at udøve magt, f.eks. ved boarding-operationer. Det følger endvidere af forsvarslovens § 17, stk. 1, nr. 2, at forsvaret i krigstid kan overtage egentlig regulering af og kontrol med fiskeriet i danske farvande. Fiskeriinspektionen er derfor ikke en civil opgave.

»SAR-opgaver« (»Search and Rescue«) omfatter både eftersøgning og redning under militære operationer og af civile i fredstid. Forsvarets deltagelse i sidstnævnte type opgaver, som navnlig er relevant i øde egne, følger af almindelige nødretlige principper. Dette har ført til, at SAR-opgaven er indført i forsvarets lovgrundlag som en sekundær opgave. Det er således sædvanligt, at forsvarets militære luftfartøjer deltager i eksempelvis eftersøgninger og redningsaktioner. Jagerfly kan også anvendes og har været anvendt i forbindelse med eftersøgninger, når det har været muligt og hensigtsmæssigt. At indklagede i forbindelse med anskaffelsen har indføjat

denne ad-hoc opgave på listen over de situationer, som en fremtidig helikopters egenskaber skulle kunne understøtte – som en »secondary mission« – indebærer ikke, at helikopteren dermed ikke længere har et militært formål. Den type opgaver løses i øvrigt også kun af den skibsbaserede helikopter, når den alligevel er i et område, jf. forsvarsministeriets brev af 1. november 1998 til Rigsrevisionen vedrørende Rigsrevisionens udkast til betretning om forsvarets aktiviteter i Nordatlanten.

For så vidt angår forsvarets udøvelse af politimyndighed til søs er denne opgave tillagt forsvaret ved forsvarslovens § 15, jf. bekendtgørelse nr. 178 af 10. marts 2008.

Udviklingen siden Den Kolde Krig har indebåret, at forsvarets opgaver – både i Danmark og andre lande – har ændret sig. Hvor det danske totalforsvarsbegreb traditionelt har omfattet det civile samfunds støtte til forsvarets militære territorialforsvar af Danmark i krise og krig, betød afslutningen af Den Kolde Krig, at der ikke længere bestod en direkte militær trussel mod det danske område. Derimod fremkom der indirekte og uforudsigelige trusler mod Danmarks sikkerhed i form af blandt andet international terrorisme. Totalforsvarsbegrebet omfatter som følge heraf i dag, svarende til det amerikanske begreb »Homeland Security«, blandt andet forsvarets støtte til de civile myndigheders (f.eks. politiets og Beredskabsstyrelsens) og opretholdelse af Danmarks sikkerhed i fredstid, herunder opretholdelse af lov og orden. Beredskabsstyrelsen er som led i denne ændring i totalforsvarsbegrebet overført fra Indenrigs- og Sundhedsministeriet til Forsvarsministeriet.

Omlægningen af totalforsvaret efter afslutningen af Den Kolde Krig og opkomsten af nye trusler i form af terror m.v. betyder, at forsvarets operative kapaciteter, herunder forsvarets materiel, anvendes til løsning af såvel traditionelle nationale og internationale militære opgaver som øvrige opgaver relateret til Danmarks interne og eksterne sikkerhed. Denne omlægning betyder ikke og kan ikke betyde, at opgaverne ikke længere både samlet set og for så vidt angår de enkelte opgaver kan og skal anses for militære. Som et konkret eksempel kan nævnes FN klimatopmødet i København (COP 15), hvor forsvaret bidrog til arrangementets samlede sikkerhed med blandt andet kampfly, helikoptere, skibe og fartøjer. Endvidere afspejles det i den måde, hvorpå værnepligten i dag er tilrettelagt, hvor hovedparten af forsvarets værnepligtige gennemfører en 4 måneders militær- og beredskabsuddannelse. Dette sker med henblik på, at de i en efterfølgende 3-års periode

står til rådighed for totalforsvarsstyrken, hvis primære formål er at støtte politiet og beredskabsmyndighederne kvantitativt, f.eks. hvis der i forbindelse med en konkret terrortrussel er behov for at bevogte samtlige tog- og busstationer i Danmark. En sådan anvendelse af militær kapacitet til andet end klassisk militære operationer fra koldkrigstiden (åben ildkamp med fjendtlige styrker fra andre lande) er ikke unik for Danmark, men er en generel udvikling i den vestlige verden. Eksempelvis indsatte USA militære styrker i særdeles stort omfang til bevogtning af vigtige installationer såsom civile lufthavne i perioden efter terrorangrebet den 11. september 2001, ligesom Storbritannien indsatte militære styrker i stort omfang til håndtering af sikkerheden ved de olympiske lege i London.

Den nævnte udvikling betyder, at en anerkendelse af den fortolkning, som klageren foretager af TEUF artikel 346, vil medføre, at der – de facto – aldrig ville være mulighed for at anvende bestemmelsen. Det ændrede trusselsbillede medfører således, at der næppe er noget af forsvarrets materiel (i Danmark og i andre lande), som ikke ud fra et totalforsvarssynspunkt vil kunne bruges og vil blive brugt til støtte for det civile samfund, hvis det skulle vise sig nødvendigt. At bestemmelsen ikke skal forstås sådan understøttes af betragtning 7 til forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

I det omfang klagenævnet måtte mene, at helikoptererne sekundært varetager visse opgaver af civilpræget karakter, gøres det subsidiært gældende, at disse opgaver er af begrænset omfang og af subsidiær karakter i forhold til løsningen af de militære hovedopgaver. Dette medfører ikke, at helikopterens »militære formål er usikkert«. Der er således ikke tale om anskaffelse af et produkt med dobbelt anvendelse, hvor den civile anvendelse er sikker, mens den militære anvendelse er usikker.

Klageren anførte selv i sit BAFO-tilbud, at der er tale om en militærhelikopter. I klagerens liste med specifikationer er der desuden opregnet en lang række elementer, som er særlige for militære helikoptere. Allerede efter denne opremsning ligger det klart, at helikopteren er militært udstyr. I listen er der kun to elementer, der af klageren angives at være rent civile. Det drejer sig om »Civil GPS Installation« og »Police Radio Provisions« (SI-NE-radioen). »Civil GPS Installation« er en del af grundfigurationen af helikopteren fra klagerens side og er således ikke et særligt krav, som indklagede har stillet. Helikopteren, der er udviklet og kun sælges til militært brug, er udstyret med såvel en militær GPS, som giver input til den taktiske

processor, og en civil GPS af typen GARMIN GNS 430 W. Den ændring, der blev krævet af indklagede, bestod i et krav om montering af en såkaldt DME-modtager. Kravet skyldes, at det danske forsvar generelt anvender systemet »Instrument Landing System (ILS)« på alle flytyper, f.eks. også kampflyet F-16 Fighting Falcon, som hjælpemiddel til præcisionsflyvning i dårligt vejr. Den civile GPS i klagerens »Wildcat« kan modtage ILS-signaler, men mangler en modtager, som også kan måle afstand (»Distance Measuring Equipment (DME)«). For at bringe »Wildcat'en« op til samme standard som øvrige militære danske luftfartøjer krævede indklagede en DME-modtager monteret. DME-modtageren har ikke et specifikt civilt formål, men skal generelt sikre, at helikopteren kan bevæge sig i civilt luft- rum og lande i dårligt vejr. For så vidt angår SINE-radioen muliggør den kommunikation med andre myndigheder, f.eks. politiet, i tilfælde af et total- angreb på Danmark, det være sig terror- eller militært angreb. Radioen har således også et klart militært formål. Under alle omstændigheder er SINE- radioen og den mindre ændring i det civile GPS-system en forsvindende lille del af det samlede indkøb. I klagerens tilbud udgør omkostningerne til installation af radioerne således 7.012 kr. pr. stk. og i alt 60-65.000 kr., hvilket skal ses i sammenhæng med en samlet pris for klagerens helikoptere på 2,7 mia. kr. Det forhold, at helikopterne leveres uden fastmonterede våben, er heller ikke en fravigelse set i forhold til normale militære helikoptere. Det er helt sædvanligt, at militærhelikoptere leveres uden fastinstallerede våben, og klageren er da heller ikke våbenproducent/-leverandør. Våbensystemer leveres normalt som såkaldt »GFE« (»Government Furnished Equipment«) af tredjeparter direkte til indklagede, og der kan herefter blive tale om en opgave for helikopterleverandøren i relation til integration heraf på helikopterne. Den variant af »Wildcat'en«, som klageren skal levere til den britiske hær, leveres i øvrigt også uden fastinstallerede våben. Det er heller ikke korrekt, at der alene skulle anvendes personbårne våben ombord på den skibsbaserede helikopter. Således skulle helikopteren kunne udstyres med et 12,7 mm tungt maskingevær (»Pintle Mounted Machine Gun«). At klageren utvivlsomt er bekendt hermed understøttes af, at denne installationsmulighed var inkluderet i klagerens BAFO-tilbud, jf. Annex B, Appendix B, punkt 3.2. Indklagede inddrog også vækstpotentialet for (andre) våbensystemer under evalueringen, jf. side 28 i »Baggrundsnotat AW159, fremtidssikring« (»Weapon systems vækstpotentiale«).

Indklagedes opgørelser over den aktuelle fordeling af flyvetimer i relation til de nuværende Lynx-helikoptere og prognosen for fordeling af flyvetimer

for så vidt angår de nye helikoptere viser ligeledes, at anvendelsen altovervejende er militær. I den forbindelse er der ingen tvivl om, at opgaver vedrørende »ren« suverænitetshåndhævelse er militære opgaver, og at den af klageren fremførte fordeling af flyvetimer dermed ikke kan lægges til grund. Det er således kun rent civile SAR-opgaver, miljøovervågning og fiskeriinspektion, som i givet fald skal anses for »civile« opgaver.

Den helt begrænsede »civile« anvendelse, der højst kan være tale om, kan ikke føre til, at helikopterne anses for indkøbt med et dobbelt civilt og militært formål. De civile opgaver er således af marginal betydning set i forhold til hovedformålet, som er rent militært. Der henvises i den forbindelse også til forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 3 om blandede kontrakter og det, som anføres i Kommissionens »Guidance Note – Field og Application« om bestemmelsen, som netop viser, at i tilfælde, hvor en del af kontrakten er omfattet af direktivet, medens en anden del falder under artikel 346 (f.eks. fordi der er tale om følsomme ydelser, som ikke-militære, jf. direktivets artikel 2), vil det – hvis objektive grunde tilsiger dette – være muligt at undtage hele indkøbet fra udbudspligt i medfør af TEUF artikel 346.

Den af klageren hævdede omgåelsesmulighed, hvorefter ordregivere skulle kunne samle militære og civile indkøb med det formål at undgå udbudspligt, er ikke reel. For det første hindrer nødvendigheds-/proportionalitetskravet i artikel 346 en usaglig sammenblanding af civile og militære indkøb, jf. også kravet i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 3 om »objektive grunde« til at holde en blandet kontrakt sammen. Desuden følger det af fast praksis fra EU-Domstolen, at ordregivere ikke må sammenlægge forskellige ydelser kunstigt for at omgå udbudsreglerne, jf. præmisserne 57-58 i sag C-411/00, Swoboda.

Nødvendigt at fravige udbudsreglerne for at beskytte væsentlige sikkerhedsinteresser

Også betingelsen om »væsentlige sikkerhedsinteresser« er opfyldt.

Der henvises herved til det ubetingede krav om samarbejde med andet NATO-land, bevarelsen af handlefriheden i relation til at justere krav til helikopterne i takt med udviklingen i den udenrigs- og sikkerhedspolitiske situation henover anskaffelsesperioden, hensynet til hemmeligholdelsen af centrale dele af kravene til helikopternes egenskaber og integrationen af en

FMS-kandidat i konkurrencen af hensyn til det bedst mulige konkurrencefelt. Disse hensyn udgør sådanne væsentlige sikkerhedsinteresser, at de begrundet en fravigelse af udgangspunktet om udbud.

Uddybende bemærkes, at det som følge af Danmarks beskedne relative størrelse er helt essentielt, at *andre strategiske NATO-partnere* er i besiddelse af den samme helikoptertype, som den forsvarer måtte vælge at anskaffe. Dette gør det muligt for Danmark at indgå i et samarbejde med en anden NATO-nation om træning, uddannelse, udvikling og gensidig udnyttelse af reservedels-pools m.v. Det understøtter interoperabilitet i operative sammenhænge og dermed både Danmarks militære slagkraft samt styrkernes sikkerhed. Hertil kommer, at samarbejdet medvirker til at skabe stabilitet i relation til alliance- og koalitions partnere. Da opfyldelsen af kravet om, at NATO-partnere skal være i besiddelse af de helikoptere, som anskaffes, ligger uden for en tilbudsgivers kontrolsfære, ville der ikke som led i et EU-udbud kunne stilles et sådant krav i et udbudsmateriale, da det hverken ville knytte an til tilbudsgivers generelle egenskaber (prækvalifikation) eller til det tilbudte produkts iboende kvalitet (tildelingskriterier). Tilbudsgiver ville i den forbindelse hverken kunne gøre fra eller til for at påvirke udfaldet af bilaterale regeringsforhandlinger.

Klagerens betragtninger om, hvordan hensynet til samarbejde med en anden nation kunne have været tilgodeset i et EU-udbud ved, at der parallelt med udbudsforretningen kunne have været ført bilaterale forhandlinger med andre relevante nationer, og således at den tildelingsbeslutning, som udbudsprocessen måtte føre frem til, kunne gøres betinget af, at der kunne opnås den fornødne samarbejdsaftale med den/de relevante stater, er urealistiske. I og med der oprindeligt var fire kandidater, skulle de bilaterale forhandlinger i givet fald være ført med et stort antal regeringer – og ikke nødvendigvis kun producentlandene, for det bilaterale samarbejde kunne også etableres med en anden købernation. Forhandlingerne skulle endvidere i givet fald være ført under samtidig angivelse af, at der var begrænset sandsynlighed for, at forhandlingerne ville være relevante for den pågældende regering. Indklagedes forhandlinger under anskaffelsesprocessen med det britiske forsvarsministerium, Ministry of Defense, viste med al tydelighed, at selv da der alene var to kandidater tilbage i konkurrencen, var det umuligt at etablere en bindende aftale (betinget af indgåelse af aftale med klageren). Forløbet viste, at indholdet af en sådan aftale først kunne drøftes i detaljer, når det endelige valg af helikopter var foretaget. Det fremlagte Statement of

Intent fra november 2011 med det engelske forsvarsministeriums løse og uforpligtende karakter illustrerer dette. Dertil kommer, at det udbudsretligt ville være vanskeligt at genåbne en tildelingsproces med forudgående evaluering, såfremt det efter kontraktunderskrivelse måtte lægges til grund, at der ikke kunne opnås det ønskede samarbejde, der sideløbende måtte have været ført forhandlinger om. Det ville således kræve lange vedståelsesfrister, som tilbudsgiverne ikke nødvendigvis ville acceptere. Hertil kommer, at det for FMS-kandidatens vedkommende følger af amerikansk lovgivning, at der er en maksimal vedståelsesfrist på 90 dage. Det er også usandsynligt, at de potentielle leverandører ville acceptere, at udfaldet af evalueringen ville bero på en sideløbende forhandlingsproces med andre NATO-lande, som leverandørerne ikke havde nogen form for indflydelse på. Endelig ville det under alle omstændigheder være nødvendigt at diskriminere leverandører, som kun har leveret helikoptere til EU-lande, som ikke er medlem af NATO, idet deres tilbud ikke ville kunne tages i betragtning.

Et EU-udbud ville desuden have forpligtet Danmark til i 2007 at have låst sig fast på nogle på forhånd offentliggjorte og vægtede tildelingskriterier, hvilket havde umuliggjort justering af kravene til helikopteren i takt med, at *den udenrigs- og sikkerhedspolitiske situation ændrede sig* over perioden fra 2007 til tildelingen. Kun ved at følge proceduren i TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, kunne indklagede bevare handlefriheden. Kommissionens fortolkningsmeddelelse af 7. december 2006 (KOM (2006) 779) udelukker i den forbindelse ikke, at der ved vurderingen af, hvad der er væsentlige sikkerhedsinteresser, inddrages et ændret trusselsbillede, økonomiske samt geografiske og politiske forhold, når blot det ikke sker som en hel generel henvisning hertil.

Konkret indebar behovet for fleksibilitet, at de 6 identificerede evalueringsparametre ikke blev vægtet, ligesom indholdet af parametrene kunne justeres i takt med de ændrede sikkerhedsmæssige behov. At dette har været velbegrundet og nødvendigt illustreres af de ændringer i de sikkerhedspolitiske prioriteringer, der rent faktisk fandt sted i perioden fra 2007 med navnlig en øget prioritering af Arktis. Konkret slog dette også igennem i relation til konkurrencekriterierne, hvor den ændrede prioritering betød, at helikopternes rækkevidde og løfteevne blev prioriteret. Havde man i 2007 »låst« kriterierne og kravspecifikationen (og dermed som anvist af klageren lagt sig fast på bestemte funktionskrav), ville der ikke have kunnet justeres i lyset af den ændrede sikkerhedspolitiske situation. Ultimativt kunne dette

betyde, at Danmark anvendte et beløb på 3-4 mia. kr. på køb af helikoptere, som i 2016 ikke (længere) ville kunne løse det danske søværns opgaver. Det bemærkes herved, at det indkøbte materiel forventes at have en levetid på mindst 30 år, og at anskaffelsen derfor skal være optimal, herunder sikkerhedspolitisk, på anskaffelses- og leveringstidspunktet. At det var nødvendigt at have den handlefrihed, som proceduren efter TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, tillader, understreges i øvrigt også af det mulige besparelseskrav, som forhandlingerne om et nyt forsvarsforlig i sommeren/efteråret 2012 så ud til at kunne medføre, og som førte til den beregning af en effekt af en reduktion af antallet af indkøbte helikoptere fra ni til syv – »(ned)skalering« – under evalueringen, som klageren har gjort indsigelse imod i relation til påstand 5.

Endvidere indeholder RFI og RFP samt de efterfølgende udvekslede informationer med kandidaterne *følsomme oplysninger* af en sådan karakter, at disse ikke ville kunne inkluderes i et udbudsmateriale, som enhver prækvalificeret kandidat efter udbudsdirektivet kunne få indsigt i, herunder i relation til våbensystemer, pansring og Defensive Aid Suites m.v. samt de særlige danske optioner. For at sikre at forsvaret fik et produkt, der imødekom dets behov til fulde, var det i stedet nødvendigt at afholde lukkede forhandlinger med de på forhånd identificerede potentielle leverandører, og som led i disse forhandlinger blev der i vidt omfang udvekslet følsomme oplysninger.

Endelig var det forventet af indklagede, at helikopteren MH-60R »Seahawk« var en meget egnet kandidat, idet den syntes at kunne opfylde de centrale krav, som indklagede stillede. Denne kandidat kunne imidlertid alene købes på *FMS-vilkår*, hvilket betyder, at kandidaten ikke måtte/ville kunne deltage i et EU-udbud, men kun kunne inddrages i konkurrencen via bilaterale forhandlinger på mellemstatsligt niveau. Integrationen af den amerikanske kandidat, som ifølge indklagedes analyser var en relevant kandidat, kunne således på grund af de særlige amerikanske FMS-regler alene lade sig gøre, såfremt udbudsdirektivets specifikke regler (herunder om fælles tilbudsgrundlag og andre ligebehandlingskrav) blev fraveget. Den amerikanske kandidats relevans bestyrkes af, at det var netop denne kandidat, som samlet set blev vurderet bedst på de 6 evalueringsparametre.

Bestemmelsen i TEUF artikel 346 giver i øvrigt også medlemsstaterne vide skønsmålinger med hensyn til at afgøre, hvordan de skal beskytte deres

væsentlige sikkerhedsinteresser. Dette er bekræftet i Rettens dom i sag T-26/01, *Fiocchi Munizioni*, præmis 58, og i klagenævnets kendelse af 16. februar 2009, *Saab Danmark A/S mod Forsvarets Materieltjeneste*.

Kravet om nødvendighed/proportionalitet er også opfyldt, idet anvendelsen af et mindre indgribende middel havde risikeret at kompromittere de ovennævnte væsentlige sikkerhedsinteresser. Hertil kommer, at indklagede afholdt en konkurrence med oprindeligt fire tilbudsgivere, som hen ad vejen blev indsnævret til et felt på to. Der var således konkurrence om opgaven og ligebehandling samt transparens i det mulige omfang – bare ikke efter direktivet.

Klagerens anbringende om, at *indklagede tidligere skulle have anvendt udbud efter udbudsdirektivets regler* til at anskaffe lignende varer, er for så vidt angår EH101-anskaffelsen forkert. Disse helikoptere er således ligesom det nuværende indkøb foretaget uden udbud efter udbudsdirektivet i henhold til undtagelsesbestemmelsen i TEU artikel 346. Der var, som dokumenteret ved de fremlagte breve m.v. om Danmarks udtræden af det fællesnordiske samarbejde, tale om et nationalt indkøb – og ikke, som oprindeligt forsøgt, et fællesnordisk køb.

For så vidt angår opdateringen af avionics-systemerne er der tale om en opdatering af et delsystem for en begrænset periode. Udbuddet fandt sted i 2008, det vil sige på et tidspunkt, hvor RFI vedrørende nærværende køb allerede var udsendt. Formålet var at bibeholde den operative kapacitet indtil det tidspunkt, hvor de nye helikoptere kunne overtage Lynx-helikopterens opgaver. I den forbindelse var det nødvendigt at opdatere avionics-systemerne, som viser information vedrørende kommunikation og navigation. Opgaven var begrænset i omfang til antallet af systemer på helikoptererne og i tid, idet den ville ophøre, når udfasningen af Lynx-helikoptererne var tilendebragt i 2017. Opgaven kan ikke på nogen måde sammenlignes med helikopterindkøbet hverken i relation til det, som leveres, omfang eller betydning. Navnlig gjorde der sig slet ikke samme sikkerhedspolitiske hensyn gældende. Der var således tale om »opdatering« på en teknologisk platform, som allerede lå fast, hvor der ikke var noget ønske eller behov for et strategisk partnerskab, og den indebar ikke nogen ændringer i den operationelle kapacitet. Der var således intet hensyn til at bevare en udenrigs- og sikkerhedspolitisk frihed i et længerevarende forhandlingsforløb. Om noget viser udbuddet af opdateringen af avionics-systemer blot, at indklagede ikke be-

nytter undtagelsen i TEUF artikel 346 i andre tilfælde end, hvor der er et reelt sikkerhedspolitisk behov herfor.

Som påvist ved de af indklagede fremlagte svar fra de engelske forsvarsmyndigheder (MoD UK), oplysningerne om indkøb i Sverige og Tyskland samt indklagedes søgning i TED-databasen er *praksis i andre EU-medlemslande*, at indkøb som det her omhandlede ikke udbydes efter udbudsreglerne. Andre medlemsstater benytter således også undtagelsen i TEUF artikel 346. Desuden viser oplysningerne om indkøb i Sverige og Tyskland samt oplysningerne fra de finske og norske forsvarsmyndigheder, at andre medlemsstater også benytter militære helikoptere til SAR-opgaver m.v.

Klagerens *søgeresultater i TED-databasen* er allerede som følge af de valgte søgekriterier uegnede til at belyse praksis i andre EU-medlemsstater vedrørende tilsvarende indkøb. Det valgte søgekriterium »militære helikoptere« indebærer, at der vil komme en række tilfældige resultater, idet det er nok, at enten ordet »militære« eller »helikoptere« optræder for at udløse et »hit«. Som det fremgår af den systematisering, indklagede har foretaget, vedrører en række af klagerens »hits« desuden samme kontrakter/udbud. Det, som er relevant, er imidlertid kun udbudsbekendtgørelserne (hvor der, jf. indklagedes sammentælling er 32). Søgeresultaterne understøtter i øvrigt ikke på nogen måde, at der i andre EU-medlemsstater skulle være foretaget udbud efter udbudsreglerne af tilsvarende indkøb af militære helikoptere. Blandt de opnåede resultater er der kun tre udbudsbekendtgørelser, som indeholder både ordet »militære« og »helikoptere« (nr. 6 om »search and rescue helicopters«, nr. 27 om »search and rescue helicopters« og nr. 62 om »contract helicopter services for the transport of personel and equipment to Trinity House lighthouses and offshore structures, for the purposes of maintenance and project engineering. Support helicopters. Hire of helicopters with crew«). Heraf vedrører de to udbud af tjenesteydelser og den tredje en bygge- og anlægskontrakt. Indklagede har tillige bemærket, at ordregiverne er det britiske transportministerium (nr. 6 og 27) henholdsvis »General Lighthouse Authority« (nr. 62), og at ingen af disse ordregivere synes at have militær karakter.

Klagerens besvarelse af indklagedes opfordringer og de oplysninger, som indklagede har indhentet fra de engelske forsvarsmyndigheder (MoD UK), viser også med tydelighed, at klageren aldrig har solgt »Wildcat« til andet

end militære formål, og at salget til MoD UK er sket i en proces uden EU-udbud efter TEUF artikel 346. Desuden er der efter klagerens svar på indklagedes opfordring om at oplyse om andet salg ved EU-udbud af militære helikoptere produceret af klageren ikke grundlag for at antage, at klageren nogensinde har foretaget salg af militære helikoptere ved EU-udbud. De salg, der oplyses om, vedrører således alle helikoptere, som ifølge klagerens hjemmeside enten er rent civile eller både findes i en civil og militær udgave. De myndigheder, der er solgt til, er endvidere for hovedpartens vedkommende med sikkerhed ikke militære, eller også er det uklart, hvad det er for en myndighed.

Ikke forringelse af konkurrencevilkårene i EU på markedet for civile varer

Betingelsen om, at der ikke må ske forringelse af konkurrencevilkårene i EU på markedet for civile varer, er sikret i og med, at indklagede gennemførte en proces, som indebar en konkurrence blandt oprindelig fire kandidater på blandt andet pris. Hertil kommer, at de helikoptere, som deltog i konkurrencen, alle er militære, hvorfor fraværet af et udbud ikke forringer konkurrencevilkårene på det civile marked.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at det fremgår af § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., at kontrakter omfattet af udbudsdirektivet skal erklæres for uden virkning, såfremt en ordregiver i strid med EU-udbudsreglerne har indgået en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i EU-Tidende. Tilfælde, hvor ordregiveren, som tilfældet er her, uretmæssigt anvender proceduren i henhold til TEUF artikel 346 uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i EU-Tidende, må også blive ramt af sanktionen uden virkning. Da indklagede ikke forudgående har offentliggjort en bekendtgørelse om påtænkt kontraktindgåelse i medfør af § 4, stk. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der kan afbøde sanktionen uden virkning, skal denne sanktion bringes i anvendelse, da kontrakt er indgået. Henset til grovheden af overtrædelsen er der ikke grundlag for at anvende lovens § 17, stk. 3.

Indklagede har under henvisning til det anførte ad påstand 1 og 2 gjort gældende, at påstanden ikke kan tages til følge, da anskaffelsen ikke er udbudspligtig efter udbudsdirektivet. Hertil kommer, at klageren har fortabt

sine indsigelser, herunder adgangen til at påstå sanktionen uden virkning bragt i anvendelse, som følge af retsfortabende passivitet, jf. det herom anførte (se indklagedes anbringender om passivitet nedenfor). Der henvises til princippet i klagenævnets kendelse af 22. januar 2012, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Banedanmark.

Subsidiært har indklagede gjort gældende, at uden virkning-sanktionen ikke skal bringes i anvendelse, da væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt, at kontrakten fortsat skal have virkning, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 3. Indklagede har herved henvist til, at det forventelige tidsforløb, hvis der skal gennemføres et EU-udbud, er på minimum 1-2 år. Det vil betyde, at de aldrende eksisterende Lynx-helikoptere først vil kunne udskiftes i 2019 med heraf følgende betydelig risiko for væsentligt forringet skibshelikopterkapacitet i en årrække og heraf følgende forringet evne til at håndhæve og forsvare dansk suverænitet. Dertil kommer en væsentlig forringelse af muligheden for at udføre SAR-opgaver, hvilket kan bringe menneskeliv i fare.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagedes undladelse af at overholde udbudsdirektivet og den herefter truffne beslutning om tildeling af kontrakt til US Navy er en så kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne, at den bør føre til annullation af indklagedes tildelingsbeslutning.

Indklagede har gjort gældende, at da der ikke er grundlag for at tage påstand 1 og 2 til følge, skal påstanden ikke tages til følge. Under alle omstændigheder bør annullation undlades som følge af klagerens passivitet.

Ad påstand 5 og 6

Klageren har gjort gældende, at EU-Domstolen i domme af 15. december 2009 i sagerne C-284/05, Kommissionen mod Finland, C-294/05, Kommissionen mod Sverige, C-372/05, Kommissionen mod Tyskland, C-387/05, Kommissionen mod Italien, C-409/05, Kommissionen mod Grækenland, C-461/05, Kommissionen mod Danmark og C-239/06, Kommissionen mod Italien, har fastslået, at TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, ikke indebærer en per se undtagelse fra unionsrettens almindelige retsprincipper. Efter disse domme kan klagenævnets kendelse af 16. februar 2009, Saab Danmark A/S

mod Forsvarets Materieltjeneste, ikke længere anses for at være udtryk for gældende ret. Domstolens konklusioner om, at unionsrettens almindelige principper finder anvendelse parallelt med TEUF artikel 346, medmindre der kan godtgøres et grundlag for en undtagelse herfra, indebærer, at klagenævnet er kompetent til at behandle sager, der vedrører anskaffelser omfattet af TEUF artikel 346, jf. § 1, stk. 2, nr. 1, samt § 10, stk. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. Indklagede skal ikke blot løfte bevisbyrden for, at Danmarks væsentlige sikkerhedsinteresser har krævet, at indklagede anvendte TEUF artikel 346 til indkøbet af maritime helikoptere, men også, at indklagede ved gennemførelsen af indkøbet kunne tilsidesætte de alment gældende principper i unionsretten om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Indklagede har, som angivet i påstand 5, tilsidesat ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, som de er fastlagt ved praksis fra EU-Domstolen, idet indklagede ikke har overholdt sine forpligtelser i henhold til EUF-Traktaten til at sikre, at konkurrencen mellem tilbudsgiverne foregik på ensartede vilkår. Indklagede har således ikke på noget tidspunkt gjort de konkurrerende tilbudsgivere bekendt med de kriterier, som indklagede har lagt til grund for sin beslutning om den militære indstilling og dermed tillige grundlaget for tildeling af kontrakten, således som indklagede i henhold til EU-Domstolens praksis er forpligtet til under iagttagelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Indklagede har alene offentliggjort de overordnede 6 områder for evaluering af tilbuddene, men har udtrykkeligt undtaget de eksakte kriterier for tildeling og evaluering af tilbuddene. Indklagede har endvidere oplyst, at der har været anvendt op til 800 delkriterier for evaluering af de 6 overordnede områder for evaluering af tilbuddene, hvoraf alene en ganske lille brøkdel er offentliggjort i konkurrencedokumenterne. Indklagede har dermed tilsidesat sin forpligtelse til at sikre, at de konkurrerende tilbudsgivere på tidspunktet for udarbejdelse af deres tilbud er bekendt med alle relevante forhold, som indklagede ville tage i betragtning ved udvælgelsen af det vindende tilbud. Hertil kommer, at indklagede ikke har offentliggjort den gennemførte vægtning af kriterierne for evaluering af tilbuddene og tildeling af kontrakten, heller ikke for de overordnede 6 områder. Indklagede har dermed givet grundlag for skævvridning og vilkårlig evaluering af tilbuddene og den skete efterfølgende vilkårlige tildeling af kontrakten, jf. påstand 6. Indklagede har således både under og efter evalueringen af tilbuddene kunnet fastsætte vægtningen af de overordnede 6 områder og kriterier for evaluering, så de resulterede i fa-

vorisering af en bestemt tilbudsgiver. Indklagede har dermed groft tilsidesat de grundlæggende EU-retlige principper om henholdsvis ligebehandling og gennemsigtighed, som de er fastlagt gennem EU-Domstolens praksis i blandt andet sag C-324/98, Telaustria, præmis 60-62, samt sag C-458/03, Parking Brixen, præmis 48-49.

Klageren har fremlagt en beregning, som viser, at hvis man laver en gennemsnitsberegning på pointtildelingen i notatet om typevalg, som begrænses til kriterierne fremtidssikring, projektrisiko og anskaffelsespris, som indklagede, jf. notatet om typevalg, lod være udslagsgivende, fører denne beregning til, at klageren får flere point end US Navy. Også dette viser, at der er sket en favorisering af US Navy.

Under mødet har klageren anført, at den aktindsigt, klageren har modtaget, ikke omfatter de tidligere versioner af evalueringsnotaterne, og at der i den forbindelse kan være »skjult« oplysninger om en ændring i vurderingen, som har favoriseret US Navy. Klageren har i den forbindelse anført, at den begrænsede indsigt, klageren har modtaget i evalueringsnotaterne, når det sammenholdes med de konkret identificerede overtrædelser, giver indtryk af, at der er sket tilsidesættelse i væsentligt omfang. Der må som følge heraf stilles skærpede krav til indklagedes bevisbyrde for, at der ikke er sket overtrædelser af de generelle principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Klageren har som konkrete eksempler på, at konkurrencebetingelserne ikke gjorde det muligt for klageren og øvrige tilbudsgivere at vide, hvilke elementer, indklagede ville lægge vægt på, jf. påstand 5, henholdsvis konkrete eksempler på forskelsbehandling, jf. påstand 6, anført følgende:

Antal crashworthy sæder

Det fremgår af bilag 1 »Baggrundsnotat WILDCAT, Missionseffektivitet«, at den ændring i antallet af sæder i kabinen, som fandt sted under forhandlingerne, har ført til en ringere vurdering af klagerens tilbud. Ændringen skyldtes, at indklagede under forhandlingerne lagde vægt på at opnå en større sikkerhed i kabinen (crashworthy sæder). Havde klageren været bekendt med den negative betydning af ændringen, ville klageren ikke have ændret sædeantallet. Denne vildledning fra indklagedes side understreger

den manglende gennemsigthed vedrørende evalueringen og evalueringskriterierne.

Evaluering af helikopternes rækkevidde og løfteevne samt auxiliary fuel tank

Indklagede har i svarskriftet angivet at have tillagt det afgørende positiv betydning, at »Seahawk's« rækkevidde og løfteevne var større end for klagerens »Wildcat«. Det er imidlertid ikke over for klageren gjort klart, at disse forhold ville blive tillagt afgørende vægt.

Klagerens helikopter har en rækkevidde på ca. 300 km for NATOPS-eftersøgninger og på 130-180 km for INTOPS-missioner. Helikopteren kan i relation til sidstnævnte opnå en rækkevidde på 300 km. Denne rækkevidde er helt identisk med rækkevidden af den valgte helikopter fra US Navy. Hvis klageren behørigt var blevet gjort opmærksom på den store betydning, indklagede ville tillægge rækkevidde og løfteevne, kunne og ville klageren i sit tilbud have fremhævet disse oplysninger som angivet i den nu fremlagte graf. På den baggrund må det anses for dokumenteret, at der ikke med bilag 17 til RFP eller i øvrigt er givet klageren fornødne oplysninger om det stillede krav om rækkevidde og løfteevne og dets afgørende betydning. Der er herved handlet i strid med både gennemsigtheds- og ligebehandlingsprincippet. For NATOPS-boarding-operationer med 8 personer om bord har klageren i tilbuddet oplyst en rækkevidde på mellem 130 og 180 km, men helikopteren kan på sådanne missioner opnå en rækkevidde på op til 300 km (svarende til US Navys »Seahawk's« rækkevidde). Klageren ville have kunnet påvise, at helikopteren kan flyve 300 km uden brug af auxiliary fuel tank med 8 personer om bord. Det er korrekt, at det ikke er det, der vises i grafen vedrørende NATOPS-missionen i tilbuddet, og at det heller ikke er det, som fremgår af den senest fremlagte graf, men hvis klageren havde vidst, at det var det, man skulle vise, ville klageren have kunnet vise det.

Desuden har indklagede uberettiget både tillagt det negativ betydning, at en rækkevidde på 300 km forudsætter montering af auxiliary fuel tank og tillagt det negativ betydning, at denne montering indebærer, at der kun er 4 og ikke 6 crashworthy sæder til rådighed. Det fremgår i den forbindelse af »Oplæg til typevalg skibsbaseret helikopter«, side 12 og 20, at montering af auxiliary fuel tanke på helikopterne vurderes helt forskelligt. For klagerens »Wildcat's« vedkommende fremstår det således som om, at en sådan mon-

tering begrænser anvendeligheden af helikopteren, idet antallet af personer, som kan medtages, reduceres. For »Seahawk'ens« vedkommende fremstår det derimod som om, at antallet af personer ganske vist vil blive begrænset, men at dette ikke begrænser anvendeligheden af helikopteren, da auxiliary fuel tanke kun kan forventes brugt på missioner med få personer/over lange afstande. Der er tale om en åbenbar forskelsbehandling.

Projektrisici

Klageren var bekendt med de projektrisici, som fremgik af indklagedes risikoregister af 7. juni 2012, men eftersom klageren havde besvaret dem alle i diaspræsentationen af 14. juni 2012 og herefter ikke hørte yderligere, gik klageren ud fra, at indklagede ikke længere anså de nedenfor nævnte risici for relevante.

Den i »Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Projektrisiko« anførte bekymring for revnedannelser i halepartiet på »Wildcat«-helikopteren er ikke en problemstilling, som indklagede under forhandlingsforløbet direkte har gjort klageren bekendt med. Klageren var ganske vist bekendt med indklagedes antagelse om en risiko for vibrationsskader, men havde som nævnt forholdt sig til denne risiko den 14. juni 2012 og gik herefter ikke ud fra, at det var et problem. Klageren forstod det desuden ikke sådan, at indklagede kobledede risikoen for vibrationsskader til den nuværende Lynx-helikopter og har således ikke haft mulighed for at redegøre for ændringer i konstruktionen set i forhold til den eksisterende Lynx-helikopter. Klageren kan oplyse, at halepartiet på »Wildcat'en« er fuldstændig forskelligt fra det på Lynx-helikopteren. Klageren har i øvrigt deltaget aktivt i undersøgelserne vedrørende revnedannelser på Lynx-helikoptererne. Årsagen til disse revnedannelser kan formentlig være »serviceændringer« foretaget af indklagede uden klagerens medvirken eller godkendelse. Inddragelsen af forholdet under evalueringen er både uventet og uberettiget.

Det, som indklagede har anført i baggrundsnotatet om projektrisiko og om tidligere negative erfaringer med klageren i relation til EH101-helikopteren, har ganske vist været forelagt for klageren under forhandlingsforløbet, men den seneste forelæggelse er sket den 7. juni 2012. Klageren har svaret herpå den 14. juni 2012 og gik herefter ud fra, at spørgsmålet var lukket.

Det var heller ikke berettiget at inddrage tidligere erfaringer med klageren i relation til datakvalitet og »Taxes«.

Det er ligeledes uberettiget, at indklagede har indregnet en projektrisiko vedrørende test/design synkronisering. Det anførte om udskiftning af main rotor head har ikke noget at gøre med produktionen af helikopteren til indklagede. Der er således blot sket et leverandørskifte vedrørende denne komponent. Det er også i strid med de faktiske realiteter, når det anføres, at klageren under forhandlingerne skulle have oplyst om ressourceproblemer i relation til samtidig varetagelse af produktion og retrofit program.

Den påståede risiko vedrørende DeMars har ganske vist været forelagt for klageren under forhandlingerne. Klageren opfylder imidlertid til fulde krav vedrørende iværksættelse og konfigurerings af DeMars. Der er således intet grundlag for at inddrage en risiko vedrørende dette forhold under evalueringen. I øvrigt fremgik det også af registret, at DeMars-risikoen var »closed«. Det er således helt uberettiget, at indklagede har lagt vægt på dette forhold.

Det, som anføres i baggrundsnotatet om projektrisiko og om risiko for reservedelsmangel, er også forkert. Der er ikke givet tilbud på eller foreslået en fælles reservedelspulje med MoD UK. Tværtimod er der tilbudt en særskilt reservedelspulje i Karup, hvilket, som det også fremgår, er indregnet som en del af prisen i baggrundsnotatet om anskaffelsespris. Det er i den forbindelse påfaldende, at der ikke er indregnet nogen risiko vedrørende levering af reservedele i relation til tilbuddet fra US Navy i baggrundsnotatet vedrørende projektrisiko i dette tilbud. Dette navnlig henset til at der i tilbuddet på FMS-vilkår er risiko for, at reservedele først kan leveres til indklagede, såfremt der er tilstrækkelig supportering af US Navy.

Helikopter i operativ tjeneste

Det er ukorrekt, når indklagede ved evalueringen har lagt til grund, at klagerens »Wildcat«-helikopter ikke var i operativ tjeneste endnu. Den tilbudte helikopter har således været i operativ tjeneste siden april 2012 hos det britiske forsvar (UK MoD), hvortil der er leveret 12 helikoptere, herunder én maritim helikopter. På tidspunktet for tildelingsbeslutningen har det været klart, at der var en maritim helikopter klar til levering. Desuden er der afgivet ordre på levering af yderligere 52 helikoptere til UK MoD, og der er i

januar 2013 opnået en ordre på 8 helikoptere til det sydkoreanske forsvar. Helikopteren har allerede haft 1.200 flyvetimer, og det særlige ekstensive udviklingsprogram har tilladt, at den allerede er taget i anvendelse.

Hertil kommer, at den tilbudte helikopter har samme maskine, gearkasse og rotorkonfiguration som klagerens »Super Lynx«-helikopter, der har fløjet mere end 20.000 timer til dato. Gearkasse, rotor og øvrige kritiske komponenter har også mere end 750.000 flyvetimer bag sig. Alle væsentlige komponenter i »Wildcat«-helikopteren har således i meget væsentligt omfang været i aktiv tjeneste

Begge de nævnte forhold burde have været inddraget af indklagede under evalueringen af klagerens »Wildcat«-helikopter.

Som det fremgår, har indklagede forskelsbehandlet ved vurderingen af »modenheden«/udviklingsstadiet for de to helikoptere.

Tilsidesættelse af oplysninger i klagerens BAFO-tilbud/anvendelse af andre oplysninger

Det fremgår af bilag 3, »Baggrundsnotat Typevalg, AW159 WILDCAT, Anskaffelsespris«, punkt 3.3, at indklagede har tilsidesat de oplysninger, som klageren har givet i sit BAFO-tilbud. Dette viser, at evalueringen er sket helt vilkårligt og uigennemsigtigt.

Ifølge det, som er anført i punkt 3.3 i »Baggrundsnotat Typevalg, AW159 WILDCAT, Driftsomkostninger«, punkt 3.3 i »Baggrundsnotat Typevalg, AW159 WILDCAT, Anskaffelsespris« og punkt 3.2 i »Baggrundsnotat Typevalg, AW159 WILDCAT, Projektrisiko«, er der under evalueringen inddraget andre faktorer, erfaringer og oplysninger end dem, der er afgivet af klageren selv i BAFO-tilbuddet og under forhandlingerne. Det er imidlertid ikke oplyst, hvilke data, erfaringer, informationer m.v. der er anvendt, eller hvorfra disse er indhentet. Dette indikerer en tilsvarende utilladelig vilkårlighed i evalueringen.

Det er uberettiget, at indklagede har lagt til grund, at der ikke er mulighed – eller kun begrænset mulighed – for et fælles konfigurationssystem med MoD UK. Klageren har tilbudt et sådant fælles konfigurationssystem og har også – hvis indklagede i stedet måtte ønske det – tilbudt et konfigurations-

system specielt til indklagede. Det er uberettiget, at indklagede har tilsidesat oplysningen om et fælles konfigurationssystem med MoD UK. Forskelsbehandlingen mellem tilbudsgiverne understreges af den omstændighed, at indklagede derimod har tillagt muligheden for et konfigurationsfællesskab med andre brugere af positiv betydning i relation til US Navys »Seahawk«.

Det er også uberettiget, at indklagede har tillagt 27 mio. kr. på sustainment-kontrakten. Hvis tilbuddet blev anset for uforholdsmæssigt lavt, kunne indklagede have foreholdt klageren dette.

Tilsvarende er det uberettiget, at indklagede har tillagt 33 mio. kr. vedrørende risiko ved de danske tilvalg. Det uberettigede heri illustreres af, at der tilsyneladende ikke er foretaget tilsvarende tillæg vedrørende risiko i relation til danske tilvalg for US Navys vedkommende eller i det hele taget indtaget en risiko herfor i vurderingen af US Navys tilbud.

Skalering

Det er ikke nogetsteds i det evalueringsmateriale, som klageren og klagenævnet har modtaget, nærmere beskrevet, hvordan den skalering, som omtales i »Oplæg til typevalg skibsbaseret helikopter«, side 7, og i »Baggrundsnotat, Typevalg AW159, JUSTERET AMBITIONSNIVEAU, 7 stel/2800 FH, anskaffelses- og driftsomkostninger«, side 3, er foretaget, og hvordan baggrundsnotatet er anvendt. Dette forhold og det, som anføres på de nævnte sider, illustrerer også den manglende gennemsigtighed i den gennemførte evalueringsproces.

PBL-løsning

Indklagede har ikke overholdt sine forpligtelser i henhold til traktaten til at sikre, at konkurrencen mellem tilbudsgiverne foregik på ensartede vilkår. Indklagede har således overfor klageren stillet et obligatorisk krav om indlevering af tilbud på en PBL-løsning, jf. herved de fremlagte referater af forhandlingsmøderne. Kravet om indlevering af tilbud med en PBL-løsning betød, at klageren i sit tilbud skulle afgive fast pris på de totale omkostninger for de leverede helikoptere i relation til købet og efterfølgende operationelle omkostninger til vedligeholdelse i hele kontraktens løbetid. Klageren har respekteret dette krav ved at tilbyde en PBL-løsning for operationelle omkostninger i en periode på 10 år. Fra US Navy har indklagede derimod

modtaget og accepteret et FMS-tilbud. Et sådant tilbud indeholder ikke garantier for supportomkostningerne eller nogen fast pris herfor, idet priserne udvikler sig i henhold til de priser, den amerikanske stat skal betale hos sine leverandører. Indklagede har således ikke i forhold til US Navy stillet samme obligatoriske krav om afgivelse af tilbud baseret på en PBL-løsning med fast pris for levering og vedligeholdelse af de maritime helikoptere. Derved har indklagede tilsidesat ligebehandlingsprincippet. Indklagede har ikke givet klageren mulighed for at indlevere et alternativt tilbud på samme vilkår som US Navy. Den pågældende tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet vedrører endvidere et også ifølge konkurrencedokumenterne helt centralt punkt – tilbudsgivernes beregning og garanti for omkostningerne ved den kommende kontrakt/de operationelle omkostninger.

Ifølge klagerens beregninger på grundlag af US Navys »Selected Acquisition Report« af 31. december 2011 har indklagede ved at acceptere tilbuddet fra US Navy valgt en løsning, hvor driftsudgifterne pr. helikopter pr. år er på 38 mio. kr. i 2012-priser (i rapportens 2006-tal 32 mio. kr. pr. år bestående af manpower 11 mio. kr., unit operations 1,2 mio. kr., vedligeholdelse 13,8 mio. kr., support 513.000 kr., vedvarende forbedringer 1,3 mio. kr. og indirekte support 4,3 mio. kr.). Der er dermed i en 30-års periode en udgift pr. helikopter på 1,4 mia. kr. eller i alt 10,26 milliarder kr. for de 9 helikoptere. Dette tal er endog konservativt beregnet henset til, at flyveraten for US Navy er 3.177 flyvetimer, og indklagede krævede et gennemsnit på 3.400 flyvetimer, hvilket må antages at forøge omkostningerne med 10 %.

Heroverfor står, at klageren overfor indklagede estimerede et samlet beløb til ejerskab og drift af helikopterne over en periode på 33 år på for de første 10 år 890 mio. kr. og i alt for 33 år 4,4 mia. kr. (afrundet til 4 mia. kr. for en periode på 30 år). Indklagedes beregninger godtgør ikke, at indklagede har taget behørigt højde for den meget store prisforskel mellem de to tilbud.

Når indklagede nu gør gældende, at livstidsomkostningerne til henholdsvis klagerens og US Navys helikopter over en 30-årig periode er stort set ens, stemmer det ikke med indklagedes oplysning under mødet den 28. november 2012, hvor indklagede oplyste, at klageren havde tilbudt en dyrere supportløsning end US Navy.

Der er tale om en grov tilsidesættelse af det grundlæggende EU-retlige ligebehandlingsprincip, og det er ikke påvist, at Danmarks væsentlige sikker-

hedsinteresser krævede, at indklagede på denne måde tilsidesatte ligebehandlingsprincippet.

Hertil kommer, at indklagede ikke har taget højde for forskellene mellem klagerens PBL-løsning og US Navys konventionelle supportløsning ved evalueringen af tilbuddene.

Dette gælder følgende forhold:

- De væsentligt forøgede omkostninger til udførelse af bygge-/anlægsarbejder til *nye bygninger og faciliteter på Flyvestation Karup* for at kunne opbevare og servicere de valgte »Seahawk-helikoptere«.
- »Seahawk«-helikopterens konfiguration er ændret i et sådant omfang i relation til »*Harpoon and Deck Lock*« (fastgørelsessystem) med henblik på tilpasning til indklagedes behov, at dette burde have været anset for en særlig projektrisiko ved denne helikopter. Klagerens helikopter har derimod et gennemprøvet »*Harpoon and Deck Lock*«-system, som allerede anvendes på de eksisterende Lynx-helikoptere. Indklagede burde have tillagt dette negativ betydning ved vurderingen af »Seahawk«-helikopteren.
- US Navys mulighed for *køb af de nuværende Lynx-helikoptere*, hvor klageren, jf. det fremlagte uddrag af udkast til købekontrakt, ikke fik mulighed for at genkøbe Lynx-helikopterne som en del af sit tilbud. Desuden kompenserer indklagedes prissætning af komponenter fra Lynx-helikopterne ikke for den skete forskelsbehandling.
- Den *udskudte leveringstid* for helikopterne fra US Navy set i forhold til klagerens »Wildcat«.
- Udførelse af *vedligeholdelsesarbejder under VN1* – der er alene demonstreret tillæg for udførelse af arbejder under VN2 i relation til tilbuddet fra US Navy.
- Risikoen for »*obsolescence*« ved levering af US Navys helikoptere og herunder risikoen for udfasning midt i kontraktperioden.

Også disse eksempler viser, hvordan indklagede har forskelsbehandlet de to tilbudsgivere på en måde, som strider mod det grundlæggende EU-retlige ligebehandlingsprincip.

Indklagede har gjort gældende, at EU-Domstolens domme af 15. december 2009 ikke indebærer, at der i tilfælde, hvor betingelserne i artikel 346 er opfyldt, gælder en yderligere selvstændig pligt for ordregiver til at bevise, at ordregiver ikke i forbindelse med anskaffelsen har kunnet overholde de almindelige traktatretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Den tredje betingelse i artikel 346, stk. 1, litra b, er endvidere et i bestemmelsen iboende proportionalitetsprincip, som kan udledes af bestemmelsens krav om nødvendighed. Med andre ord kan en medlemsstat ikke blot ved (berettiget) at påberåbe sig »væsentlige sikkerhedsinteresser« gå længere i relation til f.eks. at undlade nationalitetsdiskrimination, ligebehandling og gennemsigtighed, end den konkrete sag fordrer. De afsagte domme af 15. december 2009 ligger helt på linje med såvel bestemmelsens ordlyd som alle øvrige afgørelser, der angår TEUF artikel 346, herunder klagenævnets kendelse af 16. februar 2009. Dommene tilføjer derfor på dette punkt intet nyt til forståelsen af bestemmelsens individuelle betingelser eller bestemmelsens generelle anvendelsesområde. I denne sag har det af de grunde, som er nævnt ad påstand 1-4, været »nødvendigt« at fravige almindelige traktatretlige principper i forbindelse med anskaffelsen af nye skibsbaserede helikoptere. Herunder har det eksempelvis været nødvendigt at fravige et almindeligt ligebehandlingsprincip, idet ufravigelig amerikansk lovgivning kræver, at anskaffelsen af amerikansk militærteknologi af en vis kvalificeret art kun kan finde sted ved salg på Government-to-Government basis og på vilkår, som dikteres af amerikansk lovgivning, mens anskaffelse fra ikke-amerikanske producenter kan ske på almindelige aftalevilkår. Vilkårene for en handel kunne derfor ikke i alle detaljer være ens for tilbudsgiverne. Af hensyn til Danmarks militære slagkraft og styrkernes sikkerhed via fælles udnyttelse af ressourcer i internationale operationer har indklagede endvidere stillet krav om indgåelsen af en parallel aftale på regeringsniveau med en eller flere andre NATO-nationer om træning, uddannelse, udvikling og mulighed for gensidig udnyttelse af reservedele m.v. Desuden har indklagede stillet et sagligt begrundet krav om forudgående levering til andre NATO-lande (visse EU-lande er ikke NATO-lande) af den tilbudte helikoptertype. Det har også været nødvendigt at fravige et almindeligt princip om gennemsigtighed i offentlige anskaffelsesprocedurer, idet der dels skulle tages hensyn til indklagedes behov for hemmeligholdelse af klassificerede oplysning-

ger og dels skulle tages hensyn til udviklingen i den udenrigs- og sikkerhedspolitiske situation undervejs i anskaffelsesprocessen, hvortil kommer det særlige hensyn i denne sag til fremmede magters krav på hemmeligholdelse af visse løsninger og produktoplysninger.

Der er intet grundlag for at tilsidesætte det skøn, som indklagede har foretaget i forbindelse med evalueringen, herunder den vægtning, indklagede har tillagt de seks hovedkriterier.

Det bemærkes herved, at det fremgår allerede af punkt 1.1 i RFI, at der ville blive lagt stor vægt på, at der var tale om en færdigudviklet helikopter, som var i brug (»en hyldevare«). Der er derfor intet overraskende i, at indklagede, jf. notatet om typevalg, har ladet den bedre bedømmelse på fremtidssikring og projektrisiko, som US Navys »Seahawk«, der var en kandidat, som var i brug og havde et stort antal flyvetimer, modtog, vægte tungere end den lavere anskaffelsespris, der var ved klagerens »Wildcat«, som endnu ikke var taget i brug i den skibsbaserede version.

Det bemærkes endvidere, at indklagede ved at lade vurderingen på hovedkriterierne fremtidssikring, projektrisiko og anskaffelsespris være udslagsgivende har favoriseret klageren, idet US Navys tilbud vurderet på kriterierne missionseffektivitet og drift var noget bedre end klagerens tilbud (0,15 point/0,6 mia. kr.), og klagerens tilbud kun var marginalt bedre på kriteriet overlevelsesevne (0,02 point).

Indklagede har til yderligere bestyrkelse heraf foretaget en kontrolberegning med henblik på at teste, om resultatet var faldet ud på samme måde i tilfælde af en ligelig vægtning af de seks overordnede kriterier.

Da der ikke forelå en talkarakter for de to økonomiske kriterier (anskaffelsespris og driftsomkostninger), anvendtes følgende omregningsmodel, som følger indklagedes standardvejledning:

- »
- Den laveste anskaffelsespris/de laveste driftsomkostninger tildeles karakteren 5, og der indsættes en »smertegrænse» på 50 % over den laveste pris. Overstiger prisen denne grænse, tildeles karakteren 1.
- Den anden (dyreste) kandidat indrangeres derefter lineært på skalaen.

Anskaffelsesprisen for "Seahawk'en" og "Wildcat'en" var beregnet til henholdsvis 4,11 og 2,91 mia. DKK (Bilag 30, side 27). Ovenstående omregningsmodel medførte, at de to kandidater blev tildelt en karakter på henholdsvis 1,70 og 5,00 på dette kriterium.

Driftsomkostningerne for "Seahawk'en" og "Wildcat'en" var beregnet til henholdsvis 9,25 og 9,85 mia. DKK (Bilag 30, side 27). Ovenstående omregningsmodel medførte, at de to kandidater blev tildelt en karakter på henholdsvis 5,00 og 4,48 på dette kriterium.

På dette grundlag kunne kandidaternes samlede score beregnes således:

	Overlevel- sesevne	Missions- effektivitet	Fremtids- sikring	Projekt- risiko	Anskaffel- sespris	Drifts- omkost- ninger	Sum
Seahawk	3,39	3,72	4,36	4,03	1,70	5,00	22,20
Wildcat	3,41	3,57	3,21	2,06	5,00	4,48	21,73

«

Kontrolberegningen viser således, at det ikke ville have medført et andet resultat, såfremt indklagede ved den endelige evaluering havde foretaget en lige vægtning af de overordnede evalueringskriterier.

Den beregning, klageren under mødet har påberåbt sig, hvorefter klageren i stedet alene foretager en gennemsnitsberegning på kriterierne fremtidssikring, projektrisiko og anskaffelsespris – og således fuldstændig bortser fra den favorisering, som indklagede har foretaget af klageren ved i notatet om typevalg at undlade at tillægge den noget bedre bedømmelse US Navy fik på kriterierne driftsomkostninger og missionseffektivitet betydning – er selvsagt konstrueret til lejligheden og kan ikke lægges til grund.

For så vidt angår klagerens først under mødet i klagenævnet fremsatte synspunkt om ikke at have fået aktindsigt i tidligere versioner af evalueringsnotaterne bemærkes, at klageren ikke på noget tidligere tidspunkt har anmodet herom. Selvom der er tale om interne dokumenter, som indklagede som udgangspunkt ikke har nogen forpligtelse til at udlevere, har indklagede absolut intet at skjule, så hvis klageren rettidigt havde anmodet herom, kunne klageren have fået dokumenterne udleveret i en tidligere version, som var ekstraheret på samme måde som de endelige versioner. Dette ville vise, at

heller ikke dette forsøg fra klagerens side på at mystificere forløbet har noget på sig.

For så vidt angår klagerens specifikke indsigelser har indklagede anført følgende:

Antal crashworthy sæder

Det er korrekt, at indklagede lagde vægt på antallet af crashworthy sæder og har tilkendegivet, at dette havde betydning. Det fremgår herved udtrykkeligt af punkt 5.2.2.1 i bilag 17 til RFP del 2, at sikkerhed var et væsentligt parameter. At indklagede også lagde vægt på antallet af personer, der kunne transporteres, fremgår af de missionsprofiler, som tilbudsgiverne skulle udfylde. Der er intet grundlag for, at indklagede har lagt vægt på for klageren ukendte forhold eller i øvrigt har handlet usagligt ved den foretagne vurdering.

Evalueringskriteriet »Mission Effectiveness« og de fremsendte templates til performanceberegninger

Løfteevne og rækkevidde er helt centrale egenskaber ved en helikopter – og særligt en skibsbaseret helikopter. Det fremgår desuden af angivelsen i RFI af evalueringskriteriet »Mission Effectiveness« og de fremsendte templates til performanceberegninger, at disse egenskaber indgik i evalueringen. For så vidt angår rækkevidde fremgår det udtrykkeligt af Appendix 2 til RFP, at rækkevidde var en »major factor« i evalueringen. Indklagede har anvendt de oplysninger om rækkevidde og løfteevne, som klageren har givet i sine performanceberegninger, som viste en ringere kapacitet end »Seahawk's« rækkevidde på 300 km og løfteevne på ca. 2.800 kg., og har således ikke handlet i strid med et ligebehandlingsprincip. Missionsprofilerne indeholder – for at sikre en ensartet vurdering – ens forudsætninger. Den nye beregning (graf), som klageren har fremlagt, viser rækkevidden under en anden missionsprofil, INTOPS Picture Compilation Mission, hvor der kun er to personer om bord (og dermed i klagerens helikopter plads til auxiliary fuel tank), hvorimod der i NATOPS – eftersøgninger og redningsaktioner-profilen forudsættes at være 8 personer om bord.

For så vidt angår auxiliary fuel tank kan den nuværende Lynx-helikopter – som de tilbudte helikoptere ifølge bilag 17 om evalueringsmodel skulle eva-

lueres op i mod – og »Seahawk'en« i modsætning til klagerens »Wildcat« have mere end fire personer fastspændt samtidig med, at der anvendes auxiliary fuel tank. »Wildcat'en« var således dårligere på dette punkt end forswarets nuværende maritime helikopter og US Navys »Seahawk«. Dertil kommer, at selv uden montering af auxiliary fuel tank og med mere end fire personer fastspændt har »Seahawk'en« en større rækkevidde end »Wildcat'en«. Den forskellige vurdering, som kommer til udtryk i de af klageren påberåbte passager i »Oplæg til typevalg skibsbaseret helikopter«, er derfor objektivt begrundet.

Projektrisici

Som det fremgår af punkt 3.2 i »Baggrundsnotat AW159 WILDCAT, Projektrisiko« har indklagede hver gang, der er identificeret en risiko vedrørende én kandidat, oprettet en tilsvarende risiko vedrørende den anden kandidat for at sikre ligebehandling. Det fremgår tydeligt af punkt 3.2 i dette notat og i »Baggrundsnotat Typevalg, AW159 WILDCAT, Driftsomkostninger«, hvorfra oplysninger til identifikation og behandling af risici er indhentet. Det forhold, at der ikke i samme afsnit er redegjort for, hvilke konkrete faktorer der er inddraget ved evalueringen af projektrisici, kan ikke tages til indtægt for, at der har hersket vilkårlighed på dette punkt.

Som det fremgår af bilag 17 til RFP om evalueringsmodellen, side 19-20, var risikovurdering et for tilbudsgiverne kendt parameter ved evalueringen. Der er intet grundlag for en antagelse om, at vurderingen af dette element har været vilkårlig. Indklagede har – på baggrund af sine erfaringer med ikke-fastvingede fly generelt og kendskab til markedet – som enhver anden kunde forsøgt at opnå det bedst mulige indblik i de forskellige kandidaters styrker/svagheder. Konkret har indklagede endda valgt løbende at lade leverandørerne få indblik i de foreløbige vurderinger heraf, som man agtede at gå videre med, igennem fremsendelsen af risikologgen samt drøftelserne på forhandlingsmøderne, jf. herved det fremlagte risikoregister og klagerens diaspræsentationer med kommentarer hertil. I mange tilfælde førte indblikket til kommentarer, som indebar ændring af de ellers foretagne risikovurderinger. Der er dermed intet grundlag for klagerens indsigelser om manglende gennemsigtighed m.v.

For så vidt angår vibrationsskader er det en risiko, der er erkendt af klageren, jf. dennes diaspræsentationer. Der er herunder ikke grundlag for at til-

sidesætte indklagedes skøn vedrørende eksistensen og betydningen af denne risiko.

Det samme gælder datakvalitet, hvor indklagede berettiget har inddraget tidligere erfaringer med klageren, som var af konkret relevans ved vurderingen af datakvalitet i den tilbudte løsning.

Klageren har ligeledes været bekendt med, at indklagede inddrog oplysninger vedrørende driften af den tidligere anskaffede EH101-helikopter. Indklagede fastholder, at det ved vurderingen af robustheden af klagerens PBL-løsning var relevant at inddrage erfaringerne fra denne anskaffelse. Der henvises til klagerens brev af 16. oktober 2012 til forsvarschef Peter Bartram. Indklagedes erfaring med klageren er i øvrigt kun inddraget i det omfang, dette har konkret betydning ved vurderingen af i øvrigt identificerede risici ved den helikopter, som konkret tilbydes.

For så vidt angår »Taxes« er denne risiko nulstillet i bilag 2 til baggrundsnottet om projektrisiko, og der er heller ikke anført et beløb til dækning heraf i forbindelse med evalueringen af driftsomkostninger. Risikoen er således ikke tillagt betydning ved evalueringen.

Med hensyn til test/design synkronisering er risikovurderingen af skiftet fra en levering fra en underleverandør til egenproduktion berettiget. Risikoen er da også markeret med rødt i klagerens egen diaspræsentationer af april og juni 2012.

Risikoen ved DeMars har været opført i risikoregisteret, og klageren er blevet gjort bekendt med denne risiko, som det fastholdes, at det har været relevant at tillægge betydning.

Risikoen for manglende reservedele har ligeledes været en reel risiko, og der er intet grundlag for at tilsidesætte indklagedes vurdering herom. Som brevet til forsvarschefen viser, har dette også været et problem i relation til de tidligere leverede EH101-helikoptere. Hertil kommer, at »Wildcat'en« bliver produceret i et begrænset antal eksemplarer, hvorimod »Seahawk'en« masseproduceres og er blevet det i en årrække.

Helikopter i operativ tjeneste

Klageren forveksler tydeligvis aktiv operativ tjeneste, som var det, som indklagede efterspurgte og lagde vægt på, med levering af helikopteren. Af klagerens eget BAFO-tilbud samt pressemeddelelsen af 11. juli 2012 fra MoD UK fremgår, at klagerens »Wildcat« ikke var i operativ tjeneste på det tidspunkt, hvor tilbuddene blev evalueret. Det ville den først komme i 2015. Der var, så vidt indklagede ved, end ikke leveret én maritim helikopter til MoD UK på tidspunktet for tilbudsevaluering, jf. i så henseende både BAFO-tilbuddet og pressemeddelelsen. At klageren skulle levere yderligere 50 helikoptere harmonerer med det oplyste i pressemeddelelsen, men indebærer ikke, at helikopteren var i aktiv tjeneste på evalueringstidspunktet. Den efterfølgende ordre i 2013 til det sydkoreanske forsvar har selvsagt ikke betydning for evalueringen i 2012.

Når klageren anfører, at der var leveret 12 helikoptere til MoD UK er det ikke uoverensstemmende med det, som indklagede anførte i svarskriftet om, at klageren havde leveret 10 stk. Leveringen sker således løbende, så om det ene eller andet antal passer, afhænger af skæringstidspunktet. Tilsvarende passer indklagedes angivelse i svarskriftet af, at klagerens helikopter havde fløjet ca. 1.000 timer med klagerens egen oplysning om 1.200 flyvetimer. Ca. angivelsen af antallet af flyvetimer blev i øvrigt blot anført for at vise forskellen til »Seahawk'ens« mere end 100.000 flyvetimer.

Om det, som klageren har anført om, at den tilbudte helikopter har samme maskine, gearkasse og rotorkonfiguration som klagerens »Super Lynx«-helikopter, og at alle væsentlige komponenter i »Wildcat«-helikopteren således i meget væsentligt omfang har været i aktiv tjeneste, bemærkes, at gearkassen vil skulle modificeres, da »Wildcat'en« har kraftigere motor end Lynx-helikopteren. Det er også kun rotorblade, der er ens, hvorimod selve hovedrotoren skal modificeres. Under alle omstændigheder kan det forhold, at visse dele af »Wildcat« er de samme som i Lynx-helikopteren ikke føre til, at helikopteren, som klageren selv præsenterer som en ny (og bedre) helikopter, og som udgør en samlet helhed af forskellige komponenter, skal anses for at have været i aktiv tjeneste.

Tilsidesættelse af oplysninger i klagerens BAFO-tilbud/anvendelse af andre oplysninger

Som det fremgår af de oplysninger, indklagede har givet vedrørende dette klagepunkt, er forholdet for det første, at indklagede har givet klageren adgang til at rette tilsyneladende fejlagtige oplysninger, som indklagede var blevet opmærksom på i klagerens BAFO-tilbud, blandt andet i relation til flyvetimer. Indklagede har herefter lagt de af klageren selv rettede oplysninger til grund.

Herudover har indklagede på et enkelt punkt tilsidesat oplysninger i klagerens tilbud, nemlig i relation til prisen for optionen »obsolescence«. Som oplyst var forholdet imidlertid, at klageren havde angivet, at det ville være billigere for indklagede selv at håndtere »obsolescence«. Af denne grund indsatte indklagede et langt lavere beløb end klagerens pris for »obsolescence«-optionen i LCC-beregningerne.

Der er således ikke tale om, at der er foretaget vilkårlige eller diskriminerende rettelser i forhold til klageren. Tværtimod har indklagede hjulpet klageren til en langt bedre position i evalueringsprocessen, end hvis indklagede blot – som indklagede havde været forpligtet til i et almindeligt udbud og berettiget til i den gennemførte konkurrence – havde lagt erkendte fejlagtige og uhensigtsmæssige prisoplysninger til grund.

Vedrørende spørgsmålet om inddragelse af andre oplysninger end dem, der er indeholdt i klagerens BAFO-tilbud, henvises i øvrigt til det, som er anført vedrørende projektrisici. Som her angivet har indklagede inddraget relevante risici og har forelagt disse for klageren til kommentering i en transparent proces.

For så vidt angår klagerens indsigelse vedrørende bedømmelsen af muligheden for konfigurationsfællesskab er der med rette foretaget en forskellig vurdering af klagerens og US Navys tilbud. At klageren er uenig i indklagedes vurdering heraf indebærer ikke, at vurderingen er forkert.

Tillægget på 27 mio. kr. vedrørende risiko i relation til sustainment-kontrakten (risikoen forbundet med »open book accounting«) og tillægget på 33 mio. kr. vedrørende risiko ved de danske tilvalg er fuldt ud berettigede. Der er ikke foretaget tilsvarende risikotillæg vedrørende US Navys

»Seahawk«, idet de pågældende risici er unikke for »Wildcat'en«. Til gengæld er der vedrørende »Seahawk'en« tillagt andre omkostninger, som ikke er tillagt i vurderingen af »Wildcat'en«. Det gælder f.eks. risikoen »Warranty defects«. Det bemærkes i øvrigt, at betydningen af tillæggene på i alt 60 mio. kr. er forsvindende lille. Den svarer således til 0,6 % af »Wildcat'ens« samlede beregnede driftsomkostninger på ca. 9,85 mia. kr. Hertil kommer, at US Navys bedre resultat på driftsomkostninger, jf. det overordnede notat om typevalg, ikke blev tillagt betydning ved det endelige valg, idet det endelige valg skete på grundlag af de tre kriterier projektrisiko, fremtidssikring og anskaffelsespris.

Skalering

Indklagede har den 5. juli 2012 orienteret klageren om den mulige reduktion i indkøbet og om, hvordan indklagede i givet fald ville gribe dette an evalueringsteknisk (»nedskaleringen«). Indklagede anmodede samtidig om bemærkninger til den metode, indklagede foreløbigt angav at have tænkt sig at anvende. Klageren har herefter både på mødet den 28. september 2012 og skriftligt, jf. klagerens brev af 3. oktober 2012, haft mulighed for at komme med bemærkninger hertil. Det må således lægges til grund, at skaleringen er sket i en fuldstændig åben og transparent proces.

Formålet med den bemærkning i »Oplæg til typevalg skibsbaseret helikopter«, som klageren har påberåbt sig, var at gøre oplæggets adressater opmærksomme på, at der evalueringsmæssigt ikke nødvendigvis blot kunne »justeres ned« som led i en skalering (ved eksempelvis blot at gange den tilbudte pris med 7/9), idet nedskaleringen var mere kompleks.

Skaleringsovervejelserne fik i øvrigt ingen praktisk betydning, idet man ved de politiske forhandlinger, der resulterede i forsvarsforliget for 2013-2017, besluttede at holde fast i det oprindelige ambitionsniveau og anskaffe ni helikoptere.

PBL-løsning

Det fremgår utvetydigt af RFP del 1, punkt 6.2.1, at der ikke stilles et obligatorisk krav om en PBL-løsning. Det var klagerens valg at tilbyde en sådan løsning – hvilket er grunden til, at forhandlingerne med klageren drejede sig om en sådan løsning. Der henvises til klagerens RFP-svar af januar

2011, side 3, samt referat af forhandlingsmøde den 29. februar 2012 og brevet af 16. oktober 2012 til forsvarschef Peter Bartram.

Indklagede er ikke uenig med klageren i, at der er en række forskelle mellem en PBL-løsning og den konventionelle supportløsning, som US Navy tilbød. Forholdet er blot, at indklagede har taget højde herfor ved evalueringen af tilbuddene, jf. LCC-beregningerne i baggrundsnotaterne om driftsomkostninger og anskaffelsespris.

Indklagede har i LCC-beregningerne taget behørigt hensyn til de samlede livstidsomkostninger forbundet med anskaffelse, drift og vedligeholdelse af henholdsvis klagerens »Wildcat« og US Navys »Seahawk«, herunder f.eks. »obsolescence«, forsvarets eget personel, brændstof og fremtidige opdateringer, som ikke indgik i klagerens tilbud om en PBL-løsning til 890 mio. kr. På grundlag af beregningerne er konklusionen, at der ikke var signifikant forskel på livstidsomkostningerne ved de to helikoptere over en 30-årig periode. Der er ingen modstrid imellem denne konklusion og det, som indklagede oplyste under mødet den 28. november 2012, om, at klageren havde tilbudt en dyrere supportløsning end US Navy. Når klageren hævder, at der er en sådan modstrid, må det skyldes, at klageren ikke er opmærksom på, at anskaffelsesprisen også indgår i LCC-beregningerne.

Klagerens beregning af påståede besparelser ved at acceptere klagerens tilbud i stedet for US Navys er grundlæggende forkert, allerede fordi klageren sammenligner omkostningerne ved klagerens PBL-løsning med US Navys samlede omkostninger til at operere »Seahawk'en«, herunder udgifter til løn til besætningerne, brændstof, opdateringer m.v., som ikke er indeholdt i klagerens PBL-tilbud. Herudover har US Navy anderledes udgifter end det danske forsvar, f.eks.. US Navy har herunder meget store udgifter til vedligeholdelsestunge antiubåds-systemer til »Seahawk'en« (alene anskaffelsen pr. stk. koster et tocifret millionbeløb), som ikke er indeholdt i den danske anskaffelse. Urigtigheden af klagerens opgørelse illustreres allerede af det forhold, at, hvis den var rigtig, ville det betyde, at indklagede skulle afsætte yderligere 400 mio. kr. om året til drift af »Seahawk'en«.

Der er i baggrundsnotatet vedrørende anskaffelsespris for »Seahawk'en« afsat meget betydelige beløb til udførelse af bygge- og anlægsarbejder på *Flyvestation Karup til brug for »Seahawk«-helikopteren* (og på Færøerne samt skibene). Beløbene er betydeligt større end de beløb, der er afsat i

baggrundsnotatet vedrørende anskaffelsespris for »Wildcat'en«. Der er derfor intet grundlag for klagerens anbringende om forskelsbehandling på dette punkt.

Med hensyn til »*Harpoon and Deck Lock*« er »Wildcat'en« udstyret med et velafprøvet system, som også sidder på de nuværende Lynx-helikoptere. Der er derfor ikke oprettet en risiko vedrørende dette punkt i baggrundsnotatet om projektrisiko vedrørende »Wildcat'en«. »Seahawk'en« er som et standardsystem udstyret med et andet fastgørelsessystem (RAST) end det, der anvendes på Søværnets skibe. Der blev derfor fra indklagedes side stillet krav om, at helikopteren skulle forsynes med et »Harpoon and Deck Lock«-system. Da dette er et nyt system på helikopteren, er der, jf. baggrundsnotatet om projektrisiko vedrørende »Seahawk'en«, oprettet en risiko vedrørende denne ændring, ligesom der i LCC-beregningerne er afsat midler til denne risiko, jf. baggrundsnotatet om anskaffelsesomkostninger til »Seahawk'en«. Heller ikke her er der således sket forskelsbehandling.

Indklagede har ikke »nægtet« klageren adgang til at *genkøbe Lynx-helikopterne*. Som det fremgår af RFP punkt 5.1.5 var det frivilligt, om tilbudsgiverne ønskede at give tilbud på køb af Lynx-helikopterne. Det er korrekt, at genkøb ikke indgik i det kontraktudkast, som udgjorde grundlaget for forhandlingerne med klageren, men det skyldes netop, at klageren ikke under forhandlingsforløbet forfulgte denne mulighed. Når indklagede ikke af egen drift forfulgte spørgsmålet under de i forvejen komplicerede forhandlinger, skyldtes det, at indklagede ikke havde et fuldstændigt billede over Lynx-helikopternes stand på forhandlingstidspunktet og under alle omstændigheder ikke kunne vide, hvordan standen ville være i 2017, hvor overdragelsen ville skulle ske. Indklagede har i øvrigt godskrevet klageren 100 mio. kr. som følge af de besparelser, indklagede ville kunne opnå ved at benytte reservedele fra Lynx-helikopterne, og har ikke godskrevet US Navy (på hvis helikoptere reservedelene fra Lynx-helikopterne selvsagt ikke kan bruges) et tilsvarende beløb. Der er intet grundlag for, at værdien skulle være større end de 100 mio. kr.

Der er heller intet grundlag for synspunktet om en *udskudt leveringstid* for helikopterne fra US Navy set i forhold til klagerens »Wildcat«. Forholdet er, at leveringstiden for begge tilbudsgiveres vedkommende blev noget forskudt set i forhold til den levering i begyndelsen af 2015, som var angivet i RFP del 1, punkt 5.1.3. Angivelsen af leveringstidspunkt i bestemmelsen

var ikke et minimumskrav, hvilket fremgår allerede af det forhold, at ingen af de to tilbud, jf. det anførte om tidspunkt for de første leveringer i typevalgsnotater, var baseret på en levering i begyndelsen af 2015. US Navy havde i øvrigt tilbudt levering af to eksemplarer af »Seahawk'en« ultimo 2014, men det ønskede indklagede, som ikke var klar til at modtage helikopterne på dette tidspunkt, ikke.

For så vidt angår udførelse af *vedligeholdelsesarbejder under VN1* er omkostninger hertil medtaget i baggrundsnotatet om driftsomkostninger vedrørende »Seahawk'en«, jf. punkt 4.2, side 11. Desuden er der medtaget omkostninger til »operativ drift« i punkt 4.1, side 10. For begge posters vedkommende er de afsatte beløb større end de beløb, der er afsat for klagerens vedkommende. Heller ikke på dette punkt er der således sket den påståede forskelsbehandling.

Risikoen for »*obsolescence*« ved levering af US Navys helikoptere er taget i betragtning ved vurderingen af dette tilbud, jf. blandt andet baggrundsnotatet om driftsomkostninger side 12, tabel 5, hvor der er afsat omkostninger til dækning af risici, som vedrører obsolescence. Der er intet faktisk grundlag for klagerens påstand om, at US Navy vil udfase »Seahawk'en« midt i kontraktperioden.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke har været berettiget til at tildele og indgå kontrakt med US Navy, idet indklagede uberettiget og groft har tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Der er tale om en så kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne, at den bør føre til annullation af indklagedes tildelingsbeslutning.

Indklagede har gjort gældende, at da der ikke er noget grundlag for påstand 5 og 6, skal påstanden ikke tages til følge. Uanset om påstandene måtte blive taget til følge, indebærer klagerens passivitet, at der ikke bør ske annullation.

Ad passivitet

Klageren har bestridt, at der er udvist retsfortabende passivitet og har bemærket, at dansk rets betingelser herfor er særdeles strenge. Dette gælder

også i praksis fra klagenævnet, jf. kendelse af 1. oktober 2009, Cimber Air A/S mod Forsvarskommandoen.

Hertil kommer, at de tilsidesættelser af gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i forbindelse med den af indklagede foretagne evaluering og kontrakttildeling, som påstand 5 og 6 vedrører, ikke var kendt for klageren før kort før klagens indgivelse. Det var således først på det tidspunkt, hvor klageren på mødet den 28. november 2012 fik kendskab til indklagedes evaluering, at klageren blev klar over, at processen efter TEUF artikel 346 var sket på en måde, som stred mod ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Først under mødet og under den efterfølgende procedure for klagenævnet er klageren blevet bekendt med de kriterier og den relative vægtning heraf, som blev anvendt af indklagede under evalueringen. De nu modtagne oplysninger viser, at evalueringen er sket på en måde, som strider mod det, som indklagede har oplyst i RFI og RFP og under mødet med klageren.

Selv hvis klagenævnet måtte finde, at klageren har udvist en vis passivitet, er den periode, hvori klageren har været passiv, i øvrigt ikke tilstrækkelig lang til, at det kan føre til fortabelse af klagerens rettigheder.

I øvrigt indebærer eventuel passivitet, hvis anbringendet følges, ikke, at der skal ske afvisning, men at klagen ikke skal tages til følge.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens eventuelle indsigelser er fortabt som følge af passivitet, hvilket også indebærer, at klagen ikke skal tages til følge. Grundlaget for klagen – at anskaffelsen af helikopterne skete i henhold til undtagelsesbestemmelsen i TEUF artikel 346 – har således været kendt for klageren i hele anskaffelsesforløbet. Det fremgår i den forbindelse udtrykkeligt af fremsendelsesbrevet til RFP del 2 samt kontraktudkastet, der blev udsendt til klageren den 25. februar 2011 som bilag til RFP part 2, at udbudsprocessen fandt sted i henhold til TEUF artikel 346. Klagerens indsigelser om først under mødet den 28. november 2012 og under klagesagen at have fået kendskab til, hvordan evalueringen ville ske, har heller intet grundlag i de faktiske forhold. Det fremgår således af RFP del 1 af 1. oktober 2010, punkt 7, »Weighting of the individual areas will not be made public to the SUPPLIER. The SUPPLIER must focus on proposing an overall ‘best value’ proposal with special emphasis on cost-effective solutions«. Desuden er der i RFP del 2 af 25. februar 2011, bilag 17, nøje rede-

gjort for, hvorledes evalueringen ville ske og herunder, at evalueringslisterne ville være interne dokumenter, og at den endelige vægtning af hovedområderne først ville ske i forbindelse med oplægget til typevalg. Det ligger således fast, at klageren i minimum 21 måneder har haft kendskab til de forhold, som klagen støttes på, uden at det på noget tidspunkt gav klageren anledning til at problematisere indklagedes fremgangsmåde. Først da klageren erfarede, at kontrakten var blevet tildelt til US Navy, fremkom klageren med sine indsigelser mod indklagedes anvendelse af TEUF 346. Klagerens betragtelige passivitet skal sammenholdes med, at der i perioden fra processen for anskaffelsen af skibsbaserede helikoptere blev indledt og frem til tildelingen har været gennemført en særdeles omfattende og kostbar udbudsproces. Der er blandt andet udarbejdet et samlet konkurrencegrundlag på omkring 400 sider, gennemført omfattende forhandlinger over i alt 4½ måned, og der er foretaget gennemgang af indikative og endelige tilbud med et samlet omfang på flere tusinde sider. Indklagede har siden 2007 haft et dedikeret projektkontor til opgaven, som i de seneste par år har haft ca. 14 fuldtidsressourcer allokeret, hvortil kommer eksterne konsulenter m.v. Processen har selvsagt ikke kun været ressourcekrævende for indklagede, men også for de potentielle leverandører, der har deltaget.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1 og 2

EU-Domstolens praksis – begæringen om, at der stilles præjudicielle spørgsmål

EU-Domstolen har udtalt sig om fortolkningen af TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, i flere afgørelser.

Ifølge afgørelserne i sag 157/06, Kommissionen mod Italien, præmis 23, sag C-461/05, Kommissionen mod Danmark, præmis 52 og 55, og sag C-615/10, Insinööritoimisto, præmis 35, skal TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, fortolkes indskrænkende. Bevisbyrden for, at det er nødvendigt at undtage offentlige indkøb fra EU-udbud i henhold til udbudsdirektivet (nu eventuelt forsvars- og sikkerhedsdirektivet), påhviler den medlemsstat, som påberåber sig bestemmelsen.

I tilfælde, hvor indkøbet vedrører varer med dobbelt anvendelse, som både kan tjene militære og civile formål, skal varerne være bestemt til militære formål. I tilfælde, hvor varerne indkøbes til et sikkert civilt formål, medens det derimod er usikkert, om de skal anvendes til militære formål, eller et sådant formål kun er en eventualitet, skal indkøbet ske i henhold til procedurerne i udbudsdirektivet (nu eventuelt forsvars- og sikkerhedsdirektivet), jf. sag C-337/05, Kommissionen mod Italien, præmis 47-49, sag 157/06, Kommissionen mod Italien, præmis 26-28, og sag C-615/10, *Insinöörtoimisto*, præmis 39.

Af sidstnævnte dom følger herudover, jf. særligt sammenfatningen i præmis 46, at hvis en vare, der er bestemt specielt til militære formål, også har i det væsentlige tilsvarende civile anvendelsesmuligheder, kan indkøbet af varen kun undtages fra de almindelige udbudsprocedurer, hvis varen »i kraft af sine særlige kendetegn kan anses for særligt designet og udviklet, herunder som følge af væsentlige ændringer, til sådanne formål«. Den faktiske prøvelse af, hvilken karakter den pågældende vare har, foretages af den nationale ret.

Prøvelsen af, om varer indkøbes til et sikkert civilt formål, og en militær anvendelse kun er eventuel/usikker, er ligeledes et faktisk bevisspørgsmål, som EU-Domstolen ikke vil kunne besvare, såfremt dette spørgsmål måtte blive forelagt for Domstolen.

Herefter, og da klagenævnet finder, at den foreliggende praksis fra EU-Domstolen om anvendelse af TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, ikke giver anledning til en tvivl, som kan begrunde, at klagenævnet stiller præjudicielle spørgsmål, jf. TEUF artikel 267, stk. 2, tager klagenævnet ikke klagerens begæring herom til følge.

Karakter af våben, ammunition og krigsmateriel – det dobbelte formål – 1958-listen

Efter beskrivelserne i RFI fra 2007, i forsvarsforliget af 24. juni 2009 og i tilbudsgrundlaget i RFP 1 og 2 er de opgaver, som de skibsbaserede maritime helikoptere skal løse, dels nationale opgaver i form af territorialhåndhævelse i farvandene omkring Grønland og Færøerne (»NATOPS«), dels internationale opgaver (»INTOPS«), herunder opgaver som løses i samarbejde med andre NATO-lande og andre lande.

Både national territorialhåndhævelse og INTOPS-opgaverne er opgaver af sikkerhedspolitisk/militær karakter. Indkøbet af helikoptere til brug for disse opgaver må således anses for sket til et militært formål.

I tilknytning til NATOPS-opgaverne skal der ifølge opgavebeskrivelsen i RFI, forsvarsforliget af 24. juni 2009 og RFP, jf. også forsvarslovens § 7, tillige løses andre opgaver i form af bistand til fiskeriinspektion, SAR-opgaver samt støtte til lokalområderne i form af transport, varetransport, medicinforsyning og lignende.

Efter det oplyste skal civile SAR- og støtteopgaver samt bistand til fiskeriinspektion kun udføres i det omfang, hvor fartøjerne med skibsbaserede helikoptere som led i deres primære opgave med håndhævelse af dansk territorialhøjhed alligevel befinder sig i et farvand, hvor en SAR-/støtteopgave skal løses, eller der opstår et fiskerikontrolbehov. Ifølge indklagedes opgørelse af hidtidig fordeling af flyvetid med Lynx-helikoptererne og forventet fordeling med de nye helikoptere er omfanget af civile SAR-/støtte- (og fiskeriinspektions) opgaver af begrænset omfang set i forhold til det samlede antal forventelige flyvetimer på NATOPS-opgaver.

Navnlig opgaven vedrørende fiskeriinspektion befinder sig i et grænseområde mellem varetagelse af opgaver af sikkerhedspolitisk/forsvarsmæssig karakter i form af territorialhåndhævelse og nedkæmpelse af angreb på det danske territorium og opgaver af mere politi- og kontrolmæssig karakter. Brugen af helikoptererne til fiskeriinspektion må følgelig anses for delvist at opfylde et militært formål. De civile »SAR«-opgaver og anden støtte til lokalområderne i Grønland og på Færøerne er opgaver, som i princippet også kunne løses i rent civilt regi. Tilstedeværelsen af helikoptererne under udførelsen af de nævnte opgaver bidrager imidlertid til at opretholde den danske statsmagts tilstedeværelse i tyndt befolkede områder i Grønland og på Færøerne og må i den forstand anses for forbundet med det militære/sikkerhedspolitiske formål om at håndhæve dansk territorialhøjhed. Ressourcemæssige hensyn taler desuden for at lade de militære fartøjer og helikoptere udføre SAR- og støtteopgaver til lokalsamfundene, når de alligevel er i områderne, frem for at indkøbe både civile og militære fartøjer til varetagelse af henholdsvis SAR-/støtteopgaver og territorialhåndhævelse. At de militære helikoptere forudsættes anvendt til helt eller delvist civile formål er således sagligt velbegrunderet og kan ikke tages som udtryk for en omgæel-

se af den udbudspligt, der ville bestå, hvis man indkøbte helikoptere, der alene eller primært skulle anvendes til civile SAR- og støtteopgaver. De fremlagte oplysninger om praksis i andre EU-medlemslande viser også, at det ikke er usædvanligt, at militære helikoptere i et vist omfang anvendes til opgaver af til dels civil karakter, herunder SAR-opgaver.

I modsætning til hvad der var tilfældet i sagerne C-337/05, Kommissionen mod Italien, og C-157/06, Kommissionen mod Italien, er der dermed tale om, at de skibsbaserede helikoptere, som forsvaret har indkøbt, har et sikkert militært hovedformål og et begrænset civilt formål. Opgaverne af civil karakter må endvidere anses for underordnet og subsidiær til varetagelsen af de militære opgaver, herunder for så vidt angår NATOPS-opgaverne i særlig grad håndhævelsen af territorialhøjhed i Grønland og på Færøerne.

Efter EU-Domstolens praksis i de nævnte to sager, jf. tillige præmis 39 i sag C-615/10, *Insinööritoimisto*, er der ikke grundlag for at antage, at den begrænsede civile brug af helikopterne udelukker anvendelse af TEUF artikel 346, stk. 1, litra b.

Ifølge beskrivelsen af de skibsbaserede maritime helikoptere, som ønskes anskaffet, i RFI fra 2007, i forsvarsforliget af 24. juni 2009 og i tilbudsgrundlaget i RFP 1 og 2 er der tale om anskaffelse af militært materiel omfattet af TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, jf. Rådets liste fra 1958. Som udgangspunkt har klageren heller ikke bestridt, at dette er tilfældet.

Med henvisning til specifikationerne vedrørende den AW159 »Wildcat« militærhelikopter, som klageren tilbød, har klageren imidlertid anført, at der er en række fællestræk mellem civile og militære helikoptere. En række af en helikopters grundlæggende elementer som motor, landingsstel, hydrauliske systemer m.v. findes i den forbindelse som illustreret i klagerens liste i både civile og militære helikoptere. Der består, jf. det af indklagede anførte, væsentlige forskelle i relation til pansring, evne til at flyve stabilt under af-fyring af ombordværende våben m.v. Det fremgår tilsvarende af klagerens liste med kravspecifikationer, at helikopteren indeholder en række elementer, som alene er bestemt til militære formål. De nævnte forskelle betyder efter klagenævnets vurdering, at militære helikoptere i praksis vil være utjenlige til sædvanlige civile formål allerede som følge af den større vægt og heraf følgende ringere brændstoføkonomi samt den højere anskaffelsespris. At militære helikoptere, som indkøbes til overvejende militære formål,

i et mere begrænset omfang anvendes til opgaver som fiskeriinspektion, der befinder sig i et grænseområde mellem civil og militær anvendelse, eller til accessoriske rent civile SAR o.lign. opgaver ændrer ikke herpå. Efter de foreliggende oplysninger om praksis om sammenlignelige indkøb foretaget af det danske forsvar og i andre EU-medlemslande, herunder de oplysninger, klageren har givet til opfyldelse af indklagedes opfordring til at oplyse om erfaringer med, at ordregivere i andre EU-medlemslande skulle have foretaget indkøb svarende til dette indkøb efter reglerne i udbudsdirektivet, og om klagerens salg af »Wildcat«-helikopteren, er der også i praksis tale om adskilte markeder. Det må således lægges til grund, at militære helikoptere ikke indkøbes til (overvejende) civile formål, og at det modsatte heller ikke sker. Den omstændighed, at militære helikoptere teoretisk set kan bruges til rent civile formål – uden nogen samtidig militær anvendelse – kan ikke føre til, at helikopterne ikke anses for militært udstyr, som er omfattet af TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, jf. Rådets liste fra 1958, eller til, at militære helikoptere som klagerens »Wildcat« og US Navys »Seahawk« anses for varer, der er bestemt specielt til militære formål, men som også har i det væsentlige tilsvarende civile anvendelsesmuligheder, jf. sag C-615/10, *Insinööritoimisto*, præmis 46.

Klageren har desuden gjort gældende, at de krav, som indklagede har stillet om tilpasning af blandt andet klagerens helikopter, har »frataget« helikopterne deres militære karakter. De påberåbte ændringer af civil karakter består ifølge klagerens liste med kravspecifikationer og det i øvrigt oplyste i en mindre justering af det civile GPS-system, som klagerens helikopter var »født med«, og et krav om installation af SINE-radioer. Desuden skulle der ifølge klageren ikke installeres faste våben. De første to ændringer må efter de foreliggende oplysninger antages at have både militære og civile formål og kan ikke føre til, at helikopterne ophører med at være militært udstyr, som omfattes af TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, jf. Rådets liste fra 1958, eller til at helikopterne kan anses for militære varer, der har i det væsentlige tilsvarende civile anvendelsesmuligheder, jf. sag C-615/10, *Insinööritoimisto*, præmis 46. For så vidt angår spørgsmålet om faste våben er der efter indholdet af Annex B, Appendix B, punkt. 3.2, i klagerens BAFO-tilbud og »Baggrundsnotat AW159 Wildcat, Fremtidssikring«, side 28, hvorefter »Weapon systems vækstpotentiale« indgik i vurderingen af kriteriet »Fremtidssikring«, ikke grundlag for at fastslå, at helikopterne ikke skulle medbringe våben.

Betingelsen om, at anskaffelsen skal have karakter af våben, ammunition og krigsmateriel, er således opfyldt.

Nødvendigt at fravige udbudsreglerne for at beskytte væsentlige sikkerhedsinteresser

Danmark indgår i et samarbejde med andre militære partnere. Navnlig samarbejdet i NATO er et fuldstændigt grundlæggende element i dansk forsvarspolitik. Det er herunder et afgørende – og så vidt ses af klageren ubestridt – vilkår i dansk forsvars- og sikkerhedspolitik, at det danske forsvar og det danske forsvars materiel skal kunne fungere sammen med NATO-partnerne og deres materiel. Det har i overensstemmelse hermed, jf. RFI og RFP del 1 og 2, ved tilrettelæggelsen af indkøbet været et afgørende krav, at de ni skibsbaserede helikoptere kunne fungere optimalt i samarbejdet med disse andre lande af hensyn til at opnå den størst mulige militære slagkraft og sikkerhed for styrkerne ved indkøbet. Det har derfor gennem hele forløbet været et grundlæggende vilkår for købet, at der skulle kunne etableres et samarbejde om de indkøbte helikoptere med et andet NATO-land, som havde anskaffet samme materiel med henblik på gensidigt logistisk samarbejde og gensidig støtte. Den sikkerhedsmæssige interesse heri må anses for væsentlig. Vurderingen af de enkelte tilbud beroede ikke blot på de respektive tilbudsgiveres egne forhold og indholdet af deres tilbud, men tillige på udfaldet af de interstatslige forhandlinger, Danmark skulle føre med den/de NATO-partnere, som muligt kunne indgå i et indkøbssamarbejde. Det synes ikke muligt på denne måde at tilgodese hensynet til at sikre samarbejde med en NATO-partner under et sædvanligt udbud efter udbudsdirektivet.

Karakteren af indkøbet indebærer tillige et sikkerhedsmæssigt begrundet behov for at kunne udveksle klassificerede strategiske oplysninger med de potentielle leverandører om de ønskede helikopteres egenskaber og den nærmere anvendelse. Efter udbudsdirektivet er det ikke muligt at prækvalificere leverandører på grundlag af ansøgernes evne til at omgås fortrolige oplysninger.

Den amerikanske helikopter MH-60R »Seahawk« var en forventeligt særdeles egnet helikopter, som betydelige sikkerhedsmæssige interesser talte for at have i ansøgerfeltet. Der er således tale om en helikopter, som anvendes af Danmarks mest betydningsfulde NATO-partner, USA. Denne helikopter ville efter de foreliggende oplysninger ikke kunne købes på andet

end de særlige amerikanske »Foreign Military Sales« (»FMS«)-vilkår, det vil sige som et indkøb på regering-til-regering vilkår, hvor medkontrahenten var USA (US Navy). For at sikre at et salg ville blive tilladt af de amerikanske militære myndigheder, var det nødvendigt på forhånd at konsultere disse om de påtænkte indkøbsvilkår og indarbejde de særlige vilkår i RFP, som følger af, at handelen indgås mellem to suveræne stater. En sådan forudgående konsultation af en mulig kommende tilbudsgiver om udformningen af indkøbsvilkår og tilpasning af disse efter dennes særlige krav, således at denne tilbudsgiver i et vist omfang byder på andre vilkår end de øvrige tilbudsgivere, er ikke forenelig med udbudsdirektivet.

Indkøbsprocessen forventedes at strække sig over en årrække, og der har derfor været et væsentligt sikkerhedspolitisk begrundet behov for at kunne tilpasse indkøbsbetingelserne undervejs i forløbet efter de ændringer i den udenrigs- og sikkerhedspolitiske situation, som måtte finde sted i perioden. Dette hensyn førte blandt andet til, at evalueringsmodellen ganske vist, jf. RFP bilag 17, punkt 4.1, blev »låst« efter udsendelsen af denne med RFP, men sådan, at vægtningen af de offentliggjorte tildelingskriterier først blev fastlagt på tidspunktet for udvælgelse af, hvilke tilbudsgivere indklagede ville forhandle med og i forbindelse med den militære indstilling, jf. samme bilag, punkt 5.1. En sådan undladelse af at vægte eller i det mindste prioritere de kriterier, der ligger til grund for udvælgelsen af et tilbud, er, når der som her anvendes andre kriterier end blot laveste pris, ikke lovlig i et udbud efter udbudsdirektivet.

Indklagedes krav om samarbejde med et andet NATO-land, behovet for hemmeligholdelse af krav til helikopternes egenskaber, ønsket om mulighed for at medtage en amerikansk FMS-kandidat i konkurrencen og behovet for under den langvarige anskaffelsesproces at kunne justere kravene til og i sammenhæng hermed evalueringskriterierne vedrørende helikopterne under hensyn til den aktuelle sikkerhedspolitiske situation indebærer efter klagenævnets vurdering, at kravene i TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, om »væsentlige sikkerhedsinteresser« er opfyldt.

Klagenævnet finder endvidere, at mindre indgribende foranstaltninger end en undladelse af at følge procedurerne i udbudsdirektivet ikke kan antages at ville have kunnet sikre, at de pågældende interesser blev varetaget i fornødent omfang. Klagenævnet finder som følge heraf, at kravet om nødvendighed og proportionalitet er opfyldt.

Klagenævnet bemærker i den forbindelse, at de søgeresultater vedrørende annoncering i EU-tidende, som klageren har fremlagt, og de oplysninger, klageren har givet til opfyldelse af indklagedes opfordring til at oplyse om erfaringer med, at ordregivere i andre EU-medlemslande skulle have foretaget indkøb svarende til dette indkøb efter reglerne i udbudsdirektivet og om salg af klagerens »Wildcat«, ikke giver grundlag for at konkludere, at det skulle være sædvanligt blandt ordregivere i andre EU-medlemslande at foretage indkøb som nærværende efter procedurerne i udbudsdirektivet. De fremlagte oplysninger om praksis i andre EU-medlemslande understøtter tværtimod, at indkøb som det her omhandlede normalt ikke udbydes efter procedurerne i udbudsdirektivet.

På den baggrund er betingelsen om, at det skal være nødvendigt at fravige udbudsreglerne for at beskytte væsentlige sikkerhedsinteresser opfyldt.

Der er 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 følgelig ikke behov for at foretage en yderligere prøvelse ud over nærværende vedrørende *klagerens påstand 2*.

Ikke forringelse af konkurrencevilkårene i EU på markedet for civile varer

De helikoptere, som der er indhentet tilbud på, er som tidligere nævnt designet til militært brug og leveres efter de foreliggende oplysninger udelukkende til militære aftagere til altovervejende militære formål. Markedet for militære helikoptere henholdsvis civile helikoptere må således anses for adskilte markeder. Den efter klagenævnets opfattelse fuldstændig teoretiske mulighed, at Danmark kunne have indkøbt civile helikoptere (med tilhørende civile skibe til at transportere helikopterne) til brug for (rent) civile SAR-m.fl. opgaver i Grønland og på Færøerne, indebærer ikke en reel mulighed for påvirkning – endsige en forringelse – af konkurrencevilkårene på et civilt helikoptermarked.

Hertil kommer, at indklagede har sikret en vis offentlighed om sit indkøbsbehov og har afholdt en konkurrencepræget proces vedrørende anskaffelsen.

Betingelsen om, at der ikke må ske forringelse af konkurrencevilkårene i EU på markedet for civile varer, må derfor tillige anses for opfyldt.

Konklusion

Betingelserne i TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, for at undlade udbud efter udbudsdirektivet er dermed opfyldt.

Vedrørende indklagedes *afvisningspåstand* bemærker klagenævnet, at nævnet, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 10, jf. § 1, stk. 2, har kompetence til at prøve spørgsmål om overholdelse af de principper, der udledes af EUF-traktaten. Klagenævnet har herunder kompetence til at prøve, om TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, finder anvendelse, således at en kontrakt ikke skal udbydes efter procedurerne i udbudsdirektivet (nu eventuelt forsvars- og sikkerhedsdirektivet). Hvis dette er tilfældet, kan klagenævnet endvidere prøve, om den herefter anvendte procedure respekterer de grundlæggende traktatbaserede principper om ligebehandling og gennemsigtighed, og i benægtende fald om denne fravigelse er begrundet i de i TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, nævnte hensyn.

Den omstændighed, at TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, finder anvendelse, således at udbud efter udbudsdirektivet kunne undlades, kan således ikke føre til hel eller delvis afvisning af klagen.

Påstand 1 og 2 tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 5 og 6

Klagenævnet bemærker, at som påstand 5 og 6 og anbringenderne til støtte herfor er formuleret, er det forudsat, at der består »væsentlige sikkerhedsmæssige interesser«, som gør det nødvendigt at undlade at anvende udbudsdirektivets procedureregler, jf. TEUF artikel 346, stk. 1, litra b.

Ifølge TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, er det en betingelse for, at en medlemsstat kan benytte bestemmelsen til at fravige unionsretlige bestemmelser og herunder undlade udbud efter udbudsdirektivet, at undladelsen er nødvendig af hensyn til væsentlige sikkerhedsinteresser. Dette proportionalitetskrav må, jf. blandt andet EU-Domstolens domme af 15. december 2012 i sagerne C-284/05, Kommissionen mod Finland, C-294/05, Kommissionen

mod Sverige, C-372/05, Kommissionen mod Tyskland, C-387/05, Kommissionen mod Italien, C-409/05, Kommissionen mod Grækenland, C-461/05, Kommissionen mod Danmark, og C-239/06, Kommissionen mod Italien, forstås sådan, at det kun er i det omfang, at væsentlige sikkerhedsinteresser kan begrunde det, at en medlemsstat kan undlade at anvende og respektere unionsretlige bestemmelser og principper. Unionsretlige bestemmelser og principper omfatter i den forbindelse de af traktatens bestemmelser om fri bevægelighed udledte generelle principper om gennemsigtighed og ligebehandling, som EU-Domstolen i blandt andet sagerne C-324/98, *Telaustria*, C-231/03, *Coname*, C-458/03, *Parking Brixen*, og C-226/09, Kommissionen mod Irland, har fastlagt gælder ved grænseoverskridende anskaffelser, som ikke er omfattet af udbudsdirektivet.

Af Domstolens praksis i navnlig sagerne C-324/98, *Telaustria*, C-231/03, *Coname*, C-458/03, *Parking Brixen*, og C-226/09, Kommissionen mod Irland, følger, at ordregivere ved indkøb, som har grænseoverskridende interesse, og som ikke omfattes af udbudsdirektivet, har pligt til at sikre en vis offentlighed vedrørende anskaffelsen samt overholde ligebehandlingsprincippet.

Der er ikke i den pågældende retspraksis foreskrevet nærmere procedureregler svarende til, hvad der gælder efter udbudsdirektivet. Det er herunder ikke fastslået, at der gælder et krav om, at konkurrencen – på samme måde, som det gælder efter udbudsdirektivet – skal ske i henhold til nærmere vægtede kriterier i konkurrencedokumenterne, jf. sag C-226/09, Kommissionen mod Irland, præmis 43-47.

Indklagede har ved RFI gennemført en indledende undersøgelse af markedet, hvorunder forskellige leverandører har haft mulighed for at tilkendegive deres interesse i at levere de ønskede helikoptere. Herefter har indklagede givet 4 potentielle leverandører, som efter indklagedes skøn ville kunne afgive kvalificerede tilbud på de ønskede helikoptere under respekt af de krav, som indklagede stillede, og som var begrundet i de i artikel 346, stk. 1, litra b, nævnte sikkerhedsmæssige interesser, mulighed for at give tilbud. Konkurrencen er foregået på grundlag af et omfattende, teknisk kompliceret og yderst detaljeret konkurrencegrundlag i RFP med tilknyttede bilag. I RFP del 1 og 2 og herunder særligt bilag 17 har indklagede givet en omhyggelig beskrivelse af, efter hvilke hovedkriterier bedømmelsen vil finde sted. Indklagede har som nævnt ikke haft pligt til at vægte kriterierne.

Oplysningerne om blandt andet forløbet vedrørende risikovurdering viser, at indklagede har gennemført en – så vidt som de sikkerhedsinteresser, der har begrundet anvendelse af TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, har tilladt det – åben og transparent forhandlingsproces, hvor tilbudsgiverne løbende er blevet oplyst om indklagedes vurderinger og overvejelser.

Det fremlagte hovednotat om typevalg og de underliggende baggrundsnotater viser endvidere, at der har været foretaget en grundig vurdering af de modtagne BAFO-tilbud.

De væsentlige sikkerhedsinteresser, jf. TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, som klageren ved sin udformning af påstand 5 og 6 har forudsat består, begrundes endvidere en fravigelse af de i blandt andet Telaustria-dommen fastlagte principper om gennemsigtighed og ligebehandling, for så vidt som dette er nødvendigt. De særlige vilkår for indkøbet, som fulgte af kravene om, at der skulle kunne etableres et samarbejde om de indkøbte helikoptere med et andet NATO-land, at mulige tilbudsgivere skulle have evne til at omgå fortløbende oplysninger, behovet for at kunne inkludere en »FMS-kandidat«, behovet for under anskaffelsesprocessen at kunne justere kravene til og i den forbindelse tillige evalueringskriterierne vedrørende helikopterne under hensyn til den aktuelle sikkerhedspolitiske situation og den heraf følgende sene og ikke offentliggjorte vægtning af tildelingskriterierne, må anses for begrundet i de ad påstand 1 nævnte sikkerhedsinteresser. Det er således ikke nødvendigt at tage stilling til, om særlige vilkår af denne karakter kan anses for stridende mod de principper om ligebehandling og gennemsigtighed, der følger af Telaustria-dommen m.fl. i tilfælde, hvor TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, ikke finder anvendelse.

For så vidt angår klagerens specifikke indsigelser bemærkes:

Antal crashworthy sæder

Det måtte efter klagenævnets opfattelse stå klageren klart, at indklagede tillagde det betydning, at de personer, som befinder sig i helikopteren, kan transporteres sikkert (og herunder i crashworthy sæder), jf. evalueringsmodellen i RFP del 2, bilag 17, punkt 5.2.2.1. Samtidig kunne det ikke komme som en overraskelse for klageren, at indklagede tillagde oplysninger om helikopterens rækkevidde og løfteevne betydning ved bedømmelsen af tilbud-

dene. Et af de oplyste bedømmelseskriterier var således »Mission Effectiveness«. Tilbudsgiverne skulle desuden oplyse om rækkevidde og løfteevne i de krævede performanceberegninger. Det fremgår også direkte af Appendix 2 til RFP, at »endurance« var en »major factor«.

Der er derfor ikke grundlag for at tage klagerens anbringende vedrørende crashworthy sæder til følge.

Evaluering af helikopternes rækkevidde og løfteevne samt auxiliary fuel tank

Som nævnt kunne den omstændighed, at indklagede har tillagt oplysninger om helikopternes rækkevidde og løfteevne betydning ved bedømmelsen af tilbuddene, ikke komme som en overraskelse for klageren.

I performanceberegningerne skulle tilbudsgiverne anvende nærmere beskrevne forudsætninger om passagerantal m.v. Der er herved sikret en for så vidt angår de tilgrundliggende forudsætninger ensartet evaluering.

Der er ikke grundlag for at fastslå, at indklagede har tilsidesat det EU-retlige gennemsigtigheds- eller ligebehandlingsprincip ved at tillægge de oplysninger om rækkevidde og løfteevne, som klageren selv gav i sine performanceberegninger, betydning ved bedømmelsen af tilbuddene.

Det angivne i »Oplæg til typevalg skibsbaseret helikopter«, side 12 og 20, om montering af auxiliary fuel tanke på helikopterne er efter de foreliggende oplysninger begrundet i en objektiv forskel mellem klagerens »Wildcat« og US Navys »Seahawk« henholdsvis den eksisterende Lynx-helikopter. Forholdet er således, at brug af auxiliary fuel tank har den konsekvens, at to sæder i kabinen på klagerens »Wildcat« ikke kan benyttes. Derimod optager brug af auxiliary fuel tank på »Seahawk«-helikopteren ikke plads i kabinen og medfører således ikke, at der er færre sæder til rådighed. Desuden har denne helikopter uden brug af auxiliary fuel tank en betydeligt større rækkevidde end Lynx-helikopteren (og den rækkevidde klagerens »Wildcat« har ifølge klagerens performanceberegninger i BAFO-tilbuddet).

Den forskellige vurdering af de to helikopteres rækkevidde og løfteevne samt det anførte om auxiliary fuel tank strider på den nævnte baggrund ikke mod ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Projektrisici

Efter indholdet af udbudsbetingelserne kan det ikke have været ubekendt for klageren (og øvrige tilbudsgivere), at projektrisiko var et element, som indgik i vurderingen af tilbuddene. De nærmere procedureregler m.v., som følger af udbudsdirektivet, gjaldt som tidligere nævnt ikke for indkøbet. Det fremgår udtrykkeligt af RFP del 1, punkt 4.3, at der ved evalueringen af projektrisici ville blive inddraget »all available information (candidate proposals, meetings, visits and experiences etc.)«.

Indklagede har efter de foreliggende oplysninger og herunder særligt det fremlagte risikoregister og klagerens diaspræsentationer i meget vidt omfang gjort klageren bekendt med de løbende overvejelser vedrørende risici, som indklagede gjorde sig, og har inddraget klagerens synspunkter herom under evalueringen. »Taxes« er i den forbindelse den eneste af de risici, klageren har gjort indsigelse mod, at indklagede har inddraget, som ikke optræder i risikoregisteret af 7. juni 2012. Denne risiko er ifølge notatet om projektrisiko endeligt sat til »0«, hvilket stemmer overens med indklagedes oplysning om, at risikoen ikke har indgået ved vurderingen af projektrisikoen vedrørende klagerens tilbud.

Klagenævnet finder, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte indklagedes vurdering af risiko for vibrationsskader/revnedannelse, datakvalitet, robusthed af PBL-løsning, test/design synskonisering, DeMars og manglende reservedele. For så vidt angår »Taxes« lægger klagenævnet til grund, at denne risiko ikke er tillagt betydning under evalueringen som følge af den skete nulstilling.

Der er også for »Seahawk's« vedkommende identificeret en række aktive risici, herunder blandt andet »Interface til DeMars«, »Reservedelsmangel i driftsfasen« og »Delay damages«, jf. »Baggrundsnotat MH60R SEAHAWK, Projektrisiko« bilag 2.

Der er på den baggrund ikke grundlag for at fastslå, at indklagede skulle have handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i relation til den måde, hvorpå projektrisici er blevet identificeret og vurderet. Det kan ikke føre til et andet resultat, at risikoen vedrørende »DeMars« er angivet som »Closed« i risikoregisteret af 7. juni 2012 og kun er nævnt i klagerens diaspræsentation fra februar 2012.

Helikopter i operativ tjeneste

Efter de foreliggende oplysninger, herunder navnlig det som anføres i klagerens BAFO-tilbud om stadiet for leverancen af skibsbaserede »Wildcat«-helikoptere til MoD UK og MoD UK's pressemeddelelse af 11. juli 2012, er der ikke grundlag for at konstatere, at indklagede ikke skulle have taget behørigt hensyn til den forskellige karakter af de to tilbud og have overskredet det skøn, der tilkom indklagede ved vurderingen af de to helikoptere i relation til spørgsmålet om modenhedsgrad/projektrisiko.

Tilsidesættelse af oplysninger i klagerens BAFO-tilbud/anvendelse af andre oplysninger

Den omstændighed, at indklagede har stillet spørgsmål til klageren om tilsyneladende fejl i dennes BAFO-tilbud og herefter har tilladt klageren at rette fejlagtige oplysninger i tilbuddet, kan ikke i forhold til klageren anses for et brud på ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Det samme gælder indklagedes indsættelse af en for klageren mere gunstig pris for »obsolescence« end den, som klageren havde tilbudt for optionen på »obsolescence«.

For så vidt angår inddragelsen af andre oplysninger end dem, der er indeholdt i klagerens BAFO-tilbud, er der af de grunde, der er anført vedrørende projektrisici, ikke grundlag for at tage dette anbringende til følge.

Klagenævnet finder, at der heller ikke er grundlag for at tilsidesætte indklagedes vurdering af mulighederne for konfigurationsfællesskab i relation til klagerens henholdsvis US Navys tilbud. Det samme gælder tillægget på 27 mio. kr. vedrørende risiko i relation til sustainment-kontrakten (risikoen forbundet med »open book accounting«) og tillægget på 33 mio. kr. vedrørende risiko ved de danske tilvalg. Det bemærkes i den forbindelse, at der vedrørende »Seahawk« er foretaget andre tillæg, som vedrører de specifikke risici, der er knyttet til denne helikopter.

Skalering

Efter de foreliggende oplysninger er klageren blevet oplyst om den (ned)skalering, indklagede foretog med henblik på at tage højde for en mulig reduktion i antallet af indkøbte helikoptere fra ni til syv, og har haft mu-

lighed for at komme med bemærkninger til metoden. Der er således intet grundlag for en antagelse om, at der skulle være sket en tilsidesættelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i relation til skaleringen. Overvejelserne om skalering fik i øvrigt ingen praktisk betydning for udfaldet af evalueringen, idet de politiske forhandlinger om et forsvarsforlig for perioden 2013-2017 endte med, at der ikke skete en reduktion af antallet af indkøbte helikoptere.

PBL-løsning

Ifølge klageren har indklagede forskelsbehandlet klageren og US Navy, idet indklagede stillede krav om, at klageren skulle levere en PBL-løsning og undlod at stille samme krav til US Navy.

Der er ikke i RFP del 1, punkt 6.2.1, »Requirement for logistical solutions«, fastsat et obligatorisk (minimums)krav om en PBL-løsning. Af bestemmelsen fremgår således, at der gælder et obligatorisk krav om en »Traditional Logistical Solution« og et – ikke-obligatorisk – krav om en »as comprehensive Performance Based Logistics (PBL) Logistic/Contractor Logistics Support (CLS) solution as possible«.

Det fremgår udtrykkeligt af Executive Summary i klagerens »Proposal« af januar 2011, side 3, at klageren foreslog en PBL-løsning. Indholdet af indklagedes »Negotiation Information Paper« giver heller ikke grundlag for at antage, at det var efter krav fra indklagede, at klageren tilbød en PBL-løsning. Af referatet af forhandlingsmøde den 29. februar 2012 fremgår også, at det var klageren, som mente, at en PBL-løsning ville være den bedste løsning.

Oplysningerne om indklagedes værdiansættelse af henholdsvis klagerens PBL-løsning og US Navys konventionelle løsning giver heller ikke i øvrigt grundlag for at fastslå, at indklagede ikke skulle have taget behørigt hensyn til den forskellige karakter af de to tilbud og have overskredet det skøn, der tilkom indklagede ved vurderingen af de to løsninger.

For så vidt angår de af klageren påberåbte tilfælde af manglende hensyntagen til forskelle mellem de to tilbud og til særligt omkostningskrævende elementer i US Navys tilbud bemærkes:

Der er i baggrundsnotatet om anskaffelsespris vedrørende »Seahawk'en« afsat meget betydelige beløb til *ombygninger m.v. til brug for »Seahawk'en«* på Flyvestation Karup, på Færøerne og på skibene. Der er ikke grundlag for at tilsidesætte indklagedes fastsættelse af de ekstra omkostninger til ombygninger m.v., der ville være forbundet med at acceptere tilbuddet fra US Navy fremfor tilbuddet fra klageren.

På samme måde fremgår det af baggrundsnotaterne om projektrisiko og anskaffelsespris vedrørende »Seahawk«-helikopteren i relation til »*Harpoon and Deck Lock*«, at indklagede har anset den krævede ændring af fastgørelsessystemet på US Navys helikopter for en risiko og har prissat ændringen. I baggrundsnotatet om projektrisiko vedrørende klagerens helikopter er fastgørelsessystemet ikke angivet som en risiko. Der er på den baggrund ikke grundlag for at antage, at indklagede skulle have forskelsbehandlet de to tilbudsgivere ved vurderingen af »*Harpoon and Deck Lock*«.

Klagenævnet finder, at det ikke er godtgjort, at indklagede under kontraktforhandlingerne har nægtet klageren adgang til at udnytte den mulighed for at *købe de nuværende Lynx-helikoptere*, som fremgår af RFP punkt 5.1.5. Indklagede har endvidere godskrevet klageren et beløb på 100 mio. kr. vedrørende genbrug af reservedele fra Lynx-helikopterne og har ikke godskrevet US Navy – som heller ikke har benyttet muligheden for genkøb, og på hvis helikopter, der ikke kan bruges reservedele fra Lynx-helikopteren – noget beløb. Der er intet grundlag for at tilsidesætte indklagedes skønsmæssige ansættelse af værdien af genbrug af reservedelene.

Der er ikke grundlag for at antage, at indklagede har accepteret en *udskudt leveringstid* for helikopterne fra US Navy set i forhold til det for indklagede planlægningsmæssigt ønskelige. Der er herunder heller ikke oplysninger, som understøtter, at det senere leveringstidspunkt for »Seahawk'en« set i forhold til »Wildcat'en« vil påføre indklagede meromkostninger, der burde have været medtaget ved vurderingen, endsige at medtagelse af sådanne omkostninger ville have ført til et andet udfald af tilbudsbedømmelsen.

For så vidt angår udførelse af *vedligeholdelsesarbejder under VN1* er der ikke grundlag for at tilsidesætte indklagedes vurdering af driftsomkostninger knyttet til henholdsvis klagerens og US Navys tilbud.

Klagenævnet finder, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte indklagedes vurdering, hvorefter beløbene afsat i tabel 5 i baggrundsnotatet om driftsomkostninger vedrørende »Seahawk'en«, side 10, i relevant omfang dækker risici, som vedrører »*obsolescence*«.

I øvrigt bemærkes, at de lidt lavere driftsomkostninger, som indklagede vurderede, der ville være ved accept af US Navys tilbud, ikke er taget i betragtning ved den endelige vurdering. Medtagelse af yderligere omkostninger under VN1 eller vedrørende »*obsolescence*« kan på den baggrund ikke antages at ville have ført til et andet udfald af tilbudsbedømmelsen.

---oo0oo---

Som nævnt kan væsentlige sikkerhedsinteresser, jf. TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, begrunde en fravigelse af de i retspraksis fastlagte principper om gennemsigtighed og ligebehandling, for så vidt som dette er nødvendigt. Herefter og på ovennævnte baggrund er de krav til oplysninger om beslutningsgrundlaget for evalueringen og/eller den endelige tildeling af kontrakt, som kan udledes af EU-Domstolens praksis om ordregiveres pligter ved indkøb, som har grænseoverskridende interesse og som ikke omfattes af udbudsdirektivet, opfyldt.

Påstand 5 og 6 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Da betingelserne i TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, for at undlade udbud efter udbudsdirektivet, jf. det ad påstand 1 og 2 anførte, er opfyldt, tages påstand 3 om »uden virkning« ikke til følge.

Ad påstand 4 og 7

Da der hverken er konstateret overtrædelser ad påstand 1 og 2 eller ad påstand 5 og 6, tages påstanden om annulation ikke til følge.

Ad passivitet

Da klagerens påstande ikke er taget til følge, er det ufornuddent at tage stilling til indklagedes indsigelse om passivitet.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Katja Høegh / Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig