

Klagenævnet for Udbud

(Erik P. Bentzen, Morten Juul Nielsen, Lene Ravnholt,
Preben Dahl)

J.nr.: 22/14546

28. november 2022

K E N D E L S E

(Visse oplysninger i kendelsen er på indklagedes begæring ikke offentliggjort)

Grandt Defense ApS
(advokat Thomas Ryhl, København)

mod

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

Ved bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed ("profylaksebekendtgørelse") nr. 2021/S 240-634019 af 7. december 2021, offentliggjort den 10. december 2021, meddelte Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (herefter FMI), at styrelsen påtænkte at indgå rammeaftaler med TYR Tactical, LLC (herefter TYR) om anskaffelse af ballistisk beskyttelsesvestsystem og om anskaffelse af reservedele og services til de ballistiske beskyttelsesvestsystemer. TYR er den eksisterende leverandør af ballistiske beskyttelsesvestsystemer.

Den 9. marts 2022 indgav Grandt Defense ApS (herefter Grandt) klage til Klagenævnet for Udbud over FMI. Grandt anmodede ved klagens indgivelse om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 5. april 2022 besluttede klagenævnet, at klagen ikke skulle tillægges opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

FMI har oplyst, at styrelsen efter klagenævnets delkendelse har indgået rammeaftaler med TYR.

Grandt har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet ved at træffe beslutning om at indgå to rammeaftaler, nemlig en rammeaftale om indkøb af ballistiske beskyttelsesvestsystemer og en rammeaftale om reservedele og services til de ballistiske beskyttelsesvestsystemer, med TYR efter proceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, selv om en sådan direkte tildeling ikke opfylder betingelserne i direktivets artikel 28, nr. 1, litra e.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere FMI's beslutning om at indgå de to rammeaftaler med TYR

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

Sagens nærmere omstændigheder

Af profylaksebekendtgørelsen fremgår:

”...

Del II: Genstand

...

II.1.7) Udbuddets samlede værdi (eksklusive moms)

Værdi eksklusive moms: 1 250 000 000.00 DKK

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

FMI påtænker at indgå følgende rammeaftaler med TYR Tactical:

- en rammeaftale med en varighed på 10 år angående anskaffelse af ballistiske beskyttelsesvestsystemer
- en rammeaftale med en varighed på 10 år med en yderligere option på 7 år angående anskaffelse af reservedele samt services ifm. de anskaffede ballistiske beskyttelsesvestsystemer

...

II.2.11) Oplysninger om optioner

Optioner: ja

Beskrivelse af optioner:

Rammeaftalen omhandlende reservedele og service til de anskaffede ballistiske beskyttelsesvestsystemer vil have en varighed af 10 år samt en yderlige option på forlængelse af 7 år.

...

Del IV: Procedure

IV.1) Beskrivelse

IV.1.1) Proceduretype

Udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse

- Kun en bestemt økonomisk aktør kan levere de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser af følgende årsag:
 - årsager, der vedrører beskyttelse af enerettigheder, herunder intellektuelle ejendomsrettigheder

Forklaring:

FMI ønsker at indgå rammeaftaler om anskaffelse af ballistisk beskyttelsesvestsystem og reservedele hertil. Efter FMI's vurdering kan disse ydelser kun anskaffes hos TYR Tactical, da rammeaftalerne på grund af tekniske årsager/beskyttelse af eksklusive rettigheder kun kan overdrages til denne leverandør. Dette skyldes, at TYR Tactical ejer patentrettighederne til aflastningssystemet, som det ballistiske beskyttelsesvestsystem også består af. Hertil kommer nødvendigheden af kompatibilitet mellem systemet og reservedelene, samt de øvrige tilhørende kritiske genstande, som skal fungere sammen med det ballistiske beskyttelsesvestsystem. Derudover begrundes sikkerhedsmæssige hensyn nødvendigheden af, at anskaffelsen leveres af en leverandør med det rette tekniske ken[d]skab.

—

FMI vurderer derudover, at der ikke findes et rimeligt alternativ, og at den manglende konkurrence ikke er et resultat af en kunstig indskrænkning af udbudsvilkårene. FMI vurderer derfor, at betingelserne i forsvarsdirektivets [...] artikel 28, nr. 1, litra e, for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, er opfyldt.

—

FMI agter på den baggrund [at] indgå en 10-årig rammeaftale angående anskaffelse af ballistisk beskyttelsesvestsystem samt en 10-årig rammeaftale med option på yderligere 7 år (i alt 17 år) angående anskaffelse af reservedele hertil med TYR Tactical. FMI vurderer på baggrund af materiellets restlevetid, at der kan indgås aftale med en varighed, der overstiger 7 år. Hertil kommer, at et leverandørskifte vil være forbundet med

tekniske vanskeligheder, da der vurderes at foreligge en eneleverandør-situation.

Rammeaftalerne vil ikke blive indgået før efter udløbet af 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor denne bekendtgørelse er offentliggjort.

...

Del V: Kontrakt-/koncessionstildeling

...

V.2.1) Dato for beslutningen om kontrakttildeling:

01/11/2021

...

V.2.4) Oplysninger om kontraktens/delkontraktens/koncessionens værdi (eksklusive moms)

Kontraktens/delaftalens/koncessionens samlede værdi: 1 250 000 000.00 DKK

...

Del VI: Supplerende oplysninger

VI.3) Yderligere oplysninger:

Vedrørende pkt. II.1.7) og pkt. V.2.4): Rammeaftalernes anslåede samlede værdi er mellem 850 mio. DKK og 1.250 mio. DKK. Det anførte interval er begrundet i usikkerheden om rammeaftalernes endelige værdi, jf. nedenfor. Intervallets nedre grænse er således udtryk for FMI's mest kvalificerede skøn over rammeaftalernes værdi på nuværende tidspunkt, mens intervallets øvre grænse udtrykker det forventede maksimale træk på rammeaftalerne i deres løbetid. Usikkerheden om rammeaftalernes endelige værdi skyldes navnlig usikkerhed om, i hvilket præcist omfang, de af rammeaftalerne omfattede anskaffelser vil blive anvendt i Forsvaret. Såfremt det beslutes, at det pågældende materiel skal anvendes bredere og dermed af flere personelgrupper, end hvad der i øjeblikket er truffet beslutning om, vil dette medføre et væsentlig større forbrug på aftalerne, end hvad der konkret forventes i øjeblikket.

—

Datoen angivet i bekendtgørelsens pkt. V.2.1) er datoen for beslutningen om at tildele rammeaftalerne direkte og ikke datoen for rammeaftalernes indgåelse. Rammeaftalerne vil ikke blive indgået/underskrevet, før udløbet af en periode på 10 dage fra offentliggørelse af denne bekendtgørelse, jf. yderligere pkt. VI.4.3).

..."

Grandt har oplyst, at virksomheden er en mangeårig leverandør af udstyr til det danske forsvar og de danske specialstyrker. Grandt er agent for flere udenlandske producenter af bl.a. "soft armor", "hard armor", "plate carriers"

og komplette ballistiske beskyttelsesvestsystemer (med mulighed for ekstra monteret beskyttelse).

Ifølge Grandts beskrivelse består et ballistisk beskyttelsesvestsystem af en "plate carrier", "soft armor" og "hard armor". En "plate carrier" er en taktisk vest, som kan forsynes med "soft armor" og "hard armor". "Soft armor" er vævet af forskellige former for fibre, f.eks. kevlar, og er opbygget lag-på-lag for at kunne stoppe mindre ammunitionstyper. "Soft armor" placeres altid bag "hard armor" og bruges også som ekstra traumebeskyttelse. "Hard armor" er hårde plader ("plates"), der typisk placeres i særlige lommer indvendigt i vesten, men som også kan placeres uden på vesten.

Ved brev af 17. december 2021 fremsatte Grandt indsigelser over for FMI mod den direkte tildeling af de to rammeaftaler til TYR med henvisning til, at betingelserne for at anvende undtagelsen i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 28, stk. 1, litra e, ikke var opfyldt. Grandt anførte:

"...

Det er Grandts opfattelse, at grundlaget for jeres tildeling af de to rammeaftaler til TYR Tactical, jf. ovenstående begrundelse, ikke er korrekt, og at I derfor ikke lovligt kan tildele de omtalte rammeaftaler til TYR Tactical uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets art. 28, nr. 1, litra e.

Dette fordi, at ikke kun én bestemt økonomisk aktør kan levere de ønskede varer.

Grandt oplyser for det første, at det af TYR Tactical patenterede aflastningssystem, er et bæltssystem, der skal integreres i beskyttelsesvestsystemet. Selve aflastningssystemet udgør således blot en lille del af beskyttelsesvestsystemet, som nemt kan integreres med andre beskyttelsesvestsystemer, ligesom aflastningssystemet også kun udgør en lille del af FMI's samlede indkøb.

Grandt oplyser for det andet at have kendskab til 20 førende virksomheder, inklusive sig selv, der kan producere ballistiske beskyttelsesvestsystemer som TYR Tactical. Grandt oplyser også, at disse 20 førende virksomheder, henholdsvis kan producere såkaldt "soft armor" og "hard armor" og, modsat TYR Tactical, har årevis erfaring hermed.

Grandt oplyser i den forbindelse videre, at såfremt FMI alligevel ønsker det pågældende patenterede aflastningssystem, ændrer dette ikke på, at 75-80 % af værdien af det samlede indkøb angår såkaldt "soft armor" og

”hard armor”, som samtlige 20 nævnte virksomheder med tegninger til vesten vil kunne lave. Dette underbygges yderligere af, at TYR Tactical i årevis selv har fået leveret ”soft armor” og ”hard armor” af flere forskellige underleverandører indtil TYR Tactical først flere år efter, opstarter egen produktion heraf.

Grandt oplyser for det tredje, at opgaven i de sidste 10 år ikke har været [udbudt], og at FMI i hele perioden blot har forlænget allerede indgåede rammeaftaler med TYR Tactical, som nu, med denne tildeling, yderligere forlænges i henholdsvis 10 år og 10 år med option på forlængelse i yderligere 7 år.

...

Der er ikke kun én bestemt aktør, der, begrundet med beskyttelse af enerettigheder, kan levere de pågældende varer, hvorfor betingelserne for anvendelse af forsvars- og sikkerhedsdirektivets art. 28, stk. 1, litra e ikke kan anses for opfyldt.

...”

Ved brev af 14. januar 2022 afviste FMI Grandts indsigelser:

”...

FMI bemærker indledningsvist, at det er jeres opfattelse, at FMI ikke kan tildele rammeaftalerne til TYR Tactical ved en direkte tildeling, da I ikke mener, at der i nærværende tilfælde kan siges at foreligge en eneleverandørsituation efter forsvars- og sikkerhedsdirektivets art. 28, stk. 1, litra e. FMI er imidlertid af den modsatte opfattelse, og FMI vil nedenfor konkretisere baggrunden herfor ud fra de pointer, I anfører i jeres brev.

I jeres brev anfører I, at opgaven omkring det ballistiske beskyttelsessystem de sidste ti år ikke har været udbudt, men at FMI har haft rammeaftaler med TYR Tactical, som er blevet forlænget. Dette er imidlertid ikke korrekt. FMI indkøbte oprindeligt i 2012 det ballistiske beskyttelsesvestsystem på grundlag af en Government-to-Government aftale (FMS-case). Anskaffelsen skete således ved tildeling af en kontrakt til den amerikanske regering, hvilket ikke er en udbudspligtig transaktion.

I brevet anfører I endvidere, at 75-80 % af værdien af det samlede indkøb angår produkter, som ikke er patenteret, herunder soft armor og hard armor. Dette er FMI imidlertid uenig i. Det er FMI’s vurdering, at op mod 50% af værdien af det samlede indkøb angår patenterede produkter. Heri indregnes som bekendt TYR Tacticals patenterede aflastningssystem, men bl.a. også den specielle og patenterede metervare, som vesten delvist er fremstillet af, samt den soft armor som Forsvaret anvender, og som er specialdesignet af TYR Tactical ud fra FMI’s og Forsvarets specifikke anvisninger.

Hvad angår den øvrige del af anskaffelsen, dvs. de ca. 50 % som ikke angår patenterede produkter, er det FMI's opfattelse, at man ikke kan opnå samme grad af sikkerhed for opretholdelse af det ballistiske beskyttelsesniveau, såfremt tredjemands produkter anvendes i sammenhæng med det patenterede system, der som nævnt delvist er udformet på baggrund af FMI's specifikke design og anvisninger. Dette – afgørende – hensyn til personelsikkerheden spiller derfor en stor rolle ved vurderingen af, om andre leverandører vil kunne levere komponenter til det samlede system, uden at dettes samlede effekt kompromitteres.

...

FMI's indkøbsbehov er således for nuværende at supplere veste, aflastningssystem og øvrige komponenter, som allerede er fuldt implementeret i de danske styrkers trænings- og uddannelsesforløb. Det vil ikke være en operationelt mulig løsning, såfremt Forsvaret skal indfase, uddanne i og operere med flere systemer samtidig. Dette både af hensyn til logistik og ud fra Forsvarets grundlæggende train as you fight-doktrin, hvor det er afgørende, at soldaterne altid kun har ét system at forholde sig til, som kan bakkes op logistisk i INTOPS, og som sikrer samme mobilitet, vægt og beskyttelsesniveau. Af de ovenfor nævnte grunde, har FMI således valgt ikke at udbyde den supplerende anskaffelse.

...”

Parterne skriftvekslede herefter yderligere, men de fastholdt hver deres standpunkter.

FMI's nærmere oplysninger om indkøbene m.v.

Beskyttelsesvestsystemet

FMI har oplyst, at den nuværende leverandøraftale omfatter leverancer af et komplet ballistisk beskyttelsesvestsystem, som udover selve vesten også inkluderer soft armor, ballistiske beskyttelsesplader i fronten, ryggen og siderne af vesten, og som opfylder kravene i [REDACTED] på området. Herudover omfatter systemet et sæt X-frame stænger, som bevirker, at vægten fra skulderen, ryggen og nakken aflastes ned til hofterne.

Til illustration ses nedenfor systemet i en tilfældig konfiguration:

Beskyttelsesvest M/12



Systemet består i hovedsagen af patenterede dele og dele, som er ”født” til at operere sammen med de patenterede dele og dermed også ”født” til at være umiddelbart kompatible hermed. Det er FMI’s faglige vurdering, at op mod ca. 90 % af værdien af det samlede indkøb udgøres af disse patenterede og umiddelbart kompatible dele.

FMI har oplyst, at styrelsen arbejder med systemhus-aftaler i situationer, hvor beskyttelsesniveauet til personelsikkerheden er et grundlæggende element. Systemhus-ansvaret betyder, at FMI køber en samlet løsning hos én leverandør, således at fremtidige tilpasninger og supplerende ydelser ikke tilkøbes fra tredjemand, men derimod også fra den oprindelige leverandør, som dermed fortsat har ansvaret for, at den pågældende ”særlige” kapacitet leverer præcis den effekt, som hele tiden har været forudsætningen med anskaffelsen. Når beskyttelseshensynet er et grundlæggende element, vil FMI ikke selv tilkøbe tredjemandsprodukter og montere disse på aktivet. I givet fald ville FMI overtage systemansvaret, men uden at have ekspertisen til det.

Patenter

Beskyttelsesvestsystemet rummer flere patenter, som er afgørende for systemets funktion, herunder den aflastningsmekanisme, som er inkorporeret i vesten. Aflastningsmekanismen udgøres af et sæt X-frame stænger, som bevirker, at vægten fra skulderne, ryggen og nakken aflastes ned til hofterne, så

soldaten belastes mindst muligt. X-frame-systemets topende indføres på vest-systemets rygstykke i to kanaler og fastgøres i to spænder. X-frame-systemets bundende fastgøres i Tyr Brokos-bæltet med tap og sikkerhedssplit. X-frame-systemet er størrelsesbestemt og leveres i ni forskellige længder og er justerbart, så det kan tilpasses varierende kropslængder.

Konkret er op mod 50 % af værdien af det samlede indkøb omfattet af patenter, som tilhører TYR. Patentet er meddelt som europæisk patent under EP2645046.

Interoperabilitetskrav og kompatible dele

Foruden den patenterede del består systemet også af andre komponenter, som er ”født” til at virke sammen med de patenterede dele, og som dermed også er ”født” til at være kompatible hermed. Konkret er det op mod 40 % af værdien af de samlede indkøb, der er specielt designet til at være kompatibel med de patenterede dele, herunder ud fra FMI’s og Forsvarets konkrete ønsker.

De kompatible dele er vestens frontstykke, skulderbeskyttelse, mavebeskyttelsesplade og cummerbund (mavebælte), der er fastgjort til rygstykke og fastgøres på frontstykke, når vesten anlægges, og sikrer, at vesten fastholdes tæt til kroppen. Derudover udgøres de kompatible dele af halskrave, overarms- og lårbeskyttelse, soft armor i front, ryg og side og projektilbeskyttende plader i front, ryg og side, som dermed udgør systemets samlede beskyttelse.

Kontrakhistorikken

I 2012 indgik FMI med hjemmel i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 13, litra f, en government-to-government aftale – en såkaldt ”FMS-case” (”Foreign Military Sale”) med den amerikanske stat om anskaffelse af et ballistisk beskyttelsesvestsystem fra den amerikanske leverandør, TYR. Danske soldater har således fra 2012 trænet i og anvendt TYRs patenterede system. Systemet har siden 2012 undergået en udvikling, så det dels løbende er blevet forbedret, dels er blevet tilpasset FMI’s specifikke behov. Sidstnævnte førte bl.a. til, at FMI i 2018 lod den FMS-baserede aftale afløse af en rammeaftale med TYR med en løbetid på 7 år til udløb i 2025.

Rammeaftalerne

Den gældende rammeaftale med TYR udløber i 2025. FMI er nødt til at tilpasse rammeaftalen på flere måder, herunder bl.a. fordi der er opstået behov

for at anskaffe nye dele, f.eks. frontstykker til kvinder, men også at anskaffe de ballistiske skjolde og stikveste, som hører til vestsystemet. Indkøbsbehovet er således for nuværende at supplere veste, aflastningssystem og øvrige komponenter, som allerede er fuldt implementeret i de danske styrkers trænings- og uddannelsesforløb, og som har været anvendt og videreudviklet siden 2012.

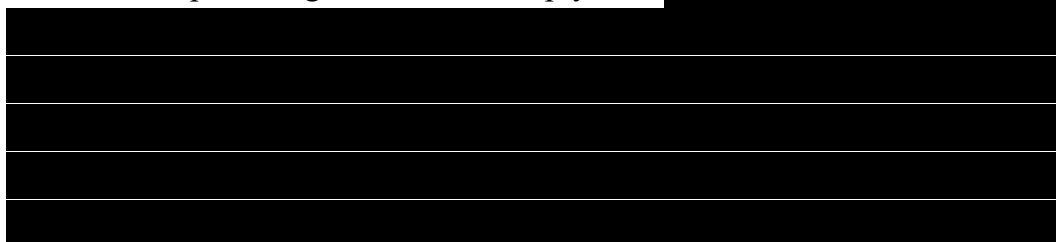
Øvrige oplysninger

Grandt har under klagesagen fremlagt udtalelser fra tre andre leverandører på markedet for ballistiske beskyttelsesvestsystemer. Disse leverandører er Point Blank Enterprises, Inc., Coneen Protection og Leading Technology Inc. Grandt har i den forbindelse fremhævet, at der er en stor konkurrence på markedet for ballistiske beskyttelsesvestsystemer, og at dette taler for, at FMI var forpligtet til at afholde et udbud, der kunne afdække, om FMI's behov og krav til funktionsdygtighed og funktionelle egenskaber kunne opfyldes bedre og/eller billigere af leverandører, der anvender andre (måske mere innovative) tekniske løsningsmuligheder end dem, som anvendes af TYR.

Grandt har desuden fremlagt beregninger, som virksomheden har foretaget over eventuelle omstillingsomkostninger, som FMI vil have ved udskiftning af alle beskyttelsesveste på en gang. Det er Grandts vurdering, at omstillingsomkostningerne udgør ca. 10,8 mio. kr. og ikke 500 mio. kr., som anført af FMI.

FMI har oplyst, at kontraktparten på rammeaftalen fra 2018 er TYR, men at kontrakten er indgået på basis af det amerikanske FMS-system, hvor FMI som myndighed i et allieret land får lov til – med den amerikanske regerings mellemkomst – at indgå aftale med en amerikansk virksomhed om eksport af amerikansk våbentechnologi.

På Grandts opfordring har FMI bl.a. oplyst, at



██████████ I det hele taget løser specialkorpsene mange forskelligartede opgaver, og de har derfor generelt meget forskelligt materiel, som anvendes efter, hvad der passer bedst til den pålagte opgave.

FMI har oplyst, at en udskiftning af alle beskyttelsesveste vil medføre et værdispild på op imod 500 mio. kr. svarende til eksisterende brugbart udstyr, der i givet fald vil blive ubrugeligt. FMI har over for klagenævnet nærmere redegjort for beregningen af beløbet på 500 mio. kr.

Retsgrundlaget

Af forsvars- og sikkerhedsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2009-07-13 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17 og 2004/18 (2009/81)) fremgår bl.a.:

”Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union har – under henvisning til ..., og ud fra følgende betragtninger:

...

38) Der er behov for, at de tekniske specifikationer, der udarbejdes af ordregivende myndigheder/ordregivere, sikrer, at der skabes muligheder for en konkurrencesituation ved tildeling af kontrakter. Derfor skal det være muligt at afgive tilbud, så de afspejler mange forskellige tekniske løsningsmuligheder. For at dette skal kunne lade sig gøre, skal det være muligt at fastsætte de tekniske specifikationer i form af funktionsdygtighed og funktionelle krav. Omvendt skal de ordregivende myndigheder/ordregiverne tage hensyn til tilbud baseret på andre tilsvarende løsningsmuligheder, hvis der refereres til en europæisk standard eller til en international eller national standard, herunder standarder for forsvarsområdet. Tilsvarende løsningsmuligheder kan bl.a. vurderes i forhold til kravene om interoperabilitet og operationel effektivitet. Tilbudsgiverne bør kunne benytte ethvert bevismiddel for at godtgøre, at der er tale om en tilsvarende løsning. De ordregivende myndigheder/ordregiverne skal kunne begrunde enhver beslutning om, at der i et givet tilfælde ikke er tale om en tilsvarende løsning. I øvrigt findes der internationale standardiseringsaftaler, som skal sikre de væbnede styrkers interoperabilitet, og som kan have retskraft i medlemsstaterne. I tilfælde af, at en af de pågældende aftaler finder anvendelse, kan de ordregivende myndigheder/ordregiverne kræve, at tilbuddene er i overensstemmelse med de standarder, der er omhandlet i aftalerne. De tekniske specifikationer bør være

klart angivet, således at alle tilbudsgivere er klar over, hvad de krav, som de ordregivende myndigheder/ordregiverne har stillet, omfatter.

...

52) Det kan forekomme, at der i forbindelse med visse indkøb inden for rammerne af dette direktiv kun er én økonomisk aktør, der er i stand til at udføre kontrakten, fordi aktøren har enerettigheder eller af tekniske årsager. I sådanne tilfælde bør den ordregivende myndighed/ordregiveren kunne tildele kontrakter eller rammeaftaler direkte til denne ene økonomiske aktør. Dog bør de tekniske årsager, der anvendes som begrundelse for, at kun en enkelt økonomisk aktør kan udføre kontrakten, defineres nøje og dokumenteres i hvert enkelt tilfælde. De kunne f.eks. bestå i, at det ifølge en objektiv teknisk vurdering ikke er muligt for en anden kandidat end den valgte økonomiske aktør at opfylde de krævede mål, eller at det er nødvendigt at anvende specifik knowhow, specifikke værktøjer eller midler, som kun en enkelt aktør har til sin rådighed. Dette kan f.eks. forekomme i forbindelse med ændring eller eftermontering af særligt komplekst materiel. Tekniske årsager kan også findes i krav om specifik interoperabilitet eller sikkerhedskrav, der skal opfyldes for at sikre de væbnede styrkers eller sikkerhedsstyrkernes funktionsdygtighed.

...

udstedt følgende direktiv:

...

Definitioner

Art. 1

I dette direktiv forstås ved:

...

4) ”vareindkøbskontrakter”: andre kontrakter end bygge- og anlægskontrakter, som vedrører køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer.

En kontrakt, som vedrører levering af varer, og som accessorisk omfatter monterings- og installationsarbejde, betragtes som en ”vareindkøbskontrakt”

5) ”tjenesteydelseskontrakter”: andre kontrakter end bygge- og anlægskontrakter eller vareindkøbskontrakter, der vedrører tjenesteydelser.

En kontrakt, der vedrører både varer og tjenesteydelser, betragtes som en ”tjenesteydelseskontrakt”, hvis værdien af de pågældende tjenesteydelser overstiger værdien af de varer, kontrakten omfatter.

...

Særlige undtagelser

Art. 13

Dette direktiv finder ikke anvendelse på følgende forhold:

...

f) kontrakter, som en regering tildeler en anden regering vedrørende:

- i) levering af forsvarsmateriel eller følsomt udstyr eller
- ii) bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser, der er direkte knyttet til sådant udstyr, eller
- iii) bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser til specifikt militære formål eller følsomme bygge- og anlægsarbejder og følsomme tjenesteydelser

...

Tilfælde, der kan begrunde anvendelsen af udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse

Art. 28

I nedenstående tilfælde kan de ordregivende myndigheder/ordregiverne indgå kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og som krævet i artikel 30, stk. 3, skal de begrunde anvendelsen af denne procedure i bekendtgørelserne om indgåede kontrakter:

1) for så vidt angår bygge- og anlægskontrakter, vareindkøbskontrakter og tjenesteydelseskontrakter:

...

e) når kontrakten af tekniske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt økonomisk aktør.

...

3) for så vidt angår vareindkøbskontrakter:

a) ved supplerende leveringer fra den oprindelige leverandør til delvis fornyelse af sædvanlige leveringer eller installationer eller til udvidelse af allerede foretagne leveringer eller installationer, når et leverandørskifte ville gøre det nødvendigt for den ordregivende myndighed/ordregiveren at anskaffe udstyr, som på grund af en forskel i teknisk beskaffenhed ville medføre teknisk

uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse.

Løbetiden for disse kontrakter samt for kontrakter, der kan fornyes, må ikke overstige fem år, bortset fra under særlige omstændigheder, der fastslås under hensyntagen til leveret materiel og leverede installationers eller systemers forventede levetid og de tekniske vanskeligheder, som et leverandørskifte kunne medføre.

...
...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 2

Grandt har gjort gældende, at FMI ikke har løftet sin bevisbyrde for, at betingelserne for at anvende undtagelsesbestemmelsen i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 28, stk. 1, litra e, er opfyldt.

FMI har oplyst, at baggrunden for ønsket om at indkøbe det ballistiske beskyttelsesvestsystem m.v. hos TYR er, at købet omfatter komponenter, som er patenterede af TYR. FMI har dog dermed ikke godtgjort andet og mere, end at FMI gerne vil kunne fortsætte med at indkøbe det ballistiske beskyttelsesvestsystem, som FMI uden at afholde udbud har indkøbt siden 2012, og at delkomponenter i dette beskyttelsesvestsystem har opnået patentbeskyttelse. FMI har derimod ikke løftet sin bevisbyrde for, at der kun findes én leverandør på markedet, som kan levere ballistiske beskyttelsesvestsystemer, der opfylder FMI's behov og krav til funktionsdygtighed og funktionelle egenskaber, herunder krav, som har betydning for soldatens mobilitet og sikkerhed såsom vægt/aflastning af vægt, materialetykkelse og beskyttelsesniveau.

Der findes en lang række leverandører af ballistiske beskyttelsesvestsystemer, der kan opfylde FMI's behov med deres eksisterende produktudbud. Hertil kommer, at leverandørerne på dette marked er i stand til at foretage specialtilpasninger ud fra FMI's og Forsvarets anvisninger på samme måde, som TYR har gjort det. De vil også hver især kunne indgå underleveranceaftaler med leverandører af delkomponenter, der kan opfylde FMI's behov, akkurat som TYR tidligere har indgået underleveranceaftaler med leverandører af visse dele af systemet.

Grandt har indhentet udtalelser fra enkelte af de øvrige leverandører på markedet for ballistiske beskyttelsesvestsystemer. Der er mange leverandører på dette marked, og der er på verdensplan en intens konkurrence om kontrakter med militær, politi, hjemmeværn, sikkerhedsfirmaer m.v. om leverance af disse systemer og produkter. Alle andre indkøbsenheder i EU, der ligesom FMI er undergivet forsvarsdirektivets regler om konkurrenceudsættelse, udbyder jævnligt systemer og produkter, som på alle måder svarer til de produkter, som FMI har ment kun at kunne identificere én leverandør af.

Konstateringen af, at der findes en effektiv konkurrence på markedet for ballistiske beskyttelsesvestsystemer, er i sig selv tilstrækkelig til, at FMI er forpligtet til at afholde et udbud, der kan afdække, om FMI's behov og krav til funktionsdygtighed og funktionelle egenskaber kan opfyldes bedre og/eller billigere af leverandører, der anvender andre (måske mere innovative) tekniske løsninger end dem, som TYR anvender.

I profylaksebekendtgørelsen henviste FMI som begrundelse for den direkte tildeling til, at "TYR Tactical ejer patentrettighederne til aflastningssystemet, som det ballistiske beskyttelsesvestsystem også består af". FMI har også anført, at den patenterede "aflastningsmekanisme, som er inkorporeret i vesten", er "helt afgørende for systemets funktion". FMI har imidlertid ikke nærmere oplyst, hvorfor FMI's krav til vægt/aflastning af vægt og mobilitet kun kan opfyldes af ballistiske beskyttelsesvestsystemer, der anvender den aflastningsmekanisme, som er integreret i TYRs beskyttelsesvestsystem.

Det beskyttelsesvestsystem, som produceres af TYR, blev udviklet for 10 år siden og fremstår i dag forældet. Produktionen af beskyttelsesvestsystemer har ændret sig meget over de sidste 10 år for så vidt angår både materialer og design. De fleste beskyttelsesvestsystemer er i dag væsentligt lettere og tyndere end TYRs produkter, uden at der dermed er gået på kompromis med kravene til beskyttelsesniveau. Samtidig findes der en række andre metoder til aflastning af vægten end det aflastningssystem, der anvendes af TYR.

FMI har anført, at der er tale om en "supplerende anskaffelse", og at det ikke vil "være en operationelt mulig løsning, såfremt Forsvaret skal indfase, udanne i og operere med flere systemer samtidigt. Dette både af hensyn til logistik og ud fra Forsvarets grundlæggende "train as you fight"-doktrin, hvor det er afgørende, at soldaterne altid kun har ét system at forholde sig til,

som kan bakkes op logistisk i INTOPS ("Internationale operationer"), og som sikrer samme mobilitet, vægt og beskyttelsesniveau". En 10-årig rammeaftale om indkøb af ballistiske beskyttelsesvestsystemer og en 17-årig rammeaftale om reservedele og tjenesteydelser, der har en samlet anslået værdi på 1,25 mia. kr., kan imidlertid ikke kvalificeres som en "supplerende anskaffelse".

Grandt er desuden ikke enig i FMI's postulat om, at det ikke er muligt at uddanne og træne soldater i at bruge nye ballistiske beskyttelsesvestsystemer i takt med, at de gamle og forældede beskyttelsesvestsystemer udfases. Postulatet harmonerer ikke med, at FMI afholder udbud af både uniformer, ballistiske hjelme, ballistiske underbukser, ballistiske briller, handsker og pouches, der bruges sammen med de ballistiske beskyttelsesvestsystemer.

Postulatet harmonerer heller ikke med, at de danske specialkorps, Frømandskorpset og Jægerkorpset, i lighed med en række tilsvarende enheder i andre NATO-lande, aldrig synes at have haft problemer med at udfase forældede systemer og løbende anskaffe nye systemer. I betragtning af, at disse specialkorps ikke bare træner til kamp, men også jævnligt er engageret i kamp, synes dette at bekræfte, at FMI's mange henvisninger til "train as you fight"-doktrinen snarere er udtryk for et forklaringsproblem end for en reel forklaring på, hvorfor FMI mener helt at kunne afvise, at der kan indkøbes nye og forbedrede udgaver af ballistiske beskyttelsesveste i den periode, hvor FMI helt uden konkurrenceudsættelse har valgt at indkøbe veste fra TYR. En periode, der angiveligt har varet siden 2012, og som forventes at vare mindst yderligere 17 år. Det er meget lang tid at undlade at undersøge, om markedet kan tilbyde bedre, billigere eller på andre måder mere oplagte produkter at bruge mange hundrede millioner kroner på.

Forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 28, stk. 1, litra e, er som anført en undtagelsesbestemmelse. Det følger af EU-Domstolens faste praksis, at en undtagelsesbestemmelse som artikel 28, stk. 1, litra e, skal fortolkes indskrænkende, og at ordregiveren har bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder, som berettiger undtagelsen, faktisk foreligger. Grandt har i den forbindelse henvist til EU-Domstolens dom i sag C-199/85, Kommissionen mod Italien, præmis 14, dom i sag C-328/92, Kommissionen mod Italien (Ascoli-Mare), præmis 15-17, og dom i sag C-57/94, Kommissionen mod Italien, præmis 24 og 27.

FMI er berettiget til at stille krav om kompatibilitet og dokumentation for kompatibilitet i forbindelse med indkøb af komponenter og reservedele til de TYR-beskyttelsesveste, som allerede er indkøbt og i brug. Kravet om kompatibilitet vil dog kun kunne skabe en eneleverandørsituation, som berettiger FMI til at foretage direkte indkøb hos TYR i medfør af forsvarsdirektivets artikel 28, stk. 1, litra e, hvis det på forhånd er klart, at markedet ikke er i stand til at tilbyde kompatible komponenter og reservedele til de TYR-beskyttelsesveste, som allerede er indkøbt, enten fordi der er tale om komponenter eller reservedele, som er beskyttet af ”enerettigheder”, der tilhører TYR, og derfor ikke lovligt kan fremstilles af andre virksomheder, eller fordi der er tale om komponenter eller reservedele, som af ”tekniske årsager” ikke kan leveres af andre virksomheder, fordi det er afgørende for soldaternes sikkerhed, at alle komponenter i beskyttelsesvesten produceres og leveres af den samme leverandør, jf. forsvarsdirektivets artikel 28, stk. 1, litra e.

Er der tvivl om, hvorvidt markedet kan tilbyde kompatible produkter, er FMI til gengæld forpligtet til at teste markedet ved at afholde et udbud. Under udbuddet kan der stilles krav om, at tilbudsgiverne godtgør og forpligter sig til at sikre, at de tilbudte komponenter/reservedele rent faktisk er kompatible med TYRs beskyttelsesveste, og at de tilbudte kompatible produkter kan produceres uden at krænke eventuelle enerettigheder, som måtte tilhøre TYR. Konkurrencereglerne vil i denne forbindelse være til hinder for, at TYR uden saglig grund forsøger at modsætte sig eller vanskeliggøre brugen af kompatible komponenter og reservedele.

FMI har ikke løftet sin bevisbyrde for, at det på forhånd kan anses for udelukket, at markedet vil kunne tilbyde komponenter og reservedele, som er kompatible med TYR-beskyttelsesveste.

FMI gør gældende, at en række af de komponenter, som indgår i en TYR-beskyttelsesvest, er patenterede. Dette udsagn fortæller imidlertid ikke i sig selv noget om, hvorvidt en TYR-beskyttelsesvest også kan fungere sammen med f.eks. soft armor og hard armor, som er lovligt produceret af andre virksomheder, dvs. produkter som er kompatible, uden at de dermed krænker TYRs enerettigheder. Det er muligt, at FMI mener, at de komponenter, som fremstilles af TYR, har en række kvalitetsmæssige fordele. Et ønske om at indkøbe en bestemt kvalitet må imidlertid tilgodeses ved, at der under et udbud fastsættes (objektive og sagligt begrundede) kvalitetsmæssige mindstekrav eller kvalitetsmæssige tildelingskriterier. FMI kan således ikke undlade

at afholde udbud, blot fordi FMI ønsker at indkøbe præcis den kvalitet, som TYR kan tilbyde.

FMI kan ikke kræve at få opfyldt sit ønske om kun at have én leverandør, som påtager sig et samlet ”systemhus-ansvar”, når FMI har behov for at indgå en ny aftale om levering af reservedele og komponenter til beskyttelsesveste, som allerede er indkøbt og i brug. En sådan ny aftale om levering af reservedele og komponenter til allerede indkøbte beskyttelsesveste er udbudspligtig, selv om FMI ser en fordel ved, at det er den hidtidige leverandør af beskyttelsesvestene – og ikke FMI eller en eventuel anden ny leverandør af komponenter og reservedele – som bærer ansvaret for kompatibilitet og sikkerhed.

Postulatet om, at FMI har behov for kun at have én leverandør, der påtager sig det samlede ”systemhus-ansvar”, harmonerer ikke med, at FMI ikke tidligere har haft problemer med en flerleverandør-situation, hvor FMI har indkøbt beskyttelsesveste og komponenter hertil fra forskellige leverandører. FMI har f.eks. tidligere foretaget selvstændige indkøb af soft armor og hard armor til brug i veste, som var leveret af Grandt. Frømandskorpset benytter beskyttelsesveste



Eksemplerne viser, at FMI ikke har haft problemer med at udskifte hard armor til specialstyrkernes beskyttelsesveste med hard armor fra TYR, selv om dette skaber en flerleverandør-situation. Eftersom FMI's argument om systemansvar ikke har været til hinder for en indkøbspraksis, der går ud på at indkøbe så mange produkter som muligt fra TYR, fremstår argumentet usagligt og opfundet til lejligheden.

Beskyttelsesveste adskiller sig ikke fra andre varige forbrugsgoder, som indkøbes løbende på rammeaftaler, og som med jævne mellemrum må udbydes på ny. I forhold til sådanne produkter vil et leverandørskifte altid betyde, at ordregiveren må overveje, om den økonomisk mest rationelle løsning vil være at udskifte alle produkter på én og samme tid, eller om den økonomisk

mest rationelle løsning vil være at løse udfordringen med at håndtere to typer af samme produkt i en overgangsfase. Udbudsdirektiverne åbner til gengæld ikke mulighed for, at en ordregiver helt kan undlade udbud med henvisning til, at det er for dyrt at skifte leverandør.

I realiteten hævder FMI, at hæren aldrig vil kunne skifte leverandør af beskyttelsesveste, men er bundet til TYR til evig tid. Hæren vil til enhver tid have beskyttelsesveste, der dækker det aktuelle behov. Hvis hæren kun kan håndtere én type beskyttelsesveste, vil et leverandørskifte altid forudsætte, at alle beskyttelsesveste udskiftes på én og samme tid, og ifølge FMI vil en sådan beslutning aldrig kunne være økonomisk rationel.

Denne udlægning af FMI's argumentation udstiller, at argumentet om, at det er for dyrt at udskifte alle beskyttelsesveste på én og samme tid, ikke kan være et argument for at undlade udbud. Det kan udelukkende være et argument for, at FMI må gøre sig umage med at finde ud af, hvordan det er muligt at håndtere to typer beskyttelsesveste i en overgangsfase uden at kompromittere soldaternes sikkerhed.

Grandt er ikke enig i, at det er umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt for FMI at håndtere to typer beskyttelsesveste. Det er heller ikke umuligt eller uforholdsmæssigt dyrt for FMI at udskifte samtlige beskyttelsesveste på én og samme tid.

I forhold til, at det ikke er umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt for FMI at *håndtere to typer beskyttelsesveste* er det Grandts opfattelse, at en soldat har brug for en vest, der kan variere med hensyn til "mobilitet, vægt og beskyttelsesniveau". F.eks. har en soldat på et køretøj som regel mindre ballistik og beskyttelse, fordi han/hun skal kunne bevæge sig mere på mindre plads, og fordi truslen ikke er den samme, som hvis han/hun er til fods på patrulje. En beskyttelsesvest er netop derfor forsynet med lommer og består af forskellige komponenter, som soldaten påmonterer for at tilpasse vesten med hensyn til "mobilitet, vægt og beskyttelsesniveau" i forhold til den konkrete opgave og funktion.

FMI har desuden postuleret, men ikke dokumenteret eller sandsynliggjort, at "train as you fight"-doktrinen skulle være til hinder for, at FMI håndterer to typer beskyttelsesveste i en overgangsfase ved eksempelvis at sørge for, at alle eller bestemte grupper soldater lærer at bruge både den gamle og den nye

type beskyttelsesvest, eller ved at sørge for, at alle soldater inden for en bestemt gruppe bruger den samme type beskyttelsesvest under træning og i kamp. Det tager en soldat ganske få minutter at lære at tage en ny beskyttelsesvest på og påmontere de relevante komponenter, og der er ikke noget til hinder for, at en soldat lærer at bruge to forskellige typer beskyttelsesveste. Det kræver ikke meget tilvænning for en soldat at lære at bruge en lettere vest, der har et højere beskyttelsesniveau, og det er under alle omstændigheder umagen værd at bruge tid på denne tilvænning.

I forhold til, at det ikke er umuligt eller uforholdsmæssigt dyrt for FMI at *udskifte samtlige beskyttelsesveste* på én og samme tid er det Grandts opfattelse, at et leverandørskifte ikke vil tvinge FMI til at kassere sit nuværende lager af ballistiske beskyttelsesveste med tilhørende komponenter og reservedele. FMI's beregning af værdispildet på 500 mio. kr. ved at kassere det lager, som ikke kan genbruges, hvis FMI er tvunget til at udskifte alle beskyttelsesveste på én og samme tid, er ikke korrekt.

FMI har oplyst, at hæren omfatter ca. 8.000 soldater. Grandt har kendskab til de priser, som TYR anvendte over for FMI i 2013, og til den forventede levetid og holdbarhed af TYRs nylonveste, hard armor og soft armor. Grandt har kendskab til de ordrer på hard armor, som er produceret af virksomheden Tencate. Grandt har også kendskab til, at FMI i foråret 2022 har doneret 2.000 beskyttelsesveste til Ukraine.

På dette grundlag har Grandt beregnet, at en udskiftning af alle beskyttelsesveste på én og samme tid risikerer at påføre FMI en omstillingsomkostning (svarende til værdispildet ved at kassere det lager, som ikke kan genbruges) på ca. 10,8 mio. kr. (altså knap 11 mio. kr. mod 500 mio. kr., som FMI påstår). Selv om et leverandørskifte måtte påføre FMI en omstillingsomkostning på knap 11 mio. kr., kan en omstillingsomkostning i denne størrelsesorden under alle omstændigheder ikke betragtes som eksorbitant eller uproportional, når den sammenholdes med, at de nye rammeaftaler, som FMI har indgået med TYR, ifølge profylaksebekendtgørelsen har en samlet anslået værdi på 1,25 mia. kr.

FMI har gjort gældende, at det følger af systemhus-ansvaret og de hensyn, som begrundes dette – i den konkrete sag særligt, at der er tale om udrustning af direkte betydning for soldaternes sikkerhed – at FMI ikke kan foretage udbud af supplerende veste og komponenter hertil.

Eneleverandørsituation

Der foreligger en situation, som er omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 28, stk. 1, litra e. FMI har indkøbt og anvendt TYRs beskyttelsesvestsystem siden 2012, hvor dette blev implementeret i Forsvaret i medfør af forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 13, litra f, om government-to-government anskaffelser. Systemet er efterfølgende både blevet forbedret og tilpasset FMI's specifikke behov.

Der er to afgørende forudsætninger, som klagenævnet skal tage i betragtning. For det første er det helt afgørende, at beskyttelsesvestsystemet netop er ét system. Det er vigtigt ikke at undervurdere systemets samlede kompleksitet, selvom man måske umiddelbart kan tænke, at der jo blot er tale om en lidt mere avanceret udgave af en vest, som de fleste mennesker måske kender fra dagligdagen. Det er imidlertid netop en af styrkerne og det, som gør systemet yderst brugbart, at det på en og samme tid rummer nogle sofistikerede løsninger til etablering af soldaternes personlige sikkerhed samtidig med, at systemet sikrer maksimal bevægelsesfrihed i arbejdszonen.

Grandt kan efterlade det indtryk, at beskyttelsesvestsystemet nærmest er som et sæt tøj, hvor det er uden betydning, hvilken leverandører og underleverandører de enkelte "beklædningsgenstande" kommer fra. Det er ikke tilfældet. Beskyttelsesvestsystemet er én enhed og ét system, der som følge af enhedens forskellige elementer kan konfigureres efter behov, men altid sådan, at enhedens samlede beskyttelseseffekt bevares, og at denne effekt garanteres af producenten, der har rettigheder til design og patenter, og indsigt i, hvordan denne samlede effekt opnås.

For det andet er formålet med rammeaftalerne at supplere det eksisterende system og ikke at udfase og erstatte dette med et nyt system. Der skal heller ikke indkøbes et nyt system, således at Forsvaret fremadrettet skal have to beskyttelsesvestsystemer. Det er muligt – som Grandt hævder – at andre producenter også kan levere glimrende (men helt andre) systemer, men der er ikke noget i udbudsloven, som kan forpligte FMI og Forsvaret til at erstatte et eksisterende, velintegreret og gennemindarbejdet system til den direkte beskyttelse af soldaternes sikkerhed, blot fordi der er et behov for at supplere dette.

Grandt synes at bestride, at FMI har ret til at fortsætte med det eksisterende system, når den gældende leverandørkontrakt udløber i 2025. Grandts synspunkt er således ikke i klassisk forstand, at det konkrete komplette system falder uden for eneleverandørsituationen, men nærmere, at FMI helt bør fragå anvendelsen af systemet og i stedet foretage et udbud med henblik på at afdekke, om FMI bør anskaffe et helt nyt system samtidig med, at FMI skal udfase det, som aktuelt anvendes.

Det er FMI ikke forpligtet til. Rammeaftalerne vedrører som beskrevet for nuværende at supplere veste, aflastningssystem og øvrige komponenter, som allerede er fuldt implementeret i de danske styrkers trænings- og uddannelsesforløb, og som har været anvendt og udviklet siden 2012. Det vil ikke være en operationelt mulig løsning, hvis Forsvaret skal indfase, uddanne i og operere med flere systemer samtidig. Dette både af hensyn til logistik og ud fra Forsvarets grundlæggende ”train as you fight”-doktrin, hvor det er afgørende, at soldaterne altid kun har ét system at forholde sig til, som kan bakkes op logistisk i INTOPS, og som sikrer samme mobilitet, vægt og beskyttelsesniveau, som det soldaterne har trænet med og dermed er trygge ved.

En hel udskiftning vil medføre et værdispild for op imod 500 mio. kr. svarende til eksisterende brugbart udstyr, der i givet fald vil blive ubrugeligt. Den omstillingsomkostning, som ville skulle indlejres i et udbud af de supplerende ydelser, er eksorbitant og uproportional. Det følger af EU-Domstolens dom i sag T-345/03, *Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen* (Cordis), præmisserne 72-76, at det vil være sagligt at indbygge disse omstillingsomkostninger i et udbud, men dette understøtter netop eneleverandørtankegangen, idet det er mere korrekt, relevant og adækvat at anskue situationen som en eneleverandørsituation end at stille den teoretiske situation op, at FMI offentliggør en udbudsbekendtgørelse, som fordrer andre leverandørers ”tilsætning” af halve milliarder, før de kan være konkurrencedygtige.

Det er FMI’s faglige vurdering, at hvis styrelsen udbød enkeltdele af systemet, ville det ikke være muligt at opretholde den samme grad af personelsikkerhed som ved at bevare det nuværende samlede system. Beskyttelsesvestsystemet er altafgørende for soldaternes sikkerhed, og det er derfor også helt essentielt, at alle systemets komponenter er kompatible. FMI’s faglige vurdering beror på mangeårig ekspertise, som styrelsen udøver i sin funktion af at være den, der som indkøber har ansvaret for kravene til udstyret, som skal

sikre soldaternes sikkerhed. FMI ønsker ikke at gå på kompromis med netop personelsikkerheden.

Der kan ikke på området for soldaternes sikkerhed levnes mulighed for nogen form for – selv marginale – tilsidesættelser af de interoperabilitetskrav, som gør sig gældende ved anskaffelse af noget så essentielt som soldaternes personlige udrustning.

TYR har tidligere benyttet sig af underleverandører på visse dele af sit system, men det var i den indledende del af FMS-casen, hvorefter TYR overgik til selv at producere de pågældende komponenter. TYR har dog i hele systemets levetid – også da TYR anvendte underleverandør – haft det overordnede ansvar for kompatibiliteten af det samlede system.

Den løsning, som Grandt vil påtvinge FMI, er en løsning, hvor ansvaret for kompatibiliteten – og dermed for det samlede system – ikke længere findes hos én leverandør, men hos et antal leverandører og underleverandører, hvor ingen vil indestå for den samlede kompatibilitet og dermed beskyttelsesvestsystemets samlede effekt. Det er udelukket at bringe soldaterne i en sådan situation, idet ansvaret for kompatibiliteten og systemets sikkerhed også er ansvaret for soldaternes sikkerhed.

Det er et sagligt hensyn, at FMI vil have én leverandør, som er ansvarlig for beskyttelsesvestsystemets samlede kompatibilitet, og som dermed også er den leverandør, der leverer service og reservedele. FMI vil ikke have mange leverandører, som kun er ansvarlig for egne komponenter/ydelse, og som i tilfælde af svigt vil fralægge sig ansvaret og pege på, at det må placeres hos andre leverandører.

Grandts udsagn om, at FMI's synspunkter ikke harmonerer med, at FMI afholder udbud af både uniformer, ballistiske hjelme, ballistiske underbukser, ballistiske briller, handsker og pouches, der bruges sammen med de ballistiske beskyttelsesvestsystemer, er forkert. Ingen af de nævnte elementer i en soldats udrustning ”hænger sammen med” det ballistiske beskyttelsesvestsystem. Beskyttelsesvestsystemet fungerer uafhængigt af, hvilken uniform og hvilke ballistiske underbukser soldaten benytter, og uafhængigt af, hvilken ballistisk hjelm, ballistiske briller og handsker m.v. soldaten bruger.

Det fremgår ikke, hvad Grandt mener med, at de nævnte beklædningsgenstande m.m. bruges "... sammen med..." beskyttelsesvestsystemet. Det er en væsentlig sondring, om noget bruges "... sammen med..." beskyttelsesvestsystemet (underforstået, at det indgår i en komponentmæssig sammenhæng), og om noget bruges "... samtidig med..." beskyttelsesvestsystemet (men uden i øvrigt at have en komponentmæssig sammenhæng). De oplyste beklædningsdele og genstande er ikke ting, der bruges sammen med beskyttelsesvestsystemet, men noget, der bruges samtidig med beskyttelsesvestsystemet.

I forhold til specialkorpserne er der den meget væsentlige forskel til resten af Forsvaret, at de samlede omstillingsomkostninger for specialkorpserne er betydeligt lavere. Der er således i anskaffelsessituationen stor forskel på indkøb til og træning af hærens ca. 8.000 soldater på den ene side og specialkorpsernes få hundrede mand på den anden side.

Forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 28, stk. 3, litra a

Udover, at der er tale om en eneleverandørsituation, jf. artikel 28, stk. 1, litra e, er der desuden udelukkende tale om supplerende indkøb, som er omfattet af artikel 28, stk. 3, litra a. Det, som FMI vil anskaffe under rammeaftalerne, er således til supplerende af det eksisterende system og i en situation, hvor et leverandørskift ikke er en mulighed. Alternativet til supplerende indkøb (af f.eks. frontstykker til kvinder) hos den eksisterende leverandør er tredjepartsprodukter, som risikerer at medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse.

FMI er således ikke i markedet efter et nyt beskyttelsesvestsystem. FMI har et beskyttelsesvestsystem, og styrelsen kan ikke efter udbudsloven tilpligtes at købe et nyt beskyttelsesvestsystem, blot fordi de eksisterende kontrakter udløber.

Grandt har fremlagt tre udtalelser fra producenter, der gerne vil sælge beskyttelsesvestsystemer og/eller komponenter til FMI, og som allerede sælger til andre politi- og forsvarsmyndigheder. Bortset fra dokumentet fra Point Blank, som også oprindeligt skrev til FMI og ønskede mulighed for "indsalg", er der reelt tale om almindelige anprisninger af varer og producenter uden relevans for sagen. Det er muligt, at andre producenter også kan levere glimrende (men helt andre) systemer, men der er intet i udbudsloven, som

forpligter FMI til at indkøbe et nyt beskyttelsesvestsystem til Forsvaret, hvilket i sig selv vil betyde en omstillingsomkostning på 500 mio. kr. – dvs. 40 % af den anslåede mindsteværdi af rammeaftalerne over de næste op mod 17 år – svarende til værdien af eksisterende brugbart udstyr.

FMI fastholder og gentager, at værdispildet ved et leverandørskifte til et nyt beskyttelsesvestsystem eller til et sammensat beskyttelsesvestsystem med individuelle komponenter fra mange forskellige leverandører er i størrelsesordenen 500 mio. kr. Grandts beregninger er forkerte og under forudsætninger, der ikke lever op til ”train as you fight”-doktrinen, og hvad der er operationelt muligt. Grandts forudsætter således, at der ikke skal foretages en total genskaffelse, men at Forsvaret kan have flere beskyttelsesvestsystemer på samme tid. Der er imidlertid ikke ved en total udskiftning noget lager af betydning, som kan genbruges. Desuden henregner Grandt kun hærens ca. 8.000 mand, men tager ikke højde for Forsvarets og Hjemmeværnets samlede personel og undlader samtidig at indlægge den nødvendige ”faktor 2,3”, som både dækker over byttebeholdning, og at der i sagens natur ikke kan købes det 100 % nøjagtigt rigtige antal størrelser hjem til soldaterne, allerede fordi fra- og tiltræden i perioden mellem, at indkøbsordren afgives, og at et beskyttelsesvestsystem en dag skal bruges, kan ændre forholdene markant. Oplysninger om enhedspriser er i øvrigt kommercielt fortrolige og for ikke at gøre det muligt at ”regne baglæns”, har FMI ikke fremlagt et detaljeret regnestykke over værdispildet, som dog er fremsendt til klagenævnet.

De tre udtalelser dokumenterer, at risikoen for den situation, som FMI vil undgå, er helt reel, nemlig at FMI tilpligtes at udbyde systemkomponenter til en flæthed af selverklærede egnede producenter, hvorefter FMI til sidst er efterladt med et ”kludetæppe” af et beskyttelsesvestsystem, hvor ingen leverandører har det overordnede systemsvar. FMI må i den situation forlade sig på, at alle de mange leverandører lever op til deres forpligtelser, og at intet ”falder mellem stolene” og i øvrigt er kompatibelt i alle enkeltheder med TYRs patenterede dele.

Det fremgår ikke af betragtning 52 og 38 til forsvarsdirektivet, at FMI i denne situation skal købe et nyt beskyttelsesvestsystem, men FMI skal nøje overveje, om det er begrundet, at styrelsen har undladt at udbyde rammeaftalerne. Det er netop det, FMI har gjort. FMI har på den baggrund konkluderet, at

”train as you fight”-doktrinen og de afgørende hensyn til soldaternes sikkerhed, som doktrinen er udtryk for, berettiger til at anvende artikel 28, stk. 1, litra e.

Grandts henvisning til dommene i sag C-382/92 og sag C-57/94 støtter ikke, at FMI er forpligtet til at udbyde indkøb af et nyt beskyttelsesvestsystem, eller at FMI og Forsvaret skal begynde at indkøbe tredjepartskomponenter.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Klagenævnet afsagde den 5. april 2022 kendelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Af kendelsen fremgår bl.a.:

”FMI har i medfør af klagenævnslovens § 4 indrykket en profylaksebekendtgørelse om, at styrelsen påtænker at indgå to rammeaftaler med TYR om henholdsvis anskaffelse af ballistiske beskyttelsesvestsystemer og anskaffelse af reservedele og services i forbindelse med de anskaffede ballistiske beskyttelsesvestsystemer.

Af profylaksebekendtgørelsen fremgår følgende begrundelse for, at fremgangsmåden for indkøbet var udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse:

”...

- Kun en bestemt økonomisk aktør kan levere de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser af følgende årsag:
 - årsager, der vedrører beskyttelse af enerettigheder, herunder intellektuelle ejendomsrettigheder

Forklaring:

FMI ønsker at indgå rammeaftaler om anskaffelse af ballistisk beskyttelsesvestsystem og reservedele hertil. Efter FMI's vurdering kan disse ydelser kun anskaffes hos TYR Tactical, da rammeaftalerne på grund af tekniske årsager/beskyttelse af eksklusive rettigheder kun kan overdrages til denne leverandør. Dette skyldes, at TYR Tactical ejer patentrettighederne til aflastningssystemet, som det ballistiske beskyttelsesvestsystem også består af. Hertil kommer nødvendigheden af kompatibilitet mellem systemet og reservedelene, samt de øvrige tilhørende kritiske genstande, som skal fungere sam-

men med det ballistiske beskyttelsesvestsystem. Derudover begrundes sikkerhedsmæssige hensyn nødvendigheden af, at anskaffelsen leveres af en leverandør med det rette tekniske k[on]skab.

—

FMI vurderer derudover, at der ikke findes et rimeligt alternativ, og at den manglende konkurrence ikke er et resultat af en kunstig indskrænkning af udbudsvilkårene. FMI vurderer derfor, at betingelserne i forsvarsdirektivets [...] artikel 28, nr. 1, litra e, for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, er opfyldt.

—

FMI agter på den baggrund [at] indgå en 10-årig rammeaftale angående anskaffelse af ballistisk beskyttelsesvestsystem samt en 10-årig rammeaftale med option på yderligere 7 år (i alt 17 år) angående anskaffelse af reservedele hertil med TYR Tactical. FMI vurderer på baggrund af materiellets restlevetid, at der kan indgås aftale med en varighed, der overstiger 7 år. Hertil kommer, at et leverandørskifte vil være forbundet med tekniske vanskeligheder, da der vurderes at foreligge en eneleverandørsituation.

...”

Som det fremgår, har FMI i bekendtgørelsen begrundet den direkte tildeling af rammeaftalerne til TYR med, at der foreligger en eneleverandørsituation efter forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 28, stk. 1, litra e. FMI har i den senere korrespondance med Grandt og under klagesagen yderligere begrundet tildelingen med, at der er tale om et supplerende indkøb, som er omfattet af artikel 28, stk. 3, litra a.

Klagenævnet lægger efter FMI's oplysninger til grund, at TYR har leveret ballistiske beskyttelsesvestsystemer til FMI siden 2012 i medfør af forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 13, litra f, der vedrører kontrakter, som en regering tildeler en anden regering. FMI lod efter det oplyste i 2018 den FMS-baserede aftale afløse af en rammeaftale med TYR med en løbetid på 7 år til udløb i 2025. Klagenævnet lægger desuden til grund, at TYR har patenteret en betydelig del af værdien af det leverede beskyttelsesvestsystem, og at en betydelig del af værdien af den øvrige del af det leverede beskyttelsesvestsystem er kompatibelt med den patenterede del.

FMI har oplyst, at styrelsen ikke udfaser det eksisterende beskyttelsesvestsystem, og at en hel udskiftning ville medføre et værdispild for op imod 500 mio. kr. svarende til eksisterende brugbart udstyr, der i givet fald vil blive ubrugeligt.

FMI er ikke efter udbudsreglerne forpligtet til at iværksætte et udbud med indkøb af et nyt ballistisk beskyttelsesvestsystem til erstatning af det eksisterende, uanset den anslåede værdi af de tildelte rammeaftaler.

Klagenævnet har ikke grundlag for at tilsidesætte FMI's oplysning om, at det ud fra "train as you fight"-doktrinen er afgørende, at soldaterne kun har ét beskyttelsesvestsystem at forholde sig til, eller for at tilsidesætte det anførte om den sikkerhedsmæssige betydning af, at alle dele af beskyttelsesvestsystemet leveres af den samme leverandør, herunder for at sikre kompatibilitet. Herefter og efter det anførte foreligger der således en eneleverandørsituation. Betingelserne for at anvende undtagelsesbestemmelsen i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 28, stk. 1, litra e, er derfor efter de foreliggende oplysninger opfyldt.

Der er herefter på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at Grandt vil få medhold i påstand 1, og der er derfor heller ikke udsigt til, at påstanden om annullation af beslutningen om at tildele TYR rammeaftalerne vil blive taget til følge."

Klagenævnet lægger fortsat til grund, at FMI ikke ved de indgåede rammeaftaler med TYR udfaser det eksisterende beskyttelsesvestsystem, og at rammeaftalerne således er udtryk for supplerende indkøb.

Grandt har bestridt FMI's beregning af værdispildet ved en udskiftning af alle beskyttelsesveste på 500 mio. kr. og har selv foretaget en beregning, som viser et værdispild på 10,8 mio. kr. Grandt har på den baggrund anført, at omstillingsomkostninger i denne størrelsesorden under alle omstændigheder ikke kan betragtes som eksorbitante eller uproportionale, når de sammenholdes med værdien af de nye rammeaftaler, som FMI har indgået med TYR.

Der er ikke efter klagenævnets delkendelse fremkommet oplysninger, som giver grundlag for at tilsidesætte FMI's oplysning om, at det ud fra "train as you fight"-doktrinen er afgørende, at soldaterne kun har ét beskyttelsesvestsystem at forholde sig til. FMI vil derfor ved indkøb af nye og anderledes beskyttelsesvestsystemer have omstillingsomkostninger eller værdispild svarende til værdien af det eksisterende brugbare udstyr. Klagenævnet kan ikke alene på grundlag af Grandts beregninger tilsidesætte FMI's opgørelse af værdispildet til 500 mio. kr., som FMI har redegjort for over for klagenævnet, og FMI var derfor ikke allerede som følge af værdispildets størrelse forpligtet til at iværksætte et udbud af ballistiske beskyttelsesveste.

Det er ubestridt, at ikke kun TYR, men også andre virksomheder på markedet kan levere ballistiske beskyttelsesvestsystemer. TYR har dog patenteret en betydelig del af værdien af det leverede beskyttelsesvestsystem, og en betydelig del af værdien af den øvrige del af det leverede beskyttelsesvestsystem er kompatibelt med den patenterede del. Hvis der måtte være andre leverandører, der vil kunne levere kompatible dele til TYRs patenterede dele, vil det medføre, at FMI ikke vil kunne holde én leverandør alene ansvarlig for det samlede ballistiske beskyttelsesvestsystem. Under hensyn til indkøbets personsikkerhedsmæssige karakter finder klagenævnet, at det er sagligt, at FMI har stillet krav om, at én leverandør alene skal være ansvarlig.

Efter det anførte har FMI løftet bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder i undtagelsesbestemmelsen i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 28, stk. 1, litra e, foreligger, og at betingelserne for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse således er opfyldt.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2

Da Grandt ikke har fået medhold i påstand 1, tager klagenævnet heller ikke annullationspåstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Grandt Defense ApS skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 50.000 kr. i sagsomkostninger til Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Morten Juul Nielsen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Katrine Kirkegaard Gade
overassistent