

K E N D E L S E

Agusta Westland Limited
(advokat Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg, København)

mod

Forsvarets Materieltjeneste
(Kammeradvokaten v/ advokat Thomas Ilsøe Andersen)

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 et EU-udbud 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 af 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.

Klagenævnet har den 30. november 2012 modtaget en klage fra Agusta Westland Limited (klageren) vedrørende indkøbet.

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

Indklagede har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 6, klagerens supplerende klageskrift af 19. december 2012 med bilag 8, svarskrift af 19. december 2012 med bilag A – M, replik af 21. december 2012 med bilag 9, duplik af 21. december 2012 og indklagedes supplerende processkrift af 21. december 2012.

Klagens indhold:

Klageskriftet og det supplerende processkrift indeholder 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 en eventuel kontrakt, som indklagede måtte have indgået vedrørende levering af maritime helikoptere, for uden virkning, idet indgåelsen af kontrakten er sket på baggrund af forhandlinger i henhold til TEUF artikel 346 uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, uden at betingelserne for anvendelse af TEUF artikel 346 har været opfyldt, og uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse om påtænkt kontraktindgåelse i medfør af § 4, stk. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 1 og 2, og forudsat at kontraktindgåelse ikke har fundet sted)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt 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. Indklagedes tilsidesættelse af disse principper består i, at 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.

For så vidt angår realiteten har indklagede principalt påstået afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Forsvarets tidligere køb hos klageren

I 2001 købte Flyvevåbnet 14 helikoptere af typen EH-101 af klageren. Købet skete uden udbud efter udbudsdirektivet i henhold til undtagelsesbestemmelsen i TEUF artikel 346 (på daværende tidspunkt EFT artikel 296). Der blev efter det oplyste ikke af klageren sat spørgsmålstejn ved berettigelsen heraf.

Indkøbsprocessen

RFI af 7. juni 2007 blev sendt til de leverandører af skibsbaserede helikoptere, som af indklagede blev anset 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 helicopter 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 two fold. Firstly, the DALG 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/DALG 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 TRETIS 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 standbys 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 TRETIS 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.«

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 blev der truffet beslutning om, at indklagede skulle anskaffe nye skibsbaserede helikoptere. Af forliget fremgår:

»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 AW-159 »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)
- Sikorsky Canada med H92/CH-148 »Cyclone« (den pågældende leverandør trak sig efter det oplyste fra konkurrencen i januar 2011)

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

»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 forsvaret 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 rekylpåvirkningen 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 foreliggen-

de 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 omgås klassificerede oplys-

ninger, 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 fjendtligsindede 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 "communality" 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 forudsæt-

ning 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 kravspecificere 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. ...«

Klageren har ikke i replikken kommenteret indklagedes oplysninger om forskellene mellem civile og militære helikoptere og om, at de 4 helikoptermodeller, som indklagede valgte at lade deltage i konkurrencen, er designet og bygget til specifikt militært brug.

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

I RFP del 1 af 1. oktober 2010 anføres det blandt andet:

»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.

...

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 regard 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 deviation 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.

...«

RFP del 2 af 25. februar 2011 bestod af en række yderligere bilag til RPF (bilag 5, 6, 8, 10, 11, 12, 14, 15, 17 og 18), »Supplementary questions to RFP part 1 Appendix 4«, »Supplementary logistics information to RFP part 1 Appendix 15« og »Supplementary questions to RFP part 1 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 over all 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 documents. 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 dif-

ferent 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 connection 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 I, 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 precision and 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 an other 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.

...

4.5 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.

...

5.1 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 se-

lection of suppliers for the negotiation stage and in connection with the preparation of a military recommendation.

...

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 mission³.

[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 maneuvering 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.

[Ifodnote (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.«

Som en del af konkurrencedokumenterne 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 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" 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

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-embrasive and incorporate procurement, training and support as further specified in the said contracts with annexes. 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 I.«

Ifølge det 61 sider lange kontraktudkast ville følgende bilag indgå i kontrakten:

Annex A: DALO's Requirements concerning the Deliverables

Annex B: The Supplier's technical proposal, submitted at tender stage, concerning the fulfilment of DALO's overall and specific requirements to the Deliverables

Annex C: Suppliers Cooperation Organisation

Annex D: The Suppliers proposed method and forum for cooperation

Annex E: The Suppliers End-User reservations at tender stage

Annex F: The Suppliers Draft End-User Certificate

Annex G: DALO's overall requirements to the standards of education and training and proficiency level of DALO personnel to be trained

Annex H: The Supplier's outline education and training programme

Annex I: Detailed description of the obligation to provide Spare Parts, lead-time etc

Annex J: Outline Certificate of Conformity

Annex K: The Suppliers Risk Management strategy

Annex L: The Suppliers System Engineering Management plan

Annex M: DALO's requirements for testing and acceptance test procedures

Annex N: The Supplier's Outline Test Management Plan and Outline Acceptance Test Procedures (at the time of tender)

Annex O: Quality Requirements, Quality Management and Quality Assurance

Annex P: Standards of packaging and labeling the Deliverables for transport

Annex Q: Specific NATO Codification and implementation information

Annex R: Outline Advance Payment Bond

Annex S: Outline Performance Bond

Annex T: Time Schedule and Milestones

Annex U: Fixed price and breakdown into categories

Annex V: Schedule of Payments

Annex W: NATO Secrecy obligations

Annex X: Environmental obligations

Ifølge indklagedes oplysninger i svarskriftet er kontraktudkastet et af bilagene i RFP del 2, som blev udsendt den 25. februar 2011. Klageren har ikke bestridt denne oplysning.

Kontraktforhandlingerne efter modtagelsen af tilbud

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

Kontraktforhandlingerne på grundlag af RFP del 2 med klageren og to andre mulige leverandører varede frem til august 2012. De blev til slut indskrænket til alene at omfatte klageren, som havde tilbudt at levere helikoptere af mærket AW159 (Wildcat), og US Navy, som havde tilbudt at levere helikoptere af mærket MH60-R (SEAHAWK).

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 Agusta Westland (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.«

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 debriefing-møde med indklagede den 28. november 2012 om evalueringen af klagerens tilbud. Klageren sendte umiddelbart herfor 21 spørgsmål til indklagede om blandt andet forskellene mellem tilbuddene fra henholdsvis klageren og tilbuddet fra 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 samtidig at gå ud fra, at kontrakt ikke ville blive underskrevet, før klagenævnet havde taget stilling hertil.

Den 30. november 2012 underskrev indklagede et Letter of Acceptance med US Navy. Ifølge indklagede udløb US Navys vedståelsesfrist samme dag. Det pågældende Letter of Acceptance var betinget af godkendelse fra Folketingets Finansudvalg på udvalgets førstkommende møde den 6. december 2012. Godkendelse blev meddelt på Finansudvalgets møde den 6. december 2012, og kontrakten med US Navy blev dermed endeligt indgået.

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

Indklagede har i svarskriftet oplyst, at 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.

Indklagede har endvidere anført, at »SAR-opgaver« (»Search and Rescue«) omfatter både eftersøgning og redning under militære operationer og af civile i fredstid, samt at 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 indført denne ad-hoc opgave på listen over de situationer, som en fremtidig helikopters egenskaber skulle kunne understøtte – som en »secondary mission« – indebærer efter indklagedes opfattelse ikke, at helikopteren dermed ikke længere har et militært formål.

For så vidt angår Forsvarets udøvelse af politimyndighed til søs har indklagede henvist til, at denne opgave er tillagt Forsvaret ved forsvarslovens § 15, jf. bekendtgørelse nr. 178 af 10. marts 2008.

Klageren har ikke i replikken kommenteret de faktiske oplysninger, indklagede har givet om Forsvarets udøvelse af politimyndighed, fiskeriinspektion og deltagelse i SAR-operationer.

Retsgrundlaget

Forsvarsloven

Ifølge forsvarslovens § 7 skal Forsvaret efter forsvarsministerens nærmere bestemmelse og forhandling med vedkommende ministre kunne løse andre opgaver.

I forarbejderne til bestemmelsen (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 det, 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:

»Denne traktats 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 fællesmarkedet 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 militært brug« 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 særlig vid skønsebeføjelse 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, bliver 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, sag C-387/05, Kommissionen mod Italien, sag C-409/05, Kommissionen mod Grækenland, sag C-461/05, Kommissionen mod Danmark, og sag 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 Kommissionen 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), fast-

satte 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 kamp-situationer. 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.«

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 fortolkningselementer, 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 gennemsigthed (jf. i denne retning *Telaustria og Telefonadressdommen*, præmis 61).
- 18 Hvis der ikke er gennemsigthed, 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*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, 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 tjenesteydelseskon-

cessioner, 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*, præmis 21, har Domstolen ludtalt:

»Ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet indebærer navnlig et krav om gennemsommelighed, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at principperne overholdes. Dette krav om gennemsommelighed, 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 tjenesteydelseskonsessioner 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 udbudsprocedurerne 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 handlemåde 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 tildelingskriterierne til grund – ikke blev tildelt en anden kontrahent end den, der blev udvalgt efter procedurens afslutning.«

Parternes anbringender:

Ad »fumus boni juris«

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 Rådets 2009/81 direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet (»Forsvarsdirektivet«) 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 af 7. december 2006, 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, og 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). 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), hvorefter fremgår, at såfremt den indkøbte vare skal anvendes til både civil brug og militært brug (dobbel 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 bevisbyrden for, 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.

Det følger af RFP del 1 punkt 3.2 »Cooperation with other users«, at indklagede havde til hensigt at gennemføre en parallel procedure med drøftel-

ser om samarbejde med andre stater vedrørende brug af de helikoptere, der skulle indgås kontrakt om. Endvidere fremgår det af 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.

Konkret har det ikke været nødvendigt at anvende undtagelsesbestemmelsen for at beskytte væsentlige sikkerhedsinteresser. Et sådant behov kunne således også have været tilgodeset inden for rammerne af et udbud gennemført i henhold til udbudsdirektivet. Betingelserne for anvendelse af TEUF artikel 346 er dermed ikke opfyldt. De gennemførte forhandlinger og den på grundlag heraf truffede beslutning om kontrakttildeling samt en eventuel kontraktindgåelse må derfor anses for at være i strid med udbudsdirektivets artikel 10.

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 tilsliger, 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 mv.

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

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.

For så vidt angår »dual use«-definitionen – som klageren synes at basere næsten hele 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. Nærværende skibsbaserede helikoptere er bestemt specielt til militære formål, idet de skal 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. I det omfang man måtte mene, at helikoptererne sekundært varetager visse opgaver af civilpræget karakter, er disse opgaver af begrænset omfang og af subsidier 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 »dual use«-produkt, hvor den civile anvendelse er sikker, mens den militære anvendelse er usikker. Tværtimod er der tale om anskaffelse af specifikt militære helikoptere med dertil hørende beskyttelses- og våbensystemer samt pansring, og helikopterne kan kun anskaffes af militære enheder. Dertil kommer, at helikopternes opgaveløsning er rent militær, også selvom de i fredstid anvendes til fiskeriinspektion mv. Klageren må reelt også være af samme opfattelse, eftersom den af klageren til indklagede tilbudte helikopter AW 159 Wildcat ikke kan købes civilt, ikke findes i en civil udgave og foreløbig kun leveres til det britiske forsvar.

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, det begrundes en fravigelse af udgangspunktet om udbud. Uddybende bemærkes, at det som følge af Danmarks beskedne relative størrelse er helt essentielt, at andre NATO-partnere er i besiddelse af den samme helikoptertype, som den Forsvaret 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 mv. Det understøtter interoperabilitet i operative sammenhænge og dermed både Danmarks militære slagkraft samt styrkernes sikkerhed. Hertil kommer, at samarbejdet medvirker til 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. 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 tildeling. Kun ved at følge proceduren i TEUF artikel 346, stk. 1,

litra b) kunne indklagede bevare handlefriheden. Konkret indebar dette, at de 6 identificerede evalueringsparametre ikke blev vægtet, ligesom indholdet af parametrene kunne justeres i takt med de ændrede sikkerhedsmæssige behov. Endvidere indeholder RFI og RFP samt de efterfølgende udvekslede informationer med kandidaterne 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 mv., 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 skønsebeføjelser 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 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 forhand-

linger 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 urealistisk. 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 klager). 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 [ikke citeret ovenfor] illustrer 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.

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.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens eventuelle indsigelser er fortabt som følge af *passivitet*, hvilket også indebærer, at klagen skal afvises. 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 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. 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. I perioden fra processen for anskaffelsen af skibsbase-rede helikoptere blev indledt og frem til tildelingen har der 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.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at det fremgår af § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv., 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 mv., der kan afbøde sanktionen uden virkning, skal denne sanktion bringes i anvendelse, hvis kontrakt er indgået.

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 anførte ad påstand 1 og 2. Der henvises til princippet i Klagenævnet for Udbuds 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-helikoptorer 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 hvis indklagede endnu ikke har indgået kontrakt, er indklagedes beslutning om tildeling af kontrakt til US Navy en så kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne, at den bør føre til annullation af indklagedes tildelingsbeslutning.

Indklagede har gjort gældende, at allerede fordi kontrakt er indgået, skal påstanden efter sit eget indhold – »...i det omfang der endnu ikke er indgået kontrakt...« – ikke tages til følge.

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, sag C-387/05, Kommissionen mod Italien, sag C-409/05, Kommissionen mod

Grækenland, sag C-461/05, Kommissionen mod Danmark og sag 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 for Udbud 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 kan ikke løfte bevisbyrden for ikke blot, 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.

For så vidt angår påstand 5 har klageren herefter nærmere gjort gældende, at indklagede har 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 og heller ikke for de

overordnede 6 områder. Indklagede har dermed givet grundlag for skævvridning og vilkårlig evaluering af tilbuddene og efterfølgende vilkårlig tildeling af kontrakten. Indklagede har således både under og efter evalueringen af tilbuddene kunnet fastsætte vægtene af de overordnede 6 områder og kriterier for evalueringen, så de resulterede i favorisering 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.

Til støtte for påstand 6 har klageren gjort gældende, at indklagede ikke har overholdt sine forpligtelser i henhold til traktaten til at sikre, at konkurrencen mellem tilbudsgiverne foregik på ensartede vilkår. Indklagede havde således i RFP del 1 punkt 6.2.1 stillet et obligatorisk krav om indlevering af tilbud på en PBL-løsning. 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 omkostningerne 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 opretholdt sit 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. Det bemærkes, at indklagede ikke har 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.

Der er tale om en grov tilsidesættelse af det grundlæggende EU-retlige ligebehandlingsprincip, og det er ikke påvist, at Danmarks væsentlige sikkerhedsinteresser krævede, at indklagede på denne måde tilsidesatte ligebehandlingsprincippet.

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 således 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 mv. 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 oplysninger, 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.

For så vidt angår påstand 6 har indklagede specifikt gjort opmærksom på, at klagerens forståelse af RFP del 1 punkt 6.2.1 må bero på en fejllæsning. Det fremgår således utvetydigt af bestemmelsen, at der ikke stilles et obligatorisk krav om en PBL-løsning.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

Klageren har gjort gældende, at en eventuel senere tilkendt erstatning ikke vil afbøde det tab af image- og markedsføringsmæssig status, som klageren vil lide, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning og der først efterfølgende konstateres overtrædelser som påstået. Klageren har henvist til kontraktens høje værdi, markedets status – hvor klageren og US Navy (dvs. producenterne bag det af US Navy tilbudte produkt) konkurrerer intensivt samt den massive mediedækning af og politiske interesse for kontrakten. Indklagedes overtrædelse af udbudsreglerne er endvidere klar og betydningsfuld, og kravet til uopsættelighed skal derfor ikke sættes højt, jf. til støtte herfor forudsætningsvis klagenævnets kendelse af 20. januar 2012, Ansaldo ST SpA mod Banedanmark. Det må også tillægges betydning, at klagen er indgivet inden for den 10-dages frist, som ville gælde, hvis der havde været tale om et EU-udbud efter udbudsdirektivet, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 3, stk. 1, nr. 1, eller § 3, stk. 1, nr. 2.

Indklagede var, da Letter of Acceptance blev underskrevet den 30. november 2012, bekendt med, at denne klage ville blive indgivet, og klagen blev indgivet samme dag. Indklagede kunne og burde på den baggrund have udsat forelæggelsen af kontrakten for Finansudvalget, i stedet for som sket at få kontrakten godkendt den 6. december 2012. Det forhold, at der er indgået kontrakt med US Navy, kan på den baggrund ikke føre til, at begæringen om, at klagen tillægges opsættende virkning, ikke tages til følge.

En interesseafvejning kan ikke føre til et andet resultat. Det fremgår ikke af udbudsmaterialet eller offentliggjorte dokumenter i øvrigt, at den udbudte kontrakt er et udtryk for et aktuelt og presserende behov hos indklagede, hvilket bestyrkes af, at delvis levering ifølge kontrakten først skal påbegyndes i 2016, selvom den type skibsbaseret helikopter, der er omfattet af den

af indklagede indgåede kontrakt, er en hyldevare, og således allerede er i produktion og i drift i et andet NATO-land.

Indklagede har anført, at da betingelsen om »*fumus boni juris*« ikke er opfyldt, skal begæringen ikke tages til følge.

Klagerens passivitet udelukker endvidere, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt.

Desuden er der indgået kontrakt, hvilket efter fast klagenævnspraksis indebærer, at klagen ikke kan og skal tillægges opsættende virkning. Letter of Acceptance blev underskrevet den 30. november 2012, da det var den dato, at US Navys vedståelsesfrist udløb. Kontrakten blev endvidere som forudsat i tidsplanen for indkøbet forelagt for Finansudvalget den 6. december 2012 og blev med udvalgets godkendelse den pågældende dato bindende. Hvis indklagede som følge af klagen havde udsat forelæggelsen for Finansudvalget, ville den manglende overholdelse af fristen med sikkerhed have indebåret, at Danmark mistede adgang til produktions-slots, og dermed ville indklagede og Danmark blive udsat for forsinkelser og fordyrelser i forhold til de af US Navy med tilbuddet meddelte vilkår.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

»Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.«

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (»*fumus boni juris*«). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.

2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) bemærkes:

Ad påstand 1, 2, 3 og 4

Efter beskrivelsen af de maritime/skibsbaserede helikoptere, som ønskes anskaffet, i RFI fra 2007, i Forsvarsliget 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, jf. Rådets liste fra 1958, hvilket så vidt ses heller ikke er bestridt af klageren. Uenigheden drejer sig således om, hvorvidt det er en betingelse for at anvende undtagelsesbestemmelsen, at helikopterne udelukkende skal være bestemt til militært brug og således ikke have nogen form for civile opgaver.

Helikopterne skal efter beskrivelsen i RFI og RFP anvendes af Forsvaret til overvejende rent militært brug og herunder til samarbejde med NATO-partnere. Herudover skal helikopterne tillige kunne anvendes til opgaver af i hvert fald delvis civil karakter vedrørende udøvelse af politimyndighed, fiskeriinspektion samt SAR(Search- and Rescue)-operationer af civil karakter (i tillæg til militære SAR-operationer). Det er ikke bestridt, at de helikoptere, som der er indhentet tilbud på og forhandlet om, er designet til militært brug og udelukkende leveres og anvendes til sådant brug.

Efter EU-Domstolens praksis i sagerne C-337/05, Kommissionen mod Italien, C-157/06, Kommissionen mod Italien, og C-615/10, Insinööritoimisto, kan den begrænsede civile brug efter klagenævnets umiddelbare vurdering ikke antages at udelukke anvendelse af TEUF artikel 346, stk. 1, litra b.

Det forekommer nærliggende, at 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 helikopterne under hensyn til den aktuelle sikkerhedspolitiske situation kan begrunde, at kravene i TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, om »væsentlige sikkerhedsinteresser« samt om nødvendighed/proportionalitet vil kunne anses for opfyldt. I den forbindelse bemærkes, at Retten i sag T-26/01, præmis 58, har udtalt, at der tilkommer medlemsstaterne en særlig vid skønsbeføjelse ved fastlæggelsen af hvilke foranstaltninger der må anses for nødvendige for at beskytte deres væsentlige sikkerhedsinteresser.

Det forekommer endvidere sandsynligt, at vilkåret, om at der ikke må ske forringelse af konkurrencevilkårene i EU på markedet for civile varer, er opfyldt, da de helikoptere, som der er indhentet tilbud på, efter de foreliggende oplysninger er designet til militært brug og udelukkende leveres og anvendes til sådant brug. Hertil kommer, at indklagede har sikret en vis offentlighed om sit indkøbsbehov og har afholdt en konkurrencepræget proces vedrørende anskaffelsen.

Efter en foreløbig vurdering finder klagenævnet herefter, at meget taler for, at betingelserne i TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, for at undlade udbud efter udbudsdirektivet er opfyldt.

Om påstand 4 bemærkes, at påstanden efter sit indhold forudsætter, at kontrakt ikke er indgået. Da kontrakt er indgået med US Navy, kan påstanden ikke tages til følge.

Ad passivitet

Klageren måtte allerede fra det tidspunkt, hvor indkøbsproceduren blev indledt i juni 2007, og i hvert fald ved udsendelsen af RFP del 1, være klar over, at indklagede ikke agtede at følge procedurerne i udbudsdirektivet. Endvidere må klageren senest ved modtagelsen af det kontraktudkast, som efter det oplyste blev udsendt med RFP del 2 i februar 2011, være blevet bekendt med, at indklagedes begrundelse for at undlade udbud var, at indklagede anså betingelserne i TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, for opfyldt.

Allerede ved modtagelsen af RFI i juni 2007, og i hvert fald senest ved klagerens modtagelse af RFP del 2 i februar 2011, måtte det desuden stå klageren klart, at de helikoptere, som indklagede ønskede tilbud på, skulle anvendes til andet end rent militære formål, jf. herved RFI punkt 2.2. »The national role«, RFP del 1 punkt 6.2.2 samt bilag 17 til RFP del 2 punkterne 5.2.1.3, 5.2.1.4, 5.2.1.7 og 5.2.1.9. Det måtte ligeledes senest ved modtagelsen af RFP del 1 i oktober 2010 have stået klageren klart, at indklagede havde til hensigt at gennemføre en parallel procedure med drøftelser om samarbejde med andre stater vedrørende fælles brug af de helikoptere, der skulle indkøbes, jf. herved punkt 3.2 i RFP del 1. Desuagtet indgav klageren først klagen den 30. november 2012 1 ¾ år efter at klageren absolut senest fik eller burde have fået kendskab til de faktiske forhold, hvorpå klagerens påstand 1-4 støttes.

Den udviste passivitet vil skulle tages i betragtning ved en stillingtagen til realiteten i sagen og vil kunne tale for, at klagerens indsigelser om manglende overholdelse af udbudsdirektivets regler er fortabt som følge af klagerens undladelse af at reagere på et tidligere tidspunkt.

Ad påstand 5 og 6

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, sag C-387/05, Kommissionen mod Italien, sag C-409/05, Kommissionen mod Grækenland, sag C-461/05, Kommissionen mod Danmark, og sag C-239/06, Kommissionen mod Italien, forstås sådan, at det kun er for så vidt og 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 sag C-324/98, Telaustria, C-231/03 Coname, C-458/03, Parking Brixen, og C-226/09, Kommissionen mod Irland, har fast-

lagt gælder ved grænseoverskridende anskaffelser, som ikke er omfattet af udbudsdirektivet.

Om påstand 5 og 6 bemærkes herefter foreløbigt:

Som påstandene 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.

Ad påstand 5:

Af Domstolens praksis i 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 procedure-regler 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 i konkurrencedokumenterne nærmere vægtede kriterier, jf. sag C-226/09, Kommissionen mod Irland, præmis 43-47. De væsentlige sikkerhedsinteresser, jf. TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, som klageren ved sin udformning af påstand 5 og 6 har forudsat består, vil endvidere kunne begrunde en fravigelse af de i blandt andet Telaustria-dommen fastlagte principper om gennemsigtighed og ligebehandling, for så vidt som dette er nødvendigt.

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, indklagede begrundet i de i artikel 346, stk. 1, litra b, nævnte sikkerhedsmæssige interesser stillede, 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 efter klagens netværks fo-

reløbige vurdering omhyggelig beskrivelse af, efter hvilke hovedkriterier bedømmelsen vil finde sted. Klageren har endvidere ikke på nogen måde søgt at påvise og har ikke gjort gældende, at indklagedes valg af US Navy som kontraktpart ikke har været sagligt begrundet ud fra de overordnede kriterier, som indklagede har fastlagt.

De krav til oplysninger om beslutningsgrundlaget for evalueringen og/eller den endelige tildeling af kontrakt, som kan udledes af EU-Domstolens domme i ovennævnte sager, må på den baggrund umiddelbart anses for opfyldt.

Efter en foreløbig vurdering er der herefter ikke udsigt til, at påstand 5 vil blive taget til følge.

Ad påstand 6:

Påstanden vedrører ifølge de anbringender, klageren har anført, en påstået forskelsbehandling, som består i, at indklagede ikke overfor US Navy har håndhævet et ifølge klageren obligatorisk (minimums)krav i RFP del 1, punkt 6.2.1. »Requirement for logistical solutions« om en PBL-løsning.

Efter en foreløbig vurdering er der ikke ved 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«.

Som følge heraf er der umiddelbart ikke udsigt til, at påstand 6 vil blive taget til følge.

Ad uopsættelighed

Kontrakt er indgået og det giver derfor ikke mening at tillægge klagen opsættende virkning. Det forhold, at der er nedlagt en påstand om uden virkning, kan, henset til ovenstående foreløbige vurdering af påstand 1 og 2 ikke føre til et andet resultat.

Da betingelse nr. 2 om *uopsættelighed* herefter ikke opfyldt, tillægges klagen ikke opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Katja Høegh / Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig