

Notat nr. 2
om
TEUF art. 346
- skibsbygning/ombygning/vedligehold –

--oo0oo--

1. INDLEDNING

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (herefter FMI) har ved e-mail af 22. ds. anmodet mig om at udarbejde et notat, der forholder sig til det specifikt juridiske indhold af et notat af 13. august 2015 fra advokatfirmaet Gorrissen Federspiel vedrørende "Anvendelsen af artikel 346 TEUF for at undlade udbud af ordrer om vedligeholdelse af danske krigsskibe", idet der særligt ønskes en stillingtagen til, om der heri er sådanne nye oplysninger, at det giver anledning til en ændret vurdering vedrørende brugen af TEUF art. 346 på det maritime område.

2. SAMMENFATNING

I notatet af 13. august er der så vidt ses ikke fremført nye juridiske synspunkter til støtte for påstanden om, at TEUF art. 346 bør føre til, at søværnets og marinehjemmeværnets skibsvedligeholdelsesopgaver ikke udbydes i EU, men reserveres til rent nationale konkurrencer.

Til gengæld er der fremført nye faktiske oplysninger, idet der i notatet peges på, at der i forbindelse med skibsvedligeholdelse på orlogsfartøjer udføres en række aktiviteter, som er særlige for disse og som ikke kan sammenlignes med de aktiviteter, der normalt gennemføres for civile skibes vedkommende.

Jeg har ikke forudsætninger for – eller i øvrigt fra FMI modtaget oplysninger, der gør det muligt – at vurdere, om de nævnte opgaver udføres i forbindelse med skibsvedligeholdelse af orlogsfartøjer, om de i givet fald som anført er "særlige", eller om den hævdede fordeling mellem civile/militære aktiviteter i forbindelse med vedligeholdelse af et orlogsfartøj er korrekt opgjort (40% / 60%).

I det omfang det er tilfældet vil det imidlertid ikke i sig selv være tilstrækkeligt til opfyldelse af betingelserne i TEUF art. 346, idet det herudover må sandsynliggøres, at EU-udbud af disse aktiviteter vil føre til tab af kritiske eller strategisk vigtige kompetencer i Danmark.

I den forbindelse kan der ikke bortses fra, at FMI's seneste 16 EU-udbud af skibsvedligeholdelsesopgaver er faldet således ud, at der i hvert eneste tilfælde er sket tildeling til et dansk værft. Der kan derfor ikke sættes lighedstegn mellem EU-udbud og tab af danske kompetencer.

De militære teknologiområder, hvor det på forhånd er vurderet kritisk at der bevares danske kompetencer, er defineret i Den Nationale Forsvarsindustrielle Strategi, og omfatter bl.a. "Dele af det maritime område med kritisk betydning for militære operationer.". Strategien ligger til grund for de vurderinger, som Forsvarsministeriet og Erhvervsstyrelsen foretager, når det skal afgøres om udenlandske leverandører af forsvarsydelser skal pålægges at indgå industrisamarbejdsaftaler med dansk industri. De kritiske kompetencer søges således i forvejen sikret på denne vis.

Hertil kommer, at det ifølge fast praksis fra EU-Domstolen ikke er lovligt generelt for et område (f.eks. indkøb på skibsvedligeholdelses-området), eller for bestemte typer ydelser (reparation af orlogsfartøjer, eller for ydelser som de i afsnit 4, pkt. i-x beskrevne) at beslutte, at TEUF art. 346 skal føre til en udbudsundtagelse.

Selv hvis der for en del af skibsvedligeholdelsesopgavernes vedkommende er tale om opgaver, der kræver særlige kompetencer, som kan karakteriseres som kritiske for Danmarks "væsentlige sikkerhedsinteresser", vil det endvidere være udgangspunktet, at der skal gennemføres et sædvanligt EU-udbud, men på vilkår, at de opgaver der fordrer "særlige" eller "kritiske" kompetencer enten holdes ude af udbudsforretningen, eller inkluderes på vilkår at de udføres af et dansk værft, f.eks. som underleverandør.

Sammenfattende er det derfor min opfattelse, at der ikke i notatet af 13. august 2015 er fremført sådanne nye oplysninger, at det bør give FMI anledning til en ændret vurdering af, hvorvidt TEUF art. 346 kan anvendes på skibsvedligeholdelsesområdet

3. TEUF ART. 346 – SKIBSBYGNING/OMBYGNING/VEDLIGEHOOLD

Jeg henviser indledningsvis til mit notat af 17. februar 2015, hvori jeg udførligt har redegjort for anvendelsesbetingelserne i TEUF art. 346 og herefter - bl.a. på baggrund af faktiske oplysninger tilvejebragt af FMI - har konkluderet følgende:

"TEUF art. 346, stk. 1, litra b) er en undtagelsesbestemmelse, der ifølge EU-Domstolens faste praksis skal fortolkes indskrænkende, da den kan benyttes til at fra-

vige alle grundlæggende regler og principper for det indre marked, herunder forbudet mod nationalitetsdiskrimination og ligebehandlingsprincippet.

Det er den myndighed, som ønsker at påberåbe sig bestemmelsen, der alene har ansvaret og bevisbyrden for, at den kan anvendes, og udgangspunktet for en anskaffende myndighed er først at undersøge alle muligheder for at udbyde påtænkte indkøb efter sædvanlige udbudsregler forinden undtagelsesbestemmelser bringes i anvendelse.

De skibsvedligeholdelsesopgaver, som udføres på søværnets skibe, består efter det oplyste af udvendige malerarbejder, reparation af skrog og aptering, vedligeholdelse af mekaniske systemer mv., som hverken efter sin karakter eller den omsætning, der kan genereres heraf hos de danske værfter, kan begrunde en nationalitetsdiskrimination for at bevare opgaverne på danske hænder af hensyn til rigets 'væsentlige sikkerhedsinteresser'.

For nykonstruktioner og større, komplicerede ombygningsopgaver kan argumentet om væsentligheden i at bevare danske kompetencer være stærkere, men TEUF art. 346, stk. 1, litra b) kan aldrig anvendes til generelt at undtage særlige brancher eller opgavetyper fra udbud. Anvendelse af traktatundtagelsen kræver således altid en stillingtagen fra sag til sag om betingelserne for at unnlade udbud er opfyldt, herunder ikke mindst betingelsen om, at ingen mindre indgribende foranstaltninger må være tilstrækkelige (proportionalitetsprincippet).

Det er i den forbindelse oplyst, at de danske værfter ved nybygningsopgaver og større ombygninger ofte udliciterer den heri indgående (store) mængde stålarbejder til udlandet, for derved at minimere priser og maksimere indtjening. Dette udfordrer proportionalitetsprincippet, da det ikke er foreneligt med argumentet om at bevare kompetencer i Danmark, såfremt opgaverne desuagtet delvist udføres af udenlandske værfter i underentreprise.

Proportionalitetsprincippet tilsiger, at FMI i stedet må overveje, om et EU-udbud kan suppleres med en regel om, at (kun) de dele af arbejdet, der forudsætter anvendelse af en særlig sjælden kompetence, som ønskes oparbejdet/bevaret i Danmark, og som ikke opnås ved arbejde for civile rederier, jf. ovenfor, skal udføres af en dansk virksomhed, jf. art. 346. Derved begrænses skadevirkningen ved anvendelse af TEUF art. 346 begrænses mest muligt, og det udelukker ikke, at et udenlandsk værft vinder hovedopgaven under løfte om, at en dansk underleverandør anvendes til den reserverede opgave.

Erfaringerne fra de hidtil gennemførte skibsvedligeholdelses-udbud viser endvidere, at det alene er danske værfter, der har vundet disse. Der er således ikke umiddelbart

belæg for den konklusion, at udbud fører til, at opgaverne forsvinder fra de danske værfter. Endelig viser erfaringer fra udlandet, at denne type opgaver (også) udbydes i f.eks. Storbritannien og Tyskland for fregatter, ubåde og andre krigsskibe; en søgning på EU's udbudsdatabase viser således, at kriteriet "Reparation og vedligeholdelse af krigsskibe" giver ialt 709 hits.

Det er derfor særdeles tvivlsomt, om proportionalitets-betingelsen kan opfyldes for såvel skibsbygnings- som vedligeholdelses-, og ombygningsopgaver, i hvert fald til helt at undtage opgaverne fra udbud.

Endelig vil en rent national konkurrence ikke med sikkerhed udelukke en påvirkning af markedet for civile varer (endnu en betingelse efter traktakten) fordi de strukturelle forhold i Danmark kan adskille sig markant fra andre lande i henseende til løn, afgifter, materialepriser mv.

En rent national konkurrence neutraliserer derfor muligvis de skadelige virkninger for det danske civile marked, men ikke nødvendigvis for det øvrige civile (indre) marked, hvor andre virksomheder, der ligesom de danske værfter har civile produktioner som "ballast" for udførelsen af arbejder på militære fartøjer, kunne tænkes at gå glip af ordrer, der i fri konkurrence ville tilfalde dem og dermed sikre deres overlevelse.

Sammenfattende må det derfor konkluderes, at TEUF art. 346 ikke kan anvendes til generelt at undtage brancher (værftsindustrien) eller opgavetyper (nybygnings-/vedligeholdelses-opgaver) fra udbud, ligesom det på baggrund af de tilvejebragte oplysninger om vedligeholdelsesopgavernes karakter, forsvarets andel af værfternes samlede omsætning, værfternes egen udlicitering af underentrepriser til udlandet og den potentielle konkurrenceforvridning ved kun at afholde nationale konkurrencer må antages, at reglen ikke kan anvendes i de konkrete tilfælde, som FMI har beskrevet for mig..."

4. ADV.FA. GORRISSIN FEDERSPIELS NOTAT AF 13. AUGUST 2015

I notatet anføres bl.a., at reparations-og vedligeholdelsesopgaver "...indebærer en række særlige militære forhold...", som tilsiger at opgaverne alene på "betryggende" vis kan tildeles danske værfter. Det anføres endvidere, at vedligeholdelsesopgaver og ombygningsarbejder har en helt anden karakter end de arbejder, der udføres på civile skibe, idet der er særligt tekniske egenskaber ved krigsskibe, som forøger kompleksiteten.

Konkret anføres det herefter, at disse særlige egenskaber bl.a. omfatter:

- i. Gastæthed
- ii. Specielle omfattende sprinkleranlæg til brandbekæmpelse.

- iii. Opdeling i vandtætte zoner.
- iv. Choksikring blandt andet ved vibrationsfrie ophæng.
- v. Installation af minesikringskabler, der sikrer anti-magnetisme.
- vi. Radarrefleksion.
- vii. Støjdæmpning.
- viii. Beskyttelse mod elektromagnetisk interferens.
- ix. Opbevaring af eksplosiver.
- x. For de skibe, der udfører sejlads ved Grønland, gælder en række krav om øget opvarmning, blandt andet i styrhuset, men også ved installation af omfattende varmekabler, der hindrer overisning af skroget.

I notatet er det skønnet, at kun 40 % af værftsarbejderne på et krigsskib ”...nøje svarer til de opgaver, der ville skulle udføres ved civile skibe...”, ligesom et særligt kvalitetssikringsniveau, samt udvidet behov for projektstyring og tilsyn fremhæves for de militære fartøjers vedkommende.

På denne baggrund konkluderes det, at opretholdelse af de særlige kompetencer, som udførelsen af ovennævnte arbejder forudsætter, at søværnet og marinehjemmeværnet regelmæssigt lader disse opgaver udføre på danske værfter, ligesom det anføres, at det på baggrund af beskrivelsen af opgaverne, jf. ovenfor, er ”...vores opfattelse, at opgaverne...er arbejder, der åbenbart er forbundet med væsentlige sikkerhedsinteresser.”

Det anføres herudover i notatet, at EU's medlemsstater har en betydelig skønsmargin ved vurderingen af, hvad der er deres væsentlige sikkerhedsinteresser, og at proportionalitetsprincippet og forbuddet mod en udbudsundtagelses påvirkning af det civile marked kan tilgodeses gennem (fortsatte) nationale konkurrencer og/eller ved kontraktmæssigt at lægge loft på værfternes avancer.

5. KARAKTEREN AF DE OMHANDLEDE OPGAVER – VÆSENTLIGE SIKKERHEDSINTERESSER

Jeg har ikke modtaget oplysninger fra FMI om, hvorvidt de i pkt. i-x ovenfor opregnede opgaver normalt indgår i de vedligeholdelsesarbejder, som søværnet og marinehjemmeværnet lader udføre på eksterne værfter, ligesom jeg ikke har forudsætninger for at vurdere, om de pågældende opgaver kan karakteriseres som ”særlige” for orlogsfartøjer, eller om den beskrevne fordeling af civile (40%) ctr. militære (60%) opgaver i forbindelse med orlogsfartøjers værftsbesøg er korrekt.

Som anført i mit notat af 17. februar 2015 er det tidligere overfor mig oplyst, at opgaverne omfattet af de maritime udbud omfatter udvendige malerarbejder, reparation af skrog og aptering, vedligeholdelse af mekaniske systemer mv., som hverken efter sin karakter eller

den omsætning, der kan genereres heraf hos de danske værfter, kan begrunde en nationalitetsdiskrimination.

I det omfang opgaverne også omfatter specialiserede ydelser, der alene er relevante for militære fartøjer, vil dette givetvis føre til en mere nuanceret bedømmelse af de samlede opgavers karakter.

Det vil imidlertid ikke i sig selv være en tilstrækkelig begrundelse for at undtage indkøbet af de omhandlede ydelser fra EU-udbud, at der er tale om opgaver, der er anderledes end arbejder på civile skibe og dermed fordrer særlige (militære) kompetencer.

For at opfylde den første betingelse¹ i TEUF art. 346 om, at det alene er ”væsentlige sikkerhedsinteresser”, der i givet fald kan betinge en udbudsundtagelse, må det også sandsynliggøres, at de særlige kompetencer ikke kan fastholdes i Danmark, såfremt ydelserne udbydes efter EU-reglerne.

I den forbindelse kan der ikke bortses fra, at de hidtil gennemførte 16 EU-udbud af netop de ovenfor beskrevne opgaver i hvert eneste tilfælde er endt med, at danske værfter er blevet tildelt de konkrete ordrer². Den hidtidige historik giver således ikke basis for at konkludere, at der kan sættes lighedstegn mellem EU-udbud af opgaverne og kompetencetab hos danske værfter.

Der kan ej heller bortses fra, at et af de bærende hensyn bag de gældende regler om industrisamarbejde netop er at sikre fastholdelsen af danske kompetencer gennem krav om udenlandske leverandørers indgåelse af aftaler med danske forsvarsindustrielle virksomheder, såfremt køb og ”modkøb” angår kompetencer, der falder indenfor 8 nærmere definerede teknologiområder, som på forhånd er vurderet af have strategisk betydning for Danmarks væsentlige sikkerhedsinteresser³. Efter de gældende regler⁴ sikres kritiske kompetencer således på denne vis.

Herudover følger det af fast praksis fra EU-Domstolen, at anvendelse af TEUF art. 346 forudsætter en individuel stillingtagen til, om bestemmelsens fire betingelser er opfyldt for hver eneste anskaffelse, hvor en udbudsundtagelse påtænkes anvendt.

¹ Se mit notat af 17. februar 2015, pkt. 4.2.

² Dette fremgår af Forsvarsministerens svar på spørgsmål nr. 1 af 9. juli 2015, jf. <http://www.ft.dk/samling/20142/almindel/fou/spm/1/svar/1258495/1538851.pdf>

³ Den Nationale Forsvarsindustrielle Strategi: <https://erhvervsstyrelsen.dk/sites/default/files/media/den-nationale-forsvarsindustrielle-strategi.pdf>. Det syvende teknologiområde er beskrevet som ”Dele af det maritime område med kritisk betydning for militære operationer.”

⁴ Erhvervsstyrelsens ”Retningslinier for industrisamarbejde”, dateret 1. juli 2014, jf.: <https://erhvervsstyrelsen.dk/sites/default/files/media/retningslinier-for-industrisamarbejde.pdf>

Dette er også gentaget af EU-Kommissionen i den fortolkningsmeddelelse⁵, som der ligeledes er citeret fra i notatet af 13. august 2015:

"5. HVORDAN SKAL TRAKTATENS ARTIKEL 296 [nu 346] ANVENDES?

Det er medlemsstaternes prærogativ at definere deres væsentlige sikkerhedsinteresser og deres pligt at beskytte dem.

...

Med hensyn til forsvarsindkøb kan medlemsstaterne kun forene deres prærogativ på sikkerhedsområdet med deres traktatfæstede forpligtelser på én måde, nemlig ved med stor omhu og for hver indkøbskontrakt at vurdere, om en undtagelse fra EU-reglerne er berettiget eller ikke. En sådan vurdering fra sag til sag skal være særlig nøjagtig, når der er tale om et grænsetilfælde..."

En myndighed kan således ikke generelt for et område (f.eks. indkøb på skibsvedligeholdelsesområdet), eller for bestemte typer ydelser (reparation af orlogsfartøjer, eller for ydelser som de ovenfor i afsnit 4, pkt. i-x beskrevne) beslutte, at TEUF art. 346 skal føre til en udbudsundtagelse.

Det skal for hver enkelt udbudsundtagelse sandsynliggøres, at gennemførelse af sædvanligt udbud i den konkrete sag vil føre til et påviseligt tab af kritiske kompetencer, som ikke kan sikres på anden måde end ved at undlade udbud, og der kan ikke etableres en automatik hvorefter en udbudsundtagelse den ene dag fører til en tilsvarende udbudsundtagelse den næste dag, selvom der er tale om nøjagtig samme opgaver/kompetencer.

6. PROPORCIONALITET

Som anført i mit notat af 17. februar 2015, pkt. 3.2, er det overfor mig oplyst, at det ved nybygningsopgaver og større ombygningsarbejder har været sædvanligt, at danske værfter efter national tildeling i vidt omfang har brugt udenlandske underentreprenører (f.eks. til stålarbejder), og i visse tilfælde i et omfang der udgør op imod halvdelen af den samlede kontrakts økonomiske værdi.

Jeg har ikke modtaget oplysninger om, hvorledes opgaveløsningen tilrettelægges ved reparations- og vedligeholdelsesarbejder, men hvis det ovenfor i afsnit 3 omtalte notat af 13. august 2015 lægges til grund, vil ca. 40% af arbejderne ubestridt udgøres af opgaver, der "nøje svarer til de opgaver, der ville skulle udføres ved civile skibe...".

Disse oplysninger skal ses i lyset af, at den tredje betingelse i TEUF art. 346⁶, hvorefter bestemmelsen kun må bruges i det omfang det er "nødvendigt" af hensyn til beskyttelsen af

⁵ Fortolkende Meddelelse om anvendelse af EF-traktatens artikel 296 på offentlige indkøb af forsvarsmateriel, KOM(2006)779.

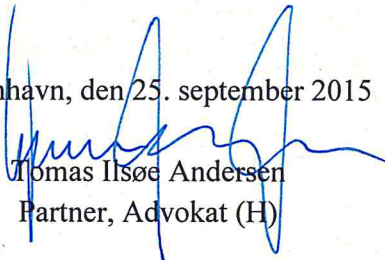
væsentlige sikkerhedsinteresser, opstiller et sædvanligt EU-retligt proportionalitetsprincip; udbudsundtagelsen kan således kun bruges i det omfang, der ikke findes mindre indgribende midler, der kan sikre de samme interesser.

Hvis man derfor antager, at et dansk kompetencetab vil være en uundgåelig og sikkerhedsmæssigt meget kritisk konsekvens af at tildele visse dele af skibsvedligeholdelsesopgaverne til udenlandske værfter, skal det stadig overvejes om den fornødne sikring af de væsentlige sikkerhedsinteresser ikke i tilstrækkelig grad kunne tilgodeses via gennemførelsen af et EU-udbud, hvor opgaverne til sikring af de særlige kompetencer reserveres danske virksomheder - enten gennem tvungent underleverandør-valg eller ved helt at udtage de relevante opgaver fra udbuddet og "nøjes" med en national konkurrence for de resterende opgavers vedkommende.

--oo0oo--

Såfremt ovennævnte giver anledning til spørgsmål eller kommentarer i øvrigt, står jeg naturligvis til rådighed.

København, den 25. september 2015


Thomas Iisøe Andersen
Partner, Advokat (H)

⁶ Se note 1.