

Notat
om
TEUF art. 346
- skibsbygning/ombygning/vedligehold -

--oo0oo--

1. INDLEDNING

Forsvarets Materiel og Indkøbsstyrelse (herefter FMI) har anmodet mig om generelt at redegøre for, i hvilket omfang art. 346 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter "TEUF") må antages at kunne finde anvendelse inden for området for indkøb, ombygning og vedligeholdelse af orlogsfartøjer, og i den forbindelse tillige redegøre for, om reglen konkret ville kunne finde anvendelse i forbindelse med ombygningen af hangarer på orlogsfartøjer af THETIS-klassen.

2. SAMMENFATNING

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 fravige alle grundlæggende regler og principper for det indre marked, herunder forbuddet 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 undlade 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-/vedligeholdelsesopgaver) 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. Dette gælder også opgaven vedrørende ombygning af hangarer på Thetis-klassen.

3. DE FAKTISKE FORHOLD

3.1 Hovedeftersyn/Skibsvedligehold

Forsvaret har løbende behov for at foretage hovedeftersyn og vedligehold af fartøjer i den danske flåde. Flåden består både af fartøjer, der utvivlsomt kan karakteriseres som "krigsskibe", men der er også fartøjer, hvor dette ikke er tilfældet, f.eks. miljøskibe.

Visse af fartøjerne er i forbindelse med udbud af vedligehold/hovedeftersyn vurderet ikke at være militære fartøjer (f.eks. miljøskibene Marie Miljø og Gunnar Thorsen), og udbud af vedligeholdelsesopgaver for disse fartøjer er derfor sket i henhold til det almindelige udbudsdirektiv.

Andre er vurderet at have helt eller delvist militære kendetegn (f.eks. patruljeskibene Nymfen og Rota, inspektionsskibet Vædderen, samt støtteskibet Absalon), hvorfor FMI for disse fartøjer har besluttet, at skibsvedligehold skal ske i henhold til direktiv 2009/81 om indkøb på forsvars- og sikkerhedsområdet (herefter "Forsvarsdirektivet").

Kendetegnede for disse opgaver er generelt, at fartøjerne løbende skal have "klassegodkendelse" fra et anerkendt institut for at være godkendt til sejlads. De udbudte arbejder omfatter typisk dokning og bundsyn, opstart af klassefornyelsessyn (Class Renewal Survey), udvendige malerarbejder, reparations- og vedligeholdelsesarbejder på skrog og aptering, samt generelle eftersyns-, vedligeholdelses- og reparationsarbejder af fartøjets mekaniske og elektriske systemer og komponenter. Opgaverne er for så vidt "de samme" uanset fartøjets karakter, men selvfølgelig er opgavens omfang varierende. De nødvendige tjenesteydelser kræver, efter det oplyste, for så vidt ikke særligt kendskab til militære fartøjer, men derimod til maritime fartøjer generelt.

¹ Om denne betegnelse, se Rådets liste af 15. april 1958, pkt. 9 ("warships").

Det er overfor mig oplyst, at FMI's foreløbige erfaringer viser, at der kun er få udenlandske værfter, der ansøger om prækvalifikation i forbindelse med de danske udbud vedrørende skibsombygning og vedligeholdelse. Det er uvist hvad baggrunden herfor er, men en medvirkende faktor må antages at være, at FMI – helt i overensstemmelse med udbudsreglerne – på forhånd har tilkendegivet i udbudsmaterialet, at forlægningsomkostningerne ved at sejle et fartøj til udlandet og retur naturligvis vil blive tillagt en udenlandsk budgivers isole-rede pris på ombygnings-/vedligeholdelsesopgaven forinden sammenligning med nationale værfters priser, som alt andet lige ikke vil indeholde væsentlige udgifter hertil. Det er endvidere oplyst, at danske værfter indtil videre har vundet de udbud, hvor også udenlandske værfter har været prækvalificeret.

3.2 Skibsbygning/-konstruktionsopgaver

Det er overfor mig oplyst, at det ved skibsbygnings- og ombygningsarbejder er sædvanligt, at danske værfter efter national tildeling i vidt omfang benytter underentreprenører, f.eks. til stålarbejder. Konkret er det oplyst, at kontraktværdien af den andel af arbejder, der således sendes i underentreprise, i visse tilfælde kan udgøre helt op imod halvdelen af den samlede kontrakts økonomiske omfang.

3.3 Værfternes omsætning – forsvaret/civile redere

Det er ligeledes oplyst, at en af FMI foretaget foreløbig undersøgelse viser, at de danske skibsværfters omsætning kun i meget begrænset omfang kan henføres til opgaver for forsvaret, idet omsætningen i langt overvejende grad stammer fra civile rederes opgaver.

3.4 Ombygning af hangar på THETIS-klassen

Denne opgave omhandler ombygning af hangarer på de 4 fartøjer af THETIS-klassen. Udbud er gennemført efter Forsvarsdirektivet.

Ombygningen omfatter demontering/nedbrydning af den eksisterende hangar samt opbygning og montering af ny hangar. Der indgår endvidere el-arbejder, brandslukningsudstyr (watermist), forberedelse til Davit kraner (men ikke levering af disse) m.v.

Ved udvælgelsen af tilbudsgiverne vil der, jf. udbudsbekendtgørelsen, blive lagt vægt på:

"the most important similar deliveries of services on ships or other relevant steelconstructions of a similar design, which the applicant has performed within the past 3 years..."

FMI har i forbindelse med udbuddet oplyst, at arbejdet ikke nødvendigvis skal udføres af et værft, men også kan udføres af f.eks. en større smedevirksomhed. Fartøjerne kan således efter det oplyste principielt lægges til kaj uden for Flådestation Frederikshavns område og der kræves ikke en særlig militærfaglig indsigt for at udføre arbejderne.

I forbindelse med prækvalifikationen indkom én ansøgning fra en smedevirksomhed samt 6 ansøgninger fra danske værfter. 5 af de danske værfter blev prækvalificeret.

Af de 5 prækvalificerede valgte kun 2 at byde. De øvrige 3 værfter afstod herfra, angiveligt med den begrundelse at den af FMI skitserede værftsperiode var for urealistisk/kort. Det ene af de to bydende værfter tog forbehold overfor FMI's betalingsplan og insisterede således på at modtage aconto-betalinger; dette førte til, at tilbuddet blev vurderet ukonditionsmæssigt. Da der herefter kun var ét bydende værft tilbage, og da dette værfts pris var mere end 4 gange højere end det af FMI afsatte budget, valgte FMI at aflyse udbuddet og foretage et genudbud.

Ombygningen er nu genudbudt efter Forsvarsdirektivet som et udbud med forhandling, og FMI har udvidet den tilladte værftsperiode væsentligt.

I forbindelse med ombygningen af hangarer pågår der tillige andre anskaffelser. Det drejer sig bl.a. om indkøb af Davit-kraner og landingslys til helikopterdækket, der pt. er i udbud efter udbudsdirektivet.

4. DET RETLIGE GRUNDLAG

4.1 Indledning

Udgangspunktet for alle offentlige myndigheders anskaffelser af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder er, at de skal udbydes efter EU's udbudsdirektiver, hvis værdien af de pågældende ydelser overstiger de såkaldte tærskelværdier, som er udtryk for en slags "bundgrænse" for, hvornår en efterspørgsel kan have grænseoverskridende interesse.

Det er derfor FMI's pligt forud for enhver anskaffelse først at tage stilling til, om den påtænkte anskaffelse overstiger den relevante tærskelværdi og herefter som udgangspunkt påse, at anskaffelsen foretages i overensstemmelse med de procedure-regler, som det relevante direktiv foreskriver.

Indtil 19. august 2011 skulle anskaffelser (også) indenfor forsvarsområdet som udgangspunkt ske efter reglerne i udbudsdirektivet. Den 19. august 2011 trådte Forsvarsdirektivet imidlertid i kraft i dansk ret. Implementeringen af direktivet havde den konsekvens, at indkøb, der falder ind under dette direktivs anvendelsesområde, skal behandles efter reglerne heri, idet det almindelige udbudsdirektiv (direktiv 2004/18 - herefter "Udbudsdirektivet") i så fald ikke finder anvendelse, jf. Forsvarsdirektivets art. 71, jf. art. 2.

Der er således ikke tale om valgfrihed mellem de to direktiver; der skal i hvert eneste tilfælde foretages en analyse af, om den påtænkte anskaffelse efter sin karakter falder under det ene eller det andet direktiv. Dette afgøres i praksis ved først at undersøge, om anskaffelsen falder under følgende definition i Forsvarsdirektivets art. 2²:

"Med forbehold af traktatens artikel 30, 45, 46, 55 og 296 finder dette direktiv anvendelse på kontrakter, der indgås på forsvars- og sikkerhedsområdet, og som vedrører:

- a) *levering af militærudstyr, herunder dele, komponenter og/eller delmontager heraf*
- b) *levering af følsomt udstyr, herunder dele, komponenter og/eller delmontager heraf*
- c) *udførelse af bygge- og anlægsarbejder, levering af varer og tjenesteydelser direkte knyttet til det i litra a) og b) anførte udstyr for alle elementer i dets livscyklus*
- d) *bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser til specifikt militære formål eller følsomme bygge- og anlægsarbejder og følsomme tjenesteydelser."*

Falder en anskaffelse ind under enten Udbuds- eller Forsvarsdirektivet kan en ordregiver kun undlade at anvende direktivreglerne i visse meget afgrænsede situationer, jf. nedenfor i afsnit 4.1.1 (undtagelser fra udbudsdirektivet), 4.1.2 (undtagelser fra Forsvarsdirektivet), og 4.2 (undtagelse i medfør af TEUF art. 346, stk. 1, litra b)).

4.1.1 Undtagelser til udbud indenfor Udbudsdirektivets område

Under overskriften "*Hemmelige kontrakter og kontrakter, der kræver særlige sikkerhedsforanstaltninger*" bestemmes det i Udbudsdirektivets art. 14, at direktivet ikke finder anvendelse på kontrakter, når:

- 1) En kontrakt er erklæret hemmelig,
- 2) Kontraktens udførelse skal ledsages af særlige sikkerhedsforanstaltninger,
- 3) Beskyttelsen af væsentlige interesser i medlemsstaten kræver det.

Bestemmelsens ordlyd favner vidt, men er kun få gange blevet fortolket af domstolene, herunder ved EU-Domstolens afgørelse af 16. oktober 2003 i sag C-252/01 (Kommissionen mod Belgien), hvor domstolen lagde til grund, at en kontrakt vedrørende luftfotografering af den belgiske kyst var omfattet af den del af undtagelsen, der vedrører "*særlige sikkerhedsforanstaltninger*" (luftfotograferingen ville også omfatte klassificerede NATO-

² Det ligger uden for nærværende notat at foretage en nærmere redegørelse af hvornår en vare- eller tjenesteydelse er omfattet af art. 2 i Forsvarsdirektivet. Som det fremgår af afsnit 3 har visse skibsvedligeholdelsesopgaver hidtil været udbudt efter Udbudsdirektivet og andre efter Forsvarsdirektivet. Det vil bero på en konkret vurdering fra sag til sag om en vare- eller tjenesteydelse er omfattet af art. 2 i Forsvarsdirektivet.

anlæg, og derfor måtte pilot og fotograf underkastes helt særlige procedurer for omgangen med råfilm mv.).

Efter Forsvarsdirektivets ikrafttræden er det formentlig udelukket at forestille sig TEUF art. 346 anvendt til at udbudsundtage ydelser, der normalt ville være udbudspligtige efter det almindelige udbudsdirektiv. Dette skyldes, at TEUF art. 346, stk. 1, litra b) alene kan anvendes, såfremt anskaffelsen angår ”våben, ammunition eller krigsmateriel”, jf. nærmere afsnit 4.2, og den slags ydelser vil fra og med 19. august 2011 være omfattet af Forsvarsdirektivet.

4.1.2 Undtagelser til udbud indenfor Forsvarsdirektivets område

Såfremt en anskaffelse, der materielt ville være omfattet af Forsvarsdirektivets anvendelsesområde, jf. gengivelsen af art. 2 ovenfor, skal undtages fra udbud efter direktivets almindelige regler, kan dette principielt ske på 2 forskellige måder:

- 1) Én eller flere af undtagelsesbestemmelserne i Forsvarsdirektivets art. 13, litra a)-j) anvendes. Det fører for vidt at redegøre udtømmende for de forskellige undtagelser i denne sammenhæng, men her vil det især være reglen i litra a) om undladelse af at meddele oplysninger (typisk i en udbudsbekendtgørelse), hvis det strider mod væsentlige sikkerhedsinteresser, der er relevant; reglen angår således hemmelige anskaffelser og er stort set identisk med TEUF art. 346, stk. 1, litra a).
- 2) Undtagelsesbestemmelsen i TEUF art. 346 (1), litra b, om undladelsen af udbud som følge af et behov for at beskytte væsentlige sikkerhedsinteresser ved fabrikation af eller handel med våben, ammunition eller krigsmateriel, anvendes.

Efter fast praksis fra EU-Domstolen skal undtagelsesregler som disse generelt fortolkes indskrænkende, og derudover gælder det såkaldte proportionalitetsprincip, som indebærer at undtagelsesreglerne kun kan anvendes i det omfang andre og mindre indgribende midler ikke kan tilgodese ordregivers saglige formål.

Dette indebærer, at påberåbelse af TEUF art. 346, stk. 1, litra b) kun kan ske i meget begrænset omfang, især efter vedtagelsen af Forsvarsdirektivet, som netop i præambelbetragtningerne 16 og 17 forudsætter, at direktivet – med dets mere fleksible regler – i vidt omfang fremover skal træde i stedet for udbudsundtagelser efter traktatreglen.

Det bør således altid først afklares om et udbud under anvendelse af Forsvarsdirektivet kan opfylde ordregivers behov, herunder ved anvendelse af de muligheder (incl. undtagelsesregler), som Forsvarsdirektivet giver. Kun i benægtende fald vil det være relevant at undersøge muligheden for helt at forlade Forsvarsdirektivets anvendelsesområde, og påberåbe sig den snævre undtagelse i selve traktaten.

4.2 TEUF art. 346 (1), litra b

TEUF indeholder følgende bestemmelse i art. 346, stk. 1, litra b):

"1. Traktaternes bestemmelser er ikke til hinder for følgende regler:

[...]

b) hver medlemsstat kan træffe de foranstaltninger, som den anser for nødvendige til beskyttelse af sine væsentlige sikkerhedsinteresser, og som vedrører fabrikation af eller handel med våben, ammunition og krigsmateriel; disse foranstaltninger må ikke forringe konkurrencevilkårene inden for det indre marked for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål.

2. Rådet fastlægger med enstemmighed på forslag af Kommissionen ændringer til den liste, det har fastlagt den 15. april 1958, over de varer, hvorpå bestemmelserne i stk. 1, litra b), finder anvendelse."

Finder art. 346, stk. 1, litra b) anvendelse, vil tildelingen af en kontrakt være undtaget fra såvel traktaten - herunder alle de grundlæggende principper om forbud mod nationalitetsdiskrimination, reglerne om ligebehandling og fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser m.v. - som sekundær EU-lovgivning, herunder navnlig Udbudsdirektivet og Forsvarsdirektivet.

Art. 346, stk. 1, litra b) forudsætter ifølge sin ordlyd og retspraksis, at følgende fire betingelser alle er opfyldt:

- 1) Foranstaltningen (undladelsen af udbud) skal være begrundet i hensynet til væsentlige sikkerhedsinteresser.
- 2) Indkøbet skal angå fabrikation af eller handel med våben, ammunition eller krigsmateriel, som omfattes af den liste af 15. april 1958, der henvises til i stk. 2.
- 3) Det skal ud fra proportionalitetsprincippet være nødvendigt at fravige traktatens regler, således at mindre indgribende foranstaltninger (fx et udbud efter Forsvarsdirektivet) ikke kunne være anvendt.
- 4) Foranstaltningen må ikke forringe konkurrencevilkårene for civile varer i det indre marked.

Som ved andre undtagelser fra direktiverne og traktaterne er det medlemsstaterne, som har bevisbyrden for, at betingelserne konkret er opfyldt³. Afgørelserne på området viser endvidere, at Domstolen ikke er afskåret fra en prøvelse af den beslutning om anvendelse af TEUF art. 346, som den pågældende stat har truffet.

³ C-414/97, Kommissionen mod Spanien, præmis 22 og C-372/05, Kommissionen mod Tyskland, præmis 72

EU-Domstolen⁴ har fastslået, at anvendelsen art. 346, stk. 1, litra b), kun kan ske efter konkrete og individuelle vurderinger fra sag til sag. Dette er tillige gentaget af EU-Kommissionen i en fortolkningsmeddelelse af 7. december 2006 om "anvendelse af EF-traktatens artikel [346] på offentlige indkøb af forsvarsmateriel" (KOM 2006/779), afsnit 5.

En ordregiver kan således ikke generelt for et område (f.eks. indkøb på skibsvedligeholdelsesområdet), eller for bestemte typer ydelser (reparation af orlogsfartøjer) beslutte at anvende undtagelsesbestemmelsen i art. 346, stk. 1, litra b).

Myndigheden må istedet for hver enkelt anskaffelse vurdere, om sikkerhedsinteresserne er så væsentlige, at det er nødvendigt at undtage hele anskaffelsen fra normale udbudsprocesser, og skal samtidig kunne bevise, at ingen mindre indgribende foranstaltninger (som f.eks. et udbud, hvor delydelser reserveres til nationale virksomheder) ville sikre interesserne godt nok.

Dette krav om en "case by case assessment" har også været baggrunden for, at de danske modkøbsregler – som på tilsvarende vis er hjemlet i TEUF art. 346 – blev ændret med virkning fra 1. juli 2014, idet regelgrundlaget indtil april 2014 var baseret på et cirkulære, der uden nogen individuel vurdering førte til pålæg af modkøb så snart visse beløbsgrænser var overskredet.

Anvendelsesområdet for reglen er således ganske begrænset, og det må som nævnt ovenfor antages, at vedtagelsen af Forsvarsdirektivet i 2011 har indsnævret området yderligere. Dette skyldes, at Forsvarsdirektivet blev til for at tilgodese de særlige behov, som indkøbere på forsvarsområdet typisk har i relation til informations- og forsyningssikkerhed samt særligt fleksible procedurer, og som ikke i tilstrækkelig grad blev sikret under Udbudsdirektivet med traktatundtagelser til følge.

Kommissionen har således i "Guidance Note - Field of Application", der vedrører Forsvarsdirektivets anvendelsesområde, anført at udbudsformerne i Forsvarsdirektivet

"should be considered as the standard procedures for defence and sensitive security procurement, and that recourse to Article 346 should be limited to clearly exceptional cases". (side 2 nederst, min fremhævning).

Teoretikeren Martin Trybus, har endvidere i sin nye fremstilling "Buying Defence and Security in Europe", Cambridge University Press, 2014, anført⁵:

⁴ C-372/05, Kommissionen mod Tyskland, præmis 76

⁵ Buying Defence and Security in Europe, 2014, side 85

"A comprehensive understanding of the armaments exemption in Article 346(1)(b) TFEU will be particularly important since the main objective of the new Defence Directive is to reduce the cases in which this exemption is used in practice to establish an Internal Market for armaments and other security-sensitive goods and services"

Uagtet at anvendelsesområdet derfor er stærkt begrænset, må reglen antages bl.a. at have sin fortsatte berettigelse i de få situationer, hvor det undtagelsesvist vil være påkrævet af hensyn til væsentlige sikkerhedsinteresser at udøve nationalitetsdiskrimination, f.eks. fordi det er påkrævet - og kan begrundes sagligt - at alene personer, der er statsborgere i det pågældende medlemsland, har adgang til at beskæftige sig med kontraktens udførelse.

En sådan nationalitetsdiskrimination vil ikke være mulig under Forsvarsdirektivet (sekundær EU-ret), da forbuddet mod nationalitetsdiskrimination følger af TEUF (primær EU-ret). Fravigelse af dette ellers absolutte forbud må derfor forudsætte hjemmel hertil direkte i TEUF, og art. 346, stk. 1, litra b) udgør denne hjemmel.

Proportionalitetsprincippet vil dog også i disse situationer føre til, at konsekvenserne af at anvende TEUF art. 346, stk. 1, litra b) skal begrænses mest muligt.

Det må derfor overvejes om baggrunden for anvendelsen af art. 346, stk. 1, litra b) i sin helhed kan berettige, at der foretages en direkte tildeling, eller om kontrakten kan tildeles gennem anvendelsen af en (næsten) normal udbudsprocedure, hvor traktatreglen alene anvendes som supplement til at indføre et begrænset nationalitetsdiskriminerende vilkår.

Det forhold, at enkelte elementer i en anskaffelse kan være af en så kvalificeret art, at TEUF art. 346, stk. 1, litra b) kan begrunde en delvis fravigelse af normale udbudsregler berettiger således ikke i sig selv, at hele kontrakten eller udbudsprocessen undtages fra såvel Forsvarsdirektivets som EU-traktaternes regler.

5. MIN VURDERING

Det følger af det ovenfor nævnte, at FMI ikke generelt kan beslutte, at TEUF art. 346, stk. 1, litra b) anvendes som hjemmel til at undtage indkøb, ombygning og vedligeholdelse af skibe fra udbud. Bestemmelsen kan kun anvendes i forbindelse med konkret påtænkte anskaffelser, hvor den enkelte sags karakteristika må vurderes i lyset af bestemmelsens fire betingelser, der som nævnt skal fortolkes indskrænkende.

Om disse fire betingelsers anvendelse på de nævnte typer anskaffelser bemærker jeg herefter følgende:

5.1.1 Foranstaltningen (undladelsen af udbud) skal være begrundet i hensynet til væsentlige sikkerhedsinteresser

Det ligger efter EU-Domstolens afgørelse i den såkaldte Fiocchi Munizioni-sag⁶, fast, at medlemsstaterne har et meget vidt skøn i forbindelse med afgørelsen af, hvornår der er tale om beskyttelsen af væsentlige sikkerhedsinteresser, jf. præmis 58, hvori det hedder:

"Da det desuden i artikel 296, stk. 1, litra b), EF, fastsættes, at den ikke er til hinder for, at en medlemsstat [. . .] træffer de foranstaltninger, 'som den anser for nødvendige' til beskyttelse af sine væsentlige sikkerhedsinteresser, har medlemsstaterne i medfør af artiklen en særlig vid skønsmagt ved vurderingen af de behov, der gør sig gældende ved en sådan beskyttelse." [art. 296, stk. 1, litra b) er en tidligere litring for art. 346, stk. 1, litra b)]

Klagenævnet for Udbud har i sin kendelse af 16. februar 2009, Saab Danmark A/S mod Forsvarets Materieltjeneste, bekræftet dette vide skøn.

Bevisbyrden for, at der foreligger sådanne "væsentlige sikkerhedsinteresser" påhviler dog fortsat den medlemsstat, der påberåber sig bestemmelsen, og skønnet udøves under risiko for efterfølgende censur fra Domstolens side, ligesom Kommissionen kan indlede traktatkrænkelssag ved EU-Domstolen efter TEUF artikel 348, stk. 2, uden nogen forudgående administrativ procedure.

Der foreligger ikke nogen specifik definition af, hvad der kan kvalificeres som en "væsentlig sikkerhedsinteresse", men EU-Domstolen har i sagen Alexander Dory⁷, udtalt, at

" ... begrebet offentlig sikkerhed, som dette begreb forstås i [artikel 346], omfatter såvel en medlemsstats indre sikkerhed ... som dens ydre sikkerhed"

Det ligger endvidere fast, at sikkerhedsinteresser ikke omfatter fiskale interesser, herunder i at sikre at indkøb af forsvarsmateriel sker med mindst mulig afgiftsbelastning⁸, eller erhvervsmæssige og økonomiske interesser (nationale arbejdspladser og forøget skattegrundlag), jf. Kommissionens fortolkningsmeddelelse fra 2006:

"Det formål, der kan berettiggende undtagelsen, er udelukkende beskyttelsen af en medlemsstats væsentlige sikkerhedsinteresser. Andre interesser, herunder erhvervsmæssige og økonomiske interesser, kan ikke, selv om de er forbundet med fremstilling af og handel med våben, ammunition og krigsmateriel, berettiggende en undtagelse på grundlag af traktatens artikel [346], stk. 1, litra b)."

⁶ Rettens dom i sagen sag T-26/01

⁷ Sag C-186/01 af 11. marts 2003, præmis 32

⁸ Sag C-414/97 ("Kommissionen mod Spanien") og Sag C-461/05 ("Kommissionen mod Danmark")

Den "væsentlige sikkerhedsinteresse" der potentielt kan komme på tale er, som jeg har forstået det, en sikring af at danske værfter løbende tilføres opgaver for Forsvaret med henblik på at sikre både værfternes eksistens og tilstedeværelsen af de rigtige kompetencer i dansk industri, således at der indenfor landets grænser stedse er mulighed for at Forsvaret kan få udført skibsbygnings-, ombygnings-, og -vedligeholdelsesopgaver.

Argumentet er således, at hvis Forsvaret ikke gennem direkte nationale tildelinger understøtter den danske værftsbranche, så risikerer den at forsvinde, hvorefter Danmark som søfartsnation ikke længere er "selvforsynende" på området. I så fald vil det danske forsvar være afhængigt af udenlandske værfter, som kan blive forhindrede i at opfylde deres kontraktuelle forpligtelser, hvis deres egen nationalstat er i krise/krig, eller hvis der opstår større udenrigspolitiske uoverensstemmelser mellem denne stat og Danmark.

Synspunktet understøttes for det første ikke af FMI's foreløbige undersøgelse af værfternes omsætning fordelt på opgaver fra forsvaret og civile redere, idet det heraf fremgår at forsvaret kun "fylder" ganske lidt i omsætningen. Såfremt denne omsætning derfor måtte mindskes som følge af, at udenlandske værfter via udbud får en større del af forsvarets opgaver er der således ikke noget der tyder på, at de danske værfter ville bukke under af den grund.

For det andet understøttes synspunktet ej heller af de hidtidige erfaringer på området for ombygning og vedligeholdelse. I samtlige de indtil nu gennemførte EU-udbud af hovedeftersyn/skibsvedligehold samt ombygningsopgaver har resultatet været, at danske værfter blev "vindere". Kun i få tilfælde har udenlandske værfter medvirket, jf. afsnit 3.1.

Dertil kommer, at de ydelser, der har skullet leveres i forbindelse med hovedeftersyn/vedligehold og ombygning, i vidt omfang har været sammenfaldende med tilsvarende ydelser på civile fartøjer, jf. beskrivelsen i afsnit 3.1 (malerarbejder, eftersyn af elektriske komponenter mv.), og dermed er argumentet om, at et dansk værftsberedskab alene kan opretholdes gennem nationale tildelinger fra forsvaret, ikke bæredygtigt.

De faktiske forhold peger derfor ikke i retning af, at Danmarks væsentlige sikkerhedsinteresser trues, hvis ikke der (udelukkende) foretages nationale tildelinger.

Der kan muligvis være et større område for at påberåbe sig at "væsentlige sikkerhedsinteresser" betinger en national tildeling ved egentlige nykonstruktions-kontrakter, da disse er sjældnere end vedligeholds- og ombygningskontrakter, og efter omstændighederne kan forudsætte en særlig indsigt i konstruktion/integration af våbensystemer eller design af særlige sødygtigheds-mæssige foranstaltninger, som især kendetegner orlogsfartøjer mv.

En enkelt teoretiker har gjort sig til talsmand herfor. Således anføres det i en ældre fremstilling fra den engelske teoretiker Sue Arrowsmith⁹:

"As with the security derogations from the free movement provision, it could be used for example, to preserve a national production capability in hard defence products for times of war or emergence, or for reasons of secrecy or security of supply. On the other hand, it cannot be used to place contracts with national industry solely for economic reasons, such as to create or preserve jobs."

I den tilhørende note (92) anføres videre:

"Pending substantial development of a common defence and security policy within the EU it is highly unlikely that the ECJ would take the view that Member States cannot take the decision to maintain national capabilities in hard defence material as opposed to relying on the capabilities of other Member States." [ECJ = EU-Domstolen]

Arrowsmith's fremstilling er imidlertid fra 2005, og dermed før Kommissionens fortolkningsmeddelelse, hvoraf (udover ovenstående citat) fremgår følgende om medlemsstaternes bevisbyrde vedr. "væsentlige sikkerhedsinteresser":

"Generelle henvisninger til geografiske og politiske forhold, historien samt alliancemæssige forpligtelser er ikke tilstrækkelige i denne forbindelse."

Arrowsmiths fremstilling ligger også før tilblivelsen af Forsvarsdirektivet, som netop giver mulighed for at tilgodese en medlemsstats forsyningssikkerhed på andre måder end ved at foretage nationale tildelinger for at understøtte en (fortsat) tilstedeværelse af en national kompetence.

Dette er bl.a. tilsikret via bestemmelser om prækvalifikation på baggrund af forsyningssikkerhed, samt om lovlige kontraktvilkår vedrørende samme (art. 23). For eksempel bestemmes det nu i direktivets art. 23, stk. 1, litra h), at FMI i forbindelse med udbud kan prækvalificere eller evaluere på tilbudsgivernes evne til at sikre FMI mulighed for (egen) produktion af reservedele via adgang til original-tegninger, know-how, patentlicenser osv. i tilfælde, hvor leverandøren ikke selv er i stand til at levere kontraktmæssigt.

Dertil kommer, at en leverandør kan frasorteres i en prækvalifikation, hvis leverandøren tidligere har svigtet en ordregiver (ikke nødvendigvis FMI) på forsyningssikkerheden, jf. art. 39, stk. 2, litra d), eller hvis leverandøren ikke vurderes "pålidelig", hvilket bl.a. kan

⁹ The Law of Public and Utilities Procurement, 2005, side 240.

bero på en bedømmelse af ejerforhold eller den generelle forsyningssikkerhed forbundet med leverandøren eller leverandørens land, jf. art. 39, stk. 2, litra e) og præambelbetragtningerne 65 og 67.

Endelig kan det være vanskeligt at påberåbe sig, at "væsentlige sikkerhedsinteresser" betinger nationale tildelinger af både skibsbygnings- og øvrige ombygnings- og vedligeholdelsesarbejder i det omfang danske værfter alligevel gør brug af underleverandører fra udlandet. Dette behandles nedenfor under "nødvendigheds-betingelsen".

Således som sagen er oplyst for mig er det derfor næppe muligt for Forsvaret at løfte bevisbyrden for, at "væsentlige danske sikkerhedsinteresser" isoleret set betinger, at skibsbygning- og vedligeholdelsesopgaver helt undtages fra sædvanlige udbudsregler, men i givet fald gælder det under alle omstændigheder stadig, at de øvrige tre betingelser i TEUF art. 346, stk. 1, litra b) tillige skal være opfyldt.

Bevisbyrden kan som nævnt måske være lettere at løfte fsv. angår egentlige skibskonstruktionskontrakter, men det må afhænge en nærmere vurdering af anskaffelsens karakter om muligheden består. Det gælder dog også for denne type anskaffelse, at de resterende tre betingelser i traktatbestemmelsen skal være opfyldt.

5.1.2 *Indkøbet skal angå fabrikation af eller handel med våben, ammunition eller krigsmateriel, som omfattes af den liste af 15. april 1958, der henvises til i stk. 2*

Efter ordlyden af art. 346 er det alene den slags materiel, som er angivet i 1958-listen, som kan falde ind under undtagelsesreglen i stk. 1, litra b), jf. stk. 2. Det anerkendes imidlertid i Kommissionens ovennævnte fortolkningsmeddelelse, afsnit 3, at bestemmelsen også omfatter "...indkøb af tjenester og arbejder, der direkte vedrører varerne på listen...". Det må derfor antages, at både køb af krigsskibe og ombygning samt vedligeholdelse heraf kan omfattes af bestemmelsen.

Som nævnt i afsnit 3.1 er det dog nødvendigt at sondre mellem krigsskibe og andre typer fartøjer, der ikke kan falde under denne betegnelse, og som derfor ej heller er omfattet af 1958-listen. Alene krigsskibe er således omfattet af reglen, og derfor er det også kun indkøb, ombygning og vedligeholdelse heraf, der i givet fald kan undtages fra udbud.

5.1.3 *Det skal ud fra proportionalitetsprincippet være nødvendigt at fravige traktatens regler, således at mindre indgribende foranstaltninger (fx et udbud efter Forsvarsdirektivet) ikke kunne være anvendt.*

Forsvaret skal efter denne betingelse kunne bevise, at det konkret har været nødvendigt helt at undlade udbud for i stedet lave en national konkurrence. Betingelsen er således udtryk for det almindelige EU-retlige proportionalitetsprincip, hvorved forstås, at intet middel må bringes i anvendelse, hvis et mindre indgribende middel kan føre til det ønskede resultat.

I den forbindelse må det gentages, at TEUF art. 346 ikke hjemler en generel undtagelse fra udbudsreglerne for en bestemt branche eller bestemte produkter; der skal således altid gennemføres en konkret vurdering fra sag til sag af unkladelsens nødvendighed og udstrækning, jf. ovenfor afsnit 4.2.

Derudover spiller det en rolle, at det i de seneste 1½ år har været muligt at gennemføre udbud efter såvel Forsvarsdirektivet som Udbudsdirektivet på området, og at samtlige udbud har haft danske værfter som vindere af de udbudte kontrakter.

En afgrænset søgning i TED's arkiv på CPV-koden 506400000 (Reparation og vedligeholdelse af krigsskibe) giver 709 resultater. For eksempel har Tyskland udbudt vedligeholdelsesarbejder på en række militære fartøjer efter Forsvarsdirektivet primo 2015¹⁰, herunder en opgave på fregatter i "Klasse 123" til en samlet forventet værdi på EUR 19.663.866, svarende til ca. kr. 148 mio. Et andet eksempel er det engelske Ministry of Defence, som i september 2014 udbød vedligeholdelsen af krigsskibe¹¹ under Forsvarsdirektivet for en kontraktsum på ca. GBP 35 mio., svarende til DKK 350 mio. ved aktuel dagskurs.

Det er således ikke en rent dansk foreteelse at sende denne type arbejder i EU-udbud, idet andre nationer også gør brug af direktivreglerne på dette område, hvilket er med til at nuancere proportionalitetsprincippet.

Dertil kommer, at den for mig oplyste praksis ved danske værfter, hvorefter en del af de nationalt tildelte arbejder sendes i underentreprise til udlandet, taler imod den i bestemmelsen krævede "nødvendighed". Det er ikke 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 – som det mindre i det mere – kan suppleres med en regel om, at 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 redere, skal udføres af en dansk virksomhed, jf. art. 346. Derved ville skadevirkningen ved anvendelse af TEUF art. 346 begrænses mest muligt, og det ville f.eks. ikke udelukke, at et udenlandsk værft vandt hele opgaven under løfte om, at en dansk underleverandør blev anvendt til den reservede del af opgaven.

Det er derfor min vurdering, at FMI under alle omstændigheder ikke generelt kan undtage området for skibsbygning/-ombygning/-vedligeholdelse fra udbud med hjemmel i TEUF art. 346, ligesom de oplyste faktiske omstændigheder tyder på, at "nødvendighedsbetingel-

¹⁰ Udbudsbekendtgørelserne 2015/S 009-011692 og 2015/S 023-038647

¹¹ Udbudsbekendtgørelse offentliggjort i TED under 2014/S 176-311643 med titlen "Repair and maintenance of warships".

sen" maksimalt kan strækkes så langt, at der i forbindelse med sædvanligt iværksatte EU-udbud foretages en konkret vurdering af, om dele af opgaverne skal reserveres til udførelse af danske virksomheder.

5.1.4 Foranstaltningen må ikke forringe konkurrencevilkårene for civile varer i det indre marked.

Efter det oplyste er der ingen danske værfter, der udelukkende arbejder med orlogsfartøjer (hvilket understøttes af FMI's foreløbige undersøgelse af værfternes omsætningsfordeling), og samtlige danske værfter, der indtil dato har ansøgt om prækvalifikation til de gennemførte udbud om hovedeftersyn/skibsvedligehold, har da også anført referencer fra arbejder på civile fartøjer.

Anvendelse af TEUF 346 med henblik på at sikre ordrer til danske værfter kan derfor indebære en risiko for ulovlig krydssubsidiering af det "civile" værftsmarked derved, at manglende udbud af militære opgaver på grund af mangel på konkurrence risikerer at føre til overbetaling, som værfterne kan anvende til at sænke priserne på deres civile tjenesteydelser og varer.

I det omfang en national tildeling ikke sker som "sole sourcing", men efter afholdelse af en konkurrence blandt danske værfter, vil denne risiko efter omstændighederne kunne nedbringes, idet en reel konkurrence kan tvinge prisen på de militære opgaver ned i et leje, hvor overbetaling ikke finder sted.

Imidlertid vil en effekt på Unionens indre marked ikke helt kunne afvises, selv i tilfælde af afholdelsen af en national konkurrence, idet 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 med tilsvarende 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.

Det er derfor ikke utvivlsomt, at en national konkurrence kan eliminere en effekt på konkurrencevilkårene for civile varer i det indre marked,

5.2 Ombygning af hangarer på THETIS-klassen

Om betingelserne for anvendelse af TEUF art. 346, stk. 1, litra b), henvises til afsnit 5.1 ovenfor.

For så vidt angår det konkrete indkøb af tjenesteydelser og varer til ombygning af Thetis-klassens hangarer er det min vurdering, at anskaffelsen angår "fabrikation af våben, ammu-

