



FORSVARETS MATERIELTJENESTE

FMT FMT-LESEK U
00
2013/007015 - 559198 2014-01-16

(Bedes anført ved henvendelser)

Til
Forsvarskommandoen

Emne:

Forsvarets Materieltjenestes sammenfattende redegørelse for 86 konkrete sager afledt af Forsvarets Materieltjenestes udbudsredegørelse dateret 7. august 2013.

Ref.:

- a. Departementschefens brev til Forsvarschefen af 2. september 2013.
- b. Forsvarets Materieltjenestes skrivelse 2013/004236 – 508906 af 7. august 2013: Beskrivelse af regler for typer af udbud anvendt af Forsvarets Materieltjeneste samt vurdering af overholdelse af reglerne.

Bilag:

1. Kammeradvokatens skrivelse om dennes involvering i forbindelse med Forsvarets Materieltjenestes sammenfattende redegørelse.
2. Forsvarets Materieltjenestes skematiske oversigt over de 86 konkrete sager.
3. Kammeradvokatens beskrivelse af konsekvenser for de konkrete sager.
4. Kammeradvokatens notat vedr. det retlige grundlag for vurdering af embedsmænds ansvar.

1. Indledning.

Forsvarsministeriet har ved ref. a. anmodet om en undersøgelse af, om 86 konkrete indkøb, der er nævnt i Forsvarets Materieltjenestes redegørelse vedr. udbudsregler og Forsvarets Materieltjenestes overholdelse heraf i 2012 (ref. b.), er gennemført i overensstemmelse med udbudsreglerne.

2. Udbudsretslige forhold samt evt. konsekvenser.

2.1. Forsvarets Materieltjeneste har på denne baggrund gennemført en analyse af, om der for de nævnte sager var udbudsretlig hjemmel til at gennemføre anskaffelserne på den valgte måde.

Analysen har for hver enkelt sag omfattet en "fakta del", en "analyse del" samt en "kvalitetssikring".

De *faktuelle oplysninger* er afdækket således, at Forsvarets Materieltjenestes Juridisk Afdeling (JA) og Kammeradvokaten har kunnet vurdere sagerne.

Den *juridiske analyse* er gennemført i forhold til hver enkelt af de konkrete sager. Analysens resultater er grupperet i enten a) anskaffelse gennemført i henhold til udbudsreglerne eller b) anskaffelse ikke gennemført i henhold til udbudsreglerne.

Den *juridiske kvalitetssikring* af de konkrete sager er gennemført af Kammeradvokaten, som beskrevet i bilag 1, og har bestået i:

- For hver af de sager, som Forsvarets Materieltjeneste efter gennemførelse af den beskrevne analyse har vurderet ikke er gennemført i overensstemmelse med EU- og nationale udbudsregler, har Kammeradvokatens kvalitetssikret Forsvarets Materieltjenestes vurdering og udarbejdet en påtegning på Forsvarets Materieltjenestes sagsnotat.
- For hver af de sager, som Forsvarets Materieltjeneste efter gennemførelse af den beskrevne analyse har vurderet, er gennemført i overensstemmelse med EU- og nationale udbudsregler, har Kammeradvokaten udarbejdet et særskilt notat, hvoraf Kammeradvokatens vurdering af den konkrete sag fremgår.

Det samlede resultat af Forsvarets Materieltjenestes analyse af de 86 sager fremgår af tabellen på næstfølgende side, fordelt på tre hovedgrupper.

Nedenstående tabel viser et sammendrag af de juridiske analyser, der ligger til grund for denne skrivelse, herunder antalsmæssig fordeling af gennemført/ikke gennemført i henhold til udbudsreglerne med tilhørende værdimæssig fordeling. Yderligere detaljer fremgår af bilag 2.

	Gennemført i henhold til udbudsreglerne	Ikke gennemført i henhold til udbudsreglerne
Gruppe 1 - Anskaffelser fra kr. 500.000 kr. og op til kr. ca. 960.000		
Antal	22	31
Ca. beløb kr. (mio. kr.)	14,4	20,8
Gruppe 2 - Anskaffelser fra ca. kr. 960.000 kr. og op til ca. kr. 2.970.000		
Antal	2	8
Ca. beløb kr. (mio. kr.)	2,9	10,6
Gruppe 3 - Anskaffelser fra ca. kr. 2.970.000 og op efter		
Antal	13	10
Ca. beløb kr. (mio. kr.)	74,6	83,1
I ALT ANTAL	37	49
I ALT BELØB (mio. kr.)	91,9	114,5

Kammeradvokaten har som angivet ovenfor bistået Forsvarets Materieltjeneste med gennemgang og kvalitetssikring af Forsvarets Materieltjenestes udbudsretslige vurderinger af de enkelte sager. Præmisser og proces herfor fremgår af bilag 1.

2.2. Forsvarets Materieltjeneste har endvidere – ligeledes under inddragelse af Kammeradvokaten - vurderet, hvorledes Forsvarets Materieltjeneste bør forholde sig udbudsretsligt til de ovenfor anførte 49 sager, der er konstateret gennemført i modstrid med udbudsreglerne, se bilag 3.

Da disse sager, som anført, ikke er gennemført i overensstemmelse med udbudsreglerne er der i flere tilfælde ikke gennemført annoncering, offentliggørelse af udbudsbekendtgørelser eller offentliggørelse af ordretildelingsbekendtgørelser m.v., hvorfor evt. andre potentielle leverandører ikke har haft mulighed for at afgive evt. klage over den konkrete ordretildeling i de ovenfor anførte sager.

Der er med den politiske behandling af Forsvarets Materieltjenestes udbudsredegørelse dateret 7. august 2013 (ref.b.) skabt offentlig opmærksomhed om ovennævnte forhold, ligesom Forsvarets Materieltjenestes samlede udbudsredegørelse er offentliggjort på Forsvarets Materieltjenestes hjemmeside på internettet.

Det er Forsvarets Materieltjenestes vurdering, at der herudover bør ske en offentliggørelse af de relevante data i bilag 2 (kontraktens genstand, kontraktværdi, valgt leverandør) i r.t. de 86 konkrete sager, som Forsvarets Materieltjeneste har undersøgt yderligere, således

at evt. andre potentielle leverandører hertil gives grundlag for evt. afgivelse af klage over den konkrete ordretildeling i disse sager.

Opmærksomheden skal i den forbindelse henledes på, at det er Kammeradvokatens vurdering, jf. bilag 3, at nærværende sammenfattende redegørelse ikke i sig selv giver anledning til at fastslå, om Forsvarets Materieltjeneste har pådraget sig et erstatningsansvar over for evt. andre potentielle leverandører, idet et sådant erstatningsansvar fordrer, at disse – i hver enkelt konkret sag - er i stand til at løfte bevisbyrden for, at de har lidt et økonomisk tab som følge af Forsvarets Materieltjenestes ageren.

2.3. Da de 86 indkøb alle vedrører enkeltstående og afsluttede indkøb har Forsvarets Materieltjeneste isoleret set ikke fundet anledning til yderligere indkøbsmæssige tiltag i forhold til disse. Som anført i Forsvarets Materieltjenestes udbudsredegørelse dateret 7. august 2013 (ref.b.) gennemfører Forsvarets Materieltjeneste fortsat en række tiltag m.h.p. implementering af udbudsreglerne med dertil hørende compliance programmer på tværs af Forsvarets Materieltjenestes samlede organisation. Som det ligeledes er anført heri, så er det Kammeradvokatens vurdering at disse tiltag er sædvanlige, relevante og i vidt omfang også dækkende for Forsvarets Materieltjenestes virksomhed som anskaffende myndighed.

3. Organisatoriske forhold samt eventuelle personalemæssige konsekvenser.

3.1. Forsvarets Materieltjeneste har i forlængelse af ovennævnte afklaring af de udbudsretslige forhold i de 86 konkrete sager overvejet, hvorvidt de 49 sager, der ikke er gennemført i overensstemmelse med udbudsreglerne, giver anledning til personalemæssige tiltag.

Med henblik på fastlæggelse heraf har Forsvarets Materieltjeneste anmodet Kammeradvokaten om at udarbejde et notat vedr. det retlige grundlag for vurdering af embedsmænds ansvar (vedlagt som bilag 4). Heraf fremgår det, at der overordnet kan opstilles følgende tre betingelser, der skal være opfyldt, før der foreligger en tjenstlig forseelse, der kan danne grundlag for evt. disciplinærforfølgning efter tjenstemandsloven:

- Der skal foreligge en objektivt tilsidesættelse af de normer (pligter), der følger af stillingens beskaffenhed.
- Tilsidesættelsen skal subjektivt kunne tilregnes vedkommende embedsmand som forsætlig eller uagtsomt.
- Tilsidesættelsen må være af en vis grovhed.

Det fremgår endvidere af Kammeradvokatens notat, at det er almindelig antaget i teori og praksis, at ovennævnte forhold finder analog anvendelse i forhold til overenskomstansatte embedsmænd.

3.2. Den udbudsjuridiske regulering af Forsvarets Materieltjenestes indkøb sker på baggrund af et komplekst regelgrundlag omfattende såvel EU regelsæt (Udbudsdirektivet og Forsvarsdirektivet) og nationale regelsæt (Tilbudsloven) som EU retlige principper og almindelige forvaltningsretlige principper.

EU Forsvarsdirektiv, som fastlægger særskilte udbudsregler for indkøb af militærspecifikke varer, trådte i kraft i august 2011.

Forsvarets Materieltjeneste har under inddragelse af Kammeradvokaten – og som det fremgår af Forsvarets Materieltjenestes udbudsredegørelse dateret 7. august 2013 - anvendt store ressourcer på at fastlægge, hvorledes reglerne i EU Forsvarsdirektiv skulle tolkes og anvendes i praksis, ikke mindst fordi der ved EU lovgivning – i modsætning til unik dansk lovgivning - ikke foreligger autoritativt lovforberedende arbejder, der kan anvendes til fastlæggelse heraf.

Forsvarets Materieltjenestes indkøb i 2012 skulle således gennemføres efter forskellige udbudsjuridiske regelsæt alt efter om der var tale om indkøb af civile eller militærspecifikke varer med deraf følgende forskelle, herunder eksempelvis forskellige tærskelværdier, hvor tærskelværdien i EU udbudsregler for indkøb af militærspecifikke varer er ca. 3 gange så stor (ca. 3 mio. kr.) som tærskelværdien i EU udbudsregler indkøb af civile varer (ca. 1 mio. kr.).

Vurderingen af om et givent indkøb omfatter civile eller militærspecifikke varer er ikke en triviel opgave, idet en række indkøb så som f.eks. indkøb af visse uniformsgenstande, visse typer sanitetsmateriel, visse typer af ammunition og reservedele til visse af forsvarets køretøjer og fly ikke er militærspecifikt materiel i udbudsretlig forstand. Dette gælder ikke mindst for ikke-juridisk uddannet personale. Komplexiteten af denne vurdering understreges endvidere af, at et af hovedstridspunkterne i den sag ved Klagenævnet for Udbud vedr. Forsvarets Materieltjenestes indkøb af Forsvarets nye skibsbaserede helikopter i form af 9 amerikanske Seahawk helikoptere, som Forsvarets Materieltjeneste vandt i december 2013, var, hvorvidt der helt eller delvist var tale om indkøb af militærspecifikt materiel.

Implementeringen af EU Forsvarsdirektiv medførte endvidere, at reglerne i den danske tilbudslov ikke skal anvendes ved indkøb af militærspecifikke varer. Som følge heraf skulle der i 2012 – ligeledes som noget nyt - ved indkøb af militærspecifikke varer under EU tærskelværdi (ca. 3 mio. kr.) foretages en vurdering af, hvordan de EU retlige principper om ligebehandling, proportionalitet, ikke-diskrimination og gennemsigtighed kunne iagttages, hvis det konkrete indkøb kunne have en grænseoverskridende interesse. Dette er ligeledes ikke en triviel opgave, idet der ikke gælder formaliserede procedureregler herfor.

3.3. Etablering af Forsvarets Materieltjeneste som Forsvarets samlede funktionelle tjeneste med ansvar for anskaffelse, drift og bortskaffelse af alt materiel til alle 3 værn blev forberedt af en projektgruppe i 2006 og formelt iværksat 1. januar 2007 ved sammenlægning af Hærens Materielkommando, Søværnets Materielkommando og Flyvevåbnets Materielkommando. Denne komplekse og flerårige proces, der blandt andet omfattede ensretning af væsensforskellige processer, procedurer og – ikke mindst – kulturer fra de tre hidtidige materielkommandoer, er gennemført samtidig med omstrukturering af det samlede forsvars styringsmodel med etablering af Forsvarets øvrige funktionelle tjenester og samtidig med understøttelse af forsvarets operative opgaveløsning, herunder ikke mindst det intensive engagement i Afghanistan.

Dette forhold fremgår bl.a. af Rigsrevisionens beretning til Statsrevisorerne om Forsvarets indkøb af større materiel af februar 2010, idet Rigsrevisionen heri blandt andet anfører følgende:

”Det har været en stor udfordring at samle materielindkøb i en organisation. Tre år efter etableringen af Forsvarets Materieltjeneste er materielområdet fortsat præget af omorganiseringer og nye initiativer, der endnu ikke er færdigudviklet og anvendt i organisationen. Den manglende ro og tid til at administrere initiativerne betyder efter Rigsrevisionens vurdering, at der er væsentlig risiko for at ikke alle planlagte initiativer – og dermed nogle vigtige forudsætninger for et bedre indkøb – vil være på plads, når forsvarrets skal foretage nye materielindkøb under forsvarsforliget 2010-2014”.

Dette forhold er ligeledes afspejlet i Forsvarsministeriets notat til Statsrevisorerne af maj 2010 om beretning om forsvarrets indkøb af større materiel, idet Forsvarsministeriet heri blandt andet anfører følgende:

”I beretningen konstaterede Rigsrevisionen at organisationen er præget af omorganiseringer og nye initiativer, der endnu ikke er færdigudviklet og anvendt i organisationen. Ministeren tager Statsrevisorernes bemærkning om Forsvarets Materieltjenestes omlægning til efterretning, men bemærker også, at etablering af en ny organisation ved sammenlægning af flere enkeltstående organisationer ofte er en kompleks proces. Hertil kommer at etablering af organisationen er sket på et tidspunkt, hvor det samlede forsvar var under omstrukturering. Det har i det lys været nødvendigt for Forsvarets Materieltjeneste siden etableringen i 2007 at foretage de fornødne justeringer til den samlede organisation af flere omgange”.

I perioden 2011 – 2013 har Forsvarets Materieltjeneste årligt gennemført yderligere, større organisatoriske justeringer, idet den oprindelige matrixorganisation blev endeligt afskaffet primo 2011 i nedlæggelsen af den daværende Centralledelse, idet der ultimo 2012 blev etableret en selvstændig indkøbsstab og efterfølgende en selvstændig juridisk afdeling på samme organisatoriske niveau, og idet den hidtidige myndighedsmæssige adskillelse af iværksættelse (prokurister og disponenter) og effektivering (indkøbere) af Forsvarets Materieltjenestes indkøb endeligt er afskaffet med den forligsbestemte reorganisering af Forsvarets Materieltjeneste medio 2013.

Disse årlige organisatoriske ændringer skabte i perioden uklarhed om roller, ansvar og processer. Dette ses afspejlet i såvel Rigsrevisionens beretning om Forsvarets procedurer for anskaffelse af større materiel fra december 2013 som Statsrevisorernes bemærkninger hertil, hvoraf det fremgår Forsvarets Materieltjenestes processer for anskaffelse af materiel endnu ikke er helt tilfredsstillende.

3.4. De 49 indkøb, der ikke har overholdt udbudsreglerne, kan grupperes som ammunitionindkøb, indkøb af beklædning og udrustning samt resterende indkøb.

I forhold til den økonomiske volumen udgør de 6 *ammunitionsindkøb* i gruppe 3 i alt ca. 67 mio. kr., svarende til ca. 59 % af den samlede økonomiske volumen af de 49 indkøb.

Disse 6 ammunitionindkøb blev gennemført med henblik på enten at genopbygge Forsvarets lagerbeholdning af ammunition som besluttet i den politiske aftale om Forsvarets ordning 2010 – 2014 eller som følge af pludseligt opstående behov som følge af særlige hændelser eller med henblik på understøttelse af Forsvarets specialoperationsstyrkers behov for særlig ammunition.

Forsvaret privatiserede i 2008 Forsvarets egen ammunitionsproduktionskapacitet, idet Ammunitionsarsenalet blev solgt til det spanske firma Expal, der omdannede Ammunitionsarsenalet til den private virksomhed Denex.

Som en del af denne salgsaftale garanterede Forsvaret Denex – efter godkendelse ved EU-kommissionen - en økonomisk omsætning af et vist (stort) omfang over en periode på indledningsvist 4 år, efterfølgende 6 år. Denex blev således - de facto - forsvarets hoved- og til dels ene- leverandør på ammunitionsområdet for perioden 2008 - 2014.

De konkrete ammunitionstyper i de anførte 6 indkøb var imidlertid ikke omfattet af købsaftalen med Denex, hvorfor disse 6 indkøb af ammunition blev gennemført ved indkøb af allerede anvendte ammunitionstyper hos leverandører, der tidligere havde leveret disse ammunitionstyper til Forsvarets Materieltjeneste.

Det kan supplerende oplyses, at transaktionsomkostningerne ved en evt. ændring af typevalg på ammunitionsområdet kan være betragtelige, såvel økonomisk (i millionklassen) som tidsmæssigt (måneder/år).

I forhold til det antalsmæssige omfang udgør de *18 indkøb af beklædning og udrustning* godt 35 % af de 49 sager. Den økonomiske volumen udgør ca. 21. mio. kr. svarende til knap 18 % af den samlede økonomiske volumen af de 49 indkøb.

Forsvarskommandoen påbegyndte i 2006 et analysearbejde under inddragelse af blandt andet Forsvarets Materieltjeneste, der resulterede i nedsættelse af Forsvarskommandoens projekt *Beklædning*. Dette projekt havde blandt andet som formål at øge overholdelsen af udbudsreglerne i forbindelse med indkøb af beklædning og udrustning, idet dette område på daværende tidspunkt var karakteriseret af indkøb på forældede rammeaftaler samt indkøb foretaget helt uden om rammeaftaler.

I forbindelse med Forsvarskommandoens projekt *Beklædning* blev den tidligere portefølje på godt 80 aftaler forenklet til 19 aftaler. Disse 19 aftaler indeholdte genstande med stort volumen, der kunne sammenlægges under hensyntagen til markedet. Dette medførte imidlertid, at et antal aftaler/områder ikke blev udbudt af Forsvarskommandoens projekt *Beklædning* og derfor ikke blev fornyet eller indeholdt i de nye aftaler. Dette drejede sig blandt andet om kampstøvler og blankvåben (hovedsageligt sabler til hærens og søværnets officerer).

Forsvarskommandoens projekt *Beklædning* blev afsluttet ultimo 2012, idet de nye aftaler løbende blev overdraget til Forsvarets Materieltjeneste til implementering. Denne implementering blev imidlertid først endeligt afsluttet ultimo 2013, da implementeringen heraf viste sig at være en udfordring for Forsvarets Materieltjeneste, dels som følge af antallet af aftaler, der blev indgået på en gang, dels som følge af kvaliteten af de indgåede aftaler, idet to af disse (kontrakt vedr. skjorter og kontrakt vedr. udgangsuniformer) blev opsagt af leverandøren før tid (omkring årsskiftet 2011/2012).

Ved afslutning af FKO projekt *Beklædning* ultimo 2012 kunne det således konstateres, at der ikke var tilvejebragt et kontraktuelt grundlag, der muliggjorde inddækning af Forsvarets samlede behov for indkøb af mundering og udrustning i fuld overensstemmelse af udbudsreglerne.

Henset til ovenstående forhold blev de anførte 18 indkøb af beklædning og udrustning, der ikke er gennemført i overensstemmelse med udbudsreglerne, gennemført ud fra en minimumsbetragtning til inddækning af konkrete behov baseret på operative, uddannelsesmæssige- eller sikkerhedsmæssige krav.

Såfremt Forsvarets Materieltjeneste ikke havde gennemført disse indkøb, ville alternativet eksempelvis have været, at det ikke havde været muligt at iklæde danske soldater under uddannelse/træning og/eller mission, eksempelvis i Afghanistan.

De *resterende 25 indkøb* udgør ca. 26,5 mio. kr. svarende til ca. 23 % af den samlede økonomiske volumen af de 49 sager. Disse 25 indkøb er bredt fordelt på Forsvarets Materieltjenestes organisation og repræsenterer hovedsageligt indkøb, hvor udbudsreglerne for en række mindre indkøb ikke er overholdt i enkeltstående eller - i visse tilfælde – et begrænset antal tilfælde.

3.5. På ovenstående baggrund er det således Forsvarets Materieltjenestes vurdering, at den manglende overholdelse af udbudsreglerne i de anførte 49 sager ikke medfører behov for personalemæssige tiltag i relation til tre betingelser, der skal være opfyldt, før der foreligger en tjenstlig forseelse.

Baggrunden herfor er, at der ikke var skabt fuld klarhed i hele Forsvarets Materieltjenestes samlede organisation fra starten af 2012 om, hvorledes det nye og uprøvede udbudsjuridiske grundlag for Forsvarets Materieltjenestes indkøb skulle anvendes, at der var uklarhed om roller, ansvar og processer som følge af den fortsatte organisatoriske tilpasning af Forsvarets Materieltjeneste, og da gennemførelse af de konkrete indkøb også skal ses i lyset af formålet med Forsvarets Materieltjenestes virksomhed, nemlig at tilvejebringe det materiel, som Forsvarets soldater har brug for.

PER PUGHOLM OLSEN