

Kammeradvokaten

20. DECEMBER 2013

J.nr.: 7507821 KRO/cg

Morten Kroon
kro@kammeradvokaten.dk
Direkte +45 72 30 73 12
Mobil +45 25 43 03 17

BILAG 1

Pr. e-mail: FMT-CH@mil.dk
Forsvarets Materieltjeneste (FMT)
Lautrupbjerg 1-5
2750 Ballerup

Att.: Generaløjtnant Per Pugholm Olsen

Min bistand i forbindelse med FMTs udbudsredegørelse

Jeg har bistået FMT med gennemgang og kvalitetssikring af FMTs udbudsredegørelse.

Udbudsredegørelsen omfatter FMTs analyse af 86 sager angående anskaffelser gennemført i 2012. Der er nærmere redegjort for udbudsreglerne og de typer af udbud, der er anvendt af FMT, samt FMTs identifikation af de 86 sager i FMTs skrivelse af 7. august 2013 (2013/004236-508906) til FKO. Jeg har i skrivelse af 9. august 2013 til FMT (kopi vedhæftet) udtalt mig om, (1) hvorvidt FMTs beskrivelse af udbudsreglerne er retvisende, (2) hvorvidt beskrivelsen af FMTs håndtering og overholdelse af udbudsreglerne er retvisende, samt (3) hvorvidt de skitserede tiltag til forbedring af de erkendte udeståender i relation til overholdelse af udbudsreglerne er relevante og dækkende.

Mit opdrag med hensyn til de 86 sager, som FMT har analyseret, har bestået i følgende:

- Jeg har for hver af de sager, som FMT efter gennemført analyse har vurderet ikke er gennemført i overensstemmelse med EU- og nationale udbudsregler, kvalitetssikret FMTs vurdering og udarbejdet en påtegning herom på FMTs sagsnotat.
- For hver af de sager, som FMT efter gennemført analyse har vurderet er gennemført i overensstemmelse med EU- og nationale udbudsregler, har jeg udarbejdet et notat, hvoraf min vurdering af sagen fremgår.

Der er således tale om en gennemgang af afsluttede sager og ikke en fremadrettet udbudsretlig rådgivning. Jeg har i den forbindelse som aftalt lagt til grund, at det af FMT oplyste faktum lægges til grund for min vurdering, og at hver af de 86 sager skal behandles enkeltvis og adskilt, uanset anskaffelsens karakter. FMT har i den forbindelse løbende arbejdet på at afdække og fastlægge faktum, og det er det af FMT endeligt fastlagte faktum, som det fremgår af FMTs endelige sagsnotater, jeg har lagt til grund for min vurdering.

Til grund for mit arbejde ligger også de særlige forudsætninger, som der er redegjort for i FMTs skrivelse af 7. august 2013 til FKO, samt min skrivelse af 9. august 2013 til FMT. Dette indebærer, at jeg til brug for min vurdering har lagt følgende tre forhold til grund uden at forholde mig til lovligheden:

Administrativ praksis for "Nationalt Udbud"

FMT har i en årrække har haft en praksis, hvorefter anskaffelse af varer og/eller tjenesteydelser i forbindelse med ny- og ombygning af orlogsfartøjer har været undtaget fra sædvanlige EU-udbudsregler, idet Danmarks stilling som kyst- og strædenation efter FMTs vurdering har betinget et behov for at sikre, at der i Danmark til enhver tid findes kapacitet og knowhow, der sikrer landet adgang til de nævnte ydelser i tilfælde af kriser/krig, hvor der ikke nødvendigvis er adgang til udenlandske leverandørers tilsvarende ydelser.

Denne - dagældende - administrative praksis om "Nationalt Udbud" er lagt til grund som forudsætning for de juridiske analyser. Ved "Nationalt Udbud" forstås, at det nationale udbud er søgt gennemført efter EU-reglerne, men som udgangspunkt med en national annoncering af udbuddet. Der er således ikke offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i EU-tidende.

Det betyder i praksis, at jeg ikke har forholdt mig til, om den administrative praksis er i overensstemmelse med EU's udbudsregler, men alene til, om der herudover i forbindelse med den pågældende anskaffelsesproces har været tale om forhold, som indebærer, at der ikke har været udbudsretlig hjemmel til at gennemføre anskaffelserne, f.eks. at en rammeaftales procedure for bestilling ikke er blevet fulgt.

Det er således ikke undersøgt nærmere om gennemførelsen af det nationale udbud på korrekt vis har været hjemlet i en af de på daværende tidspunkt gældende undtagelsesregler for den sædvanlige udbudspflicht, herunder EFT art. 296, stk. 1, litra b) (nu TEUF art. 346, stk. 1, litra b), udbudsdirektivets art. 14 eller reglerne om udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse i udbudsdirektivets art. 31/forsvarsdirektivets artikel 28.

I de juridiske analyser er det således lagt til grund, at der ikke har været EU-udbudspflicht som følge af én af de nævnte regler, men at FMT i øvrigt igennem det nationale udbud har ønsket at følge EU's udbudsregler i størst muligt omfang, men uden indrykning af en udbudsbekendtgørelse i EU-tidende.

FMT har oplyst, at FMT primo juli 2013 har besluttet, at administrativ praksis om "Nationalt udbud" skal ophøre, og at en eventuel usikkerhed om lovligheden af denne praksis derfor ikke er relevant fremadrettet.

Opsplitning/sammenlægning af anskaffelser

FMT har oplyst, at man ikke i dag med sikkerhed kan konstatere, om der i alle konkrete tilfælde er sket en nødvendig sammenlægning af anskaffelsernes værdi i forhold til udbudsreglernes tærskelværdier, og dermed sikre, at alle konkrete aftaler er lovligt indgået.

En række sager i udbudsredegørelsen indeholder oplysninger om successive indkøb af samme vare eller om sammenlignelige/ens indkøb hos forskellige decentrale enheder inden for Forsvarsministeriets område.

Herom bemærkes generelt, at der ikke må foretages opdeling af anskaffelser med det formål, at de enkelte anskaffelser falder under tærskelværdien, jf. udbudsdirektivets artikel 9, stk. 3. Endvidere skal tærskelværdien af kontrakter, der indgås med regelmæssige mellemrum, vurderes efter enten forbruget i de forudgående 12 måneder/det forudgående regnskabsår eller det forventede forbrug i de kommende 12 måneder, jf. udbudsdirektivets artikel 9, stk. 7. Endelig kan det ikke udelukkes, at der i visse tilfælde kan gælde en pligt til at sammenlægge værdien af forskellige enheders indkøb, når det skal bedømmes, om en anskaffelse er udbudspligtig.

Mit opdrag har som anført været at behandle de 86 sager enkeltvis og adskilt, og jeg har således ikke foretaget en nærmere undersøgelse af, hvorvidt der i de konkrete tilfælde skulle foretages sammenlægning af anskaffelsernes værdi til brug for beregningen af, om de relevante tærskelværdier var overskredet.

Oprindelige kontrakter og rammeaftaler er forudsat lovlige

FMT har oplyst, at man i dag heller ikke med sikkerhed kan konstatere, om alle i 2012 indgåede aftaler - hvor der er sket træk på (navnlig ældre) rammeaftaler eller foretaget leveringer på kontrakter, herunder med løbende levering - er lovligt indgået.

Det betyder i praksis, at jeg ikke har foretaget en nærmere juridisk analyse heraf i de konkrete sager, og at jeg således har lagt til grund som forudsætning i de enkelte juridiske analyser, at såvel rammeaftaler som tidligere aftaler i øvrigt er indgået under overholdelse af udbudsreglerne.

Endelig har jeg bistået med kvalitetssikring i form af en gennemgang af FMTs sammenfattende redegørelse for de 86 sager til FKO. Også i denne forbindelse er de ovenfor anførte rammer for mit opdrag lagt til grund.

Med venlig hilsen

Kammeradvokaten



v/Morten Kroon

— Advokat

Pr. email: FMT-CH@mil.dk
Forsvarets Materieltjeneste
Lautrupbjerg 1-5
2750 Ballerup

Att.: Generaløjtnant Per Pugholm Olsen

Vurdering af overholdelse af udbudsreglerne

Ved email af 7. ds. har FMT bedt mig gennemgå FMT's udkast til redegørelse af samme dato, benævnt "*Beskrivelse af regler for typer af udbud anvendt af Forsvarets Materieltjeneste samt vurdering af overholdelse af reglerne*", med henblik på min vurdering og besvarelse af følgende spørgsmål:

1. Er beskrivelsen af udbudsreglerne retvisende?
2. Er beskrivelsen af FMT's håndtering og overholdelse af udbudsreglerne retvisende?
3. Er de skitserede tiltag til udbedring af de erkendte udeståender i relation til overholdelse af udbudsreglerne relevante og dækkende?

Udkastet til redegørelse er bilagt i alt 7 bilag med tilhørende underbilag; disse bilag og underbilag fremgår af udkastet til redegørelse.

På baggrund af min gennemgang af materialet kan jeg udtale følgende til de stillede spørgsmål:

Ad 1: Er beskrivelsen af udbudsreglerne retvisende?

Beskrivelsen af udbudsreglerne er indeholdt i redegørelsens afsnit 4 og flere af de hertil hørende underbilag, hvoraf flere udgøres af fyldige notater om fortolkningen af udbudsreglerne med fokus på de særregler, der gør sig gældende på området for anskaffelse af forsvarsmateriel og hertil relaterede tjenesteydelser.

Det er mit indtryk, at redegørelsens gengivelse er retvisende og dækkende.

Ad 2: Er beskrivelsen af FMT's håndtering og overholdelse af udbudsreglerne retvisende?

Jeg har som ekstern part i sagens natur ikke et førstehånds-kendskab til, hvorledes FMT i sit daglige virke tilrettelægger enhver anskaffelsessag og/eller i hvilket omfang de beskrevne procedurer, styringsdirektivet m.v. overholdes.

I det omfang procedurerne som beskrevet i redegørelsens afsnit 5 og det hertil hørende bilag 6 overholdes, er det min opfattelse at beskrivelsen heri udgør et godt grundlag for, at FMT i væsentligt omfang kan overholde udbudsreglerne.

Der kan altid ske fejl og fravigelser af gældende interne procedureregler, ligesom der kan forekomme fejlvurderinger, f.eks. i relation til om en anskaffelse ligger over/under EU's tærskelværdier, valg af direktiv (og dermed korrekt udbudsform) eller i relation til om en undtagelsesregel kan anvendes eller ej, men bortset herfra bør FMT's interne regelgrundlag som nævnt i vidt omfang sikre, at udbudsreglerne overholdes.

Bilag 7 til redegørelsen indeholder bl.a. en statistisk opgørelse over FMT's indkøb i 2012, samt en egen-vurdering af, om udbudsreglerne historisk er blevet overholdt.

Der peges i bilaget på, at der navnlig på to områder kan være grund til at tro, at udbudsreglerne ikke i alle tilfælde har været overholdt, nemlig (1) ved træk på (navnlig ældre) rammeaftaler og enkelte leveranceaftaler, hvor FMT ikke i dag med sikkerhed kan konstatere, at disse er lovligt indgået, samt (2) i de tilfælde, hvor enkeltstående indkøbsordrer, som hver for sig isoleret set ligger under tilbudslovens tærskelværdi på kr. 500.000,-, måske reelt har skullet "puljes" ved opgørelsen af, om en anskaffelse (eller et antal anskaffelser) reelt skal ses under ét i relation til EU's tærskelværdier.

Det er baseret på min erfaring fra sager for FMT også min opfattelse, at disse to områder især kan være problematiske for så vidt angår historiske aftaler; dette gør sig navnlig gældende for sidstnævnte problemstilling, idet allerede det overordentligt store antal indkøbsordrer tyder på, at der kan være tale om ulovlig opdeling af anskaffelser. Jeg har noteret mig, at FMT som følge af erkendelsen fremover agter at have øget fokus på udbudsreglernes principper for (lovlig) opdeling i delaftaler.

Ad 3: Er de skitserede tiltag til udbedring af de erkendte udeståender i relation til overholdelse af udbudsreglerne relevante og dækkende?

Redegørelsens afsnit 5 og det tilhørende bilag 6 indeholder en beskrivelse af, hvilke tiltag FMT allerede har iværksat og agter at iværksætte/fortsætte med.

Tiltagene dækker over udarbejdelse af vejledende skabeloner til brug ved udbud (både udbudsbetingelser og standardkontrakter), undervisning af medarbejdere (både i Juridisk Afdeling og i kapacitetscentrene), vidensopbygning og -deling, compliance-tjek og risikostyring.

Det er min opfattelse, at disse tiltag er sædvanlige, relevante og i vidt omfang også dækkende for FMT's virksomhed som anskaffende myndighed med de ovenfor beskrevne erkendte udeståender.

Fremadrettet er der måske grund til at være særligt opmærksom på, at der i 2013 er gennemført en organisationsændring (beskrevet i redegørelsens bilag 1), som indebærer at en væsentlig del af FMT's aftaler fremover skal indgås af en nyoprettet indkøbsstab, hvor medarbejderne efter det oplyste i vidt omfang er nye og - bortset fra chefniveauet - ikke i alle tilfælde har dybdegående erfaring med udbudsreglerne. Der kan således for denne stab være et særligt behov for støtte og prioritering.

Endvidere kan der fremadrettet være grund til at have fokus på opretholdelse af performance i de juridiske funktioner udover det, der følger af den beskrevne *generelle* undervisning mv., f.eks. ved genetablering af de tidligere gennemførte "samråd", hvor enkeltsager efter behov kan vendes uformelt og hvor der således kan gives sparring på *konkret* sagsniveau.

Med venlig hilsen
Kammeradvokaten

v/Thomas Ilsøe Andersen
— Advokat