

Notat

vedr.

Boeings oplysninger om stelletid og antal kandidater i  
kampfly-konkurrencen

--oo0oo--

**1. Opdrag**

Forsvarsministeriet (herefter "FMN") har bedt mig vurdere (1) hvilke retningslinjer, der gælder for behandlingen af oplysninger modtaget henholdsvis før/efter udsendelsen af Request for Binding Information den 10. april 2014 ("2014-RBI'en"), samt (2) om Boeings oplysninger om forventet stelletid på 9.500 flyvetimer for F/A-18F Super Hornet- skal inddrages i evalueringen, og (3) om evalueringen for Super Hornets vedkommende burde have omfattet to fly, nemlig både Super Hornet F/A-18E (en-sædet) og F/A-18F (to-sædet), idet kun sidstnævnte de facto er blevet evalueret.

**2. Det modtagne materiale**

Til brug for min vurdering har jeg modtaget Boeings præsentation for forsvarsudvalget, dateret 19. maj 2016, samt yderligere dokumenter, herunder fra U.S. Navy (herefter "USN"), og Boeing, som vil blive inddraget i det følgende med udtrykkelig angivelse af dokumenttype og datering.

**3. De faktiske omstændigheder**

**3.1 Om retningslinjer for behandlingen af leverandør-oplysninger før/efter 2014-RBI'en**

Den danske kampfly-konkurrence blev formelt igangsat i 2005 (med Request for Information), og midlertidigt suspenderet i perioden 2010-2013 som følge af en opstået mulighed for at udskyde udfasningen af den nuværende flåde af F16-fly. Konkurrencen blev genoptaget i 2013 og bl.a. videreført på baggrund af de ved 2014-RBI'en indhentede svar fra leverandørerne. Det er derfor på nuværende tidspunkt den fra 2008 videreførte konkurrence, som står foran en foreløbig kulmination med et forventet typevalg.

2014-RBI'en består af ca. 950 detaljerede spørgsmål til leverandørerne, som er udviklet med henblik på at evaluere kandidaterne i forhold til allerede fastlagte evalueringsmodeller. Udvikling af spørgsmålene er baseret på erfaringerne med de svar, som leverandørerne afgav i 2008 i forhold til detaljeringsgrad og dokumentation.

Oplysninger meddelt FMN i tiden forud for 2014-RBI'en har fortsat relevans for evalueringen, i det omfang sådanne oplysninger vurderes væsentlige, valide og dokumenterede.

I det omfang, 2014-RBI-svar kan anses for at erstatte tidligere svar, har FMN dog været berettiget til at se bort fra de tidligere svar, ud fra den forventning, at leverandørens nyeste svar må være de gældende, som leverandøren ønsker at den pågældende kandidat evalueres på baggrund af.

2014-RBI-svar, der indeholder nye oplysninger vil naturligvis skulle anvendes i evalueringen, i det omfang sådanne oplysninger vurderes væsentlige, valide og dokumenterede.

Idet kampfly-konkurrencen foregår i henhold til TEUF artikel 346, og proceduren således ikke følger normale EU-udbudsregler, tilkommer det ordregiveren (FMN) at vurdere hvilke oplysninger, der erstatter tidligere afgivne oplysninger, og/eller vurdere, om leverandørindmeldte oplysninger er væsentlige nok – eller dokumenterede tilstrækkeligt – til at blive inddraget i evalueringen, og i givet fald med hvilken vægt.

Det er min opfattelse, at FMN's inddragelse af leverandør-oplysninger i evalueringsgrundlaget er sket i overensstemmelse med ovenstående retningslinjer, at FMN's evalueringsarbejde er tilrettelagt på en måde, der er fuldt forsvarlig, og at fremgangsmåden endvidere understøtter de krav til ligebehandling af leverandørerne og gennemsigtighed i processen, som konkurrencen fordrer.

For så vidt angår oplysninger om stelletid og antallet af deltagende kandidater henvises til den nærmere analyse nedenfor.

### 3.2 Om stelletid

Af et uddrag af de af USN indsendte oplysninger i 2008 (herefter "2008-svaret") fremgår, at levetiden for F/A-18E/F blev oplyst på samme måde som i Boeings præsentation, slide 4, nemlig i form af en graf med angivelse af "design life" på 6.000 flyvetimer pr. stel, og "projected life" på 9.500 flyvetimer pr. stel. Der var efter det oplyste ikke på daværende tidspunkt (eller på et senere tidspunkt) afgivet nogen form for dokumentation for de 9.500 flyvetimer.

Af 2014-RBI'en fremgår at leverandørerne blev opfordret til at fremkomme med præcise og direkte besvarelser, samt at risici og usikkerheder skulle beskrives i detaljer, således at FMN derved fik indsigt i konsekvenser og afhængigheder.

Det er endvidere oplyst overfor mig, at RBI-materialet herudover indeholdt i alt 47 detaljerede spørgsmål om stelletid, herunder materialevalg, konstruktion, design, tolerancer, metaltræthed, miljøpåvirkning, testforløb og våbentypers belastning af flyet mv. også på delkomponent-niveau, idet formålet var at sikre, at afgivne informationer om flyenes stelletider var så valide og retvisende som muligt, herunder at leverandørernes oplysninger blev underbygget med konkrete datasæt.

2014-RBI'en indeholdt også detaljerede oplysninger om det danske operationsbehov med det formål, at leverandørerne kunne afgive svar, som var tilpasset sådanne danske behov.

USN har efter det oplyste besvaret samtlige disse spørgsmål, som efterfølgende blev gjort til genstand for detaljeret validering, idet FMN bl.a. inddrog det hollandske nationale rum- og luftforskningslaboratorium, NLR, samt den eksterne kvalitetssikring (Deloitte og RAND). Det fremgår f.eks. klart af besvarelsen på spørgsmål A1-GD-11, at stelletiden for Super Hornet-flyet blev oplyst til 6.000 timer, og at der ikke i øvrigt var angivelser om 9.500 timer.

Valideringen førte til, at USN's egen oplysning om en levetid på 6.000 flyvetimer pr. stel blev fundet tilstrækkeligt underbygget.

I forbindelse med besvarelsen af opklarende "Request For Clarification"-spørgsmål fra august/september 2014 ændrede USN ikke oplysningerne om stelletiden.

I et brev af 21. april 2016 fra Boeing v/Debbie Rub til FMN anføres det imidlertid:

*"Of note, the design service life of the Super Hornet, as published by the U.S. Navy, is 6,000 flight hours. This achievement has been validated by over 15 years of operational service.*

...

*If the Super Hornet was to be evaluated today employing the design, test and maintenance philosophy that the U.S Air Force utilizes for land based and operated aircraft, the Super Hornet would be projected to have an equivalent service life of 9,500 hours. The U.S. Navy's extensive track record of delivering and operating...Super Hornets...provide me with confidence in this performance projection."*

Indholdet af brevet af 21. april 2016 fra Boeing svarer så vidt ses til indholdet i præsentationen for forsvarsudvalget.

Imidlertid er Boeings oplysninger om stelletider på mere end 6.000 timer ikke dokumenterede og underbyggede, idet disse bygger på en antagelse (projection) om, hvad en anden bruger end USN (U.S. Air Force) vil kunne komme frem til, selvom U.S. Air Force ikke anvender F/A-18F.

Sammenfattende fremstår Boeings seneste oplysninger om en mulig fremtidig ændring af den forventede stelletid som så ikke-underbyggede, at FMN under disse omstændigheder må være berettiget til enten at se helt bort herfra, eller forpligtet til i hvert fald at tillægge oplysningerne så lidt værdi i forbindelse med evalueringen, at der næppe vil være forskel i forhold til at bortse helt fra oplysningerne.

Denne konklusion er bl.a. hjemlet i 2014-RBI'ens udsagn om, at FMN til enhver tid forbeholder sig at vurdere troværdigheden af indsendt information, men følger også af hensynet til ligebehandling og saglighed i sagsbehandlingen, som må fordrer, at FMN ikke uden videre "godtager" enhver ikke-underbygget oplysning, som en leverandør/producent måtte fremkomme med, i evalueringen. Dette gælder så meget desto mere når oplysningen fremkommer i den afsluttende fase hen imod typevalget.

### 3.3 Om antallet af kandidater

Den danske kampfly-konkurrence blev formelt igangsat i 2005 (med Request for Information), og midlertidigt suspenderet i perioden 2010-2013 som følge af en opstået mulighed for at udskyde udfasningen af den nuværende flåde af F16-fly. Konkurrencen blev genoptaget i 2013 og det er derfor på nuværende tidspunkt den fra 2008 videreførte konkurrence, som står foran en foreløbig kulmination med et forventet typevalg.

Af de fremsendte dokumenter fremgår, at de i 2008 fra kandidaterne indhentede oplysninger for USN/Boeings vedkommende inkluderede data på såvel F/A-18E som F/A-18F. Det er i sagen oplyst, at analyserne i tiden herefter viste, at F-modellen ville være et bedre valg for Danmark end E-modellen.

Ved genoptagelsen af konkurrencen i 2013 og udsendelsen af 2014-RBI'en bad FMN derfor alene om oplysninger vedrørende F/A-18F, jf. 2014-RBI'ens pkt. 1.3:

*"1.3 Participants in the down-selection process*

*In the RBI 2014, the terms:*

- *"Candidate" is used to describe the fighter weapon system offered,*

...

Candidates	Suppliers	Manufacturers
Eurofighter	German Ministry of Defence	Airbus
Gripen E	Swedish Defence and Security Export Agency	SAAB
F-35A Joint Strike Fighter	Joint Strike Fighter Program Office	Lockheed Martin
F/A-18F Super Hornet	US Navy International Programs Office	Boeing

Som det fremgår af tabellen definerede FMN således USN/Boeings kandidat i konkurrencen som F/A-18F og ikke E-modellen.

Det er endvidere i pkt. 5.3.1 er nævnt, at den strategiske evaluering vil angå "...each of the four Candidates", hvilket dermed henviser til de i pkt. 1.3 nævnte fly, og ikke et yderligere eller alternativt fly fra USN/Boeing. Tilsvarende angivelse af de definerede fire fly kan findes flere andre steder i 2014-RBI'en.

I pkt. 6.1 anføres det herefter bl.a.

*"Generally the RBI 2014 content will reflect a preferred Danish solution based on the New Fighter Program and the Danish Defence's knowledge of fighter operations etc.*

...

*Based on the Supplier's knowledge about its own Candidate and processes the Supplier can suggest relevant alternatives to the proposed Danish solution...Possible alternatives must be described in the designated places to ensure that they will be taken into consideration."*

Af telefonnotat af 18.april 2014 fremgår, at USN og Boeing telefonisk henvendte sig i anledning af den få dage før udsendte 2014-RBI, og i den forbindelse på forespørgsel fik bekræftet, at FMN med 2014-RBI'en alene ønskede "bindende information" om F-modellen som følge af denne models bedre operative kapacitet.

Det fremgår ligeledes, at USN/Boeing spurgte til muligheden for at komme med "alternativer" og herunder foreslog et muligt mix af E- og F-modellerne, hvortil FMN svarede, at alternativer altid er muligt, hvis kandidaten ønsker det. Afslutningsvis var USN/Boeing ifølge referatet blevet opfordret til at sende sine spørgsmål på skrift, hvilket imidlertid aldrig skete.

USN's 2014-RBI-svar blev indleveret ved brev af 15. juli 2014, hvori det anføres:

*"The U.S. Government is pleased to respond to your letter of 10 April 2014 for the New Fighter Program Request for Binding Information (RBI) on the F/A-18F model of the Super Hornet.*

*...  
We are confident that the F/A-18F Super Hornet Multi-Role Fighter is the best solution and value for the Danish Air Force...".*

#### **4. Vurdering**

**4.1 Om retningslinjer for behandlingen af leverandør-oplysninger før/efter 2014-RBI'en**  
Det er min vurdering, at FMN's inddragelse af leverandør-oplysningerne i evalueringsgrundlaget er foregået på en måde, der dels opfylder kravene til ligebehandling af leverandører og transparens i procedurerne, og dels medvirker til, at der skabes et velegnet grundlag for evalueringen.

#### **4.2 Om stalleveid**

Sammenfattende er det min vurdering, at FMN under de ovennævnte omstændigheder må være berettiget til at se helt bort fra de af Boeing afgivne oplysninger om en forventet stalleveid på 9.500 timer, eller i hvert fald forpligtet til at tillægge troværdigheden heraf så ringe vægt i forbindelse med evalueringen, at der ikke vil være forskel i forhold til at se helt bort fra oplysningerne.

#### **4.2 Om antallet af kandidater**

Som sagen er oplyst for mig er det min vurdering, at Boeing ikke med rette kan kræve, at der evalueres på 2 flytyper fra Boeing.

Jeg har herved lagt vægt på, at 2014-RBI'en klart definerer USN/Boeings "kandidat" som F/A-18F modellen, at USN/Boeing efterfølgende får dette bekræftet telefonisk, at såvel 2014-RBI'en som svaret under telefonsamtalen giver USN/Boeing mulighed for desuagtet at inkludere oplysninger om "alternativer", herunder principielt også E-varianten, men at dette imidlertid ikke sker ved indlevering af RBI-svaret den 15. juli 2014.

Det ændrer efter min opfattelse ikke herved, at FMN, forud for modtagelsen af leverandør-oplysninger i 2008, har efterspurgt oplysninger om både E- og F-varianten, da det med 2014-RBI'ens formuleringer burde stå USN/Boeing klart, at den danske konkurrence for deres vedkommende herefter koncentrerede sig om F-varianten. Det synes også som om USN/Boeing i forbindelse med indlevering af RBI-svaret anerkender denne koncentration, idet USN/Boeing slet ikke omtaler E-varianten, men tværtimod omtaler F-varianten som "the best solution and value" for Danmark. Deri ligger i hvert fald i det mindste også en

.....  
prioritering fra USN/Boeings egen side, som Forsvarsministeriet må være berettiget til at støtte ret på.

På denne baggrund har FMN efter min opfattelse været berettiget til alene at inddrage én kandidat (F/A-18F) fra USN/Boeing i forbindelse med evalueringen.

--oo0oo--

København, den 24. maj 2016

Kammeradvokaten



Tomas Ilsøe Andersen

Partner, Advokat (H)