



# RÍKISENDURSKOÐUN

Skúlagötu 57, 105 Reykjavík IS-Iceland.

Dagsetning

Tilvísun

UTANRÍKISRÁÐUNEYTIÐ  
EINAR GUNNARSSON, RÁÐUNEYTTISSTJÓRI  
RAUÐARÁRSTÍG 25  
150 REYKJAVÍK

12. NÓVEMBER 2009

U-372  
SA/BB

Þann 13. júlí sl. óskaði utanríkisráðuneytið eftir því við Ríkisendurskoðun að kannað yrði hvort nokkrar tilgreindar ákvarðanir Varnarmálastofnunar (VMSÍ) hafi brotið í bága við lagafyrirmæli og jafnframt hvort fjölskyldu- og vinatengsl kunni í einstökum tilvikum að hafa valdið vanhæfi við afgreiðslu máls. Með bréfi dagsettu 4. ágúst sl. tilkynnti Ríkisendurskoðun VMSÍ og utanríkisráðuneytinu þá ákvörðun að hefja úttekt á tilgreindum ákvörðunum stofnunarinnar. Niðurstöður liggja nú fyrir. Í ljósi þess hve athugasemdir VMSÍ við niðurstöðurnar eru verulegar telur Ríkisendurskoðun affarasælast að láta þær fylgja sem fylgiskjal með bréfi þessu. Af gefnu tilefni skal þó tekið fram að VMSÍ hafði fyrstu drög að svarbréfi til athugasemda í 7 sólarhringa, önnur drög í 3 og lokadrög í 6, eða samtals í 16 sólarhringa.

## 1 VERKLAG

Til að afla upplýsinga um þau atriði sem voru til könnunar fundaði Ríkisendurskoðun með fulltrúum VMSÍ og var þar óskað greinargerða og gagna vegna innkaupaferils. Í framhaldinu var fundað með fulltrúum Ríkiskaupa og utanríkisráðuneytisins vegna málsins. Ríkisendurskoðun var jafnframt í sambandi við fjármálaráðuneytið varðandi túlkun á undanþáguákvæðum laga nr. 84/2007 um opinber innkaup. Síðar var leitað frekari gagna og greinargerða frá VMSÍ og í þrígang tekið við athugasemdum frá stofnuninni við drög að niðurstöðum Ríkisendurskoðunar. Þá heimsóttu fulltrúar Ríkisendurskoðunar höfuðstöðvar VMSÍ á Keflavíkurflugvelli og kynntu sér hlutverk hennar og starfsemi.

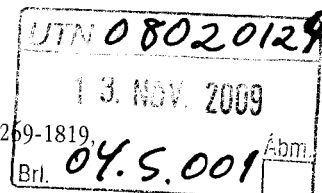
## 2 ATRIÐI TIL KÖNNUNAR

Í fyrrgreindu bréfi utanríkisráðuneytisins voru sérstaklega tilgreind fjögur atriði sem óskað var könnunar á, þ.e. varðandi ráðningar starfsmanna annars vegar og opinber innkaup hins vegar.

### 2.1 RÁÐNINGAR STARFSMANNA

Í varnarmálalögum nr. 34/2008 er forstjóra VMSÍ veitt heimild til að ráða ríkisstarfsmenn til tímabundinna starfa hjá stofnuninni án auglýsingar. Heimildin er bundin við að haft sé samráð við utanríkisráðuneytið um slíkar ráðningar. Ráðuneytið telur vafa leika á að samráð hafi verið haft um ráðningar nokkurra starfsmanna til stofnunarinnar.

Sími / telephone: (+354) 569 7100, myndsími / telefóni: (+354) 562 4546, kennitala / Id.no. 540259-1819,  
netfang / e-mail: postur@rikisend.althingi.is, heimasíða / http: www.rikisend.althingi.is



## 2.2 KAUP Á SÍMKERFI

VMSÍ keypti nýtt símkerfi í desember 2008. Heildarkostnaður vegna kaupanna nam tæplega 16 m.kr. Kaupin fóru fram án undangengins útboðs enda taldi stofnunin að þau hafi verið undanþegin útboðsskyldu á grundvelli 9. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup, en þar segir:

„Lögin taka ekki til samninga sem lýstir eru leynilegir eða ef sérstökum öryggisráðstöfunum verður að beita við framkvæmd þeirra í samræmi við gildandi lög og stjórnvaldsfyrirmæli eða ef grundvallarhagsmunir ríkisins krefjast þess.“

Áður en leit að nýju símkerfi hófst var unnin þarfagreining og síðan valin fjögur kerfi til skoðunar. Fljótlega var tekin ákvörðun um að aðeins nýkaup kæmu til greina og var þá kerfunum fækkað í tvö. Kallað var eftir verðlistum frá söluaðilum og gerður samanburður, bæði vegna stofnkostnaðar og viðhalds. Sérfræðingar innan stofnunarinnar voru fengnir til að bera þessi tvö kerfi saman. Niðurstaða þeirra var að velja Cisco kerfi frá fyrirtækinu Sensa ehf. enda væri það ódýrara, öruggara og sveigjanlegra en Swynx kerfi frá fyrirtækinu Svar tækni ehf. Vegna misskilnings um heimildir VMSÍ til að setja eldra símkerfi upp í hið nýja reyndist verð Cisco kerfisins 1,8 m.kr. hærra en gert hafði verið ráð fyrir. Þar með var það mat sérfræðinganna að Swynx kerfið væri hagkvæmari lausn fyrir stofnunina. Þar réði mestu að viðhaldskostnaður Swynx kerfisins var talinn töluvert lægri en Cisco kerfisins.

Eins og áður hefur komið fram óskaði utanríkisráðuneytið eftir því að Ríkisendurskoðun kannaði sérstaklega hvort fjölskyldu- og vinatengsl kunni að hafa valdið vanhæfi við afgreiðslu málsins. Í tilfalli umræddra innkaupa á símkerfi er staðfest að forstjóri VMSÍ er mágkona framkvæmdastjóra Svar tækni ehf., fyrirtækisins sem seldi stofnuninni símkerfið. Að sögn VMSÍ taldi forstjóri stofnunarinnar vafa leika á um hæfi sitt til að koma að umræddum innkaupum og tók því ekki þátt í þeim.

## 2.3 KAUP Á RAFJÖFNUNARBÚNAÐI

Á fyrri hluta ársins 2009 keypti VMSÍ rafjöfnunarbúnað fyrir samtals 38 m.kr. án undangengins útboðs. Í greinargerð stofnunarinnar um kaupin á rafjöfnunarbúnaðinum, sem send var utanríkisráðuneytinu 28. júní sl., er ákvörðunin um kaup án útboðs réttlætt á tvo vegu. Annars vegar er vísað til fyrrgreinds undanþáguákvæðis laga um opinber innkaup. Hins vegar segir orðrétt í greinargerðinni:

„Ljóst var að vegna efnahagsástandsins hér á landi væri rétt að takmarka eins og kostur væri kaup á ráðgjöf og búnaði erlendis frá.“

VMSÍ vann kröfulýsingu vegna kaupa á rafjöfnunarbúnaði áður en leit að nýjum búnaði hófst. Óformleg leit að kerfum fór fram og var spurst fyrir um áætlaðan kostnað hjá Innkaupastofnun Atlantshafsbandalagsins. Samkvæmt upplýsingum frá VMSÍ taldi Innkaupastofnunin að kostnaður vegna hverrar ratsjárstöðvar gæti numið um 20 m.kr. að lágmarki og heildarkostnaður við verkið því a.m.k. 80 m.kr. Ekki var leitað eftir verðum frá þeim aðilum sem selja þennan búnað.

Í janúar sl. áttu starfsmenn VMSÍ fundi með starfsmönnum fyrirtækisins HBT hf. þar sem rædd var þörf stofnunarinnar fyrir umræddan búnað. Í framhaldinu barst tilboð frá fyrirtækinu og var síðan gengið til samninga um kaup upp á 38 m.kr. fyrir búnað í allar ratsjárstöðvarnar.

Ósk ráðuneytisins um sérstaka athugun á mögulegu vanhæfi á einnig við um umrædd kaup, í ljósi þess að framkvæmdastjóri HBT hf. er fyrrverandi yfirmaður forstjóra og nokkurra annarra stjórnenda VMSÍ.

#### 2.4 KAUP Á DRÁTTARVÉL

Í desember 2008 keypti VMSÍ dráttarvél fyrir rúmlega 15 m.kr. án undangengins útboðs. Vélin var notuð og keypt af einstaklingi sem var að hætta starfsemi. Að mati VMSÍ voru kaupin undanþegin útboðsskyldu á grundvelli 33. gr. laga um opinber innkaup en þar segir að samningskaup án opinberrar birtingar útboðsauglýsingar séu heimil m.a.:

„[þ]egar um er að ræða vörur sem eru á sérlega góðum kjörum, annaðhvort frá seljanda sem er að hætta starfsemi eða frá skiptastjóra þrotabús eða fyrirtæki sem er í greiðslustöðvun eða nauðasamningum.”

Unnin var þarfagreining og síðar kröfulýsing vegna kaupa á nýrri dráttarvél. Að sögn VMSÍ komu dráttarvélar frá nokkrum fyrirtækjum til greina en verðkannanir fóru fram símleiðis. Þegar óskað var eftir verði frá einu þessara fyrirtækja var stofnuninni bent á að einstaklingur sem væri að hætta starfsemi vildi selja notaða vél sem uppfyllti kröfur stofnunarinnar. Verð á nýrri vél af sömu gerð var talið 19,5 m.kr. en eins og áður sagði fékkst hin notaða vél á rúmlega 15 m.kr.

### 3 UM UNÐANÞÁGUÁKVÆÐI 9. GR. LAGA NR. 84/2007 UM OPINBER INNKAUP

Tilgangur laga nr. 84/2007 um opinber innkaup er skv. 1. gr. þeirra „að tryggja jafnræði fyrirtækja við opinber innkaup, stuðla að hagkvæmni í opinberum rekstri með virkri samkeppni og efla nýsköpun og þróun við innkaup hins opinbera á vörum, verkum og þjónustu.” Löggin eru að mestu leyti byggð á tilskipun Evrópuþingsins og –ráðsins nr. 2004/18. Samkvæmt 5. gr. laganna taka þau til samninga á sviði varnarmála, enda er það í samræmi við 123. gr. EES-samningsins. Hvorki VMSÍ né aðrar stofnanir eða stjórnvöld sem koma að varnar- og öryggismálum eru því undanþegin lögunum.

Samkvæmt meginreglum laganna skal bjóða út öll vörukaup yfir 5 m.kr. Fari áætluð útboðsfjárhæð yfir 11,7 m.kr. er skylt að bjóða innkaupin út á EES-svæðinu. Við ákveðnar aðstæður – sem skýrðar eru í undanþáguákvæðum laganna – má falla frá útboðsforminu. Eins og áður hefur komið fram taldi VMSÍ með vísan til 9. gr. laganna ekki ástæðu til að bjóða út kaup á símkerfi og rafjöfnunarbúnaði vegna öryggishagsmuna ríkisins. Þetta mat stofnunarinnar var hvorki borið undir utanríkisráðuneytið né fjármálaráðuneytið sem fer ásamt Ríkiskaupum með yfirstjórn og framkvæmd laganna, sbr. 84. og 85. gr. og 16. tölulið 5. gr. reglugerðar um Stjórnarráð Íslands nr. 177/2007.

Undanþágan er byggð á 14. gr. fyrrgreindrar tilskipunar. Ljóst er að töluverður hluti innkaupa vegna varnarmála í sumum aðildarríkja Evrópusambandsins hefur farið fram án undangenginna útboða og þá verið vísað til undanþágunnar. Rúm túlkun á þessu ákvæði hefur leitt af sér mikla umræðu innan Evrópusambandsins, þar sem vilji hefur staðið til þess að takmarka og þrengja notkun undanþágunnar með sérstakri tilskipun um innkaup á sviði varnarmála og þar með sköpun sérstaks varnarmálamarkaðar sem aðeins þeir aðilar sem hafa hlotið sérstaka öryggisvottun hafa aðgang að. Í ágúst sl. tók gildi ný tilskipun um opinber innkaup vegna varnarmála, nr. 2009/81, sem þó hefur enn ekki öðlast gildi hér á landi. Á engan hátt felur sú

tilskipun í sér að opinber innkaup á sviði varnarmála verði ógagnsærri en áður, heldur einmitt hitt að hnykkja á gildandi reglum og formfesta gagnsætt verklag við viðkvæm opinber innkaup. Þar með er staðfest sú skoðun – sem hefur ítrekað birst m.a. í leiðbeiningum Evrópuráðsins um opinber innkaup – að túlka beri undanþáguákvæði 14. gr. tilskipunarinnar þröngt. Beiting ákvæðisins hafi þannig átt að vera undantekning frekar en regla og aðeins viðeigandi við sérstakar aðstæður, sbr. 13. gr. hinnar nýju tilskipunar. Nýja tilskipunin er því hugsuð til að eyða vafa um hvernig túlka beri eldri tilskipunina.

Beiting undanþágu á grundvelli öryggishagsmuna hefur verið reynd áður hér á landi. Árið 1998 stöðvaði Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) útboð á nýju varðskipi fyrir Landhelgisgæslu Íslands, þar sem stofnunin taldi að þjóða yrði verkið út á EES-svæðinu. Dómsmálaráðuneytið hafði vísað til undanþáguákvæðis þágildandi tilskipunar Evrópuráðsins nr. 93/36 vegna öryggishagsmuna en ESA tók þau rök ekki gild. Í minnisblaði fjármálaráðherra til ríkisstjórnar Íslands frá 15. september 1998 kemur fram það álit að smíði á nýju varðskipi geti ekki fallið undir fyrrgreint undanþáguákvæði, þar sem ekki sé um nægilega ríka öryggishagsmuni að ræða. Í framhaldinu var smíði skipsins boðin út á EES-svæðinu. Undanþáguákvæði vegna öryggishagsmuna í tilskipunum nr. 93/36 og 2004/18 eru efnislega samhljóða.

Þó fyrrgreint dæmi sé að ýmsu leyti ólíkt beitingu VMSÍ á undanþáguákvæðinu, m.a. vegna þess að VMSÍ sinnir varnartengdum verkefnum, skal á það bent að ákvörðun um beitingu undanþáguákvæðisins þá var tekin af dómsmálaráðuneytinu en ekki af undirstofnun þess, þ.e. Landhelgisgæslunni. Á endanum var það hins vegar afstaða fjármálaráðuneytisins sem réð lyktum málsins, enda fer það eins og áður segir með yfirstjórn innkaupa ríkisins.

Ríkisendurskoðun telur að þær sérstöku aðstæður geti sannanlega komið upp að fyrrgreind undanþága eigi við, en rétt er að hafa í huga að við beitingu hennar á fyrst og fremst mat á öryggishagsmunum að ráða en ekki hver kaupandinn er. Beitingin er hins vegar mjög viðkvæm og hafa fjármálaráðuneytið, sem eins og áður segir fer með yfirstjórn opinberra innkaupa, og Ríkiskaup, sem annast framkvæmd laganna, lýst þeirri skoðun að það sé ekki í verkahring einstaka stofnana að ákveða hvort undanþáguákvæði 9. gr. laganna eigi við, heldur beri jafnan að leita a.m.k. álits fagráðuneytis eða Ríkiskaupa. Í einstökum tilfellum getur beiting undanþágu jafnvel verið tilkynningarskyld til ESA og því getur verið nauðsynlegt að leita álits fjármálaráðuneytisins áður en til hennar kemur. Loks er rétt að taka fram að utanríkisráðuneytið hefur lýst yfir þeirri afstöðu sinni að túlka beri ákvæðið mjög þröngt.

## 4 NIÐURSTÖÐUR RÍKISENDURSKOÐUNAR

### 4.1 RÁÐNINGAR STARFSMANNA

Ríkisendurskoðun telur að það sé utanríkisráðuneytisins að meta hvort samráð VMSÍ við ráðuneytið vegna ráðninga umræddra starfsmanna hafi verið fullnægjandi. Þær skýringar sem stofnunin hefur gefið benda til þess að ráðuneytið hafi misskilið upplýsingar um ráðningar. Ráðuneytið hefur staðfest það.

### 4.2 KAUP Á SÍMKERFI

#### 4.2.1 Útboðsskylda

Svo sem að framan er rakið fer fjármálaráðuneytið með yfirstjórn opinberra innkaupa og Ríkiskaup annast framkvæmd þeirra. Með hliðsjón af þessu er nærtækast og í eðlilegu samræmi við góða stjórnarsýsluhætti að leita eftir álitum þessara stjórnvalda þegar og ef til greina þykir koma að beita umræddu undanþáguákvæði. Í ljósi yfirstjórnarhlutverks fjármálaráðuneytisins er óeðlilegt að selja einstaka ríkisstofnunum sjálfðæmi í álitamálum tengdu ákvæðinu. Hafa ber í huga í þessu sambandi að fjármálaráðuneytið getur ef svo ber undir leitað eftir ráðgefandi álitum kærunefndar útboðsmála á tilteknum innkaupum, sbr. 4. mgr. 91. gr. laga um opinber innkaup.

Með vísan til þeirra sjónarmiða, sem búa að baki 9. gr. laganna og hvernig þau hafa verið túlkuð hér á landi til þessa, telur Ríkisendurskoðun jafnframt lítinn vafa leika á því að túlka beri undanþáguákvæði vegna öryggishagsmuna mjög þröngt. Ekki hefur verið sýnt fram á að umrætt símkerfi búi yfir slíkum eiginleikum eða sé þess eðlis að beita verði sérstökum öryggisráðstöfunum við framkvæmd samninga, sem gera þarf um kaupin á tækjunum sjálfum. Samkvæmt varnarmálalögum nr. 34/2008 er það í verkahring VMSÍ að öryggisvotta þá aðila sem eiga að fá aðgang að búnaði og mannvirkjum sem stofnunin hefur umsjón með. Í rökstuðningi fyrir beitingu undanþáguákvæðisins vísar stofnunin til þess að beita þurfti sérstökum öryggisráðstöfunum, m.a. öryggisvottun, við innkaupin. Í þessu efni verður að mati VMSÍ að gera skýran greinarmun á tilboðsbeiðnum og samningagerð annars vegar að framkvæmd samnings hins vegar. Fram hefur komið í greinargerðum VMSÍ að á tilboðs- og samningastigi hafi engar þær upplýsingar verið veittar sem ógnað geta öryggishagsmunum ríkisins. Aðeins hafi verið um að ræða ógn við öryggishagsmuni þegar kom að þeim lið í framkvæmd samnings sem lýtur að uppsetningu og innleiðingu kerfisins.

Hvorugt þeirra fyrirtækja sem boðið var að senda verðlista vegna nýs símkerfis höfðu hlotið öryggisvottun. Með því að óska eftir tilboðum frá aðilum sem ekki höfðu öryggisvottun sýnist VMSÍ viðurkenna í reynd að ekki var um að ræða þá ríku öryggishagsmuni sem stofnunin vísar til við ákvörðun um að víkja frá lögum um opinber innkaup. Ekki verður séð að fyrirtækin sem óskað var eftir tilboðum frá hafi staðist ríkari kröfur en önnur sambærileg fyrirtæki í landinu. Hvers vegna aðeins var leitað til þessara tveggja fyrirtækja er því ósvarað að mati Ríkisendurskoðunar. Í ljósi þessa telur Ríkisendurskoðun að túlkun VMSÍ á undanþáguákvæði vegna öryggishagsmuna við kaup á símkerfi hafi verið of þröng. Að mati Ríkisendurskoðunar var eðlilegra að bjóða kaupin út, en setja jafnframt inn ákvæði þess efnis að þeir bjóðendur einir sem stæðust ákveðnar öryggiskröfur kæmu til greina.

Rétt er að taka fram að VMSÍ fellst ekki á ofangreinda niðurstöðu. M.a. bendir stofnunin á að þegar umrædd innkaup hafi átt sér stað hafi ekki verið búið að setja hina nýju tilskipun nr.

2009/81. Því beri að taka mið af forvera hennar nr. 2004/18 um hvernig skilja og beita beri undanþáguákvæðinu. Íslenska ríkið hafi ekki sett sérstakar reglur um hvernig meta skuli öryggis- og varnarhagsmuni og því verði að ætla að slíkt mat sé fyrst og fremst í höndum VMSÍ, sem hefur það hlutverk að sinna öryggis- og varnarmálum fyrir íslenska ríkið. Hún bendir jafnframt á að ekki sé hægt að bera saman útboð Landhelgisgæslunnar á smíði varðskips og kaupum VMSÍ á umræddum búnaði, þar sem Landhelgisgæslan sé borgarleg stofnun en VMSÍ hernaðarleg í eðli sínu. Með því er átt við að hún fari með framkvæmd stjórnýslu vegna öryggis- og varnarskuldbindinga þjóðarinnar og vinni samkvæmt öryggisstöðlum Atlantshafsbandalagsins. Þá bendir VMSÍ á að verkefni hennar séu skilgreind í lögum og þar komi hvergi fram að stofnunin skuli leita sérstaks samráðs við utanríkisráðuneytið við rekstur lögbundinna verkefna hennar að öðru leyti en því að unnið skuli í samræmi við stefnu utanríkisráðherra á sviði varnarmála. VMSÍ hafi mikla sérstöðu meðal ríkisstofnana og verði einfaldlega ekki líkt við þær og starfsemi þeirra. Hún sinni verkefnum, sem áður hafi alfarið verið sinnt af erlendum herafloa hérlendis í umboði íslenskra stjórnvalda.

VMSÍ telur engan vafa leika á því að beita þurfti sérstökum öryggisráðstöfunum við framkvæmd samningsins um kaup og uppsetningu á símtækjum og nægi í því sambandi að vísa til fyrirsmála í lögum og þjóðréttarlegum skuldbindingum. Uppsetning símkerfis á starfssvæði VMSÍ feli í sér aðgang óviðkomandi aðila að tækjabúnaði og starfssvæði VMSÍ, þ.á.m. svæðum þar sem öryggis- og trúnaðarstig og –kröfur Atlantshafsbandalagsins eru miklar. Því þurfi að gera viðeigandi ráðstafanir til að fyrirbyggja öryggisrof, þ.m.t. að hafa uppsetningaraðila undir viðvarandi eftirliti meðan á vinnu hans stendur, eða gefa út öryggisvottun af fullnægjandi trúnaðarstigi honum til handa. VMSÍ bendir einnig á að nýtt símkerfi stofnunarinnar sé hluti samþætts gagnakerfis. Þar kunnist að liggja upplýsingar sem óviðkomandi aðilar gætu séð sér hag í að komast yfir. Símerfi VMSÍ og uppsetning þess sé því áhættuþáttur sem taka þurfi tillit til.

#### 4.2.2 Innkaupaferli

Jafnvel þó undanþáguákvæði vegna öryggishagsmuna sé beitt er nauðsynlegt að til staðar sé formfast verklag sem tekur við þegar lög um opinber innkaup eru látin víkja. Hvorki utanríkisráðuneytið né VMSÍ höfðu sett stofnuninni slíkar reglur þegar umrædd kaup fóru fram. Stofnunin hóf þó gerð slíkra reglna fyrr á þessu ári og hafa þær verið innleiddar.

Þegar Ríkisendurskoðun óskaði eftir gögnum sem staðfestu lýsingu VMSÍ á innkaupaferlinu kom í ljós að skjölun gagna er tengdust málinu er óviðunandi. Þannig voru t.d. tilboðsbeiðnir stofnunarinnar til umræddra fyrirtækja ekki fyrirliggjandi. Þá telur Ríkisendurskoðun vanta rökstuðning fyrir því hvers vegna var aðeins horft til þessara tveggja kerfa. Ástæða er til að taka fram að skjalavistun hjá stofnuninni hefur batnað verulega síðan.

#### 4.2.3 Vanhæfi

Haustið 2008 fól forstjóri VMSÍ fjármálastjóra stofnunarinnar að gera úttekt á símamálum. Þegar ljóst var að einn af mögulegum valkostum fyrir nýtt símkerfi var lausn frá Svar tækni ehf. upplýsti forstjórinn fjármálastjóra og yfirlögfræðing stofnunarinnar um að hann væri mægður framkvæmdastjóra fyrirtækisins. Samkvæmt upplýsingum VMSÍ sagði hann sig þar með frá málinu enda taldi hann ekki leika vafa á að hann væri vanhæfur til að fjalla um kaupin, sbr. í 2. tl. 3. gr. stjórnýslulaga nr. 37/1993 en þar segir að starfsmaður sé vanhæfur til meðferðar máls „[e]f hann er eða hefur verið [...] mægður aðila í beinan legg [...]“ Þá mun forstjórinn sjálfur hafa gert utanríkisráðuneytinu grein fyrir þessum tengslum á síðari stigum málsins.

Ekki er dregið í efa að forstjórinn hafi sagt sig frá málinu en þar sem sú afgreiðsla var hvorki skjalfest hjá stofnuninni né var utanríkisráðuneytið látið vita fyrir kaupin liggur hvorki fyrir með óyggjandi hætti hvenær og hvernig forstjórinn sagði sig frá málinu né hver tók við tilkynningu þar um. Þetta lýsir í hnotskurn hversu nauðsynlegt er að í slíkum málum sé formsatriða gætt í hvívetna. Benda má á að þegar sérfræðingarnir sem unnu þarfagreininguna höfðu unnið úr verðlistunum frá Sensa ehf. og Svar tækni hf. komu þeir niðurstöðu sinni formlega á framfæri við forstjóra VMSÍ en ekki fjármálastjóra sem samkvæmt frásögn yfirstjórnar átti þá að hafa tekið við málinu vegna vanhæfis forstjórans.

Við aðstæður sem þessar er eðlilegt að spurningar um undirmannavanhæfi kvikni, sbr. 5. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga. Almenn er litið svo á að undirmaður verði ekki sjálfkrafa vanhæfur þó yfirmaður hans sé það. Ef hins vegar er um ræða sérstaka og verulega hagsmuni yfirmannsins telst undirmaður skilyrðislaust vanhæfur þar sem hann er um margt háður yfirmanni sínum og kann að óttast viðbrögð yfirmannsins ef ákvörðun fellur ekki að hagsmunum yfirmannsins. Það er þó vert að hafa í huga að ásýnd og aðstæður sem þessar geta vakið upp réttmætar spurningar um hvort draga megi óhlutdrægni starfsmanna í efa með réttu, sbr. ákvæði 6. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga. Í umræddu tilfelli telur Ríkisendurskoðun þó að ekki hafi verið um vanhæfi þeirra sem við málinu tóku að ræða, þar sem forstjóri VMSÍ hafði ekki sérstaka og verulega hagsmuni af úrlausn málsins.

#### 4.3 KAUP Á RAFJÖFNUNARBÚNAÐI

##### 4.3.1 Útboðsskylda

Rétt eins og um kaup á símkerfi telur Ríkisendurskoðun túlkun VMSÍ á undanþáguákvæði vegna öryggishagsmuna við kaup á rafjöfnunarkerfi of þrönga af sömu ástæðum og vegna kaupa á símkerfi. Sama gildir um umrædd kaup og um kaup á símkerfi að engar þær upplýsingar voru veittar á tilboðs- og samningastigi sem ógnað gátu öryggishagsmunum ríkisins, heldur aðeins á framkvæmdarstigi og þá undir eftirliti VMSÍ.

VMSÍ hefur haldið því fram að enginn annar innlendir aðili hafi búið yfir sömu getu og umrætt fyrirtæki. Ríkisendurskoðun dregur það mat ekki í efa. Aftur á móti liggur ljóst fyrir að erlendis starfa fyrirtæki sem hafa þegar hlotið öryggisvottun og bjóða upp á sambærilegan búnað og um er rætt. Eðlilegt hefði verið, fyrst undanþáguákvæði vegna öryggishagsmuna var beitt, að leita eftir tilboðum frá slíkum fyrirtækjum áður en rætt var við fyrirtæki sem ekki hafði verið vottað.

Það er því mat Ríkisendurskoðunar að bjóða hefði átt kaupin út, með fyrirvara um að bjóðendur þyrftu að uppfylla ákveðnar öryggiskröfur – og vegna umfangs kaupanna hefði útboðið skilyrðislaust átt að ná til alls EES-svæðisins. Rök VMSÍ þess efnis að vegna efnahagsástandsins hér á landi hafi verið eðlilegt að takmarka eins og kostur væri innkaup erlendis frá fá ekki staðist í ljósi skuldbindinga í EES-samningnum.

Tekið skal fram að VMSÍ er ósammála ofangreindri niðurstöðu og vísar í því efni einkum í rökstuðning sinn um hvernig beita beri umræddu undanþáguákvæði, sbr. lið 4.2.1 hér að framan og fylgiskjal 1.

#### 4.3.2 Innkaupaferli

Skjölun vegna innkaupa á rafjöfnunarbúnaði er svo takmörkuð og ábótavant að Ríkisendurskoðun treystir sér ekki til að sannreyna eða leggja mat á hvort um hagkvæmustu lausn hafi verið að ræða, þó flest virðist benda til þess.

#### 4.3.3 Vanhæfi

Eins og áður hefur komið fram eru forstjóri og fleiri stjórnendur VMSÍ fyrrverandi undirmenn framkvæmdastjóra HBT hf. sem seldi VMSÍ rafjöfnunarbúnaðinn. Ríkisendurskoðun telur að forstjóri og aðrir stjórnendur VMSÍ hafi ekki verið vanhæfir til að fjalla um kaupin. Tengsl umræddra aðila eru þó þess eðlis að gera verður ríkari kröfur til gagnsæis innkaupaferlisins en annars væri.

### 4.4 KAUP Á DRÁTTARVÉL

#### 4.4.1 Útboðsskylda og innkaupaferli

Undanþáguákvæði 33. gr. laga um opinber innkaup er afar sjaldan beitt enda er beiting þess viðkvæm rétt eins og annarra undanþáguákvæða laganna. Ástæða er til að hafa í huga að einn megintilgangur laganna er að tryggja jafnræði seljenda gagnvart hinu opinbera.

Með vísan til þess að fjármálaráðherra og Ríkiskaup fara með yfirstjórn og framkvæmd laga um opinber innkaup hefði að mati Ríkisendurskoðunar verið rétt og eðlilegt fyrir VMSÍ að óska álits Ríkiskaupa á því hvort um sérlega góð kjör hafi verið að ræða áður en til kaupanna kom. Vekja má athygli á 85. gr. laga um opinber innkaup í þessu sambandi en þar segir svo:

„Ríkiskaup annast innkaup fyrir ríkisstofnanir og ríkisfyrirtæki, rannsakar sameiginlegar þarfir á vörum og þjónustu og beitir sér fyrir samræmdum innkaupum til þarfa ríkisins.”

Í samtölum Ríkisendurskoðunar við starfsmenn Ríkiskaupa hefur komið fram að stofnunin hefði verið fús að veita slíka ráðgjöf.

Með hliðsjón af atvikum og hagstæðu verði dráttarvélarinnar fyrir VMSÍ telur Ríkisendurskoðun líklegt að bær yfirvöld hefðu komist að því að ekki hafi verið um útboðsskyldu að ræða þar sem verð hafi sannanlega verið niðursett.

*Sumur Þrasar*

*Láinn Þ. Gunn.*

Fylgiskjal 1: Bréf VMSÍ, dags. 9. nóvember

Afrit sent Varnarmálastofnun





VARNARMÁLASTOFNUN ÍSLANDS  
ICELANDIC DEFENCE AGENCY

Ríkisendurskoðun  
Skúlagötu 57  
105 Reykjavík

9. nóvember 2009

**Efni:** Athugasemdir Varnarmálastofnunar Íslands (VMSÍ) við lokadrög að svarbréfi Ríkisendurskoðunar til utanríkisráðuneytisins.

## I. Niðurstaða Ríkisendurskoðunar.

Með bréfi dagsettu 4. ágúst sl. tilkynnti Ríkisendurskoðun þá ákvörðun sína, að hefja úttekt á nánar tilgreindum ákvörðunum stofnunarinnar, sem utanríkisráðuneytið hafði áður óskað eftir að yrðu kannaðar. Í ódagsettum lokadrögum Ríkisendurskoðunar sem bárust VMSÍ 3. nóv. sl., kemur fram að eina efnislega athugasemd Ríkisendurskoðunar eftir skoðun á umræddum ákvörðunum, er efi um hvort túlkun VMSÍ á 9. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup (OIL) sé í samræmi við viðhorf Ríkisendurskoðunar.

Í þessum athugasemdum VMSÍ verður því fyrst og fremst fjallað um túlkun Ríkisendurskoðunar á undanþáguákvæði 9. greinar laga nr. 84/2007, sérstöðu VMSÍ sem stofnunar og heimildir hennar til að taka ákvörðun um beitingu undanþáguákvæðisins við innkaup á nauðsynlegum rekstrarvörum. Þá verður í stuttu máli vikið að öðrum atriðum, sem Ríkisendurskoðun hefur haft til skoðunar og niðurstöðum hennar.

## II. Málsmeðferð.

VMSÍ hefur gert verulegar athugasemdir við málsmeðferð og vinnubrögð Ríkisendurskoðunar eins og fram hefur komið í fyrri athugasemdum. Í því samhengi er nauðsynlegt að hafa í huga að afar takmarkaðir möguleikar eru á því að fá málsmeðferð og niðurstöðu Ríkisendurskoðunar endurskoðaða, nema fyrir dómstólum, sbr. a lið 1. mgr. 3. gr. laga nr. 85/1997 um umboðsmann Alþingis. Það hefði getað orðið þungbært fyrir VMSÍ og einstaklinga sem þar starfa, ef þeir á síðari stigum hefðu þurft að sæta íþyngjandi ákvörðun æðra setts stjórnvalds á grundvelli stjórnslu og niðurstöðu Ríkisendurskoðunar. Af þessum sökum hvílir rík skylda á Ríkisendurskoðun um að vanda málsmeðferð og öll vinnubrögð. Það er því sérstakt ánægjuefni að í fyrirliggjandi lokadrögum að svari til utanríkisráðuneytisins kemur fram að Ríkisendurskoðun hefur brugðist við ýmsum af þeim athugasemdum sem VMSÍ hefur gert við málsmeðferðina, einkum að því er varðar rannsóknarskyldu og andmælarétt, en alltaf má þó gera betur.

### III. Ákvarðanir sem Ríkisendurskoðun tók til skoðunar og niðurstöður.

- **Ráðningar starfsmanna.**

Ríkisendurskoðun kemst að þeirri niðurstöðu að ekkert sé athugavert við ákvarðanir um ráðningar VMSÍ á starfsmönnum, sem hún tók til athugunar. Flest bendir til að ráðuneytið hafi misskilið upplýsingar um ráðningar. Ráðuneytið hefur staðfest það.

- **Vanhæfi**

Ríkisendurskoðun tekur til skoðunar hvort forstjóri VMSÍ kunni að hafa verið vanhæfur við ákvarðanir um kaup stofnunarinnar á símkerfi og rafjöfnunarbúnaði, sbr. 3. og 4. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993, og enn fremur hvort aðrir starfsmenn kunni mögulega að hafa verið vanhæfir. Ríkisendurskoðun kemst að þeirri niðurstöðu að ekki hafi verið um vanhæfi að ræða við kaup á símkerfi, enda sagði forstjórinn sig frá málinu. Ríkisendurskoðun var gerð grein fyrir þessu í tölvupósti fjármálastjóra VMSÍ dags. 29. september s.l. Þá frásögn dregur Ríkisendurskoðun ekki í efa. Hið sama á við um innkaup á rafjöfnunarbúnaði, en þar segir Ríkisendurskoðun, undanbragðalaust, að forstjóri VMSÍ hafi ekki verið vanhæfur. Hið sama á við um starfsfólk stofnunarinnar, og að um undirmannavanhæfi hafi ekki verið að ræða.

Þrátt fyrir niðurstöðu Ríkisendurskoðunar um að ekki hafi verið um vanhæfi að ræða, vekur það nokkra furðu við lestur niðurstöðukaflans að þar er bætt við lítt skiljanlegum athugasemdum, tengdum hugleiðingum um undirmannavanhæfi, sem virðast ekki hafa annan tilgang en að vekja upp efasemdir um að önnur niðurstaða sé möguleg. Það telur VMSÍ ekki vera faglegt.

- **Kaup á dráttarvél.**

Niðurstaða Ríkisendurskoðunar er sú, að af atvikum og hagstæðu verði dráttarvélar fyrir VMSÍ telur Ríkisendurskoðun líklegt að þar til bær yfirvöld hefðu komist að því að ekki hafi verið um útboðsskyldu að ræða, enda hafi verið sannanlega verið niðursett. Það er því ljóst að um afar hagkvæm innkaup var að ræða fyrir VMSÍ og um leið ríkissjóð.

### IV. Sérstaða verkefna VMSÍ og beiting undanþáguákvæðis.

Ríkisendurskoðun dregur í efa, að það sé á verksviði VMSÍ að taka endanlega ákvörðun um hvort beita skuli undanþáguákvæði 9. gr. OIL, án þess að ráðfæra sig við eða fá samþykki fjármálaráðuneytis eða Ríkiskaupa áður, sem fara með yfirstjórn opinberra innkaupa og framkvæmd þeirra. Þessi skoðun rökstyður Ríkisendurskoðun einkanlega með eftirfaranda athugasemd:

*"Það sé nærtækast og í eðlilegu samræmi við góða stjórnsluhætti að leita eftir áliti þessara stjórnvalda þegar og ef til greina þykir koma að beita undanþáguákvæði. Í ljósi yfirstjórnarhlutverks fjármálaráðuneytisins er óeðlilegt að selja einstaka ríkisstofnunum sjálfðæmi í álitamálum tengdu ákvæðinu."*

Enn fremur vísar Ríkisendurskoðun til þess að fjármálaráðuneytið og Ríkiskaup hafi lýst þeirri skoðun að það sé ekki í verkahring einstakra stofnana að ákveða hvort undanþáguákvæði 9. gr. laga um opinber innkaup eigi við. Í lokadrögum að svari kemur fram að Ríkisendurskoðun hafi fundað með Ríkiskaupum varðandi túlkun ákvæðisins og haft samband við fjármálaráðuneytið. Má leiða að því líkum að í samskiptum Ríkisendurskoðunar við ráðuneytið og Ríkiskaup hafi þessi sjónarmið komið fram.

Hér verður að hafa í huga að þær skoðanir og/eða yfirlýsingar þessara stofnana eða ráðuneyta er hvergi að finna með formlegum hætti. Skoðun einstakra stofnana, og jafnvel einstakra starfsmanna þeirra getur ekki haft vægi við úttekt á störfum VMSÍ, a.m.k. ekki ef slíkar skoðanir hafa ekki verið viðraðar við VMSÍ, sem ekki hefur verið gert.

Við umfjöllun um ákvarðanir VMSÍ er afar mikilvægt að hafa í huga þá sérstöðu sem VMSÍ hefur innan íslenskrar stjórnsýslu og hvernig varnarmálalög skilgreina stofnunina og verkefni hennar.

Í 1. og 2. gr. varnarmálalaga nr. 34, frá 29. apríl 2008 er fjallað um gildissvið og markmið laganna. Í 6. gr. laganna segir: "Að ríkið starfræki sérstaka stofnun, undir yfirstjórn utanríkisráðherra, sem nefnist Varnarmálastofnun og sinnir verkefnum á sviði varnarmála." VMSÍ er því eina stofnunin hér á landi sem sinnir varnarmálum og verkefnum sem lúta að ytra öryggi ríkisins. Stofnunin hefur því yfir að ráða mikilli sérþekkingu á þessu sviði. Í 7. gr. eru talin upp verkefni VMSÍ. Í 6. t.l. 7. greinar segir að stofnunin sjái m.a. um: "rekstur gagnatenginga við upplýsingakerfi Atlantshafsbandalagsins og undirstofnana þess sem Ísland hefur aðgang að og úrvinnslu upplýsinga úr slíkum kerfum."

Við umfjöllun og meðferð frumvarps til varnarmálalaga á Alþingi, var lögð rík áhersla á sérstöðu þeirra verkefna sem VMSÍ ætti að sinna. Þessari stefnumörkun Alþingis má víða finna stoð í lögskýringargögnum. Í greinargerð með frumvarpinu segir m.a. "að afar mikilvægt sé að verkefni stofnunarinnar séu skýrt aðgreind frá öðrum innlendum stjórnsýsluverkefnum þar sem ekki sé ætlunin að byggja upp eigin herafla og því verði varnir landsins einungis tryggðar með samstarfi við önnur ríki."

Þessi sjónarmið eru ítrekuð í nefndaráliti meirihluta utanríkismálanefndar Alþingis, en þar segir m.a.: "Í frumvarpinu er lagt til að sett verði á fót ný stofnun, Varnarmálastofnun, sem hafi það hlutverk að fara með framkvæmd þeirra verkefna sem Íslendingar sinna á sviði varnarmála og sinni jafnframt þeim verkefnum sem leiða af loftrýmisesfirliti og loftrýmisgæslu Atlantshafsbandalagsins og rekstri loftvarnakerfis þess hér á landi." Enn fremur segir í nefndarálitinu "Með frumvarpinu er ætlunin að setja afdráttarlausan lagaramma um verkefni íslenskra stjórnvalda á sviði öryggis- og varnarmála og skýrar reglur um aðskilnað þeirra frá öðrum verkefnum stjórnvalda, sem eru borgaraleg í eðli sínu."

Eftir gildistöku laganna hefur utanríkisráðherra fylgt stefnumótun og markmiðum laganna eftir, með því að skipa VMSÍ sem sérstaka öryggisstofnun ríkisins gagnvart Atlantshafsbandalaginu (NATO) og aðildarríkjum þess, þ.e. svokallað "National Security Authority" eða NSA. Tilnefning þessi og skipun ráðherra byggir á heimild í varnarmálalögum sem og þjóðréttarlegum skuldbindingum Íslands gagnvart NATO og bandalagsríkjunum. Samningur aðildarríkja NATO um öryggi trúnaðarupplýsinga skuldbindur Ísland til að starfrækja NSA samkvæmt nánari skilgreiningu bandalagsins um hlutverk slíkrar stofnunar. NSA skal meta og ákvarða nauðsynlegar öryggisráðstafanir til að tryggja öryggi trúnaðarupplýsinga bandalagsins. Varnarmálastofnun er NSA á Íslandi. VMSÍ er því óumdeilanlega sú stofnun ríkisins sem er ætlað að ákvarða hvort og hvenær grípa verður til sérstakra öryggisráðstafana á sviði varnarmála. Það er hennar sérsvið og aðrar stofnanir hafa ekki yfir að ráða sérþekkingu á því sviði. Ákvarðanatöku á því sviði heyrir því undir VMSÍ eðli málsins samkvæmt.

Verkefni VMSÍ hafa mikla sérstöðu í íslenskrari stjórnsýslu. Markmið löggjafans með setningu varnarmálalaga var skýrt um það að alger aðskilnaður skyldi vera á daglegri framkvæmd varnarmála og innlendra stjórnsýslu.

Vegna viðhorfa sem fram koma í svari Ríkisendurskoðunar um ákvarðanatöku um beitingu öryggisráðstafana og vísað er til hér að framan, er rétt að fram komi að hvorki í lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum er kveðið á

um að innkaup vegna daglegs rekstrar stofnunarinnar og nauðsynlegs búnaðar skuli undanþegin ákvarðanavaldi VMSÍ. Vegna sérstöðu verkefna sem VMSÍ er með lögum falin, verður ekki séð að það gæti gengið að fela öðrum stofnunum eða ráðuneytum ákvarðanatöku um í hvaða tilvikum þurfi að beita öryggisráðstöfunum við framkvæmd samninga og hvenær ekki, enda þekkingin á því fyrst og fremst hjá VMSÍ. Rétt er að geta þess hér að í varnarmálalögum er að finna heimild fyrir utanríkisráðherra til að setja reglugerð með nánari fyrirmælum um framkvæmd á verkefnum VMSÍ.

Við umfjöllun á því hvar ákvarðanavald liggja í slíkum tilvikum er rétt að benda á að sé um stjórnvaldsákvarðanir að ræða er aðilum máls heimilt að leggja fram kæru til utanríkisráðherra, sbr. 26. gr. varnarmálalaga, auk þess sem aðilum er gefinn kostur á að vísa álitamálum vegna útboðs til kærunefndar útboðsmála, sbr. 91. gr. OIL. Úrræði er því til staðar fyrir þá sem vilja láta endurskoða ákvörðun VMSÍ.

Þrátt fyrir þessa sérstöðu VMSÍ, stendur vilji starfsmanna stofnunarinnar að sjálfsögðu til þess að eiga gott samstarf með allri stjórnvísunni, svo m.a. megi tryggja góða stjórnvísunslu. Því hefur stofnunin sett sér sérstakar reglur um innkaup, sem Ríkisendurskoðun m.a. vísar til í sínu svari. Þær reglur taka mið af stefnumótun löggjafans um eðli stofnunarinnar, daglegan rekstur og nauðsyn aðskilnaðar verkefna VMSÍ og annarrar innlestrar stjórnvísun.

VMSÍ telur þó í ljósi umfjöllunar Ríkisendurskoðunar skynsamlegt að stofnunin og utanríkisráðuneytið marki skýra stefnu til framtíðar og setji reglur um þær ákvarðanir þegar nauðsynlegt er að beita öryggisráðstöfunum við framkvæmd samnings og beita undanþáguákvæði OIL. Þangað til gilda reglur VMSÍ um innkaup.

## V. Skjalavistun

Í niðurstöðu Ríkisendurskoðunar eru gerðar athugasemdir við skjalavistun í tengslum við þær ákvarðanir VMSÍ sem Ríkisendurskoðun hefur kannað. VMSÍ gerir ekki athugasemdir við þau sjónarmið sem Ríkisendurskoðun setur fram. Á hinn bóginn er eðlilegt að lítið sé til þess að löggin um VMSÍ voru samþykkt á Alþingi 29. apríl 2008 og öðluðust gildi 31. maí sama ár. Forstjóri var ráðinn frá 1. júní 2008. Þar með hófst uppbygging stofnunarinnar. Ríkisendurskoðun segir í sínu svari að skjalavistun hafi verið færð til betri vegar, svo það er ekki lengur vandamál.

VMSÍ telur þrátt fyrir þetta mikilvægt að fram komi að frá því stofnunin var sett á laggirnar hefur verið unnið markvisst að því að tryggja að starfsemi hennar standist allar kröfur sem gerðar eru til stofnana ríkisins. Það hefur tekið tíma. Strax í júní 2008 var hafist handa við að koma skjalavistun í lögboðið horf. Umtalsverð vinna fór í það að skilgreina þarfir, kröfur og forsendur. Byrjað var að taka nýtt skjalavistunarkerfi um mitt ár 2009 og er því nú að fullu lokið. Í upphafi var ljóst að VMSÍ gat ekki nýtt ófullkomið skjalavistunarkerfi Ratsjárstofnunar, þar sem það uppfyllti ekki kröfur og hafði ekki möguleika á því að vista skjöl rafrænt. Enn fremur var ekki hægt að tengja það við málaskrárkerfi og var því ekki sniðið að verkefnum VMSÍ. Það er því augljóst hver staða VMSÍ var á þeim tíma þegar kaup á símkerfi og rafjöfnunarbúnaði voru undirbúin á haustdögum 2008 og í janúar 2009. Að öðru leyti er eðlilegt að vísa til ársskýrslu VMSÍ fyrir árið 2008, en þar kemur fram hversu stórt það verkefni er að byggja upp nýja stofnun frá grunni.

## VI. Túlkun undanþáguákvæðis 9. gr. laga um opinber innkaup nr. 84/2007.

Í niðurstöðum sínum tekur Ríkisendurskoðun sérstaklega til skoðunar undanþáguákvæði 9. gr. OIL og um stoð þess ákvæðis í 14. gr. tilskipunar 2004/18/EB og almennt í Evrópurétti. Kemur þar fram að mikill hluti

innkaupa aðildarríkja Evrópusambandsins vegna varnarmála hefur farið fram án undangenginna útboða, með vísan til undanþágunnar. Segir einnig í niðurstöðunum að "*rúm túlkun á þessu ákvæði hefur leitt af sér mikla umræðu innan Evrópusambandsins, þar sem vilji hefur staðið til þess að takmarka og þrengja notkun undanþágunnar með sérstakri tilskipun um innkaup á sviði varnarmála.*" Sú skýring á umræðu innan Evrópusambandsins vegna innkaupa á sviði varnarmála er full mikil einföldun. Rétt er að innan Evrópusambandsins hefur um langa tíð verið mikil umræða um hvernig reglusetja skuli innkaup á sviði varnarmála og þannig skapa samevrópskan markað innkaupa á sviðinu. Viðurkennt hefur verið að tilskipanir Evrópusambandsins á sviði opinberra innkaupa hafa ekki hentað eða náð að efni til yfir innkaup á sviði varnarmála. Innkaup á sviði varnarmála eru öðruvísi en önnur opinber innkaup. Það hefur Evrópusambandið viðurkennt. Til þess að mynda svokallaðan innri markað um innkaup á sviði varnarmála í Evrópu var valin sú leið að setja um þau sérstaka tilskipun þar sem tekið yrði á þeim sérstakari miðum sem innkaup á sviði varnarmála þarfnast. Sú tilskipun kann að verða innleidd á Íslandi í framtíðinni og tæki VMSÍ því fagnandi.

Þessi umræða hefur á síðari stigum leitt til þess að í ágúst sl., þ.e. eftir umrædd innkaup VMSÍ, tók gildi ný tilskipun um opinber innkaup vegna varnarmála, nr. 2009/81, sem þó hefur ekki enn öðlast gildi hérlendis. Á þessum grundvelli telur Ríkisendurskoðun í niðurstöðum sínum að staðfest hafi verið að undanþáguákvæði 14. gr. tilskipunar 2004/18/EB hafi borið að túlka þröngt og að hún hafi aðeins getað átt við sérstakar aðstæður. Er þannig gefið í skyn að svo hafi átt við í þeim tilfellum sem til skoðunar eru vegna innkaupa VMSÍ.

VMSÍ hafnar þessari lögskýringu Ríkisendurskoðunar og telur hana engan veginn geta staðist. Þannig fellst VMSÍ ekki á að setning hinnar nýju tilskipunar geti með nokkrum hætti falið í sér afturvirka breytingu á því hvernig hafi borið að skilja og beita undanþáguákvæði 14. gr. tilskipunar 2004/18/EB, sem átti við er umrædd innkaup VMSÍ áttu sér stað sbr. 9. gr. OIL. Við mat á undanþáguákvæðinu í þessum tilfellum hafi einungis átt að taka mið af þeirri beitingu ákvæðisins og þeirri afstöðu Evrópudómstólsins sem kemur fram áður en hin nýja tilskipun var sett. Afstaða Evrópudómstólsins til þessa hefur jafnan verið skýr, þ.e. að það sé í höndum sérhvers ríkis að meta sína eigin öryggis- og varnarhagsmunum, og er ekkert dæmi að finna um að dómstóllinn hafi talið að undanþáguákvæðinu hafi ranglega verið beitt. Þannig að jafnvel þótt fallist yrði á sérstaka túlkun Ríkisendurskoðunar á tilgangi og tilurð nýrrar tilskipunar Evrópusambandsins vegna innkaupa á sviði varnarmála hefur hin "rúma túlkun" ákvæðisins verið látin viðgangast af Evrópudómstólum.

Síðar í sama kafla vísar Ríkisendurskoðun til dæmis um beitingu sambærilegs undanþáguákvæðis þegar Landhelgisgæslan bauð út verkefni vegna nýs varðskips árið 1998. Segir þar að Eftirlitsstofnun EFTA hafi í því tilvikum ekki talið að nægilega ríkir öryggishagsmunir hafi legið til grundvallar beitingar undanþáguákvæðisins. VMSÍ fær ekki séð tilganginn með þessari tilvísun Ríkisendurskoðunar, enda er útboð Landhelgisgæslunnar ekki sambærilegt þeim álitaeftum sem hér hafa verið til umfjöllunar, eins og Ríkisendurskoðun bendir raunar sjálf á í niðurstöðum sínum, enda snerist það mál um framkvæmd útboða, hvort bjóða mætti smíði út aðeins innanlands eða hvort það yrði að gera á öllu EES-svæðinu. Þessi mál eru því á engan hátt samanburðarhæf.

Undanþáguákvæði 9. gr. OIL tekur m.a. til samninga þar sem krafist er sérstakra öryggisráðstafana, eða eins og m.a. segir í greininni "*ad lögin gildi ekki um samninga..... ef sérstökum öryggisráðstöfunum verði að beita við framkvæmd þeirra.*" Orðalag ákvæðisins er því afar skýrt um það að útboðsskylda, eða önnur þau skilyrði sem OIL setja innkaupum stofnana, eigi ekki við þegar þörf er á sérstökum öryggisráðstöfunum við framkvæmd samnings. Þá falli innkaupin (þar með talin samningsgerðin) undir undanþáguákvæðið.

Ríkisendurskoðun dregur í niðurstöðum sínum í efa réttmæti ákvörðunar VMSÍ um að beita undanþáguákvæðinu vegna kaupa á símkerfi og rafjöfnunarbúnaði. Lengra gengur Ríkisendurskoðun ekki í sínu svari. Þetta viðhorf sitt undirbyggir Ríkisendurskoðun með þeirri lögskýringu á undanþáguákvæðinu að gera beri "skýran greinarmun á tilboðsbeiðnum og samningsgerð annars vegar og framkvæmd samnings hinsvegar." Ríkisendurskoðun virðist því vilja skilja á milli samningsgerðar annars vegar og framkvæmd samnings hins vegar. Það er vandséð hvernig hægt er að fjalla um annað án hins, því skilyrði þess að undanþáguákvæðið eigi við um innkaupin eru þau að við framkvæmd samnings þurfi að beita öryggisráðstöfunum. Ákvæðið kveður á um að viðkomandi innkaup, þar með talin samningsgerðin, falli ekki undir OIL ef öryggisráðstafana er krafist við framkvæmd hans.

Það er því ekki alveg augljóst hvað Ríkisendurskoðun á við með þessari lögskýringu sinni. Spurningin sem leitað er svara við snýst um það hvort innkaup á símkerfi og rafjöfnunarbúnaði hafi verið útboðsskyld eða ekki? Svárið veltur á því hvort viðkomandi innkaup (samningur) falli undir löggin eða ekki. Aðrir valkostir eru ekki í boði við þá umfjöllun.

Í samningsgerð felst það m.a. að leita tilboða og samþykkja þau. Þá er kominn á samningur því samþykkt tilboð er samningur. Um þetta má m.a. lesa í I. kafla samningalaga nr. 7/1936 og mörgum fræðiritum, og er algerlega óumdeilt. Undanþáguákvæði 9. gr. OIL kveður á um, það að ef framkvæmd samnings kallar á sérstakar öryggisráðstafanir taki löggin ekki til samningsgerðar slíkra samninga. Enginn fyrirvari er gerður við þessa hefðbundnu lögskýringu í greinargerð með OIL. Óumdeilt er að við framkvæmd samninga um kaup á símkerfi og rafjöfnunarbúnaði var öryggisráðstafana þörf. Uppsetning búnaðar kallaði á öryggisráðstafanir. Það er VMSÍ að taka ákvörðun um hvort rétt sé að beita undanþáguákvæði, sem gert var í umræddum tilvikum. Það er því ekki sjálfgefið að átta sig á því hvað Ríkisendurskoðun á við þegar hún skýrir undanþáguákvæðið eins og hún virðist gera í drögum að lokasvari til utanríkisráðuneytisins. Þeirri lögskýringu er algerlega hafnað, enda fær hún ekki staðist.

## VII. Lokaorð

VMSÍ lýsir ánægju með að sú úttekt sem Ríkisendurskoðun hefur unnið á áður tilgreindum ákvörðunum VMSÍ skuli hafa farið fram. Umfjöllunin hefur gefið VMSÍ tækifæri til að skýra út fyrir Ríkisendurskoðun og öðrum sérstöðu stofnunarinnar og hversu verkefni hennar og starfssvið er sérhæft. Við skýringu á heimildum stofnunarinnar er nauðsynlegt að horfa til þess hvernig löggjafinn skilgreindi stofnunina við setningu varnarmálagalaga og aðskilnað hennar frá annarri íslenskri stjórnýslu.

Stofnunin er að sjálfsögðu boðin og búin til að starfa með Ríkisendurskoðun að því að tryggja góða stjórnýsluhætti við framkvæmd allra ákvarðana sinna en það markmið hefur stofnunin haft að leiðarljósi frá því henni var komið á laggirnar og hún hóf starfsemi á miðju ári 2008.

Virðingarfyllst,

*Ellisif Tinna Víðisdóttir*  
Ellisif Tinna Víðisdóttir,  
forstjóri Varnarmálastofnunar

