

## Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Johann Herzog,  
Christian Lund Hansen, Mads Severin Holm)

J.nr.: 23/05915

15. maj 2024

### K E N D E L S E

Acapulka AS

(advokat Betina Wichmann, København)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse

(advokat Niels Karl Heilskov Rytter, København)

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (herefter FMI) offentliggjorde den 31. marts 2023 bekendtgørelse om indgåede kontrakter af 28. marts 2023 vedrørende et indkøb uden forudgående udbud af pulke hos Fjellpulken AS (herefter Fjellpulken) til en værdi af ca. 1.021.000 kr.

Den 12. maj 2023 indgav Acapulka AS (herefter Acapulka) klage til Klagenævnet for Udbud over FMI.

Acapulka har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 sammenholdt med udbudslovens § 6, stk. 2, 1. pkt., samt udbudslovens § 55 ved at have tildelt kontrakt om levering af pulke direkte til Fjellpulken AS uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, uanset at betingelserne herfor i udbudslovens § 80, stk. 5, ikke var opfyldt.

#### Påstand 2a (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 sammenholdt med udbudslovens § 191, stk. 1, ved at have tildelt kontrakt om levering af pulke direkte til Fjellpulken AS uden forudgående annoncering, uanset at betingelserne herfor i udbudslovens § 80, stk. 5, ikke var opfyldt.

#### Påstand 2b (mere subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmådes artikel 18 ved at have tildelt kontrakt om levering af pulke direkte til Fjellpulken AS uden forudgående konkurrenceudsættelse, idet betingelserne i traktatens artikel 346 ikke var opfyldt.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med udbudslovens 129, stk. 1, ved ikke at offentliggøre bekendtgørelse om indgået kontrakt til EU's publikationskontor inden 30 dage efter kontraktens indgåelse.

#### Påstand 4 (subsidiær til påstand 3)

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med udbudslovens 192, stk. 1, ved ikke at tilrettelægge en procedure for tildeling i overensstemmelse med udbudslovens § 2 samt udbudslovens § 192, stk. 2, ved ikke at orientere potentielle tilbudsgivere om processen for tildeling.

#### Påstand 5

Klagenævnet skal annullere FMI's beslutning om tildeling af kontrakten til Fjellpulken AS efter lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

#### Påstand 6

Klagenævnet skal fastsætte en alternativ økonomisk sanktion i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 19, stk. 1, og stk. 2, nr. 3, for hele kontrakten med Fjellpulken AS, som følge af, at den ikke kan erklæres for uden virkning efter lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1, og § 18, stk. 1.

#### Påstand 7

FMI tilpligtes til Acapulka at betale 1.550.010 NOK, subsidiært et af klagenævnet fastsat mindre beløb, med procesrente fra klagesagens anlæg den 12. maj 2023.

FMI har vedrørende påstand 1-6 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

FMI har vedrørende påstand 7 nedlagt påstand om frifindelse.

Som meddelt Acapulka og FMI ved mail af 16. juni 2023 har klagenævnet besluttet at udsætte behandlingen af påstand 7, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1-6.

Klagenævnet har den 25. maj 2023 meddelt FMI's kontraktpart, Fjellpulken AS (herefter Fjellpulken), at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

Fjellpulken har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

#### Sagens nærmere omstændigheder

Efter en henvendelse af 16. december 2022 fra Hærkommandoen indgik FMI den 22. december 2022 kontrakt med Fjellpulken om køb af pulke. Af kontrakten fremgår bl.a. følgende:

”

Item	Qty.	Unit	Material no. Vendors part no.	Description	Net price per unit	Net item value
		Base unit of measure				
10	77	EA	3920251523836 50160	SLED,SCOW TYPE		
		EA				
			Manufacturer part number 257	Manufacturer FJELLPULKEN AS		
			Tilbuddet er på 3 linjer men i SAP er det samlet på 1 NSN.			
			Gross Price	20.130,00	1 EA	1.550.010,00
					Total net item value	1.550.010,00
					Total	1.550.010,00

”

Videre fremgår det af den indgåede kontrakt, at pulkene skulle leveres den 25. januar 2023. Uden at det fremgår af kontrakten, kan det lægges det grund, at det blev aftalt, at 30 pulke ville blive leveret i januar og resten i marts 2023.

Den fremgår af FMI's interne mailkorrespondance fra december 2022, at FMI i forbindelse med købet af pulkene foretog en vurdering af indkøbet, herunder bl.a. i forhold til udbudslovens tærskelværdi. FMI har desuden efterfølgende gennemgået købet på et såkaldt hjemmelsboardmøde den 6. januar 2023. Af referatet fra mødet fremgår bl.a.:

### ”3. Dispositionsbeskrivelse mv.

KALU har oplyst, at FMI havde behov for, at anskaffe 77 pulke fra Fjellpulken AS til transport af udstyr i vinterklima ifbm. NATO Forward Presence i Letland til en værdi af ca. 1.090.000 DKK, jf. udbudslovens § 80, stk. 5. Vurderingen af denne disposition er på bagkant.

### 4. Retligt relevant fakta

- KALU blev 16. december 2022 kontaktet af Hærkommandoen i Herning om, at NATO Forward Presence (”NFP”) i Letland havde akut behov for materiel til transport af udstyr til fods i vinterklima. Behovet opstod pludseligt, efter både Hærkommandoen og NATO forventede at kunne transportere udstyr med køretøjer, men dette viste sig ikke altid muligt i Letlands vinterklima. Behovet for pulke kunne derfor ikke forudses på forhånd.
- KALU indhentede dispensation til behandling af sagen på hjemmelsboard på bagkant, og VCH godkendte dispensationen 23. december 2022.S
- KALU godkendte derefter et indkøb på 77 pulke, som var det netop nødvendige antal, til en værdi af 1.550.010 NOK (ca. 1.090.000 DKK).
- NFP er internationale kamptropper udstationeret i den østlige del af NATO, og eksisterer således bl.a. til at afskrække Rusland. Pulkene bruges i den skarpe ende til transport af udstyr til fods i vinterklima, til brug i NFP-regi. Uden pulkene kan det ikke garanteres, at operativt nødvendigt udstyr når frem til de danske og andre NATO kamptropper.
- De specifikke pulke er valgt, idet de er eftertestet til at fungere i Letlands vinterklima.

Hjemmel: Udbudslovens § 80, stk. 5, vedr. tvingende grunde.

*Foreligger der en uforudseelig begivenhed?:*

- Det var forudseeligt, at vinteren i Letland ville give særlige transportbehov, som imidlertid forventedes løst med køretøjer. Det var derimod uforudseeligt for Forsvaret og FMI, at vinterklimaet i Letland gjorde det delvist umuligt at transportere udstyr vha. køretøjer, og derfor skabte behov for anskaffelse af pulke.

*Foreligger der en uopsættelighed af tvingende karakter?:*

- Såfremt NATO ikke kan transportere udstyr til fods i vinterklima, kan det få operative konsekvenser for sikkerheden og operationsevnen for de væbnede styrker, der indgår i NFP.
- Såfremt NFP ikke kan operere optimalt med adgang til alt nødvendigt udstyr, kan det få konsekvenser for NATO's opretholdelse af sine territorier og i sidste ende have konsekvenser for menneskers liv og sundhed.

*Foreligger der årsagssammenhæng?:*

- Såfremt NFP ikke kan transportere udstyr i vinterklima til fods, kan det få direkte konsekvenser for NFP's operationsevne. Der er således årsagssammenhæng mellem behovet for pulke og sikkerheden for kamptropperne, der er en del af NFP. Der er desuden kun indkøbt det netop nødvendige antal pulke.

På baggrund af ovenstående vurderer SD-LEGAL, at dispositionen er udbudsretlig lovlig.

## 6. Beslutning

*Beslutning og begrundelse vedr. dispositionen:*

Beslutningstager foretager beslutning om, at FMI var berettiget til at anskaffe 77 pulke til transport af udstyr i vinterklima ifbm. NATO Forward Presence i Letland til en værdi af 1.550.010 NOK (ca. 1.090.000 DKK), jf. udbudslovens § 80, stk. 5.

Beslutningstager lægger i forbindelse med sin beslutning vægt på argumenterne, som taler for dispositionens udbudsretlige lovlighed, som de er anført i referatets afsnit 5, og tilføjer, at dispositionen varetager hensyn til personelsikkerhed og Forsvarets operative evne.

Gyldighed: Denne sag er på bagkant, hvorfor Dispositionen allerede er foretaget.

Beslutning vedr. profylaksebekendtgørelse og ordretildelingsbekendtgørelse:

Idet denne sag er på bagkant, er beslutning om offentliggørelse af en profylaksebekendtgørelse ikke relevant.

”Beslutningstager foretager beslutning om, at en ordretildelingsbekendtgørelse skal offentliggøres af hensyn til gennemsigtighed.”

Af bekendtgørelsen om indgåede kontrakter af 28. marts 2023 fremgår bl.a.:

”Retsgrundlag:  
Direktiv 2014/24/EU

...

II.1.7) Udbuddets samlede værdi (eksklusive moms)  
Værdi eksklusive moms: 1 021 000.00 DKK

...

Del IV: Procedure

IV.1) Beskrivelse

IV.1.1) Proceduretype

Tildeling af kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende i tilfældene anført nedenfor

- Udbuddet er ikke omfattet af direktivet

Forklaring:

FMI havde behov for foretage en enkeltanskaffelse af pulke fra Fjellpulken AS til transport af udstyr i vinterklima i Letland i NATO Forward Presence regi. Anskaffelsen har en værdi af 1.550.010 NOK (ca. 1.021.000 DKK).

Det er FMI's vurdering, at kontrakten kunne indgås – uden udbud – på baggrund af tvingende grunde, jf. udbudslovens § 80, stk. 5.

Dette skyldes særligt, at anskaffelsen var begrundet i, at NATO Forward Presences operative opgaver ikke kan udføres uden transport af udstyr i vinterklima til fods, grundet det barske vinterklima i Letland, og manglende pulke til transport af udstyr kan have konsekvenser for de væbnede styrkers virke og ultimativt styrkernes sikkerhed og sundhed.

FMI vurderer derfor, at anskaffelsen kunne gøres uden udbud, jf. udbudslovens § 80, stk. 5.”

Parterne er enige om, at den præcise værdi af kontrakten er 1.107.000 kr. ekskl. moms.

Den 19. april 2023 anmodede Acapulka FMI om aktindsigt i dokumenterne vedrørende FMI's tildeling af kontrakten om pulke til Fjellpulken, herunder om grundlaget for FMI's beslutning og eventuelle vurdering af muligheden for direkte tildeling til Fjellpulken. Den 25. maj 2023 modtog Acapulka

FMI's afgørelse om aktindsigt, hvorefter Acapulka fik delvist aktindsigt i kontrakten mellem FMI og Fjellpulken og i FMI's referat af 6. januar 2023 fra hjemmelsboardmødet.

Den 9. juni 2023 klagede Acapulka over FMI's aktindsigtsafgørelse af 25. maj 2023. Den 5. juli 2023 blev selve klagesagen på parternes fælles anmodning sat i bero. Den 29. september 2023 traf klagenævnet afgørelse i aktindsigtssagen, hvorefter de oplysninger, som FMI havde udeladt, ikke kunne undtages fra aktindsigt.

FMI oplyste den 4. oktober 2023, at FMI potentielt havde flere dokumenter af relevans for Acapulkas anmodning om aktindsigt, og FMI traf på baggrund heraf den 31. oktober 2023 afgørelse om aktindsigt i disse dokumenter, herunder den interne mailkorrespondance frem til købet.

Enkelte oplysninger i de dokumenter, som FMI efterfølgende har fundet frem, er klassificeret "Til tjenestebrug". Acapulka har haft adgang til disse dokumenter med overstregning af de klassificerede oplysninger.

Fjellpulkens produktdatablad vedrørende de indkøbte pulke, "Fjellpulken ARMY-winter movement & rescue", fremgår ikke af Fjellpulkens hjemmeside, men er indhentet af FMI under klagesagen. Heraf fremgår bl.a.:

”



”

Af Fjellpulkens hjemmeside fremgår om virksomhedens produktsortiment, at det bl.a. omfatter:

”[...] quality winter pulks and expedition snow sleds. Our range includes childrens pulk, touring pulks and expedition pulks.”

Om ”Expedition Pulk” fremgår af Fjellpulkens hjemmeside:

”The Xplorer Expedition Pulk is our series of reinforced pulks with generous load capacity. These sledges are larger than the touring sledges and have reinforcements around the hull and towbar. In addition, D-rings on the outside of the hull and replaceable rails are standard. Fjellpulken’s reinforced pulks have over the years participated in countless expeditions around the world, and have for a number of years also been used in the TV series “71 degrees North” on Norwegian broadcast channel TV2.

The Xplorer pulks are available in three sizes: 154cm, 168cm and 188cm length. The pulks are very suitable for longer trips with their load capacity and, with their solid design, they can withstand tough use over a long period of time. Reinforced harness and hauling shaft are available as accessories.”

Endvidere fremgår det af Fjellpulkens hjemmeside:

”The Xplorer 168 is our most sold expedition model. Our Xplorer series consists of very solid and reinforced expedition pulks. This series have three models; Xplorer 154, 168 and 188 and have the same practical features like a system for securing your equipment, a zipper at the back gives you quick access to the pulk.

Xplorer Pulks are reinforced with aluminum profiles where you attach the cover. There is an extra shaft attachment and the runners are replaceable (except on Xplorer 188). Xplorer is available in red/black.”

Acapulka har fremlagt følgende oplysninger om ”Fjellpulken Sanitet 200 Redningspulk”, hentet fra nettet:

”Fjellpulken Sanitet 200 Redningspulk  
Innstegsmodell og en lett/allsidig redningspulk.  
Redningspulk til både person- og varetransport. Brukes av hjelpekorps, mindre alpinanlegg og luftambulanse. Ideell for transport av utstyr, og med sin lengde på 200cm har den plass til person som redningspulk.”



Den 8. januar 2024 sendte Fjellpulken efter forespørgsel fra FMI en mail med en erklæring vedrørende pulkene. I mailen står følgende:

”Levering av Army modeller – ordre 4502882854

Vi bekrefter at bestillingen fra Danish Defence den 22. desember 2022 med ordrenummer 4502882854 er pulkmodeller som kun selges til forsvaret.

Våre Army modeller produseres kun på ordre og har en produksjons-/leveringstid på ca 6-8 uker. Vi tilbyr disse kun til militære formål, produktene ligger heller ikke ute for salg op vår nettside.

Bestillingen inneholdt våre varenummer 50160+50300+50310 som er Army-modeller, spesialmodeller for forsvaret.”

### Retsgrundlaget

*Forsvars- og sikkerhetsdirektivet – direktiv 2009/81/EF*

Af forsvars- og sikkerhetsdirektivets præambelbetragtning nr. 10, 53 og 54 fremgår:

”(10) I dette direktiv bør der ved ”militært materiel” navnlig forstås de produkttyper, som er opført på listen over våben, ammunition og krigsmateriel i Rådets afgørelse 255/58 af 15. april 1958 [Afgørelse om listen over varer (våben, ammunition og krigsmateriel), hvorpå bestemmelserne i traktatens artikel 223 - nu artikel 296, stk. 1, litra b), finder anvendelse ...], og medlemsstaterne kan ved gennemførelsen af dette direktiv henholde sig alene til denne liste. Listen omfatter kun materiel, som er designet, udviklet og fremstillet til specifikt militære formål. Der er dog tale om en generisk liste, som skal fortolkes bredt i lyset af den løbende udvikling, som teknologien, indkøbspolitikkerne og de militære behov undergår, og den heraf følgende udvikling af nye typer af materiel, f.eks. på grundlag af Unionens fælles liste over militært udstyr. I dette direktiv bør der ved militært materiel endvidere forstås produkter, som oprindeligt har været beregnet til civil anvendelse, men siden er blevet tilpasset til militære formål med henblik på anvendelse som våben, ammunition eller krigsmateriel.

...

(53) De særlige forhold, der kendetegner de kontrakter, der er omhandlet i dette direktiv, viser endvidere, at det er nødvendigt at tage højde for nye omstændigheder, som kan gøre sig gældende på de områder, direktivet omfatter.

(54) Medlemsstaternes væbnede styrker kan således skulle intervenere i forbindelse med krisesituationer i udlandet, f.eks. som led i fredsbevarende operationer. Ved begyndelsen af eller under en sådan intervention kan medlemsstaternes og de væbnede styrkers sikkerhed gøre det nødvendigt at indgå visse kontrakter med en hastighed, som er uforenelig med de frister, der gælder for de procedurer, som normalt anvendes i henhold til dette direktiv. Sådanne hastende tilfælde kan også opstå i forbindelse med sikkerhedsstyrkernes behov, f.eks. ved et terrorangreb inden for Unionens område.”

Følgende fremgår videre af forsvars- og sikkerhedsdirektivet:

”

### Artikel 1 **Definitioner**

I dette direktiv forstås ved:

...

6) ”militært materiel”: udstyr specielt udformet eller tilpasset til militære formål og bestemt til brug som våben, ammunition eller krigsmateriel

...

10) ”krise”: enhver situation i en medlemsstat eller et tredjeland, hvor der er indtrådt en skadevoldende begivenhed, hvis omfang klart overstiger omfanget af hverdagens skadevoldende begivenheder, og som i væsentlig grad truer eller indvirker negativt på menneskers liv og helbred eller har en betragtelig indvirkning på ejendomsværdier eller kræver foranstaltninger for at forsyne befolkningen med livsnødvendigheder; endvidere foreligger der en krise, hvis en sådan skadevoldende begivenhed anses for umiddelbart forestående; væbnede konflikter og krige betragtes som kriser i dette direktivs forstand

...

### Artikel 2 **Anvendelsesområde**

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

...

## Artikel 28

### **Tilfælde, der kan begrunde anvendelsen af udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse**

I nedenstående tilfælde kan de ordregivende myndigheder/ ordregiverne indgå kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og som krævet i artikel 30, stk. 3, skal de begrunde anvendelsen af denne procedure i bekendtgørelserne om indgåede kontrakter:

1) for så vidt angår bygge- og anlægskontrakter, vareindkøbskontrakter og tjenesteydelseskontrakter:

...

c) når den nødsituation, der opstår som følge af en krise, ikke gør det muligt at overholde de tidsfrister, der gælder ved begrænsede udbud og udbud med forhandling med offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, herunder de i artikel 33, stk. 7, omhandlede kortere frister; dette kan f.eks. være tilfældet i de i artikel 23, stk. 2, litra d), omhandlede tilfælde

d) såfremt det er strengt nødvendigt, når tvingende grunde som følge af begivenheder, som de ordregivende myndigheder/ordregiverne ikke har kunnet forudse, ikke gør det muligt at overholde de tidsfrister, der gælder ved begrænsede udbud eller ved udbud med forhandling med offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, herunder de i artikel 33, stk. 7, omhandlede kortere frister. De omstændigheder, der påberåbes som begrundelse for den tvingende nødvendighed, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives de ordregivende myndigheder/ordregiverne

...”

Af Den Europæiske Unions Fælles Liste Over Militært Udstyr (udstyr omfattet af Rådets fælles holdning 2008/944/FUSP om fælles regler for kontrol med eksport af militærteknologi og -udstyr), afsnit ML17, fremgår bl.a. følgende:

”Diverse udstyr, materialer og ”arkiver” som følger og specielt designede komponenter hertil:

...

h. Udstyr og materiale, der er belagt eller behandlet med henblik på at fjerne materialets signatur, og som er specielt designet til militær anvendelse, bortset fra udstyr og materiale, der er nævnt andre steder i EU's fælles liste over militært udstyr.”

*Udbudsloven*

Udbudslovens §§ 6, stk. 2, lyder:

”§ 6

Afsnit II gælder ved indgåelse af offentlige kontrakter med en anslået værdi, der mindst svarer til følgende, jf. dog § 9:

...

*Stk. 2*

Når offentlige vareindkøbskontrakter indgås af ordregivere, der opererer på forsvarsområdet, gælder stk. 1, nr. 2, for kontrakter, der vedrører varer omfattet af bilag III til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EU-Tidende 2014, nr. L 94, side 65). Stk. 1, nr. 3, gælder, når disse kontrakter vedrører varer, der ikke er omfattet af bilag III til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EU-Tidende 2014, nr. L 94, side 65).”

Efter udbudslovens § 80, stk. 5, kan en ordregiver anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i strengt nødvendigt omfang, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling.

Af bestemmelsens forarbejder fremgår:

”Udbudsproceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse er en undtagelse i forhold til de øvrige udbudsformer og må derfor kun anvendes under ganske særlige omstændigheder

...

Bestemmelsen i stk. 5 fastslår, at en ordregiver også kan anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i strengt nødvendigt omfang, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling. Tvingende grunde udgør ekstraordinære situationer, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, og som ikke kan tilskrives denne ordregiver, der gør det umuligt at gennemføre en almindelig procedure, selv med forkortede tidsfrister. Dette kan for eksempel være tilfældet, hvor naturkatastrofer kræver øjeblikkelig handling af hensyn til menneskers liv og sundhed. Ved vurdering af, om der er tale om strengt nødvendigt omfang, foretages en vurdering af arten og omfanget af den skade, som kan indtræde, og

risikoen for, at den rent faktisk indtræder, hvis udbudsformen ikke anvendes. Betingelsen om, at ordregiveren ikke har kunnet forudse de pågældende tvingende grunde, skal forstås således, at ordregiveren ikke burde have kunnet forudse dette. De omstændigheder der påberåbes som tvingende grunde, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives ordregiveren.

Det er et krav, at den kontrakt, der indgås i medfør af reglen, begrænses til det nødvendige. Kan kontrakten opdeles, omfattes kun de dele af kontrakten, som de tvingende grunde er knyttet til, mens de øvrige udbydes efter de sædvanlige regler.

...”

Udbudslovens § 80 implementerer artikel 32, stk. 2, litra c, i udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU). Artikel 32, stk. 1, og stk. 2, litra c, har følgende ordlyd:

”1. I de særlige tilfælde og under de omstændigheder, der er fastsat i stk. 2-5, kan medlemsstaterne give de ordregivende myndigheder mulighed for at tildele offentlige kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.

2. Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse kan anvendes i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter, offentlige vareindkøbskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter i følgende tilfælde:

...

c. i strengt nødvendigt omfang, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, som den ordregivende myndighed ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling. De omstændigheder, der påberåbes som tvingende grunde, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives den ordregivende myndighed.

...”

Følgende fremgår af udbudsdirektivets præambelbetragtning 80:

”... Kun i ekstraordinære situationer, hvor tvingende grunde som følge af begivenheder, som den ordregivende myndighed ikke har kunnet forudse, og som ikke kan tilskrives denne ordregivende myndighed, gør det umuligt at gennemføre en almindelig procedure, selv med forkortede tidsfrister, bør de ordregivende myndigheder i strengt nødvendigt omfang have mulighed for at tildele kontrakter ved udbud med forhandling uden

forudgående offentliggørelse. Dette kan være tilfældet, hvor naturkatastrofer kræver øjeblikkelig handling.”

Af bilag III (liste over de i artikel 4, litra b), omhandlede varer vedrørende kontrakter tildelt af ordregivende myndigheder inden for forsvarsområdet) til udbudsdirektivet, fremgår bl.a.:

”Den eneste tekst, der er gældende ved anvendelsen af dette direktiv, er teksten i bilag 1, punkt 3, i GPA-aftalen, som følgende vejledende liste over produkter er baseret på:

Kapitel 25: Salt; svovl, jord- og stenarter, gips, kalk og cement

Kapitel 26: Malme, slagge og aske

...

Kapitel 95: Varer af udskærings- og støbematerialer”

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1 og 2a

Acapulka har gjort gældende, at kontraktens værdi den 22. december 2022 svarede til 1.107.017 kr. Kontraktværdien overstiger derfor tærskelværdien for vareindkøb på forsvarsområdet, jf. udbudslovens § 6, stk. 2, 1. pkt. Indkøbet var omfattet af udbudsdirektivets bilag III, og FMI har derfor været forpligtet til at udbyde kontrakten i henhold til udbudslovens afsnit II.

Indkøbet var ikke omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivets materielle anvendelsesområde. Direktivet finder anvendelse på ”levering af militærudstyr, herunder dele, komponenter og/eller delmontager heraf”. Produktet skal som udgangspunkt være omfattet af Rådets liste af 15. april 1956 eller Unionens fælles liste over militært udstyr af 17. februar 2020. Et produkt kan dog ifølge præambelbetragtning nr. 10 alligevel omfattes af forsvars- og sikkerhedsdirektivets anvendelsesområde, selvom det ikke fremgår direkte af listerne, hvis udviklingen i teknologi, indkøbspolitikker, militære behov og nye typer materiel er grunden til, at produktet ikke fremgår af listerne. Produktet ”pulke” fremgår imidlertid hverken af Rådets liste fra 1958 eller Unionens fælles liste over militært udstyr, og pulkenes formål kan heller ikke fortolkes sådan, at det falder inden for nogen af de produktkategorier, som listerne indeholder. Heller ikke i lyset af den teknologiske udvikling kan pulke anses for at være omfattet af direktivets anvendelsesområde. FMI’s anbringende

om, at indkøbet er omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet, er et udtryk for en efterrationalisering.

FMI har endvidere ikke dokumenteret, at de indkøbte pulke var blevet specialfremstillet eller -tilpasset til militære formål og dermed var omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 2, litra a, jf. Unionens fælles liste over militært udstyr punkt ML17, litra h. Af den indgåede kontrakt fremgår blot, at indkøbene omfatter "SLED,SCOW TYPE", ligesom det heller ikke er godtgjort, at der inden indkøbet har været korrespondance med Fjellpulken om firmaets produkter. Fjellpulkens produktsortiment indeholder ikke produkter, som falder inden for forsvars- og sikkerhedsdirektivets definition af militært udstyr eller udstyr specialfremstillet eller -tilpasset til militære formål. Det fremlagte produktblad vedrørende pulkemodellen "Explorer Army Edition" dokumenterer heller ikke, at Fjellpulkens pulke er belagt eller behandlet med henblik på at fjerne materialets signatur og specielt designet til militær anvendelse. En ændring af et produkts farve udgør ikke i sig selv en sådan tilstrækkelig tilpasning. Erklæringen fra Fjellpulken om de pågældende pulke ændrer ikke herved. Som det fremgår af den af Acapulpa udarbejdede analyse, er de leverede pulke i det væsentlige sammenlignelige med de pulke, der fremgår af Fjellpulkens hjemmeside, fx "Xplorer Expedition Pulk", herunder for så vidt angår forstærkninger af aluminiumskant og fæstepunkter. Tilføjelsen "Army" til en model, der sædvanligvis anvendes i hårdt vintervejr, og en ændring af udseendet ændrer ikke herpå.

FMI har ikke i medfør af udbudslovens § 80, stk. 5, været berettiget til at foretage en direkte tildeling af kontrakten. Bestemmelsen kan kun anvendes helt undtagelsesvist og under ganske særlige omstændigheder. Det følger af EU-Domstolens praksis, at bestemmelsen skal fortolkes indskrænkende, og at det er ordregiver, der har bevisbyrden for, at der foreligger særlige omstændigheder, der berettiger anvendelsen af udbudslovens § 80, stk. 5. Efter praksis fra såvel EU-Domstolen, jf. fx sag C-126/03, Kommissionen mod Tyskland, som klagenævnet, jf. senest kendelse af 10. april 2024, Dialab, Dansk Diagnostika- og Laboratorieforening mod Region Midtjylland, forudsættes det således, at der foreligger 1) en uforudseelig begivenhed, 2) en uopsættelighed af tvingende karakter, der ikke tillader at overholde de frister, som kræves ved andre fremgangsmåder, og 3) årsagsforbindelse mellem den uforudseelige begivenhed og den deraf følgende tvingende opsættelighed.

FMI's begrundelse for beslutningen om direkte tildeling lever ikke op til betingelserne for anvendelse af udbudslovens § 80, stk. 5. Det kan således ikke være en uforudseelig begivenhed for FMI, at der kan være et barsk vinterklima i Letland, som medfører et behov for særlige transportmidler til transport af udstyr, og at der i forbindelse med operationer for NATO i Østeuropa vil være behov for udstyr, der kan anvendes til transport i et sådant vinterklima. Danske tropper og tropper fra andre NATO-lande har været udsendt til Letland siden april 2022 som led i en forstærkning af NATOs forsvarsevne i Baltikum. FMI har således fra april 2022 til december 2022 kunnet forberede sig på det vinterklima, som må forventes i Letland, herunder ved at sikre indkøb af transportmidler, der egner sig til sådant klima. FMI's manglende forberedelse kan ikke udgøre en tvingende grund, som FMI ikke har kunnet forudse.

Af den indgåede kontrakt om levering af pulke fremgår det, at leveringen skulle ske den 25. januar 2023. FMI godkendte endvidere, at en stor del af pulkene først blev leveret i marts 2023. Dette underbygger, at behovet for pulkene til transport af udstyr i felten i Letland ikke havde akut karakter. Endvidere fremgår det af FMI's begrundelse for den direkte tildeling, at vinterklimaet i Letland kun delvist umuliggjorde transport af udstyr. Det må derfor antages, at Forsvaret havde alternative muligheder for at kunne transportere udstyr i den periode, hvor FMI skulle gennemføre et udbud af kontrakten.

Det følger endelig af de specielle bemærkninger til udbudslovens § 80, stk. 5, at der skal være tale om helt ekstraordinære situationer, der kræver øjeblikkelig handling af hensyn til menneskers liv og sundhed, i hvilken forbindelse ordregiver er forpligtet til at vurdere, hvilken skade der vil kunne indtræde ved ikke at foretage den direkte tildeling, samt risikoen for, at skaden rent faktisk indtræder. FMI har i sin begrundelse for direkte tildeling anført, at manglende pulke til transport af udstyr kan have konsekvenser for de væbnede styrkers virke og ultimativt styrkernes sikkerhed og sundhed, men der er intet, der faktisk understøtter, at der bestod en reel risiko for, at en sådan skade faktisk ville indtræde, såfremt kontrakten ikke blev indgået direkte med Fjellpulken. Efter de foreliggende oplysninger har FMI ikke foretaget en vurdering af risici ved ikke at indgå kontrakten direkte, men har derimod først efter kontraktindgåelsen vurderet, hvorvidt der var grundlag for at gennemføre en direkte tildeling efter udbudslovens § 80, stk. 5.



Det var således ikke strengt nødvendigt for FMI at indgå kontrakten direkte med Fjellpulken uden forudgående udbud, idet FMI kunne have gennemført et udbud i henhold til udbudslovens § 55, eventuelt med forkortede frister, jf. udbudslovens § 57, stk. 5, uden at dette ville have indebåret en alvorlig risiko for styrkernes sikkerhed og sundhed. FMI kunne have gennemført en udbudsprocedure i overensstemmelse med udbudslovens afsnit II med forkortede frister på en måned, herunder i en hvilken som helst måned i perioden mellem april og december 2022.

Endelig fremgår det af den fremlagte interne mailkorrespondance fra FMI, at FMI netop ”foretog en intern, juridiske vurdering, og i den forbindelse forud for indkøbets gennemførelse fastslog, at der ikke var hjemmel til at foretage indkøbet direkte, da indkøbets værdi oversteg de gældende tærskelværdier samt at der var pligt til at foretage en markedsafdækning”. Ved en markedsafdækning ville FMI have kunnet konstatere, at Acapulka's produkter var kendt i markedet og godkendt til arktisk brug i forsvaret, samt at pulkene havde en kort leveringstid. Der var således andre, kendte og sædvanlige aktører på markedet, og det var muligt for en anden aktør at opfylde den samlede levering inden for den ønskede periode.

De pågældende pulke er omfattet af kapitel 95 i udbudsdirektivets bilag III, der omhandler ”Varer af skærings- og støbematerialer”, da pulke kan produceres i både stål, plastik, træ, aluminium mv. Blandt andet stål og plastik kan kategoriseres som et støbemateriale. Udbudslovens § 6, stk. 2, 1. pkt., finder derfor anvendelse på indkøbet.

Såfremt klagenevnet finder, at indkøbet var omfattet af den forhøjede tærskelværdi i udbudslovens § 6, stk. 2, 2. pkt., har FMI handlet i strid med udbudslovens § 191 og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Fjellpulken uden annoncering i overensstemmelse med udbudslovens afsnit IV. Kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse, hvilket understøttes af, at leveringen af pulkene skulle ske i Letland af en norsk leverandør.

FMI har principalt gjort gældende, at kontrakten ikke var udbudspligtig, da den var omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivets materielle anvendelsesområde, og da kontraktens værdi var under forsvars- og sikkerhedsdirektivets tærskelværdi på ca. 3,2 mio. kr. På grund af anskaffelsens akutte karakter blev der ikke foretaget en udbudsretlig vurdering af FMI's juridiske

afdeling forud for kontraktindgåelsen. De overvejelser, der kommer til udtryk i korrespondancen [omkring anskaffelsen], er således udtryk for lægmandsbetragtninger.

Det følger af direktivets artikel 2, litra a, at det bl.a. finder anvendelse på kontrakter, der indgås på forsvars- og sikkerhedsområdet, og som vedrører levering af ”militært materiel”. Herved forstås ifølge direktivets artikel 1, nr. 6, ”udstyr specielt udformet eller tilpasset til militære formål og bestemt til brug som våben, ammunition eller krigsmateriel”. Af præambelbetragtning 10 til direktivet fremgår, at det var EU-lovgivers intention, at definitionen af militært materiel skal forstås som et dynamisk begreb, der skal vurderes ”i lyset af den løbende udvikling, som teknologien, indkøbspolitikkerne og de militære behov undergår”.

Det fremgår af bestemmelsens ordlyd, at også produkter, der oprindeligt er designet til civil brug, men som efterfølgende tilpasses til militære formål, er omfattet, hvilket netop gør sig gældende for de anskaffede pulke. Den omstændighed, at produktet ikke fremgår af Rådets liste fra 1958 og Unionens fælles liste over militært udstyr, udelukker således ikke, at produktet er omfattet af direktivets anvendelsesområde. Danmark har ved implementeringen af forsvars- og sikkerhedsdirektivet således ikke begrænset anvendelsesområdet for direktivet til det materiel, der er anført på Rådets liste fra 1958, og listerne skal derfor alene anses som et fortolkningsbidrag til vurderingen af, hvornår der er tale om militært udstyr.

De anskaffede pulke af typen ”Army Edition” er kendetegnet ved at være specialtilpasset til militært brug. Pulkene leveres således med vintersløring, dvs. med hvidt skrog, overtræk, træksele og trækstænger med det formål at fjerne materialets signatur, der skal mindske risikoen for afsløring af soldaternes tilstedeværelse, i modsætning til de pulke, som Fjellpulken sælger til det civile marked, der er kendetegnet ved klare og synlige farver. Dertil kommer, at pulkene indeholder forstærkninger og ekstra fæstepunkter, der skal understøtte den operative anvendelse.

Den anskaffede pulk adskiller sig desuden fra sædvanlige civile modeller ved at være betydeligt mere rummelig, hvilket understøtter bl.a., at sårede soldater, der skal evakueres, kan ligge udstrakte i pulken. At der er tale om militært materiel understøttes videre af, at Unionens fælles liste over militært udstyr omfatter ”Udstyr og materiale, der er belagt eller behandlet med henblik på

at fjerne materialets signatur, og som er specielt designet til militær anvendelse”, jf. ML17, litra h, i Unionens fælles liste over militært udstyr. At der er tale om en model tilpasset militært brug understreges desuden af, at Fjellpulken alene udbyder modellen til forsvarsmyndigheder, og at der er tale om specialprodukter, der alene produceres på ordre, hvilket Fjellpulken har bekræftet.

Selvom pulkene måtte have flere fællestræk med pulke, som Fjellpulken sælger til det civile marked, ligger det således fast, at den militære version har nogle særegne karakteristika, der tjener militære formål. Det er tilstrækkeligt, at et produkt faktisk er tilpasset til militære formål, og at det ikke er afgørende, ”hvor meget” produktet adskiller sig fra beslægtede produkter til civil brug, så længe der er en realitet i den militære tilpasning. Det fremgår tydeligt af det fremlagte materiale, at FMI ønskede at anskaffe militære pulke. Fjellpulkens produktkatalog på selskabets hjemmeside omfatter ikke sådanne militære pulke, da denne alene er rettet mod det civile marked. Eftersom pulkene skulle anvendes af kampbataljonen til operative opgaver, er det endvidere åbenbart, at pulkene skulle anvendes til militære formål.

Begrebet ”militært materiel” bør fortolkes lempeligt, dels fordi der ikke er grundlag for at fortolke forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 2, litra a, indskrænkende, dels fordi begrebet skal fortolkes i lyset af den nuværende sikkerhedspolitiske situation Danmark og resten af Europa.

Efter udbudslovens § 23, nr. 2, finder loven ikke anvendelse på kontrakter, der materielt er omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet, men som ikke overstiger tærskelværdien, og kontrakten var derfor heller ikke omfattet af udbudslovens afsnit II eller IV.

Subsidiært har FMI gjort gældende, at kontrakten var omfattet af den forhøjede tærskelværdi i udbudsloven for vareindkøb på forsvarsområdet og derfor var undtaget udbudslovens afsnit II, da pulke ikke er omfattet af udbudsdirektivets bilag III. Listen i bilag III er alene vejledende og er baseret på GPA-aftalens bilag 1, punkt 3, som således er den autoritative tekst. Siden vedtagelsen af udbudsdirektivet er den reviderede GPA-aftale trådt i kraft, og den omhandlede liste er i den forbindelse ført videre i GPA-aftalens bilag 4. GPA-listen baserer sig i det væsentligste på EU’s fælles nomenklatur, hvor de enkelte kategorier er nærmere forklaret og specificeret. Pulke er ikke eksplicit nævnt i den fælles nomenklatur, men de mest beslægtede varer heri

vurderes at være ”ski” og ”kælke”, som begge findes under kapitel 95, som også omfatter kategorien ”vintersport”. I såvel bilag III til udbudsdirektivet som bilag 4 til GPA-aftalen omfatter kapitel 95 endvidere alene ”Varer af udskærings- og støbematerialer”, hvorved må forstås varer, der hovedsageligt er fremkommet ved en udskærings- eller støbeprocess. Dette er ikke tilfældet for de omhandlede pulke og deres tilbehør. Pulke er derfor ikke omfattet af udbudsdirektivets bilag III, og den forhøjede tærskelværdi på ca. 1,6 mio. kr., finder derfor anvendelse, jf. udbudslovens § 6, stk. 2, 2. pkt. Da kontraktens værdi er under denne grænse, er kontrakten ikke omfattet af udbudslovens afsnit II.

Dertil kommer, at kontrakten hverken var underlagt udbudspligt eller pligt til annoncering, da den var omfattet af undtagelsesbestemmelsen om ”tvingende grunde”, jf. udbudslovens § 80, stk. 5, eller den tilsvarende bestemmelse i artikel 28, nr. 1, litra c, i forsvars- og sikkerhedsdirektivet om anskaffelser til krisesituationer.

Betingelsen om, at der skal foreligge en uforudseelig begivenhed, er opfyldt. FMI iværksatte anskaffelsen af pulke straks efter at være blevet kontaktet af Hærkommandoen den 16. december 2022, og allerede få dage efter var kontrakten indgået. Udsendelse af en kampbataljon til Letland i maj 2022 var det første danske bidrag af den slags, og den erstattende bataljon ankom i efteråret 2022 og blev dermed den første bataljon, som skulle gennemføre øvelser og missioner under vintertid. Der var logistiske begrænsninger for, hvor meget udstyr der kunne medbringes, og ved planlægningen var man nødt til at foretage en prioritering og udvælge det materiel, der samlet set blev vurderet mest kritisk. Ved udvælgelsen af materiel blev pulke ikke prioriteret ud fra den antagelse, at behovet herfor ville være mere begrænset, idet øvelser og missioner i langt hovedparten af tilfældene forventedes gennemført i områder, hvor der kunne anvendes terrængående køretøjer, hvilket imidlertid viste sig ikke at holde stik. Det ville selvsagt ikke være en operationel acceptabel løsning at indskrænke kampbataljonens operationsevne til områder, hvor køretøjer kunne komme frem, når der var et udtalt behov for at operere i andre områder.

Betingelsen om, at der skal foreligge uopsættelighed af tvingende karakter, der ikke tillader at overholde de frister, som kræves ved andre fremgangsmåder, er ligeledes opfyldt. Den danske bataljons kampbataljons tilstedeværelse i Letland havde – ud over en afskrækkelsesfunktion – ultimativt til opgave at

forsinke en eventuel russisk fremrykning i et NATO-land, hvilket kunne indebære egentlige kamphandlinger. Anskaffelsen af pulke skulle bidrage til, at kampbataljonen kunne udføre denne opgave, herunder at det var muligt at evakuere sårede soldater og transportere kritisk materiel i områder, der var ufremkommelige for køretøjer. Behovet for pulke var således akut, og bataljonen havde behov for at modtage i hvert fald en del af det samlede antal nødvendige pulke i løbet af januar 2023. Det havde ikke været muligt at gennemføre et hasteudbud og sikre sig levering i januar 2023, og gennemførelse af et udbud eller en annoncering ville have indebåret en betydelig risiko for, at der ikke ville ske levering på dette tidspunkt, hvilket kunne have kompromitteret soldaternes sikkerhed. FMI anskaffede kun det antal pulke, som skønnedes nødvendige til løsning af bataljonens opgaver i Letland. Det forhold, at FMI ikke kunne afvente, at der blev foretaget en juridisk vurdering, før bestillingen blev afgivet, understreger anskaffelsens akutte karakter, hvilket også kommer til udtryk i den fremlagte FMI-interne korrespondance. At FMI ikke forud for anskaffelsens gennemførelse foretog en udbudsretlig vurdering af den påtænkte direkte kontrakttildeling, indebærer imidlertid ikke i sig selv, at anskaffelsen var i strid med udbudsreglerne.

Betingelsen om årsagsforbindelse mellem den uforudseelige begivenhed og den deraf følgende tvingende uopsættelighed er også opfyldt.

Hvis klagenævnet måtte finde, at kontrakten som udgangspunkt var annonceringspligtig, kunne kontrakten tildeles direkte efter princippet i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 28, nr. 1, litra c. Bestemmelsen har betydelige fællestræk med bestemmelsen om tvingende grunde, men adskiller sig herfra ved, 1) at den direkte tildeling skal være nødvendiggjort af en ”nødsituation, der opstår som følge af en krise”, og 2) ved ikke at stille krav om, at de omstændigheder, der nødvendiggør den direkte tildeling, skal have været uforudseelige for ordregiver. Ved ”krise” forstås ifølge forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 1, nr. 10, ”enhver situation i en medlemsstat eller et tredjeland, hvor der er indtrådt en skadevoldende begivenhed, hvis omfang klart overstiger omfanget af hverdagens skadevoldende begivenheder, og som i væsentlig grad truer eller indvirker negativt på menneskers liv og helbred...”. Den danske kampbataljons tilstedeværelse i Letland var en direkte konsekvens af Ruslands invasion af Ukraine, og der kan ikke herske tvivl om, at denne begivenhed er en krise i direktivets forstand.

### Ad påstand 2 b (mere subsidier til påstand 1)

Acapulka har gjort gældende, at FMI har handlet i strid med Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmådes (TEUF) principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. artikel 18, ved ikke at konkurrenceudsætte kontrakten. Principperne finder anvendelse på kontrakter, der er omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivets materielle anvendelsesområde med klar grænseoverskridende karakter, som ikke overstiger tærskelværdien.

FMI opfyldte ikke betingelserne for ikke at konkurrenceudsætte efter TEUF artikel 346, stk. 1, litra b, idet der ikke var tale om en anskaffelse af våben, ammunition eller krigsmateriel, og idet den direkte tildeling nok kan have været begrundet i sikkerhedsinteresser, men ikke væsentlige sikkerhedsinteresser henset til, at FMI først har fået leveret det samlede antal pulke omtrent fire måneder efter, at FMI ifølge sin egen oplysning blev opmærksom på sit behov for pulke. Den direkte tildeling var endvidere ikke proportional, da FMI kunne have anvendt andre og mindre indgribende midler end direkte tildeling til at opnå formålet, herunder en hasteprocedure eller markedsafdækning. Den direkte tildeling har endvidere forringet konkurrencevilkårene i EU.

FMI har gjort gældende, at anskaffelsen kunne gennemføres uden annoncering i medfør af forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 28, nr. 1, litra c og/eller litra d. Når disse bestemmelser kan begrunde direkte tildeling af kontrakter over direktivets tærskelværdi, kan de – som det mindre i det mere – også begrunde direkte tildelinger af kontrakter under tærskelværdien.

### Ad påstand 3

Acapulka har gjort gældende, at FMI har handlet i strid med udbudslovens § 129, stk. 1, ved først at offentliggøre bekendtgørelse om indgået kontrakt i EU-Tidende 96 kalenderdage efter kontraktindgåelsen med Fjellpulken. FMI har herved afskåret potentielle tilbudsgivere fra at kunne gøre indsigelse over for den direkte tildeling forud for, at kontrakten blev opfyldt og afsluttet.

FMI har gjort gældende, at kontrakten ikke var omfattet af udbudslovens afsnit II, og at FMI derfor ikke var forpligtet til at iagttage reglerne i lovens § 129, stk. 1. Den påståede overtrædelse er under alle omstændigheder uvæsentlig og kan derfor ikke føre til annullation.

#### Ad påstand 4 (subsidiær til påstand 3)

Acapulka har gjort gældende, at FMI har undladt at tilrettelægge en procedure for tildeling i overensstemmelse med udbudslovens § 2 samt at orientere potentielle tilbudsgivere om processen for tildeling som foreskrevet i udbudslovens § 192, stk. 1 og 2. Bestemmelserne indebærer ifølge lovbemærkningerne, at det står en ordregiver frit for at tilrettelægge en procedure eller fremgangsmåde for tildeling, forudsat at interesserede virksomheder får mulighed for at tilkendegive deres interesse, herunder eksempelvis på baggrund af ordregivers offentliggørelse af en forhåndsmeddelelse. Det stod dermed FMI frit for, hvorledes FMI ville tilrettelægge en procedure, idet det eneste, FMI var forpligtet til, var at sikre, at der var en passende grad af gennemsigtighed om kontrakten. Dette skete imidlertid ikke, idet FMI undlod at annoncere kontrakten.

FMI har gjort gældende, at der ikke bestod en pligt til at annoncere kontrakten, og FMI var således heller ikke forpligtet til at tilrettelægge en procedure i overensstemmelse med udbudslovens § 192.

#### Ad påstand 5

Acapulka har gjort gældende, at FMI's direkte tildeling af kontrakten til Fjellpulken med henvisning til udbudslovens § 80, stk. 5, uanset at det ikke var umuligt for FMI at udbyde kontrakten i medfør af udbudslovens afsnit II, subsidiært udbudslovens § 191, stk. 1, udgør en grov overtrædelse af udbudsreglerne, som skal føre til, at klagenævnet annullerer den indgåede kontrakt mellem FMI og Fjellpulken.

FMI har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen, da FMI ikke har overtrådt udbudsreglerne.

#### Ad påstand 6

Acapulka har gjort gældende, at klagenævnet i henhold til klagenævnslovens § 19, stk. 2, nr. 3, skal pålægge FMI en økonomisk sanktion, idet kontrakten efter det oplyste er opfyldt og afsluttet med den virkning, at klagenævnet ikke kan erklære kontrakten for uden virkning for fremtidige leverancer i medfør af klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, jf. § 18, stk. 1. Da FMI i strid med

udbudsreglerne har indgået en kontrakt direkte med Fjellpulken, har FMI begået en af de mest alvorlige udbudsretlige overtrædelser, hvilket skal medføre den højeste økonomiske sanktion på 5 % af kontraktværdien, dog minimum 25.000 kr.

FMI har gjort gældende, at allerede fordi kontrakten ikke var omfattet af udbudslovens afsnit II eller III er der ikke grundlag for at pålægge FMI en økonomisk sanktion, jf. klagenævnens § 19. En økonomisk sanktion kan således ikke komme på tale som følge af overtrædelse af udbudslovens afsnit IV eller som følge af en overtrædelse af traktatens almindelige principper.

### Klagenævnet udtaler

#### Ad påstand 1 og påstand 2a (subsidiær til påstand 1)

Ved afgørelsen af, om det direkte indkøb af pulke, som FMI foretog, var omfattet af udbudsloven eller forsvars- og sikkerhedsdirektivet, tager klagenævnet udgangspunkt i den bekendtgørelse om indgåede kontrakter, som FMI indrykkede den 28. marts 2023. FMI har heri anført retsgrundlaget som direktiv 2014/24/EU og har angivet, at det er FMI's vurdering, at kontrakten kunne indgås uden udbud med henvisning til udbudslovens § 80, stk. 5. Det var således styrelsens opfattelse, at indkøbet var omfattet af udbudsloven.

FMI har under klagesagen som hovedanbringende derimod gjort gældende, at kontrakten var omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

FMI har i den forbindelse bl.a. henvist til, at styrelsens forudgående vurdering, som fremgår af den interne korrespondance op til indkøbet, men som også senere kom til udtryk i referatet fra hjemmelsboardmødet og i bekendtgørelsen, var udtryk for "lægmandsbetragtninger" og derfor uden betydning.

Klagenævnet er ikke enig i, at der var tale om "lægmandsbetragtninger". FMI foretager løbende en lang række anskaffelser, hvor sondringen mellem udbudsloven og forsvars- og sikkerhedsdirektivet er af betydning, og styrelsen foretager løbende anskaffelser efter begge regelsæt. Styrelsen var således fortrolig med sondringen, da indkøbet blev foretaget den 22. december 2022, og da hjemmelsboardet holdt møde den 6. januar 2023, og styrelsen må formodes at have foretaget en sædvanlig vurdering af indkøbets karakter. Den in-



terne mailkorrespondance viser, at man var særdeles opmærksom på de problemer, som udbudslovens tærskelværdi udgjorde, men det ses ikke overvejet, om købet i stedet skulle anses for omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet. Det er heller ikke oplyst, at de tidligere indkøb af pulke har været anset for omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

Pulke fremgår hverken af Rådets liste fra 1958 eller Unionens fælles liste over militært udstyr, og der er ikke oplyst om en efterfølgende teknologisk udvikling som baggrund for, at forskellige landes forsvarsorganisationer løbende indkøber pulke.

De omhandlede pulke optræder efter det oplyste ikke på leverandørens hjemmeside. At pulkene ifølge produktbladet er af typen ”Explorer Army Edition” og er ”reinforced pulks for military use”, er imidlertid ikke tilstrækkeligt til at godtgøre, at pulkene var specialfremstillet til militært brug (som ”krigsmateriel”) og ikke blot en særlig variant af pulke af ”SLED, SCOW”-typen med de samme forstærkninger, som anvendes også ved pulke til civile ekspeditioner i arktisk klima, sådan som den analyse, som Acapulka har foretaget af de forstærkede pulke, også viser. Det må således lægges til grund, at de indkøbte pulke alene i et begrænset omfang, herunder muligvis for så vidt angår deres størrelse (bredde og længde), adskiller sig fra de pulke, som fremgår af Fjellpulkens hjemmeside til almindeligt salg. Den omstændighed, at pulkene er leveret med ”vintersloring”, kan heller ikke i sig selv føre til, at pulkene er at betragte som ”krigsmateriel”, uanset at de indkøbte pulke herved måtte adskille sig fra de pulke, som Fjellpulken i øvrigt sælger.

Efter en samlet vurdering finder klagenævnet herefter, at købet ikke var omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

I samme sammenhæng har FMI under klagesagen gjort gældende, at sondringen mellem de to regelsæt i øvrigt konkret var irrelevant, eftersom indkøbet var undtaget for udbudspligt – det være sig efter udbudslovens § 80, stk. 5, eller den tilsvarende bestemmelse i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 28, nr. 1, litra d. Som anført i bekendtgørelsen af 28. marts 2023 kan de ”operative opgaver ikke [...] udføres uden transport af udstyr i vinterklima til fods, grundet det barske vinterklima i Letland, og manglende pulke til transport af udstyr kan have konsekvenser for de væbnede styrkers virke og ultimativt styrkernes sikkerhed og sundhed.”

Kravene om, at der skulle foreligge en ”uforudseelig begivenhed”, ”uopsættelighed af tvingende karakter, der ikke tillader overholdelse af de frister, der kræves ved andre fremgangsmåder” og ”årsagsforbindelse mellem den uforudseelige begivenhed og den deraf følgende tvingende uopsættelighed”, er således efter FMI’s opfattelse opfyldt.

Klagenævnet er ikke enig heri.

For det første er der ikke tale om en uforudseelig begivenhed i udbudsretlig forstand. Indkøb af pulke til Forsvaret er efter det oplyste ikke på nogen måde en usædvanlig disposition; FMI har således efter det oplyste tidligere købt pulke hos Fjellpulken, bl.a. i 2016, og har senest i 2022 anskaffet 26 pulke fra Acapulka. Som anført i forarbejderne til udbudslovens § 80, stk. 5, er kravet om uforudseelighed ikke opfyldt, hvis ordregiveren burde have indset nødvendigheden af anskaffelsen. De danske styrker havde opholdt sig i Letland siden april 2022, og FMI burde allerede som følge heraf på et tidligere tidspunkt have indset det mulige behov for særlige transportmidler, herunder pulke, i det omhandlede terræn.

For det andet havde indkøbets tvingende karakter ikke været til hinder for konkurrenceudsættelse. Hovedparten af de indkøbte pulke blev således efter aftalen først leveret i marts 2023, dvs. ca. tre måneder efter tildelingen. Dertil kommer, at det af referatet af hjemmelsboardmødet fremgår, at vinterklimaet i Letland gjorde det delvist umuligt at transportere ved hjælp af andet udstyr, og den ”tvingende uopsættelighed” er i bekendtgørelsen omtalt hypotetisk (”kan have”/”ultimativt”).

Det følger heraf, at betingelsen om årsagsforbindelse ikke er opfyldt.

FMI har subsidiært gjort gældende, at kontrakten var omfattet af den forhøjede tærskelværdi i udbudsloven for vareindkøb på forsvarsområdet, jf. udbudslovens § 6, stk. 2, 2. pkt.

Parterne er enige om, at kontraktens værdi er 1.107.000 kr. Kontrakten overskrider dermed tærskelværdien i udbudslovens § 6, stk. 2, 1. pkt. (1.043.126 kr., svarende til grænsen for statslige myndigheders vareindkøb uden for forsvarsområdet), men ikke tærskelværdien i samme bestemmelses 2. pkt. (1.601.944 kr.). Det bliver derfor afgørende, om kontrakten er omfattet af bilag III (”Liste over de i artikel 4, litra b), omhandlede varer vedrørende

kontrakter tildelt af ordregivende myndigheder inden for forsvarsområdet”) til udbudsdirektivet (”lovens bilag 2”) og dermed udbudslovens § 6, stk. 2, 1. pkt.

Acapulka har gjort gældende, at kontrakten er omfattet af bilag III. FMI har som anført gjort gældende, at det ikke er tilfældet.

Acapulka har henvist til, at pulkene må rubriceres som ”varer af udskærings- og støbematerialer”, da de kan produceres i stål, plastik, træ, aluminium mv., og har henvist til den fælles nomenklaturens kapitel 95, der bl.a. omfatter ski og kælke.

FMI har henvist til, at nomenklaturens kapitel 95 har titlen ”Legetøj, spil og sportsartikler; dele og tilbehør dertil”. Henvisningen i udbudsdirektivets bilag III til kapitel 95 og den tilhørende beskrivelse må derfor forstås sådan, at alene de varer i kapitel 95, der udgør ”varer af udskærings- og støbematerialer”, er omfattet. Ved varer af udskærings- og støbematerialer må forstås varer, der hovedsageligt er fremkommet ved en udskærings- eller støbeprocess. Dette er ikke tilfældet for de omhandlede pulke og disses tilbehør, som bl.a. består af (a) skrog, hvor lasten placeres, (b) løbere, dvs. den del af pulken, som kommer i direkte kontakt med sneen, (c) overtræk/dug til beskyttelse mod vejr og vind, (d) lastenet og stropper til sikring af, at lasten ikke bevæger sig under transporten, og (e) træk-stænger og seletøj til at forbinde pulken med ”trækkeren”. Ved konstruktionen af pulkene skal der på skroget monteres fastgørelsesanordninger, selekoblinger og dug mm., ligesom der skal påsættes aluminiumskanter, hvilket ikke sker gennem udskærings- eller støbeprocess, men derimod gennem andre fremstillings- og arbejdsprocesser, herunder syning, samling, svejsning, montering mm.

Klagenævnet finder herefter ikke grundlag for at anse indkøbet af pulke for omfattet af bilag III. Købet falder derfor ind under udbudslovens § 6, stk. 2, 2. pkt., og overstiger ikke tærskelværdien i denne bestemmelse.

Kontrakten er således omfattet af udbudslovens afsnit IV om offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse, hvilket sidste er ubestridt. FMI har ikke fulgt bestemmelsen om annonceringspligt i udbudslovens § 191, stk. 1.

Påstand 2a tages derfor til følge som nedenfor bestemt.

### Ad påstand 3

Da indkøbet ikke er omfattet af udbudslovens afsnit II, tages påstanden ikke til følge.

### Ad påstand 4 (subsidiær til påstand 3)

Det følger af det, der er anført ad påstand 1 og 2a, at påstanden tages til følge.

### Ad påstand 5

Efter overtrædelsernes karakter tages påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen til følge.

### Påstand 6

Da kontrakten er omfattet af udbudslovens afsnit IV, er der ikke hjemmel til at tage påstanden til følge.

### Herefter bestemmes

#### Ad påstand 2a (subsidiær til påstand 1)

FMI har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 sammenholdt med udbudslovens § 191, stk. 1, ved at have tildelt kontrakt om levering af pulke direkte til Fjellpulken AS uden forudgående annoncering.

#### Ad påstand 4 (subsidiær til påstand 3)

FMI har handlet i strid med udbudslovens 192, stk. 1, ved ikke at tilrettelægge en procedure for tildeling i overensstemmelse med udbudslovens § 2 samt udbudslovens § 192, stk. 2, ved ikke at orientere potentielle tilbudsgivere om processen for tildeling.

FMI's beslutning af 22. december 2022 om at indgå kontrakt med Fjellpulken AS annulleres.

FMI skal i sagsomkostninger til Acapulka AS betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1, påstand 3 og påstand 6.

Kirsten Thorup      Johann Herzog

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen  
chefkonsulent