

Udbuddet er efterfølgende annulleret af Lægemiddelstyrelsen og klagen her-
efter tilbagekaldt, således at delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Iron Mountain A/S
(advokat Majse Jarlov, Hellerup)

mod

Lægemiddelstyrelsen
(selv)

Klagenævnet har den 15. november 2019 modtaget en klage fra Iron Moun-
tain A/S (herefter Iron Mountain).

Iron Mountain har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende
virkning.

Lægemiddelstyrelsen har påstået sagen afvist og har protesteret mod, at der
tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det fo-
reløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 12, svar-
skrift med bilag A – F, replik med bilag 13-15 og duplik.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”PÅSTAND 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Lægemiddelstyrelsen har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudslovens § 2 samt § 160 ved at have foretaget en uigennemsigtig og mangelfuld beskrivelse af underkriteriet »kvalitet«, herunder en utydelig angivelse af, hvad der konkurreres på, samt en mangelfuld beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen.

PÅSTAND 2:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Lægemiddelstyrelsen har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudslovens § 2 samt § 160 ved at have offentliggjort en evalueringsmetode i form af en pointmodel til vurdering af underkriteriet pris, som ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på den udbudte kontrakt.

PÅSTAND 3:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Lægemiddelstyrelsen har handlet i strid med Udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, idet Lægemiddelstyrelsens underretning om tildelingsbeslutningen ikke er ledsaget af en fyldestgørende redegørelse for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen.

PÅSTAND 4:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Lægemiddelstyrelsen har handlet i strid med Udbudslovens § 171, stk. 4 samt Lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 2, jf. § 3, stk. 1, idet Lægemiddelstyrelsens underretning om tildelingsbeslutning af 5. november 2019 ikke oplyser en dato for dato for standstill-periodens udløb.

PÅSTAND 5:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Lægemiddelstyrelsen har handlet i strid med Udbudslovens § 2 ved i udbudsmaterialet at fastlægge en uigennemsigtig og indbyrdes modstridende regulering af adgangen til at afgive alternative tilbud.

PÅSTAND 6:

Klagenævnet for Udbud skal annullere Lægemiddelstyrelsens udbudsforretning som helhed, jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

PÅSTAND 7 (SUBSIDLÆR TIL PÅSTAND 6):

Klagenævnet for Udbud skal annullere Lægemiddelstyrelsens tildelingsbeslutning af 5. november 2019 om kontrakttildeling til Fjernarkiv Danmark ApS, jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 3.

PÅSTAND 8:

Klagenævnet anmodes om at fremkomme med en foreløbig udtalelse, jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 14 a om, at der ikke foreligger særlige forhold, der tilsiger at Lægemiddelstyrelsens kontrakt kan videreføres efter Udbudslovens § 185, stk. 2.”

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse 2019/S 179-436214 af 12. september 2019 udbød Lægemiddelstyrelsen som offentligt udbud efter udbudsloven en kontrakt om opbevaring af arkivalier på fjernarkiv i de næste 5 år. Kontrakten, som har en anslået værdi på 7.300.000 kr., indeholdt en option for Statens Seruminstitut for at tilslutte sig udbuddet.

Det fremgår videre af bekendtgørelsens pkt. II.2.4 om beskrivelse af udbuddet:

”... Det drejer sig primært om papirarkivalier i kartoner og vi lægger stor vægt på sikkerheden og kvaliteten hos vores kommende leverandør. ...”

Det økonomisk mest fordelagtige tilbud skulle identificeres på grundlag af underkriterierne pris og kvalitet, hvor pris vægtede 40 %, og kvalitet vægtede 60 %.

I udbudsbetingelserne står der blandt andet:

”1. Afgivelse af tilbud

...

Tilbudsgiver kan alene afgive ét tilbud, og tilbudsgiver har ikke adgang til at afgive alternative tilbud.

Det er angivet i Bilag 1 – Kravspecifikation hvilke mindstekrav det alternative tilbud skal opfylde. Ordregiver kan alene tage det alternative tilbud i betragtning, hvis tilbuddet opfylder disse mindstekrav.

...

5.1 Underkriteriet *Pris*

Med hensyn til underkriteriet *Pris* vil hvert tilbud blive tildelt point i henhold til en lineær interpolation bestemt ud fra den laveste pris.

Den økonomisk ramme udgør laveste pris + 50 %.

Det konditionsmæssige tilbud med den laveste evalueringstekniske pris tildeles det højeste antal point på pointskalaen (maksimumpoint).

Tilbud med en evalueringsteknisk pris, der præcis svarer til summen af laveste pris og den økonomiske ramme eller overstiger denne sum, tildeles det mindste antal point på pointskalaen (minimumpoint).

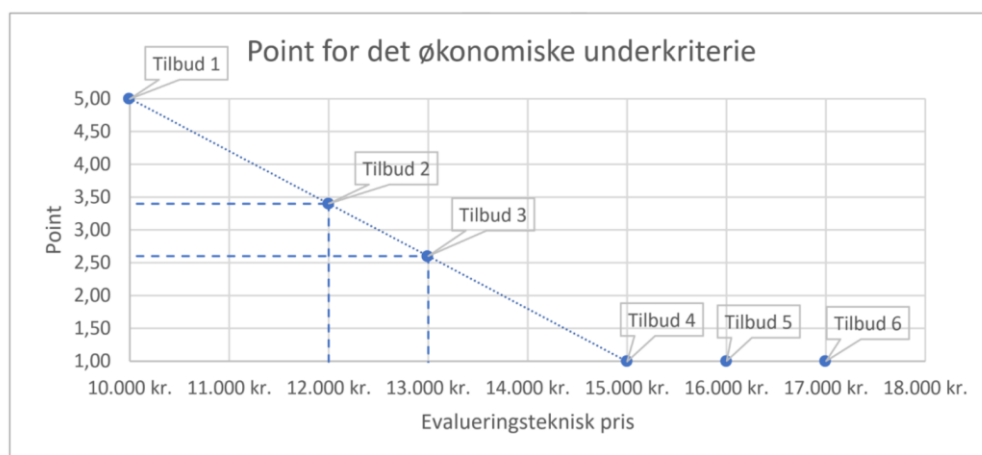
Tilbud med en evalueringsteknisk pris, der ligger inden for den økonomiske ramme, tildeles point ved lineær interpolation:

Point ved lineær interpolation =

$$\text{Maksimumpoint} - \left(\frac{(\text{maksimumpoint} - \text{minimumpoint})}{\text{hældningsgrad}} \right) * \frac{(\text{tilbuddets pris} - \text{laveste pris})}{\text{laveste pris}}$$

I formelen er tilbuddets pris udtryk for den evalueringstekniske pris på det pågældende tilbud, der ved brug af formelen tildeles point ved lineær interpolation, laveste pris er udtryk for den evalueringstekniske pris på det konditionsmæssige tilbud med den laveste pris, og hældningsgrad er udtryk for det tillæg til laveste pris, som den økonomiske ramme er baseret på.

Nedenstående graf illustrerer, hvordan ordregiver tildeler point i henhold til pointmodellen med økonomisk ramme.



I eksemplet udgør den økonomiske ramme 15.000 kr. (laveste pris + 50 % = 10.000 kr. + 5.000 kr.). Bemærk at der anvendes en 5-point skala i eksemplet, mens nærværende udbud anvender 10-point skala.

5.2 Underkriteriet *Kvalitet*

Tilbudsgivers besvarelse af Bilag 1, afsnit 4 danner grundlaget for vurderingen af underkriteriet *Kvalitet*. Vurderingen er en samlet og subjektiv vurdering ud fra helheden af tilbudsgivers besvarelse.

Den kvalitative bedømmelse vil basere sig på følgende sproglige skala:

- *Fremragende (10 point)*
- *Særdeles tilfredsstillende (9 point)*
- *Meget tilfredsstillende (8 point)*
- *Over tilfredsstillende (7 point)*
- *Lidt over tilfredsstillende (6 point)*
- *Tilfredsstillende (5 point)*
- *Lidt under tilfredsstillende (4 point)*
- *Under tilfredsstillende (3 point)*
- *Mindre tilfredsstillende (2 point)*
- *Ikke tilfredsstillende (1 point)*

Ordregiver vil tildele det antal point, der svarer til bedømmelsen på den sproglige skala. Der tildeles hele point, og der gives således ikke point med decimaltal.

Ordregiver vil for hvert underafsnit (4.x) kort redegøre for sin vurdering af tilbudsgivers besvarelse, med henblik på at underbygge og forklare pointgivningen.”

Af kravsspecifikationen, som udgjorde ”Bilag 1”, fremgår følgende under ”indledning”:

”1.1 Vigtigt vedr. underkriterier og krav

Krav til Leverandørens løsning er beskrevet under pkt. 4. Som udgangspunkt er alle krav almindelige krav, som der evalueres på i forhold til underkriteriet, *Kvalitet*. Henvisninger til Bilag 3 (priser) angår underkriteriet *Pris*, som udelukkende bedømmes ud fra priserne Leverandøren angiver i Bilag 3. Leverandøren skal udfylde samtlige felter i Bilag 3, for at tilbuddet anses for konditionsmæssigt.

Minimumskrav er angivet under pkt. 1.2, og skal være fuldt opfyldt i Leverandørens tilbud for at det er konditionsmæssigt. Det er Leverandørens ansvar at dokumentere at minimumskravene er blevet opfyldt.

1.2 Oversigt over minimumskrav

Nr.	Reference	Beskrivelse
1	Pkt. 4.2	Leverandøren skal sikre, at Kundens arkivalier opbevares i henhold til den til enhver tid gældende lovgivning og gældende myndighedskrav.
2	Pkt. 4.2	Leverandøren skal til enhver tid i kontraktperioden kunne stille den nødvendige lagerkapacitet til rådighed.
3	Pkt. 4.4	Leverandøren skal kontrollere, at bestilleren er identisk med en autoriseret person, der fremgår af den gældende liste over autoriserede personer, udløst af Kunden.
4	Pkt. 4.4	Leverandøren skal til enhver tid have et fuldstændigt overblik over alle kartoners placering, inklusive når de er i bevægelse.
5	Pkt. 4.4	Leverandørens tilbud skal indeholde de to leveringsformer "standard" og "ekspres", som de er defineret i dette punkt, og Leverandøren skal angive en pris for hver af disse i Bilag 3. Ekspres skal være både indenfor og udenfor alm. arbejdstid.
6	Pkt. 4.8	Leverandøren skal have et autorisationssystem, der sikrer, at kun de personer, der af Kunden har fået tilladelse til at rekvirere materiale hos Leverandøren, kan få sådant materiale leveret.
7	Pkt. 4.12	Leverandøren må ikke på egen hånd foretage kassation af opbevarede arkivalier, medmindre der foreligger udtrykkelig instruks herfor i forbindelse med pkt. 4.17.
8	Pkt. 4.12	Leverandøren skal kunne dokumentere, at destruktionsen har fundet sted.
11	Pkt. 4.15	Leverandøren skal beskrive i sit tilbud hvordan det sikres at Leverandørens medarbejdere overholder deres tavshedspligt.
12	Bilag 3	Leverandøren skal udfylde samtlige prisfelter i Bilag 3.
13	Bilag 11	Leverandøren må ikke tage forbehold for eller ændre teksten angivet med fed i databehandleraftalen, idet denne tekst repræsenterer Datatilsynets vurdering af hvad der udgør minimumskrav til en gyldig databehandleraftale.*

”

Kravsspecifikationens pkt. 3 har overskriften ”Overblik over nuværende arkivstyring”, og under pkt. 3.1 fremgår:

”3.1.5 Kontrol af arkivalier

Det kan forekomme, at Kunden ser sig nødsaget til at gennemgå arkivalierne på fjernarkivet for at sikre sig at kartonerne indeholder det som der også er registreret i dem. Dette vil indebære at Kundens medarbejdere fysisk skal ud på fjernarkivet og foretage kontrollen.”

Under punkt 3.6 ”Statistik” i kravsspecifikationen fremgår blandt andet:

”3.6.2 På fjernarkivet

Der findes på nuværende fjernarkiv en række kartoner, som ikke holder de standardmål som er nævnt i udbudsmaterialet. I tabellen nedenfor, er

der angivet literantal for hver øvrigt type. Alle kartoner som er nedenfor er døbt ”liter” er stabelbare og står på paller.

Type	Lægemiddel-styrelsen	Styrelsen for Patientsikkerhed	Beskrivelse
A1 karton	2.557	268	30 l
B1 karton	26.740	101	75 l
Flyttekasse	11	54	Standard flyttekasse
Advokat		394	15 l
PK15		106	15 l
PK1350		4	Oversize paller med stålskabe
PK20		409	20 l
PK25		9	25 l
PK30		7	30 l
FOLIO 7L		2.389	Rigsarkivets arkivæsker type A4 folio og mellem folio

Optalt d. 25. februar 2019

”

Af kravsspecifikationens pkt. 4 om ”Krav til fremtidigt fjernarkiv” fremgår videre blandt andet følgende:

”Leverandøren skal sikre, at arkivalierne opbevares på betryggende vis fra afhentning til aflevering hos Kunden, og at Kundens behov for f.eks. fremfinding opfyldes. Leverandøren skal varetage følgende ydelser, der beskrives og uddybes nedenfor.

4.1 Krav til overtagelse af arkiv

Leverandøren skal beskrive sin plan for flytning af arkivalierne, inklusive en tidsplan, hvor det fremgår hvilken overtagelsesdag Leverandøren forpligter sig til. Leverandørens tidsplan skal tage udgangspunkt i at flytningen kan begynde d. 1. december 2019.

Prisen for hele overtagelsesforløbet skal angives som en fast pris i prisfelt nr. 1 i Bilag 3.

Den nuværende leverandør kan se bort fra dette punkt. Men skal under alle omstændigheder huske at udfylde prisfelt nr. 2 i Bilag 3 med et 0.

4.2 Krav til opbevaring

Offentlige myndigheder skal ifølge gældende lovgivning sikre, at arkivmæssige hensyn varetages, herunder at arkivalierne opbevares på betryggende vis. Dette kræver Kunden at Leverandøren også kan efterleve. Nedenstående er et udtræk af de væsentligste krav, der stilles.

Varetagelse af arkivmæssige forhold betyder, at myndighederne skal sørge for, at følgende forhold er i orden:

- Der skal være orden og systematik i arkivalierne, og denne orden skal være dokumenteret. Kravene skal sikre, at arkivalierne kan genfindes af myndigheden selv og af offentligheden, efter at arkivalierne er afleveret til offentligt arkiv.
- Arkivalier skal sikres mod fysisk nedbrydning, hærværk eller lignende. Det betyder, at der stilles krav til arkivlokaler og kvaliteten af kontormaterialer.

Arkivlokaler er omfattet af arkivlovens bestemmelser om varetagelse af arkivmæssige hensyn, og myndighederne er således forpligtet til at opbevare arkivalier således, at de ikke går fysisk til grunde.

Leverandøren skal sikre, at Kundens arkivalier opbevares i henhold til den til enhver tid gældende lovgivning og gældende myndighedskrav.

Leverandøren skal til enhver tid i kontraktperioden stille den nødvendige lagerkapacitet til rådighed.

Statens Arkivers til enhver tid gældende anbefalinger vedrørende papirarkivalier fremgår af Statens Arkivers Arkivhåndbog (kapitel 3), der er vedlagt som Bilag 9. Se også Bilag 7, som specifikt omhandler papirarkivalier.

Der henvises også til cirkulære nr. 195 af 20. november 2001 om myndigheders indberetning til Statens Arkiver mv. vedlagt som Bilag 8.”

Af kravsspecifikationens pkt. 4.15 om personalesikkerhed fremgår:

”4.15 Krav til personalesikkerhed

Leverandøren skal beskrive sine sikkerhedsforanstaltninger, der har til formål at forhindre uvedkommende i at tilegne sig fortrolig information fra arkivalierne. Kunden ser gerne at beskrivelsen indeholder følgende oplysninger:

- Hvilke sikkerhedskrav der stilles for medarbejdere, både ved ansættelse og under ansættelsesforholdet.
- Hvilke fysiske sikkerhedsforanstaltninger der er truffet omkring arkivet.
- Hvilke sikkerhedsforanstaltninger der er ved transport af arkivalier.
- Eventuelle certificeringer eller godkendelser.

I det omfang spørgsmålene fra nærværende punkt også besvares andetsteds i Bilag 2, så vil det være tilstrækkeligt med en henvisning til disse punkter, frem for at gentage disse dele af løsningsbeskrivelsen.

Under alle omstændigheder skal Leverandøren beskrive hvordan det sikres at Leverandørens medarbejdere overholder deres tavshedspligt.

Se også pkt. 26 (Tavshedspligt og fortrolighed), 27 (Databeskyttelse) og 28 (Sikkerhed og sikkerhedsgodkendelse) i kontrakten”.

Af spørgsmål og svar, som blev udvekslet i tilbudsperioden, fremgår blandt andet:

”

Emne
Bilag 1 - Kravspecifikation, pkt. 3.1.5 Kontrol af arkivalier

Spørgsmål
Vi går vort yderste for at imødekomme vore kunders ønsker. Af respekt for vore øvrige kunders ønske om anonymitet og aftale om gensidig fortrolighed, samt vores sikkerhedspolitik og retningslinier for uvekkendes færden, skal ethvert besøg aftales forud og lægges i tidsrummet 9.00 – 12.00. -Vil dette give udfordringer?

Svar
I forhold til den kvalitetsmæssige vurdering, er det er selvsagt bedre med en længere besøgstid, eller et særskilt lokale hvor arkivalier kan inspiceres. Tilbudsgiver kan med fordel beskrive hvordan de tre timer kan tilrettelægges, så tiden kan bruges mest effektivt.

Emne
Bilag 1 - Kravspecifikation pkt. 4.2 Krav til opbevaring

Spørgsmål
1) Er det et krav for tildeling af kontrakten, at leverandøren overholder Statens Arkiver's anbefalinger for temperatur og luftfugtighed jf. Vejledning om opbevaring af papirarkivalier?
2) Såfremt det trækker ned i vurderingen af underkriteriet. Kvalitet, hvis den anbefalede luftfugtighed ikke kan overholdes, hvordan ønsker Ordregiver dokumentation fra Tilbudsgiver for at luftfugtighed overholdes?
3) Skal sådan dokumentation kunne fremvises jævnt under kontraktperioden?
4) Hvad er konsekvensen, hvis dokumentation ikke kan fremvises?

Svar
1) Nej, men det er ikke et minimumskrav, men det trækker selvsagt ned i kvalitetsvurderingen.
2) Tilbudsgiverne kan i deres besvarelse af pkt. 4.2 f.eks. angive fugtmålinger. Generelt så vil en tilbudsgiver score højere, desto bedre tilbudsgiveren beskriver, hvordan man vil overholde kravene.
3) Dokumentation for besvarelsen af kravene i udbuddet skal kunne fremvises på forlangende i kontraktperioden.
4) Så vil der være tale om en mangel, jf. kontraktens pkt. 16.1.

”

Tilbudsfristen udløb den 15. oktober 2019, og Lægemiddelstyrelsen havde da modtaget tre tilbud inklusive tilbuddene fra Iron Mountain og Fjernarkiv Danmark ApS.

Den 5. november 2019 meddelte Lægemiddelstyrelsen via EU-Supply, at Fjernarkiv Danmark ApS havde vundet udbuddet. Meddelelsen henviste til et vedhæftet tildelingsnotat, hvoraf blandt andet fremgår:

”Ordregiver har modtaget tilbud fra Dansk Scanning A/S, Fjernarkiv Danmark ApS og Iron Mountain. Og har på besluttet at tildele kontrakten om opbevaring af papirarkivalier til Fjernarkiv Danmark ApS.

Alle tre tilbud var konditionelle og uden forbehold.

Tildelingskriteriet var økonomisk mest fordelagtige tilbud med de vægtede underkriterier Pris og Kvalitet. Som vægter hhv. 40 % og 60 % i den samlede score.

	Dansk Scanning	Fjernarkiv Danmark	Iron Mountain
Tilbudspris i kr. eks. moms	7.749.265,00	3.196.291,00	7.841.327,00
Point, Pris (40 %)	0	10	0
Point, Kvalitet (60 %)	8	9	9
Point samlet set	4,8	9,4	5,4

Point skalaen går fra 0 til 10, jf. udbudsbetingelserne.

Underkriteriet Pris

Som det fremgik af udbudsbetingelserne, så er pointberegningen baseret på en objektiv model, hvor den billigste tilbudspris i Bilag 3 resulterer i 10 point, og alle tilbudspriser på 50 % eller derover får 0 point. Tilbudspriser derimellem konverteres til point efter en lineær skala. Eftersom Fjernarkiv Danmark's tilbud var mindre end halv pris ift. de øvrige tilbudsgivere, så sprænger de skalaen og resulterer ud over 10 point til sig selv, også i 0 point til Dansk Scanning og Iron Mountain.

Idet Fjernarkiv Danmark's tilbudspris var uventet lav, har Ordregiver undersøgt om der har været tale om en der har været tale om en unormalt lav tilbudspris i henhold til udbudslovens § 169. Ordregiver har derfor rekvireret yderligere oplysninger om Fjernarkiv Danmarks regnskab og økonomi, og har på det grundlag ikke konstateret nogen uregelmæssigheder, som kan rejse tvivl om tilbudsprisen.

Underkriteriet Kvalitet

Indledningsvist kan det konstateres at alle tre tilbud opfylder minimumskravene i Bilag 1. Ligeledes har tilbuddene alle sammen været af høj kvalitet, hvilket afspejles i den generelt høje point score. Hvis ikke andet fremgår af nedenstående, så kan tilbudsgivers besvarelser antages at være nær fuldt tilfredsstillende.

Dansk Scanning:

- 4.1) Ordregiver vurderede at planen for overtagelse forudsatte en del samarbejde fra nuværende leverandør, som der ikke var stillet i udsigt i udbudsmaterialet.
- 4.5) Uklart hvordan der kvitteres for permanente udtag.
- 4.8) Verificeringsprocessen for hvem der er autoriserede personer kunne være bedre beskrevet.
- 4.12) Der tilbydes to forskellige former for destruktion. IT-delen af proceduren er velbeskrevet, men ikke den rent fysiske del. Dette hænger måske sammen med at den fysiske del kommer an på hvilken form man vælger, men det burde stadig være bedre beskrevet.

Fjernarkiv Danmark:

- 4.11) Besvarelsen omkring fleksibilitet forekommer intetsigende.

Iron Mountain:

- 4.11) Besvarelsen omkring fleksibilitet forekommer intetsigende.

Ud over tilbudsgivernes konkrete besvarelser, har nogle tilbudsgivere også vedlagt en del uopfordret materiale. Dette materiale er blevet undersøgt for elementer som understøtter besvarelsen af ordregivers krav i udbudsmateriale. Men ud over dette, er disse materialer ikke tillagt nogen betydning ved evalueringen af tilbuddene. Dette skyldes at ordregiver kun kan lægge vægt på de elementer, som der er stillet krav om i udbudsmaterialet.

Videre proces

Der vil nu være en stand-still periode på 10 dage, inden ordregiver indgår kontrakten med Fjernarkiv Danmark. I denne periode er det muligt at klage med opsættende virkning jf. udbudsbekendtgørelsen. I mellemtiden vil ordregiver også kontrollere de oplysninger som Fjernarkiv Danmark har afgivet i sit ESPD.”

Parternes anbringender*Ad ”fumus boni juris”*

Iron Mountain har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt. Iron Mountain har i øvrigt anført, at det forhold, at Iron Mountain ikke i 2013 udfordrede resultatet af det daværende udbud, ikke indebærer, at Iron Mountain nu er afskåret fra at kritisere Lægemiddelstyrelsens udbud.

Lægemiddelstyrelsen har gjort gældende, at udbuddet er gennemført i overensstemmelse med udbudslovens regler og på et sagligt og retmæssigt grundlag, og at betingelsen om fumus boni juris derfor ikke er opfyldt, selvom der er sket mindre fejl ved tildeling af point for pris. Lægemiddelstyrelsen har desuden henvist til, at det er usandsynligt, at Iron Mountain vil vinde et eventuelt genudbud, fordi tilbuddet fra Fjernarkiv Danmark ApS har en bedre pris. Lægemiddelstyrelsen har i øvrigt henvist til, at Iron Mountain vandt udbuddet i 2013, hvor udbudsmaterialet var grundlæggende svarende til det omhandlede udbudsmateriale, og at Iron Mountain da ikke havde tilsvarende bemærkninger til udbudsmaterialet.

Særligt vedrørende påstand 1 har Iron Mountain gjort gældende, at Lægemiddelstyrelsen har foretaget en mangelfuld og ufyldestgørende afgrænsning af konkurrencen vedrørende kvalitet, idet snitfladen mellem konkurrencekrav og minimumskrav er uigennemsigtig, hvorfor udbudsmaterialet er i strid med udbudslovens § 2 og § 160 og uegnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Minimumskrav nr. 4.2 er formuleret således, at leverandøren til enhver tid i kontraktperioden skal kunne stille den *nødvendige* lagerkapacitet til rådighed. Det skal på et objektivt grundlag kunne konstateres, hvorvidt et mindstekrav, som der ikke må konkurreres på, er opfyldt. En stillingtagen til, hvorvidt leverandøren kan stille den nødvendige lagerkapacitet til rådighed, beror på en subjektiv vurdering, og kravet er derfor ikke egnet som mindstekrav. Kravet er upræcist, uklart og skønspregt og er derfor uegnet. Iron Mountain har herved henvist til klagenævnets kendelse af 2. marts 2011, Wel-Med Scandia ApS mod K-17 Indkøbsfællesskabet.

Lægemiddelstyrelsens nummerering af minimumskravene i kravsspecifikations pkt. 1.2 er tilsvarende nummereringen af konkurrencekravene i kravsspecifikationens pkt. 4, og kravene er identiske på den måde, at ordlyden af minimumskravene er indeholdt som en del af konkurrencekravet. Det fremgår ikke af konkurrencekravene i pkt. 4, hvilken del af kravet tilbudsgiverne konkurrerer på opfyldelse af, og indholdet og rækkevidden af mindstekravene og konkurrencekravene er derfor uklar. Der er sket en sammenblanding af kravene, og det kan ikke udelukkes, at Lægemiddelstyrelsen har haft den hensigt, at alle Lægemiddelstyrelsens krav har karakter af konkurrencekrav. Det er ikke muligt at udlede, hvilke krav tilbudsgiverne skal opfylde for at være konditionsmæssige, og hvilke krav tilbudsgiverne som en del af konkurrencen kan vælge at opfylde. Iron Mountain har henvist til klagenævnets kendelse af 16. juni 2010, KMD A/S mod Middelfart Kommune.

Ifølge minimumskrav nr. 4.15 skal tilbudsgiveren i sit tilbud beskrive, hvordan det sikres, at tilbudsgiverens medarbejdere overholder deres tavshedspligt. Ingen af de øvrige minimumskrav indeholder krav om en beskrivelse, og det er uklart, hvorvidt minimumskravet skal besvares som en del af tilbudsgivers løsningsbeskrivelse. Dette bestyrkes af, at Lægemiddelstyrelsen ikke har udarbejdet en skabelon, hvori tilbudsgiverne kunne beskrive deres

tilbudte løsning. Udbudsmaterialet er derfor udformet sådan, at det er uigen-nemsigtigt, hvorvidt tilbudsgiverne skal udarbejde en besvarelse af deres opfyldelse af samtlige minimumskrav, eller om de alene skal udarbejde en besvarelse af minimumskrav nr. 4.15.

Lægemiddelstyrelsens beskrivelse af kvalitetsvurderingen er ganske sparsom, og besvarelsen af spørgsmål 2 om emnet er intetsigende i den forstand, at besvarelsen alene illustrerer, at jo bedre tilbudsgiveren er til at beskrive sin opfyldelse af kravet, jo bedre en evaluering vil opnås. Besvarelsen er uden værdi, da den kan give indtryk af, at det er kvaliteten af besvarelsen og ikke kvaliteten af den tilbudte arkivløsning, som bliver vægtet. Lægemiddelstyrelsens besvarelse forholder sig ikke til, i hvilken retning tilbudsgiverne skal udforme deres tilbud for bedst muligt at imødekomme Lægemiddelstyrelsens ønsker og opnå den bedste evaluering.

Lægemiddelstyrelsens besvarelse af spørgsmål til pkt. 4.2 om ”krav til opbevaring”, hvoraf fremgår, at ”generelt så vil en tilbudsgiver score højere, desto bedre tilbudsgiveren beskriver, hvordan man vil overholde kravene”, understøtter, at der blev konkurreret på opfyldelsesmåden, men Lægemiddelstyrelsen valgte den simple løsning udelukkende at evaluere på opfyldelsesgraden uden inddragelse af måden, hvilket netop skyldtes, at udbudsmaterialet ikke beskriver, hvad der vægtes positivt for hvert krav.

Lægemiddelstyrelsens besvarelse af spørgsmål til pkt. 3.1.5 om kontrol af arkivalier er problematisk, da pkt. 3 drejer sig om den nuværende arkivstyring, og pkt. 3 indeholder ikke krav, der skal overholdes i den kommende arkivløsning. Tilbudsgivernes besvarelse og opfyldelse af pkt. 3 er derfor ikke et vurderingsparameter i forhold til den tilbudte kvalitet, som det også fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 5.2, der alene henviser til kravsspecifikationens pkt. 4. Lægemiddelstyrelsens besvarelse af spørgsmålet til pkt. 3.1.5 bidrager derfor ikke til gennemsigtigheden omkring den påtænkte kvalitetsvurdering.

Den vilkårlighed, som kendetegner Lægemiddelstyrelsens evaluering, er særligt udtalt derved, at evalueringsnotatet afspejler, at evalueringen er foretaget af to personer, som har indbyrdes modstridende evalueringer, som det fx fremgår vedrørende Iron Mountains opfyldelse af pkt. 4.4. Evalueringsrapporten bidrager ikke til en afklaring af, hvordan Lægemiddelstyrelsen har

gennemført sin kvalitetsvurdering, eller hvordan Lægemedelstyrelsen havde tænkt sig, at kvalitetsvurderingen skulle gennemføres.

Efter udbudslovens § 160 er Lægemedelstyrelsen forpligtet til at beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen. Lægemedelstyrelsen skal beskrive, hvordan styrelsen vil foretage sin kvalitative vurdering med tydelig angivelse af, hvad der skal til for, at en tilbudsgiver opnår en god evaluering. Formålet med beskrivelseskravet i udbudslovens § 160 er også, at tilbudsgiverne efterfølgende skal kunne verificere, i hvilken grad Lægemedelstyrelsen har foretaget en lovlig evaluering i henhold til udbudsmaterialet.

Lægemedelstyrelsens generiske beskrivelse af, at pointtildelingen som fx 5 point tildeles den tilfredsstillende kvalitetsbesvarelse, kan ikke alene opfylde udbudsloves beskrivelseskrav, idet der ikke er en indikation af, hvad der skal til for, at en kvalitetsbesvarelse vurderes som middel eller bedst tænkelig. Lægemedelstyrelsen har ikke udarbejdet en beskrivelse, som indebærer, at det er klart for tilbudsgiverne, hvad Lægemedelstyrelsen vil tillægge betydning ved sin evaluering af tilbud i forhold til underkriteriet kvalitet. Iron Mountain har herved henvist til klagenævnets kendelse af 15. juni 2015, Grøn Sol A/S mod Aarhus Kommune.

Det er ikke en lovlig beskrivelse, at der alene henvises til, at der foretages en subjektiv vurdering, og det udgør en kvalificeret overtrædelse af Lægemedelstyrelsens forpligtelser i henhold til udbudslovens § 160, fordi det ikke fremgår, hvad der vægtes positivt i evalueringen. Lægemedelstyrelsens beskrivelse indebærer, at Lægemedelstyrelsens evaluering alene er baseret på Lægemedelstyrelsens skøn uden angivelse af objektive elementer af nogen art. Dette er en alvorlig krænkelse af Lægemedelstyrelsens pligt til at sikre gennemsigtighed. Det følger af forarbejderne i udbudslovens § 160, at ordregiver er afskåret fra at tillægge forhold vægt, som ikke har været angivet i udbudsmaterialet, og Lægemedelstyrelsen kan derfor ikke foretage en lovlig tildelingsevaluering eller kontrakttildeling på baggrund af udbudsmaterialet.

Det forhold, at de tre tilbudsgivere har opnået stort set samme pointgivning, illustrerer, at Lægemedelstyrelsen ikke er lykkedes med at tilvejebringe et udbudsmateriale, som gør det muligt at differentiere den tilbudte kvalitet fra hinanden og på en måde, som understøtter, at den tilbudte kvalitet vægter 60% under den samlede evaluering.

Særligt vedrørende påstand 1 har Lægemiddelstyrelsen bestridt, at mindstekravet om, at ”leverandøren til enhver tid i kontraktperioden [skal] kunne stille den nødvendige lagerkapacitet til rådighed”, har karakter af et funktionelt krav. Lægemiddelstyrelsen har henvist til, at det i kravsspecifikationens pkt. 3.6.2 er oplyst, hvor mange arkivalier der på nuværende tidspunkt er tale om, og at det er leverandørens ansvar at sikre den nødvendige ledige kapacitet til nye tilgange af arkivalier.

Lægemiddelstyrelsen har gjort gældende, at der er en klar opdeling af mindstekrav og konkurrencekrav, idet kravene er placeret i to forskellige afsnit i kravsspecifikationen, og mindstekravene har deres egen nummerering med reference til relevante korresponderende delafsnit med konkurrencekrav. Mindstekravene er utvetydigt anført som mindstekrav, og det fremgår klart af indledningen i pkt. 1.1. Der er i øvrigt ikke noget til hinder for at opstille konkurrencekrav, som omhandler samme emne som mindstekravene.

Lægemiddelstyrelsens vurdering er foretaget i overensstemmelse med udbudsreglerne, og ordet ”subjektiv” skal alene forstås sådan, at Lægemiddelstyrelsen foretager en kvalitativ vurdering på baggrund af de opstillede kriterier, der per definition efterlader et vist skøn for vurderingen. Lægemiddelstyrelsen vurderer, om hvert tilbud matcher de beskrevne behov, og det er konkret beskrevet i kravsspecifikationens pkt. 4, hvad der lægges vægt på i kvalitetsvurderingen.

Lægemiddelstyrelsen har alene vurderet de dele af de enkelte tilbud, der relaterer sig til de opstillede kriterier, og jo mere udførligt tilbudsgiverne har beskrevet at ville levere i forhold til kvalitetskriterierne, jo bedre er grundlaget for styrelsens vurdering af, i hvilken udstrækning dette matcher de beskrevne behov. Point for ”kvalitet” er tildelt på baggrund af hele pkt. 4 i kravsspecifikationen.

Særligt vedrørende påstand 2 har Iron Mountain gjort gældende, at Lægemiddelstyrelsens pointmodel ikke har taget højde for den faktiske spredning i en situation som den foreliggende, hvor 2 ud af 3 tilbudte priser ikke kan rummes inden for den fastlagte spredning på laveste pris plus 50%. Konsekvensen af, at Lægemiddelstyrelsen ikke har angivet en alternativ pointmodel, er, at 2 ud af 3 tilbudte priser ikke kan rummes i pointmodellen.

Det følger af udbudslovens § 160, stk. 1, at Lægemiddelstyrelsen skal beskrive sin evalueringsmetode, og ifølge udbudslovens § 160, stk. 2, skal metoden være gennemsigtig og overholde ligebehandlingsprincippet. Dette indebærer, at pointmodellen skal være egnet til at understøtte og gribe den faktiske spredning blandt de indkomne tilbudte priser, hvilket ikke er tilfældet.

Da 2 ud af 3 tilbudte priser ligger uden for det forud definerede konkurrencespænd, er pointmodellen ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvor der både konkurreres på pris og kvalitet. Da Iron Mountains tilbud og Dansk Scanning A/S' tilbud opnåede samme point på trods af en prisforskel på 92.062 kr., var pointmodellen også uegnet til at afspejle spredningen blandt de indkomne priser.

Lægemiddelstyrelsen skulle have offentliggjort en sekundær evalueringsmodel, som netop kunne anvendes i den situation, hvor hovedparten af tilbudene ikke kunne rummes i den primære evalueringsmodel. Denne mulighed fremgår direkte af forarbejderne til udbudslovens § 160, og der er især behov for en sekundær model i tilfælde som det foreliggende, hvor Lægemiddelstyrelsen ikke har haft tilstrækkeligt kendskab til markedsprisen. Den offentliggjorte evalueringsmodel var derfor konkret uegnet i det aktuelle udbud.

Lægemiddelstyrelsen har i øvrigt ikke overholdt den uegnede og offentliggjorte evalueringsmodel. Lægemiddelstyrelsen har foreskrevet, at laveste pris automatisk tildeles 10 point, hvorimod tilbud, der er mere end 50% dyrere end lavestbydende, opnår 1 point. Såvel Iron Mountain som Dansk Scanning A/S er tildelt 0 point, selvom 1 point var den lavest mulige score. 2 ud af 3 tilbudsgivere har således fået tildelt point, som det ikke er muligt at tildele ifølge den offentliggjorte pointmodel. Lægemiddelstyrelsen har benyttet en 10-pointsskala i den kvalitative evaluering, mens der er benyttet en 11-pointsskala i pris-evalueringen. Der er derfor ikke foretaget en ensartet evaluering af de to underkriterier, og en forskellig pointmodel skrævrider evalueringen. Dette bestyrker, at den evaluering, som Lægemiddelstyrelsen har foretaget, er vilkårlig, uigennemsigtig og behæftet med graverende fejl, som skyldes fejl i udbudsmaterialet og i evalueringen.

Lægemiddelstyrelsens korrigerede pointtildeling er også fejlbehæftet, da der ikke er taget højde for vægtningen, hvilket understøtter, at Lægemiddelstyrelsen ikke har udvist den nødvendige omhu. Det bestrides, at korrektionen

afhjælper evalueringsmodellens manglende egnethed, idet evalueringsmodellen fortsat ikke kan rumme 2 ud af 3 priser.

Særligt vedrørende påstand 2 har Lægemiddelstyrelsen tiltrådt, at der skulle anvendes en pointskala på 1-10, og Lægemiddelstyrelsen har anført, at der er sket en fejl ved anvendelsen af en pointskala på 0-10, men Lægemiddelstyrelsen har samtidig gjort gældende, at dette forhold ikke fører til en ændret vurdering af tilbudsgiverne i forhold til kriteriet pris eller i forhold til den samlede vurdering af tilbuddene. Lægemiddelstyrelsen har henvist til, at Iron Mountains tilbudspris var 2,45 gange højere end det vindende tilbud fra Fjernarkiv Danmark ApS, og at de tre tilbud, for så vidt angår kvalitetskriteriet, var jævnbyrdige. Fejlen kan derfor ikke begrunde en annullation af udbuddet eller opsættende virkning af klagen.

Der er foretaget en korrekt korrektion, og det er ikke et krav efter udbudsreglerne, at et pris-point interval skal kunne rumme alle priser, hvilket særligt må gælde, når der er stor forskel på priserne.

Såfremt Iron Mountains tilbudspris skulle tildeles mere end 1 point under den lineære model, skulle pointspændet udvides fra laveste pris + 50% til laveste pris + 145% eller mere. Dette betyder også, at minimum point til Iron Mountain og maksimum point til Fjernarkiv Danmark ApS er den rette afspejling af den store prisforskel.

Særligt vedrørende påstand 3 har Iron Mountain gjort gældende, at Lægemiddelstyrelsen har foretaget en alvorlig overtrædelse af sin underretningspligt i udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, idet underretningen om tildelingen ikke er ledsaget af en fyldestgørende begrundelse. Begrundelsen skal ledsages af en beskrivelse af det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele set i forhold til de afviste tilbud. Det følger af de specielle bemærkninger til udbudslovens § 171, at de centrale elementer, som har været væsentlige og udslagsgivende, skal belyses.

Lægemiddelstyrelsens begrundelse for tildelingen af 9 point til Fjernarkiv Danmark ApS indeholder ingen kvalitativ beskrivelse af fordelene ved dette tilbud, og der er alene anført et element, som har trukket ned i Lægemiddelstyrelsens vurdering af den tilbudte kvalitet. Begrundelsen bidrager på ingen måde til en forståelse af de elementer, som har været væsentlige og udslags-

givende for Lægemiddelstyrelsens bedømmelse. Det er en skærpende omstændighed, at Iron Mountains tilbud har opnået samme evaluering, idet Iron Mountain ingen konkret viden har om indholdet af det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele. Det uigennemsigtige udbudsmateriale har begrænset Lægemiddelstyrelsens mulighed for at foretage en ensartet og sammenlignelig evaluering af den tilbudte kvalitet, og det er i sagens natur ikke muligt at foretage en fyldestgørende tilbudsevaluering og begrundelse på baggrund af et ikke-fyldestgørende udbudsmateriale.

Den manglende begrundelse gør det reelt umuligt for tilbudsgiverne at efterprøve evalueringens lovlighed.

Særligt vedrørende påstand 3 har Lægemiddelstyrelsen anført, at det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 5.2, at der i tildelingsnotatet ville være en kort redegørelse for de enkelte delafsnit, men at dette ikke er tilfældet, da Lægemiddelstyrelsen efter en konkret vurdering fandt det mere hensigtsmæssigt kort at beskrive i tildelingsnotatet, hvilke krav der var opfyldt, og i øvrigt alene at fremhæve kritik- og opmærksomhedspunkter. Lægemiddelstyrelsen har gjort gældende, at den valgte ”tilgang”, som fremgår af tildelingsnotatet, er i overensstemmelse med udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, og at forholdet ikke kan føre til annullation af udbuddet eller opsættende virkning. Lægemiddelstyrelsen har forholdt sig til alle krav, som det fremgår af det interne evalueringsark.

Særligt vedrørende påstand 4 har Iron Mountain gjort gældende, at Lægemiddelstyrelsen har overtrådt udbudslovens § 171, stk. 1, og lov om Klagenævn for Udbud § 2, stk. 2, jf. § 3, stk. 1, ved at have foretaget en mangelfuld angivelse af standstill-periodens udløb. Hverken underretningen eller tildelingsnotatet indeholder oplysning om, hvornår standstill-perioden udløber. Det fremgår alene af tildelingsnotatet, at der gælder en standstill-periode på 10 dage. Dette er en alvorlig processuel fejl. Iron Mountain har i den forbindelse henvist til klagenævnets kendelse af 16. september 2019, B. Braun Medical A/S mod Region Midtjylland og klagenævnets kendelse af 29. august 2012, HP-Byg ApS mod Boligselskabet af 1964 i Hjørring, afd. 1932. Lægemiddelstyrelsen er forpligtet til præcist at beregne, på hvilken dag standstill-perioden udløber.

Særligt vedrørende påstand 4 har Lægemiddelstyrelsen gjort gældende, at angivelsen af en standstill-periode på 10 dage fra tildelingsnotatets fremsendelse er lovlig.

Særligt vedrørende påstand 5 har Iron Mountain gjort gældende, at udbudsmaterialet indeholder en regulering af adgangen til at afgive alternative tilbud, som er mangelfuld og uigennemsigtig og dermed i strid med udbudslovens § 2. Det fremgår på den ene side i udbudsbekendtgørelsen pkt. II.2.10 og af udbudsbetingelsernes pkt. 1, at der ikke er adgang for alternative tilbud. På den anden side fremgår det af samme udbudsbetingelser pkt. 1, at ”ordregiver ... alene [kan] tage det alternative tilbud i betragtning, hvis tilbuddet opfylder disse mindstekrav”. Det er derfor ikke muligt at udlede, hvorvidt alternative tilbud kan accepteres.

Særligt vedrørende påstand 5 har Lægemiddelstyrelsen anført, at det er korrekt, at udbudsbetingelsernes pkt. 1 kan læses som en modsigelse, og at en linje ved en fejl ikke er blevet slettet fra Kammeradvokatens skabelon. Lægemiddelstyrelsen har gjort gældende, at når materialet læses i sin helhed, er det åbenlyst, at der er tale om en fejl, og en tilbudsgiver ville stille spørgsmål hertil, hvis det var relevant for tilbudsgiverens overvejelser.

Særligt vedrørende påstand 6 og 7 har Iron Mountain gjort gældende, at Lægemiddelstyrelsen har gjort sig skyldig i en grov overtrædelse af det udbudsmæssige ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip i udbudslovens § 2. De fejl, som er omfattet af påstand 1 og 2, er kvalificerede overtrædelser af udbudsloven, og grundlagt for at få medhold i påstand 6 og 7 er derfor til stede. Fejlene i udbudsmaterialet smitter af på den fejlbehæftede evaluering, som igen smitter af på den utilstrækkelige begrundelse.

Da det ikke er muligt at foretage en gennemsigtig evaluering på baggrund af et uigennemsigtigt udbudsmateriale, kan Lægemiddelstyrelsens udbudsforretning aldrig føre til en lovlig kontrakttildeling. Under alle omstændigheder er tilbudsevalueringen behæftet med sådanne væsentlige fejl og mangler, at annullation af tildelingsbeslutningen er en nødvendig konsekvens.

Den overtrædelse, som Lægemiddelstyrelsen har gjort sig skyldig i, har direkte betydning for Iron Mountains mulighed for at blive tildelt kontrakten, idet det var umuligt at vinde på grund af den mangelfulde beskrivelse af, hvad der vægter positivt under kvalitetsvurderingen. Lægemiddelstyrelsen har

alene været i stand til at evaluere de tilbudte priser, og overtrædelserne har derfor haft direkte konsekvens for resultatet af udbuddet. Det har de facto været en ren priskonkurrence i strid med udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne. Tildelingsbeslutningen er således truffet på grundlag af et uanvendeligt udbudsmateriale, som i øvrigt lider af retlige mangler, og tildelingsbeslutningen har ført til et forkert resultat af udbudsforretningen og dermed en forkert kontrakttildeling til Fjernarkiv Danmark ApS.

Lægemiddelstyrelsen har ikke fremsat bemærkninger til disse påstande.

Særligt vedrørende påstand 8 har Iron Mountain gjort gældende, at der ikke foreligger sådanne særlige forhold, der kan berettiget en videreførelse af den udbudte kontrakt og en opretholdelse af kontraktindgåelse med Fjernarkiv Danmark ApS. Den udbudte kontrakt er på ingen måde kritisk i forhold til at sikre hensyn til menneskers sundhed eller andre vægtige hensyn, og der er derfor ingen særlige forhold, som kan legitimere, at Lægemiddelstyrelsen ikke er forpligtet til at bringe kontrakten til ophør.

Lægemiddelstyrelsen har ikke fremsat bemærkninger til denne påstand.

Ad uopsættelighed

Iron Mountain har gjort gældende, at levering af de udbudte arkivydelse udgør Iron Mountains kerneforretning, og at den manglende kontrakttildeling derfor er særdeles kritisk for Iron Mountains forretning. En ulovlig kontrakttildeling vil medføre en uoprettelig økonomisk skade for Iron Mountain, som er den nuværende leverandør af samme type ydelser og har været det i en årrække. En afbrydelse på 5 år vil gøre det vanskeligt for Iron Mountain at opnå leverandørstatus på ny. Iron Mountain vil ikke som følge af overtrædelsens karakter, hvor der ikke kan udbydes på ny på grundlag af samme udbudsmateriale, kunne dokumentere et økonomisk tab. Da Iron Mountain ikke kan blive økonomisk kompenseret under sagen, er opsættende virkning en nødvendighed for, at Iron Mountain kan varetage sine interesser. En genopretning af Lægemiddelstyrelsens fejl kræver et genudbud på ændrede vilkår, og Lægemiddelstyrelsen skal derfor afskæres muligheden for at indgå den udbudte kontrakt. Det er på denne baggrund godtgjort, at Iron Mountain vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, og kriteriet om uopsættelighed er derfor opfyldt.

Lægemiddelstyrelsen har ikke fremsat særlige bemærkninger hertil.

Ad interesseafvejning

Iron Mountain har gjort gældende, at Lægemiddelstyrelsen er nærmest til at bære risikoen for, at den udbudte anskaffelse ikke er sket i overensstemmelse med de udbudsretlige regler og principper. Karakteren af den udbudte ydelser kan ikke føre til et andet resultat, idet den udbudte ydelse ikke involvere sådanne samfundsværdier, at klagen af den grund ikke kan tillægges opsættende virkning. Der er ikke tungtvejende hensyn til forsyningssikkerheden, og Lægemiddelstyrelsen har ingen anerkendelsesværdig interesse i, at et udbud med så grove overtrædelser føres til ende. Betingelserne for at tillægge klagen opsættende virkning er derfor til stede.

Lægemiddelstyrelsen har ikke fremsat særlige bemærkninger hertil.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.

3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet, at

Ad påstand 1

Indledningsvist bemærker klagenævnet, at det fremgår af kravspecifikationens pkt. 1.2, at de deri opregnede krav er mindstekrav. Under overskriften "Reference" er der i pkt. 1.2 en henvisning til blandt andet kravene i kravspecifikationens pkt. 4. Denne reference indebærer ikke i sig selv, at det er uklart, hvilke krav der er "minimumskrav" og dermed krav, som skal være opfyldt, jf. kravspecifikationens pkt. 1.1.

Det forhold, at ordlyden af mindstekravene i pkt. 1.2 helt eller delvist kan genfindes i pkt. 4, som indeholder "konkurrencekrav", indebærer endvidere ikke i sig selv, at kravene er uklare, såfremt det i øvrigt er klart, hvad der skal vurderes og vægtes i forbindelse med evalueringen af delkriterierne i pkt. 4.

Det følger af kravspecifikationens pkt. 1.1, at "krav til leverandørens løsning er beskrevet under pkt. 4", og at "som udgangspunkt er alle krav almindelige krav, som der evalueres på i forhold til underkriteriet, *Kvalitet*".

Ordregiverens beskrivelse skal gøre det klart for tilbudsgiverne, hvad ordregiveren vil tillægge betydning vedrørende det enkelte under- og delkriterium således, at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen.

Under pkt. 4 er flere steder anført "leverandøren skal sikre" og tilsvarende formuleringer, der fremstår som krav. Det fremgår imidlertid ikke under pkt. 4, hvilke konkrete forhold, der udgør egentlige "konkurrencekrav", som vil blive vurderet, og det fremgår ikke klart, hvad der vil blive tillagt betydning

ved bedømmelsen af kravene, herunder hvad Lægemiddelstyrelsen vil vægte positivt.

På denne baggrund er der på det foreliggende, foreløbige grundlag udsigt til, at påstand 1 tages til følge.

Ad påstand 3

Af forarbejderne til udbudsloven (FT 2015-2016 – LFF 19) fremgår under lovforslagets specielle bemærkninger til § 171 blandt andet følgende:

”Stk. 4, nr. 2 fastsætter, at ordregiveren skal give forbigåede tilbudsgivere, som har afgivet et antageligt tilbud, en begrundelse med tilstrækkelige oplysninger om det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele i relation til de enkelte underkriterier og delkriterier således, at de centrale elementer, der har været væsentlige og udslagsgivende ved bedømmelsen af det vindende tilbud og dermed også den forbigåede tilbudsgiver, belyses.

...

Ordregiveren skal kun angive en begrundelse for resultatet af evalueringen på delkriterieniveau, for så vidt angår de delkriterier, der har haft væsentlig indflydelse på udfaldet af evalueringen.

...

I de tilfælde, hvor tilbuddene gives point på baggrund af en kvalitativ evaluering, skal pointangivelsen som udgangspunkt ledsages af forklaring på pointangivelsen og dermed de kvalitative forskelle mellem vinderens tilbud og den forbigåede tilbudsgivers tilbud, såfremt pointangivelsen ikke er tilstrækkelig selvforklarende.”

Den begrundelse, som Lægemiddelstyrelsen har angivet vedrørende underkriteriet ”kvalitet” indeholder ikke oplysninger om det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til de enkelte underkriterier, og det er ikke belyst, hvad der har været udslagsgivende ved bedømmelsen af det vindende tilbud, ligesom der alene er begrænsede oplysninger om kvalitative forskelle.

På det foreliggende, foreløbige grundlag vurderer klagenævnet derfor, at begrundelsen ikke er tilstrækkeligt fyldestgørende, jf. udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, og at påstand 3 skal tages til følge. En sådan utilstrækkeligt begrundelse kan imidlertid efter fast praksis ikke i sig selv føre til annullation af tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 4

Ifølge udbudslovens § 171, stk. 4, jf. lov om Klagenævn for Udbud § 2, stk. 2, jf. § 3, stk. 1, skal underretningen til tilbudsgiverne angive, hvornår standstill-perioden udløber. Af underretningen fra Lægemiddelstyrelsen fremgår, at ”der nu vil være stand-still periode i 10 dage, inden ordregiver indgår kontrakten med Fjernarkiv Danmark. I denne periode er det muligt at klage med opsættende virkning jf. udbudsbekendtgørelsen”.

Efter fast praksis er det ikke tilstrækkeligt at anføre, hvor længe standstill-perioden løber. Ordregiver skal angive præcist, hvornår standstill-perioden udløber således, at tilbudsgiverne i underretningen kan gøre sig bekendt med dette tidspunkt.

På det foreliggende, foreløbige grundlag er der derfor udsigt til, at påstand 4 skal tages til følge.

Ad påstand 6

Efter udfaldet af påstand 1 er der på det foreliggende, foreløbige grundlag udsigt til, at påstand 6 skal tages til følge.

Betingelsen om ”*fumus boni juris*” er derfor opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at selvom der foreløbigt vurderet er udsigt til, at Iron Mountains påstand om annulation vil blive taget til følge, og betingelsen om ”*fumus boni juris*” dermed er opfyldt, finder klagenævnet, at Iron Mountain ikke efter de oplysninger, som foreligger på nuværende tidspunkt, har godtgjort, at der foreligger sådan særlig alvorlig ”*fumus boni juris*”, at klageren ikke skal bevise, at en manglende imødekommelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at klageren vil lide en uoprettelig skade.

Uanset Iron Mountains bemærkninger vedrørende begrænsede erstatningsmuligheder kan det ikke på baggrund af det fremkomne fastslås, at Iron Mountain vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Betingelse nr. 2 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Charlotte Hove Lasthein

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig