

NB: Klagen er trukket tilbage efter afsigelsen af denne delkendelse

K E N D E L S E

Sanofi Pasteur MSD Denmark
(advokat Erik Kjær-Hansen, København)

mod

Statens Serum Institut
(Kammeradvokaten v/advokat Vibeke Fabricius Nordlander)

Klagenævnet har den 24. september 2015 modtaget en klage fra Sanofi Pasteur MSD Denmark.

Sanofi Pasteur MSD Denmark har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Statens Serum Institut (Seruminstituttet) har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-7 og svarskrift med bilag A, B1, B2, C, D1, D2, E1, E2, F1, F2, G1, G2, H1, H2 og I.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Statens Serum Institut har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennem-

sigtighedsprincippet) og udbudsdirektivets artikel 53 ved i forbindelse med evalueringen af de indkomne bud at have anvendt en evalueringsmodel, der er uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Statens Serum Institut har handlet i strid med udbudsdirektivet artikel 41, stk. 1, og lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 2, ved i tildelingsbeslutningen at have angivet en anden begrundelse for evalueringen af underkriteriet pris end den begrundelse, der fremgår af instituttets bagvedliggende evalueringsnotat.

Påstand 3

Principal: Klagenævnet skal annullere udbuddet.

Subsidiært: Klagenævnet skal annullere Statens Serum Instituts beslutning om at tildele kontrakten til GlaxoSmithKline.

Statens Serum Institut har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Statens Serum Institut iværksatte den 20. maj 2015 ved udbudsbekendtgørelse 2015/S 098-177108 et offentligt udbud efter udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter) om en rammeaftale for levering af HPV-vacciner til det danske børnevaccinationsprogram. Omfanget blev skønnet til at udgøre 50.000-100.000 doser HPV-vaccine årligt. Tildelingskriteriet var fastsat til ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.

Af udbudsbetingelserne fremgik, at Statens Serum Institut havde fastsat følgende underkriterier:

- (1) effektivitet, som vægtes med 35 %,
- (2) risiko, som vægtes med 30 %,
- (3) pris, som vægtes med 25 % og
- (4) beskyttelse mod kondylomer, som vægtes med 10 %.

Det var i udbudsbetingelsernes pkt. 7 om ”Tildelingskriterier” herom blandt andet anført:

”I underkriterierne anvendes betegnelserne Summary of Product Characteristics (SPC) og European Public Assessment Report (EPAR).”

I udbudsbetingelsernes pkt. 7.1-7.4 var der om de enkelte underkriterier nærmere anført:

”Effektivitet vedrørende beskyttelse af cancer

Effektivitet vurderes ud fra gældende Summary of Product Characteristics (SPC) og European Public Assessment Report (EPAR) på tidspunktet for afgivelse af tilbud.

Ordregiver lægger ved effektivitetsvurderingen af vaccinen vægt på vaccinen godkendte indikationer vedrørende forebyggelse af alle former for HPV relateret cancer og vaccinen godkendte indikationer vedrørende forebyggelse af svære forstadier til alle former for HPV relateret cancer.”

”Risiko

Risikomæssige aspekter

Under risikomæssige aspekter ved anvendelse af produktet vil ordregiver lægge vægt på art og hyppighed af bivirkninger vurderet ud fra gældende SPC og EPAR på tidspunktet for afgivelse af tilbud. Der vil være tale om en konkret lægefaglig vurdering af den enkelte bivirkning og summen af bivirkninger i relation til art og hyppighed. Det vægter positivt, at der ingen eller så få og så lidt indgribende bivirkninger er, som muligt.

Om den konkrete lægefaglige vurdering af bivirkninger bemærkes supplerende, at såfremt den tilbudte vaccine kan give bivirkninger, der i art og hyppighed vurderes at være af en sådan begrænset karakter, at det ikke kan påregnes at få betydning for målgruppens benyttelse af programmet (dvs. udbredelsen af vaccinationsprogrammet) og bivirkningerne generelt ikke skønnes at være værre end bivirkningerne ved andre sammenlignelige vacciner, der pt. anvendes i det offentlige betalte vaccinationsprogram, vil vaccinen få den bedst mulige vurdering på dette kriterium.”

”Pris

Der skal angives en pris pr. dosis. Prisen skal være fast i hele kontraktens løbetid og vaccinen skal leveres i multidosispakning. Priserne ønskes angivet i vedlagt Prisskema som vist nedenfor.

[Prisskema]”

”Effektivitet vedrørende forebyggelse af kondylomer

Ved vurdering af dette kriterium lægges vægt på vaccinenes effektivitet vedrørende beskyttelse mod kondylomer ud fra gældende SPC og EPAR. Der vil ved vurderingen kun blive lagt vægt på vaccinenes godkendte indikation til forebyggelse af kondylomer.”

Statens Serum Institut havde ved tilbudsfristens udløb den 15. juli 2015 modtaget to tilbud fra henholdsvis Sanofi Pasteur MSD Denmark og GlaxoSmithKline.

Sanofi Pasteur MSD Denmark tilbød levering af produktet *Gardasil*, som Statens Serum Institut hidtil har indkøbt. GlaxoSmithKline afgav tilbud om levering af produktet *Cervarix*.

Statens Serum Institut meddelte ved brev af 14. september 2015 Sanofi Pasteur MSD Denmark, at GlaxoSmithKline havde indgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Af brevet fremgik endvidere blandt andet:

”Prisen ligger markant over den lavest tilbudte pris i nærværende udbud”

Af Statens Serum Instituts interne evalueringsmodel fremgår det, at der ved evalueringen er anvendt en pointskala, hvorefter der kunne gives mellem 1 og 5 point. Om tildelingen af point fremgår endvidere:

Pointskala (forklaring)	
Sproglig vurdering	Point
Særdeles god	5
Rigtig god	4
God	3
Mindre god	2
Dårlig	1

Efter anmodning modtog Sanofi Pasteur MSD Denmark Statens Serum Instituts interne evalueringsrapport vedrørende udbuddet. Af den udgave af rapporten, som blev udleveret, følger blandt andet:

	Sanofi Pasteur MSD Denmark	GlaxoSmithKline
Effektivitet (35 %)	"Gardasil's effektivitet i relation til dette kriterie vurderes til at være rigtig god med tendens til særdeles god især i forhold til vaccins beskyttelse af forebyggelse mod flere cancer typer og svære forstadier til cancer..."	"Cervarix effektivitet i relation til dette kriterie vurderes til at være rigtig god."
Risiko (30 %)	"Risiko for Gardasil i forhold til underkriteriet vurderes derfor som særdeles god."	"Risiko for Cervarix i forhold til underkriteriet vurderes derfor som særdeles god."
Pris (25 %)	"Prisen er som forventet. Prisen ligger noget (%) over den lavest tilbudte pris i nærværende udbud. Prisen vurderes til at være mindre god."	"Prisen er særdeles god og er den laveste pris tilbudt i nærværende udbud."
Forebyggelse mod kondylo- mer (10 %)	"Effektivitet vedrørende forebyggelse af kondylomer vurderes for Gardasil til at være særdeles god."	"Cervarix har i SPCet ingen dokumenteret effekt vedrørende forebyggelse af kondylomer. Effektivitet vedrørende forebyggelse af kondylomer for Cervarix vurderes til at være dårlig."

Som nævnt indgav Sanofi Pasteur MSD Denmark den 24. september 2015 klage til Klagenævnet for Udbud.

Statens Serum Institut har under klagesagen oplyst, at instituttet "efterfølgende har konstateret, at [Sanofi Pasteur MSD Denmark] ved en fejl ikke har modtaget den endelige evalueringsrapport, men en tidligere version heraf." Statens Serum Institut har i forlængelse heraf fremlagt den "endelige evalueringsrapport". Heraf fremgår blandt andet:

"Gardasil har således en i SPCet dokumenteret særdeles god beskyttelse mod cervix cancer og svære forstadier til cervix cancer (CIN 2/3 eller AIS forårsaget af HPV type 16 og 18 (98 %) i kvinder som ved baseline var naive overfor de relevante HPV typer, samt en rigtig god dokumenteret effektivitet til beskyttelse mod high-grade cervixlæsioner i kvinder uanset baseline HPV status relateret til HPV type 16 og 18 imod CIN2/3 eller AIS på 51,8 %, imod CIN3 på 46 % og imod AIS på 60. Gardasil er også indikeret i SPC til at beskytte mod præmaligne anale læsioner og analcancer kausalt relateret til specifikke HPV-typer.

...

Gardasil's effektivitet i relation til dette kriterie vurderes til at være rigtig god med tendens til særdeles god især i forhold til vaccins beskyttelse af forebyggelse mod flere cancer typer og svære forstadier til can-

cer mod type 16 og 18, som ca. udgør 70 % af alle HPV relaterede tilfælde af cervix cancer og svære forstadier til cervixcancer.”

...

Konklusion

Cervarix vurderes rigtig god i effektivitet til forebyggelse af HPV relateret cervix cancer og forebyggelse af svære forstadier til cervixcancer associeret med HPV 16 og 18 i HPV naive kvinder. Gardasil vurderes rigtig god grænsende til særdeles god i effektivitet til forebyggelse af HPV relateret cervix cancer og forebyggelse af svære forstadier til cervix cancer associeret med HPV 16 og 18 i HPV naive kvinder.

Begge vacciner er vurderet rigtig gode hvad angår effektivitet for kvinder uanset HPV status ved baseline.

Derudover vurderes Gardasil at være rigtig god, i effektivitet i beskyttelse af andre kræftformer og krydsbeskyttelse da Gardasil også er dokumenteret til at forebygge andre HPV-relaterede svære forstadier til vulva, vaginal og analcancer og ligeledes vurderes Cervarix til at være rigtig god, særlig henset til, at Cervarix også er dokumenteret til at forebygge andre HPV-relaterede svære præmaligne genitale (cervikale, vulvale og vaginale) celleforandringer cervix cancer og svære forstadier til cervix cancer forårsaget af andre HPV typer end 16 og 18 ved en dokumenteret rigtig god vedvarende krydsbeskyttelse mod HPV type 31, 33 og 45.

Samlet kan det konkluderes, at begge vacciner under kriteriet Effektivitet vurderes som rigtig gode med Gardasil grænsende til særdeles god i forhold til vaccinerne godkendte indikationer vedrørende forebyggelse af alle HPV relateret cancer og vaccinerne godkendte indikationer vedrørende forebyggelse af svære forstadier til alle former for HPV relateret cancer.

Begge vacciner vurderes som særdeles gode under kriteriet Risiko.

Under kriteriet Effektivitet vedrørende forebyggelse af kondylomer er det alene Gardasil, der har godkendt indikation, og denne indikation er vurderet særdeles god. Cervarix, der ikke har nogen indikation til beskyttelse mod kondylomer, vurderes under dette kriterie til at være dårlig.

Under kriteriet Pris vurderes prisen på Cervarix særdeles god. Prisen på Gardasil er [...] % højere end prisen på Cervarix og dermed markant højere.

Samlet set er der således et af kvalitative kriterier, hvor begge lægemidler vurderes særdeles gode og dermed lige gode (risiko, der vægter 30

%). For kriteriet effektivitet (der vægter 35 %) vurderes Gardasil og Cervarix at være rigtig gode med Gardasil grænsende til særdeles god. For kriteriet forebyggelse af kondylomer (der vægter 10 %) vurderes Gardasil at være særdeles god, mens Cervarix vurderes at være dårlig.

Den kvalitetsmæssige forskel mellem lægemidlerne vedrørende kondylomer (der vægter 10 %) og den marginalt bedre vurdering af Gardasil i relation til effektivitet (der vægter 35 %) kan ikke opveje den markante forskel i pris [...] mellem de to lægemidler, henset til priskriteriets vægt på 25 %.

Henset til vurderingen af de enkelte tilbud og kriteriernes vægt anses tilbuddet fra GSK på vaccinen Cervarix derfor for det økonomisk mest fordelagtige tilbud.”

Klagenævnet har modtaget Statens Serum Instituts evalueringsnotat uden ekstraheringer. Det fremgår heraf, at prisen er evalueret efter en lineær model, således at det billigste tilbud (GlaxoSmithKline) fik de maksimale 5 point, og det lavest mulige antal point blev fastsat til en pris, der svarede til den billigste pris plus en nærmere angiven procentdel heraf. Prisen på tilbuddet fra Sanofi Pasteur MSD Denmark, der – som anført af Statens Serum Institut – var markant højere end den tilbudte pris fra GlaxoSmithKline, blev tildelt point forholdsmæssigt svarende hertil.

Parternes anbringender vedrørende klagens påstand 1

Sanofi Pasteur MSD Denmark har navnlig anført, at den rent sproglige evalueringsmodel, som Statens Serum Institut har anvendt, er uigennemsigtig. Da selskabets produkt var bedre på to kvalitative kriterier, der vægtede hhv. 35 % og 10 %, og da det konkurrerende produkt kun var bedre på underkriteriet ”Pris”, der alene vægtede 25 %, er det således uforklarligt, at Sanofi Pasteur MSD Denmarks tilbud ikke er vurderet til at være det økonomisk mest fordelagtige. Evalueringsmodellen er endvidere uigennemsigtig, da det ikke fremgår, hvorledes ”rigtig god” afvejes over for ”rigtig god med tendens til særdeles god” som sket i forhold til underkriteriet ”Effektivitet”. Ligeledes fremgår det ikke, hvordan ”særdeles god” afvejes over for ”mindre god” som sket i forhold til underkriteriet ”Pris”. Modellen er uklar, da det ikke er præciseret, hvordan produktegenskaberne afvejes under de enkelte underkriterier, og det er derfor ikke muligt at se præcist, hvilke elementer der er indgået i evalueringen af de enkelte underkriterier,

og hvilke point de enkelte elementer i et underkriterium opnår. Evalueringsmodellen er derfor utilstrækkelig.

Sanofi Pasteur MSD Denmark har til støtte for, at modellen er uklar endvidere henvist til følgende eksempler på fejl ved evalueringen:

- Der er endvidere begået en fejl i evalueringen af det konkurrerende produkt Cervarix i relation til underkriteriet ”Effektivitet vedrørende beskyttelse af cancer”. Det skyldes, at der er lagt vægt på, at produktet har vist ”vedvarende krydsbeskyttelse mod 6-måneders persisterende infektion ...”, men denne beskyttelse er kun dokumenteret i et program, hvor vaccinen gives 3 gange, mens den i det danske program kun gives 2 gange. Det følger heraf, at Cervarix har fået point for en egenskab, den ikke har.
- Sanofi Pasteur MSD Denmarks produkt Gardasil har ved evalueringen af det samme underkriterium endvidere ikke fået de point, det skulle have haft, fordi det også beskytter mod analcancer. Det fremgår imidlertid af evalueringsnotatet, at der ikke er nogen vurdering af effektiviteten heraf i forhold til den anvendte pointskala.
- Ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Pris” har Sanofi Pasteur MSD Denmark det indtryk, at den højeste hypotetiske pris, der kun tildeles 1 point, er sat uforholdsmæssigt tæt på selskabets pris.

Statens Serum Institut har navnlig anført, at instituttets evaluering af tilbuddene var i overensstemmelse med de fastsatte underkriterier. Der er hverken efter udbudsdirektivet eller praksis i tilknytning hertil krav om anvendelse af særlige modeller ved evaluering af tilbud, og Statens Serum Institut har derfor lovligt kunne anvende en sproglig evalueringsmodel. Statens Serum Institut har dog valgt at lade den sproglige model efterprøve med en point-model, der er valgt for at efterprøve, om vægtningen respekteres. Sanofi Pasteur MSD Denmarks indsigelser vedrørende fejl i evalueringen bestrides, jf. nedenfor, men de kan i øvrigt ikke føre til, at evalueringsmodellen – der i øvrigt svarer til den, instituttet har anvendt ved tidligere udbud af den samme vaccine – skulle være uegnet eller utilstrækkelig. Selv hvis Sanofi Pasteur MSD Denmark havde fået maksimumpoint i underkriteriet ”Effektivi-

tet vedrørende beskyttelse af cancer”, ville dette ikke have ændret udfaldet af udbuddet.

- Serum instituttet har ikke begået fejl i evalueringen af Cevaxix' krydsbeskyttelse. Der er ingen oplysninger eller bemærkninger i SPC'et, der understøtter, at krydsbeskyttelsen kun er gældende, hvis der anvendes 3 doser. Der er således ikke oplysninger om sædvanlige studier, der relaterer sig til krydsbeskyttelse med et 2-dosis regime, og det beror derfor på en faglig vurdering, om den kliniske effekt af en vaccine baseret på studier med et 3-dosis regime kan overføres til et 2-dosis regime. Denne vurdering er foretaget af den kompetente lægemiddelmyndighed EMA, der for både Cervarix og Gardasil har vurderet, at vaccinen kan godkendes til yngre piger med et 2-dosis regime. Det er efter Statens Serum Instituts opfattelse udtryk for, at der kan forventes en tilsvarende klinisk effekt ved 2 doser for yngre piger som ved 3 doser for ældre piger, og instituttet har på den baggrund vurderet, at Cervarix har dokumenteret rigtig god vedvarende krydsbeskyttelse mod HPV type 31, 33 og 45.
- Statens Serum Institut har i sin evaluering af tilbuddet af Gardasil lagt vægt på, at produktet i sin SPC har den godkendte indikation for analcancer. Det fremgår udtrykkeligt af evalueringsnotatet, hvor der anføres: ”Gardasil er også indikeret i SPC til at beskytte mod præmaligne anale læsioner og analcancer kausalt relateret til specifikke HPV typer”. Når der ikke er foretaget en vurdering af, om produktet i den henseende er ”godt”, ”mindre godt”, ”særdeles godt” eller lignende, hænger det sammen med, at denne vurdering alene er foretaget som en samlet vurdering af hele kriteriet.
- Indsigelserne mod evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriteriet ”Pris” er uberettigede, når der henses til den konstaterede prisforskel, der var markant, og Statens Serum Institut har ikke ved evalueringen overskredet det skøn, som en ordregiver har ved evalueringen af et sådant kriterium. Der er anvendt en sædvanlig lineær model med en fast økonomisk ramme, som er fastsat på baggrund af kendskab til tilbudspriser under de 3 seneste udbud af HPV-vacciner.

Sanofi Pasteur MSD Denmark har navnlig anført, at en ordregiver efter klagenævnets praksis skal redegøre fyldestgørende for begrundelsen for sin evaluering, og at Statens Serum Institut ikke har overholdt dette krav. Det fremgik således på den ene side af Statens Serum Instituts brev af 14. september 2015 om instituttets tildelingsbeslutning, at Sanofi Pasteur MSD Denmarks pris lå ”markant over den lavest tilbudte pris i nærværende udbud”, mens det af det evalueringsnotat, som selskabet efterfølgende modtog, alene fremgik, at ”Prisen er som forventet. Prisen ligger noget (%) over den lavest tilbudte pris i nærværende udbud. Prisen vurderes til at være mindre god.” Der er således en væsentlig forskel mellem formuleringen i evalueringsnotatet og brevet til Sanofi Pasteur MSD Denmark. På den baggrund og henset til det, der er anført til støtte for påstand 1, er kravet om en fyldestgørende redegørelse ikke opfyldt.

Statens Serum Institut har navnlig anført, at Sanofi Pasteur MSD Denmarks opfattelse af, at der skulle være forskelle mellem det, instituttet anførte i brevet med tildelingsbeslutningen, og det, instituttet anførte i sit evalueringsnotat, alene skyldes, at Sanofi Pasteur MSD Denmark ved en fejl fik tilsendt en forkert udgave af evalueringsnotatet. De påpegede forskelle er således ikke til stede i den endelige udgave af evalueringsnotatet, og der er derfor ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Parternes synspunkter vedrørende de øvrige betingelser for at tillægge klagen opsættende virkning

Sanofi Pasteur MSD Denmark har vedrørende betingelsen om ”uopsættelighed” navnlig anført, at selskabet har reageret så snart, selskabet blev bekendt med overtrædelserne, at udbud af HPV-vacciner har stor betydning for selskabet, både i forhold til den specifikke levering og i forhold til selskabets afsætningsmuligheder i andre lande, og dets markedsposition i andre lande kan således blive skadet på uoprettelig vis, hvis leverancen til Statens Serum Institut ophører. En *interesseafvejning* fører også til, at hensynet til Sanofi Pasteur MSD Denmark vejer tungere end hensynet til Statens Serum Instituts interesse i at underskrive kontrakten, når der henses til, at evalueringsmodellen var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud og udbuddets store betydning for Sanofi Pasteur MSD Denmark.

Statens Serum Institut har navnlig anført, at betingelsen om ”*uopsættelighed*” ikke er opfyldt, at Sanofi Pasteur MSD Denmark ikke har løftet den tunge bevisbyrde for, at selskabet vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis det skal afvente afgørelsen i klagesagen. En *interesseafvejning* taler heller ikke for at tillægge klagen opsættende virkning, idet den eksisterende kontrakt til indkøb af vacciner til det danske børnevaccinationsprogram er ophørt, og indgåelse af en ny derfor er påkrævet for at sikre den fortsatte forsyning af vacciner. Statens Serum Institut har derfor en betydelig interesse i, at få indgået den udbudte aftale, og denne vejer tungere end Sanofi Pasteur MSD Denmarks interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, 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 den baggrund vurderer klagenævnet sagen således:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*")

Det bemærkes indledningsvis, at betingelsen om "*fumus boni juris*" kun kan anses for opfyldt, hvis de nedlagte påstande, såfremt de tages til følge, i det mindste kan føre til annullation af ordregiverens tildelingsbeslutning. Da påstand 2 efter sit indhold hverken kan føre til annullation af udbuddet i sin helhed eller af Statens Serum Instituts tildelingsbeslutning, er det ikke nødvendigt at tage stilling til, om der på det foreløbigt foreliggende grundlag er udsigt til, at denne påstand vil blive taget til følge.

På det foreløbigt foreliggende grundlag finder klagenævnet, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte modellen for den foretagne evaluering af tilbuddene i relation til underkriteriet "Pris", der ikke kan anses for usædvanlig. Der er heller ikke i øvrigt grundlag for at fastslå, at den anvendte evalueringsmodel skulle have været uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. De konkrete fejl, som Sanofi Pasteur MSD Denmark har gjort gældende, at Statens Serum Institut har begået som led i sin evaluering af tilbuddene i relation til underkriteriet "Effektivitet vedrørende beskyttelse af cancer" for så vidt angår krydsbeskyttelse og beskyttelse mod analcancer, angår ikke selve evalueringsmodellen, og de kan allerede derfor ikke føre til en anden vurdering i forhold til den nedlagte påstand.

Der er herefter på det foreløbigt foreliggende grundlag ikke udsigt til, at klagenævnet vil tage påstand 1 til følge.

Betingelsen om "*fumus boni juris*" er således ikke opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (uopsættelighed)

På det foreliggende grundlag kan det ikke antages, at Sanofi Pasteur MSD Denmark vil lide et uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Klagenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at Sanofi Pasteur MSD Denmark ikke har sandsynliggjort, at en eventuel økonomisk

kompensation ikke vil kunne udgøre fuld erstatning, og at der således skulle være tale om en uoprettelig skade. Det bemærkes herved, at ethvert udbud indebærer en kommerciel risiko for, at det ikke lykkes at få tildelt ordren, og det forhold, at en forbigået tilbudsgiver er af den opfattelse, at den pågældendes markedsposition inden for det udbudte område kan blive skadet på uoprettelig vis, er således ikke i sig selv tilstrækkeligt til at betingelsen om ”uopsættelighed” er opfyldt.

Betingelse nr. 2 er således heller ikke opfyldt. Der er herefter ikke grundlag for at tage stilling til, om den 3. betingelse måtte være opfyldt.

Da betingelse nr. 1 og 2 ikke er opfyldt, er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig