

NOTAT VEDRØRENDE UDBUD AF DRIFT OG VEDLIGEHOLD AF VEJBELYSNING I DRAGØR KOMMUNE

NOTAT VEDRØRENDE KOMMUNENS HÅNDTERING AF FORBEHOLD TAGET AF TILBUDSGIVER JENS CHRISTOPHERSEN A/S

1. BAGGRUND

Dragør Kommune ("kommunen") har afholdt indbudt licitation efter tilbudsloven vedrørende drift og vedligehold af vejbelysning. I den forbindelse har Dragør Kommune modtaget tilbud fra blandt andre Jens Christophersen A/S. Jens Christophersen A/S har efter det oplyste afgivet det billigste tilbud på opgaven. Tildelingskriteriet er laveste pris. Af Jens Christophersen A/S' tilbud fremgår imidlertid to forbehold.

Kommunen har anmodet Horten om at udarbejde et kortfattet notat, der indeholder en udbudsretlig vurdering af de af Jens Christophersen anførte forbehold og en anbefaling til kommunen af, hvordan kommunen skal behandle tilbuddet fremadrettet som konsekvens heraf.

Til brug for notatet har Horten modtaget følgende materiale:

- Licitationsbetingelser af 10.11.2016.
- Kontrakt (udkast) af 15.11.2016.
- Tilbudsliste fra Jens Christophersen A/S.

2. VURDERING OG ANBEFALING

Følgende fremgår af det af Jens Christophersen A/S fremsendte tilbud under overskriften "Tilbudsgivers eventuelle forbehold":

"Tekniq's standardforbehold

Entreprisekontrakt skal gennemgås for eventuelle misforståelser inden underskrift."

Tekniq's standardforbehold er efter det oplyste ikke medsendt tilbuddet. Kommunen har gennem teknisk rådgiver anmodet Jens Christophersen A/S om at bekræfte, at der med "*Tekniq's standardforbehold*" henvises til "Standardforbehold af januar 2007 Elarbejde". Dette har Jens Christophersen A/S bekræftet.

Tekniqs standardforbehold af januar 2007 Elarbejde indebærer, at AB92 (Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed) skal være gældende for kontrakten. AB92 skal i henhold til standardforbeholdet gælde forud for udbudsmaterialet. Da den udbudte kontrakt vedrører drift og vedligehold, og derfor ikke er en bygge- og anlægsopgave, er kontraktgrundlaget for den udbudte opgave tilpasset dette. Det vil sige, at der er væsentlige uoverensstemmelser imellem AB92 og kontraktgrundlaget, og AB92 er generelt ikke egnet i forbindelse med regulering af denne type opgaver.

For så vidt angår forbeholdet vedrørende kontraktgennemgang fremstår det mere uklart, om der er tale om et egentligt forbehold, eller der alene er tale om en oplysning om kontraktgennemgang. Det kan dog ikke udelukkes, at formuleringen skal forstås således, at tilbudsgiver har taget forbehold overfor kontrakten.

Kommunen vil altid være berettiget til at afvise tilbud, der indeholder forbehold, så længe forbeholdene ikke kan anses for at være "*bagatelagtige*." De anførte forbehold vurderes ikke at være bagatelagtige, og kommunen vil derfor være berettiget til at se bort fra tilbuddet.

Hvorvidt kommunen har pligt til at afvise tilbuddet eller ej, afhænger af, om det/de tagne forbehold er forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Er det tilfældet, er ordregiver forpligtet til at afvise tilbuddet. Hvis forbeholdet ikke vedrører grundlæggende elementer, kan ordregiver tage hensyn til sådanne tilbud, hvis det er muligt for ordregiver af kapitalisere forbeholdet – altså foretage en prissætning af den økonomiske betydning af forbeholdet. Herved vil den konkurrencemæssige betydning af forbeholdet blive udlignet. Det følger af praksis fra Klagenævnet for Udbud, at hvis det er tvivlsomt, om et forbehold vedrører grundlæggende elementer, skal tilbuddet afvises.

Som beskrevet ovenfor er der væsentlig usikkerhed om, hvad de to angivne forbehold indebærer.

Det er derfor vores vurdering, at det vil være meget vanskeligt om ikke umuligt at kapitalisere de tagne forbehold, selv hvis der kunne argumenteres for, at de ikke vedrører grundlæggende elementer.

På baggrund af ovenstående er det vores konklusion, at kommunen er berettiget til - og efter vores vurdering også forpligtet til - at afvise tilbuddet fra Jens Christophersen A/S på baggrund af de anførte forbehold. Det er derfor vores anbefaling, at tilbuddet afvises.

--- oOo ---

Måtte der væres spørgsmål til ovenstående, står jeg naturligvis til rådighed.

Med venlig hilsen

Ninna Højer Jensen
Advokat