

SCHJØDT

MELAND KOMMUNE
v/Haakon Anderssen
Postboks 79, 5906 Frekhaug

Bergen, 25. juni 2019

Dok.ref: #-_/

Saksansvarlig advokat:

Thomas Nordby

VEDRØRENDE KLAGE PÅ TILDELING

1. INNLEDNING

Det vises til vår klage inkl. bilag av 8. mai 2019 på vegne av Nettstar AS ("Nettstar"), og svar fra Meland kommune mottatt 21. juni 2019. I svarbrevet fremgår det at klagens delvis tas til følge hva gjelder anførsel vedrørende evaluering av pris, og det vises til at kommunen vil foreta ny evaluering og tildeling.

De øvrige anførselene i klage av 8. mai 2019 avvises imidlertid fra kommunen, og tilbakemeldingen fra kommunen på disse anførselene vil kommenteres nærmere i det følgende.

2. EVALUERING AV KVALITET

2.1 Teknologinøytralitet

I svarbrev av 21. juni 2019 anfører kommunen følgende;

"At konkurransen skal være teknologinøytral betyr at det åpnes for å tilby enhver løsning som dekker kravene i konkurransegrunnlag. Det betyr der i mot ikke at man ikke kan vektlegge kvalitetsmessige forhold med de forskjellige løsningene."

Til dette vil Nettstar kommentere at kravet om teknologinøytralitet selvsagt skal være *reelt*. Kravet om teknologinøytralitet må anses som et krav om at det ikke skal diskrimineres på bakgrunn av hvilken bredbåndsteknologi som tilbys – og dette må naturligvis også omfatte indirekte diskriminering. Det vil være poenngløst med et krav om teknologinøytralitet dersom oppdragsgiver på forhånd har bestemt seg for hvilken teknologi som ønskes, og følgelig gir vilkårlige trekk i evalueringen *kun* på bakgrunn av at det er tilbudt en annen teknologi.

Nettstar vil hevde at dette er tilfellet i denne konkurransen siden kommunen har gitt trekk kun på bakgrunn av at det er tilbudt en annen teknologi, og ikke på bakgrunn av faktiske kvalitetsmessige forskjeller. Generelt fremstår det som om evalueringen i stor grad bygger på synsing, og ut fra et sterkt ønske om at det skal bygges ut fiber. Dette vil adresseres i det følgende.

2.2 Tildelingskriteriet "ytelse og skalerbarhet"

Av det opprinnelige tildelingsbrevet av 30. april 2019 fremgår det at Nettstar har fått trekk der det er tilbudt radiobredbånd på bakgrunn av at

"Radiobreiband vert vurdert å vere ein mindre god løysing samanlikna med fiber, ettersom løysinga vil vere meir omfattande å skalere"

Karaktertrekket som ble gitt bygger altså på at radiobredbånd er "meir omfattande å skalere". Dette ble motbevist i klage av 8. mai 2019. Av svarbrev av 21. juni 2019 fastholder kommunen karaktertrekket som ble gitt, men nå ut fra at

"[...] pris for de høyeste hastighetene på radiobredbånd oppgis på forespørsel. Dermed foreligger det en usikkerhet med hensyn til når og hvor vidt denne skaleringen er tilgjengelig, og om det er praktisk mulig innenfor rimelighetens grenser med tanke på kostnad"

Denne begrunnelsen synes konstruert som følge av at kommunen har innsett at de ikke kunne fastholde påstanden om at skalering var mer omfattende. At Nettstar har angitt at pris for enkelte hastigheter oppgis "på forespørsel" endrer selvfølgelig ikke skalerbarheten i teknologien. Det er heller ingen andre holdepunkter i tilbudet som skulle tilsi dette – tvert imot.

Av dokumentet "ytelse og skalerbarhet" i tilbudet fra Nettstar fremgår det tydelig at

"Resultatet av Nettstar sin utbygging vil gje Meland kommune eit robust redundant fibernettverk med FTTH/B til 5 områder og for 2 område radiosendar bygd på fibernettverket som vil gje identiske ytelser og skalerbarheit, tilrettelagt for lik ytelse til alle kundar med skalerbarheit av tenestetilbod og hastighet i forhold til framtidige behov" [vår understrekning].

Og videre at

"Teknologiane fiber & mobilbasert radioteknologi har same moglegheit for skalering gjennom å byta ut elektronikk i fibernettet for å mogleggjera høgare hastighet og på det mobilteknologi basert radionettet bytta elektronikk (sendarar og antennesektorar) for å oppnå same skalerbarheit" [vår utheving].

Det er ikke grunnlag for at legge til grunn at radiobredbånd er mindre skalerbart enn fiber. Evalueringen bygger dermed på faktisk feil, og det foreligger ikke saklig eller forsvarlig grunnlag for å gi trekk i evalueringen.

Det fremstår som om kommunen vilkårlig gir trekk til Nettstar på bakgrunn av at det er tilbud radiobredbånd, hvilket synes å understreke poenget i pkt. 2.1 ovenfor. Evalueringen som ble gjort er dermed i strid med kravet til saklig, forsvarlig og uvilkårlig evaluering, jf. LOA § 4.

2.3 Evalueringen av "kvalitet"

I svarbrev 21. juni legger kommunen til grunn at oppetiden angitt i tilbudet fra Nettstar ikke kan tas hensyn til siden Nettstar, i motsetning til Bergen Fiber, ikke overvåker alle enheter. Dette er ikke en korrekt slutning fra kommunen. Den oppetid som er angitt i tilbud fra Nettstar baserer seg på alle enheter.

Videre er karaktertrekket fra kommunen basert på at

"[...] radio vil vert vurdert å vere noko meir ustabil for sluttbrukarar enn fiber grunna behov for fri siktlinje til sendar"

Som poengtert i vår klage vil dette bero på hvordan det faktisk utbygges. Det er utbyggers/leverandørens som har risikoen for at det etableres master med fri siktlinje til de kundene som skal omfattes, og Nettstar har dokumentert høy kompetanse på dette, jf. oppetid i tilbudet. Stabiliteten av radiobredbånd er ikke dårligere enn fiber på bakgrunn av at behov for fri siktlinje – dette setter kun premisser for *utbyggingen*.

Det kan ikke generelt, og basert på fri synsing, gis trekk til Nettstar utelukkende basert på at det er tilbud radioteknologi, jf. pkt. 2.1 ovenfor. Skal det gir karaktertrekk må det baseres på faktiske og dokumenterte opplysninger om at stabiliteten er dårlige – hvilket kommunen ikke har gjort.

Hva gjelder undermomentet "*rutiner for varsling og håndtering av feil*", følger det av tildelingsbrev av 30. april 2019 at kommunen vurderte at

"Leverandør har gode rutinar for varsling av feil, men kundesenter og oppstart av feilretting er noko meir begrensa av arbeidstid og kapasitet enn dei andre tilbydarane"
[vår understrekning].

Det gis altså trekk i forhold til "oppstart av feilretting", som vurderes som *mer begrenset* hos Nettstar enn hos de to øvrige tilbyderne. Som redegjort for i klage av 8. mai 2019 er det ikke grunnlag for å hevde at manglende døgnåpent kundesenter vil påvirke hvor hurtig feilretting kan skje.

I svarbrev 21. juni 2019 argumenterer kommunen med at sluttbruker

"[...] vil være avhengig av å selv melde inn feil"

Dette vil selvsagt også være tilfellet dersom kundesenteret er døgnåpent. At varsling av feil skjer gjennom SMS, og ikke telefonsamtale, kan ikke ha betydning. Når det varsles feil tar Nettstar kontakt med sluttbruker for oppfølging.

For øvrig understrekes at tildelingskriteriet forutsetter at det er varslingsrutiner og rutiner for feilretting som skal vurderes – ikke åpningstidene for kundeservice hos leverandøren. Som påvist i klage 8. mai, og ovenfor, har Nettstar tilbudt løsning for dette som er likeverdige som hos de øvrige leverandørene.

Nettstar fastholder derfor at det ikke er saklig eller forsvarlig grunnlag for å gi karaktertrekk i evalueringen av dette kriteriet – og i alle tilfeller ikke et så betydelig trekk som her er gitt.

3. AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Ut fra at kommunen nå har opplyst om at det skal foreta en ny evaluering og tildelingsbeslutning, gjøres det gjeldende at også de feil som foreligger ved den kvalitative evalueringen må tas hensyn til slik at evalueringen samsvarer med konkurransegrunnlaget, og de krav som følger til evalueringen av tilbud.

For øvrig presiseres det at kommunen ved en slik omgjøring av tildelingsbeslutningen og ny evaluering *kun* skal rette den/de feil som er påvist ved den første evalueringen, jf. KOFA 2005/294 (Canon Norge).

Kommunen bes også være oppmerksom på at det skal settes ny karensfrist på 10 dager regnet fra dagen etter den nye tildelingsbeslutningen er meddelt.

Med vennlig hilsen
ADVOKATFIRMAET SCHJØDT AS



Runar Bråthen
advokat
RUBR@SCHJODT.NO