

SCHJØDT

MELAND KOMMUNE
v/Haakon Andressen
Postboks 79, 5906 Frekhaug

Bergen, 27. juni 2019

Dok.ref: #-_/

Saksansvarlig advokat:
Thomas Nordby

VEDRØRENDE AVVISNING AV TILBUD FRA NETTSTAR

1. INNLEDNING

Det vises til brev mottatt 27. juni 2019 hvor kommunen utdyper avvisningsbeslutningen nærmere, og ber om kommentar på dette før endelig beslutning vedrørende klagen fattes. Dette vil gis i det følgende.

Nettstar anfører at det ikke foreligger noe motstrid mellom øvrige opplysninger i tilbudet og prosjektplanen, og at det er entydig at tilbudet ikke inneholder avvik til krav nr. 6, jf. pkt. 2 nedenfor.

I tillegg vil det, uavhengig av om kommunen fastholder at prosjektplanen tilsier en periode på over 12 måneder, kun foreligge avvik dersom planen må tolkes slik at ikke "*alle boliger, offentlige bygg, og virksomheter i de aktuelle dekningsområdene har mulighet for tilknytning til internettaksess*". Planen viser at mulighet for tilknytning for det siste delområdet foreligger 11 måneder etter signering, og det foreligger dermed ikke avvik, jf. pkt. 3 nedenfor

Ytterligere fastholdes det at konsekvensen i *ytterste fall* uansett maksimalt kan være avvisning fra konkurranse om delområde 6 (Eikeland), jf. pkt. 4 nedenfor.

2. TOLKNING AV TILBUDET

Kommunen legger til grunn at enkelte opplysninger og dokumenter i tilbudet taler *imot* at det foreligger avvik, og andre opplysninger og dokumenter taler *for* at det foreligger avvik. Nettstar gjør gjeldende at om opplysningene og dokumentene sett i sammenheng ikke strider mot hverandre, og at de entydig bekrefter oppfyllelse av kravet. Dette vil redegjøres for i det følgende.

Nettstar har i utfylt tilbudsskjema erklært at tilbudet ikke inneholder avvik eller forbehold. En slik erklæring av at tilbudet ikke inneholder avvik betyr at

"[...] dersom det er tvil om hvorvidt en bemerkning et annet sted i tilbudet skal forstås som et forbehold eller et avvik, kan oppdragsgiver henholde seg til at forbeholdet ikke er anført i tilbuds brevet og tolke formuleringen dit hen at det ikke er et forbehold eller

avvik", jf. Dragsten, "*Offentlige anskaffelser – Regelverk, praksis og løsninger*" (2013), på side 605.

Kommunen uttrykker i brev 27. juni 2019 tvil om hvordan tilbudet skal forstås. I lys av erklæringen som Nettstar har gitt i tilbudet, skal oppdragsgiver i en slik situasjon legge til grunn at det *ikke* foreligger avvik. Som det vil redegjøres for i det følgende foreligger det heller ikke tvil om tilbudet oppfyller kravet siden tilbudsdocumentene samlet sett klart viser at kravet er oppfylt.

Det neste sentrale – og tungtveiende – tolkningsmomentet er at Nettstar som direkte svar på dette kravet (krav. nr. 6) har erklært at kravet oppfylles. Det er nettopp i dette dokumentet tilbyderne skal svare ut om kravet er oppfylt, og Nettstar har tydelig erklært at det oppfylles.

Når det gjelder prosjektplanene, så ble det ved en feil levert to planer. Den ene, som tar utgangspunkt i september 2019 til september 2020, er en tidligere versjon som kom med i tilbudet ved en feil. Den andre, som tar utgangspunkt i mai 2019 til mai 2020, er den gjeldende planen, levert i eget dokument som konkurransegrunnlaget tilsier. Tilbudsbrevet pkt. 4 viser til at planen **tar utgangspunkt i 10. mai 2019** ut fra at dette er estimert kontraktsdato i konkurransegrunnlaget. Ut fra dette kan det ikke være tvilsomt at det er denne planen som er gjeldende.

Som det fremgår av tilbudsbrevet pkt. 4 tar planen utgangspunkt i 10. mai 2019. Selve illustrasjonen i planen starter helt i starten av mai, men det er ut fra tilbudsbrevet og sammenhengen åpenbart at det er 10. mai 2019 som legges til grunn som kontraktsdato – hvilket også er i tråd med kommunens eget estimat/forutsetning i konkurransegrunnlaget. Siste aktivitet i planen er avsluttet i midten av mai 2020. I sammenheng med erklæring om at kravet er oppfylt og at tilbudet ikke inneholder avvik, må det være klart at dette da er ment som 10. mai 2020 – altså innenfor 12 måneder.

Frasen i tilbudsbrevet om at "*ferdigstilla utbyggjninga i mai/juni 2020*" må selvsagt sees i sammenheng med planen som viser 10. mai 2020, samt erklæring om at kravet er oppfylt og at tilbudet ikke inneholder noe avvik. Setningen henviser åpenbart til planen, og kan ikke sies å motstride mot denne eller opplysninger i de øvrige dokumentene.

Oppsummert så foreligger det ikke motstridende opplysninger i tilbudet med hensyn til oppfyllelse av kravet. Tilbudet erklærer entydig og klart at kravet er oppfylt, og prosjektplanen strider ikke mot dette. Om kommunen, til tross for redegjørelsen ovenfor, likevel skulle sitte med en liten tvil på om det foreligger avvik eller ikke, er det klart at erklæringen i tilbudsskjema uansett medfører at kommunen skal legge til grunn at tilbudet ikke inneholder avvik.

Avslutningsvis poengteres det at det faktisk at kommunen aksepterte og evaluerte tilbudet fra Nettstar uten tvil, bemerkninger om avvik eller avklarings spørsmål, understreker at tilbudet ikke kan tolkes slik at det inneholder avvik.

3. PROSJEKTPLAN INNEHOLDER UANSETT IKKE AVVIK TIL KRAVET

Som redegjort for ovenfor, gjøres det gjeldende at prosjektplanen viser at alle aktiviteter er ferdigstilt innen 12 måneder, og at det dermed ikke foreligger avvik.

Videre vil det anføres at prosjektplanen, uavhengig av om kommunens tolkning om at den tilsier 12 og en halv måned, rent faktisk ikke avviker fra det kravet som er stilt i krav nr. 6.

Hvorvidt det foreligger et avvik må vurderes opp mot hvordan kravet er formulert, og objektivt sett må forstås. Kravet lyder som følger;

"Utbygging skal som utgangspunkt ferdigstilles senest 12 måneder fra kontraktsignering.

Med ferdigstilling menes at alle boliger, offentlige bygg, og virksomheter i de aktuelle dekningsområdene har mulighet for tilknytning til internettaksess."

Det avgjørende er at *"alle boliger, offentlige bygg, og virksomheter i de aktuelle dekningsområdene har mulighet for tilknytning til internettaksess"* innen 12 måneder.

Mulighet for tilknytning foreligger når grave-/stolpearbeidet er fullført – og for det siste delområdet (Eikeland) er dette fullført innenfor 11 måneder fra kontraktsignering. Prosjektplanen viser dermed at kravet er oppfylt.

Fibernettet utbygges slik at det i grave/stolpearbeidet tilrettelegges for alle som potensielt vil tilknytte seg nettet. Hvorvidt boliger, offentlige bygg og virksomheter faktisk benytter seg av muligheten til å tilknytte seg, beror naturligvis på om den enkelte kunden bestiller eller ikke. Siden kravet relaterer seg til muligheten til tilknytning, vil dette være fra det tidspunktet nettet er bygd ut.

Dersom kravet hadde vært utformet som at alle boliger m.m. *"skal være tilknyttet"* inne 12 måneder hadde forståelsen av kravet måtte være en annen. Et slik krav ville imidlertid vært et umulig krav å stille siden kommunen ikke kan tvinge *"alle boliger, offentlige bygg, og virksomheter"* til å tilknytte seg nettet.

At Nettstar har lagt inn kundeinstallasjon som en del av planen endrer selvsagt ikke innholdet i *kravet*, og Nettstar kan ikke straffes for å legge inn flere aktiviteter enn de som er omfattet av fristen i krav nr. 6 i prosjektplanen.

Motsatt ville kravet måtte forstås som at alle boliger, offentlige bygg, og virksomheter faktisk skal være tilknyttet til nettet innen 12 måneder. Dette er umulig å garantere siden hverken leverandørene eller kommunen kan tvinge kunder til å bestille, og heller ikke forutse på hvilket tidspunkt bestillingen fra hvilke kunder skjer.

Uavhengig av om kommunen fortsatt skulle mene at planen angir 12 og en halv måned for det totale aktivitetene planen inkluderer, er det klart at planen viser at de aktivitetene som skal være ferdigstilt innen 12 måneder, er ferdigstilt innen 11 måneder for samtlige delområder.

Det foreligger dermed uansett ikke avvik til krav nr. 6.

4. UANSETT KUN AVVIK FOR EIKELAND

Som redegjort for i pkt. 2 og 3 ovenfor foreligger det ikke avvik fra krav nr. 6 i tilbudet eller i prosjektplanen. Uansett om kommunen skulle fastholde at de er uenige i dette, foreligger det kun avvik for delområdet nr. 6 (Eikeland).

Konkurranses grunnlaget legger til grunn at det kan leveres deltilbud, og at hvert delområde evalueres og tildeles separat og uavhengig av hverandre. Leverandørens tilbud er dermed deltilbud per område siden det ikke kan legges inn forutsetning om at tilbudet kun kan antas dersom alle områdene vinner. Det inngis tilbud på hvert delområdet – og dette er en forutsetning for at kommunen kan tildele på bakgrunn av evaluering av det enkelte delområde.

Det må være klart at Nettstar, som opprinnelig ble tildelt delområde 2 og opsjon, ikke kan avvises fra konkurransen om disse områdene på bakgrunn av et påstått avvik for delområde 6. Det påståtte avviket gjelder kun delområde 6 – og kan uansett ikke gjøres gjeldende for deltilbudene på de øvrige områdene.

For å eksemplifisere, kan det tas utgangspunkt i kontraktsignering mellom kommunen og Nettstar på område 2 og opsjon – slik opprinnelig tildelingsbeslutning tilsa. Det må være helt klart at kommunen ikke kan håndheve krav om at Nettstar skal utbygge delområdet Eikeland inne 12 måneder når kontrakten ikke omfatter dette delområde (!). Det som kan håndheves er utbyggingen av delområde 2 og opsjon innen 12 måneder – og prosjektplanen kan ikke under noen omstendighet tolkes som at Nettstar har avvik fra krav nr. 6 i relasjon til disse.

Uavhengig av hvordan kommunen stiller seg til pkt. 2 og 3 ovenfor, er det klart at en eventuell avvisning kun kan gjøres for delområde 6 siden det kun er deltilbudet for dette området som eventuelt kan hevdes å avvike fra krav nr. 6. For ordens skyld legges det til at Nettstar heller ikke mener det er grunnlag for avvisning på dette delområde, jf. pkt. 2 og 3 ovenfor.

5. INNSYN

Kommunen har tidligere besvart innsynsbejæring med å unnta nært sagt hele tilbudet til Bergen Fiber og Telenor. Dette påklages herved, og det bes om innsyn. I første omgang bes det om innsyn i den delen av tilbudet til Bergen Fiber/Telenor som gjelder beskrivelse av gjennomføring/prosjektplan m.m. Dette er spesielt tillaget for denne konkurransen, og kan ikke anses som en forretningshemmelighet med hensyn til fremtidige konkurranser.

Nettstar har en sterk og aktuell interesse av å etterprøve hvordan Bergen Fiber/Telenor har besvart dette i sammenheng med den tolkningen og de forutsetningene kommunen nå synes å legge til grunn.

6. AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Vi håper nå at kommunen kan fatte en korrekt beslutning, og omgjøre avvisningsbeslutningen. Om beslutningen fastholdes ser ikke Nettstar noen annen utvei enn å ta saken til retten.

Det bes om at kommunen snarlig fatter en beslutning vedrørende avvisningen, og det forutsettes at Nettstar uavhengig av dette sendes kopi av ny evaluering og tildeling, samt gjeldende karensfrist for den nye tildelingen.

Med vennlig hilsen
ADVOKATFIRMAET SCHJØDT AS



Runar Bråthen
advokat
RUBR@SCHJODT.NO