

MELAND KOMMUNE
v/Berit Eskeland
Postboks 79, 5906 Frekhaug

Bergen, 8. mai 2019
Dok.ref: 7028782_1
Saksansvarlig advokat:
Thomas Nordby

KLAGE PÅ TILDELINGSBESLUTNING – UTBYGGING AV BREDBÅND MELAND KOMMUNE 2019

1. INNLEDNING

Det vises til konkurranse om "Utbygging av bredbånd Meland kommune" kunngjort av Meland kommune den 22. januar 2019, og brev av 30. april 2019 med meddelelse om tildelingsbeslutning.

Konkurransen er inndelt i 7 områder og én opsjon. Av tildelingsbrevet fra kommunen fremgår det at Nettstar AS ("Nettstar") hadde blitt tildelt område 2 (Espetveit – Ådland), samt opsjon Sjurdalen. De øvrige seks områdene ble tildelt Bergen Fiber AS ("BF").

På vegne av Nettstar påklages herved evalueringen og tildelingen. Det vil gjøres gjeldende at det foreligger feil ved evalueringen som medfører at Nettstar har fått tildelt færre områder enn dersom evalueringen hadde vært foretatt i samsvar med konkurransedokumentene og anskaffelsesregelverket. Dette vil redegjøres nærmere for i pkt. 2 nedenfor før effekten av feilene vil illustreres per område i pkt. 3. Deretter vil det i pkt. 4 gis noen avsluttende bemerkninger.

2. FEIL I EVALUERINGEN

2.1 Overordnet om evaluering av tilbud

Oppdragsgiver har et innkjøpsfaglig skjønn i evalueringen av tilbud som kan overprøves dersom det er usaklig, uforsvarlig, grovt urimelig, vilkårlig, bygger på feil faktum eller er i strid med de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser (LOA) § 4, herunder kravet til forutberegnelighet og likebehandling. Kravet til forutberegnelighet innebærer at oppdragsgiver må evaluere i samsvar med hva som er påregnelig for tilbyderne med hensyn til formuleringen av tildelingskriteriene og opplysninger i konkurransedokumentene for øvrig.

Det er sikker rett at det objektive tolkningsprinsippet skal legges til grunn ved tolkning av konkurransedokumentene. I flere saker for KOFA er dette formulert slik at konkurransedokumentene skal tolkes ut fra hva *en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder* ville forstått, jf. KOFA 2018-484 (premiss 41) med videre henvisninger.

2.2 Evalueringen av "pris"

2.2.1 Tilkoblingspris i evaluering av Nettstar

Det fremgår av prisskjemaet i konkurransen at tilbyderne skulle tilby en gjennomsnittspris for tilkobling. Nettstar tilbød kr. 2592 i gjennomsnittlig tilkoblingspris.

I tildelingsbrevet fra kommunen fremgår det at kommunen har lagt til grunn en tilkoblingspris på 3192 for fiber og kr. 0 for radio. Dette samsvarer ikke med innlevert prisskjema, og er åpenbart en feil fra kommunen. Det er *selvsagt* den tilbudte gjennomsnittlige tilkoblingsprisen som skal legges til grunn.

2.2.2 Abonnementspris

Av konkurransegrunnlaget pkt. 10.1 fremgår det at tildelingskriteriet "pris" skulle evalueres på bakgrunn av

"leverandørens krav til tilskudd pr. område, abonnementskostnad, og tilkoplingsavgift".

Under dokumentasjon fremgår det at tilbyderne skulle levere "utfylt Bilag 4 – Prisskjema". Av prisskjemaet følger det at tilskuddsmidler skulle prises i tabell 1, og at abonnementspris og tilkoblingskost skulle fremgå av pkt. 2.1 og 2.2 i tabell 2. For abonnementsprisen fremgår det at tilbyderne skulle gi pris per måned som "minimum" dekket kravet på 30/30 Mbps.

Nettstar tilbød pris per måned som dekket dette minimumskravet. Av det innleverte prisskjemaet til Bergen Fiber fremgår det at de har tilbudt 100/100 Mbps for abonnementspris i pkt. 2.1. Dette er hverken en feil eller en misforståelse fra Bergen Fiber, men hva de har valgt å tilby. Tilsvarende følger for Telenor som har tilbudt 50/50 Mbps.

Likevel har kommunen ikke evaluert tilbudene på bakgrunn av pris gitt i prisskjema. I brev 30. april uttaler kommunen at

"For å få samanliknbare priser på abonnement har kommunen evaluert prisen på abonnement 100/100 Mbit/s for alle leverandører"

Dette står i sterk motsetning til forutsetningen i konkurransegrunnlag og prisskjema hvor det klart fremgår at tilbyderne ville evalueres på bakgrunn av pris tilbud i prisskjema. Kommunen kan naturligvis ikke be tilbyderne gi en pris for deretter å evaluere en helt annen pris. Det er misforstått når kommunen evaluerer på bakgrunn av andre priser for å gjøre prisene sammenliknbare. Det er selvsagt leverandørene selv som må ta risikoen for pris tilbudt i prisskjema.

Ytterligere blir det vilkårlig om kommunen evaluerer på bakgrunn av en annen pris en den som er tilbudt i prisskjemaet. BF vil dessuten få en konkurransefordel med tanke på at de har tilbudt 100/100, og dermed priset seg ned på denne. Om Nettstar hadde vist at det var 100/100 som ble evaluert, ville det naturligvis blitt tilbudt en lavere pris på denne hastigheten.

Det er et *klart* brudd på kravet til forutberegnelighet i LOA § 4 at kommunen har valgt å evaluere på bakgrunn av andre priser enn de tilbyderne har tilbudt i prisskjemaet.

2.3 Evaluering av "ytelse og skalerbarhet"

Av Bilag 1, "Oppdragsgivers kravspesifikasjon", fremgår det at

"Utbyggingen vil finansieres gjennom støtte fra NKOM, leverandørens egne investeringer, tilskudd fra Meland kommune, egeninnsats og tilkoblingsavgift. Konkurransen er teknologinøytral" [vår understrekning].

I dette ligger det at kommunen ikke skal diskriminere på bakgrunn av hvilken bredbåndsteknologi som tilbys. For områdene 3 og 6 har Nettstar fått karakter 7 av 10 mulige på grunnlag av at det er tilbudt radiobredbånd. Dette samsvarer ikke med konkurransens forutsetningen om teknologinøytralitet.

Som begrunnelse har kommunen vist til at *"løysinga vil vere meir omfattande å skalere"*. Dette er ikke en korrekt slutning. Radiobredbåndet er like skalerbart som fiber for de områdene og antall brukere som det her konkurreres om. I tilbudet til Nettstar fremgår det at det tilbys

"[...] eit robust redundant fibernettverk med FTTH/B til 5 områder og for 2 områder radiosendar bygd på fibernettverk som vil gje identisk ytelse og skalerbarhet"

Det foreligger ikke saklig eller forsvarlig grunnlag for å vurdere radiobredbånd som en mindre god løsning enn fiber i område 3 og 6. Dette er i brudd med kravet om at evalueringen og karaktersetningen skal bygge på faktiske og relevante forskjeller mellom tilbudene. Når det ikke foreligger saklig, forsvarlig eller relevant grunnlag for å gi en svakere karakter, er evalueringen vilkårlig.

Nettstar gjør på den bakgrunn gjeldende at de skulle hatt tilsvarende karakter som de øvrige tilbyderne ved evaluering av disse områdene.

2.4 Evaluering av "kvalitet"

Av tildelingskriteriet "kvalitet" fremgår det at blant annet *"rutiner for varsling og håndtering av feil"* inngår i evalueringen av dette kriteriet. I kolonnen "dokumentasjon" er tilbyderne bedt om å levere

"Beskrivelse av rutiner for håndtering av feilmelding, varsling av brukere og utbedring av feil.

Dokumentasjon som viser oppetid på leverandørens eksisterende bredbåndsanlegg"

I evalueringen har Nettstar fått karakter 6 av 10 mulige på område 3 og 6 hvor det er tilbudt radiobredbånd, og 8 av 10 der det er tilbudt fiber.

Vedrørende radiobredbånd, legger kommunen til grunn at

"[...] løysinga med radio vert vurdert som noko meir ustabil for sluttbrukarar enn fiber grunna behov for fri siktlinje"

Karaktertrekket er ikke i samsvar med forutsetning om teknologinøytralitet, og synes dessuten å bygge på fri synsing. I tilbudet fra Nettstar dokumenteres det oppetid på 99,6 %. Det er dessuten slik at manglende oppetid i all hovedsak skyldes elektronikken, hvilket er tilsvarende for fiber og radiobredbånd. Hensynet til fri sikt relaterer seg til selve utbyggingen, og Nettstar har dokumentert svært god kompetanse her, jf. referanser og oppetiden på 99,6 %. Det foreligger dermed ikke saklig eller forsvarlig grunnlag for å legge til grunn at oppetiden vil være dårligere med radiobredbånd.

Dernest legger kommunen til grunn at

"[...] kundesenter og oppstart av feilretting er noko meir begrensa av arbeidstid og kapasitet enn dei andre tilbydarane."

I tilbudet fra Nettstar er varsling av feil og feilretting beskrevet ved kundeservice er tilgjengelig på telefon til kl. 16:00, og at kundeservice ellers kan nås på chat frem til kl. 20. Dessuten vil varsling av feil uavhengig av tid på døgnet kunne meldes inn på SMS. Videre er det bekreftet at

"Feilretting vert starta so snart ein har fått henvendelse fra kunde"

Hvorvidt kundesenter er døgnåpent eller ikke vil ikke ha noen innvirkning på muligheten til å varsle om feil, eller feilrettingen. Det presiseres dessuten at Nettstar benytter samme underleverandører som de øvrige tilbyderne med hensyn til feilrettingen. Hvor hurtig en feil rettes vil være avhengig av denne underleverandøren, og i mindre grad hvorvidt kundeservice er døgnåpent. Selve varslingssystemet er likeverdig men hensyn til at det umiddelbart kommer inn i systemet, og det kan selvsagt ikke ha betydning om dette skjer ved telefonkontakt eller SMS.

Det foreligger ikke faktisk grunnlag for uttalelsen om at oppstart av feilretting er mer begrenset hos Nettstar enn de øvrige tilbyderne, og det har ingen betydning hverken for varsling eller for feilrettingen om kundeservice er døgnåpent. Hva gjelder kapasitet vises det til antall kunder per serviceansatte er langt høyere hos de øvrige tilbyderne.

Kommunen har ikke grunnlag for å gi trekk hverken for oppetid, eller varsling og retting av feil. Karaktertrekket bygger på en feiltolkning eller misforståelse av tilbudet, og det foreligger ikke saklig, forsvarlig eller relevant grunnlag for å gi trekk til Nettstar på dette tildelingskriteriet. Det gjøres derfor gjeldende at Nettstar skulle hatt tilsvarende karakter.

3. PÅVIRKNING PÅ UTFALLET

De feil og mangler ved evalueringen som er redegjort for i pkt. 2 ovenfor har påvirket utfallet på en rekke av konkurransens områder. Dette vil dokumenteres i det følgende per område.

Område 1 – Landsvik - Skjelanger

Dersom evalueringen hadde tatt utgangspunkt i pris tilbud i prisskjema, slik det etter konkurransegrunnlaget og kravet til forutberegnelighet skulle ha vært gjort, ville Nettstar ha vunnet dette området med en total karakter på 9,58 mot 9,47 for Bergen Fiber.

Bilag 1: Evaluering – Området 1 (kun korreksjon av pris)

Om det i tillegg tas med feil i evalueringen av "kvalitet", vil forskjellen være enda større i Nettstar sin favør.

Bilag 2: Evaluering – Område 1

Område 3 - Io

Med korrekt evaluering av dette området ville Nettstar fått total karakter 9,41 og Bergen Fiber 8,69.

Bilag 3: Evaluering – Område 3

Område 4 – Håtuft - Grasdal

Også område nr. 4 hadde vært vunnet av Nettstar dersom det hadde blitt foretatt en korrekt evaluering.

Bilag 4: Evaluering - Område 4

Område 5 - Fosse

På tilsvarende måte som for område 3 og 4 ville Nettstar ha vunnet område 5 om det hadde vært foretatt en korrekt evaluering.

Bilag 5: Evaluering – Område 5

Område 7 – Erstad - Bjørnestad

Med en korrekt evaluering av pris ville Nettstar ha oppnådd karakter 9,58 og Bergen Fiber 9,43.

Bilag 6: Evaluering – Område 7 (kun priskorreksjon)

Om de øvrige feilene ved evalueringen av "ytelse og skalerbarhet", samt "kvalitet" tas med, ville forskjellen være enda større i favør Nettstar.

Bilag 7: Evaluering – Område 7

4. AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Som påvist i pkt. 3 ovenfor, ville Nettstar blitt tildelt områdene 1, 3, 4, 5 og 7 i tillegg til allerede tildelte område 2 og opsjon Sjordalen, dersom evalueringen hadde blitt foretatt i tråd med regelverket.

De klare og grove feilen ved prisevalueringen er alene tilstrekkelig til at Nettstar skulle ha blitt tildelt område 1 og 7. Om de feilaktige karaktertrekkene for radiobredbånd og varsling og feilretting ikke hadde vært gitt, ville også områdene 3, 4 og 5 blitt tildelt Nettstar. Som redegjort for i pkt. 2.3 og 2.4 foreligger det ikke relevant, saklig eller forsvarlig grunnlag for å gi Nettstar en svakere karakter på disse kriteriene.

For øvrig legges det til at vektlegging av døgnåpent kundeservice i realiteten diskriminerer mindre aktører i bransjen på en urimelig måte. I den anledning vises det til at ett av formålene med nytt anskaffelsesregelverk nettopp var å legge til rette for små- og mellomstore bedrifters mulighet til å delta og vinne offentlige konkurranser. Vektlegging av døgnåpent kundeservice, uten at det finnes noen holdepunkter for at dette har betydning for varling og retting av feil (jf. pkt. 2.4 ovenfor), samsvarer ikke med dette formålet.

På bakgrunn av denne klagen kreves det at Kommunen foretar en ny evaluering som samsvarer med konkurransedokumentene og de grunnleggende kravene i anskaffelsesregelverket, jf. LOA § 4. Det gjøres gjeldende at Nettstar i tilfellet vil måtte tildeles områdene 1, 3, 4, 5 og 7 i tillegg til område 2 og opsjon.

Karensfristen utgår 13. mai 2019. Med hensyn til at Nettstar må få tilstrekkelig tid til å vurdere rettslige skritt dersom klagen avvises, bes det om at karensfristen utvides slik at Nettstar har minimum 3 virkedager fra svar mottas til karensfristens utløp. Det bes om at tilbakemelding på forlengelse av karensfristen **innen onsdag 8. mai 2019 kl. 16:00.**

Imøteser snarlig tilbakemelding.

Med vennlig hilsen
ADVOKATFIRMAET SCHJØDT AS

Runar Bråthen
advokat
RUBBR@SCHJODT.NO