



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse om levering og installasjon av en fiberoptisk sjøkabel. Klagenemnda kom til at anskaffelsen var omfattet av forsyningsforskriften. Da oppdragsgiver hadde lagt til grunn at konkurransen falt utenfor forsyningsforskriften, og sakens øvrige anførsler for øvrig ikke egnet seg til skriftlig behandling, tok ikke klagenemnda stilling til disse.

Klagenemndas avgjørelse 12. februar 2007 i sak 2006/35

Klager: Nexans Norway AS

Innklaget: KystTele AS

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Morten Goller, Jakob Wahl.

Saken gjelder: Forsyningsforskriftens anvendelsesområde.

Bakgrunn:

- (1) KystTele AS (heretter kalt innklagede) ble stiftet 26. april 2005 med Salten Kraftsamband AS og Hålogaland Kraft AS som eiere med 50 % hver. Det fremgår av innklagedes tilsvare av 7. mars 2006 at Hålogaland Kraft AS er eid av 8 kommuner, mens Salten Kraftsamband AS er eid av Bodø kommune (46,91 %), Fauske kommune (12,61 %), Energi E2 AS (20 %) og andre (20,48). Det fremgår samme sted at selskapets vedtekter § 3 angir følgende formål for selskapet:

"Selskapet har til formål å eie, bygge og drive infrastruktur for telekommunikasjon - og levere tjenester i tilknytning til dette. KystTele AS skal også kunne ha interesser i annen virksomhet i tilknytning til dette formål."

- (2) Videre angir innklagede selskapets forretningsidé slik i tilsvaret:

"Forretningsideen er å tilby bredbånds overføringstjenester og å leie ut mørk fiber til bredbåndsselskaper som har behov for høykapasitets data- og telekomforbindelser mellom Sør- og Nord-Norge samt å gi lokale bredbåndsselskaper mulighet til bredbåndsoverføring innenfor sitt område."

- (3) Innklagede arrangerte en konkurranse om levering og installasjon av en fiberoptisk sjøkabel mellom Narvik og Trondheim. I tillegg skulle det foretas kartlegging/undersøkelse av sjøbunnen og nødvendig landarbeid. Innklagede inngikk 10. mai 2005 en avtale med bredbåndsdistributøren BaneTele om leie av kabelen.
- (4) Konkurranses grunnlaget "THE POLAR CIRCLE CABLE" inneholdt i "Technical Specification" pkt. 1.1 "The Polar Circle Cable project" følgende fremstilling av anskaffelsen:

“KystTele is establishing a fibre optic cable route between Narvik in Northern Norway and Trondheim in Southern Norway. The length of the cable is estimated to be 960 km with and involving 26 landing points on the northern coast of Norway. Approximately 80%-85% of the cable is estimated to be sea cable. The project will be executed in two sections, section 1 from Narvik to Bodø starting in the winter of 2005. Section 2 from Bodø to Trondheim will be established during 2006 and will cross the Polar Circle.”

- (5) Konkurransen ble ikke kunngjort. Det fremgikk ikke av konkurransegrunnlaget hvilken anskaffelsesprosedyre som skulle følges for anskaffelsen.
- (6) Konkurransegrunnlaget inneholdt en liste over *“COMPANIES PREQUALIFIED FOR THE POLAR CIRCLE CABLE PROJECT”*. Innklagede sendte ut konkurransegrunnlaget til disse 27. juni 2005. Videre fremgikk det følgende av *“Quotation Instructions”* pkt. 1.2 *“Pre qualified supplier”*:

“This quotation has been sent to all companies on the “Pre-qualified Companies” list. Each company in this list can only deliver equipment/services which they are pre-qualified for. However, this does not disqualify for taking a main contractor position in the quotation on behalf of own company and sub contractors from other sub contract areas on the pre-qualified list. KystTele will even encourage the quote for a complete solution. We expect however that the conditions in paragraph 2.3 is maintained within the pre qualified areas.”

- (7) *“Quotation Instructions”* pkt. 1.16 krevde at:

“Vendor shall comply with requirements from KTE regarding health, safety and environment. Vendor shall hold all necessary permits and comply with all requirements from public authorities for the prevention of the environment at all stages up to delivery of the Goods.”

- (8) Av pkt. 1.2 *“Objective”* i *“Technical Specification”* fremgikk det at det skulle leveres tilbud på hele eller deler av følgende arbeid innen 22. august 2005:

- “a) Cable route supply*
- b) Cable supply*
- c) Cable installation*
- d) Landings, BMH and equipments cabins”*

- (9) Tildelingskriteriene ble oppgitt som følger i pkt. 1.3:

“KTE evaluation criteria in a non ranked order:

- Quality*
- Completeness of solution*
- Price*
- Delivery ability”*

- (10) I konkurransegrunnlaget *“Quotation Instructions”* pkt. 5.0 *“Handling of Quotation”* het det:

"5.1 Acceptance of Quotation

KTE is not committed to accept the Quotation with lowest price or part of the Quotation or all of any Quotation. The acknowledgement of receipt of any submitted Quotation shall not constitute any actual or implied agreement between KTE and the Vendor. KTE reserves the right to accept none, any part, or all of any Quotation as its sole discretion without notification of reason."

- (11) Innklagede mottok 14 tilbud. Etter en vurdering av de innkomne tilbud ble to leverandører, Nexans AS (heretter kalt klager) og General Cable AS, satt på en "short list", og det ble sendt ut brev til alle tilbyderne om dette 10. oktober 2005.
- (12) Tilbudene ble deretter sendt over til en ekstern ingeniør for gjennomgang og kommentering. På bakgrunn av den eksterne gjennomgangen, samt innklagedes egen gjennomgang, ble det sendt ut tre "Bid Clarification Notices" til hver av tilbyderne. I tillegg ble det holdt møter med begge tilbyderne angående "Non-Compliance" punkter til "General Conditions of Purchase (II)". Det ble avholdt presentasjonsmøter for en av tilbyderne 31. oktober 2005, og for den andre 1. november 2005.
- (13) Av innstillingsnotat datert 14. november 2005 fremgikk det av pkt. 1 "Oppsummering – pristilbud":

"1.1. Turn-key tilbud.

Tilbyder	Pris
General Cable (PP-yarn)	NOK 69 682 731,-
General Cable (HDPE)	NOK 69 887 931,-
Nexans (HDPE)	NOK 70 360 000,-

- (14) "Score-Card oppsummering (fra teknisk evalueringsrapport)" ble fremstilt slik i pkt. 2.1:

Beskrivelse	Vekt	NxN	GC	Kommentar KT
Kabel design (HDPE)	10 %	7.0 / 10	8.0 / 10	GC tilbyr bedre beskyttelse mot hydrogeninntrengning ved bruk av kobber i stedet for stål og har et fysisk HDPE skille mellom armeringslagene som sannsynliggjør at levetiden blir lengre enn tilbudt kabel fra NxN.
Kabelproduksjon	18 %	9 / 10	9 / 10	Begge tilbydere har 2 produksjonslinjer, noe som minsker risiko for at kabelproduksjonen vil stoppe helt opp ved feil på deler av produksjonsutstyret.
Survey	10 %	8.7 / 10	9.5 / 10	GC vil foreta ny survey på hele strekningen og ikke benytte eksisterende og elektroniske sjøkart.
Kabelinstallasjon	50 %	6.5 / 10	7.8 / 10	NxN tilbyr en kabellegging med strekk, GC har litt med nøyaktig as-laid.
Landtak	7 %	8 / 10	8 / 10	NxN og GC har valgt samme underleverandør og samme løsning.
Dokumentasjon	3 %	10 / 10	10 / 10	Mange formater å velge mellom gjør at sluttdokumentasjon er fleksibel.
Prosjektorganisasjon	1 %	9 / 10	9 / 10	Ingen signifikante forskjeller.
General Conditions	1 %	8.5 / 10	9 / 10	NxN stiller noen flere krav enn GC som medfører litt større risiko for å bli eksponert for ekstra kostnader ved avvik i prosjektet. I tillegg vil Cash-flow i

				prosjektet bli noe dårligere ved bruk av NxN.
Total vektet score		6.6 / 10	8.4 / 10	GC stiller med et bedre konsept enn NxN.

2.2 Teknisk konklusjon

Det er ikke tatt en endelig avgjørelse mht valg av kabelkappe. Begge leverandører kan levere kappe av HDPE eller PP-yarn. Dette blir derfor underordnet ved valg av entreprenør. General Cable har et noe bedre totalkonsept, men også Nexans tilfredsstiller våre tekniske krav. Det bør derfor være totalpris justert for økonomiske risikoforskjeller som avgjør valget av entreprenør.”

- (15) Innstillingsnotatet konkluderte i pkt. 3 ”Innstilling”:

”General Cable tilbyr bedre kvalitet og lavere pris sammenlignet med Nexans. Administrasjonen anbefaler at Letter of Intent / kontrakt inngås med General Cable.”

- (16) Klager mottok e-post fra innklagede 7. desember 2005 om at kontrakt ville bli tildelt General Cable AS (heretter kalt valgte tilbyder).

- (17) Klager ba i brev av 13. desember 2005 om å få en nærmere begrunnelse for valg av tilbyder.

- (18) I brev av 20. desember 2005 la innklagede til grunn at anskaffelsen ikke var omfattet av forsyningsforskriften, og at klager derfor ikke hadde krav på nærmere begrunnelse. Videre het det:

”Deres klient er likevel gjort kjent med at valget av leverandør er basert på samtlige momenter i pkt. 1.3, men hvor pris har vært utslagsgivende for at General Cable ble valgt foran Nexans.”

- (19) Klager fastholdt anmodningen om nærmere begrunnelse i brev av 23. desember 2005. Innklagede viste til i brev av 30. desember 2005 at klager i telefonsamtale 7. desember 2005 ble informert om at årsaken til valg av tilbud var pris.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (20) Klager bestrider innklagedes påstand om at klagen skal avvises.

- (21) Klager anfører at forsyningsforskriften kommer til anvendelse. For det første vil innklagedes virksomhet bestå i å stille til rådighet eller drive et ”offentlig” telenett, jf forsyningsforskriften § 4 d). Polarsirkelkabelen er en del av den ”offentlige infrastruktur for telekommunikasjon”, jf definisjonen i forsyningsforskriften § 1 g). På bakgrunn av en langvarig og konsistent praksis knyttet til forståelsen av begrepet ”offentlig” slik dette er benyttet i telekommunikasjonssektoren og telelovgivningen, både i tidligere og gjeldende forsyningsforskrift, samt i den tidligere teleloven og tidligere forskrift om offentlig telenett og offentlige teletjeneste (offentlignettforskriften), så vel som i gjeldende ekomlov og ekomforskrift, anser klager det klart at polarsirkelkabelen vil være et ”offentlig telenett” i forsyningsforskriftens forstand.

- (22) Et offentlig telenett er et telekommunikasjonsnett som er ment for allmennhetens bruk. I dette ligger ikke at alle som ønsker tilgang skal ha ubetinget rett eller

mulighet til adgang. Det er tilstrekkelig at eventuell ledig kapasitet i nettet i prinsippet er tilgjengelig for en krets av kommersielle aktører i et marked. Det har videre vært vanlig å avgrense de offentlige telenettene mot de rene interne nettverkene. Det omtalte nettverket er ikke internt. Klager viser også til forarbeidene til tidligere lov om telekommunikasjon, Ot.prp. nr. 36 (1994-1995), der det i kommentarene til definisjonen av "telenett" i § 1-6 e) er uttalt at "Det er derfor bruksmulighetene som avgjør offentlighetskriteriet, og ikke hvordan nettet rent teknisk er oppbygget". Dette taler for at innklagedes virksomhet er omfattet av forsyningsforskriftens § 4 d).

- (23) For det andre er innklagedes virksomhet omfattet av forsyningsforskriften § 5 h), jf lov av 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) jf § 1-2, jf § 1-5 nr. 1, 4, 6 og 7. Ekomloven omfatter alle typer elektronisk kommunikasjonsteknikk, virksomhet og myndighetsutøvelse i forbindelse med bruk og utvikling av slik kommunikasjon.
- (24) Innklagede har på subsidiært grunnlag gjort gjeldende at forsyningsforskriften ikke kommer til anvendelse fordi anskaffelsen omfattes av unntaket i forskriften § 10 (1) c). Klager anfører at det ikke er snakk om "teletjenester", jf forsyningsforskriften § 1 f). Ytelse av offentlige teletjenester og det å stille til rådighet/drift av offentlige telenett er alternative grunnlag for å falle inn under forsyningsforskriften § 4 d). Innklagedes virksomhet omfatter å stille til rådighet eller drive offentlige telenett ved å leie ut mørk fiber. Typisk er det tjenesteleverandører som etterspør mørk fiber for å kunne bli i stand til å tilby teletjenester i markedet. Tilbud av mørk fiber er altså å likestille med å stille til rådighet infrastruktur for elektronisk kommunikasjon.
- (25) Innklagede henviser til EU-retten og EU-kommisjonens meddelelser. Forsyningsdirektiv 93/83/EF inneholder nøyaktig det samme skillet mellom teletjenester og det å tilby eller drive offentlig telenett. Klager påpeker at meddelelsene omtaler det å tilby teletjenester, og at disse derfor ikke omhandler den aktuelle virksomhet. Kommisjonens uttalelse om kategoriene av teletjenester som unntas fra direktivet, må uansett forstås som en henvisning til den tekniske definisjonen, jf legaldefinisjonen av offentlige telenett i forsyningsforskriften § 1 f) Henvisningen kan ikke forstås som at alt som omfattes av legaldefinisjonen i art. 1 nr. 14 også skal gå inn under unntaket.
- (26) Formuleringen innklagede henviser til i Dragsten og Lindalen s. 364 er upresis. Denne antas å ha sin opprinnelse i Nærings- og Handelsdepartementets veileder til den tidligere EØS-forskriften om anskaffelser til forsyningssektorene punkt 3.4. Av denne veilederen fremgår det imidlertid at unntaket er begrenset til anskaffelser som foretas i forbindelse med tilbud av teletjenester som leveres i fri konkurranse.
- (27) Også ekomloven skiller mellom det å tilby tilgang til elektronisk kommunikasjonsnett og det å være tilbyder av en slik tjeneste, jf ekomloven § 1-5 og forarbeidene til ekomloven. Etter ekomloven vil innklagede i forhold til BaneTele være en tilbyder av tilgang til et elektronisk kommunikasjonsnett. BaneTele vil være en bruker av slik tilgang i forholdet til innklagede, men vil være en tilbyder av elektronisk kommunikasjonstjeneste når selskapet lyssetter fibre og tilbyr for eksempel bredbåndstrafikk til sine kunder. Men bare den som tilbyr kapasitet i et

telenett han har leid eller andre teletjenester er en tjenesteleverandør. Det samme må gjelde i forhold til forsyningsforskriften.

- (28) Det er gode legislative grunner for at forsyningsforskriftens unntak ikke skal gjelde for anlegg, drift og tilbud av offentlige telenett. I Norge er det fremdeles slik at markedet for tilbud av tilgang til offentlige telenett er preget av ufullstendig konkurranse.
- (29) Skillet i forsyningsforskriften og forsyningsdirektivet har sin naturlige begrunnelse i at tilbudet av teletjenester og tilbud/drift av telenett både etter sin art og sitt formål er to forskjellige virksomhetsformer. Det er vanskelig å begrunne hvorfor forsyningsforskriften skulle operere med skillet dersom ikke dette også skulle ha en rettslig betydning ved at det knyttes ulike rettsvirkninger til det å drive innenfor den ene eller den andre virksomhetsdefinisjonen.
- (30) Innklagede indikerer at det også skal leveres teletjenester i forbindelse med driften av kabelen, jf opplysninger om at innklagedes leveranse til BaneTele også inkluderer bredbåndstjenester. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig grunnlag for at anskaffelsen er unntatt fra forskriften i medhold av § 10 (1) c). Dersom innklagede også skulle være tilbyder av teletjenester, vil anskaffelsen av kabelen likevel ikke være en anskaffelse som "utelukkende" skal gjøre selskapet i stand til å yte slike teletjenester. Anskaffelsen vil være en nødvendig forutsetning for å sette innklagede i stand til å stille til rådighet eller drive et offentlig telenett.
- (31) Områdene der det kan være aktuelt for innklagede å tilby teletjenester, finnes det ikke tilgjengelig konkurrerende tilbud, idet Telenor ikke har ledig kapasitet i disse områdene. Med andre ord tilfredsstilles heller ikke vilkåret i unntakshjemmelen om at andre foretak skal ha adgang til å tilby de samme tjenestene i samme område.
- (32) Klager anfører at anskaffelsen ikke er skjedd i samsvar med forsyningsforskriftens prosedyreregler. For det første ble ikke konkurransen kunngjort i tråd med forsyningsforskriftens § 18.
- (33) For det andre ble prekvalifiseringen utført via invitasjoner, uten at den ble annonsert, og uten at prekvalifiseringen ble foretatt i samsvar med forskriftens § 23.
- (34) Videre anfører klager at referanser ikke har vært kontrollert. Klager anfører også at en rekke av foretakene som er prekvalifiserte ikke har slike referanser.
- (35) Klager anfører at valgte tilbyders bruk av ikke-prekvalifiserte underleverandører er i strid med konkurransegrunnlagets minstekrav, jf "*Quotation Instructions*" pkt. 1.2, og utgjør et brudd på kravene til likebehandling og forutberegnelighet i lovens § 5 og forsyningsforskriften § 30 (2). Verken NSW som underleverandør på kabelleveransen eller Artec som underleverandør på kårteggingen er prekvalifiserte.
- (36) To av valgte tilbyders underleverandører har ikke egen kompetanse og utstyr til utførelse av det de skal levere. Dette gjelder kabelleveransen, som valgte tilbyder er prekvalifisert for, og bunnkartlegging, som Seløy er kvalifisert for.

- (37) Klager anfører at innklagede har brutt kravene til likebehandling og forutberegnelighet i lovens § 5 ved å velge et tilbud som inneholder flere avvik fra minstekravene i kravspesifikasjon. Klager anfører at kravene til kartlegging, leggenøyaktighet og kabelkonstruksjon ikke er oppfylt i valgte tilbyders tilbud.
- (38) Vedrørende kravene til kartlegging, mangler valgte tilbyders underleverandør påkrevd sikkerhetsklarering.
- (39) I tillegg anføres det at den valgte leverandøren med underleverandører ikke er i stand til å utføre kartleggingen slik konkurransegrunnlaget forutsetter. Underleverandører vil benytte utstyr som de på nåværende tidspunkt ikke har. Klager viser også til at kontraktens verdi vil medføre en stor belastning for underleverandør Artec. Denne oppfyller derfor ikke forutsetningene i konkurransegrunnlaget, herunder "*General Conditions for Purchase (II)*" pkt. 11.1.
- (40) Vedrørende kravene til leggenøyaktighet, innehar valgte leverandør verken nødvendig utstyr eller kompetanse til å overholde kravene i konkurransegrunnlaget, jf "*Technical Specification*" pkt. 4.3. Valgte tilbyders underleverandør vil anvende en leggemetode som ikke vil kunne følge den forhåndsbestemte ruten. I tillegg har underleverandør heller ikke fartøy som kan forestå operasjonen på en tilfredsstillende måte. Videre har underleverandøren Seløy aldri gjennomført en installasjon av fiberoptisk sjøkabel med et tilsvarende krav til leggenøyaktighet.
- (41) Vedrørende kravene til kabelkonstruksjon, er det valgte tilbudet ikke i overensstemmelse med de kravene som følger av "*Technical Specification*" pkt. 3.3 i konkurransegrunnlaget. Det kreves minimum 3 mm tråddiameter i kabelens ytre lag. Valgte tilbyders underleverandør benytter 2.6 mm tråder, som gir en vekt på kabelen som er 0,5 kg/m lettere enn klagers tilsvarende kabel. Godkjennelsen av tilbudet i "*Clarification Note no.1*" forutsatte at kravene til styrke, synkehastighet og stabilitet på bunnen ble opprettholdt eller bedre. Innklagede anfører at valgte tilbyder har økt trådkvaliteten for å kompensere for den reduserte diameteren. Økt trådkvalitet medfører at det er mulig å opprettholde styrken med en mindre dimensjon, men vekten på kabelen blir lavere. At vekten blir lavere, medfører at synkehastigheten og stabiliteten på bunnen blir dårligere. Materialkostnaden for kabelen blir mindre og prisen lavere, hvilket valgte tilbyder har nytt godt av i motsetning til klager
- (42) Videre gav valgte tilbyder tilbud under forutsetning om bruk av "*PP-garn*", hvilket er et billigere alternativ enn "*PE-kappe*". Konkurransegrunnlaget forutsatte bruk av "*PE-kappe*".
- (43) Klager anfører at det var uforsvarlig saksbehandling å ikke foreta tekniske avklaringer av valgte tilbyders tilbud med bistand fra ekstern ekspertise.
- (44) Videre fremgår det av "*Turn-key Supplier Score-card*" at innklagede endret kravspesifikasjonen i løpet av prosessen uten at dette er meddelt samtlige tilbydere. For det første var det i den opprinnelige kravspesifikasjonen nedfelt et krav om at kabelen skulle legges med stor nøyaktighet i forhold til en forutbestemt rute. I evalueringen punkt 6.1 synes det som om avvik fra planlagt trase er av underordnet betydning. For det andre var det i kravspesifikasjonen krevd at kabelen skulle legges med et bunnstrekk på 50-100 kg. I evalueringens punkt 2 under "*oppsummering* –

teknisk evaluering” fremkommer det at innklagede likevel har akseptert at kabelen legges med slakk.

- (45) Videre anfører klager at det ikke er adgang til å se bort fra enkelte tildelingskriterier under henvisning til at leverandørene oppfyller kvalifikasjonskriteriene, jf klagenemndas sak 2004/162 premiss 24.
- (46) Klager anfører at det foreligger brudd på likebehandlingsprinsippet i lovens § 5 ved at oppdragsgiver ikke har gitt de aktuelle leverandørene like muligheter til å endre sine tilbud. Klager fikk opplyst av innklagede i telefonsamtale av 7. desember 2005 at begge tilbydere skal ha fått anledning til å endre enhetsprisene på tilleggsarbeider, og at klager ville ha vunnet konkurransen dersom de hadde benyttet seg av denne muligheten. Klager har imidlertid ikke mottatt noen forespørsel om å endre enhetsprisene på tilleggsarbeider.
- (47) Innklagede kan heller ikke dokumentere at likebehandling har funnet sted. Dette innebærer brudd på kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet, jf lovens § 5 (3).
- (48) Det er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 (3) å ikke informere om at anskaffelsen ville bli gjennomført som konkurranse med forhandlinger, der det var rom for justering av anbudsprisene.
- (49) Klager anfører at innklagede har brutt begrunnelsesplikten, jf forsyningsforskriften § 31 (1). Beslutningen om å ikke velge klager ble meddelt via SMS og e-post uten nærmere begrunnelse og uten angivelse av klagefrist.
- (50) Klager anfører videre at det foreligger brudd på forsyningsforskriftens § 31 (2) ved at oppdragsgiver ikke har gitt tilstrekkelig nærmere begrunnelse for valg av tilbyder etter anmodning fra klager. Den begrunnelse klager mottok fra innklagede har ikke satt klager i stand til å vurdere om oppdragsgivers valg av tilbud har vært saklig og forsvarlig, basert på korrekt faktisk grunnlag og i samsvar med tilbudsgrunnlagets tildelingskriterier.
- (51) Innklagede har også satt betingelser om at klager skal akseptere tildelingsbeslutningen som forutsetning for at innklagede skal gi begrunnelse som klager etter regelverket har krav på. Dette er et brudd på grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper.
- (52) Klager ber klagenemnda uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning i nærværende sak er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (53) Innklagede anfører at saken må avvises. Klagen gjelder innklagede tekniske og innkjøpsfaglige vurderinger som klagenemnda ikke kan overprøve.
- (54) Innklagede anfører at anskaffelsen ikke er omfattet av forsyningsforskriften. Innklagede stiller ikke til rådighet/driver et ”offentlig” telenett jf forsyningsforskriften § 1 g). Den omtalte kabelen er ikke stilt til disposisjon for allmennheten, så lenge det kun er tilbydere av teletjenester som vil ha tilgang til å leie kapasitet.

- (55) Uansett anfører innklagede at anskaffelsen omfattes av unntaket i forskriftens § 10 (1) c). Unntaket gjelder også der tjenesten er å stille nett til disposisjon for andre aktører. Det er på ingen måte grunnlag for å hevde at forsyningsforskriften har et klart skille mellom det å stille til rådighet og/eller drive offentlig telenett, og det å yte en eller flere teletjenester. Dragsten og Lindalen omtaler temaet i "Offentlige anskaffelser" s. 364 hvor det heter at anskaffelser som gjelder utstyr og tjenester som oppdragsgiver leverer i fri konkurranse med andre, omfattes ikke av forsyningsforskriften.
- (56) Å stille til rådighet mørk fiber må være å anse som en tjeneste. Til sammenligning er overføringskapasitet i ekomloven definert som en "elektronisk kommunikasjonstjeneste i form av fast etablert kapasitet for signaltransport som innsatsfaktor for produksjon av tjeneste", jf § 1-5 nr. 6. Post- og teletilsynet behandler mørk fiber som en elektronisk kommunikasjonstjeneste. Tjenesten mørk fiber er en nødvendig del av overføringen av signalene, og både fiberkabelen og overføringsutstyret må anses som "telekommunikasjonsteknikk". "Offentlig telenett", jf forskriftens § 1 g) er ingen motsats til "offentlig teletjeneste". Nettet er ingen tjeneste i seg selv, men den nødvendige infrastrukturen som benyttes til å tilby teletjenester.
- (57) Innklagede skal leie ut kapasitet og overføringstjenester til aktører i markedet. Dette vil falle inn under "overføring og ruting av signaler i det offentlige telenett", jf forsyningsforskriften § 1 f). Innklagede vil yte teletjenester når selskapet stiller kabelen og WDM-tjenester til rådighet for aktører i markedet. Anskaffelsen av kabelen skal gjøre innklagede i stand til å yte disse teletjenestene. Utleie av fiber og tjenester skjer i fri konkurranse med andre leverandører. Innklagede presiserer at innklagede skal selge en teletjeneste, og er leverandør av overføringstjenester til grossister i telemarkedet. Tjenesten begrenser seg ikke til å eie og vedlikeholde en kabel som stilles til andres disposisjon. Innklagede er også operatør av linjen og foretar såkalt lyssetting av denne, samt står for den elektronikken som muliggjør kommunikasjonen.
- (58) EU-kommisjonens meddelelse om hvem som er unntatt etter den tilsvarende bestemmelsen i forsyningsdirektiv 93/38/EF artikkel 8, jf EU-Tidende 1999/C156/03 viser at også den er ment å gjelde for oppdragsgivere som stiller til rådighet offentlig telenett.
- (59) Klager hevder at legislative hensyn tilsier at unntaket ikke skal gjelde for anlegg, drift og tilbud av offentlig telenett. Det hevdes at markedet er preget av ufullstendig konkurranse, og at det derfor er behov for en regulering av anskaffelsesprosessen. Dette står i skarp kontrast til de vurderinger som er gjort av EU og den norske regjeringen. I forbindelse med vedtakelsen av nytt EU-direktiv for forsyningssektorene er telekommunikasjonssektoren utelatt fra anskaffelsesregelverket. Bakgrunnen for dette er at det innenfor sektoren er oppnådd effektiv konkurranse både faktisk og rettslig.
- (60) Klager anfører at vilkåret om fri konkurranse ikke er innfridd. Det hevdes at det i en del tettsteder langs kysten ikke finnes konkurrerende tilbud, idet Telenor ikke har ledig kapasitet i områdene. For det første er dette en meget generell og udokumentert

påstand. Uansett er ikke tidvis kapasitetsbegrensninger til hinder for at det kan konstanteres full konkurranse.

- (61) Uansett anføres det at prosessen er i tråd med prinsippene i lov om offentlige anskaffelser og generelle anbudsrettslige prinsipper.
- (62) Innklagede bestrider at prekvalifiseringen er foretatt i strid med konkurransegrunnlagets minstekrav. De omtalte firmaer er underleverandører til de godkjente entreprenører på delområdet, og det foreligger ikke krav i konkurransegrunnlaget til at disse skal være prekvalifiserte på lik linje med entreprenøren. Det er uansett ikke riktig at valgte tilbyders underleverandør NSW ikke er prekvalifisert. Valgte tilbyder ble prekvalifisert på vegne av NSW etter søknad av 8. juni 2005. På samme måte søkte Seløy Undervannservice AS prekvalifisering basert på bl.a. utstyr og kompetanse fra Artec Subsea AS.
- (63) Klager peker på at to av valgte tilbyders leverandører ikke har egen kompetanse og utstyr til utførelsen av det de skal levere. Dette er ikke noe krav fra innklagedes side.
- (64) Innklagede innrømmer at samtlige referanser er ikke kontrollert. Imidlertid er referanser undersøkt for de leverandører som ikke har vært kjent for innklagede.
- (65) Innklagede bestrider at tilbudsevalueringen er mangelfull. Innklagede har foretatt en omfattende tilbudsevaluering av begge tilbyderne, både teknisk, prosjektmessig og økonomisk. Innklagede viser til at det i forhold til regelverket gjelder et proporsjonalitetskrav. Innklagede har ikke som formål å bygge en verdensledende fiberoptisk kabel, men en kabel som er god nok for formålet. Begge leverandører tilfredsstiller innklagedes minimumskrav, og anses derfor som likeverdige. Man har derfor valgt å avgjøre tildelingen på pris.
- (66) Innklagede bestrider at valgte tilbyders oppfyllelse av kravene til kartlegging, leggenøyaktighet og kabelkonstruksjon ikke er i samsvar med konkurransegrunnlaget. Innklagede bestrider utilstrekkelig teknisk kompetanse og evne til å vurdere de tekniske løsninger som er fremsatt i tilbudene, og at det er gjort uriktige vurderinger under evalueringen.
- (67) Spørsmålet om sikkerhetsklarering har vært tatt opp med begge leverandører i "*Bid Clarification no. 2*" av 10. oktober 2005, og begge tilbydere bekrefter at de er i posisjon til å få en slik godkjennelse. Dette er lagt til grunn av innklagede.
- (68) Vedrørende kravene til kartlegging, er valgte tilbyders underleverandør Seløy godkjent som hovedansvarlig på sitt delområde og den som i første rekke er ansvarlig for at arbeidet blir utført på tilfredsstillende måte. Innklagede har også vært i kontakt med valgte tilbyders underleverandør Artec og konstatert at selskapet har det nødvendige utstyr som i kvalitet ikke er dårligere enn det som er tilbudt fra klager.
- (69) Når det gjelder leggenøyaktighet, har valgte tilbyder bekreftet at firmaet er i stand til å oppfylle de vilkår som er stillet i kontrakten, og at en disponerer tilfredsstillende utstyr. Innklagede har ikke funnet grunn til å trekke dette i tvil.

- (70) Vedrørende kravene til kabelkonstruksjon tilfredsstiller den kabel som er tilbudt fra valgte tilbydere de krav som er stilt i anbudsgrunnlaget. Spesielt påpekes at begge tilbydere har gitt tilbud på kabel med "HDPE-kappe", og at det er prisen på denne som er vurdert og lagt til grunn for avgjørelsen. Videre påpekes at det i forespørselen er satt krav til dobbel armering, noe valgte tilbydere har tilbudt. Innklagede har ikke spesifisert hvor armeringen i kabelen skal ligge. Når det gjelder tråddykkelsen har valgte tilbydere gått ned på tråddykkelsen, men til gjengjeld er styrke på trådkvaliteten øket. Dette er vurdert å være tilfredsstillende i henhold til "Clarification Note no. 1" av 2. juli 2005. Valgte tilbydere leverer en kabel med høy egenvekt. Det vi si at den er tung i forhold til sin størrelse. Den vil derfor synke fortere og være mer stabil enn en kabel med lavere egenvekt av den typen klager leverer. I tillegg leveres valgte tilbyders kabel med armering av bedre kvalitet og høyere styrke enn klagers kabel. Denne armeringen er derfor mer kostbar å produsere enn den klager har tilbudt.
- (71) Innklagede bestrider at det foreligger brudd på kravene til foruberegnelighet, likebehandling og etterprøvnbarhet ved at klager ikke fikk anledning til å fremlegge et nytt tilbud. Dette er feil. De to tilbyderne ble 1. november 2005 invitert til å komme med nye priser på forespørselen, med frist til 8. november 2005. Begge tilbyderne hadde da full anledning til også å komme med nye enhetspriser.
- (72) Det er ikke foretatt endringer av spesifikasjonene som ikke er meddelt klager. Det er ikke riktig, slik klager påstår, at nøyaktighetskravet til leggingen er endret. Innklagede godtok valgte tilbyders løsning for kabelutleggelse uten positivt bunnstrekk, men med samme nøyaktighetskrav som ved bruk av andre løsninger, etter felles utsendelse av spørsmål og svar.
- (73) Innklagede har ikke misforstått skillet mellom kvalifikasjons- og tildelingskriterier. "Turn-Key Supplier Score-Card" viser at innklagede har vurdert tilbudene opp mot tildelingskriteriene.

Klagenemndas vurdering:

- (74) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Forsyningsforskriftens anvendelsesområde:

- (75) Partene er enige om at anskaffelsen reguleres av lov om offentlige anskaffelser, og at innklagede er et offentlig foretak. På bakgrunn av faktum i saken er nemnda enig i denne vurderingen. Spørsmålet er om anskaffelsen omfattes av forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektorene) av 5. desember 2003 nr. 1424.
- (76) Av forsyningsforskriften § 4 (1) d) fremgår det at forskriften kommer til anvendelse på virksomhet som utøves av oppdragsgiver som nevnt i § 3 og som har til formål å "stille til rådighet eller drive offentlige telenett eller ytelse av en eller flere offentlige teletjenester". Spørsmålet er om kabelen stilles til disposisjon for allmennheten, slik at det er snakk om et "offentlig" telenett. Det fremgår av innklagedes tilsvare av 7. mars 2006 at innklagede skal tilby bredbåndsoverføringstjenester og leie ut mørk fiber til bredbåndsselskaper som har behov for høykapasitets data- og telekomforbindelser mellom Sør- og Nord-Norge, samt å gi lokale bredbåndsselskaper mulighet til bredbåndsoverføring innenfor sitt område. Kabelen

skal således stilles til disposisjon for aktører som kan konkurrere om å leie kapasitet på denne, og videre tilby bredbåndstjenester for bedrifter og andre kunder. Det fremgår også av tilsvaret at innklagede 10. mai 2005 inngikk en leieavtale med bredbåndsselskapet BaneTele AS om leie av 6 fiberpar mørk fiber og bredbåndstjenester på WDM-nivå. Klagenemnda finner på dette grunnlag at kabelen utgjør et "offentlig telenett", ved at denne må sies å være stilt til disposisjon for allmennheten, jf det som er referert i premiss (2) innledningsvis. Den angjeldende anskaffelsen omhandler "å stille til rådighet eller drive offentlig telenett", og anskaffelsen er omfattet av forsyningsforskriften. Klagenemnda tar ikke stilling til om innklagedes virksomhet omfattes av ekomloven, jf forsyningsforskriften § 5 h).

- (77) Spørsmålet blir da om innklagedes virksomhet vil bestå i å tildele kontrakter som "utelukkende skal gjøre det mulig for ham å yte én eller flere teletjenester", jf forskriftens § 10 (1) c), slik at anskaffelsen er unntatt forsyningsforskriften. Forskriftens § 1 f) definerer teletjenester slik:

"Med teletjenester" menes tjenester som helt eller delvis består i overføring og ruting av signaler i det offentlig telenett ved bruk av telekommunikasjonsteknikk, med unntak av kringkasting over radio og fjernsyn."

- (78) Forskriften § 10 (1) c) unntar anskaffelser som "utelukkende" skal gjøre det mulig for oppdragsgiver å yte en eller flere "teletjenester". Forskriftens § 4 d) legger, slik klagenemnda ser det, opp til et skille mellom det å "å stille til rådighet eller drive offentlige telenett" og yte "en eller flere offentlige teletjenester". Klagenemnda kan ikke se at utleie av kapasitet i kabel, lyssetting, tilbud av bredbåndstjenester på WDM-nivå og overføringstjenester til aktører i markedet er å yte "teletjenester" i henhold til forskriftens § 1 f), men at innklagedes virksomhet, slik denne er fremstilt for klagenemnda, må henføres under forskriften § 4 d) "å stille til rådighet eller drive offentlige telenett". Selv om installasjon av kabelen er en nødvendig del av den infrastrukturen som benyttes til å tilby teletjenester, kan ikke utleie av denne regnes som en "teletjeneste" i seg selv. Unntaket i § 10 vil derfor etter nemndas oppfatning ikke komme til anvendelse.

- (79) Anskaffelsen er over terskelverdi, og omfattes av forsyningsforskriften av 5. desember 2003. Det utgjør derfor et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser at innklagede har lagt til grunn at anskaffelsen faller utenfor forsyningsforskriftens område. Da klagers øvrige anførsler ikke er egnet til overprøving grunnet klagenemndas skriftlige behandlingsform, finner ikke nemnda grunnlag for å ta stilling til disse.

Konklusjon:

KystTele AS har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved uriktig å legge til grunn at anskaffelsen ikke var omfattet av forsyningsforskriften av 5. desember 2003.

For klagenemnda
12. februar 2007



Morten Goller