

Nærværende notat er fortroligt og udarbejdet til brug for vurdering af, om en eventuel retssag skal føres – notatet er på denne baggrund undtaget for aktindsigt i overensstemmelse med gældende ret.

NOTAT OM REVIDERET GENNEMGANG AF ISHØJ FÆLLESANTENNENET

1. BAGGRUND OG AFGRÆNSNING

På baggrund af et EU-udbud indgik Ishøj Kommune ("**Kommunen**") og Konsortiet Ishøj Fællesantenne ("**Kabelplus**") den 22. marts 2017 kontrakt om drift og vedligeholdelse og support af Ishøj Fællesantennenet ("**Kontrakten**").

En teknisk gennemgang af Ishøj Fællesantennenet ("**Anlægget**") viste, at Anlægget ved kontraktstart fremstod i ringere stand, end hvad Kabelplus kunne forvente i henhold til det i udbudsmaterialet beskrevne.

På den baggrund indgik Kommunen og Kabelplus den 24. maj 2018 et forlig ("**Forligsaftalen**")¹, hvorefter Kabelplus skulle renovere Anlægget, således at det blev bragt i en stand som beskrevet i bilag 1 til Forligsaftalen. Anlægget skulle afleveres i den i bilag 1 beskrevne stand senest den 31. oktober 2018, hvorefter Kommunen i samarbejde med Brix og Kamp A/S ville foretage en gennemgang af Anlægget for at konstatere, om renovationen af Anlægget var udført i overensstemmelse med kravene i bilag 1 til Forligsaftalen.

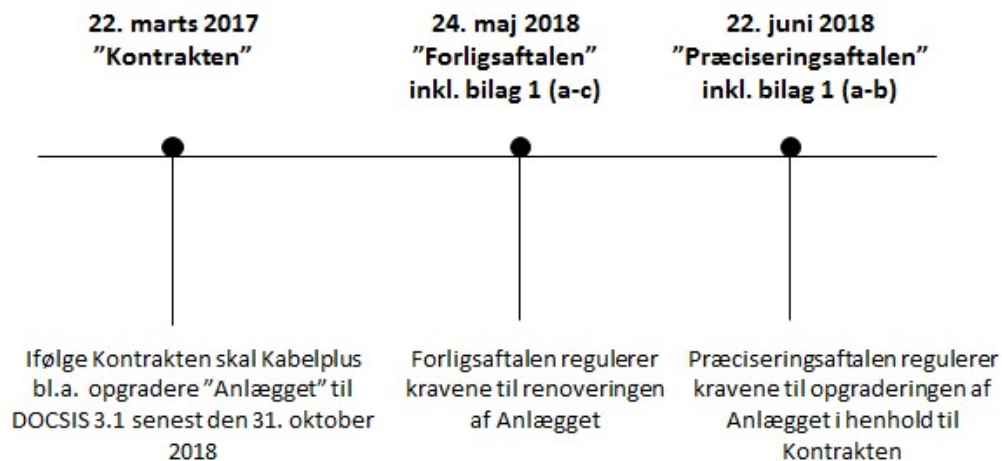
I henhold til punkt 2.3 i bilag 1 til Kontrakten "Kravspecifikation til Kontrakten", er Kabelplus forpligtet til at opgradere Anlægget til DOCSIS 3.1. Opgraderingen skulle i henhold til bilag 5 til Kontrakten "Tidsplan til Kontrakten" senest være gennemført den 31. oktober 2018.

Den 22. juni 2018 indgik Kommunen og Kabelplus aftalen "Præcisering af koncessionsaftale af 22.03.2017 vedrørende Opgradering til DOCSIS 3.1 i Ishøj Fællesantenne" ("**Præciseringsaftalen**")². I Præciseringsaftalen redegøres der nærmere for de aftalte arbejder og de tekniske principper, der er gældende for opgraderingen til DOCSIS 3.1, samt afleveringsforretningen forbundet hermed.

¹ Forligsaftalen blev besluttet i Byrådet den 8. maj 2018.

² Præciseringsaftalen blev taget til efterretning i Byrådet den 26. juni 2018.

Oversigt over aftaler mellem Kabelplus og Kommunen om renovering og opgradering af Anlægget:



Brix og Kamp A/S udførte i november 2018 en gennemgang af Anlægget, som skulle fastslå, om opgraderingen og renoveringen jf. ovenfor, var sket i overensstemmelse med det mellem Kommunen og Kabelplus aftalte.

Brix og Kamp A/S udarbejdede i den forbindelse en evalueringsrapport ("**Evalueringsrapporten**"), hvori de tekniske resultater af gennemgangen er indeholdt.

Horten udarbejdede notat af 22. november 2018, som på baggrund af Evalueringsrapporten tog stilling til om renoveringen og opgraderingen af Anlægget var behæftet med væsentlige mangler, som dermed kunne give Kommunen ret til at hæve aftalen med Kabelplus.

På baggrund af Hortens notat af 22. november 2018, sendte Horten brev af 5. december 2018 til Kabelplus, hvor Kabelplus blev givet en frist på otte uger for udbedring af de udeståender, som Evalueringsrapporten fastslog, forelå. Der var tale om følgende forhold:

- Kabelplus skal aflevere retvisende dokumentation.
- Kabelplus skal kunne levere og installere modems hos brugerne som aftalt – herunder sikre, at de leverede og installerede modems er kompatible med nettet.
- En test af internethastigheden skal vise, at hastigheden lever op til det aftalte.

Brix og Kamp A/S har nu udarbejdet en revideret gennemgang af Anlægget, som skal fastslå, om udeståenderne er blevet udbedret.

Kommunen har på den baggrund bedt Horten om at udarbejde nærværende notat, som på baggrund af den reviderede gennemgang fastslår, om renoveringen og opgraderingen af Anlægget er behæftet med væsentlige mangler, som giver Kommunen ret til at hæve aftalen med Kabelplus.

2. KONKLUSION

2.1 Dokumentation

Den reviderede gennemgang viser, at den fuldstændige dokumentation foreligger, hvorfor Kabelplus ikke på dette punkt er i misligholdelse af det aftalte.

2.2 Modems

Den reviderede gennemgang viser, at der er installeret modems hos brugerne i henhold til det aftalte, hvorfor Kabelplus ikke på dette punkt er i misligholdelse af det aftalte.

2.3 Internethastighed

Den reviderede gennemgang viser, at der kan leveres en internethastighed på 1000/100 Mbit/s og ikke på 1000/1000 Mbit/s.

Der er uenighed omkring, hvorvidt Kabelplus i Kontrakten har taget forbehold for opgradering af Anlægget til DOCSIS 3.1, herunder at levere internethastighed på 1000/1000 Mbit/s, før dette er teknisk muligt.

Derudover er der usikkerhed omkring, hvornår fristen for endelig aflevering foreligger. Præciseringsaftalen kan muligvis fortolkes således, at endelig aflevering først skal ske, når det er teknisk muligt at opgradere Anlægget til DOCSIS 3.1, herunder levere internethastighed på 1000/1000 Mbit/s.

På denne baggrund er det usikkert, om der er tale om en væsentlig misligholdelse af kontrakten, og om Kommunen er berettiget til at hæve aftalen med henvisning til, at Brix & Kamp A/S vurderer, at man på nuværende tidspunkt ikke kan levere internethastighed på 1000/1000 Mbit/s i Anlægget grundet den teknologiske udvikling.

Det kan således ikke afvises, at domstolene i forbindelse med en eventuel retssag vil komme frem til, at en sådan ophævelse er uretmæssig.

Kommunen bør ligeledes ved overvejelserne af, om Kommunen ønsker at ophæve aftalen, have med i vurderingen, at der efter det oplyste på nuværende tidspunkt ikke findes nogen virksomheder, som kan levere internethastighed på 1000/1000 Mbit/s i Anlægget.

Det skal i øvrigt understreges, at det er vores vurdering, at når andre aktører på markedet bliver i stand til at levere 1000/1000 Mbit/s, da vil det forbehold - som Kabelplus påstår at have taget - bortfalde.

Hvis Kabelplus ikke tilbyder levering af 1000/1000 Mbit/s nogenlunde samtidigt med de øvrige aktører på markedet, er det vores umiddelbare vurdering, at den mangelfulde levering kan karakteriseres som en væsentlig misligholdelse af kontrakten.

På denne baggrund er det vores anbefaling, at kontrakten med Kabelplus ikke ophæves på nuværende tidspunkt.

3. RESULTAT AF REVIDERET GENNEMGANG AF ANLÆGGET

Ved Hortens brev af 5. december 2018 til Kabelplus fremgik, at følgende udestår, før der kan ske endelig aflevering af Anlægget:

- Kabelplus skal aflevere retvisende dokumentation.
- Kabelplus skal kunne levere og installere modems hos brugerne som aftalt – herunder sikre, at de leverede og installerede modems er kompatible med nettet.
- En test af internethastigheden skal vise, at hastigheden lever op til det aftalte.

3.1 Dokumentation

Gennemgangen i november 2018 viste, at dokumentationen var ufuldstændig, da der var enkelte steder, hvor dokumentationen over Anlægget ikke stemte overens med de installationer, der er foretaget på Anlægget.

Det fremgår af den reviderede gennemgang, at dette er udbedret, og at den fuldstændige dokumentation nu foreligger.

Kabelplus er derfor på dette punkt ikke i misligholdelse af det aftalte.

3.2 Modems

Det fremgik af Evalueringsrapporten, at det er en forudsætning for at kunne modtage det hurtige internet 1000/1000, som DOCSIS 3.1 opgraderingen medvirker til, at der installeres et nyt modem, som er særligt udviklet til at understøtte DOCSIS 3.1, hos den enkelte bruger.

Gennemgangen i november 2018 viste, at der ikke var installeret modems hos brugerne af Anlægget, hvorfor anlægget ikke kunne testes.

Den reviderede gennemgang af Anlægget viser, at der nu er sket installation af modems hos de 27 testbrugere. Derudover er det muligt at få installeret et nyt modem, i det tilfælde man køber en 500 eller 1000 Mbit forbindelse.

Kabelplus er derfor på dette punkt ikke i misligholdelse af det aftalte.

3.3 Internethastighed

Ved gennemgangen i november 2018 var det ikke muligt at teste, om internethastigheden levede op til det aftalte, da det var en forudsætning for at teste dette, at der var installeret modems hos brugerne.

Da modems nu er installeret hos de 27 testbrugere, jf. punkt 3.2, har det i forbindelse med den reviderede gennemgang af Anlægget været muligt at teste internethastigheden.

Den reviderede gennemgang af Anlægget viser, at internethastigheden er 1000/100 Mbit/s.

Der er mellem parterne uenighed om, hvorvidt Kabelplus i Kontrakten har taget forbehold for tidspunktet for opgradering af Anlægget til DOCSIS 3.1, herunder at der kan leveres en internethastighed på 1000/1000 Mbit/s.

Følgende fremgår af Kontraktens bilag 2 "Leverandørens Løsningsbeskrivelse", s. 7:

"Beboede, der ønsker de nye høje hastigheder, vil fra start, den 1. juni 2017, blive tilbudt helt nye Docsis 3.1 duelige modems. De nye modems har en række fordele som de gamle modems ikke har. De nye modems bruger 32 kanaler hvor de kan hente data fra. Det betyder at vi fra den 1. juni 2017 (når den tidligere udbyder lukker ned), kan tilbyde båndbredder på 1000/1000 Mbit/s til de kunder, som sidder på ombyttet "Øer".

Da vi successivt udbygger anlægget til Docsis 3.1, "Ø – efter Ø", betyder det at de brugere, som er tilsluttet en ombygget Ø, vil kunne tilbydes de høje hastigheder (500 og 1000 mbit/s) når ombygningen af deres "Ø", er færdig og vi kan således tilbyde Docsis 3.1 til samtlige husstande senest pr. 31.10.2018, jfr. Tidsplanen Bilag 5."

I henhold til ovenstående har Kabelplus forpligtet sig til at opgradere Anlægget til DOCSIS 3.1 senest den 31. oktober 2018, herunder tilbyde en internethastighed på 1000/1000 Mbit/s fra den pågældende dato.

Kabelplus anfører i Kontraktens bilag 5 "Tidsplan", at:

"Vi er opmærksomme på, at der i skrivende stund er en del usikkerheder omkring implementeringen af Docsis 3.1 protokollen, og Cisco og Conscia har overfor os oplyst, at der kan blive tale om forsinkelser i implementeringen af Docsis 3.1 opgraderingen, men det er vores opfattelse at der er tale om mindre forsinkelser, og derfor vil vi have fokus rettet mod dette, og i første omgang implementere Docsis 3.0, indtil at vi har en 100% garanti fra Cisco og Conscia om at alle udfordringer er løst."

Det er usikkert, om formuleringen af Kontrakten bilag 5 "Tidsplan", må betragtes som et forbehold fra Kabelplus' side om, at Kabelplus alene forpligter sig til at opgradere Anlægget til DOCSIS 3.1, herunder at kunne levere internethastighed på 1000/1000 Mbit/s, når teknologien tillader det.

Af Præciseringsaftalens afsnit 7 fremgår ligeledes følgende (vores understregning):

"Da det på nuværende tidspunkt ikke er muligt at lave en fysisk test af de nye højere hastigheder, som bliver mulige efter opgradering til docsis 3.1, vil hele entreprenen i første omgang kun blive foreløbigt godkendt d. 31.10.2018. Den endelige godkendelse vil først ske, når følgende er opfyldt:

Der udføres hastighedstest i forbindelse med installation på kunder under hver Ø. Disse test skal vise, at den testede hastighed kan leveres i 90 % af de testede."

Det er ifølge Præciseringsaftalen tvivlsomt, om det i Kontrakten aftalte afleveringstidspunkt den 31. oktober 2018 fortsat gælder, eller om Præciseringsaftalens afsnit 7 skal forstås således, at Kabelplus først er forpligtet til endelig aflevering, når det er teknisk muligt at levere den aftalte internethastighed på 1000/1000 Mbit/s.

Ifølge "Notat om markedssituationen vedr. docsis 3.1" udarbejdet Brix og Kamp A/S i januar 2019, er det sandsynligvis ikke muligt på nuværende tidspunkt at levere 1000 Mbit i uploadhastighed. Følgende fremgår af notatet:

" Størstedelen af udviklingen på docsis 3.1 har været prioriteret til download hastighed. Derfor er der, i henhold til vores kendskab, endnu ingen leverandører af udstyr der er klar med en stabil løsning til at kunne levere 1000 Mbit i upload.

[...]

Ishøj Fællesantenne er dermed blandt de første antenneforeninger i Danmark, der kan tilbyde docsis 3.1 modems og bredbåndshastigheder på 1000/100 mbit på et coax net.

[...]

Brix og Kamp kan ikke give et kvalificeret bud på en tidshorisont for, hvornår docsis 3.1 standarden, herunder specielt CMTS og modems er så udviklede, at de kan håndtere 1000/1000 mbit.

Da teknologien stadig er så ny, er korrekte modems og tilstrækkelig kapacitet i anlægget dog ingen garanti for, at der ville kunne tilbydes 1000 Mbit i upload, da denne hastighed efter Brix og Kamps oplysninger endnu kun er testet på CMTS og modems i laboratorie og ikke på et fysisk anlæg.

Den maksimale upload hastighed som Docsis 3.1 standarden understøtter er 1.700 Mbit. Princippet for hvilken hastighed man sælger til den enkelte bruger, er forskelligt fra leverandør til leverandør, men vi vurderer at man højst kan sælge halvdelen af den samlede hastighed der er til rådighed. Her spiller størrelsen på øerne også ind, ligesom antallet af brugere med internet på øen er væsentligt. På den baggrund mener Brix & Kamp at det kræver yderligere udvikling af teknologien inden der kommer leverandører der kan levere 1000 Mbit i upload hastighed."

Det fremgår således af ovenstående, at hverken CMTS eller modems på nuværende tidspunkt er udviklet tilstrækkeligt til, at der kan leveres 1000 Mbit i uploadhastighed. Det fremgår ligeledes, at selv hvis CMTS og modems var tilstrækkeligt udviklede, ville det sandsynligvis alene være muligt at levere halvdelen af den samlede hastighed, der til rådighed (det vil sige halvdelen af 1700 Mbit).

Da der er usikkerhed omkring, hvornår Kabelplus er forpligtet til at levere en internethastighed på 1000/1000 Mbit/s, kan det ikke entydigt fastslås, at Kabelplus på nuværende tidspunkt er i væsentlig misligholdelse, for så vidt angår reoveringen eller opgraderingen af Anlægget.

Det kan ikke afvises, at domstolene i forbindelse med en eventuel retssag vil komme frem til, at Kommunens ophævelse af aftalen er uretmæssig på baggrund af sagens konkrete omstændigheder. Hvis dette er tilfældet, vil ophævelsen i sig selv blive betragtet som en væsentlig misligholdelse fra Kommunens side. Hvis Kommunen vælger at hæve på det foreliggende grundlag, kan vi derfor ikke afvise, at ophævelsen vil have problematiske følger fremadrettet.

Kommunen bør ligeledes gøre sig praktiske overvejelser ved vurderingen af, om Kommunen vil hæve aftalen på baggrund af forholdet.

Kabelplus har været i kontakt med Cisco og Arris, der er leverandører på området, som oplyser, at de ikke er bekendt med, at der på nuværende tidspunkt er nogen, som kan tilbyde 1000 Mbit/s i upload. Heller ikke Brix og Kamp A/S er bekendt med udbydere, som kan tilbyde 1000 Mbit/s i upload.

Kommunen bør således ved overvejelserne af, om Kommunen ønsker at ophæve aftalen, have med i vurderingen, at det sandsynligvis ikke er muligt på nuværende tidspunkt at finde en anden leverandør, som kan levere internethastighed på 1000/1000 Mbit/s.

Det skal i øvrigt understreges, at det er vores vurdering, at når andre aktører på markedet bliver i stand til at levere 1000/1000 Mbit/s, da vil det forbehold - som Kabelplus påstår at have taget i Kontraktens bilag 5 - falde bort.

Hvis Kabelplus ikke tilbyder levering af 1000/1000 Mbit/s nogenlunde samtidigt med de øvrige aktører på markedet, er det vores umiddelbare vurdering, at den mangelfulde levering kan karakteriseres som en væsentlig misligholdelse af kontrakten.