

Nærværende notat er 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 GENNEMGANG AF ISHØJ FÆLLESANTENNENET

1. BAGGRUND OG AFGRENSNING

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.

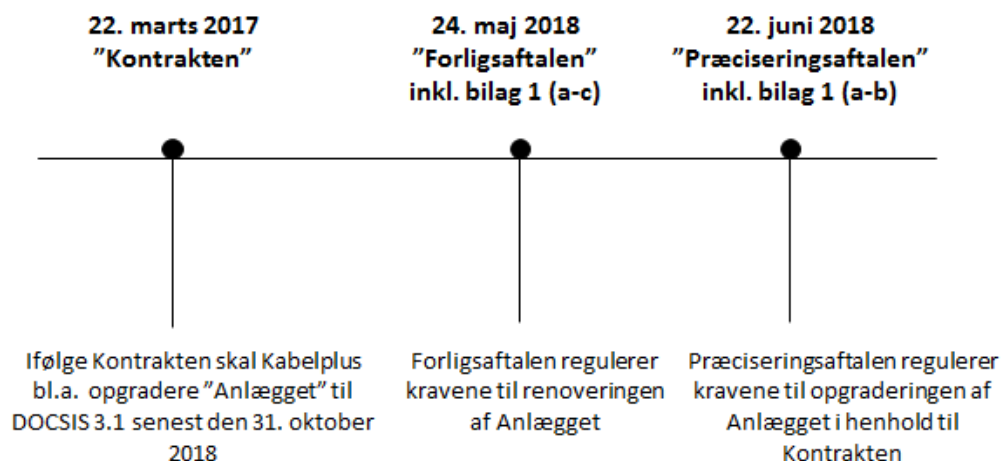
I henhold til punkt 2.3 i bilag 1 til Kontrakten "Kravspecifikation til Kontrakten", er Kabelplus forpligtet til at opgradere Anlægget til DOCSIS 3.1. Opgraderingen skulle i henhold til bilag 5 til Kontrakten "Tidsplan til Kontrakten" senest være gennemført den 31. oktober 2018

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" ("**Præ-**

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

ciseringsaftalen")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.

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



Brix og Kamp A/S har udført en gennemgang af Anlægget, som skal fastslå, om opgraderingen og renoveringen jf. ovenfor, er sket i overensstemmelse med det mellem Kommunen og Kabelplus aftalte.

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

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

Der stilles ikke i Kontrakten eller andre steder krav om brugertilfredsheden ved Anlægget – en dårlig brugertilfredshed vil således vanskeligt kunne udgøre en væsentlig misligholdelse, som giver Kommunen ret til at hæve aftalen. Det bemærkes i den forbindelse, at det i kontrakter som de pågældende ikke er sædvanligt at stille krav til brugertilfredsheden, hvorfor et sådan krav i øvrigt ikke ville være markedskonformt. Brugertilfredsheden vil derfor ikke blive tillagt afgørende betydning i den juridiske vurdering af, om Anlægget er renoveret og opgraderet i henhold til det aftalte.

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

2. KONKLUSION

Kontrakten mellem Kommunen og Kabelplus er blevet kompliceret af, at Anlægget ved kontraktstart fremstod i ringere stand, end hvad Kabelplus kunne forvente i henhold til det i udbudsmaterialet beskrevne.

Kabelplus har foretaget en renovering af Anlægget i henhold til det aftalte, jf. afsnit 3.1 nedenfor. Derfor er Kabelplus ikke i væsentlig misligholdelse for så vidt angår renoveringen af Anlægget.

Kabelplus har foretaget en opgradering af Anlægget i henhold til det aftalte, jf. afsnit 3.2 nedenfor. Anlægget er forberedt til at kunne understøtte DOCSIS 3.1. Anlægget er dog endnu ikke opgraderet til DOCSIS 3.1, idet der på nuværende tidspunkt ikke er installeret modems hos brugerne af Anlægget. Det betyder, at brugerne ikke kan få gavn af den høje internethastighed, ligesom at det ikke kan måles, hvorvidt internethastigheden lever op til det mellem parterne aftalte.

Kabelplus er forpligtet til at levere og installere modems hos brugerne til Anlægget. Det er dog tvivlsomt om Kabelplus ifølge Præciseringsaftalen er forpligtet til at installere modems hos brugerne af Anlægget til den 31. oktober 2018. Det fremgår på denne baggrund af Evalueringsrapporten, at der alene er tale om en foreløbig godkendelse af, hvorvidt Anlægget er opgraderet til DOCSIS 3.1.

Kabelplus har udført de øvrige arbejder, der var forbundet med opgraderingen af Anlægget. Kabelplus er således ud fra en helhedsbetragtning ikke på nuværende tidspunkt entydigt i væsentlig misligholdelse.

Skulle spørgsmålet om væsentlig misligholdelse blive indbragt for domstolene, måtte Kommunen med en vis sandsynlighed forvente en velvillighed over for Kabelplus, da Kabelplus i den konkrete sammenhæng står som en mindre kommerciel aktør over for Kommunen.

Da Kabelplus ikke entydigt er i væsentlig misligholdelse, for så vidt angår renoveringen eller opgraderingen af Anlægget, kan det ikke anbefales, at Kommunen på det foreliggende grundlag gør væsentlig misligholdelsesbeføjelser gældende over for Kabelplus på nuværende tidspunkt.

Kommunen kan efter vores vurdering give Kabelplus en rimelig frist til at installere modems hos brugerne af Anlægget. Fristens længde er forbundet med nogen usikkerhed, men vi anser 8 uger for at udgøre en rimelig frist. Opfylder Kabelplus ikke sin forpligtelse indenfor de 8 uger, vil Kommunen kunne gøre væsentlig misligholdelse gældende.

Ved væsentlig misligholdelse i form af forsinket leverance er Kommunen ifølge Kontrakten forpligtet til at give Kabelplus yderligere 60 arbejdsdage til at levere. Sker dette ikke, kan Kommunen på denne baggrund hæve Kontrakten. Afhængig af omstændighederne kan Kommunen kræve bod for hver påbegyndt arbejdsdag, som den givne frist overskrides.

3. RESULTAT AF GENNEMGANG AF ANLÆGGET

3.1 Renovering

Bilag 1.a. til Forligsaftalen oplister de renoveringsarbejder, som skal udføres, for at bringe Anlægget i forsvarlig teknisk stand i henhold til Forligsaftalen.

Det fremgår af Evalueringsrapportens bilag 4 "Udført arbejde ifm. Renovation", at Kabelplus har gennemført alle de i bilag 1.a. til Forligsaftalen oplyste opgaver.

Ligeledes fremgår følgende af Evalueringsrapportens afsnit "Konklusion vedr. renoveringen", at:

"Brix og Kamps samlede vurdering af renoveringen er, at kravene i forligsaftalen er opfyldt med hensyn til udskiftning af stik og fordelere. Vi kan konstatere at det udførte arbejde overholder det håndværksmæssige niveau, som er anført i bilag 1 i forligsaftalen. Dokumentationen er gennemgået ved stikprøve, her kan det konkluderes, at den indeholder det aftalte i henhold til forligsaftalen. Gennemgang af de udførte arbejder fremgår af bilag 4."

Renoveringen af Anlægget er således foretaget på en måde, hvor der ikke er tale om væsentlig misligholdelse af det mellem parterne aftalte.

3.2 Opgradering

Ifølge Kontrakten skulle Kabelplus opgradere Anlægget til DOCSIS 3.1, jf. bilag 1 til Kontrakten "Kravspecifikation til Kontrakten". Opgraderingen skulle være gennemført senest den 31. oktober 2018, jf. bilag 5 til Kontrakten "Tidsplan til Kontrakten".

Opgraderingen indebærer udskiftning af en række instrumenter samt installation af modems hos brugerne af anlægget.

3.2.1 Instrumenter

Præciseringsaftalens afsnit 2 "Teknisk beskrivelse", oplister en række instrumenter, som skulle udskiftes, førend der forelå en opgradering af Anlægget i overensstemmelse med Kontrakten. Evalueringsrapportens bilag 3 "Udført arbejde ifm. opgradering til DOCSIS 3.1", tager udgangspunkt i denne oplystning.

Det følger af Evalueringsrapportens bilag 3, at de i Præciseringsaftalen oplyste instrumenter er udskiftet i overensstemmelse med Præciseringsaftalen. Følgende fremgår af Evalueringsrapportens afsnit "Konklusion vedr. opgraderingen":

"Brix og Kamps samlede vurdering af opgraderingen er, at kravene i konsessions- og præciseringsaftale er opfyldt på nær nedenstående konklusion vedr. docsis 3.1.. Anlægget er nu teoretisk forberedt til at kunne køre docsis. 3.1, og opfylder nutidens krav til et antenneanlæg."

Vi kan konstatere, at det udførte arbejde overholder det håndværksmæssige niveau som er anført ved bilag 1 i forligsaftalen. Gennemgang af de udførte arbejder fremgår af bilag 3."

På baggrund af Evalueringsrapporten kan det konkluderes, at Kabelplus ikke har væsentligt misligholdt aftalen med Kommunen for så vidt angår instrumenter.

3.2.2 Modems

Det fremgår af Evalueringsrapporten, at det er en forudsætning for at kunne modtage det hurtige internet, 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, jf. Evalueringsrapporten afsnit "Docsis 3.1 modems".

Kabelplus har endnu ikke installeret modems hos brugerne af Anlægget.

Det følger af Evalueringsrapporten, at grunden hertil er, at der endnu ikke findes tilgængelige modems på markedet, som er tilstrækkeligt stabile og driftssikre til at kunne understøtte DOCSIS 3.1, jf. Evalueringsrapportens afsnit "Docsis 3.1 modems" hvoraf fremgår:

"Da Docsis 3.1 er en ny teknologi, er modems hertil stadig ved at blive udviklet hos producenterne. Efterhånden har de fleste modemproducenter sendt et docsis 3.1 modem på markedet, men de nye modems er stadigvæk ved at blive testet og udviklet, og de må fortsat betragtes som relativt ustabile og ikke endnu driftssikre.

Indtil videre er det kun Yousee, der er færdige med docsis 3.1 opgradering i Danmark. Det er dog begrænset, hvad der er kommet af tilbagemeldinger/test med konkrete erfaringer fra Yousee. Hvilket formodentlig skyldes, at det er begrænset, hvor mange kunder, der har købt en giga forbindelse. YouSee anvender et modem fra fabrikanten Sagem, som det på nuværende tidspunkt ikke er muligt for Kabelplus at købe. "

Da de omtalte modems ligeledes er nødvendige for at kunne teste, at internethastigheden lever op til det mellem parterne aftalte, har det som følge af de manglende modems ikke været muligt at teste, hvorvidt dette er tilfældet, jf. Evalueringsrapportens afsnit "Konklusion vedr. docsis 3.1".

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 Kontrakten er Kabelplus således forpligtet til at installere modems hos brugerne af Anlægget senest den 31. oktober 2018.

Af Præciseringsaftalens afsnit 7 fremgår dog 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 entreprisen 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."

Med andre ord kan hastighedstest af internettet først udføres, når der som beskrevet i Kontraktens bilag 2 er installeret modems hos brugerne på de forskellige "Øer".

Det er ifølge Præciseringsaftalen tvivlsomt, om det i Kontrakten aftalte afleveringstidspunkt den 31. oktober 2018 fortsat gælder. En endelig afleveringsforretning vil ifølge Præciseringsaftalen blive gennemført, når der er installeret modems hos de enkelte kunder.

Dette understøttes af Evalueringsrapporten, hvoraf fremgår, at denne alene danner grundlag for en foreløbig aflevering og godkendelse med henvisning til Præciseringsaftalens afsnit 7.

Som følge af Præciseringsaftalens afsnit 7, skal arbejderne med udskiftning af instrumenter, i henhold til Præciseringsaftalens afsnit 2 "Teknisk beskrivelse", være færdiggjort den 31. oktober 2018. Det er derimod usikkert, om det tilmed kræves, at installation af modems hos brugerne af Anlægget skal være færdiggjort den 31. oktober 2018.

Det forhold, at Kabelplus endnu ikke har installeret modems hos de enkelte brugere af Anlægget, kan derfor ikke umiddelbart karakteriseres som en væsentlig misligholdelse af det mellem parterne aftalte, idet det fremgår af Præciseringsaftalen, at endelig aflevering først sker, når der er installeret modems hos kunderne.

Det er ikke reguleret i Præciseringsaftalen, hvornår installation af modems senest skal være gennemført. Dette spørgsmål er senest reguleret i Kontrakten, hvori det fremgår, at Kabelplus vil være færdige med installationen af modems hos brugerne senest den 31. oktober 2018.

Da Kabelplus ikke entydigt er i væsentlig misligholdelse, for så vidt angår reoveringen eller opgraderingen af Anlægget, kan det ikke anbefales, at Kommunen på det forelig-

gende grundlag gør væsentlig misligholdelsesbeføjelser gældende over for Kabelplus på nuværende tidspunkt.

Kommunen kan efter vores vurdering give Kabelplus en rimelig frist til at installere modems hos brugerne af Anlægget. Fristens længde er forbundet med nogen usikkerhed, men vi anser 8 uger for at udgøre en rimelig frist. Opfylder Kabelplus ikke sin forpligtelse indenfor de 8 uger, vil Kommunen kunne gøre væsentlig misligholdelse gældende.

Ved væsentlig misligholdelse i form af forsinket leverance er Kommunen ifølge Kontrakten forpligtet til at give Kabelplus yderligere 60 arbejdsdage til at levere. Sker dette ikke, kan Kommunen på denne baggrund hæve Kontrakten. Afhængig af omstændighederne kan Kommunen kræve bod for hver påbegyndt arbejdsdag, som den givne frist overskrides.