



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda kom til at kjøp av tolketjenester var «liknende kontrakter» som innklagede inngikk «regelmessig» jf. anskaffelsesforskriften § 5-4 (9). Anskaffelsens verdi måtte derfor beregnes på grunnlag av de samlede kjøpene. Anskaffelsen oversteg både nasjonal og EØS-terskelverdi. Klagenemnda kom til at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Det ble ilagt et gebyr på 13%, som utgjorde ca. 847 000 kroner.

Klagenemndas gebyrvedtak 27. januar 2020 i sak 2019/102

Klager: Sibella AS

Innklaget: Møre og Romsdal politidistrikt

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen og Kristian Jåtog Trygstad

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse og illeggelse av overtredelsesgebyr

Innledning:

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Møre og Romsdal politidistrikts (heretter *innklagede*) kjøp av tolketjenester. Sibella AS (heretter *klager*) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev mottatt 12. februar 2019.
- (2) Klagenemnda er kommet til at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og at det skal ilegges et gebyr på 847 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 (anskaffelsesloven), § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) I e-post 8. januar 2019 anmodet klager Politiets fellestjenester om å gi opplysninger om kunngjøringer av konkurranser for forskjellige anskaffelser foretatt av innklagede. For det tilfellet at en anskaffelse ikke var blitt utlyst, ba klager om å få oppgitt en hjemmel for å unnta anskaffelsen fra utlysning, samt en nærmere begrunnelse for hvorfor den aktuelle anskaffelsen ikke hadde blitt utlyst.
- (4) Politiets fellestjenester besvarte anmodningen og sendte klager en oversikt over innklagedes ulike anskaffelser i 2017 og 2018, med henvisninger til Doffin-referanser der dette fantes. Blant kjøpene som ikke hadde referanser til kunngjøring i Doffin, var kjøp av tolketjenester. Som kommentar til denne kjøpsposten stod det: «*Tolketjenester. Ingen sentral avtale- Må svares ut av Møre og Romsdal PD*».
- (5) I brev til klager av 18. januar 2019, skrev innklagede at det ikke forelå noen avtale om kjøp av tolketjenester.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (6) For klagenemnda la innklagede opprinnelig frem en oversikt over innklagedes totale forbruk av tolketjenester, fra forskjellige leverandører. Denne viste at innklagede hadde kjøpt tolketjenester for til sammen 2 908 191 kroner i 2017, 1 925 751 kroner i 2018 og 481 872 kroner i 2019. Av disse beløpene utgjorde kjøp fra selskapet Noricom Nord AS den klart største andelen, henholdsvis ca. 2,7 millioner kroner i 2017, ca. 1,8 millioner kroner i 2018 og i 2019, ca. 470 000 kroner frem til 10. april 2019, som var datoen innklagede sendte inn den opprinnelige oversikten til klagenemnda.
- (7) I forbindelse med innklagedes merknader til forhåndsvarselet, mottatt av klagenemnda 14. januar 2020, la innklagede frem oppdaterte beløp som følge av endrede datoer og kvalitetssikring av tidligere tall. Beløpene som da ble fremlagt, viser at innklagede hadde kjøpt tolketjenester for til sammen 2 039 367 kroner i 2017 (fra og med 11. mars 2017), 2 487 919 kroner i 2018 og 1 988 528 kroner i 2019. Det er disse tallene klagenemnda har lagt til grunn ved beregningen av gebyrgrunnlaget.
- (8) Saken ble brakt inn for klagenemnda 12. februar 2019.
- (9) Nemndsmøte om utsendelse av forhåndsvarsel ble avholdt 16. desember 2019.
- (10) Klagenemnda sendte 20. desember 2019 ut varsel om illeggelse av et gebyr på 13 prosent av anskaffelsens verdi.
- (11) Innklagedes merknader til forhåndsvarselet ble mottatt av klagenemnda 14. januar 2020. Ytterligere merknader til forhåndsvarselet ble mottatt av klagenemnda 23. januar 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å kjøpe tolketjenester fra flere forskjellige selskaper. Klager har kjennskap til andre oppdragsgivere som har inngått rammeavtaler for tolke- og translatørtjenester. Det er skjerpene at innklagede måtte klages inn til overordnet forvaltningsorgan for brudd på offentleglova før innklagede var villig til å utlevere informasjon om sine anskaffelser.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Det bestrides at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av tolketjenester. Anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav a) jf. § 13-3 bokstav e), gir grunnlag for å unnta kjøpene fra kunngjøring. Tolkeoppdragene skiller seg uansett fra hverandre og kan derfor ikke sees i sammenheng ved verdiberegningen. Oppdragene utføres i forskjellige situasjoner, for eksempel i forbindelse med ulykker, etterforskning, samtaler med barn eller personer med personlighetsforstyrrelser. Også tolkemethodene er forskjellige. Det kan benyttes fremmøtetolk, skjermtolk eller telefontolk, avhengig av sak, person eller språk/dialekt. Tolkeoppdragene er heller ikke gjentakende eller regelmessige. Politiets behov er uoversiktlig da behov for tolking oppstår med korte frister der det er umulig å forutse hvilke tolker det er behov for.
- (14) Subsidiært er det ikke grunnlag for å illegge gebyr. Det bestrides blant annet at innklagede «grovt uaktsomt» har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, jf. anskaffelsesloven § 12.

(15) Atter subsidiært anføres det at gebyret er for høyt.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforskriften) § 13a første ledd. Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Den delen av klagen som gjelder forhold fra mindre enn to år tilbake, er således rettidig.
- (17) Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble sendt til klagenemnda 12. februar 2019. På grunn av feil ved oversendelsen, ble klagen først mottatt av innklagede 11. mars 2019. Med utgangspunkt i denne datoen, regnet to år tilbake, er det innklagedes kjøp av tolketjenester fra og med 11. mars 2017 som utgjør gebyrgrunnlaget.

Hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse

- (18) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å kjøpe tolketjenester fra flere forskjellige selskaper.
- (19) En ulovlig direkte anskaffelse er *«en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt»*, se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (20) Anskaffelsesregelverkets utgangspunkt er at alle anskaffelser over nasjonal terskelverdi skal kunngjøres i Doffin, jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 (anskaffelsesforskriften) §§ 5-1 andre ledd og 8-17 første ledd. For anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdi er det også plikt til å kunngjøre anskaffelsen i TED-databasen.
- (21) For statlige myndigheter er EØS-terskelverdien for vare- og tjenestekontrakter den samme som nasjonal terskelverdi. Terskelverdien for statlige myndigheters vare- og tjenestekontrakter var 1,1 millioner kroner ekskl. mva. frem til 6. april 2018. Med virkning fra 6. april 2018 ble terskelverdien hevet til 1,3 millioner kroner.
- (22) Innklagede har forklart at man i 2018 mottok 4886 fakturaer fra selskapet Noricom Nord AS. Av disse er 20 fakturaer over kr 20 000, slik at de aller fleste kjøpene er små oppdrag. Innklagede mener at dette gjenspeiler tolkeaktiviteten, nemlig at innklagede stort sett leier inn tolk til enkeltstående oppdrag, og sjelden til store.
- (23) Dersom verdien skal beregnes ut fra de samlede kjøpene av tolketjenester, er det imidlertid klart at verdien i 2017, 2018 og 2019, både hver for seg og samlet, oversteg nasjonal terskelverdi og EØS-terskelverdi. Kjøpene skulle i så fall ha vært kunngjort både nasjonalt i Doffin, og i EØS-området gjennom TED-databasen.
- (24) Reglene for beregning av anskaffers verdi fremgår av forskriften § 5-4. Det følger av § 5-4 (9) at verdien av *«liknende»* vare- og tjenestekontrakter som oppdragsgiveren *«inngår regelmessig»*, skal beregnes på grunnlag av enten den samlede faktiske verdien i løpet av regnskapsåret eller de foregående 12 månedene, eller den samlede anslåtte verdien av de kontraktene som vil bli inngått i løpet av regnskapsåret eller en 12 måneders periode regnet fra den første kontrakten. Som det blant annet fremgår av EU-

domstolens avgjørelse i sak C-16/98, er et formål med denne regelen å sikre leverandørmarkedet mulighet til å gi tilbud på kontrakter, og grupper av kontrakter, som er av interesse.

- (25) Klagenemnda finner det klart at kontraktene om kjøp av tolketjenester har vært inngått «*regelmessig*». Basert på dokumentasjonen som er fremlagt for nemnda, ser behovet for tolketjenester ut til å ha vært stabilt de siste årene. Innklagede har jevnlig og over tid har foretatt et stort antall kjøp. Så lenge tolkeoppdragene anses for å være «*liknende*» kontrakter, kan ikke klagenemnda se at forskjeller mellom tolkeoppdragene har betydning for vurderingen av om slike kontrakter inngås «*regelmessig*».
- (26) Det springende punkt er følgelig om innklagedes kjøp av tolketjenester utgjør «*liknende kontrakter*».
- (27) Tolketjenester går ut på å oversette en ytring fra et språk til et annet, på det tidspunktet ytringen blir gjort.¹ Slik klagenemnda ser det, er den mest fremtredende forskjellen mellom slike oppdrag at de gjelder forskjellige språk, men det kan også være andre variasjoner.
- (28) Et søk på Doffin gir en rekke eksempler på oppdragsgivere som har kunngjort anskaffelser av tolketjenester. Kunngjøringene av tildelingene viser at det er forskjellige leverandører som har vunnet konkurransene. Det finnes dermed et leverandørmarked som leverer et spekter av tolketjenester.
- (29) Innklagede har i sine merknader til forhåndsvarselet anført at tolkeoppdragene skiller seg fra hverandre. Det anføres blant annet at behovet for tolketjenester oppstår i svært ulike situasjoner. Tolkeoppdragene utføres eksempelvis både i forbindelse med ulykker, etterforskning av kriminalsaker og saker hvor personer med personlighetsforstyrrelser er involvert. Innklagede har også påpekt at det benyttes forskjellige tolkemetoder; herunder fremmøtetolk, skjermtolk og telefontolk. Ifølge innklagede er det derfor ikke tilstrekkelig at tolken kan språket; vedkommende må også være i stand til å gjennomføre oppdrag i flere forskjellige – og til tider krevende – situasjoner.
- (30) Klagenemnda har i en rekke tidligere saker lagt til grunn at hvis det er slik at tjenestene som kjøpes er tilgjengelig fra det samme leverandørmarkedet, tilsier dette at tjenestene er liknende tjenester, jf. eksempelvis sak 2011/230. Tilsvarende er lagt til grunn av Arrowsmith, i "The Law of Public and Utilities Procurement", 2014, på side 468, der det fremgår at «*[...] Given the purpose of the rules of avoiding splitting of requirements that might naturally under commercial conditions be advertised as a single requirement, probably goods or services are of the same "type" where they are typically available from the same provider.*»
- (31) Klagenemnda har i denne forbindelse merket seg at den klart største andelen av innklagedes kjøp av tolketjenester er gjort fra den samme leverandøren. Det at én leverandør kan møte innklagedes ulike behov for tolketjenester, indikerer at forskjellene ikke er større enn at de ulike behovene også kan møtes av andre leverandører. Utgangspunktet er da at det antas å være av interesse for leverandører i dette markedet å få muligheten til å konkurrere om de ulike tolkeoppdragene.

¹ <https://snl.no/tolk>

- (32) Selv om det er visse forskjeller mellom tolkeoppdragene, mener klagenemnda etter dette at disse ikke endrer tolkeoppdragenes karakter av å være «*liknende*» kontrakter i henhold til forskriften § 5-4 (9).
- (33) Innklagedes kjøp av tolketjenester skulle dermed ha vært beregnet på grunnlag av enten den samlede faktiske verdien av de kjøpene av tolketjenester innklagede har foretatt i løpet av de foregående 12 månedene, eller den samlede anslåtte verdien av de kjøpene innklagede vil foreta i løpet av en 12 måneders periode regnet fra den første leveransen, jf. forskriften § 5-4 (9). Uavhengig av beregningsmåte overstiger innklagedes kjøp av tolketjenester i det relevante tidsrom terskelverdiene.
- (34) De øvrige forhold innklagede har påberopt, blant annet liten tid til planlegging og et uoversiktlig marked, gir etter nemndas syn ikke grunnlag for å unnta kjøpene fra kunngjøringsplikten i medhold av forskriften § 13-4 bokstav a) jf. § 13-3 bokstav e), som innklagede har påberopt.
- (35) Når det gjelder de utfordringene innklagede peker på, synes disse dels å gjøre seg gjeldende uavhengig av om kontraktene inngås etter kunngjorte konkurranser eller ikke. Dels synes det å være utfordringer som regelverket gir mulighet til å håndtere. Inngås en rammeavtale etter en kunngjort konkurranse, slipper innklagede for eksempel å gjennomføre en kunngjort konkurranse hver gang det oppstår behov for tolketjenester. Det bemerkes i denne sammenhengen at regelverket ikke er til hinder for at en rammeavtale inngås med flere leverandører og med kort responstid, for å ivareta behovet for rask bistand av tolker med forskjellig bakgrunn og språkkompetanse.
- (36) Klagenemnda tilføyer for ordens skyld at dette gebyrvedtaket er basert på den oppfatning at det er innklagede (politidistriktet) som har foretatt kjøpene av tolketjenester. Dette er erkjent av innklagede i merknader til forhåndsvarselet.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (37) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum, at klagenemnda «*skal*» legge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelses verdi dersom «*oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse*». Av andre punktum fremgår det at klagenemnda «*kan*» legge gebyr dersom «*oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse*».
- (38) Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7 b i den tidligere anskaffelsesloven i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26. Tilsvarende må gjelde etter dagens lov. For det nærmere innholdet av bestemmelsen i loven § 12 viser klagenemnda til nemndas avgjørelse i sak 2017/147, avsnitt 55 og utover.
- (39) Innklagede har i en årrekke kjøpt tolketjenester for beløp som overstiger både nasjonal og EØS-terskelverdi, uten at kjøpene har vært kunngjort. Det er ikke vist til forhold som kan unnta kjøpene fra kunngjøringsplikt. Slik saken er opplyst for nemnda, anser nemnda innklagedes manglende overholdelse av kunngjøringsplikten som grovt uaktsomt. Nemnda «*skal*» derfor legge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum.

Gebyrets størrelse

- (40) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 tredje ledd at det ved utmålingen av gebyret særlig skal legges vekt på «*bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen*», jf. anskaffelsesloven § 12 tredje ledd første setning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. § 12 tredje ledd andre setning.
- (41) En gjennomgang av nemndspraksis viser at gebyret normalt settes til 10 prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det ikke finnes særlige formildende eller skjerpende omstendigheter.
- (42) Det er ikke tvilsomt at kjøpene skulle ha vært kunngjort. Det foreligger en klar overtredelse, og det er skjerpende at kjøpene er foretatt uten kunngjøring i en årrekke. Innklagede har tidligere vurdert muligheten for å kunngjøre kjøpene, uten at dette har skjedd. Etter klagenemndas syn er det ikke formildende at politiet arbeider med å få på plass en fungerende tolkeordning og planlegger å kunngjøre en sentral anskaffelse av tolketjenester, slik innklagede har vist til. Nemnda viser i denne forbindelse til at behovet for å kunngjøre konkurranser har vært kjent i en forholdsvis lang periode, og at arbeid med en overordnet, sentral anskaffelse ikke er til hinder for at innklagede overholdt kunngjøringsplikten for de anskaffelsene som ble foretatt i påvente av denne.
- (43) Forskriften § 13-4 bokstav a) jf. § 13-3 bokstav e), som innklagede har påberopt, og som på visse vilkår kan gi oppdragsgiver adgang til å foreta en anskaffelse uten konkurranse, er ikke anvendelig.
- (44) De samlede kjøp av tolketjenester er opplyst å utgjøre 6 515 814 kroner. Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende kan settes til 13 prosent av anskaffelsens verdi. Dette utgjør ca. 847 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Møre og Romsdal politidistrikt ilegges et overtredelsesgebyr på 847 000.

- åttehundreogførtisytusen - kroner.

Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtakets dato.

Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av lov om tvangsfullbyrdelse av 26. juni 1992 nr. 86, § 1-2.

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 12 sjette ledd. Søksmål om organets vedtak

må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk