



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Kjøp av tolketjenester var «liknende» tjenestekontrakter som innklagede inngikk «regelmessig» jf. anskaffelsesforskriften § 5-4 (9). Verdien av anskaffelsene måtte derfor beregnes på grunnlag av de samlede kjøpene. Verdiene oversteg både nasjonal og EØS-terskelverdi, og anskaffelsene skulle derfor ha vært kunngjort både nasjonalt og i EØS-området. Klagenemnda kom på denne bakgrunn til at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Det ble ilagt et gebyr på 13%, som totalt utgjorde 1 520 000 kroner.

Klagenemndas gebyrvedtak 7. april 2020 i sak 2019/295

Klager: Sibella AS

Innklaget: Trøndelag politidistrikt

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

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

Innledning:

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Trøndelag politidistrikts (heretter *innklagede*) kjøp av tolke- og translatørtjenester. Sibella AS (heretter *klager*) brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev mottatt 21. april 2019.
- (2) Klagenemnda er kommet til at innklagede skal ilegges et gebyr på til sammen 1 520 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av tolketjenester. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov av 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Ved e-post 20. februar 2019 til innklagede anmodet klager anmodet om opplysninger om blant annet kunngjøringer og anskaffelsesdokumenter i forbindelse med innklagedes kjøp av tolke- og translatørtjenester fra selskapet Noricom Nord AS.¹ For det tilfellet at slik dokumentasjon manglet, ba klager om å få oppgitt en hjemmel for ikke å kunngjøre anskaffelsen.
- (4) Klager purret på innsynsbegjæringen 28. februar 2019, og klaget samtidig til overordnet forvaltningsorgan.

¹ På Noricom Nords hjemmeside (<https://www.noricom.no>) er det opplyst at selskapet er en av Norges største leverandører av språktjenester, og leverer tolker på de fleste språk og oversetter alle typer dokumenter og tekster for næringsliv, offentlig forvaltning og privatpersoner.

- (5) Innklagede besvarte klagen i e-post 6. mars 2019, der det blant annet fremgikk at «[d]et finnes på nåværende tidspunkt ingen avtale mellom Trøndelag Politidistrikt og NORICOM NORD AS. Det betyr videre at det ikke foreligger dokumentasjon på det som etterspørres fra [klager]. Det er heller ingen unntakshjemmel for å unnlate å lyse ut anskaffelsen etter anskaffelsesloven § 4.

Tolketjenester har siden september 2017 stått på PFTs (Politiets fellestjenester) oversikt over pågående og planlagte anskaffelser med oppstart 01.01.2018. Anskaffelsen av tolketjenester er vurdert etter kriteriene kritikalitet, gevinst-potensial, tidsfrist, ressurser og omdømme fastsatt av PFT, se vedlegg for vurderingskriterier. Tolketjenesten ble vurdert til stort gevinstpotensialet. En nasjonal avtale er fremdeles ikke på plass enda. PFT har overtatt alle anskaffelser som har nasjonal interesse over terskelverdi.

Oss bekjent er det nå et prosjekt som jobber med denne anskaffelsen, slik at vi kan forvente at dette kommer på plass innen rimelig tid. [...]».

- (6) Innklagede la den 26. april frem en oversikt for klagenemnda over sine kjøp av tolke- og translatørtjenester fra forskjellige leverandører, for årene 2017, 2018 og 2019. I oversikten var kjøpene for 2017 og 2018 delt inn i kategoriene «Tolker ved kommunikasjonskontroll», «Tolketjenester - ved oppmøte», «Tolketjenester over telefon» og «Translatørtjenester». For 2019 var kun benevnelsen «tolketjenester» brukt om samtlige kjøp.
- (7) Det fremgikk av oversikten at innklagede kjøpte tolketjenester for 4 180 302 kroner i 2017, 4 039 081 kroner i 2018 og 747 383 kroner i 2019 (frem til 26. april 2019, som var datoen opplysningene ble sendt inn til klagenemnda). Til sammen utgjør dette 8 966 766 kroner.
- (8) Når det gjaldt translatørtjenester, fremgikk det at innklagede hadde brukt 817 417 kroner i 2017 og 516 762 kroner i 2018, til sammen 1 334 179 kroner. For 2019 var det ikke opplyst at innklagede hadde kjøpt translatørtjenester.
- (9) I forbindelse med innklagedes merknader til forhåndsvarselet, mottatt av klagenemnda 9. mars 2020, la innklagede frem kvalitetssikrede og oppdaterte beløp. Disse viser at innklagede kjøpte tolketjenester for til sammen 3 190 068 kroner i 2017 (fra og med 22. april 2017), 4 097 744 kroner i 2019 og 378 331 kroner i 2020 (frem til 20. februar 2020, som var datoen forhåndsvarsel ble sendt ut til innklagede). For 2018 var beløpet det samme som i den opprinnelige oversikten, dvs. 4 039 081 kroner. Til sammen blir dette 11 705 224 kroner for kjøp av tolketjenester.
- (10) De fremlagte beløpene viser videre at innklagede kjøpte translatørtjenester for til sammen 402 256 kroner i 2017 (fra og med 22. april 2017), 328 535 kroner i 2019 og 27 737 kroner i 2020 (frem til 20. februar 2020, som var datoen forhåndsvarsel ble sendt ut til innklagede). For 2018 var beløpet det samme som i den opprinnelige oversikten, dvs. 516 762 kroner. Samlet blir dette 1 275 290 kroner for kjøp av translatørtjenester.
- (11) De samlede kjøpene av tolke- og translatørtjenester i perioden 22. april 2017 til 20. februar 2020 beløper seg dermed til 12 980 514 kroner. Av dette utgjør kjøp fra selskapet Noricom Nord AS den klart største andelen, henholdsvis 3 465 032 kroner i

2017 (fra 22. april 2017), 4 048 065 kroner i 2018, 4 304 128 kroner i 2019 og 354 898 kroner i 2020 (frem til 20. februar 2020).

- (12) Nemndsmøte om utsendelse av forhåndsvarsel ble avholdt 19. februar 2020.
- (13) Klagenemnda sendte 20. februar 2020 varsel om ileggelse av et gebyr på 13 prosent av anskaffelsens verdi.
- (14) Innklagedes merknader til forhåndsvarselet ble mottatt 9. mars 2020. Ytterligere merknader til forhåndsvarselet ble mottatt 13. mars 2020.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å kjøpe tolke- og translatørtjenester fra flere selskaper uten å kunngjøre disse. 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.

Innklagedes anførsler:

- (16) Det bestrides at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av tolke- og translatørtjenester. Anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav a) jf. § 13-3 bokstav e), gir grunnlag for å unnta kjøpene fra kunngjøring. På grunn av politiets virksomhet med tidskritisk behov for tolk, er det til tider lite rom for planlegging. I den aktuelle situasjonen er det ikke tid til å gjennomføre konkurranser for å ivareta dette behovet. Andre utfordringer er blant annet at det er behov for tolk innen et økt antall språk, at mange som tilbyr tolketjenester mangler språklige forutsetninger for oppgaven og at tolketjenester er et veldig komplekst og uoversiktlig fagområde. Politiet har i lengre tid arbeidet med å få på plass en etatsoverskridende løsning for tolketjenester.
- (17) I tilsvaret til klagenemndas varsel om overtredelsesgebyr gjør innklagede gjeldende at klagenemnda uriktig lagt har til grunn at henholdsvis tolke- og translatørtjenestene utgjør «*liknende*» kontrakter, jf. forskriften § 5-4 (9). Det anføres blant annet at klagenemnda har lest EU-domstolens dom i sak C-16/98 *Kommisjonen mot Frankrike* («*Sydev*») feil, og at nemnda derfor tar feil utgangspunkt når vurderingen av om det foreligger «*liknende*» kontrakter gjøres ut fra et leverandørperspektiv. Det gjøres videre gjeldende at bestilling av tolke- og translatørtjenester i høy grad er betinget av individuelle forhold, særlig gjelder dette tolketjenester, og at mange av tolkeoppdragene er hasteoppdrag hvor tolken bør være tilgjengelig i løpet av svært kort tid. I slike situasjoner vet innklagede ikke på forhånd hvilken kompetanse som er nødvendig, og kompetansen er sterkt situasjonsbetinget. Når behovet er så betinget av individuelle forhold tilsier dette etter innklagedes oppfatning at det ikke dreier seg om «*liknende*» kontrakter, selv der det enkelte oppdrag gjelder tolking til språk innen samme språkområde.
- (18) Ved verdiberegningen har klagenemnda benyttet feil metode jf. § 5-4 (9), noe som har ført til at forhåndsvarselet feilaktig legger til grunn at innklagedes kjøp av translatørtjenester overstiger terskelverdien.

- (19) Vurderingen av om tjenestene er «*liknende*» kontrakter, er uansett så tvilsom at det ikke kan legges til grunn at innklagede har optrådt uaktsomt, og gebyr kan dermed ikke ilegges.
- (20) Subsidiært må gebyrets størrelse reduseres, jf. loven § 12 tredje ledd. Det foreligger flere formildende forhold.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker er det ikke noe krav til 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.
- (22) Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble sendt til klagenemnda 21. april 2019. Klagen ble mottatt av innklagede 23. april 2019. Med utgangspunkt i denne datoen er saken begrenset til innklagedes kjøp av tolke- og translatørtjenester fra og med 23. april 2017.

Hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse

- (23) 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).
- (24) 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. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdi skal også kunngjøres i TED-databasen.
- (25) Nasjonal terskelverdi og EØS-terskelverdi er den samme for vare- og tjenestekontrakter statlige myndigheter inngår, og var frem til 6. april 2018 1,1 millioner kroner ekskl. mva. Den ble da hevet til 1,3 millioner kroner.
- (26) Reglene for beregning av kontraktens verdi fremgår av forskriften § 5-4. Det følger av forskriften § 5-4 (9) at verdien av «*liknende*» vare- og tjenestekontrakter som oppdragsgiveren inngår «*regelmessig*», skal beregnes på grunnlag av den samlede faktiske verdien i løpet av regnskapsåret eller de foregående 12 månedene. Alternativt skal verdien beregnes på grunnlag av den samlede anslåtte verdien av de kontraktene som vil bli inngått i løpet av regnskapsåret eller en 12-månedersperiode, regnet fra den første kontrakten.
- (27) Ifølge innklagedes oppdaterte oversikt har innklagede som nevnt kjøpt tolketjenester for 3 190 068 kroner i den relevante delen av 2017 (fra og med 22. april 2017), 4 039 081 kroner i 2018, 4 097 744 kroner i 2019 og 378 331 kroner i 2020 (frem til 20. februar 2020). Med utgangspunkt i 20. februar 2020, er det ikke tvilsomt at verdien av kontraktene om tolketjenester for hver av de foregående 12-månedersperiodene fra den nevnte datoen, overstiger terskelverdien.
- (28) Når det gjelder innklagedes kjøp av translatørtjenester, viser den oppdaterte oversikten at innklagede hadde kjøpt translatørtjenester for 402 256 kroner i den relevante delen av

2017 (fra og med 22. april 2017), 516 762 kroner i 2018, 328 535 kroner i 2019 og 27 737 kroner i 2020 (frem til 20. februar 2020).

- (29) Innklagedes kjøp av translatørtjenester overstiger således ikke – verken i løpet av et av de aktuelle regnskapsårene eller noen 12 måneders periode – terskelverdien på 1,3 millioner kroner.
- (30) Klagenemnda finner det klart at kontraktene om kjøp tolke- og translatørtjenester har vært inngått «*regelmessig*», jf. forskriften § 5-4 (9). Basert på dokumentasjonen som er fremlagt for nemnda, har behovet for tolke- og translatørtjenester vært stabilt de siste årene. Innklagede har jevnlig og over tid foretatt et stort antall kjøp. Det vises også til tilsvarende vurdering i vedtak av 27. januar 2020 om ileggelse av overtredelsesgebyr til Møre og Romsdal politidistrikt (sak 2019/102), avsnitt 25. Tilsvarende forhold gjør seg gjeldende i foreliggende sak.
- (31) Innklagede har imidlertid gjort gjeldende at tolke- og translatørtjenester ikke er «*liknende*» tjenester, og at de derfor ikke skal ses i sammenheng. Innklagede har også gjort gjeldende at det ved kjøp av tolketjenester må sondres mellom kontrakter om tolking til ulike språk, og mellom kontrakter om tolking under ulike omstendigheter. Kjernen i denne anførselen er at heller ikke slike kontrakter kan anses som kontrakter om «*liknende*» tjenester. Klagenemnda må derfor ta stilling til to spørsmål. Det første spørsmålet er om det er så store ulikheter mellom tolketjenester på den ene side og translatørtjenester på den annen, at disse tjenestene ikke kan anses som «*liknende*». Svaret på dette spørsmålet kan ha betydning for spørsmålet om anskaffelsene overstiger terskelverdien, og i forlengelsen av det, grunnlaget for beregningen av et eventuelt gebyr. Det andre spørsmålet er om det er så store forskjeller mellom de enkelte tolkeoppdragene at de ikke kan anses for «*liknende*» tjenester. Svaret på dette spørsmålet har betydning for spørsmålet om terskelverdien er overskredet, og for beregningen av et eventuelt gebyr.

Hvorvidt tolke- og translatørtjenester er «liknende» tjenester

- (32) Forskriften § 5-4 (9) gjennomfører artikkel 5 (11) i direktiv 2014/24/EU, som i den norske oversettelsen² av direktivet omtaler kontrakter «*av samme type*». I den engelske versjonen brukes formuleringen «*of the same type*», mens det på dansk heter «*lignende successive kontrakter*». Hensynet til ensartet fortolkning av direktivet tilsier at *liknende* kontrakter og kontrakter av *samme type* må forstås som synonyme.
- (33) Bestemmelsen må leses i sammenheng med direktivets artikkel 5 (3) annet punktum, som i engelsk språkdrakt slår fast at «*[a] procurement shall not be subdivided with the effect of preventing it from falling within the scope of this Directive, unless justified by objective reasons*».
- (34) Til konteksten hører også direktivets fortale, avsnitt 19 og 20:

«Det bør [...] præciseres, at med henblik på at anslå tærsklerne bør begrebet lignende varer forstås som produkter, der er bestemt til identiske eller lignende formål, for eksempel en række fødevarer eller forskellige kontormøbelartikler. En økonomisk aktør,

² En offisiell norsk oversettelse av direktivet foreligger ikke. Den uoffisielle versjonen er inntatt som vedlegg 2 til Prop. 114 S (2015–2016).

som er aktiv på det pågældende område, vil typisk have sådanne varer som en del af sit sædvanlige produktsortiment.

Med henblik på et anslå et givent udbuds værdi bør det præciseres, at det kun bør være muligt at basere den anslåede værdi på en opdeling af udbuddet, hvis dette er objektivt begrundet. Det kan eksempelvis begrundes at anslå kontraktværdien isoleret i forhold til en særskilt driftsenhed i den ordregivende myndighed, f.eks. skoler eller børnehaver, forudsat at den pågældende enhed selv er ansvarlig for sit udbud. [...]».

- (35) Klagenemnda viser også til EU-domstolens avgjørelse i sak C-16/98 *Kommisjonen mot Frankrike («Sydev»)*, hvor det i tolkningen av det beslektede vilkåret «*et arbejde*» i artikkel 14 nr. 10 i det dagjeldende direktiv 93/38/EØF om *samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation*, ble fremhevet at formålet med reglene om hvilke oppdrag som må kunngjøres «*er at sikre virksomheder fra andre medlemsstater får mulighet for at byde på kontrakter eller grupper af kontrakter, som kan være af interesse for dem ud fra objektive grunde, der har relation til kontraktens værdi*» (avsnitt 44).
- (36) I sak C-16/98 førte dette til at EU-domstolen slo fast at definisjonen av begrepet «*et arbejde*» er slik at verken antallet oppdragsgivere eller svaret på spørsmålet om hele oppdraget kan utføres av én leverandør er avgjørende for om det var snakk om ett arbeid i anskaffelsesregelverkets forstand (avsnitt 45-47). Om leverandørenes interesser uttalte EU-domstolen at det kan «*være ønskelig for en virksomhet i Fællesskabet at kende værdien af alle delarbejder af et arbejde, selv om den ikke selv er i stand til at udføre dem alle, idet den kun herved kan vurdere kontraktens nøjagtige rækkevidde og tilpasse sine priser i forhold til antallet af delarbejder, som den ønsker at afgive tilbud på, herunder delarbejder, hvis værdi ligger under tærskelværdien [...]»*, jf. avsnitt 46.
- (37) Klagenemnda legger etter dette til grunn at vilkåret «*liknende*» tjenestekontrakter må tolkes i lys av dette formålet, og at dette tilsier at terskelen for å anse kontrakter som «*liknende*» ikke kan settes særlig høyt.
- (38) Tolketjenester går ut på å oversette en ytring fra et språk til et annet, på tidspunktet for ytringen.³ Det kan benyttes forskjellige tolkemeter for å utføre et oppdrag; herunder fremmøtetolk, skjermtolk og telefontolk.
- (39) Translatøroppdrag går ut på å oversette tekst til og fra et fremmed språk, særlig dokumenter.⁴
- (40) Begge tjenestene gjelder oversettelse fra et språk til et annet. En vesensforskjell mellom de to tjenestene er imidlertid at et translatøroppdrag gjelder oversettelse av en tekst, som kan utføres over tid, mens et tolkeoppdrag gjelder oversettelse av tale og normalt må utføres idet ytringen fremsettes.
- (41) Translatørtjenester er også mer mobile enn tolketjenester i den forstand at det spiller mindre rolle hvor et translatøroppdrag utføres. Riktignok vil et tolkeoppdrag tidvis

³ <https://snl.no/tolk>

⁴ <https://snl.no/translatør>

kunne utføres via elektroniske hjelpemidler, men det vil ofte være en fordel at vedkommende er fysisk til stede.

- (42) Selv om tolketjenester kan utføres via skjerm eller telefon, endrer ikke dette at tjenesten normalt må utføres idet ytringen fremsettes, til forskjell fra et translatøroppdrag som kan utføres over en lengre periode.
- (43) Et tolkeoppdrag vil dessuten gjerne kreve andre former for kompetanse enn bare rene språkkunnskaper. Tolkeoppdragene utføres i forskjellige situasjoner, for eksempel i forbindelse med ulykker eller etterforskning av kriminalsaker. Slike forskjeller gjør seg etter nemndas forståelse ikke gjeldende ved utførelsen av translatørtjenester.
- (44) Det er også slik at translatøroppdrag gjerne vil kreve andre former for kompetanse enn dem tolketjenester krever, for eksempel særskilt innsikt i det fagområde den teksten som skal oversettes behandler. Så langt klagenemnda har kunnet bringe på det rene, finnes det flere tilbydere av translatørtjenester som ikke tilbyr tolketjenester, noe som tilsier at det er riktig å betrakte dette som to ulike leverandørmarkeder.
- (45) Slik klagenemnda ser det, er tolke- og translatørtjenester dermed ikke «*liknende*» tjenestekontrakter i forskriftens forstand, jf. forskriften § 5-4 (9).
- (46) Innklagedes kjøp av translatørtjenester alene, overstiger som nevnt ikke terskelverdien. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse av translatørtjenester, kan dermed ikke føre frem.
- (47) I fortsettelsen vurderer klagenemnda derfor om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av tolketjenester.

Hvorvidt de kjøpte tolketjenestene er «liknende» tjenester

- (48) Innklagede har forklart at tolketjenestene er kjøpt fra flere leverandører, gjennom mange små anskaffelser, som er gjennomført ved direkte henvendelser til den enkelte leverandøren.
- (49) Ifølge innklagedes oppdaterte oversikt har innklagede som nevnt kjøpt tolketjenester for 3 190 068 kroner i 2017 (fra og med 22. april 2017), 4 039 081 kroner i 2018, 4 097 744 kroner i 2019 og 378 331 kroner i 2020 (frem til 20. februar 2020). Til sammen blir dette 11 705 224 kroner. Med utgangspunkt i 20. februar 2020, er det ikke tvilsomt at verdien av kontraktene om tolketjenester i de foregående 12-månedersperiodene alle overstiger både nasjonal terskelverdi og EØS-terskelverdi. Dersom anskaffelsens verdi skal beregnes ut fra de samlede kjøpene av tolketjenester, er det altså klart at kjøpene skulle ha vært kunngjort.
- (50) Avgjørende blir dermed om innklagedes kjøp av tolketjenester er «*liknende*» kontrakter, jf. forskriften § 5-4 (9).
- (51) Som det fremgår av drøftelsene foran, legger nemnda til grunn at vilkåret «*liknende*» tjenestekontrakter må tolkes formålsorientert, og at dette tilsier at terskelen for å anse kontrakter som liknende ikke kan settes særlig høyt. Det kan ikke kreves at tjenestene som anskaffes er nærmest identiske. Spørsmålet om flere kontrakter må sees i sammenheng i vurderingen av om det foreligger kunngjøringsplikt, må ikke forveksles med spørsmålet om de ulike kontraktene kan holdes atskilt i den etterfølgende

konkurransen om dem. Selv om en leverandør av tolketjenester ikke skulle være i stand til å delta i konkurransen om alle de tolkeoppdrag som en offentlig oppdragsgiver etterspør, så vil leverandøren ha interesse av å få kjennskap til oppdragsgivers samlede behov for tolketjenester, jf. til sammenligning EU-domstolens vurdering i sak C-16/98, avsnitt 46, gjengitt ovenfor.

- (52) I likhet med det som var anført av oppdragsgiver i klagenemndas gebyrvedtak 2019/102, har innklagede i vår sak gjort gjeldende at tolkeoppdragene skiller seg fra hverandre i en grad som gjør at de ikke kan anses som «*liknende*».
- (53) Overordnet går tolketjenester ut på å oversette en ytring fra ett språk til et annet, på tidspunktet for ytringen. Slik klagenemnda ser det, er den mest fremtredende forskjellen mellom de aktuelle tolkeoppdragene at de gjelder ulike språk.
- (54) Innklagede gjør gjeldende at hvert enkelt «språkområde», antakelig i betydningen hvert enkelt språk, utgjør én anskaffelse.⁵ Innklagede viser i denne sammenheng til en uttalelse fra Regjeringsadvokaten, inntatt i NOU 2014: 8 Tolking i offentlig sektor, på s. 128,⁶ hvor det fremgår at:
- «Så langt jeg kan se, må hvert språkområde være én anskaffelse – ettersom dette er ulike markeder, der det i stor grad er forskjellige tilbydere. Det betyr at dere strengt tatt vel egentlig bare trenger å lyse ut de språkene der det må antas at anskaffelsene vil overstige terskelverdiene, mens de «små» språkene kan skje ved direkte anskaffelse [...]».*
- (55) Tilsvarende synspunkter, også disse gjengitt i NOU 2014:8, fremgår av Integrerings- og mangfoldsdirektoratets (IMDi) veileder for kjøp av tolketjenester til offentlige virksomheter.
- (56) Oppfatningen synes å være at ett språk er ett marked, og at dette medfører at oppdrag om tolking til ulike språk ikke er «*liknende*» i anskaffelsesrettslig sammenheng. Klagenemnda deler ikke denne oppfatningen. Regjeringsadvokatens og IMDis synspunkter er – så vidt nemnda kan se – ikke nærmere begrunnet. Innklagedes utstrakte bruk av én og samme leverandør viser at det finnes leverandører som tilbyr tolketjenester på en rekke ulike språk, noe som for øvrig heller ikke synes bestridt av innklagede. At det nok også finnes leverandører som spesialiserer seg på utvalgte språk, kan ikke være nok til å definere hvert språk som et marked for seg. Formålet med kunngjøringsplikten i et tilfelle som det foreliggende er å gjøre leverandører av tolketjenester kjent med innklagedes behov, og dette formålet tilsier at spørsmålet om hvilke kontrakter som er «*liknende*» ikke kan styres av de mest spesialiserte leverandørene på markedet. Som saksforholdet i vår sak viser, vil en slik tilnærming tidvis føre til at ingen deler av innklagedes behov for tolketjenester blir kunngjort, selv om det samlede behovet av slike tjenester er betydelig.
- (57) Innklagede har imidlertid gjort gjeldende at konkurranse på pris og antall språk, vil gå på bekostning av kvaliteten av tolkingen på hvert enkelt språk, som igjen vil gå ut over rettsikkerheten. Slik nemnda forstår denne anførselen, er synspunktet at

⁵ Med «språkområde» menes i vanlig språkbruk det geografiske område et språk er (mye) brukt.

⁶ Utdraget er en gjengivelse av en uttalelse som Regjeringsadvokaten ga til Utlendingsdirektoratet i en intervjuvurdering om anbudsutsetting av oversettertjenester.

konsekvensorienterte hensyn taler for en så streng fortolkning av vilkåret «*liknende*» tjenestekontrakter at hvert «språkområde» må vurderes for seg.

- (58) Anførselen hviler på en premis om at pris og antall språk vil være eneste mulige tildelingskriterier dersom innklagede må kunngjøre en konkurranse om anskaffelse av tolketjenester på flere språk. Klagenemnda bemerker til dette at det er fullt lovlig – og ikke uvanlig – å inngå én eller endog flere parallelle rammeavtaler, hvor interesserte leverandører kan inngi deltilbud på de ytelsene (her tolketjenestene innen bestemte språk og eventuelt i ulike former) som de ønsker. Denne fremgangsmåten vil legge til rette for at potensielle leverandører – også små og mellomstore bedrifter – kommer i posisjon til å levere noen av tjenestene, og at de i det hele tatt får mulighet til å konkurrere om disse.
- (59) Nemnda kan derfor ikke se at innklagede har noen beskyttelsesverdig interesse i ikke å kunngjøre det samlede behovet for tolketjenester. Innklagede vil få tilgang på et større utvalg av tolker ved å synliggjøre sine forventede behov til hele markedet gjennom en kunngjort konkurranse, enn ved å foreta *ad hoc*-bestillinger direkte fra en leverandør. Innenfor de rammene som regelverket setter, kan oppdragsgiver for øvrig fritt kreve eller vektlegge det som anses som viktige kvaliteter ved tjenesten – herunder kvalifikasjonene til de personene som faktisk skal utføre oppdraget, jf. forskriften § 18-1 (3) bokstav b.
- (60) Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at de anførte konsekvensorienterte hensynene tilsier at tolkeoppdrag til forskjellige språk ikke bør anses som «*liknende*» tjenestekontrakter.
- (61) Innklagede viser videre til andre forskjeller mellom ulike tolkeoppdrag, herunder at det benyttes forskjellige tolkemetoder; som fremmøtetolk, skjermtolk og telefontolk. Tolkeoppdragene utføres også i ulike situasjoner, for eksempel i forbindelse med ulykker eller etterforskning av kriminalsaker. Ifølge innklagede vil bestilling av tolkeoppdrag dermed i høy grad være betinget av individuelle forhold.
- (62) Klagenemnda ser det imidlertid slik at uavhengig av om tjenesten utføres via skjerm, telefon eller oppmøte, eller om den utføres i forbindelse med etterforskning eller en ulykke, går tolketjenesten ut på det samme; å oversette en ytring fra ett språk til et annet, på tidspunktet for ytringen. De alternative måtene å utføre tjenesten på, er derfor etter klagenemndas oppfatning ikke så ulike at tolketjenestene ikke kan anses «*liknende*».
- (63) Til støtte for at tolketjenester ikke er «*liknende*» tjenester, har innklagede også vist til en avgjørelse fra klagenemnda som gjelder kjøp av juridiske tjenester (forente saker 2011/112, 2011/119, 2011/207, 2012/20, 2012/21 og 2012/22 *Kristiansand Havn*). Klagenemnda uttalte her at «*ikke enhver kontrakt om juridisk bistand nødvendigvis [vil] være av 'samme type' som en annen kontrakt om juridisk bistand*», noe som ble begrunnet med at juridiske tjenester «*omfatter en rekke ulike rettsområder*», og at «*det varierer hvilke typer juridiske tjenester de enkelte juridiske rådgivere tilbyr*», jf. avsnitt 123. I den aktuelle saken var det tale om juridisk bistand som dekket «*ulike sider av innklagedes virksomhet*», omfattet temmelig ulike rettsområder og som innklagede hadde anskaffet fra flere ulike leverandører, noe som førte til at klagenemnda ikke fant tilstrekkelige holdepunkter til å anta at alle kontraktene innklagede hadde inngått var av «*samme type*», jf. avsnitt 124.

- (64) Saksforholdet i Kristiansand Havn-saken særpreges av at mye av den innkjøpte juridiske bistanden var knyttet til et omfattende problemkompleks – tvisten mellom Kristiansand kommune og Fjord Line om sistnevntes fergevirkosomhet fra Kristiansand havn. Ettersom denne tvisten utviklet seg, oppstod det behov for tjenester av nokså ulik karakter, bl.a. partsrepresentasjon til forberedelse og gjennomføring av hovedforhandling, konkurranserettslige og konkurranseøkonomiske ekspertutredninger, informasjonsrådgivning mv., jf. bl.a. avsnitt 159, 160, 168, 177 og 184 i nemndas avgjørelse. Flere av anskaffelsene som var omfattet av klagenes synes for øvrig ikke å ha hatt noen tilknytning til Fjord Line-saken, og gjaldt helt andre sider ved innklagedes virksomhet, jf. avsnitt 126-138. At klagenemnda i et slikt tilfelle vek tilbake fra å betrakte alle de innklagede kontraktene som av «samme type», kan knapt overraske.
- (65) For forståelsen av de generelle uttalelsene i *Kristiansand Havn*-saken hører det også med at alle de juridiske tjenestene som ble levert av én og samme leverandør ble betraktet som én anskaffelse, selv om de fordelte seg over fem ulike kontrakter og dekket bistand som i og for seg kan henføres til ulike rettsområder. Klagenemnda fremhevet blant annet at kontraktene måtte sies å dekke et felles behov hos innklagede (behovet for juridisk bistand i tvisten med Fjord Line), jf. avsnitt 155. Som del av den samme anskaffelsen regnet klagenemnda også juridisk bistand anskaffet fra et annet advokatkontor, ettersom også denne anskaffelsen ble ansett som et utslag av behovet for juridisk bistand i tvisten med Fjord Line, jf. avsnitt 159.
- (66) Etter klagenemndas syn tilsier alt dette at overføringsverdien fra *Kristiansand Havn*-saken er ytterst begrenset, og i hvert fall ikke i den retning som innklagede synes å mene. I vår sak er det ikke snakk om behov for ulike tjenester som oppstår etter hvert som et sakskompleks utvikler seg, men derimot om et vedvarende behov for en viss type tolketjenester på et visst antall språk i et visst antall typetilfeller. Klagenemnda bemerker i den anledning at vilkåret «*liknende*» vare- og tjenestekontrakter bør leses i sammenheng med det tilknyttede vilkåret om at kontraktene inngås «*regelmessig*». I vår sak synes ikke innklagedes behov for tolketjenester å ha endret seg i løpet av den relevante perioden – det er ganske enkelt snakk om regelmessige anskaffelser av samme «pakke» av tolketjenester. De tjenestene som klagenemnda ikke mente var av samme type i *Kristiansand Havn*-saken, synes det dessuten naturlig å henføre til ulike leverandørmarkeder – anskaffelser av konkurranseøkonomiske beregninger og informasjonsrådgivning skiller seg nokså klart fra de juridiske tjenestene som naturlig kan henføres til selve prosessopdraget i en sak.
- (67) Klagenemnda vil videre påpeke at mens innklagede i *Kristiansand Havn*-saken rent faktisk hadde anskaffet de ulike tjenestene fra ulike leverandører, særpreges vår sak av at innklagede har anskaffet mesteparten av tolketjenestene, på ulike språk, fra én og samme leverandør. Selv om dette ikke i seg selv er avgjørende, er dette etter nemndas syn et relevant moment som indikerer at de ulike tolketjenestene må karakteriseres som «*liknende*», jf. også sak 2019/102 *Møre og Romsdal politidistrikt*, avsnitt 30, med videre henvisninger. Når én leverandør kan møte store deler av innklagedes ulike behov for tolketjenester, indikerer det at variasjonene i behovet ikke er større enn at dette også kan møtes av andre leverandører, og at det følgelig foreligger et leverandørmarked som har interesse av å bli gjort kjent med innklagedes behov. Anførselen om at dette leverandørperspektivet er irrelevant, kan innklagede ikke høres med, jf. også nemndas henvisninger ovenfor til EU-domstolens vurdering i sak C-16/98.

- (68) Heller ikke innklagedes anførsel om at det er *bruken* av tjenesten som er avgjørende, endrer klagenemndas syn om at tolketjenestene er «*liknende*» tjenester: Forskjellene mellom ulike tolkeoppdrag, er ikke større enn at tolketjenestene må kunne sies å være «*bestemt til identiske eller lignende formål*», jf. avsnitt 19 i fortalen til direktiv 2014/24/EU.
- (69) Uten at det har avgjørende betydning for klagenemndas vurdering, bemerker nemnda også at et søk på Doffin gir en rekke eksempler på oppdragsgivere som har kunngjort anskaffelser av *tolketjenester*, noe som indikerer at det finnes et leverandørmarked som leverer et spekter av tolketjenester.⁷
- (70) Innklagedes kjøp av tolketjenester er etter dette «*liknende*» tjenestekontrakter som innklagede har inngått «*regelmessig*», jf. forskriften § 5-4 (9).
- (71) 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. Det er på det rene at det ikke er «*umulig*» for innklagede å overholde fristene for en konkurranse, jf. § 13-3 e).
- (72) Innklagedes kjøp av tolketjenester utgjør på denne bakgrunn en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (73) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum, at klagenemnda «*skal*» ilegge 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*» ilegge gebyr dersom «*oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse*».
- (74) 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 klagenemndas avgjørelse i sak 2017/147, avsnitt 55 flg.
- (75) Innklagede har 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. Noen egentlig vurdering av om tolketjenestene er «*liknende*» tjenester, eller om noen av unntakshjemlene i forskriften er anvendelige, synes innklagede ikke å ha foretatt før mottak av klagen i denne saken og i sak 2019/102.
- (76) I et tilfelle som det foreliggende kan ikke spørsmålet om skyldkravet er oppfylt eller ikke, reduseres til et spørsmål om hvor klart det er at den forståelsen av vilkåret

⁷ Som eksempler på kunngjøringer som er sammenlignbare med innklagedes kjøp av tolketjenester, nevner klagenemnda disse: <https://doffin.no/Notice/Details/2018-338576> eller <https://doffin.no/Notice/Details/2019-352007>.

«liknende» tjenestekontrakter som innklagede i ettertid har gjort gjeldende overfor nemnda, er riktig eller ikke. Innklagede er en statlig anskaffelsesmyndighet med betydelige ressurser, men har likevel i en årrekke anskaffet tolketjenester for betydelige beløp fra i all hovedsak én og samme leverandør, uten å foreta noen nærmere undersøkelser av om regelverket tillater dette. Den omstendighet at det parallelt har pågått arbeid i regi av Politiets fellestjenester for konkurranseutsetting av tolketjenester til politiet, kan åpenbart ikke frita innklagede fra å vurdere om egne innkjøp var omfattet av kunngjøringsplikten eller ikke. Tvert imot burde den omstendighet at Politiets fellestjenester arbeidet med konkurranseutsetting tilsi at innklagede vurderte lovligheten av sine egne anskaffelser på dette området.

- (77) Det er derfor vel så mye innklagedes manglende bevissthet om anskaffelsesregelverket som nemndas vurdering av regelbruddets klarhet som tilsier at skyldkravet må anses oppfylt i vår sak.
- (78) Slik klagenemnda vurderer innklagedes handlemåte, må den kunne karakteriseres som grovt uaktsom, jf. samme standpunkt i klagenemndas sak 2019/102. Nemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum.
- (79) Innklagedes handlemåte må under enhver omstendighet karakteriseres som uaktsom, og hensett til så vel bruddets grovhet, innklagedes profesjonalitet, størrelsen på anskaffelsen, varigheten og preventive hensyn finner klagenemnda det riktig å reagere med et overtredelsesgebyr, jf. loven § 12 første ledd annet punktum, jf. tredje ledd.

Gebyrets størrelse

- (80) 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.
- (81) Nemndspraksis viser at gebyret normalt settes til 10 prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det verken finnes særlige formildende eller særlig skjerpene omstendigheter.
- (82) Det er ikke tvilsomt at kjøpene skulle ha vært kunngjort. Det er skjerpene at kjøpene er foretatt uten kunngjøring i en årrekke.
- (83) 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 heller ikke anvendelig. Preventive hensyn taler for at gebyret settes høyt.
- (84) Det samlede beløpet for kjøp av tolketjenester er opplyst å være 11 705 224 kroner for årene 2017 (fra og med 22. april 2017), 2018, 2019 og 2020 (frem 20. februar 2020). Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende kan settes til 1 520 000 kroner. Dette utgjør ca. 13 prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Trøndelag politidistrikt ilegges et overtredelsesgebyr på 1 520 000

- énmillionfemhundreogtjuetusen- 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 § 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,

Halvard Haukeland Fredriksen

Dokumentet er godkjent elektronisk