



OSLO TINGRETT

DOM

Avsagt: 14.12.2020 i Oslo tingrett,

Saksnr.: 20-049134TVI-OTIR/04

Dommer: Tingrettsdommer Per Kaare Nerdrum

Saken gjelder: Overprøving av vedtak fra klagenemnda for offentlige anskaffelser

Staten v/justis- og
beredskapsdepartementet

Advokat Helge Røstum

mot

Klagenemnda for offentlige anskaffelser Advokat Goud Helge Homme Fjellheim

Ingen begrensninger i adgangen til offentlig gjengivelse



DOM

Saken gjelder rettslig overprøving av Klagenemndas gebyrvedtak av 27 januar og 7 april 2020 i sak 2019/102 og sak 2019/295. Et hovedspørsmål i saken er om anskaffelsesverdien av et politidistrikts innkjøp av tolketjenester skal beregnes samlet eller atskilt for de ulike språk ved anvendelsen av reglene for offentlige anskaffelser.

Framstilling av saken

Sakens rettslige plassering

Formålet bak regelverket om offentlige anskaffelser er både å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser, og å bidra til at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte. Regelverket har en EU- og EØS-rettslig forankring – av særlig betydning i dag er Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU («*Direktivet*»). Med virkning fra 2 januar 2017 fremgår anskaffelsesreglene i Norge av anskaffelsesloven av 17 juni 2016 nr 73 («*Loven*»), og anskaffelsesforskriften av 12 august 2016 nr 974 («*Forskriften*») – samlet «*Regelverket*».

Regelverkets sentrale tiltak for å realisere sitt formål er å pålegge offentlige oppdragsgivere å kunngjøre sine innkjøp av varer og tjenester utover visse minstebeløp (terskelverdier), for å muliggjøre reell konkurranse mellom alternative leverandører. Leverandører konkurrerer bare om anskaffelser de har hørt om. Terskelverdiens eksistens skyldes at utarbeidelse av både utlysninger og anbud medfører bruk av ressurser. Terskelverdiens størrelse kan derfor oppfattes som uttrykk for Regelverkets avveining mellom dets formål og ressursbruk. En anskaffelse som gjennomføres uten pliktig kunngjøring kalles en «*ulovlig direkte anskaffelse*», og sanksjoneres blant annet med overtredelsesgebyr etter Loven § 12.

Regelverket håndheves i Norge av saksøkte Klagenemnda for offentlige anskaffelser («*KOFA*»). KOFA gir uttalelser i tvister om brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, og har siden 1 januar 2017 også ilagt overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser. Dersom den ulovlige direkte anskaffelse var forsettlig eller grovt uaktsomt, plikter KOFA å ilegge overtredelsesgebyr. Dersom den ulovlige direkte anskaffelse var uaktsomt, kan KOFA ilegge overtredelsesgebyr eller la det være. Både ved vurderingen av om overtredelsesgebyr skal ilegges ved uaktsomme ulovlige direkte anskaffelser og ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, skal det etter Lovens § 12 tredje ledd legges særlig vekt på «*bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen.*» Gebyret kan ikke settes høyere enn 15 % av anskaffelsens verdi.

KOFAs vedtak om overtredelsesgebyr kan bringes inn for retten. Retten prøver i så fall alle sider av vedtaket, dvs også hensiktsmessighetsskjønnet.



Vedtakene

I vedtak 27 januar 2020 i sak 2019/102 («102-Vedtaket») kom KOFA til at Møre og Romsdal politidistrikt hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av tolketjenester for tiden fra 11 mars 2017 til 31 desember 2019. I vedtak 7 april 2020 i sak 2019/295 («295-Vedtaket») kom KOFA til at Trøndelag politidistrikt hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av tolketjenester for tiden fra 22 april 2017 til 20 februar 2020. Begge overtredelser ble ansett som grovt uaktsomme. Overtredelsesgebyret ble fastsatt til 13 %, eller henholdsvis 847 000 og 1 520 000 kr.

Begrunnelsen i 295-Vedtaket er mer utførlig enn i 102-Vedtaket – i hovedsak fordi politidistriktets argumentasjon var mer utførlig der. Det er ikke anført at de to vedtak bør vurderes ulikt, samtidig som flere saker om andre politidistrikters kjøp av tolketjenester i tilsvarende periode skal være stanset hos KOFA i påvente av saken her. Tingretten ser derfor begge vedtaks begrunnelse i sammenheng i det følgende, og omtaler begge vedtak samlet som «Vedtaket».

Uomtvistede forhold

Partene har vært enige for tingretten om

- at politiets innkjøp av tolketjenester skal bedømmes for det enkelte politidistrikt for seg i den periode Vedtaket omfatter, ikke på nasjonalt nivå. Antallet politidistrikt ble redusert fra 27 til 13 med virkning fra 1 januar 2016;
- at ingen av sakens to politidistrikt kunngjorde noe innkjøp eller noen intensjonskunngjøring om tolketjenester etter Lovens § 12 annet ledd i den periode saken gjelder;
- at terskelverdien i saken økte fra 1,1 til 1,3 millioner kr eks mva pr år/12-måneders periode med virkning fra 6 april 2018. Økningen er uten betydning for sakens utfall:
 - o ingen av politidistriktene har kjøpt inn tolketjenester i noe enkelt språk utover terskelverdien i noen tidsperiode Vedtaket omfatter, samtidig som
 - o begge politidistrikts samlede innkjøp av tolketjenester i alle språk overstiger terskelverdien i alle tidsperioder Vedtaket omfatter;
- at translatørtjenester er av en annen art enn tolketjenester. Ingen av politidistriktenes innkjøp av translatørtjenester oversteg terskelverdiene i noen tidsperiode Vedtaket omfatter; og
- at saken reiser tre tvistespoørsmål:
 - o om det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse. Det avhenger i stor grad om kjøp av tolketjenester skal vurderes samlet eller atskilt for hvert språk;
 - o om skyldkravet er oppfylt (forsett eller grovt uaktsomt, eventuelt simpel uaktsomhet); og
 - o om gebyrsatsen på 13 % er for høy.



Prosesshistorie

Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet («*Staten*») tok ut stevning 27 mars 2020 og påsto seg frifunnet fra 102-Vedtaketets overtredelsesgebyr. KOFA påsto seg frifunnet i tilsvaret. Den 5 juni 2020 ble 295-Vedtaket kumulert inn i saken etter tvisteloven § 15-1 (1) med tilsvarende påstander.

Hovedforhandling ble gjennomført over én rettsdag 26 oktober 2020 med ett hovedinnlegg fra hver side, jf tvisteloven § 9-15 (10). Det ble ikke ført vitner, men foretatt slik dokumentasjon som fremgår av sakens digitale dokumentsamling på 285 sider, lagret som «*Dokumentsamling staten KOFA endelig.pdf*» og henvist til i det følgende som «*U*» + sidetall. I tillegg utarbeidet staten felles juridisk utdrag på 335 sider og et juridisk tilleggsideutdrag på 16 sider, henvist til i det følgende som henholdsvis «*JU*» og «*JTU*» + sidetall.

Saksøkers – Statens - påstandsgrunnlag

Staten har i det vesentlige anført:

- at politidistriktenes behov for tolk er variabelt, uforutsigbart og ofte tidskritisk. Det enkelte tolkeoppdrag er gjennomgående lite – under en promille av oppdragene overstiger 20 000 kr. Antallet ulike tolkespråk er stort og økende. Siden ingen tolk behersker alle språk preges markedet av enkelttolker og tolkeformidlere som pretenderer å kunne formidle alle språk. Den enkelte tolks kvalitet vil være kritisk for det enkelte oppdrag, samtidig som en autoriseringsordning for tolker mangler, jf NOU 2014:8 Tolking i offentlig sektor (heretter «*NOU'en*») s 126-27;
- at den enkelte oppdragskontrakt i utgangspunktet utgjør én anskaffelse i forhold til terskelverdien. Flere oppdragskontrakter kan inngå i én anskaffelse dersom objektive grunner gjør dette naturlig, jf Forskriften § 5-4. Det bakenforliggende formål er å hindre omgåelser av terskelverdien ved kunstig oppsplitting av offentlige anskaffelser, jf KOFA-2007-79 avsnitt 26. Kontrakter om politidistriktenes tolkeoppdrag inngås «*regelmessig*», men er ikke «*liknende kontrakter*» etter Forskriften § 5-4 (9), jf Direktivet art 5 nr 11 som benytter «*liknande kontrakt*» på svensk, «*lignende suksessive kontrakter*» på dansk og «*same type*» på engelsk, sammenholdt med Direktivets fortale avsnitt 19. Samlet er det avgjørende om tjenestene objektivt sett har de samme egenskaper og/eller krever den samme type kompetanse og/eller dekker det samme spesifikke behov hos oppdragsgiver. Leverandørmarkedets struktur er bare et bevismoment og ikke et rettslig moment, samtidig som markedsstrukturen både er dynamisk og vanskelig å overvåke. Tolketjenester er derimot kritisk språk-spesifikke, krever ulik spesialisert kompetanse hos tjenesteyter, og dekker ulike, spesifikke behov hos oppdragsgiver. Det er ingen omgåelse av reglene om offentlige anskaffelser at et tolkebehov på arabisk ikke ivaretas på portugisisk, hindi eller finsk;



- at det ikke foreligger noen tidligere avgjørelse fra norske domstoler eller EU-domstolen som bygger på at alle tolketjenester er «*liknende tjenester*». C-16/98 Sydev gjaldt bygge- og anleggskontrakter og baserte vurderingen av hva som utgjorde én anskaffelse på objektive egenskaper ved ytelsen og ikke på om én aktør kunne tilby eller levere alle tjenestene, jf avsnitt 42. Den svenske Högsta förvaltningsdomstolen benyttet samme tilnærming ved vurderingen av engasjementet av ulike granskere med ulik kompetanse som skulle lage felles granskingsrapport om et byggeprosjekt i dom av 21 desember 2017. Fornylses- og administrasjonsdepartementets Veileder til reglene om offentlige anskaffelser og KOFA tidligere praksis trekker i samme retning;
- subsidiært, at politidistriktene verken har handlet uaktsomt eller grovt uaktsomt. Aktsomhetsnormen her avviker ikke fra den i rettsorden ellers. Reglene om offentlige anskaffelser er både omfattende, komplekse og tungt tilgjengelige, og bør ikke kompliseres med avvikende og særskilte aktsomhetsnormer uten rettslige holdepunkter. I gebyrvarselet beregnet eksempelvis selv KOFA fristene etter en klar og utvetydig regel feil. Dersom tolking på alle språk likevel er «*liknende tjenester*» i forhold til terskelverdiene, er regelen både svært vurderingspreget og med et uavklart abstraksjonsnivå, langt fra klar, og temmelig subtil når tolking og oversettelse av samme språk samtidig anses vesensforskjellig etter samme regelverk.

I intet tilfelle kan politiets eventuelle uaktsomhet være grov. I årene 2006 – 2012 unnlot KOFA å ilegge gebyr i rundt 40 % av alle saker med ulovlig direkte anskaffelse. Alle hensyn nevnt ovenfor tilsier at gebyr her bør unnlates helt; og

- atter subsidiært, at 13 % er alt for drøyt. KOFA praksis med 10 % gebyr i saker uten særlige formildende eller skjerpene omstendigheter må være feil når Loven § 12 tredje ledd anviser et konkret skjønn ut fra lovtekstens skjønnsmomenter. Næringskomiteen understreket ved lovendringen i 2006 at maksimalsatsen på 15 % «*berre bør brukast i svært alvorlege tilfeller*», og hele skalaen skal brukes med en antatt normalfordeling rundt midtpunktet på 7,5 %. I saken her er det i det minste tvilsomt om tolkeoppdrag skal ses og utlyses samlet; anskaffelsens samlede verdi er liten; ingen omgåelseshensikt foreligger, behovet er uforutsigbart og oppstår ofte under høyt tidspres.

Justisdepartementets påstand:

1. Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet v/Møre og Romsdal politidistrikt frifinnes fra kravet om overtredelsesgebyr.
2. Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet v/Trøndelag politidistrikt frifinnes fra kravet om overtredelsesgebyr.
3. Staten tilkjennes sakskostnader.



Saksøktes – KOFAs - påstandsgrunnlag

KOFA har i det vesentlige anført:

- at selv om retten har full prøvelsesadgang på linje med overordnet klageorgan, sikrer Nemndas sammensetning her med to juridiske professorer og en advokat/forfatter at Vedtaket er tuftet på solide overveielser. Anskaffelsesreglenes begrunnelse tilsier at alle offentlige anskaffelser kunngjøres. Terskelverdien unntar de minste anskaffelser fordi det koster tid og penger å utarbeide anbud, samtidig som en tilbyder normalt ikke vinner mer enn 20-25 % av de anbud han utarbeider. Når utlysning og konkurranse er beste virkemiddel for at statens innkjøpspenges skal rekke lengst mulig, bør flest mulig av de oppdrag leverandørmarkedet ønsker å levere anbud på, lyses ut.

Saken her særkjennes ved at begge politidistrikt kjøpte 89 – 98 % av sine totale tolketjenester fra bare én leverandør både i 2017, 2018 og 2019 – Noricom Nord AS (heretter «*Noricom*»). Når samme leverandør leverte praktisk talt alle tolketjenester to statlige tjenestekjøpere trengte til en verdi av 2-3 ganger terskelverdien for hver av dem hvert år flere år etter hverandre i et fungerende leverandørmarked, gjelder utlysingsplikten selv om omgåelseshensikt ikke foreligger og tjenestene gjelder ulike språk;

- at selv om den enkelte kontrakt i utgangspunktet anses som én anskaffelse, skal flere kontrakter aggregeres også utover omgåelsestilfellene, jf Forskriften § 5-4 (4) og (8), Direktivet art 5 nr 8 og 9 og den norske anskaffelsesforskrift av 2006 § 2-3 (7) og (8). Anskaffelsesreglene skiller ikke mellom «*liknende kontrakter*», «*kontrakter av samme type*», eller «*tjenester av samme type*». Aggregering av kontrakter krever etter ordlyden at kontraktene må ha noen felles kjennetegn, samtidig som regelverket verken konkretiserer hvilke kjennetegn eller hvilket abstraksjonsnivå som er avgjørende. Utlysingsplikt krever verken at tjenestene må være identiske, at en person skal kunne levere alle tjenester personlig, eller at én leverandør skal kunne levere alle arbeidsoperasjoner, jf C-16/98 Sydev avsnitt 42-22 og Högsta forvaltningsdomstolen 21 desember 2017. Relevante momenter vil kunne være
 - o om tjenestene dekker samme eller ulike behov,
 - o om kontraktens gjenstand og vilkår er likeartet,
 - o om det finnes et fungerende leverandørmarked for de tjenester som er aktuelle, og
 - o om oppdragsgiver i hovedsak har forholdt seg til bare én leverandør.

Vedtaket bygger på

- o at de enkelte tolkekontrakter er likeartet utformet, samtidig som tolketjenester er likeartet gjennom å innebære oversetting av en ytring fra et språk til et annet idet ytringen blir fremmet,



- at EUs og FNs nomenklatur for utlysning av varer og tjenester benytter samme CPV-kode (79540000) for alle tolketjenester uten noen underkategorier for ulike språk, men en annen kode for translatørtjenester (79530000), og
- at politidistriktene innkjøpspraksis viser at tolketjenester for alle språk dekkes av et felles leverandørmarked: Noricom leverte nesten alle tolketjenester de to politidistriktene kjøpte i 2019-2017 uansett språk før Vedtaket, samtidig som et fungerende leverandørmarked for tolketjenester dokumenteres gjennom Politiets Fellestjenesters utlysning med syv tilbydere både for Møre og Romsdals og Trøndelags delkontrakter etter Vedtaket. Allerede NOU'en dokumenterer at de seks største tolkeformidlerfirmaene hadde ca 2/3 av totalmarkedet for tolketjenester i Norge allerede i 2014. De to politidistrikters valg om å benytte Noricom som hoved- eller eneleverandør av tolketjenester uansett språk i et omfang langt utover terskelverdien tilsier med tyngde at tolketjenester uansett språk er av «*lignende type*»;
- at aktsomhetskravene både gjenspeiler ulovlige direkteanskaffelsers grovhet og at gebyrkompetansen ble flyttet tilbake til KOFA i 2016 fordi domstolene ila for få gebyrer. Forarbeidene understreker at regelverket må forutsettes godt kjent hos offentlige oppdragsgivere slik at terskelen for grovt uaktsom rettsuvitenhet ikke er høy. Organets aktsomhet omfatter også anonym og/eller kumulativ uaktsomhet, slik at terskelen for grov uaktsomhet samlet ikke er særlig høy. Offentlige innkjøpere bør derfor kunne vise at anskaffelsesreglene er vurdert og iaktatt.

Politidistriktene her har vært grovt uaktsomme. Saken preges av distriktene fravær av oppmerksomhet og tiltak for etterlevelse inkludert analyse av leverandørmarkedets struktur, samtidig som Politiets Fellestjeneste arbeidet med tolkeanskaffelse på nasjonalt nivå. En analyse av rettskildebildet ville vist betydningen av leverandørmarkeds struktur – særlig når politidistriktene selv kjøpte nesten alle språk for verdier langt over terskelverdien fra samme leverandør over flere år;

- at overtredelsesgebyrets størrelse skal virke preventivt. Samtidig tilsier likebehandlingshensyn at KOFAs langvarige praksis med 10 % som normal-gebyr ikke settes til side. Saken inneholder flere skjerpene forhold: overtredelsen varte i flere år og for beløp vesentlig over terskelverdien, samtidig som man kjøpte ca 90 % fra bare én leverandør og kunne søke bistand i kompetent innkjøpsmiljø hos Politiets Fellestjeneste. Formildende omstendigheter mangler.

KOFAs påstand:

1. Klagenemnda for offentlige anskaffelser frifinnes.
2. Klagenemnda for offentlige anskaffelser tilkjennes sakens omkostninger.



Rettens vurdering

1 Sammendrag

Tingretten har funnet vurderingen av om tolketjenester på ulike språk er «liknende» i Regelverkets forstand både skjønnsmessig, vanskelig og uavklart. Vanskelighetene forsterkes av at Regelverket etter sin art er både abstrahert, dynamisk og formålsfremmende. Samtidig er det forskjell mellom Regelverkets formål og Regelverkets virkemidler for å realisere disse. Det er også forskjell mellom Regelverkets rettsregler, mellom skjønn- eller hjelpemomenter som inngår i slike regler, og bevisfakta som kan bidra til å sannsynliggjøre eksistensen av et skjønnsmoment. Endelig er det forskjell mellom å anvende, å avklare og å utvikle Regelverket. Særlig når tvisteløsningsorganer utvikler rettsreglenes innhold gjennom sin praksis reiser tidspunktet for når den nyutviklede regel skal gis virkning egne problemstillinger.

På denne bakgrunn finner tingretten at politidistriktene kjøp av tolketjenester uten utlysning verken har vært grovt uaktsom eller uaktsom i den aktuelle periode. Retten har da bygget på at terskelen for de ulike uaktsomhetsformer ikke er annerledes etter Regelverket enn i norsk rett ellers. Staten blir derfor å frifinne fra kravene om overtredelsesgebyr.

KOFAs praksis om å sette overtredelsesgebyret til 10 % i fravær av særlige skjerpende eller formildende omstendigheter synes ikke å samsvare uten videre med lovgivers anvisninger. På kort sikt er tingretten også usikker på om et slikt sanksjonsregime samsvarer med Regelverkets formål om effektiv bruk av samfunnets begrensede fellesressurser. Spørsmålet kommer imidlertid ikke til avgjørelse for tingretten.

I det følgende skal tingretten begrunne sitt syn mer utførlig:

2. Politiets plikt til å aggregere tolkeoppdrag på ulike språk under Regelverket

2.1 Bestemmelsene

Loven § 12 første – tredje ledd lyder:

«§ 12. Overtredelsesgebyr

Dersom tvisteløsningsorganet kommer til at oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, skal organet ilegge oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr. Dersom organet kommer til at oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, kan organet ilegge oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr.

Overtredelsesgebyr etter første ledd kan ikke ilegges dersom oppdragsgiveren har publisert en intensjonskunngjøring etter regler fastsatt i forskrift, og tidligst inngått kontrakten etter utløpet av ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen.

Ved avgjørelsen av om overtredelsesgebyr skal ilegges etter § 12 første ledd annet punktum og ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen. Gebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.» (understreket her)



Lovteksten sier således intet direkte om hva som utgjør «en ulovlig direkte anskaffelse». Den må suppleres med Forskriften, som i § 5-4 gir en rekke regler om hvordan den enkelte anskaffelses verdi skal beregnes. De lyder:

- (1) Oppdragsgiveren skal beregne kontraktens verdi på grunnlag av et anslag over den samlede betalingen ekskl. mva., inkludert enhver form for opsjon som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene. Eventuelle betalinger eller premier til leverandørene skal tas med i beregningen.
- (2) Beregningen skal være forsvarlig på tidspunktet for kunngjøringen av konkurransen. For anskaffelser som ikke krever kunngjøring, skal beregningen være forsvarlig på det tidspunktet oppdragsgiveren innleder anskaffelsesprosessen.
- (3) Dersom oppdragsgiveren består av flere atskilte driftsenheter, skal den samlede anslåtte verdien for alle driftsenhetene legges til grunn for beregningen. Dette gjelder likevel ikke når en driftsenhet selv er ansvarlig for sine anskaffelser eller visse kategorier anskaffelser.
- (4) Oppdragsgiveren skal ikke velge beregningsmåte eller dele opp en kontrakt med det formål å unnta kontrakten fra forskriften.
- (5) Ved rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger skal oppdragsgiveren legge til grunn den maksimale verdien av alle kontraktene som han forventer å inngå i løpet av avtalens eller ordningens varighet.
- (6) Ved konkurranse om innovasjonspartnerskap skal oppdragsgiveren legge til grunn den maksimale verdien av forsknings- og utviklingsaktivitetene som skal utføres i løpet av partnerskapet. I tillegg skal oppdragsgiveren ta med i beregningen verdien av varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som han forventer å få utviklet og anskaffet ved det planlagte partnerskapets opphør.
- (7) Ved bygge- og anleggskontrakter skal oppdragsgiveren ta hensyn til verdien av både bygge- og anleggsarbeidene og alle varene og tjenestene som oppdragsgiveren stiller til leverandørens rådighet, og som er nødvendige for å utføre arbeidene.
- (8) Dersom oppdragsgiveren planlegger å anskaffe tjenester, bygge- og anleggsarbeider eller ensartede varer ved separate delkontrakter, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn. Dersom den samlede verdien av delkontraktene er lik eller overstiger en terskelverdi i § 5-1, jf. § 5-3, skal denne terskelverdien legges til grunn ved avgjørelsen av hvilken del av forskriften som gjelder for hver enkelt delkontrakt. For anskaffelser der den samlede verdien av alle delkontraktene overstiger en terskelverdi i § 5-3, gjelder likevel bare del I for delkontrakter om varer og tjenester med en anslått verdi under 750 000 kroner og bare del II for delkontrakter om bygge- og anleggsarbeider med en anslått verdi under 9,6 millioner kroner, når verdien av de respektive delkontraktene ikke overstiger 20 prosent av den samlede verdien av alle delkontraktene som anskaffelsen er delt opp i.
- (9) Ved vare- og tjenestekontrakter som oppdragsgiveren inngår regelmessig eller som skal fornyes innenfor et bestemt tidsrom, skal oppdragsgiveren beregne kontraktens verdi på grunnlag av
 - a) den samlede faktiske verdien av liknende kontrakter som er tildelt i løpet av de foregående 12 månedene eller det foregående regnskapsåret, om mulig justert for forventede endringer i løpet av de 12 etterfølgende månedene, eller
 - b) den samlede anslåtte verdien av de kontraktene som vil bli tildelt i løpet av 12 måneder fra den første leveransen, eller i løpet av regnskapsåret dersom dette er lengre enn 12 måneder.
- (10) Ved kontrakter om leasing, leie eller avbetalingskjøp av varer gjelder følgende:
 - a) for tidsbegrensede kontrakter med en varighet på 12 måneder eller kortere skal verdien beregnes på grunnlag av kontraktens samlede verdi
 - b) for tidsbegrensede kontrakter med varighet over 12 måneder skal verdien beregnes på grunnlag av kontraktens samlede verdi, inkludert anslått restverdi



- c) for tidsubegrensede kontrakter eller kontrakter der varigheten ikke kan fastsettes nærmere, skal verdien beregnes på grunnlag av den månedlige verdien multiplisert med 48.*
- (11) Ved beregningen av verdien av visse tjenestekontrakter skal følgende verdier inkluderes:*
- a) forsikringstjenester: premier og andre former for vederlag*
 - b) banktjenester og andre finansielle tjenester: gebyrer, provisjoner, renter og andre former for vederlag*
 - c) kontrakter vedrørende prosjektering: honorarer, provisjoner og andre former for vederlag.*
- (12) Ved tjenestekontrakter uten en fastsatt samlet pris gjelder følgende:*
- a) for tidsbegrensede kontrakter med en varighet på 48 måneder eller mindre skal verdien beregnes på grunnlag av den samlede verdien for hele kontraktens varighet*
 - b) for tidsubegrensede kontrakter eller kontrakter med en varighet på over 48 måneder skal verdien beregnes på grunnlag av den månedlige verdien multiplisert med 48.*
- (13) Ved plan- og designkonkurranser skal oppdragsgiveren beregne verdien på grunnlag av betalinger eller premier til deltakerne i konkurransen. Dersom plan- og designkonkurransen skal lede til inngåelsen av en tjenestekontrakt, skal oppdragsgiveren beregne verdien på grunnlag av kontraktens anslåtte verdi i tillegg til eventuelle betalinger eller premier til deltakerne i konkurransen.» (understreket her)*

Dels synliggjør Forskriftsbestemmelsen variasjonsbredden i de ulike innkjøpsforhold Regelverket kommer til anvendelse på. Dels synliggjør bestemmelsen at Regelverket på flere punkter er både konkret og presist utformet.

Ingen av bestemmelsene i Forskriftens § 5-4 omtaler imidlertid tolketjenester direkte.

2.2 Hva utgjør «én anskaffelse» i Regelverkets forstand?

Partene er både enige om at den enkelte oppdragskontrakt i utgangspunktet utgjør én anskaffelse, og at dette utgangspunkt suppleres av en adgang til å aggregere flere oppdragskontrakter - dvs se disse som en samlet anskaffelse under Regelverket - i visse tilfeller. Det følger eksempelvis direkte av Forskriften § 5-4 nr 4 at anskaffelser som deles opp i flere oppdragskontrakter i den hensikt å unngå terskelverdiene skal ses samlet. Tingretten finner både at plikten til aggregering av oppdragskontrakter under Regelverket ikke stopper ved omgåelsestilfellene, og at saken her ikke gjelder et omgåelsestilfelle. Ingen av partene har påstått noe annet, heller.

Saken avhenger av en fortolkning av Forskriftens § 5-4 nr 9, som omfatter inngåelse av «*liknende kontrakter*» som også inngås regelmessig. Regelmessighets-vilkåret er erkjent oppfylt, og får derfor ingen selvstendig betydning her.

Spørsmålet om politiets innkjøp av tolketjenester pliktes kunngjort avhenger derved av en identitetsvurdering mellom de ulike leveranser av tolketjenester. Siden Regelverket skal være ensartet og forutsigbar innenfor hele EØS-området, bør identitetsvurderingen av de aktuelle tjenestekontrakter det vurderes å aggregere så langt mulig foretas på grunnlag av prinsipielle og ensartede identitetsmarkører på et avklart abstraksjonsnivå. Heller ikke



Forskriften klargjør imidlertid hvilke identitetsmarkører eller abstraksjonsnivå som skal anvendes.

2.2.1 Holdepunkter i Direktivet?

Tingretten finner ingen meningsforskjell av betydning for saken i Direktivets ulike språkversjoner, som i art 5 nr 11 benytter henholdsvis

- Dansk: «*lignende suksessive kontrakter*»,
- Engelsk: «*successive contracts of the same type*», og
- Svensk: «*liknande kontrakt*».

Tingretten er enig med KOFA i at «*liknende kontrakter*» og «*kontrakter av samme type*» må forstås som synonymer, jf 295-Vedtaket avsnitt 32.

Direktivets fortale avsnitt 19 presiserer for vare-anskaffelsene at «... *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, som er aktiv på det pågældende område, vil typisk have sådanne varer som en del af sit sædvanlige produktsortiment.*» (understreket her).

Avsnittets understrekede del knytter etter tingrettens syn identitetsvurderingen av hvilke varer som er «*lignende*» etter Direktivet til anskaffelsens og ikke leverandørens formål. Samtidig gir den i tredje punktum anvisning på en hjelpevurdering – en vareleverandør vil typisk kunne tilby «*lignende varer*» i Direktivets forstand fra sitt sortiment, fordi leverandørers utvalg ofte søker å følge kundenes behov. Både avsnittets utforming og bredden i eksempelvis Amazons og Harrods' vareutvalg tilsier imidlertid at fortalens hjelpevurdering ikke knytter utlysningsspliktens rekkevidde direkte til hvilke produkter én leverandør kan levere. Etter tingrettens syn er avgrensningen av vareleverandørers varesortiment et bevisfaktum som kan bidra til å sannsynliggjøre eksistensen av et skjønnsmoment; ikke en selvstendig rettsregel.

Dertil kommer at avsnitt 19 ikke omtaler tjenester, men varer, samtidig som avsnittets avgrensning må antas bevisst. Tingretten ser ingen god grunn til at prinsippet i avsnitt 19 ikke også skulle kunne gi veiledning for avgrensningen av hvilke tjenester som er «*liknende*». Samtidig innebærer de underliggende karakteristiske forskjeller mellom varer og tjenester og tilbyderleddets ulike organisering for varer og tjenester at identitetsmarkørene og abstraksjonsnivået for identitetsvurderingen for varer ikke uten videre kan anvendes direkte på tjenester.

Samtidig

- Benytter både EUs og FNs nomenklatur for utlysning av varer og tjenester samme CPV-kode for alle tolketjenester uten ytterligere underkategorier for de ulike språk (79540000); og
- Inneholder Doffin flere kunngjorte anskaffelser av tolketjenester som har vært vunnet av ulike leverandører, jf 102-Vedtaket avsnitt 28 og 295-vedtaket avsnitt 69. Avsnitt



69 viser til to utlysninger fra henholdsvis Holmestrand og Sande kommuner vedrørende minimum ni ulike språk, og fra den statlige del av NAV Oslo som ikke angir aktuelle språk særskilt. 102-Vedtaket avsnitt 28 gir ingen eksempler, men konstaterer «en rekke eksempler» på utlyste tolketjenester vunnet av ulike leverandører, og finner derved sannsynliggjort eksistensen av et leverandørmarked som leverer et «spekter av tolketjenester». NOU'en s 126 opplyser at Doffin viste 50 utlysninger av innkjøp av tolketjenester «siste fem år» - 25 fra kommuner og 15 fra helseforetak.

Tingretten finner at utlysingsnomenklaturens utforming er et støtteargument for aggregering, gjennom at infrastrukturen legger til rette for samlet utlysning. Argumentet er imidlertid ikke avgjørende, slik også 295-Vedtaket avsnitt 69 gir uttrykk for. Dels avgjør ikke en teknisk nomenklatur uten videre skjønnsmessige identitetsvurderinger; dels kan en oppdragsgiver fritt lyse ut også ikke utlysingspliktige anskaffelser, og dels kan den enkelte utlysning begrenses til bestemte språk innenfor CPV-koden.

2.2.2 Rettskildefaktorer

Ingen av partene har pekt på noen tidligere avgjørelse fra EU-domstolen eller fra noen nasjonal domstol som tar stilling til om tolketjenester uansett språk skal aggregeres eller ei etter Regelverket. Etter det opplyste er altså Vedtaket første gang spørsmålet er vurdert av noe tvisteløsningsorgan. Det er helt åpent om fraværet av tidligere avgjørelser kan skyldes at alle har vært enige om at tolkekontrakter på alle språk skal eller skal ikke aggregeres under Regelverket, eller at ingen har satt spørsmålet på spissen tidligere.

Etter hovedforhandlingen har tingretten festet seg ved særlig tre tidligere avgjørelser om tjenesteanskaffelser som kan belyse hvilke identitetsmarkører og abstraksjonsnivå Regelverket gir anvisning på:

2.2.2.1 EU-domstolens dom av 5 oktober 2000: C-16/98 Sydev

Saken gjaldt et fransk foretak på departementsnivå («Sydev»), som besto av de ulike felleskommunale sammenslutninger med ansvar for kraftforsyning i Frankrike. Sydev kunngjorde samme dag på nasjonalt nivå 37 ulike elforsynings- og vegbelysningsarbeider for utførelse i departementet (fylket) Vendée i løpet av tre år. Alle de utlyste elforsyningsarbeider var beskrevet likeens og i generelle ordelag. Også de utlyste vegbelysningsarbeider var beskrevet likeens og generelt, men litt annerledes enn elforsyningsarbeidene. De seks viktigste elforsyningsarbeidene ble samtidig sendt til kunngjøring også på EU-nivå. EU-kommisjonen fant at alle 37 utlysninger var deler av et enkelt arbeide med bare en ordregiver, at ordreverdien måtte ses samlet, og at de 37 utlysninger samlet oversteg terskelverdien for utlysning på EU-nivå. Frankrike brakte Kommisjonens vedtak inn for EU-domstolen, som blant annet uttalte

- at definisjonen av hva som utgjør et arbeide avgjøres i forhold til den økonomiske og tekniske funksjon som resultatet av de aktuelle arbeider oppfyller. Her utgjorde arbeidsresultatet en integrert del av de aktuelle elektrisitets- og vegbelysningsnett (avsnitt 36-38 og 47);



- at arbeidene var utlyst av bare én oppdragsgiver og/eller at de kunne utføres av bare én oppdragstaker kunne etter omstendighetene være et indisium på av det dreide som om ett arbeide i Direktivets forstand, men var ingen betingelse. Flere oppdragsgivere og/eller –takere tilsa ikke flere arbeider dersom de funksjonelle kriterier tilsa at det forelå ett samlet arbeide (avsnitt 42-43). En slik tolking samsvarte med Direktivets formål som var å sikre at leverandører fra andre land kunne by på kontrakter eller kontraktsgrupper med kontraktsverdi av interesse for mulige tilbydere (avsnitt 44). Eksempelvis ville bygging av en vei gjennom flere lokalmyndigheters område utlyst av hver av disse likevel kunne anses som samme arbeid (avsnitt 45). I tillegg vil også en anbyder som bare ville by på deler av arbeidene kunne ønske å kjenne totalomfanget for å bedre tilpasse til tilbud (avsnitt 46);
- at nettene for elforsyning og vegbelysning ikke hadde samme tekniske og økonomiske funksjon: Elforsyningsnettet førte kraft til sluttbrukere som pliktet å betale leverandøren i samsvar med sitt forbruk, mens vegbelysning opplyser offentlige steder uten at borgerne ble fakturert i henhold til sin nytte av belysningen (avsnitt 52-56). Arbeidene vedrørende elforsyningsnettet og vegbelysning skulle derfor ikke aggregeres, selv om andre franske departementet hadde utlyst slike arbeider samlet tidligere (avsnitt 59-60); og
- at alle arbeidene vedrørende elforsyningsnettet skulle summeres i forhold til terskelverdiene i saken, på bakgrunn av det samtidige utbud etter likeartede bekjentgjørelser innenfor en felles geografisk ramme som ble koordinert av et foretak på departementsnivå (avsnitt 65). Arbeidene vedrørende vegbelysning skulle derimot ikke summeres siden nettene ikke nødvendigvis var sammenhengende og det ikke var sannsynliggjort at vegbelysningen utgjorde en teknisk og økonomisk enhet på departementsnivå (avsnitt 69).

2.2.2.2 KOFAs vedtak av 6 november 2012 (KOFA-2011-112 m fl – Kristiansand Havn)

Saken gjaldt en kommunens anskaffelser av juridiske tjenester mv uten utlysning. KOFA bygget her på

- at spørsmålet om juridisk bistand var av «samme type» måtte avgjøres konkret på grunnlag av både tjenestenes egenskaper og kontraktsvilkårene (avsnitt 121);
- at juridisk tjenester omfatter en rekke rettsområder, samtidig som ulike rådgivere tilbyr ulike tjenester. Anskaffelser innenfor samme type rettsområde ville i utgangspunktet kunne anses som «samme type» (avsnitt 123). I saken omfattet bistanden i hovedsak havnelovgivning, kontraktsrett, EØS-rett, konkurranserett, forvaltningsrett og fast eiendom, og ble ydet av 11 ulike leverandører. Kontraktene om juridisk bistand innen alle disse rettsområder var da ikke av «samme type» (avsnitt 124); og



- at det ved vurdering av om flere kontrakter utgjorde én og samme anskaffelse var relevant å vurdere «*hvilket behov kontraktene skal dekke hos oppdragsgiver, om kontraktene er avhengige av hverandre, om kontraktsytelsene er likeartede og nærhet i tid mellom inngåelsen av kontraktene.*» (avsnitt 154). Fem kontrakter med ett advokatfirma og en kontrakt med et annet advokatfirma som alle gjaldt bistand i samme rettssak ble ansett som av «*samme type*» (avsnitt 155-164). Det samme ble tre rådgivere som i felles oppdragsbekreftelse bisto vedrørende tapsberegningen i den samme rettssak, selv om disses oppdrag besto av både juridiske og økonomiske vurderinger. For de tre ble imidlertid kommunens forhåndsvurdering av at den samlede verdi ikke oversteg terskelverdien ansett forsvarlig (avsnitt 172-181).

2.2.2.3 Högsta förvaltningsdomstols dom av 21 desember 2017 (HFD 2017 ref. 74)

Saken sprang ut av at Stockholm kommune engasjerte fire ulike konsulenter for å granske deler av et utbyggingsprosjekt («*Nya Slussen*») uten utlysning gjennom hver sin likeartede oppdragsavtale. Granskernes enkelthonorar var under terskelverdien, men samlet honorar var over. Domstolen fant at selv om tjenestene ikke måtte være identiske, forutsatte aggregering påtakelige likheter mellom tjenestene. Tjenestenes karakter var i så måte viktigere enn hvem som utførte dem. Oppdragsavtalene var likelydende og ble inngått samtidig, og etablerte en samlet ekspertgruppe som skulle foreta en samlet gransking etter felles mandat med samlet ferdigstillelsesdato. Konsulentene hadde ulik kompetanse og erfaring, og fordelte og utførte det samlede granskingsarbeide seg imellom etter egen beslutning i henhold til sine individuelle forutsetninger, innenfor mandatets og ferdigstillelsesdatoens ramme. Både förvaltningsdomstolen og Högsta förvaltningsdomstolen fant etter en samlet vurdering at de fire granskeres leveranse av ganskingstjenester knyttet til det samme materiale var «*liknende tjenester*» som oversteg terskelverdien.

2.2.2.4 Juridisk teori mv

Spørsmålet er omtalt flere ganger i juridisk teori mv. Utdrag gjengis her i tidsrekkefølge:

Steinicke og Grosmyer, EUs utbudsdirektiver med kommentar (2008), s 587:

«Hovedkriteriet for, om forskjellige varer er ensartede, må antageligst være, om varerne sædvanligvis vil tjene det samme eller et tilsvarende formål hos aftagerne. Kernen i kriteriet er dermed aftagernes behov snarere end, hvorledes leverandørsiden er strukturert. Normalt vil leverandørstrukturen dog - i hvert fald over tid - tilpasse sig aftagernes behov og efterspørgsel, og markedsstrukturen på leverandørsiden vil dermed ofte være et ganske sterkt indicium for, om der er tale om ensartede varer. Andre momenter må dog også inddrages. F.eks. vil det forhold, at ordregivere ofte anskaffer varerne samlet, kunne være et indicium for, at der er tale om ensartede varer. Selv om CPV- og CPA-nomenklaturerne på ingen måde tager sigte på en afgrænsning i forhold til tærskelværdi, må også nomenklaturernes klassifikation af varer inddrages. Er de omhandlede varer f.eks. klassificeret i de samme undergrupper på nær i yderste led, vil dette kunne være et indicium for ensartethed.»



Forsynings- og administrasjonsdepartementet, Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013), s 56:

«Forutsetning for at kontraktene skal anses for én anskaffelse er at de er av «samme type». I uttrykket «kontrakter av samme type» ligger, etter Groesmeyer/Steinickes oppfatning, både at kontraktsgjenstandene helt eller delvis skal ligne på hverandre, slik at de tar sikte på å oppfylle de samme behov, og at kontraktenes grunnkarakteristika og vilkår ikke må avvike så mye fra hverandre at de ikke kan anses som lignende kontrakter. Videre mener forfatterne det kan argumenteres for at det etter denne bestemmelsen kreves en noe tettere sammenheng mellom kontraktene enn det som ligger i bestemmelsen i direktivet om 'ensartede varer'».

NOU 2014:8 Tolking i offentlig sektor, s 128:

«11.5.3 Hvert språk er én anskaffelse

Ifølge IMDi vil konkurransen på pris og på bredden i hvor mange tolkespråk formidlerne kan tilby, ofte gå på bekostning av kvaliteten i hvert enkelt språk. IMDi's veileder for kjøp av tolketjenester anbefaler å dele opp anskaffelsen etter språk fordi hvert språk i utgangspunktet har ulike tilbydere og derfor må anses som ulike markeder. Dette er i tråd med en uttalelse Regjeringsadvokaten har gitt til Utlendingsdirektoratet i en intern vurdering om anbudsutsetting av oversettertjenester:

‘Så langt jeg kan se, må hvert språkområde være en 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 (også her er det dog minimumskrav til en viss konkurranse).’

Følger man prinsippet om at hvert språk er et eget marked, vil de færreste offentlige tolkebrukere overskride terskelverdien for anbudsutlysning av tolketjenesten. Likevel kan det være praktiske hensyn som gjør at offentlig etater velger å inngå rammeavtale med en leverandør som skal formidle tolk i alle språk. Ifølge Devoteam er årsakene til at tolketjenester settes ut på anbud trolig knyttet til ressursbruk både når det gjelder bruk av interne ressurser i bestillingsprosessen og muligheter for redusert pris på tolketjenestene som bestilles ved bruk av anbudskontrakter. IMDi påpeker i sin veileder at dersom en velger å lyse ut alle språkene under ett, er det viktig at hvert språk vurderes separat i tilbudene. ...»

Arrowsmith, The Law of Public and utilities procurement (2014), s 467-68:

«The rules above apply, as indicated, only to purchases of goods or services of the same «type».

This appears to require, first, that the goods or services purchased under the contracts to be aggregated must be of the same type. This is stated as an explicit requirement in the Public Contracts Regulations reg.8 (14). There is some debate as to what is meant by a "type" of good or service for this purpose. 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. Thus, for example, pens, rubbers and typing fluid are probably products of the same "type", since they are all generally supplied by individual stationery firms. Certain different types of vehicles-such as street-sweeping vehicles and fire engines-are probably different "types" of products since they are normally available only from different specialist firms. Such a test reflects the objective of the rules, which is to ensure that purchases are advertised when it is commercially reasonable for those purchases to be packaged in a single contract. Services will generally need to be aggregated only at much lower levels than is envisaged in the "categories" of services listed in Annex II to the Public Sector Directive/Sch.3 of the Public Contracts Regulations (which is included for the



purpose of categorising services as Part A and Part B services); many of these categories cover a wide range of services which would not typically be provided by a single firm. For example, repair and maintenance of vehicles, and of equipment, are both listed in category I of Part A, but different specialist firms are concerned with different sorts of vehicles and equipment and it is clear that work repairing, say, fire engines, photocopying machines and cleaning equipment, need not be aggregated. Generally, it is desirable that the courts should not be too strict, and should not insist on aggregation where there is a reasonable commercial argument for splitting requirements.»

Tingretten nevner at den understrekede første del av Arrowsmiths fremstilling er tatt inn i 102-Vedtaket avsnitt 30, men ikke den siste understreket anbefaling.

Dragsten, Anskaffelsesloven (2020), s 237:

«Sammenfattet vil relevante momenter ved vurderingen av om flere kontrakter skal ses samlet, være:

- Hvorvidt ytelsene som kontraktene omfatter, er avhengige av hverandre i den forstand at de tar sikte på å oppfylle et felles formål eller dekker samme eller tilsvarende behov, herunder om de skal benyttes i samme prosjekt*
- Tidsmessig sammenheng*
- Hvorvidt varene eller arbeidene normalt kan leveres fra en leverandør*
- Hvordan anskaffelser av de aktuelle varene/ arbeidene normalt gjennomføres*
- Omgåelsesbetraktninger*
- Forretningsmessig vurdering av hva som anses som effektive anskaffelser».*

2.2.3 Tingrettens sammenfatning av aggregerings-kriteriene etter Regelverket

Tingretten har kommet til at kjernen i vurderingen av om flere tjenestekjøp skal aggregeres eller ei må forankres i objektive identitetsmarkører knyttet til tjenestens innhold og disses økonomiske og tekniske resultat på oppdragsgivers hånd. Direktivets synonyme «*liknende kontrakter*» og «*kontrakter av samme type*» finnes å peke mot den realytelse som er typisk og karakteriserende for kontraktsforholdet. De fleste tjenestekontrakter innebærer at en part mot betaling av penger mottar en tjeneste av avtalt innhold, kvalifikasjoner og kvalitet. Tjenestens innhold kan variere vesentlig fra tilgang til formuesgoder som hus eller bil til utførelse av oppgaver som transport av person eller gods; vedlikehold, reparasjon eller nybygging; omsorgs- eller undervisningstjenester, rådgivning, tolke-tjenester etc. Det er i alle tilfeller naturalytelsen som utgjør kjernen av den enkelte tjenestekontrakts karakteristiske identitet; verken den korresponderende pengebetaling eller mulige forhold på den enkelte mulige tilbyders hånd. I Sydev avsnitt 36-38, jf avsnitt 47 tok således EU-domstolen utgangspunkt i «*den økonomiske og tekniske funktion, som resultatet af de pågældende arbejder opfylder*», i Nye Slussen uttalte Högsta förvaltningsdomstolen at for tjenestekontrakter var tjenestens karakter viktigere for aggregerings-spørsmålet enn hvem som utførte dem, og Steinicke og Grosmyer beskriver avtakers behov som «*kernen i kriteriet*».

Arrowsmith velger tilsynelatende et annet utgangspunkt gjennom å betone tilbyderstrukturen med hovedvekt på hva som er «*commercially reasonable*», forankret i Regelverkets formål om å ikke dele opp anskaffelser som naturlig kan utlyses og anskaffes samlet. Tilnærmingen



har liten støtte både i Direktivets ordlyd og i rettspraksis, og synes å ikke skille mellom Regelverkets formål og Regelverkets virkemidler for å realisere formålet.

Samtidig finner tingretten Arrowsmiths eksempel om at brannbiler og gatefeiekjøretøy ikke bør aggregeres både illustrerende og godt begrunnet, men vil for sin del heller knytte begrunnelsen til slike spesialkjøretøys svært ulike bruksområder enn til om de selges gjennom samme eller ulike spesialfirma. I tillegg anbefaler Arrowsmith at aggregeringskravene ikke bør håndheves for strengt – særlig ikke der «*reasonable commercial arguments*» for oppdelt anskaffelse foreligger.

Kjernekriteriet kan etter omstendighetene suppleres av flere ulikeartede hjelpe- eller støttevurderinger. Ofte vil hjelpevurderingene trekke i samme retning som tjenestenes økonomiske og tekniske resultat på oppdragsgivers hånd. Dersom de skulle trekke i ulik retning, vil hjelpevurderingene vanligvis ikke kunne endre det resultat naturalytelsens karakter entydig tilsier, jf særlig Sydev avsnitt 42-45. Dersom naturalytelsens karakter er mindre entydig bør antakelig hjelpevurderingene kunne få større gjennomslag. Blant hjelpevurderingene inngår blant annet

- Om tjenestene bestilles av én eller flere offentlige oppdragsgivere. Sydev avsnitt 45 klargjør at en veistrekning som bygges eller vedlikeholdes gjennom flere lokalkmyndigheters område og derfor utlyses og administreres av flere slike aggregeres, siden tjenestene er av samme art og gjelder samme veistrekning;
- Tjenestekontraktenes utforming. Selv svært ulikeartede tjenester vil imidlertid kunne reguleres av likelydende oppdrags- eller innkjøpsavtaler, uten at de underliggende tjenester derved blir mer likeartede. Motsatt vil ulik kontraktsregulering lettere kunne tilsi at de aktuelle tjenester heller ikke er «*liknende art*» - slik også Steinicke og Grosmayer;
- Tidsmessig og/eller geografisk sammenheng – leveres de aktuelle tjenester til samme tid og/eller sted og/eller prosjekt? Levering av tjenester til ulike steder og/eller ulik tid trekker bort fra aggregering, men ikke hvis tjenestene er identiske eller likeartede. Tingretten antar derfor at det ligger nærmere å aggregere innkjøp av lærebøker, skrivebøker og blyanter til en eller flere skoler, enn å også aggregere toalett papiret og/eller gymnastikk-apparater til de samme skolers gymsal;
- Ivaretar tjenestene det samme eller et tilsvarende behov, eller ivaretar de til sammen et felles formål eller prosjekt – slik også Dragsten;
- Leverandør-industriens struktur, sammenholdt med hvor vanlig det er å kjøpe inn de aktuelle tjenester inn samlet, jf Direktivets forale avsnitt 19, Arrowsmith, Dragsten og 102-vedtaket avsnitt 30 med videre henvisning og - i 295-Vedtaket avsnitt 56. Ofte vil leverandører se seg tjent med å følge kundens behov; og
- Leverer én enkelt leverandør tjenester til samme oppdragsgiver for verdier langt utover terskelverdien, trekker det isolert sett i retning av aggregering – både fordi det sier noe om sammensetningen av vedkommendes tjenestetilbud, og fordi også andre leverandører ventelig ville kunne ønske å konkurrere om de samlede leveranser – helt eller delvis, jf Sydev avsnitt 46.



Fordi de forhold flere at hjelpevurderingene springer ut av kan endre seg over tid, vil også hjelpevurderingenes innhold og betydning kunne endre seg over tid. Endringspotensialet er særlig stort for leverandør-industriens struktur og hvilke varer/tjenester som kan ivareta samme behov hos oppdragsgiver.

De rettskilder som gjengis i NOU'en gir klart uttrykk for at tolketjenester ikke kan aggregeres på tvers av språkgrenser. Både Integrerings- og mangfoldsdirektoratet (IMDi), som er nasjonal fagmyndighet for tolking i offentlig sektor og blant annet drifter og eier Nasjonalt tolkeregister og har bevillingsansvar for statsautorisasjon av tolker, og Regeringsadvokaten begrunnet sitt resultat i at hvert språk er ulike markeder, fordi hvert språk har ulike tilbydere. Etter tingrettens skjønn kan resultatet like gjerne begrunnes med utgangspunkt i oppdragsgivers behov.

2.3 Tolketjenesters beskaffenhet for politidistriktene

Formålet med en tolketjeneste er å bidra til kvalitativt riktig kommunikasjon mellom personer som ikke forstår hverandre på grunn av (for) ulike språk. Tolketjenester er utpreget språk-spesifikke, både for oppdragsgiver og for tolken personlig. Tolkebehovets eksistens og hvilke tolkespråk som er relevant/påkrevet dikteres av aktørenes språkkunnskaper og -behov i den enkelte kommunikasjonssituasjon, ikke av pris, ønske eller policy. En tolketjeneste levert på feil språk vil være helt uten verdi for oppdragsgiver, samtidig som vedkommende tolk uansett dyktighet i så fall vil være ute av stand til å levere den ønskede tjeneste. Dersom tolkebistand først er nødvendig, vil oppdragsgivers primæroppgave/sak/prosjekt simpelthen ikke kunne løses uten slik bistand.

Ordinært benyttes bare én tolk i den enkelte tolkesituasjon. I langvarige tolkesituasjoner vil tolken vanligvis trenge pauser tidligere og oftere enn primæraktørene. Særlig i tolkesituasjoner med mange deltakere vil det derfor ofte være regningssvarende å la to tolker alternere i samme språk for å kunne opprettholde en kontinuerlig kommunikasjon for de øvrige deltakere. Tingretten finner en nærliggende illustrasjon her kan være tingrettens bruk av tolk i hovedforhandlinger med mange aktører.

Tolkefaglig skilles det mellom ulike former for tolking som simultan- og konsekutiv tolking, relétolking, og fremmøte- eller fjerntolking – typisk ved hjelp av skjerm- eller telefontolking. Covid-19-pandemien har økt bruken av fjerntolking. Så langt tingretten kjenner til, utfører de fleste tolker alle de nevnte tolkeformer, og de fleste oppdragsgivere benytter de tolkeformer som passer best i den enkelte sak eller situasjon. Det er ikke påstått grunn til å skille mellom de ulike tolkeformer ved spørsmålet om innkjøp av tolketjenester bør aggregeres etter Regelverket i saken.

NOU'en beskrev i kapittel 11



- ulike måter det offentlige bestiller tolketjenester på (direkte bestilling gjennom Nasjonalt tolkeregister, bestilling i egenregi, anbudsutsetting, og direkte bestilling fra offentlige eller private tolkeformidlere/byråer);
- fremveksten av et marked for private tolkeformidlere;
- disses økende markedsandel siden stadig flere offentlige etater setter tolkeformidlingstjenesten ut på anbud fremfor å utføre denne i egenregi;
- tolkeformidlers vansker med å forene anbudsforutsetningenes kvalitetskrav med oppdragsgivers prisforventning; og
- oppdragsgivers utilstrekkelige forutsetninger for å vurdere levert tolke kvalitet.

NOU'en pekte samtidig på skillet mellom selve tolketjenesten som leveres av den enkelte tolk, og tolkeformidlingstjenesten som omfatter tjenester knyttet til å finne frem til riktig tolk, avtaleinngåelse, taushetserklæring, skikkethetsvurderinger, betalingsadministrasjon mv. Nasjonalt tolkeregister deler tolker i fem kvalifikasjonskategorier avhengig av utdanning, jf U s 69. NOU'en opplyser i kapittel 11 blant annet

- at tolkens lønn og den timesats oppdragsgiver må betale varierer med den enkelte tolks kvalifikasjonsnivå;
- at jo høyere kvalifikasjonskategori tolken har, jo mindre vanlig er det at vedkommende påtar seg oppdrag gjennom private tolkeformidlere;
- at de fleste tolker som likevel tar oppdrag gjennom private tolkeformidlere vil være tilknyttet to eller flere formidlere samtidig. Inntrykket av «tordenskjoldske soldater» forsterkes av NOU'ens opplysning om stikkprøver som viser at tolker med høye kvalifikasjoner har vært ført opp på formidlers lister over tilgjengelige tolker uten tolkens vitende, og at formidlere først etter at anbud er vunnet prøver å få avtale med tolker som behersker språk omfattet av anbudet; og
- at jo større andel av totalmarkedet som legges ut på anbud, jo mer avhengig er den enkelte tolk av å være tilknyttet en eller flere tolkeformidlere.

Om politiets behov for tolketjenester heter det i NOU'en s 50:

«Politianalysen understreker at politiet må kunne bygge tillit og kommunisere effektivt med hele landets befolkning. Befolkningen i Norge er i dag mer sammensatt enn den var tidligere. Politiet må derfor kunne håndtere utfordringer knyttet til språk og kulturforståelse. Tolkning er aktuelt på flere av politiets arbeidsområder, herunder i utlendingsforvaltningen, ved pågripelser og avhør i straffesaker, i sivile saker og i forvaltningsoppgaver.

Økt immigrasjon har ført til flere utlendingsforvaltningsoppgaver for politiet, blant annet grensekontroll, bortvisning, asylregistrering, registrering av EØS-tillatelser, fornyelse av oppholds- og arbeidstillatelser, opprettelse av utvisningssak (i straffesaker) og uttransportering ved ulovlig opphold.

Globalisering, dvs. den økte samhandlingen og påvirkningen på tvers av landegrenser, bringer med seg nye former for kriminalitet. Kriminalitet som begås av utenlandske statsborgere, har økt de siste årene. I perioden fra 2006 har det vært en sterk økning i antall innsatte i norske fengsler med annet statsborgerskap enn norsk. Det er en særlig høy andel



utenlandske innsatte som blir satt i varetekt. Per 11. juni 2014 hadde 58 prosent av de varetektsinnsatte utenlandsk statsborgerskap. Dette medfører store kommunikasjonsutfordringer og økt behov for tolking.»

Det er ingen grunn til å tro at politiet trenger tolketjenester i sin interne drift – alle norske politiansatte antas å kunne norsk. Tingretten legger til grunn at politidistriktenes behov for tolketjenester oppstår i den enkelte sak eller prosjekt, og at både behovets omfang og innhold bestemmes av språkferdighetene til de personer den aktuelle sak eller prosjekt berører. Normalt har politidistriktet selv liten eller ingen styring med hvilken personkrets som inngår i den enkelte politisak – politiets oppgave er å behandle alle sine oppdrag uansett hvilke språkutfordringer de viser seg å innebære.

Endelig legger tingretten til grunn som mest sannsynlig

- At det enkelte politidistrikt vil ha behov for tolketjenester i et forholdsvis stort antall tolkespråk over året. Til illustrasjon viser U s 67-68 at politiets nasjonale utlysning etter Vedtaket anga totalt 40 språk som «*de største tolkespråkene*», mens Oslo tingretts årsberetninger opplyser at det der ble tolket i henholdsvis 63 og 64 ulike språk i 2018 og 2019;
- At det totale årlige antall tolkeoppdrag, oppdragenes fordeling mellom språkene og stedet tjenesten skal erlegges vil antakelig variere fra år til år og fra sesong til sesong i samsvar med politiets oppdragssammensetning; og
- At det enkelte tolkeoppdrag regelmessig knyttes til det enkelte avhør, møte eller hendelse; ikke til saksnummer, praksisområde eller fagfelt. Ofte foretrekkes samme tolk til flere møter/hendelser i samme sak eller saksområde fordi tolken derved opparbeider økt bakgrunnskunnskap og/eller økt tillit hos berørte personer. Samtidig vil oppnevning av tolk på saks- eller praksisområde-nivå øke antall obligatoriske deltakere, hvilket kan vanskeliggjøre eller forsinke berammelse av planlagte aktiviteter under tidspress, som avhør av varetektsfengslede. Det enkelte politidistrikt vil derfor sannsynligvis fortløpende inngå mange avtaler om kjøp av beløpssmessig små tolketjenester gjennom hele kalenderåret.

NOU'ens beskrivelse av tolketjenesters innhold og formidling ble verken imøtegått eller supplert under hovedforhandlingen.

2.4 Subsumpsjon

Vurderingen av om tolketjenester på ulike språk er «*liknende*» tjenester i Regelverkets forstand er både skjønnsmessig, dynamisk og formålsfremmende. Tidligere praksis har for andre tjenestekontrakter trukket opp grenser som umiddelbart kan fremstå som både hårfine og kontraintuitive – eksempelvis forskjellen mellom

- vedlikeholdstjenester av offentlige strø姆ledninger til forbrukere og offentlige strø姆ledninger til veibelysning mellom de samme forbrukere;
- advokatbistand på ulike forretningsjuridiske og offentligrettslige rettsområder; og
- tolker og translatører.



Noen gjenkjennelig tidsmessig utvikling i aggregerings-terskelen eller tilsynelatende brudd med tidligere rettsanvendelse er imidlertid verken påvist eller sannsynliggjort. Identitetsvurderingen av hva som utgjør én anskaffelse etter Regelverket fremstår etter hovedforhandlingen som en grunnleggende problemstilling med avklart struktur.

På bakgrunn av Sydevs avsnitt 47 jf avsnitt 38 bygger tingretten på at objektive identitetsmarkører knyttet til den aktuelle tjenestes innhold og disses økonomiske og tekniske resultat på oppdragsgivers hånd fortsatt utgjør aggregerings-vurderingens kjerne. Denne kjerne kan etter omstendighetene suppleres av både sekundære og tertiære hjelpevurderinger, som kan trekke i ulike retninger og tillegges vekslende vekt i det enkelte tilfelle. Det at visse kriterier utgjør aggregeringsvurderingens kjerne innebærer likevel både at identitetsvurderingen normalt bør ta utgangspunkt i kjernekriteriene, og at disse normalt vil veie tyngre enn sekundær- og tertiær-hensyn i den samlede vurdering.

Etter tingrettens syn preges Vedtaket av for sterk vekt på hjelpevurderinger tilknyttet tilbyder-perspektivet på bekostning av oppdragsgiver-perspektivet, kjerne-kriteriene, og Regelverkets egentlige formål som er å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og styrke tilliten til offentlige anskaffelsers gjennomføring. Regelverkets formål er verken å legge til rette for en voksende leverandørindustri og/eller anskaffelsesrettskyndige konsulenter – slike hensyn vil i høyden være henholdsvis et middel for å realisere formålet og/eller en utilsiktet sideeffekt.

Tingretten finner at tolketjenesters objektive trekk og politidistriktets økonomiske og tekniske resultat av de innkjøpte tolketjenester er nært og uløselig knyttet til at den aktuelle tolk kan tolke mellom de språk som kreves i det aktuelle tilfelle. I motsatt fall vil anskaffelsens formål være helt forfeilet – for oppdragsgiver, og for den aktuelle flik av politidistriktets samlede samfunnsoppdrag som derfor ikke kunne løses tilfredsstillende. Aggregeringsvurderingens kjerne tilsier da med tyngde at tolketjenester på ulike språk ikke er «*liknende kontrakter*» i Regelverkets forstand. Når 296-vedtakets avsnitt 56 fremholder at «*ingen deler av innklagedes behov for tolketjenester (i så fall) blir kunngjort, selv om det samlede behovet for slike tjenester er betydelig*», begynner således Vedtaket i feil ende: Spørsmålet er ikke omfanget av alle oppdragsgivers tjenestekjøp, men hvilket omfang kjøp under «*lignende kontrakter*» har. Utvalget må fastsettes før man argumenterer ut fra dets størrelse.

Så vidt sees vurderer imidlertid verken 102-Vedtaket eller 295-Vedtaket kjernekriteriene anvendt på politidistriktenes bruk av tolketjenester på ulike språk.

102-Vedtaket avsnitt 30-32 knyttet aggregeringsvurderingen til om tjenestene er tilgjengelige fra det samme leverandørmarked, hjemlet i KOFA's egen praksis eksemplifisert gjennom sak 2011/230. Her ble seks leasingkontrakter for varebiler hvorav fem kontrakter gjaldt samme bilmodell (Peugeot Partner Tepee) og den sjette gjaldt en Mitsubishi Pajero ansett som «*liknende*» kontrakter. Tingretten oppfatter tjenestene fra fem Tepee og en Pajero



varebil som vesentlig mer likeartet enn tjenestene fra tolker i eksempelvis arabisk, portugisisk, hindi og finsk – særlig med ståsted i oppdragsgivers økonomiske og tekniske resultat av tjenestene.

295-Vedtaket avsnitt 51 tok utgangspunkt i at terskelen for å anse kontrakter som liknende «ikke kan settes særlig høyt», og at tjenestene ikke måtte være «nærmest identiske». På bakgrunn av at EU-domstolen i Sydev anså vedlikehold av elektriske ledninger for overføring av samme type strøm til fylkets innbyggerses privatboliger som til fylkets veibelysning for de samme innbyggere som ikke lignende tjenester, synes et slikt utgangspunkt å kreve en nærmere og mer overbevisende begrunnelse. Tingretten finner ingen holdepunkter i Sydev for at de aktuelle vedlikeholdstjenester av kraftlinjer i samme distrikt krevde ulike tjenester, kompetanse, utstyr, og/eller ikke kunne tilbys av de samme tjenesteleverandører. I samme retning trekker også Nya Slussen, hvor den svenske Högsta förvaltningsdomstolen bygget på at selv om tjenestene ikke måtte være identiske, forutsatte aggregering påtakelige likheter mellom tjenestene, og at hva særskilt gjaldt tjenester burde aggregeringsplikten heller avgjøres ut fra «*tjänsternas karaktär än vem som utför dem*».

Videre imøtegår 295-Vedtaket avsnitt 54-56 fagetaten IMDi og Regjeringsadvokatens vurdering gjengitt i NOU'en om at markedet for tolketjenester må anses knyttet til det enkelte språk. Det er ikke holdepunkter for at IMDi og Regjeringsadvokatens vurdering ikke har blitt ansett veiledende i offentlige myndigheters anskaffelses-praksis – forut for Vedtaket. 295-Vedtaket imøtegikk denne rettsoppfatning i avsnitt 56 på grunn av særlig tre forhold:

- at det fantes leverandører som kan påta seg å levere tolketjenester på «en rekke ulike språk» - blant annet den leverandør de to politidistrikt hadde benyttet i dominerende utstrekning uten utlysning;
 - at formålet med utlysingsplikten i et tilfelle som her var å gjøre mulige leverandører kjent med oppdragsgivers behov; og
 - at de mest spesialiserte tolkeleverandører ikke definerte hvilket marked som var relevant.
- Alle disse tre forhold springer imidlertid ut av markedets tilbudsside og hvem som formidler tjenestene, ikke ut av kjerne-kriteriene.

295-Vedtaket avsnitt 58-60 inneholdt dernest en imøtegåelse av såkalte konsekvenshensyn som tilsa at tolkeoppdrag på ulike språk ikke er «liknende» tjenestekontrakter; herunder i avsnitt 59 at politidistriktet mangler en «beskyttelsesverdig interesse» i å utlyse det samlede tolketjeneste. Ingen av de gjennomgåtte konsekvenshensyn springer ut av kjerne-kriteriene.

Til sist gir 295-Vedtaket i avsnitt 63-67 en lengre begrunnelse for hvorfor overføringsverdien av Kristiansand Havn-saken om juridiske tjenester var «yttest begrenset» for sakens tolketjenester.

Tingretten er samtidig enig med Vedtaket i at flere sekundær- og tertiær-hensyn tilsier at tolketjenester burde kunne utlyses samlet. Blant disse fremheves

- at begge de politidistrikt saken gjelder kjøpte mellom 89 og 98 % av sine samlede årlige tolketjenester gjennom samme leverandør både i 2017, 2018 og 2019 uten utlysning (Noricom). Vedtaket vektlegger at Noricom derved har dekket det vesentlige av distriktets tolkebehov uansett språk over tid, at andre tilbydere antakelig også kunne det, og at Noricoms samlede vederlag langt overskrider terskelverdien.



I tillegg kommer at en så høy oppdragsandel aktualiserer NOU'ens spørsmål om den aktuelle tjeneste egentlig omfatter utførelsen av den underliggende tolketjeneste, eller om det heller er tolkeformidlings-tjenesten politidistriktene har overlatt til Noricom – uten utbud. Tingretten lar spørsmålet stå hen, også fordi saken mangler opplysninger om hvordan verdien av den eventuelt utsatte og ikke utlyste formidlingstjeneste i så fall skal beregnes opp mot terskelverdien; og

- at Politiets fellestjeneste – etter at 102-Vedtaket var fattet – gjennomførte en utlysning med etterfølgende anskaffelse av tolketjenester oppdelt i 12 delkontrakter – en for hvert politidistrikt. For hver delkontrakt ville avtale bli inngått med inntil to leverandører, og førsteleverandør ville bli forespurt først etter «fossefallprinsippet». Avtaleperioden ble satt til ett år med opsjon på forlengelse i ett + ett + ett år, totalt inntil fire år. Anbyder kan støtte seg på underleverandører, og tildelingskriteriet var beste forhold mellom pris og kvalitet der pris ble vektet 30-40 % og kvalitet etter angitte kriterier med 70-60 %.

Delkontrakten for både Møre og Romsdal og Trøndelag politidistrikt mottok tilbud fra syv anbydere, jf henholdsvis U s 268 og s 275. I begge politidistrikt ble Salita Tolke og Translatørtjeneste AS valgt som førsteleverandør og Hero Tolk AS valgt som andreleverandør, jf U s 145. Samme sted fremgår at både delkontrakt nr 2-6 og 9-12 ble vunnet av disse to, slik at Salita ble førsteleverandør under fem delkontrakter og andreleverandør under fire delkontrakter, mens Hero ble førsteleverandør under fire delkontrakter og andreleverandør under fem. Rammeavtaler ble inngått i juni 2020.

Den etterfølgende gjennomførte utlysning bekrefter Vedtakets premiss om at flere anbydere enn Noricom kunne være i stand til å by på politidistriktenes samlede tolketjenester. Den viser også at Noricom ikke ble plukket ut i noen av de ni politidistrikter der vinnere er opplyst. Tingretten har heller ingen holdepunkter for at utlysingen og vurderingen av tilbudene var spesielt ressurskrevende eller vanskelig å gjennomføre, eller at politiets tolkebehov ikke har blitt tilfredsstillende ivaretatt gjennom leveranser under rammeavtalene.

Spørsmålet i saken er imidlertid ikke om det var mulig, klokt eller ønskelig å utlyse politidistriktenes tolkebehov samlet i perioden 11 mars 2017 – 20 februar 2020, men om politidistriktene hadde en rettslig sanksjonert plikt etter Regelverket til å gjøre det.

For tvisteløsningsorganer som KOFA og domstolene kan det skilles mellom det å anvende, å avklare og å utvikle et regelverk. Skillet er særlig aktuelt for regelverk som er basert på dynamiske eller formålsorienterte regler, siden avklarings- og utviklings-alternativene vil innebære presisering eller endring av den tidligere antatt gjeldende rettstilstand. Som kjent inneholder Grunnlovens § 97 et forbud mot at lover gis tilbakevirkende kraft.

Tvisteløsningsorganer som presiserer eller endrer den gjeldende rettstilstand, vil gjennom rettskraftvirkningene normalt gi regelens nye innhold anvendelse på et hendelsesforløp



som fant sted før den aktuelle rettsendring uttrykkes. Særlig når det aktuelle vedtak som her utløser overtredelsesgebyr eller andre sanksjoner, bør tilbakevirknings-spørsmålet vurderes særskilt. Som illustrasjon av de problemstillinger som derved kan oppstå vises til

- mindretallets votum i Rt 2002 s 1069 (s 1074-76). Dissensen synes å springe ut av at flertallet oppfattet innholdet i forskriftens begrep «*skjotselsverksemd*» i naturreservat som mer forutsigbart enn mindretallet;
- Rt 2003 s 359 Plenum – vesentlig utviklet lovtolking begrunnet likevel ikke gjenopptakelse av tidligere rettskraftig og sonet straffedom på grunn av blant annet hensynet til forutberegnelighet, innrettelse og domstolens rolle som rettsutvikler; og
- Rt 2012 s 1793, der statens erstatningsansvar for mangelfull implementering av EUs motorvogndirektiv for oppreisningskrav ble tidsavgrenset til tidspunktet for EU-domstolens klargjørende avgjørelse i sak C-129/94 Bernáldez, og ikke til det forutgående tidspunkt for Bernáldez' trafikkulykke som EU-domstolens avgjørelse knyttet klargjørende rettsvirkninger til.

Etter tingrettens syn innebærer summen av

- At 102-Vedtaket avsnitt 32 konkluderer med at tolkeoppdragenes karakter av å være «*liknende*» kontrakter etter Regelverket ikke endres av blant annet ulikt tolkespråk;
- At varsel om overtredelsesgebyr i 205-Vedtaket ble sendt ut en knapp måned etter 102-Vedtaket dato 27 januar 2020. Ytterligere klager skal være stilt i bero i påvente av denne sak; og
- At 295-Vedtaket avsnitt 56 innebar et bevisst brudd med den tidligere uttalte vurdering fra fagmyndigheten IMDis veileder for kjøp av tolketjenester til offentlige virksomheter og fra regjeringsadvokaten om tolkespråkets betydning for hvilke tolketjenester som var «*liknende*» i Regelverkets forstand, uten at det vites å foreligge avgjørelser i Vedtakets retning fra EU-domstolen eller andre nasjonale tvisteløsere;

at det ligger nær å oppfatte Vedtaket som i alle fall rettsavklarende, antakelig også rettsendrende. I tillegg har det samlede tolkningsbilde utviklet seg ytterligere etter Vedtaket gjennom den etterfølgende utlysning av politiets samlede innkjøp av tolketjenester og erfaringen med de derved innkjøpte tjenester.

Tingretten har kommet til at den ved denne korsvei verken trenger å ta endelig stilling til om Vedtaket må karakteriseres som presiserende eller rettsendrende, eller til om de støttehensyn som har fremkommet etter Vedtaket tilsier at avveiningen mellom kjernekriteriet knyttet til de aktuelle tolketjenesters innhold og disses økonomiske og tekniske resultat på oppdragsgivers hånd objektivt vurdert og summen av sekundære og tertiære støttehensyn tilsier at det nå er grunn til å pålegge utlysningsplikt for offentlig innkjøp av tolketjenester som i verdi overstiger terskelverdien uansett språk.



3 Skyldkravet

Etter tingrettens syn var det i alle tilfeller på bakgrunn av alt som er gjennomgått i pkt 2 ovenfor verken uaktsomt eller grovt uaktsomt av politidistriktene å ikke utlyse innkjøp av tolketjenester som ikke oversteg terskelverdiene for det enkelte språk i den aktuelle periode.

Ved skyldvurderingen har tingretten bygget på at uaktsomhetsterskelen for grov og simpel uaktsomhet faller sammen etter Regelverket og etter norsk rett forøvrig. Tingretten har da sett hen til

- at departementet i Prop.51 L (2015-2016) s 66 foreslo at overtredelsesgebyr skulle kunne ilegges uavhengig av skyld. Departementet begrunnet forslaget i at den tidligere begrunnelse for et kvalifisert skyldkrav som følge av Regelverkets kompleksitet ikke lenger gjaldt med samme styrke; at overtredelsesgebyr kunne unngås gjennom en intensjonskunngjøring; og hensynet til effektiv håndhevelse sammenholdt med KOFA's skjønsmessige adgang til å unnlate å ilegge gebyr. Næringskomiteen forkastet imidlertid forslaget om objektivt overtredelsesgebyr i Innst. 358 L (2015-2016) s 27, samtidig som komiteen understrekte at gebyr var riktig ved forsettlig og grovt uaktsomme overtredelser;
- at departementet i Ot prp nr 62 (2005-2006) s 26 til den forutgående lov la til grunn at «*offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvidenhet som grovt uaktsom.*» Etter tingrettens syn gjelder dette fortsatt – eksistensen av dagens Regelverk må forventes minst like godt kjent i dag som for 15 år siden. Samtidig gjelder uttalelsen Regelverkets eksistens og etablerte fortolkning; ikke rettsavklarende eller rettsendrende tolkninger/subsumpsjoner foretatt av tvisteløsningsorganer i ettertid, jf pkt 2.4 ovenfor. Det vil normalt verken være grovt uaktsomt eller uaktsomt å ikke forutse slike; og
- at grov uaktsomhet forutsetter en kvalifisert form for uaktsomhet, jf Rt 2004 s 499 avsnitt 32 der det heter:

«Uttrykket «grov uaktsomhet» innebærer at det må være utvist en kvalifisert form for uaktsomhet. ... I Høyesteretts dom gjengitt i Rt-1989-1318, uttales at en grov uaktsom oppførsel må representere «et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte», og at det må dreie seg om «en opptreden som er sterkt klanderverdig», hvor vedkommende er «vesentlig mer å klandre enn hvor det er tale om alminnelig uaktsomhet». I den saken var uttrykket anvendt i vilkår om ansvarsforsikring. Jeg viser videre til Rt-1995-486 hvor det ble vist til dommen fra 1989. Også i forarbeidene til bestemmelsen i finansavtaleloven § 35, NOU 1994:19 side 144, er det uttalt at det kreves et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte for at en handling eller unnlattelse skal kunne kvalifiseres som grovt uaktsom.»

Tingretten finner ingen holdepunkter i saken for at politidistriktene ikke visste om Regelverkets eksistens – spørsmålet i saken er om tolkekontrakter på ulike språk skal aggregeres i strid med IMDi's innkjøpsveileder og NOU'ens vurdering. Dette er verken uaktsomt eller grovt uaktsomt, og politidistriktene blir å frifinne for kravet om overtredelsesgebyr



4 Gebyrsats

Lovteksten gir anvisning på at gebyrets størrelse skal fastsettes skjønnsmessig med særlig vekt på *«bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen»*, innenfor et tak på 15 %. Næringskomiteen understrekte i Innst.O nr 52 (2005-2006) s 5 at maksimalsatsen på 15 % *«berre bør brukast i svært alvorlege tilfeller»*.

I saken her kommer ikke det subsidiære spørsmål om gebyrets størrelse til avgjørelse.

5 Sakskostnader

Staten har vunnet saken for tingretten, idet de har fått medhold fullt ut eller for det vesentlige, og har etter hovedregelen krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten, jf. tvisteloven § 20-2 (1) og (2). Tingretten har kommet til at KOFA ikke bør fritas for erstatningsansvaret på tungtveiende rimelighetsgrunnlag i medhold av tvisteloven § 20-2 (3).

Sakskostnader er krevd med totalt 76 125 kr, som i sin helhet er salær til prosessfullmektig med en timesats på 1 450 kr og en tidsbruk på henholdsvis 30, 15 og 7,5 timer fordelt på sakens tre faser etter § 20-5 (3). I tillegg kommer rettsgebyr med $5 \times 1\,172 \text{ kr} = 5\,860 \text{ kr}$, jf rettsgebyrloven § 8 første ledd første punktum. Det foreligger ingen merknader til salærkravet fra den annen side, som selv fremmet er salærkrav på 171 500 kr ekskl mva. Tingretten tar kravet til følge, og tilkjenner sakskostnader med 81 985 kr.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Grunnen er rettens arbeidsprogram.



DOMSSLUTNING

1. Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet v/Møre og Romsdal politidistrikt frifinnes fra kravet om overtredelsesgebyr i Klagenemndas gebyrvedtak i sak 2019/102.
2. Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet v/Trøndelag politidistrikt frifinnes fra kravet om overtredelsesgebyr i Klagenemndas gebyrvedtak i sak 2019/295.
3. Klagenemnda for offentlige anskaffelser betaler sakskostnader til Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet med 81 985 – åttientusen nihundreogåttefem - kroner.

Oppfyllelsesfristen for slutningens post 3 er 2 – to – uker fra forkynnelsen, jf tvisteloven § 19-7 (1) siste punktum. Når det gjelder spørsmålet om renter av tilkjente sakskostnader vises til regelen i tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1 (3).

Retten hevet

Per Kaare Nerdrum

Veiledning om anke i sivile saker vedlegges.

