



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Avvisning av tilbud

*Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om kjøp av tolketjenester i kategoriene A, B og C. Klagers tilbud ble avvist som unormalt lavt, under henvisning til at klager hadde priset tolkene [REDACTED]. Klagenemnda kom til at det forelå en saksbehandlingsfeil, ved at innklagede ikke hadde innhentet informasjon om sammensetningen av tilbudet i henhold til forskriften § 24-9. Tilbudet kunne dermed ikke avvises som unormalt lavt. Klagers øvrige anførsel ble ikke behandlet.*

### Klagenemndas avgjørelse 19. november 2020 i sak 2020/710

**Klager:** Noricom Nord AS

**Innklaget:** Kristiansund kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Arnt Skjefstad, Marianne Dragsten, Karin Fløistad

### Bakgrunn:

- (1) Kristiansund kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 24. juli 2020 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp av tolketjenester. Anskaffelsens verdi er estimert til seks millioner kroner over fire år. Tilbudsfristen var 4. september 2020.
- (2) Det skulle inngås tre parallelle rammeavtaler, der rangeringen ville avgjøre prioriteten mellom leverandørene. På større oppdrag kunne det bli aktuelt med minikonkurranse. Rammeavtalenes varighet er ett år, med opsjon på forlengelse i inntil tre år (1+1+1).
- (3) Rammeavtalene skulle tildeles de tre tilbudene med beste forhold mellom pris og kvalitet, basert på følgende kriterier:

Tildelingskriterier	Vekt	Dokumentasjonskrav
<b>Pris</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Under dette kriteriet vurderes:               <ul style="list-style-type: none"> <li>- Tilbudt pris</li> <li>- Hvordan enkeltoppdrag prises; 0,5 time/1 time.</li> </ul> </li> </ul>	60 %	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ferdig utfylt prisskjema</li> </ul>
<b>Kvalitet</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Under dette kriteriet vurderes:               <ul style="list-style-type: none"> <li>- Besvarelse av B-krav i kravsspesifikasjon.</li> <li>- Språkportefølje</li> <li>- Kategoriportefølje</li> </ul> </li> </ul>	40 %	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ferdig utfylt kravsspesifikasjon</li> <li>• Dokumentasjon over tolker deres språk og kategori</li> </ul>

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 («Anskaffelsens formål»), fremgikk blant annet følgende:

«[...] Kommunen ønsker primært å benytte høyest mulig kategori på tolkene for å unngå misforståelser. Særlig i barnevernssaker i fylkesnemnda vil det være krav om tolk av høy kvalitet. Dersom leverandør med første prioritet ikke kan levere tolk med høy nok kategori, forbeholder oppdragsgiver seg muligheten til å gå videre til neste leverandør på rammeavtalen».

- (5) I kravspesifikasjonen var det videre satt opp en punktliste med krav til leveransen. Kravene var inndelt i kravtyper:

«Obligatoriske krav (A) – Kravet SKAL tilfredsstilles.

Betingede krav (B) – Kravet BØR tilfredsstilles. Svar vil benyttes i evalueringen av tilbudet. **Husk merk tydelig hvilket vedlegg/besvarelse som gjelder hvilket punkt om ikke besvarelsen gis direkte i kravspesifikasjonen.»**

- (6) I kravspesifikasjonen punkt 3.1 var ett av B-kravene beskrevet slik:

«[...] Kvalifiserte tolker av begge kjønn med kategori 1-3/A - D, innen de 11 viktigste språkgruppene (se språkliste ovenfor i pkt. 1.1 ovenfor), bør til enhver tid være i leverandørs liste over tilgjengelige tolker».

- (7) I punkt 3.10 og 3.11 fremgikk følgende A-krav om lønn og kontroll:

«3.10 Tolkene skal minimum ha lønn etter KS' gjeldene garantilønn. Dokumentasjon på kontroll av kompetanse og ansiennitet skal være tilgjengelig for etterkontroll hos oppdragsgiver.

3.11 Oppdragsgiver, samt eksterne kontrollører engasjert av oppdragsgiver, har rett til å foreta annonserte og uannonserte stedlige kontroller hos leverandøren, eventuelle underleverandører og ved lokasjon hvor tjenesten utføres. En stedlig kontroll vil kunne inkludere innsyn i lønns- og personalsystemer.»

- (8) I konkurransedokumentene var det inntatt et prisskjema hvor leverandørene skulle fylle ut priser i ulike enhetsposter, for tolker i kategoriene A-C. Det ble opplyst at «[a]lle gule felter må fylles ut.»

- (9) Ett av spørsmålene leverandørene stilte til innklagede før tilbudsfristen, gjaldt punkt 3.1 i kravspesifikasjonen:

«Vi gjør oppmerksom på at vårt firma, og vi antar de fleste tilbyderne i denne konkurransen, har mottatt Nasjonalt tolkeregisters API for integrering av tolkene i registeret med tilbyders tolkedatabase. Nasjonalt tolkeregisters API er et tilbud alle tilbyderne får, da Nasjonalt tolkeregister er et offentlig register. Med eller uten bruk av API kan alle tolker i Nasjonalt tolkeregister betegnes som tilgjengelige for alle tilbydere.

Vi ber derfor om at dette kravet enten strykes eller skjerpes med krav om at tolker som listes opp må ha formell samarbeidsavtale med tilbyder.»

(10) Til dette svarte innklagede at:

«[...] punkt 3.1 i kravsspesifikasjonen gjelder aktive formelle samarbeidsavtaler med tolkene på tidspunktet for innlevering av tilbud. Vi forventer at denne tilgjengeligheten holder seg noenlunde stabil gjennom avtaleperioden.»

(11) På bakgrunn av kravsspesifikasjonen punkt 3.1 ble det også stilt spørsmål ved om kategori D-tolker skulle prises inn i kategori C i prisskjemaet. Til dette svarte innklagede at «kravsspesifikasjonens pkt 3.1 er nå rettet opp i ny versjon, til kategori A-C.» Den endrede kravsspesifikasjonen ble publisert i Merccell 31. august 2020.

(12) Fem leverandører leverte tilbud innen fristen, herunder Noricom Nord AS (heretter klager).

(13) Prisskjemaet i klagers tilbud var utfylt på følgende måte:

Fagområde/Oppdrag:	A	B	C	antall ved evaluering	SUM
Timepris tolk inkludert påslag*					
Kostnad pr. oppmøtedag inkl. reise og eventuell overnatting**					
Hastetillegg***					
Kvelds- og nattillegg (17:01-05:59)***					
Helgetillegg (lørdag 00:00 - søndag 24:00)***					
Påslag i tilfeller hvor salærforordningen er gjeldende					
Pris per ord ved oversetting****					
Evalueringssum					190775

(14) Klagers tilbud ble avvist i innklagedes brev av 10. september 2020. Som begrunnelse for dette viste innklagede til følgende:

«I prisskjemaet har dere [REDACTED]

Dere har beskrevet i tilbudsbrevet at dere har til hensikt å levere i henhold til våre krav i konkurransen, på tross av at enkelte felter i prisskjemaet er priset lavt. [REDACTED]

Vi kan derfor ikke se at dere har til intensjon å levere i henhold til den rammeavtalen vi har lyst ut. Dere beskriver i kravsspesifikasjonens pkt. 3.2 at det ikke finnes tolker i enkelte av kategoriene i de etterspurte språkene. Rammeavtalen har til hensikt å vare i 4 år fra avtaleinngåelsen. Dersom det stemmer at det per i dag ikke eksisterer tolker i våre etterspurte kategorier og språk, vil det likevel være sannsynlig at tolker kan kvalifisere seg i disse kategoriene i løpet av en fireårsperiode. Vi antar at det da ikke er realistisk at dere vil tilby tolker [REDACTED]

Om det så skulle være tilfellet [REDACTED] ser vi ikke hvordan dere skal oppfylle deres plikter som arbeidsgivere til å betale minimumslønn i henhold til kravsspesifikasjonens pkt 3.10 og andre rettigheter i arbeidslivet jf. Pkt 1.3. Vi ser det som høyst usannsynlig at dere har mulighet til å tjene inn nødvendig beløp på B-

tolkene. Om dere mot formodning skulle tilby tolker [redacted] vil dere ikke kunne sikre tolkene lovmessig lønn og andre rettigheter i arbeidsforholdet og dette vil kunne føre til sosial dumping, noe som gjør at vi er pliktige til å avvise deres tilbud.

Tilbudet deres må dermed avvises etter FOA § 24-8 (1) c: [...]».

- (15) Etter det opplyste ble også NORD Tolke AS sitt tilbud avvist, slik at det dermed gjenstår tre tilbud før tildelingen.
- (16) Klager påklaget avvisningen 15. september 2020. Innklagede fastholdt avvisningsbeslutningen i brev av samme dag.
- (17) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. september 2020. Innklagede har valgt å utsette kontraktsinngåelse til etter at saken er behandlet av klagenemnda. Saken prioriteres derfor av nemnda.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 16. november 2020.

#### **Anførsler:**

##### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (19) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Det er ikke holdepunkter for at klagers tilbud er unormalt lavt, jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav c), eller at tilbudet på andre måter vil føre til utfordringer ved leveringen. Innklagede har ikke vist til noen differanse mellom tilbudene som kan begrunne at klagers tilbud er unormalt lavt. Videre stengte ikke konkurransegrunnlaget for å utforme tilbudet slik klager har gjort det. Heller ikke innklagedes antakelse om at klager ikke kan levere tolker [redacted] er riktig.
- (20) Innklagede har uansett ikke fulgt de prosedyreregler som kreves etter forskriften § 24-8 (1) bokstav c) jf. § 24-9 (1) for å kunne avvise et unormalt lavt tilbud.
- (21) Innklagede har brutt forskriftens krav til begrunnelse for avvisning.

##### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (22) Innklagede fastholder at klagers tilbud skal avvises med hjemmel i forskriften § 24-8 (1) bokstav c. Å tilby tolker [redacted] Prisingen i tilbudet må forstås slik at klager ikke har intensjon om å levere i henhold til kravspesifikasjonen. I motsatt fall tilsier prisingen at klager ikke vil være i stand til å overholde krav til lønn for tolkene. Dersom tolkene betales i henhold til kravene i avtalen vil dette vil medføre økonomiske problemer for klager, som igjen vil påvirke leveransen.
- (23) Innklagede har fulgt prosedyren for avvisning av tilbudet og gitt tilstrekkelig begrunnelse.

##### **Klagenemndas vurdering:**

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en rammeavtale om kjøp av tolketjenester som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til seks millioner kroner over fire år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

### Avvisning av tilbud - saksbehandlingsfeil

- (25) Innklagede har avvist klagers tilbud etter forskriften § 24-8 (1) bokstav c), under henvisning til at klagers tilbud var unormalt lavt i forhold til ytelsen. Klager anfører at tilbudet ikke er unormalt lavt, og at innklagede uansett ikke har fulgt fremgangsmåten i § 24-9 (1) og av denne grunn er avskåret fra å avvise tilbudet med hjemmel i forskriften § 24-8 (1) bokstav c), jf. § 24-9 (2).
- (26) Av forskriften § 24-8 (1) bokstav c) fremgår det at oppdragsgiver «skal» avvise et tilbud som «er unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 24-9, fordi det ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5.»
- (27) Klagenemnda har i tidligere avgjørelser lagt til grunn at spørsmålet om hvorvidt tilbudet er unormalt lavt må vurderes opp mot ytelsen som tilbys, jf. klagenemndas avgjørelse i blant annet sak 2019/353, premiss 53 flg. med videre henvisninger.
- (28) Innklagede har i begrunnelsen for avvisningen gitt uttrykk for at man er usikker på hvilken ytelse klager har tilbudt, og da særlig hvorvidt ytelsen omfatter [REDACTED]. Klagenemnda forstår det likevel slik at innklagede i forbindelse med avvisningen av tilbudet la til grunn at klager tilbød tolker [REDACTED] og at disse ble tilbudt [REDACTED]. At tilbudet skulle forstås slik, er også bekreftet av klager, som har redegjort for at tilbudet er priset taktisk.
- (29) Klagenemnda forstår det videre slik at det er prisingen [REDACTED] som er bakgrunnen for at innklagede mener tilbudet er unormalt lavt. Det er altså ikke evalueringssummen til klager som er unormalt lav sammenlignet med de øvrige tilbudene i konkurransen. Videre er det etter nemndas forståelse, utelukkende prisingen av tolkene som ligger til grunn for innklagedes vurdering av at klager ikke vil overholde krav til lønn mv.
- (30) Klagenemnda bemerker at anskaffelsesregelverket ikke stenger for at leverandører benytter taktisk prising for å få et konkurransefortrinn, og et tilbud kan ikke uten videre avvises, alene fordi det tilbys en lav pris, jf. EU-domstolens avgjørelse C-367/19 (Tax-Fin-Lex) premiss 31 flg. På den annen side vil det i det konkrete tilfellet kunne være adgang til, etter å ha bedt om ytterligere opplysninger, å avvise et tilbud etter en vurdering av enhetsprisene og hvordan tilbudet er satt sammen, slik Borgarting lagmannsretts avgjørelse i sak LB-2016-14778. I et tilfelle hvor et tilbud virker unormalt lavt, pålegger forskriften § 24-9 (1) imidlertid oppdragsgiver en plikt til å undersøke tilbudet, og sikre kontradiksjon, før tilbudet eventuelt kan eller skal avvises:
- «Dersom et tilbud virker unormalt lavt i forhold til ytelsen, skal oppdragsgiveren skriftlig kreve at leverandøren redegjør for tilbudets sammensetning».* Som eksempel på informasjon som kan innhentes, nevner bestemmelsen blant annet «informasjon om oppfyllelsen av bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5», jf. bokstav d.
- (31) Bare dersom pris- eller kostnadsnivået ikke kan forklares i tilstrekkelig grad ut fra disse opplysningene kan tilbudet avvises, jf. § 24-9 (2).

- (32) Etter det opplyste har ikke innklagede innhentet en slik skriftlig redegjørelse for tilbudets sammensetning før de besluttet å avvise tilbudet fra konkurransen. Innklagede har dermed ikke grunnlag for å konstatere at tilbudet er unormalt lavt.
- (33) Klagers tilbud kunne dermed ikke avvises fra konkurransen under henvisning til forskriften § 24-8 (1) bokstav c), jf. § 24-9.
- (34) På bakgrunn av bruddet som er konstatert, tar klagenemnda ikke stilling til klagers anførsel om brudd på begrunnelsesplikten. Bruddet kan ha påvirket utfallet i konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

***Konklusjon:***

Kristiansund kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

*Dokumentet er godkjent elektronisk*