



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede kjøpte inn tolketjenester til døve, hørselshemmede og døvblinde direkte fra tolker via egen tolkeportal. Alle kvalifiserte tolker kunne knytte seg til portalen og melde interesse for oppdragene innklagede la ut på portalen, og innklagede foretok valg av tolk basert på forhåndsangitte kriterier. Pris fulgte av forskriftsbestemte satser. Klagenemnda konkluderte med at kjøpene av tolketjenester var kontrakter omfattet av anskaffelsesregelverket, og at kontraktene måtte ses i sammenheng ved estimeringen av anskaffelsens verdi. Det samlede innkjøpet oversteg terskelverdiene. Nemnda konkluderte med at kjøpene utgjorde en ulovlig direkteanskaffelse. Nemnda vurderte innklagedes opptreden som uaktsom, og brukte sitt diskresjonære skjønn til ikke å ilegge gebyr.

Klagenemndas avgjørelse 18. desember 2024 i sak 2023/1099

Klager: Helge Edland

Innklaget: Arbeids- og velferdsdirektoratet (NAV)

Klagenemndas medlemmer: Tarjei Bekkedal, Christina Paludan Melson og Wenche Sædal

Innledning:

- (1) Klagenemnda for offentlige anskaffelser mottok 28. november 2023 klage med påstand om at NAV (heretter *innklagede*) hadde foretatt ulovlig direkteanskaffelse av tolketjenester til døve, hørselshemmede og døvblinde.
- (2) Klagen ble behandlet i nemndsmøte 3. juni 2024, og nemnda varslet i forhåndsvedtak 19. juni 2024 om ileggelse av overtredelsesgebyr på 13 300 000 kroner. Beløpet utgjorde fem prosent av anskaffelsens verdi.
- (3) I tilsvaret av 26. august 2024 kommenterte innklagede klagenemndas varsel. Klager har inngitt kommentar til nemndas varsel og innklagedes tilsvaret, og innklagede har inngitt tilsvaret til klagers kommentar. Klagenemnda behandlet saken på nytt i nemndsmøter 5. september 2024 og 26. november 2024.
- (4) På bakgrunn av sakens opplysning har nemnda kommet til at innklagede har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, men at det ikke er grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr. Nemnda vil i det følgende redegjøre for sakens bakgrunn og vedtaket.

Bakgrunn:

- (5) Innklagede sørger hvert år for at døve, hørselshemmede og døvblinde mottar tolkebistand i medhold av folketrygdloven. Tolketjenestene utøves både av innklagedes egne ansatte og av eksterne tolker.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (6) Et folketrygdmedlem som oppfyller vilkårene i folketrygdloven § 10-5 eller § 10-6 kan få stønad til tolkehjelp for hørselshemmede og tolke- og ledsagerhjelp for døvblinde, jf. folketrygdloven § 10-7 bokstav f og g.
- (7) Det følger av innklagedes rundskriv R10-07F til folketrygdloven § 10-7 at søknad om tolkehjelp skal fremsettes på søknadsskjema fra innklagede og behandles av hjelpemiddelsentralen i brukerens bostedsfylke. Videre står det at i de tilfellene brukeren har krav på stønad til tolketjeneste etter folketrygdlovens bestemmelser, har innklagede ansvar for å gi tolketjeneste og for at utgiftene til tolkingen dekkes gjennom folketrygden.
- (8) Etter forskrift om stønad til tolkehjelp for hørselshemmede og forskrift om stønad til tolke- og ledsagerhjelp for døvblinde, begge § 4, skal stønaden utbetales direkte til tolken eller tolkens arbeidsgiver, jf. folketrygdloven § 22-2 om utbetaling ved direkte oppgjør. Direkte oppgjør med tjenesteyteren er et unntak fra hovedregelen i folketrygdloven § 22-1 om at ytelser etter folketrygdloven utbetales til den som har rett til ytelsen.
- (9) Stønad til tolkehjelp gis etter takster fastsatt av Arbeids- og sosialdepartementet, jf. forskriftene § 2.
- (10) For å administrere bestilling og betaling av tolketjenestene, har innklagede siden 2020 benyttet en digital portal for tolkeoppdrag. Tolker som ikke er ansatt hos innklagede, kan registrere seg på portalen, såfremt de har nødvendig kompetanse. På tolkeportalen kan brukere legge inn en bestilling av tolketjenester når behovet for tolk oppstår, og innklagede kan legge ut tolkeoppdrag som innklagede ikke har kapasitet til å dekke med egne ansatte. Aktuelle tolker melder sin interesse via portalen, og innklagede tildeler oppdrag på bakgrunn av gitte kriterier. Disse kriteriene er oppgitt å være *«oppdragets faglige krav og grad av alvorlighet, behov for kontinuitet, tilgjengelige tolkeressurser, tolkens kvalifikasjoner, brukers ønske og krav til habilitet og etikk»*, i tillegg til reisevei. Portalen fungerer også som en side der tolkene kan holde oversikt over tildelte oppdrag og finne mer informasjon om hvert enkelt oppdrag.
- (11) Forholdet mellom innklagede og de eksterne tolkene, herunder nærmere føringer for honorar, kriterier for tildeling av oppdrag og partenes plikter og ansvar, har vært regulert gjennom *«Rammedokument om samarbeidet mellom NAV og frilanstolkene»*. Dette dokumentet er fastsatt av innklagede, men er utarbeidet i samarbeid mellom innklagede og tolkenes ulike fagforbund. Et av punktene i rammedokumentet heter *«Frilanstolkens tap av rett til å påta seg oppdrag på vegne av NAV.»* Under dette punktet står det at NAV kan ekskludere frilanstolker fra å påta seg oppdrag på vegne av NAV dersom tolken
- «- ikke holder den faglige kvaliteten vedlike for de oppdragene han eller hun påtar seg*
- uten gyldig grunn ikke møter til avtalt oppdrag*
- har gjentatte eller grove brudd på etiske retningslinjer*
- har andre gjentatte eller grove brudd på vilkårene i oppdragsavtalen»*
- (12) I punktet står det videre at ved mindre alvorlige brudd skal innklagede gi veiledning og oppfølging til tolken, og at tolken har rett til kontradiksjon og innsyn i relevante dokumenter dersom innklagede vurderer at tolken har misligholdt vilkårene i oppdragsavtalen.

- (13) Det er i tillegg utarbeidet ytterligere dokumenter som regulerer oppdragene og gjennomføringen av disse, herunder bestemmelser om kostgodtgjørelse, reisetid og avlyste oppdrag.
- (14) Det inngås en egen avtale mellom tolken og innklagede per tolkeoppdrag. For hvert tolkeoppdrag utstedes det et dokument kalt «*Vilkår for frilanstolkoppdrag*», der det henvises til rammedokumentet som regulerer forholdet mellom innklagede og tolkene. Etter det opplyste kan hver av partene fri seg fra avtalen inntil 14 dager før oppstart.
- (15) Over 350 tolker mottok honorar for utførte oppdrag for NAV i 2022, og per 5. desember 2023 var det registrert over 400 tolker i bestillingsløsningen.
- (16) Fra januar 2022 til og med november 2023 kjøpte innklagede tolketjenester til døve, hørselshemmede og døvblinde for 266 millioner kroner.
- (17) Tabellen under viser innklagedes utgifter til kjøp av de aktuelle tolketjenestene fra 2021 til november 2023:

	2021	2022	2023, 11 mnd.
Tolkehjelp døve			
Kjøp av tolketjeneste			
Til arbeid og utdanning	42,9	35,9	50,9
Til dagliglivet	15,6	19,1	19,8
Sum	58,5	55,0	70,7
Reise og opphold m.v.	4,7	4,9	3,7
Tolkehjelp døvblinde			
Kjøp av tolketjeneste			
Til arbeid og utdanning	2,7	5,9	4,6
Til dagliglivet	30,9	50,0	50,1
Sum	33,6	55,9	54,7
Reise og opphold m.v.	5,8	5,0	16,1

- (18) Innklagede har i tilsvaret opplyst at denne oversikten inkluderer tolkeoppdrag som andre offentlige enheter har bestilt via innklagedes bestillingsportal for å dekke eget behov. Disse oppdragene utgjør 2 069 196 kroner.
- (19) I november 2023 sendte innklagede brev til tolker som leverte tjenester til innklagede, og informerte om at man ville konkurranseutsette tolketjenestene i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser. I brevet skrev innklagede at man mente tolketjenestene ikke kunne unntas regelverket for offentlige anskaffelser.
- (20) I etterkant av brevet sendte klager 28. november 2023 klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser med påstand om at innklagede hadde foretatt ulovlige direkte anskaffelser av tolketjenester.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (21) Innklagede har foretatt ulovlig direkteanskaffelse av tolketjenester. Innklagede har vært klar over at praksisen er i strid med regelverket, og det må anses skjerpene.

Innklagedes anførsler:

- (22) Innklagede erkjenner ikke å ha foretatt en ulovlig direkteanskaffelse.
- (23) Innklagede anfører at avtalene om kjøp av tolketjenester ikke kan regnes som kontrakter i anskaffelsesrettslig forstand. Innklagede anfører at det ikke inngås en gjensidig bebyrdende avtale mellom innklagede og den enkelte tolk. Innklagede har blant annet vist til at avtalene ikke har et kontraktsrettslig grunnlag, at avtaleforholdet mellom innklagede og tolkene ikke inneholder et gjensidig bebyrdende element, og at ordningen med fordeling av tolker til brukerne ikke innebærer et valg av leverandør.
- (24) Innklagede anfører at man ved vurderingen av anskaffelsens verdi ikke kan anse tolkeavtalene som liknende kontrakter.
- (25) Dersom klagenemnda mener det er foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, anfører innklagede at man ikke har utvist den nødvendige skyld for å ilegges gebyr. De faktiske og rettslige spørsmål er kompliserte, og innklagede har etablert en ordning som sikrer alle kompetente tolker tilgang til markedet og samtidig konkurranse om tolkeoppdrag. Innklagede har i høyden opptrådt uaktsomt, og nemnda bør benytte seg av adgangen til ikke å ilegges gebyr. I alle tilfelle bør gebyret settes lavt.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse kan ifølge klagenemndsforordningen § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Den delen av klagen som gjelder forhold fra mindre enn to år tilbake fra datoen klagen ble sendt til klagenemnda, er således rettidig.
- (27) Klagenemndas adgang til å ilegge overtredelsesgebyr bortfaller to år etter at kontrakten er inngått. Toårsfristen avbrytes ved at det sendes et fristavbrytende brev til oppdragsgiveren, jf. anskaffelsesloven § 12 fjerde ledd, andre og tredje punktum. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble sendt til klagenemnda 28. november 2023. Klagen og fristavbrytende brev ble sendt til innklagede 4. desember 2023. På denne bakgrunn er saken begrenset til innklagedes kjøp av tolketjenester etter 4. desember 2021.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse

- (28) En ulovlig direkteanskaffelse 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). Kunngjøringsplikten utløses der en offentlig oppdragsgiver foretar kjøp av varer eller tjenester som overstiger terskelverdiene i forskriften § 5-3, se forskriften § 8-17 og § 21-2.

- (29) Gjennom tolkeportalen er det blitt formidlet kjøp av tolketjenester som fra januar 2022 til og med november 2023 hadde en samlet verdi på over 260 millioner kroner.
- (30) Innklagede har anført flere grunnlag for hvorfor kjøpene ikke utgjorde ulovlige direkteanskaffelser. Klagenemnda vil behandle dem under.

Om det foreligger en «kontrakt»

- (31) Innklagede anfører at de aktuelle anskaffelsene av tolketjenester ikke er omfattet av regelverket, da avtalene mellom innklagede og tolkene ikke er kontrakter slik disse er definert i anskaffelsesregelverket. Innklagede anfører at det ikke inngås en «gjensidig bebyrdende avtale» mellom innklagede og den enkelte tolk. Det vises til at avtalene ikke har et kontraktsrettslig grunnlag, men grunnlag i lov eller administrative bestemmelser, at ordningen med fordeling av tolker til brukerne ikke innebærer et valg av leverandør, og at avtaleforholdet mellom innklagede og tolkene ikke inneholder et gjensidig bebyrdende element.
- (32) Anskaffelsesregelverket gjelder for vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter med en verdi over 100 000 kroner, jf. forskriften § 1-1. I anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav a defineres en kontrakt som en «*gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår skriftlig med en eller flere leverandører*». En tjenestekontrakt er en slik type kontrakt som gjelder utførelse av tjenester, jf. § 4-1 bokstav c.
- (33) Kontraktsbegrepet er et EU-rettslig begrep og skal underlegges en formålsbestemt tolkning som sikrer en effektiv gjennomføring av anskaffelsesregelverkets virkeområde, jf. blant annet EU-domstolens sak C-399/98 (La Scala) avsnitt 52.
- (34) At kontrakten må være «*gjensidig bebyrdende*», betyr at begge parter må være forpliktet i henhold til avtalen, og at disse forpliktelsene må være avhengige av hverandre og kan håndheves, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-28/23 avsnitt 44.
- (35) Innklagede har i sin kommentar til gebyrvarselet vist til det bakenforliggende rammeverket i folketrygdloven og den historiske reguleringen av stønad til tolketjenester. Klagenemnda forstår anførselen slik at man mener tolkehjelp er en stønad som tilkjennes en bruker med hjemmel i folketrygdloven, og at det er den enkelte bruker som mottar tolketjenesten som oppnår et gode. Innklagedes oppgave er kun å allokere en tolk til brukeren. Tolken vil på sin side motta vederlag for tjenesten basert på satser bestemt av Arbeids- og inkluderingsdepartementet. Denne konstellasjonen innebærer at innklagede ikke inngår i et gjensidig bebyrdende avtaleforhold med tolken.
- (36) Innklagede har også vist til anskaffelsesutvalgets NOU 2023: 26 punkt 24.1.3, der det er opplistet fem momenter i vurderingen av om det er en gjensidig bebyrdende kontrakt. Listen er basert på en veileder fra EU-kommisjonen, og sier at relevante momenter vil være om formålet med kontrakten er å dekke behovene til oppdragsgiver som den har definert innenfor sitt kompetanseområde, om tjenestens karakter og måten den skal utføres på er spesifisert i detalj av den offentlige oppdragsgiveren, om det er kontraktsfestet vederlag for tjenesten, om den offentlige oppdragsgiveren tar initiativet til å finne en leverandør som kan yte tjenesten, og om kontrakten inneholder misligholdsbeføyelser ved kontraktsbrudd, for eksempel erstatning. Innklagede hevder ingen av disse momentene gjør seg gjeldende i foreliggende sak.

- (37) Klagenemnda er ikke enig i dette.
- (38) Etter NAV-loven § 4 har innklagede ansvar for gjennomføringen av arbeidsmarkeds-, trygde- og pensjonspolitikken. Innklagede skal forvalte blant annet folketrygdloven, og «sikre rett ytelse til den enkelte». Det følger av innklagedes eget rundskriv R10-07F til folketrygdloven § 10-7 at innklagede har ansvar for å gi tolketjeneste og for at utgiftene til tolkingen dekkes gjennom folketrygden.
- (39) Hovedregelen etter folketrygdloven er at ytelsene utbetales til den som har rett til ytelsen, jf. folketrygdloven § 22-1. Det ville ved tolketjenester innebære at personen med krav på tolkebistand ville motta nødvendig økonomisk støtte som personen selv måtte bruke for å betale tolken. Etter folketrygdloven § 22-2 kan imidlertid det offentlige etter avtale betale stønaden direkte til tjenesteyteren. For tolketjenestene som denne saken gjelder er det forskriftsbestemt at ytelsen skal utbetales direkte fra innklagede til tolken, se forskrift om stønad til tolkehjelp for hørselshemmede § 4 og forskrift om stønad til tolke- og ledsagerhjelp for døvblinde § 4.
- (40) I foreliggende sak har innklagede ansvar for at stønadsmottakeren mottar den tilkjente ytelsen, og ytelsen ligger innenfor innklagedes ansvarsområde. Kjøp av tolketjenester fra eksterne tolker skjer parallelt med at innklagedes egne, ansatte tolker yter den samme tjenesten. Innklagedes kjøp av tolketjenesten innebærer dermed den økonomiske fordel at innklagede ikke selv må yte tjenesten med egen tolk, se EU-domstolens avgjørelse C-796/18 (ISE v Stadt Köln) avsnitt 40. Innklagede er også forpliktet til å forestå direkte oppgjør med tolken.
- (41) Det følger av EU-domstolens praksis at det ikke er avgjørende om avtalen bygger på en forpliktelse som direkte er pålagt den offentlige oppdragsgiveren. Det avgjørende må være om partenes forpliktelser i den aktuelle kontrakten bygger på et eget avtalegrunnlag, se for eksempel EU-domstolens sak C-203/11 avsnitt 112 flg. som gjaldt oppføring av sosiale boliger, og klagenemndas avgjørelse i sak 2011/293 om innhenting av spesialisterklæringer etter folketrygdloven § 21-4.
- (42) I foreliggende sak inngår innklagede og tolkene en egen avtale for hvert tolkeoppdrag, og tolkenes forpliktelse følger av avtalen de inngår med innklagede. Det foreligger ingen forpliktelse for tolkene til å ta på seg oppdrag. Videre er ikke tolkeoppdragets nærmere innhold lovbestemt, men følger av en oppdragsutlysning og den etterfølgende avtalen mellom partene. Etter klagenemndas syn defineres tolkenes forpliktelse av avtalen som inngås mellom innklagede og den aktuelle tolken for hvert oppdrag, og forpliktelsene har dermed et kontraktsrettslig grunnlag. Dette gjelder selv om tolkesatsene er forskriftsbestemt.
- (43) Innklagede viser til at tolkene har stor grad av rettslig og faktisk handlefrihet og at begge parter kan si opp oppdragene inntil 14 dager før oppstart. Etter klagenemndas syn er det ingen forhold ved selve tolkeoppdraget som skiller det fra et alminnelig tjenestekjøp. Adgangen til å si opp et oppdrag inntil 14 dager før oppstart fremstår heller ikke som annet enn en kontraktsregulering av oppsigelsesadgangen før oppstart.
- (44) Klagenemnda vil også påpeke at innklagede har sikret seg mulighet for å sanksjonere kontraktsmislighold fra tolkens side. I rammeavtalen mellom innklagede og tolkene fremgår det at innklagede kan ekskludere frilanstolker fra oppdrag på vegne av innklagede dersom tolken ikke holder nødvendig faglig nivå, ikke møter til oppdrag uten

gyldig grunn, eller har gjentatte eller grove brudd på vilkårene i oppdragsavtalen eller etiske retningslinjer. Ved mindre alvorlige brudd skal innklagede gi veiledning og oppfølging.

- (45) De ovennevnte momenter taler etter klagenemndas syn for at det er tale om en gjensidig bebyrdende avtale.
- (46) Et sentralt aspekt ved anskaffelsesregelverket er reguleringen av oppdragsgivers valg av leverandør. Dersom oppdragsgiver i realiteten ikke foretar noe valg av leverandør, vil det være et moment som taler for at det ikke er en kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand, jf. EU-domstolens avgjørelser i sak C-410/14 (Falk Pharma) og C-9/17 (Tirkkonen).
- (47) EU-domstolens dom i sak C-410/14 (Dr. Falk Pharma) gjaldt en avtaleordning hvor oppdragsgiveren ønsket å anskaffe legemidler ved å inngå kontrakter med enhver leverandør som påtok seg å levere de aktuelle varene til på forhånd fastsatte vilkår. Leverandører kunne tiltre ordningen gjennom hele dens varighet, og oppdragsgiver foretok ikke et valg mellom en eller flere bestemte leverandører som skulle få levere til det offentlige. Det var den enkelte apoteker eller pasient som foretok et slikt valg. Domstolen kom til at den ordningen ikke var omfattet av anskaffelsesregelverket.
- (48) EU-domstolens sak C-9/17 (Tirkkonen) gjaldt en konkurranse om å etablere en rådgivningsordning innenfor landbruket. Alle leverandørene som leverte tilbud, oppfylte fastsatte minimumskrav og besto en bestemt prøve, ble tildelt kontrakt. Ved tildeling av rådgivningsoppdrag under avtalen, kunne personen som skulle motta rådgivningstjenesten fritt henvende seg til den rådgiveren den ønsket. Også i denne saken pekte EU-domstolen på at oppdragsgiver ikke hadde oppgitt kriterier som grunnlag for å sammenligne og velge tilbud. Ved fraværet av dette elementet kunne rådgivningsordningen ikke utgjøre en offentlig kontrakt.
- (49) I foreliggende sak har innklagede etablert en ordning der alle tolker som oppfyller gitte kvalifikasjoner, kan tildeles tolkeoppdrag. Innklagede har i foreliggende sak opplyst at registrerte tolker må melde interesse for oppdrag som legges ut på tolkeportalen. Deretter har innklagede foretatt en tildeling av oppdrag blant tolkene som har meldt interesse, basert på forhåndsopplyste kvalitative kriterier.
- (50) Innklagedes valg av leverandør på bakgrunn av bestemte kriterier, er en annen situasjon enn i de nevnte EU-dommene, der mangelen på en kvalitativ utvelgelse av leverandør talte for at det ikke utgjorde en kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand. Innklagede har ikke etablert en ordning hvor man automatisk kontraherer med enhver leverandør av tolketjenester som tilbyr sine tjenester, og det er heller ikke en ordning som i C-9/17 (Tirkkonen) der mottaker av ytelsen selv kan velge hvem som skal utføre tjenesten. Innklagede foretar valg av leverandører til de enkelte tolkeoppdrag, som er nettopp det anskaffelsesregelverket skal regulere.
- (51) Det følger av dette at dersom mottakerne av tolketjenestene selv bestilte oppdrag og selv foretok en utvelgelse av tolk uten innklagedes involvering, uten at innklagede på noe tidspunkt foretok en kvalitativ utvelgelse av tilgjengelige tolker utover en ren kvalifikasjonsvurdering, ville dette være en ordning som falt utenfor regelverket.
- (52) Innklagede har opplyst at det rent faktisk er underdekning på tolker, og at alle tolker derfor vil ha tilgang på oppdrag. Det innebærer at kriteriene ikke alltid vil være

bestemmende for utvelgelsen, men at valg av tolk i mange tilfeller i realiteten avgjøres på bakgrunn av tilgjengelighet. Den faktiske tilgjengeligheten av kvalifiserte tolker ved tildeling av oppdrag kan imidlertid ikke være avgjørende ved kategoriseringen av kontrakten. Det avgjørende må være at innklagede har etablert en ordning der man foretar valg av leverandør basert på kvalitative kriterier, og sådan har gitt seg den myndighet som anskaffelsesregelverket er ment å regulere. Dette endres ikke av at en del av oppdragene tildeles uten at flere leverandører melder interesse.

- (53) Samlet sett mener klagenemnda at innklagede inngår en gjensidig bebyrdende avtale med tolkene, og at avtalene er å regne som kontrakter i anskaffelsesrettslig forstand.

Utøvelse av offentlig myndighet

- (54) Innklagede har i forkant av gebyrvarselet anført at anskaffelse av tolketjenestene er unntatt anskaffelsesregelverket etter anskaffelsesforskriften § 2-4 bokstav h.
- (55) Etter forskriften § 2-4 bokstav h, gjelder ikke anskaffelsesloven eller forskriften for kontrakter om *«tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet som er unntatt EØS-avtalen etter artikkel 39, jf. artikkel 32»*.
- (56) Det følger av EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32, at reglene om fri bevegelighet av tjenesteytelse ikke kommer til anvendelse på *«virksomhet som for en avtalepart innebærer, om enn bare leilighetsvis, utøvelse av offentlig myndighet»*. Traktaten om den Europeiske Unions virkeområde (TEUF) har tilsvarende bestemmelser i artikkel 62, jf. artikkel 51, og praksis tilknyttet disse bestemmelsene er derfor relevant. Unntaksbestemmelsene begrenser tjeneste- og etableringsfrihetens rekkevidde, og skal underlegges en restriktiv fortolkning, se for eksempel EF-domstolens avgjørelse i sak 2/74.¹
- (57) Ifølge EU-domstolens praksis skal unntaksbestemmelsen begrenses til virksomhet som i seg selv er *«direkte og særlig forbundet med»* utøvelse av offentlig myndighet, se blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-392/15 (Kommisjonen mot Ungarn) avsnitt 107. En slik forbindelse forutsetter tilstrekkelig kvalifisert utøvelse av ekstraordinære rettslige beføyelser, statsmaktens privilegier eller tvangsmyndighet, jf. blant annet C-410/14 avsnitt 79 og EFTA-domstolens avgjørelse i E-4/22 avsnitt 53. Veiledende eller forberedende virksomhet, som ikke innebærer utøvelse av offentlig myndighet, skjønn eller tvangsbeføyelser, er ikke omfattet av unntaksbestemmelsen. Det er i den sammenheng avgjørende hvilken funksjon man utøver, hvilket vil si at man innenfor et offentlig organ kan ha personer som utøver offentlig myndighet samtidig som andre ikke gjør det.
- (58) Vår sak gjelder tolketjenester, der tolkene har en serviceoppgave overfor personer som har behov for tolk. Selv om tolkene utøver tolkeoppdragene på vegne av innklagede, som selv har enkelte oppgaver som vil innebære utøvelse av offentlig myndighet, er det ingen del av tolkenes oppgaver som innebærer utøvelse av noen form for myndighet, tvang eller andre beføyelser på vegne av det offentlige. Det er klart at de aktuelle tolketjenestene ikke kan unntas EØS-avtalen og anskaffelsesregelverket etter forskriften § 2-4 bokstav h, jf. EØS-avtalen etter artikkel 39, jf. artikkel 32.

¹ Se «Oversikt over EØS-retten» (2022) av Arnesen m.fl. s. 244 ff

Liknende kontrakter

- (59) De aktuelle tolketjenestene som innklagede har kjøpt, er anskaffet ved at innklagede har inngått egen kontrakt med en tolk for hvert enkelt oppdrag. Hvert enkeltstående oppdrag er slik klagenemnda forstår det hver for seg normalt under terskelverdi for kunngjøringsplikt.
- (60) Anskaffelsesforskriften § 5-4 inneholder regler for beregning av anskaffelsers verdi. For vare- og tjenstekontrakter som oppdragsgiver «*inngår regelmessig eller som skal fornyes innenfor et bestemt tidsrom*» gjelder beregningsreglene i § 5-4 (9). Beregningen skal gjøres på grunnlag av 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, jf. bokstav a. Alternativt skal kontraktens verdi beregnes på grunnlag av 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, jf. bokstav b.
- (61) Dersom den samlede verdien av kontraktene, basert på denne beregningsmetoden, overstiger terskelverdi, utløses oppdragsgivers kunngjøringsplikt.
- (62) Det er dermed et spørsmål om tolkeoppdragene skal anses som «*liknende kontrakter*».
- (63) Innklagede har i sin kommentar til gebyrvarselet fremhevet det innklagede mener er viktige forskjeller mellom Borgarting lagmannsretts avgjørelse LB-2021-36870, som gjaldt prøving av klagenemndas gebyrvedtak mot Møre og Romsdal og Trøndelag politidistrikts kjøp av tolketjenester, samt nemndas gebyrvedtak 2020/405 knyttet til Oslo politidistrikts web-portal for kjøp av tolketjenester. Innklagede har vist til momentene som lagmannsretten la til grunn for om det var «*liknende kontrakter*», og anført at det er viktige faktiske forskjeller mellom praksisen som gjelder politiets kjøp av tolketjenester og innklagedes leveranse av tolkeoppdrag til døve, hørselshemmede og døvblinde.
- (64) I LB-2021-36870 la lagmannsretten til grunn at man i vurderingen av om man står overfor «*liknende kontrakter*» må ta flere momenter i betraktning, for eksempel hvorvidt ytelsene dekker det samme eller tilsvarende behov, om ytelsene normalt leveres fra en leverandør, om ytelsene er «ensartede» og om anskaffelsene utgjør et samlet prosjekt. Det ble gjort en konkret sammenligning av kontraktene, innholdet i tjenestene, oppdragsgiverens behov og innkjøpspraksis, samt leverandørmarkedet for de aktuelle tjenestene. I den konkrete vurderingen mente lagmannsretten at det var sentralt at kontraktene ble inngått med ett tolkebyrå, som igjen inngikk kontrakt med den enkelte tolk på det enkelte språk, og at det var byrået som var ansvarlig overfor oppdragsgiveren for at tolketjenesten ble utøvd med tilstrekkelig kvalitet. Det forelå altså ikke noe kontraktsforhold mellom oppdragsgiveren og den enkelte tolk. Etter en samlet vurdering, sett i lys av formålet med anskaffelsesregelverket, og at det åpenbart fantes et leverandørmarked som hadde interesse i å inngå liknende kontrakter med politidistriktene, konkluderte lagmannsretten med at politidistriktene hadde inngått «*liknende kontrakter*» av tolketjenester.
- (65) Klagenemndas sak 2020/405 gjaldt spørsmålet om Oslo politidistrikts kjøp av tolketjenester via egen tolkeportal utgjorde ulovlig direkte anskaffelser. Innklagede anførte i den saken at kravet til konkurranse var hensyntatt gjennom tolkeportalen, og at kontraktene derfor ikke kunne anses som liknende kontrakter. Nemnda mente derimot at det forhold at det var etablert konkurranse ikke var et relevant moment i vurderingen av

om kontraktene var liknende. Nemnda viste til at hvorvidt kontraktene er liknende tvert imot er førende for hvordan kravet til konkurranse skal ivaretas, da plikten til å sikre konkurranse ved kunngjøring inntreffer der verdien av de liknende kontraktene overstiger terskelverdi. Videre viste nemnda til at bestillingene via tolkeportalen dekket samme behov som kjøp av tolketjenester utenfor portalen. Det at Oslo politidistrikt brukte en tolkeportal i stedet for å ta direkte kontakt med tolkeformidler eller en enkeltstående tolk, var ikke styrende for vurderingen av om kontraktene var «*liknende*».

- (66) Foreliggende sak gjelder anskaffelse av tolketjenester til døve, hørselshemmede og døvblinde. Det er dermed snakk om tegnspråktolkning, i motsetning til talespråktolkning. Personene man tolker for er personer med dels ulike behov, og der selve tolkemethoden vil kunne variere mellom oppdragene. De ulike tolkemethodene kan også brukes i kombinasjon, og vil kunne veksle underveis i tolkeoppdragene.
- (67) Tolkeoppdragene kan dermed være ulike, på den måten at benyttet tolkemethode vil variere, samt at det vil være variasjon i hvilke situasjoner man bistår personen som behøver tolkehjelp i. Klagenemnda vil imidlertid fremheve at den sentrale tjenesten som tilbys er å hjelpe personen man bistår med å forstå eller å gjøre seg forstått – å være det språklige bindeleddet som personen man bistår behøver. Selv om variasjonen i oppdragene og behovene til mottakeren av tjenesten er betydelig større enn ved taletolking, slik innklagede også fremhever i kommentaren til varselet, endrer ikke dette nemndas oppfatning av at en sammenligning av oppdragenes konkrete innhold tilsier at det er snakk om «*liknende kontrakter*.»
- (68) Innklagede har i denne anledning også vist til at tjenesten ikke leveres til innklagede, i motsetning til i sakene om politiets kjøp av tolketjenester, men at tjenestene leveres direkte til den enkelte mottaker. Etter klagenemndas syn er dette en synsvinkel som er relevant for dette spørsmålet i den grad den viser at kontraktene om tolketjenester til de ulike mottakerne skiller seg sterkt fra hverandre. Slik nemndas drøftelse over viser, er ikke nemnda av denne oppfatningen.
- (69) Nemnda forstår det videre slik at tegnspråktolking er et fagområde med egen utdanning, der kompetente tolker vil beherske de ulike tolkemethodene som er nødvendige for å bistå både døve, døvblinde og hørselshemmede. Leverandørmarkedet for de enkelte tolkeoppdrag er dermed overlappende for tolketjenestene for døve, døvblinde og hørselshemmede.
- (70) Klagenemnda la til grunn i forhåndsvarselet at det er et etablert marked for tolketjenester både for enkeltstående tolker og for tolkeformidlere. Innklagedes opplysninger i merknadene til varselet gjør nemnda noe i tvil om denne forståelsen kan legges til grunn for tolkeformidlingstjenester til døve, hørselshemmede og døvblinde.
- (71) Det er imidlertid ikke gitt hvor mye mangelen på et etablert marked for tolkeformidlingstjenester skal vektlegges i helhetsvurderingen. Det fremstår for klagenemnda som at innklagede er den sentrale oppdragsgiveren for tolketjenester som denne saken gjelder i Norge. Så lenge innklagede benytter nåværende ordning for alle innkjøp innklagede gjør, er det for nemnda usikkert om det er grunnlag for private tolkeformidlere å etablere seg i dette segmentet. Et privat marked er i en slik sammenheng avhengig av at tjenestene faktisk konkurranseutsettes. Siden innklagede er den sentrale premissleverandøren for hvordan markedet i dag er utformet, kan man i

helhetsvurderingen ikke legge for stor vekt på om markedet i dag åpner for tolkeformidlingstjenester.

- (72) Samlet sett finner klagenemnda at tolketjenestene er å anse som «*liknende kontrakter*» etter forskriften § 5-4 (9). Verdien av kontraktene skal derfor ses i sammenheng ved beregningen av om terskelverdien er overskredet. Nemnda har vært i tvil ved denne vurderingen.
- (73) Det er klart at den samlede verdien av anskaffelsene de siste 12 månedene før klagen oversteg terskelverdiene for kunngjøring, og at kunngjøring ikke har funnet sted. Det foreligger derfor en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (74) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning at klagenemnda «*skal*» ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi dersom «*oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse*». Av annet punktum fremgår det at klagenemnda «*kan*» ilegge gebyr dersom «*oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse*».

- (75) Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7b i den tidligere anskaffelsesloven i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26. Tilsvarende må gjelde etter dagens lov, jf. også klagenemndas avgjørelse 2017/147 avsnitt 55 flg. I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) s. 26 uttalte man videre følgende om terskelen for grov uaktsomhet:

«Det understrekes i denne forbindelse 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. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar, og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og -innsikt. Det presiseres for øvrig at det ikke er et krav om at en enkelt person har handlet forsettlig eller grovt uaktsomt, men at det også kan være feil begått på forskjellige plan i oppdragsgiverens organisasjon, og som hver for seg ikke kan karakteriseres som grovt uaktsomme, men som samlet sett gjør at oppdragsgiveren må sies å ha opptrådt grovt uaktsomt.»

- (76) Kunngjøringsplikten og forbudet mot ulovlige direkte anskaffelser, befinner seg i kjernen av regelverket, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2020/405. De store beløpene som innklagede hvert år bruker på å kjøpe tolketjenester, skjerper kravet til aktsomhet.
- (77) Klagenemnda vil samtidig vise til klagenemndas avgjørelse 2017/147, der man uttaler at plikten til å ilegge overtredelsesgebyr i et tilfelle hvor den ulovlige direkte anskaffelsen skyldes en rettsvillfarelse, forutsetter at rettsvillfarelsen kan karakteriseres som grovt uaktsom. Videre uttaler nemnda at det ikke er opplagt at presiseringen fra Ot.prp.nr. 26 (2005-2006) s. 26 om at det «*ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvidenhet som grovt uaktsom*» bør være retningsgivende også for tolkningen av dagens lov. Nemnda uttalte at det kan argumenteres for at den skjønsmessige adgangen til å ilegge gebyr også i tilfelle av simpel uaktsomhet som nå fremgår av lovens § 12 første ledd annet punktum, «*tilsier at terskelen for grov uaktsomhet kan og bør heves noe, blant annet for å bringe den anskaffelsesrettslige forståelsen av dette skyldkravet bedre i overensstemmelse med*

hva som kan karakteriseres som grovt uaktsomt på andre rettsområder.» Nemnda i gjeldende sak er enig i dette, og viser også til at dette er et moment som kan vektlegges ved vurderingen av medlemsstaters ansvar for brudd på EU-lovgivningen, jf. de forente saker C-46/93 og C-48/93 avsnitt 56 (Brasserie du Pêcheur og Factortame).

- (78) Innklagede har i kommentar til gebyrvarselet vist til flere forhold som taler for at innklagede ikke har opptrådt grovt uaktsomt. Innklagede har vist til at det er gjort løpende vurderinger av hvilke innkjøp som må konkurranseutsettes, at andre tolketjenester er konkurranseutsatt, men at man har vært av den oppfatning at leveransene av tolkeoppdrag til døve, hørselshemmede og døvblinde, har slike særtrekk og gjennomføres på en måte som leder til at det ikke inngås kontrakter i anskaffelsesrettslig forstand. Innklagede har vist til en rekke momenter som man mener taler for at innkjøpene ikke skal kunngjøres, og innklagede hevder man i god tro har ansett at konkurranseutsettelse av slike ytelser ikke har vært påkrevet.
- (79) Innklagede har samtidig fremhevet i kommentar til gebyrvarselet at arbeidet med å vurdere en konkurranseutsettelse av tjenestene, ikke betyr at man har ment det forelå en plikt til å konkurranseutsette innkjøpene. Innklagede har, i tillegg til spørsmålet om området egner seg for konkurranseutsettelse og eventuell prosessrisiko ved å fortsette med gjeldende ordning, opplyst at det har vært ulike utfordringer knyttet til kjøp av tegnspråktolk som innklagede har ønsket å finne en bedre løsning på, blant annet knyttet til arbeidsrettslige problemstillinger og misnøye knyttet til honorarfastsettelse.
- (80) Klagenemnda har funnet spørsmålet om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse i denne saken krevende. Dette har betydning for nemndas vurdering av innklagedes aktsomhet.
- (81) Slik klagenemnda forstår innklagede, har man i flere år vært klar over de anskaffelsesrettslige problemstillingene knyttet til kjøp av tolketjenester og den metoden som innklagede har benyttet. Innklagede har imidlertid, slik nemnda forstår det, grundig vurdert om innkjøpene er omfattet av regelverket og konkludert med at gjeldende ordning ikke er omfattet av regelverket.
- (82) Innklagede har etter klagenemndas syn vurdert egen ordning om kjøp av tolketjenester feil i anskaffelsesrettslig forstand, og har etter nemndas syn særlig lagt til grunn en uriktig forståelse av de anskaffelsesrettslige følgene av reguleringen i folketrygdloven og dens forskrifter, samt trukket feil konklusjoner ut av praksisen det er vist til fra EU-domstolen. Som en stor, profesjonell aktør må innklagedes vurdering i så måte anses uaktsom.
- (83) Imidlertid, selv om nemnda har landet på at gjeldende ordning innebærer en ulovlig direkteanskaffelse, er det flere momenter som kan tale for en annen løsning. Gitt sakens kompleksitet både på det faktiske og rettslige plan, kan ikke nemnda se at innklagedes vurdering og konklusjon kan anses som grovt uaktsom.
- (84) Nemnda vil i den anledning påpeke at en oppdragsgiver ikke ved enhver tvilsom vurdering av om kunngjøringsplikten foreligger, skal være forpliktet til å kunngjøre en konkurranse eller intensjonskunngjøre avtalen for å unngå å komme i ansvar dersom nemnda konkluderer med kunngjøringsplikt. Dersom oppdragsgiver gjennom en grundig dokumentert vurdering eller aktsom innhenting av eksterne råd konkluderer med at kunngjøringsplikt ikke foreligger, vil det være i strid med prinsippet om effektiv bruk av

samfunnets ressurser å likevel kunngjøre en konkurranse eller en intensjonskunngjøring kun for å unngå risikoen for overtredelsesgebyr.

- (85) Der klagenemnda konkluderer med at oppdragsgiver har opptrådt uaktsomt, «*kan*» nemnda ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd annet punktum. Ved denne vurderingen skal nemnda særlig legge vekt på «*bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen.*»
- (86) Innklagede er en stor og profesjonell aktør, og anskaffelsens årlige beløp er betydelig. Det gjør mangelen på konkurranseutsetting mer kritikkverdig, og kan tale for ileggelse av gebyr. Etter nemndas forståelse er imidlertid innklagede i en prosess der man vurderer innretningen av tolketjenesteinnkjøpene, blant annet opp mot anskaffelsesregelverket. Den preventive effekten av gebyr er derfor redusert.
- (87) Etter nemndas oppfatning kan det vektlegges i formildende retning at innklagede gjennom etablering og bruk av tolkeportalen virker å ha skapt noe konkurranse mellom enkeltstående tolker om tolkeoppdragene. Nemnda viser her til det store antall tolker som er registrert i portalen, samt at det fremlagte rammedokument om samarbeid mellom innklagede og tolkene, utarbeidet blant annet i samarbeid med Tolkeforbundet, viser at portalen er veletablert og kjent i det aktuelle leverandørmarkedet.
- (88) Etter en helhetlig vurdering konkluderer klagenemnda med at det ikke skal ilegges gebyr.

Konklusjon:

Arbeids- og velferdsetaten har uaktsomt foretatt en ulovlig direkteanskaffelse av tolketjenester til døve, hørselshemmede og døvblinde.

Arbeids- og velferdsetaten ilegges ikke overtredelsesgebyr.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Christina Paludan Melson

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur