



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 15.12.2021

Saksnr.: 21-036870ASD-BORG/02

Dommere:

Lagdommer

Lagdommer

Tingrettsdommer

Michael Reiertsen

Jørgen Monn

Rolf B. Merckoll

Ankende part

Klagenemnda for offentlige
anskaffelser

Advokat Goud Helge
Homme Fjellheim

Ankemotpart

Staten v/justis- og
beredskapsdepartementet

Advokat Ingvill Matre
Meinich

Saken gjelder prøving av vedtak fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser om å ilegge to politidistrikt overtredelsesgebyr etter anskaffelsesloven § 12. Det sentrale spørsmålet er om kjøp av tolketjenester skulle vært kunngjort og satt ut på konkurranse etter reglene om offentlige anskaffelser.

Sakens bakgrunn

I vedtak 27. januar 2020 (sak 2019/102) og 7. april 2020 (sak 2019/295) ila klagenemnda for offentlige anskaffelser overtredelsesgebyr mot Møre og Romsdal politidistrikt og Trøndelag politidistrikt i medhold av anskaffelsesloven § 12. Vedtakene bygger på at politidistriktene grovt uaktsomt foretok ulovlige direkte anskaffelser (manglende kunngjøring) av tolketjenester. Overtredelsesgebyret mot Møre og Romsdal politidistrikt gjelder manglende kunngjøring for kjøp av tolketjenester i tidsrommet 11. mars 2017 til 31. desember 2019, mens overtredelsesgebyret mot Trøndelag politidistrikt gjelder manglende kunngjøring for kjøp i tidsrommet 22. april 2017 til 20. februar 2020. I begge tilfellene ble overtredelsesgebyrene beregnet til 13 prosent av anskaffelsenens totale verdi – totalt 847 000 kroner for Møre og Romsdal politidistrikt og totalt 1 520 000 kroner for Trøndelag politidistrikt.

Grunnlaget for at nemnda fant at det var foretatt ulovlige direkte anskaffelser, var at de enkelte tolkekontraktene ble inngått «regelmessig» med ett tolkebyrå (Noricom Nord AS), og ble ansett som «liknende kontrakter» selv om de enkelte kontraktene gjaldt tolking på ulike språk, jf. anskaffelsesforskriften § 5-4 niende ledd bokstav a.

Dersom kontraktene må betegnes som «liknende kontrakter», er partene enige om at de nasjonale terskelverdiene etter anskaffelsesforskriften § 5-1 andre ledd og EØS-terskelverdiene etter forskriften § 5-3 første ledd bokstav a, ble overskredet, og at anskaffelsene av tolketjenester var ulovlige og skulle vært kunngjort, jf. anskaffelsesloven § 12.

Uenigheten mellom partene gjelder om det ved vurderingen av hva som er «liknende kontrakter», må skilles mellom kontrakter inngått på ulike tolkespråk. I så fall er partene enige om at anskaffelsene er under terskelverdiene, og at de ikke var ulovlige etter anskaffelsesloven § 12.

Partene er også uenige om politidistriktene har utvist tilstrekkelig skyld og størrelsen på gebyret som eventuelt skal ilegges.

Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet brakte vedtakene inn til Oslo tingrett for prøving. Klagenemnda for offentlig anskaffelser tok til motmæle.

Oslo tingrett avsa 14. desember 2020 dom med følgende slutning:

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.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser har anket saken til Borgarting lagmannsrett. Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet har tatt til motmæle. Ankeforhandling ble holdt 25.–26. november 2021 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger. Om bevisføringen vises til rettsboken.

Den ankende part, **Klagenemnda for offentlige anskaffelser**, har i korte trekk anført:

Tingrettens dom er uriktig.

Klagenemnda hadde hjemmel for å ilegge overtredelsesgebyr etter anskaffelsesloven § 12.

Tolketjenestene ble anskaffet «regelmessig» fra ett tolkebyrå og var «liknende kontrakter», jf. anskaffelsesforskriften § 5-4 niende ledd bokstav a. Ordlyden stiller ikke krav om at tjenestene skal være identiske, bare at kontraktene har noen felles kjennetegn. Ved den nærmere vurderingen må formålet med bestemmelsen og anskaffelsesregelverket, grunntrekkene i kontrakten og oppdragsgivers innkjøpspraksis stå sentralt. Særlig sentralt er om det foreligger et leverandørmarked for de etterspurte tolketjenestene.

Over 90 prosent av kontraktene til politidistriktene ble inngått med ett tolkeselskap, Noricom Nord AS. Kontraktene kjennetegnes av at Noricom måtte finne frem til en person som dekket politidistriktenes tolkebehov i den enkelte sak. Denne personen utførte tolkeoppdraget for politidistriktene på vegne av Noricom, som hadde ansvaret og risikoen for at oppdraget ble utført med nødvendig kvalitet. Hvilket språk som skulle tolkes, eller andre egenskaper til tolken, var ikke styrende for politidistriktenes valg av leverandør.

Politidistriktene har opptrådt forsettlig eller grovt uaktsomt. Det er meget høy terskel for at en eventuell rettsvillfarelse, er unnskyldelig. Politidirektoratet og Politiets fellestjenester konkluderte med at politiets anskaffelsespraksis kunne være i strid med regelverket. Politidistriktene har ikke på noe tidspunkt gjort noe for å sikre overholdelse av regelverket.

Nemndas utmåling er korrekt. Domstolene bør respektere nemndas utgangspunkt om at gebyret settes til ti prosent av anskaffelsesverdien hvor det ikke foreligger formildende eller skjerpene omstendigheter. I saken her foreligger det flere skjerpene omstendigheter. Overtredelsene har skjedd over flere år, anskaffelsene ligger betydelig over terskelverdien og politidistriktene var klar over at de anskaffet tolketjenester fra samme tilbyder over terskelverdiene.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser har nedlagt følgende påstand:

1. Klagenemnda for offentlige anskaffelser frifinnes.
2. Klagenemnda for offentlige anskaffelser tilkjennes sakens omkostninger for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotparten, **Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet**, har i korte trekk anført:

Tingrettens resultat er riktig.

Det var uriktig av nemnda å se alle kontraktene under ett som «liknende kontrakter», jf. anskaffelsesloven § 5-4 niende ledd. For at verdien av kontraktene skal kunne slås sammen, må kontraktene være så likeartede i innhold og formål at det er naturlig å se dem under ett. Nemnda legger for stor vekt på leverandørperspektivet – at det finnes tolkeformidlere som kan tilby tolker på ulike språk. Ordlyden og reelle hensyn tilsier at det avgjørende er om tjenestene er likeartede i sitt innhold og dekker det samme formål hos oppdragsgiveren. Tolkespråket utgjør en vesensforskjell mellom oppdragene. Det kreves ulik kompetanse for å utføre oppdragene, og kompetansen dekker ulikt behov hos oppdragsgiveren. Hensynet til leverandørene er relevant, men må avveies mot andre hensyn, jf. blant annet Prop. 51 L (2015–2016) side 7 og fortalen til direktiv 2014/24 avsnitt 2. Det må blant annet legges betydelig vekt på at aggregering til høyest mulig nivå kan øke den administrative byrden for oppdragsgiver og gå på bekostning av hensynet til å tilrettelegge for at små og mellomstore bedrifter kan konkurrere om offentlige kontrakter.

Skyldkravet i anskaffelsesloven § 12 er under enhver omstendighet ikke oppfylt. Det er ikke grunnlag for noe skjerp aktsomhetskrav. Det var hverken grovt uaktsomt eller uaktsomt ikke å se tolkeoppdragene under ett. Spørsmålet er vanskelig, og det foreligger ingen retningsgivende praksis fra nasjonale eller internasjonale domstoler. Nemndas praksis er videre sprikende. Nemnda har blant annet lagt til grunn at juridiske kontrakter som omhandler ulike sider av oppdragsgiverens virksomhet og ulike rettsområder ikke er lignende kontrakter (sak 2011/112).

Gebyrets størrelse er uansett for høyt. Maksimalsatsen er 15 prosent. I forarbeidene er det understreket at maksimalsatsen bare skal brukes i svært alvorlige tilfeller, noe saken her

ikke kan anses som. Det er ingen grunn for domstolene til å være tilbakeholdne med å prøve størrelsen på gebyrene.

Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet har lagt ned følgende påstand:

1. Anken forkastes.
2. Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten.

Lagmannsrettens bemerkninger

1. Innledning og oppsummering

Lagmannsretten har kommet til at politidistriktenes anskaffelser av tolketjenester var «regelmessige» og «liknende kontrakter», jf. anskaffelsesforskriften § 5-4 niende ledd bokstav a. Anskaffelsene overskrider derfor den nasjonale terskelverdien i anskaffelsesforskriften § 5-1 andre ledd bokstav a og EØS-terskelverdien i § 5-3 første ledd bokstav a. De skulle derfor vært kunngjort i Doffin og TED-databasen, jf. anskaffelsesforskriften § 8-17 første ledd og § 21-1 første ledd. Det innebærer at politidistriktene foretok ulovlige direkte anskaffelser. Anskaffelsene var grovt uaktsomme. Det skal derfor ilegges overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum. Gebyret kan passende settes til 13 prosent av anskaffelsenes verdi, slik som i nemndas vedtak. Klagnemnda for offentlige anskaffelser skal derfor frifinnes.

2. Var kjøpene av tolketjenester ulovlige direkte anskaffelser?

Anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum lyder:

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.

Loven definerer ikke hva som skal regnes som en «ulovlig direkte anskaffelse», men i Prop. 51 L (2015–2016), under merknadene til § 12, side 86, uttales at det er en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger kunngjøringsplikt etter regelverket.

Avgjørende for om en anskaffelse skal kunngjøres, er om anskaffelsen overstiger de nasjonale terskelverdiene og/eller EØS-terskelverdiene, jf. anskaffelsesforskriften § 5-1 andre ledd og § 5-3 første ledd, jf. § 8-17 første ledd og § 21-1 første ledd.

Anskaffelsesforskriften § 5-4 fastsetter hvordan anskaffelsens verdi skal beregnes ved ulike typer kontrakter. Bestemmelsen i § 5-4 niende ledd bokstav a lyder:

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

Det er ikke omstridt at tolkekontraktene i saken her ble inngått regelmessig. Spørsmålet er hvordan formuleringen «liknende kontrakter» skal forstås i relasjon til tolkekontraktene som politidistriktene inngikk. Partene er enige om at anskaffelsene overstiger terskelverdiene, for de foregående 12-månedersperiodene, dersom kjøpene av tolketjenester legges sammen uten å skille mellom språket som den enkelte kontrakt fastsetter at det skal tolkes på. Partene er videre enige om at politidistriktene ikke inngikk tolkekontrakter for noe enkeltspråk, i de foregående 12-månedersperiodene, som overstiger terskelverdiene.

Spørsmålet er derfor om den type tolkekontrakter som politidistriktene inngikk, må forstås som «liknende kontrakter», uavhengig av språket kontraktene fastsetter at det skal tolkes på.

Bestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 5-4 niende ledd gjennomfører artikkel 5(11) i direktiv 2014/24/EU. Forarbeidene til anskaffelsesloven forutsetter at begrepet ulovlig direkte anskaffelse skal tolkes på samme måte som innenfor EU-retten, jf. for eksempel Prop. 51 L (2015–2016), under merknadene til § 12, side 86. Det innebærer at praksis fra både EU-domstolen og EFTA-domstolen er relevant ved tolkningen av anskaffelsesforskriften § 5-4 niende ledd, men også at det mer generelt må tas utgangspunkt i de tolkningsprinsipper som særlig EFTA-domstolen anvender ved tolkning av direktiver som er EØS-relevante. Dette betyr blant annet at ulike språkversjoner må samordnes og at den formålsorienterte tolkningsstilen til EU-domstolen, i alle fall som utgangspunkt, må anvendes, jf. for eksempel Sejersted m.fl., EØS-rett, 3. utg. (2011) side 221–222.

Den engelske versjonen av direktiv 2014/24/EU artikkel 5(11) bruker formuleringen «successive contracts of the same type», den danske versjonen «lignende successive kontrakter», den franske «contrats successifs analogues» og den tyske «entsprechender aufeinander folgender Aufträge». Selv om de fleste språkversjonene benytter ordlyd som best samsvarer med «liknende kontrakter», anser lagmannsretten det klart at «liknende kontrakter» og kontrakter av samme type («same type») må forstås likt.

Ordlyden tilsier at det som skal sammenlignes, er kontraktene som sådanne, og ikke bare tjenestene som skal ytes i kontraktene. Det konkrete innholdet i tjenestene som ytes må

riktignok normalt stå sentralt, men øvrige elementer i kontraktene kan gjøre at innholdet i tjenesteytelsen får mer eller mindre betydning ved sammenligningen. I denne saken er det blant annet sentralt at kontraktene som skal sammenlignes er inngått med ett tolkebyrå, som igjen inngår kontrakt med den enkelte tolk på det enkelte språk, og som er ansvarlig overfor oppdragiveren for at det tolkes på riktig språk med nødvendig kvalitet. Det foreligger altså ikke noe kontraktsforhold mellom politidistriktene og den enkelte tolk.

Ved sammenligningen – hva som utgjør «liknende kontrakter» – må videre formålet med både anskaffelsesregelverket generelt, bestemmelsen om overtredelsesgebyr i anskaffelsesloven § 12 og bestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 5-4 niende ledd, stå sentralt.

I anskaffelsesloven § 1 er formålet med loven angitt slik:

Loven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den skal også bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

Tanken er blant annet at «offentlige innkjøpere ikke har samme insitament til å opptre økonomisk rasjonelt, siden de ikke underlagt konkurranse og samme krav til effektivitet og inntjening», jf. NOU 2010: 2 side 46. Samme sted oppsummeres videre at regelverket for offentlige anskaffelser oppfyller seks hovedformål – effektiv offentlig ressursbruk, effektiv konkurranse på markedet, økt integrasjon (tilgang for leverandører fra andre EU/EØS-land), likebehandling og forutberegnelighet for markedsaktørene, forhindre korrupsjon og styrke allmennhetens tillit til den offentlige økonomistyringen og profesjonalisering og standardisering av offentlige innkjøpsrutiner. Det understrekes samtidig at hensynene i hovedsak skal beskytte offentlige interesser, men at praktiseringen av regelverket også vil gi omfattende avledede rettigheter til private.

For å oppnå dette formålet, må markedet gjøres kjent med det offentliges behov. Det varetas gjennom kravene til kunngjøring, som kan variere etter terskelverdiene i ulike sakstyper, og som er nærmere regulert i anskaffelsesforskriften.

Formålet med bestemmelsen om overtredelsesgebyr i anskaffelsesloven § 12, er å effektivisere håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser, jf. for eksempel Prop. 51 L (2015–2016) side 65. Hva som er ulovlige direkte anskaffelser, og hvordan disse skal håndheves, må videre forstås i lys av anskaffelsesregelverkets mer generelle formål.

Lagmannsretten kan ikke se at forarbeidene til anskaffelseslovgivningen redegjør nærmere for innholdet i eller formålet med regelen i anskaffelsesforskriften § 5-4 niende ledd. Heller ikke departementets veileder P-2017-933 (P-933) punkt 5.4.9 gir noen uttrykkelig veiledning for hvordan uttrykket «liknende kontrakter» skal forstås og hva som er det

uttrykkelige formålet med denne bestemmelsen. I veilederen punkt 5.4.3, som omhandler oppdeling av kontrakter og vurderingen av om det foreligger én eller flere anskaffelser, uttaler imidlertid departementet:

Ulike momenter spiller inn i vurderingen av hvorvidt det dreier seg om én anskaffelse, 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. Andre momenter kan også tas inn i vurderingen. Videre må ikke alle de nevnte momentene være oppfylt for at man skal kunne konkludere med at det foreligger én anskaffelse i regelverkets forstand.

På lignende vis må vurderingen av hvorvidt vi står overfor «liknende kontrakter», bero på en konkret vurdering hvor en rekke momenter kan tas i betraktning. I denne vurderingen kan blant annet en konkret sammenligning av kontraktene, innholdet i tjenestene, oppdragsgiverens behov og innkjøpspraksis og leverandørmarkedet for de aktuelle tjenestene, være av betydning.

Partene i saken har særlig vært uenige om hvilken vekt det skal tillegges om det foreligger et leverandørmarked for de aktuelle tjenestene. Lagmannsretten påpeker at dette ikke er et spørsmål om hvilken vekt det skal legges på hensynet til leverandørene, som sådanne, slik som staten kan synes å anføre, men om det foreligger et leverandørmarked for tjenestene som etterspørres. Som nevnt over er det primært offentlige hensyn som begrunner anskaffelsesregelverket, men slik at hensynet til særlig likebehandling i noen grad kanskje kan tolkes slik at det beskytter hensynet til den enkelte leverandør, jf. for eksempel NOU 2010: 2 side 46. Det sentrale i denne sammenhengen er imidlertid om, og i så fall hvilket, leverandørmarked som finnes for den tjenesten som oppdragsgiveren (politidistriktene) etterspør. Dersom det finnes et leverandørmarked for denne tjenesten, tilsier formålet med anskaffelsesregelverket, særlig hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser gjennom konkurranseutsettelse, at anskaffelsene må kunngjøres. Dette finner støtte i blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-16/98 *Kommisjonen v. Frankrike* («Sydev») avsnitt 44. Utover dette anser ikke lagmannsretten det nødvendig å gå nærmere inn på rekkevidden og overføringsverdien av denne avgjørelsen til vår sak. Lagmannsretten vil likevel påpeke at den ikke anser at avgjørelsen gir grunnlag for generelt å konkludere med at terskelen for å anse kontrakter som «liknende» ikke kan settes særlig høyt, slik som nemnda la til grunn i vedtaket mot Trøndelag politidistrikt (sak nr. 2019/295) avsnitt 37. Slik lagmannsretten ser det, må det foretas en helt konkret vurdering (sammenligning) av om vi står overfor «liknende kontrakter». I denne vurderingen vil, som nevnt, formålet være relevant, men det er vanskelig å si noe generelt om hvor stor vekt formålet skal tillegges i ulike typer saker og kontrakter.

Markedet for tolketjenester i Norge er beskrevet i blant annet en IMDI-rapport fra 2019 om kartlegging av anskaffelser av tolketjenester. Et hovedskille går mellom innkjøp av tolketjenester direkte fra den enkelte tolk og innkjøp fra en leverandør, slik som i denne

saken. Etter hvert har det også blitt utviklet andre løsninger, blant annet såkalte tolkeportaler. Lagmannsretten anser det ikke nødvendig å gå nærmere inn på hvilke løsninger ulike offentlige oppdragsgivere velger og hvilke markedsandeler ulike tilbydere av tolketjenester har. Lagmannsretten anser det tilstrekkelig å konstatere at det på tidspunktet politidistriktene i saken her inngikk de omtvistede tolkekontraktene åpenbart forelå et marked for kjøp og salg av tolketjenester gjennom leverandører (tolkebyråer), og at det var flere leverandører (tolkebyråer) som hadde interesse av å levere tilsvarende tolketjenester som politidistriktene kjøpte fra Noricom Nord AS.

De enkelte tolkekontraktene, som politidistriktene inngikk med Noricom, er videre kjennetegnet av at leverandøren av tolketjenestene (tolkebyrået – Noricom) var ansvarlig for at tolketjenestene ble utøvd med den tilstrekkelige kvalitet på det språk som den enkelte kontrakt etterspurte. Politidistriktene hadde ikke noe kontraktsforhold med den enkelte tolk. Tolkebyrået (leverandøren) hadde derimot et kontraktsforhold med den enkelte tolk. Denne konstellasjonen gjør at tolkespråket som sådant, i kontraktsforholdet mellom politidistriktet og tolkebyrået (leverandøren), fremstår som noe underordnet, i alle fall for sammenligningen av om vi står overfor «liknende kontrakter» etter anskaffelsesforskriften § 5-4 niende ledd. Politidistriktenes valg av leverandør (kontraktsmotpart), i dette tilfellet Noricom, synes for eksempel ikke å ha vært påvirket av tolkespråket i den enkelte kontrakt, men av at Noricom kunne tilby alle tolkespråk. Ulike språk utgjør selvsagt en forskjell i de enkelte kontraktene, men det er ikke opplyst om andre elementer i kontraktene som gjør at selve språket skulle ha større eller mindre betydning i kontraktsforholdet. Selve språket synes for eksempel ikke å ha hatt betydning for pris eller andre betingelser i kontrakten.

Disse særpregene ved kontraktene som sådanne, sett i lys av formålet med anskaffelsesregelverket og at det åpenbart fantes et leverandørmarked som hadde interesse i å inngå lignende kontrakter med politidistriktene, taler etter lagmannsrettens syn med styrke for at kontraktene er «liknende» og at anskaffelsene skulle vært kunngjort.

Så langt lagmannsretten kan se, finnes det ikke rettspraksis, hverken fra EFTA-domstolen, EU-domstolen eller norske domstoler, som gir noen avgjørende veiledning for spørsmålet om hvordan «liknende kontrakter» i anskaffelsesforskriften § 5-4 niende ledd må forstås. Staten har vist til noe praksis fra Klagenemnda som etter statens syn tilsier at det ved sammenligningen av kontraktene må skilles etter tolkespråket. Staten har særlig fremhevet nemndas saker nr. 2017/13 og 2011/112 m.fl. som gjaldt henholdsvis kjøpt av eksterne juridiske tjenester og konsulenttjenester innen barnevernsektoren og Kristiansand Havns kjøp av juridiske tjenester i forbindelse med en større tvist med selskapet Fjord Line AS. Det er imidlertid flere vesentlige forskjeller mellom kontraktene som ble inngått i disse sakene og kontraktene som skal sammenlignes i saken her. For det første var det i sakene som nemnda behandlet ikke noe mellomliggende leverandørledd som påtok seg ansvaret og risikoen for tjenestene som skulle ytes. Det gjør at det i sakene som nemnda behandlet,

var større grunn til å legge vekt på konkrete ulikheter mellom tjenestene. I tillegg kommer at tjenestene i sakene for nemnda var betydelig mer sammensatte og gjaldt ulike sider av den innklagedes virksomhet. I motsetning til sakene for nemnda bærer videre kontraktene i saken her preg av en klar resultatforpliktelse – tolkeresultatet – hvor selve gjennomføringen, herunder språket, i kontraktsforholdet mellom politidistriktet og tolkebyrået (leverandøren) er av mindre betydning. Lagmannsretten kan heller ikke se at noe av den nemndspraksis som partene har vist til for øvrig, gir noen avgjørende veiledning for saken her. Det samme gjelder Högsta forvaltningsdomstolens dom 21. desember 2017 (HFD 2017 ref. 74).

Staten har vist til at også andre hensyn har betydning både for den generelle tolkningen og konkrete vurderingen av om vi står overfor «liknende kontrakter». Staten har blant annet vist til at det i Prop. 51 L (2015–2016) side 7, jf. også fortalen til direktiv 2014/34 avsnitt 2, er understreket at det er relevant å legge vekt på at aggregering til høyest mulig nivå kan øke den administrative byrden for oppdragsgiveren og gå på bekostning av hensynet til å tilrettelegge for at små og mellomstore bedrifter kan konkurrere om offentlige kontrakter. Lagmannsretten er enig i at dette er relevante hensyn. I et tilfelle som dette, hvor politidistriktene har valgt å henvende seg til ett tolkebyrå for å inngå likeartede kontrakter med én og samme leverandør for over nitti prosent av alle sine tolkekontrakter, kan imidlertid slike hensyn ikke få noen utslagsgivende betydning. Når politidistriktene har valgt å henvende seg til ett leverandørmarked, i dette tilfellet tolkebyråmarkedet, må politidistriktene ta konsekvensen dette har etter anskaffelsesregelverket.

Lagmannsretten konkluderer etter dette med at kontraktene politidistriktene inngikk med Noricom Nord AS var lignende kontrakter etter anskaffelsesforskriften § 5-4 niende ledd. Anskaffelsen skulle derfor vært kunngjort, og utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum.

Lagmannsretten understreker at den med dette ikke har tatt stilling til hvordan andre typer tolkekontrakter må forstås, særlig i hvilken grad tolkespråket ved andre typer tolkekontrakter kan tilsi at kontraktene ikke er «liknende».

3. Skyldkravet

Anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum fastsetter at overtredelsesgebyr skal ilegges dersom oppdragsgiveren eller noen som har handlet på dennes vegne «forsettlig eller grovt uaktsomt» har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Anskaffelsesloven § 12 første ledd andre punktum fastsetter videre at nemnda «kan» ilegge overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne «uaktsomt» har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Det er ikke ført bevis for at politidistriktene, eller noen som handlet på vegne av politidistriktene, visste eller holdt det for overveiende sannsynlig at de foretok en ulovlig direkte anskaffelse. Politidistriktene har derfor ikke «forsettlig» foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Partene har, i lys av særlig lovgivningshistorikken, vært uenige om hvor streng terskelen for grov uaktsomhet er, særlig ved rettsuvitenskap.

Adgang og plikt for Klagenemnda for offentlige anskaffelser til å ilegge overtredelsesgebyr for forsettlige eller grovt uaktsomme ulovlige direkte anskaffelser ble innført ved anskaffelsesloven 1999 § 7b. I Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) om lov om endringer i anskaffelsesloven 1999 side 26 presiserte departementet

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 rettsuvitenskap som grovt uaktsomt. 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.

Denne ordningen varte frem til 1. juli 2012 da kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr ble overført til domstolene ved endringslov 11. mai 2012 nr. 25, jf. anskaffelsesloven 1999 § 14. Etter denne bestemmelsen skulle domstolene ilegge overtredelsesgebyr på objektivt grunnlag som første instans. Det var imidlertid få saker om overtredelsesgebyr for domstolene. I forbindelse med implementeringen av direktiv 2014/24/EU og innføringen av gjeldende anskaffelseslov, foreslo derfor departementet at kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr i første instans skulle tilbakeføres til nemnda. Departementet foreslo videre at gebyret skulle kunne ilegges på objektivt grunnlag, jf. for eksempel Prop. 51 (2015–2016) side 66. Under stortingsbehandlingen fikk imidlertid ikke forslaget om at gebyret skulle kunne ilegges på objektivt grunnlag støtte, noe som er begrunnet slik av komiteen i Innst. 358 L (2015–2016) side 27:

K o m i t e e n vil understreke at ileggelse av overtredelsesgebyr er riktig når det foreligger grov uaktsomhet eller forsett, slik reglene var i den nå opphevede anskaffelsesloven § 7b. K o m i t e e n viser til at det nå legges til grunn en strengere praksis enn tidligere ved at det foreslås at unntakelse av å ilegge gebyr bare skal skje i unntakstilfeller. Det legges videre opp til at gebyret kan unngås ved å inngå intensjonskunngjøring.

K o m i t e e n mener at den oppdragsgiver som gjør det som er nødvendig for å unngå eller avverge tap, ulempe, skade eller feil, ikke automatisk skal ilegges overtredelsesgebyr, og at det vil være unødvendig komplisert at denne aktsomme oppdragsgiver må publisere en intensjonskunngjøring for å være sikker på å unngå

overtredelsesgebyr. En slik praksis vil kunne føre til at det går inflasjon i unødvendige intensjonskunngjøringer. K o m i t e e n mener KOFA bør utvise skjønn i den konkrete sak, herunder vurdere oppdragsgivers aktsomhet, knyttet til ileggelsen av et eventuelt overtredelsesgebyr. K o m i t e e n ber regjeringen komme tilbake til Stortinget med forslag til lovtekst tilpasset dette.

Lagmannsretten kan ikke se at forarbeidene gir noen nærmere redegjørelse for innholdet i de gjeldende formuleringene om skyld som nå er inntatt i anskaffelsesloven § 12 første ledd første og andre punktum.

Etter lagmannsrettens syn er det i denne saken ikke nødvendig å trekke noen strikt grense mellom terskelen for grov uaktsomhet og alminnelig uaktsomhet. Ved vurderingen må det under enhver omstendighet 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, slik som det blant annet ble fremhevet i Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) side 26.

Det kan riktignok være slik at anskaffelsesregelverket er komplekst, slik som blant annet tingretten fremhever. Etter lagmannsrettens syn er det imidlertid klart at kontraktene som politidistriktene inngikk var «liknende kontrakter» selv om de gjaldt tolking på ulike språk. Det er videre på det rene at politidistriktene ikke gjorde noen nærmere undersøkelser eller forsøk på å avklare om anskaffelsene var i strid med regelverket. Politidistriktene henvendte seg videre til bare ett tolkebyrå og inngikk over flere år kontrakter med dette tolkebyrået til verdier som langt overstiger terskelverdiene. Lagmannsretten er derfor ikke i tvil om at politidistriktenes ulovlige direkte anskaffelser var grovt uaktsomme.

Overtredelsesgebyr skal derfor ilegges, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum.

4. Utmåling

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, jf. anskaffelsesloven § 12 tredje ledd første punktum. Gebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. anskaffelsesloven § 12 tredje ledd andre punktum.

Klagenemnda har redegjort for at nemndspraksis er at gebyret normalt settes til ti prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det hverken foreligger særlig formildende eller skjerpene omstendigheter. Slik nemnda ser det, foreligger det i saken her ikke formildende omstendigheter, men en rekke skjerpene omstendigheter. Nemnda satte derfor gebyrenes størrelse til tretten prosent av anskaffelsens verdi.

Staten har anført at det ikke foreligger noen rettskildemessig forankring for et utgangspunkt om at gebyret normalt skal settes til ti prosent av anskaffelsens verdi. Loven forutsetter tvert imot en helt konkret vurdering av gebyrets størrelse.

Selv om likhetshensyn ikke gjør seg gjeldende med samme styrke mellom offentlige rettssubjekter som mellom private, er det et generelt poeng at håndhevelsen av overtredelsesgebyr bør være ensartet og forutberegnelig. Etter lagmannsrettens syn foreligger det derfor gode grunner for å være noe tilbakeholden med å fravike en etablert nemndspraksis om størrelsen på gebyrene, i alle fall så lenge praksisen fremstår som rimelig og forholdsmessig. Praksisen i denne saken er videre kun et utgangspunkt, jf. for eksempel vedtaket mot Trøndelag politidistrikt i saken her (sak 2019/295) avsnitt 82 hvor det fremgår at gebyret «normalt» settes til ti prosent av anskaffelsens verdi hvor det hverken foreligger særlig formildende eller særlig skjerpende omstendigheter.

Etter lagmannsrettens syn foreligger det ikke formildende omstendigheter av betydning i saken. Som lagmannsretten har redegjort for over, er det videre klart at kontraktene som politidistriktene inngikk med tolkebyrået Noricom var «liknende kontrakter». Politidistriktene gjorde heller ingen undersøkelser eller forsøk på å avklare om anskaffelsene var i strid med regelverket. Anskaffelsene foregikk videre over flere år og til verdier som langt overstiger terskelverdiene. Etter lagmannsrettens syn er det derfor rimelig at gebyrenes størrelse settes til omkring tretten prosent av anskaffelsenens verdi, slik som nemnda har gjort i begge vedtakene.

Staten har ikke bestridt selve utregningen av gebyrenes størrelse, bare anført at prosentandelen må settes lavere.

5. Konklusjon

Vedtakene til Klagenemnda for offentlige anskaffelser om å ilegge overtredelsesgebyr til Møre og Romsdal politidistrikt (sak 2019/102) og Trøndelag politidistrikt (sak 2019/295) er gyldige. Det er ikke grunn til å endre gebyrenes størrelse. Klagenemnda for offentlige anskaffelser skal derfor frifinnes.

6. Sakskostnader

Klagenemnda for offentlige anskaffelser har vunnet saken fullstendig og har krav på full erstatning fra motparten for sine nødvendige og rimelige sakskostnader for tingretten og lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd, jf. første ledd, jf. § 20-5 første ledd, jf. § 20-9 andre ledd.

Det foreligger ikke tungtveiende grunner som gjør det rimelig å fritta helt eller delvis for erstatningsansvaret, hverken for tingretten eller lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

I sakskostnader for tingretten har den ankende part krevd erstattet totalt 214 375 kroner inklusive merverdiavgift som i sin helhet utgjør salær til prosessfullmektig. Kostnadene er rimelige og nødvendige, og tilkjennes.

I sakskostnader for lagmannsretten har den ankende part krevd erstattet totalt 287 000 kroner inklusive merverdiavgift som i sin helhet utgjør salær til prosessfullmektig. Kostnadene er rimelige og nødvendige, og tilkjennes.

Dommen er enstemmig.

SLUTNING

1. Klagenemnda for offentlige anskaffelser frifinnes i søksmål om gyldighet av overtredelsesgebyr mot Møre og Romsdal politidistrikt i sak 2019/102.
2. Klagenemnda for offentlige anskaffelser frifinnes i søksmål om gyldighet av overtredelsesgebyr mot Trøndelag politidistrikt i sak 2019/295.
3. Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet erstatter sakskostnadene til Klagenemnda for offentlige anskaffelser for tingretten med 214 375 – tohundreogfjortentusentrehundreogsyttifem – kroner senest 2 – to – uker etter dommens forkynnelse.
4. Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet erstatter sakskostnadene til Klagenemnda for offentlige anskaffelser for lagmannsretten med 287 000 – tohundreogåttisyvtusen – kroner senest 2 – to – uker etter dommens forkynnelse.

Michael Reiertsen

Jeg bekrefter at rettens øvrige medlemmer har godkjent avgjørelsens innhold ved e-poster 14. desember 2021 og at andre signeringsmetoder hverken er tilgjengelige eller hensiktsmessige, jf. domstoloven § 197a, jf. signaturforskriften § 4 andre og tredje ledd.

Michael Reiertsen

Dokument i samsvar med undertegnet original
Terje Jørgensen, signert elektronisk