



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av pasientreiser i Møre og Romsdal. Kontrakten ble tildelt et selskap under stiftelse. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, ettersom tilbudet ikke kunne anses bindende. Klagers anførsel førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 19. mai 2022 i sak 2022/552

Klager: Nordvest Taxi AS

Innklaget: Helse Midt-Norge RHF

Klagenemndas

medlemmer: Marianne Dragsten, Finn Arnesen, Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Helse Midt-Norge RHF (heretter *innklagede*) kunngjorde 23. november 2021 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av pasientreiser i Møre og Romsdal. Anskaffelsens verdi ble estimert til 400 millioner kroner. Tilbudsfristen var 10. januar 2022.
- (2) Anskaffelsen var delt opp i fire rammeavtaler etter kontraktsområde. Disse var Søre Sunnmøre, Nordre Sunnmøre, Romsdal og Nordmøre. Rammeavtalene hadde en varighet på inntil fire år (2+1+1).
- (3) I konkurransegrunnlaget var det blant annet stilt følgende kvalifikasjonskrav:

«Registrering og autorisasjoner m.m.

Kvalifikasjonskrav:

Tilbyder skal være et etablert foretak, enkeltmannsforetak eller selskap under stiftelse (SUS)

Dokumentasjon:

- Attest fra foretaksregisteret eller enhetsregisteret. Selskap under stiftelse: Stiftelsesdokument.*
- Utenlandsk tilbyder skal fremlegge attest(er) for lovbestemt registrering i etableringslandet.»*

- (4) Rammeavtalene skulle tildeles tilbudet med den laveste prisen.
- (5) Innen tilbudsfristen leverte både Persontransport1 SUS og Nordvest Taxi AS (heretter *klager*) tilbud på rammeavtalene for Søre Sunnmøre, Romsdal og Nordmøre.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (6) Vedlagt tilbudet til Persontransport1 SUS var selskapets stiftelsesdokument, signert 27. desember 2021. Stiftelsesdokumentet ga en oversikt over nøkkelroller og stiftere i selskapet, samt aksjekapitalen.
- (7) De nevnte rammeavtalene ble tildelt Persontransport1 SUS (heretter *valgte leverandør*) 27. januar 2022.
- (8) Klager påklaget tildelingen 29. januar 2022. Tildelingen ble opprettholdt av innklagede 3. februar 2022.
- (9) Klager begjærte midlertid forføyning for Trøndelag tingrett 6. februar 2022, med påstand om at innklagede skulle forbys å inngå de aktuelle rammeavtalene før tidligst fem dager etter at Klagenemnda for offentlige anskaffelser har avgitt uttalelse i saken. Begjæringen ble tatt til følge ved kjennelse avsagt 9. mars 2022.
- (10) Innklagede anket kjennelsen til Frostating lagmannsrett 15. mars 2022. Anken ble tatt til følge ved kjennelse avsagt 25. mars 2022.
- (11) Valgte leverandør ble registrert i Foretaksregisteret 17. mars 2022.
- (12) Klagen ble brakt inn for klagenemnda 27. mars 2022. Innklagede har bekreftet at man vil utsette kontraktsinngåelse i påvente av klagenemndas avgjørelse, og saken har derfor vært prioritert av nemnda.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 18. mai 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen, fordi tilbudet ikke var bindende. Valgte leverandør var på tilbudstidspunktet et selskap under stiftelse og kunne ikke pådra seg andre forpliktelser enn de som følger av stiftelsesdokumentet eller lov. Det fremgår ingenting om selskapets adgang til å inngå avtaler i stiftelsesdokumentene, og tilbudet forpliktet dermed ikke selskapet på tilbudstidspunktet. At valgte leverandør fikk anledning til å forplikte seg som selskap på et senere tidspunkt, ved registrering i Foretaksregisteret, strider mot kravet til likebehandling. At tilbudet ikke var bindende underbygges av at innklagede kunne fragå avtalen dersom valgte leverandør ikke registrerte seg i tide.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Det bestrides at regelverket er brutt. Valgte leverandørs tilbud ble levert i selskapets navn av selskapets representanter, og forpliktet selskapets representanter frem til selskapet ble registrert i Foretaksregisteret. Så snart selskapet ble registrert ville selskapet som sådant automatisk overta forpliktelsene etter tilbudet. Denne registreringen er lovpålagt og sanksjonert med bøter. At innklagede ville ha mulighet til å fragå avtalen ved manglende registrering er ikke relevant for vurderingen av om tilbudet var bindende for valgte leverandør. Valgte leverandør har ikke oppnådd noen urettmessig konkurransefordel av å kunne levere tilbud som et selskap under stiftelse.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder fire rammeavtaler om pasientreiser i Møre og Romsdal og er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 400 millioner kroner. 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.
- (17) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen fordi valgte leverandør var et selskap under stiftelse, og derfor ikke kunne gi bindende tilbud.
- (18) Det fremgår av forskriften § 23-3 (1) at tilbud skal være «*bindende*», og det følger videre av § 24-8 (1) bokstav a at oppdragsgiver «*skal*» avvise et tilbud som «*ikke kan anses bindende*».
- (19) Hvorvidt et tilbud er bindende må vurderes ut fra alminnelige avtalerettslige regler. Det vil si at det må være et forpliktende dispositivt utsagn og ikke være rammet av ugyldighet, eller beheftet med forbehold som gjør at tilbyder kan gå fra tilbudet. Se blant annet NOU 2014: 4 punkt 25.4.9.2.
- (20) I denne saken var valgte leverandør et selskap under stiftelse på tilbudstidspunktet, og da gjelder særlige regler for selskapets adgang til å erverve rettigheter og forpliktelser før det er registrert i Foretaksregisteret. Disse fremgår av aksjeloven (1997) § 2-20. Bestemmelsen lyder slik:
- «(1) Før aksjeselskapet er registrert, kan selskapet som sådant ikke erverve andre rettigheter og pådra seg andre forpliktelser overfor tredjepersoner, enn dem som følger av stiftelsesdokumentet eller av lov.*
- (2) For forpliktelser som er pådratt i selskapets navn før registreringen, og som selskapet ikke hefter for etter første ledd, er de som har pådratt forpliktelsen, personlig og solidarisk ansvarlig når ikke noe annet må anses avtalt med kreditor. Ved registreringen overtar selskapet forpliktelsen.*
- (3) Er det før registreringen inngått en avtale som ikke binder selskapet etter første ledd, og visste den annen part i avtalen at selskapet ikke var registrert, kan denne gå fra avtalen dersom selskapet ikke er meldt til Foretaksregisteret innen fristen i § 2-18 eller meldingen blir avvist innen fristens utløp. Var parten ukjent med at selskapet ikke var registrert, kan han eller hun gå fra avtalen frem til selskapet registreres. Bestemmelsene i dette leddet kan fravikes ved avtale.»*
- (21) I stiftelsesdokumentet til valgte leverandør var det ikke angitt noe om avtaleinngåelser frem til registrering, jf. første ledd i nevnte bestemmelse. Etter § 2-20 andre ledd er det imidlertid anledning for selskapets representanter til å pådra forpliktelser i «*selskapets navn*» før registrering, hvor det er den som har pådratt forpliktelsen som da vil hefte personlig inntil selskapet blir registrert. Forpliktelsen vil uten videre gå over til selskapet ved registreringen.
- (22) Slike forpliktelser vil være rettslig bindende, også før selskapets registrering, men medkontrahenten må inntil registreringen holde den eller de personene i selskapet som

har pådratt forpliktelsen ansvarlig, se også Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2006 s. 26. Det er på det rene at representantene her opptrådte i valgte leverandørs navn og at de var legitimert til dette, slik at valgte leverandør ville bli bundet av tilbudet så snart det ble registrert.

- (23) Bestemmelsen i tredje ledd første punktum medfører at innklagede ville ha mulighet til å fragå avtalen dersom valgte leverandør ikke ble registrert, men representantene hos valgte leverandør hadde på sin side ingen tilsvarende mulighet. Etter klagenemndas oppfatning må tilbudet i seg selv dermed anses ubetinget bindende, og spørsmålet er hvilken betydning det har at forpliktelsene i henhold til tilbudet først overtas av selskapet som sådant, ved registrering.
- (24) Klagenemnda bemerker i den sammenheng at det ved stiftelsen av et selskap inntreffer en plikt til å registrere selskapet i Foretaksregisteret, jf. aksjeloven § 2-18 (1) og foretaksregisterloven (1985) § 4-1 første ledd. Det følger av sistnevnte bestemmelse at foretaket skal meldes til registeret «*før næringsvirksomheten begynner*», og manglende registrering kan bøtelegges i medhold av § 10-4. Utover dette må spørsmål som oppstår ved manglende registrering anses å knytte seg til kontraktsgjennomføringen, med den konsekvens at oppdragsgiver i verste fall fragår avtalen og konkurranseutsetter anskaffelsen på nytt. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at en slik risiko for at kontrakten ikke kan gjennomføres kan likestilles med at tilbudet ikke er bindende i anskaffelsesrettslig forstand.
- (25) I denne konkurransen var det dessuten uttrykkelig tilrettelagt for at selskap under stiftelse kunne delta, og konkurransegrunnlaget inneholdt ingen krav om at en adgang til å levere tilbud måtte fremgå av stiftelsesdokumentene. Klagenemnda kan derfor heller ikke se at det var i strid med kravene i loven § 4 ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen.
- (26) Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at valgte leverandørs tilbud var bindende, og klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Helse Midt-Norge RHF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk