



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for kontrakt om arbeid med fasade- og støytiltak. Klagenemnda fant ikke grunnlag for å sette til side oppdragsgivers identifikasjon mellom klager og Byggentreprenøren AS. Innklagede hadde dermed ikke brutt regelverket ved å avvise klager som følge av utestående skatter og avgifter.

Klagenemndas avgjørelse 5. juli 2022 i sak 2022/805

Klager: Byggmester Strand AS

Innklaget: Statens vegvesen

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Karin Fløistad og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen (heretter *innklagede*) kunngjorde 4. februar 2022 en åpen tilbudskonkurranse for kontrakt om arbeid med fasade- og støytiltak. Anskaffelsens verdi ble estimert til 20 millioner kroner. Tilbudsfrist var 11. mars 2022.
- (2) Lavest pris var eneste tildelingskriterium.
- (3) Innen tilbudsfristen mottok innklagede to tilbud, herunder fra RK Montasje AS og Byggmester Strand AS (heretter *klager*).
- (4) Innklagede varslet 28. mars 2022 om at de vurderte å avvise klager under henvisning til utestående skatter og avgifter for selskapet Byggentreprenøren AS. Etter innklagedes vurdering var det identifikasjon mellom klager og Byggentreprenøren AS. Dersom dokumentasjon på at skyldig beløp var betalt, eller at det var inngått bindende nedbetalingsplan for forholdet ikke var ettersendt innen 1. april 2022 klokken 14:00, ville klager bli avvist.
- (5) Klager meldte tilbake 29. mars 2022 at selskapet stilte seg uforstående til at innklagede vurderte å avvise klager for forhold hos Byggentreprenøren AS.
- (6) Dagen etter ba innklagede i melding til klager om at klager måtte oversende dokumentasjon på at det ikke var grunnlag for identifikasjon mellom klager og Byggentreprenøren AS ved å legge frem «*Skriftlig avtale mellom partene i forbindelse med salget. Kopi av endringer i aksjeeierbok. Kopi av oversendt dokumentasjon og oppdatert protokoll fra generalforsamlingen.*»
- (7) Den 31. mars 2022 sendte klager sluttseddel, aksjeeierbok og protokoll fra ekstraordinær generalforsamling i Byggentreprenøren AS. Om aksjeeierboken kommenterte klager at

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

de hadde etterspurt kopi av endringer i aksjeeierbok, men at klager kun hadde mottatt den vedlagte aksjeeierbok. Klager presiserte at dersom de skulle sende dokumentasjon utover hva som var vedlagt, ba de om at dette ble konkretisert slik at de fikk mulighet til å oversende det innklagede krevde innenfor gjeldende frister.

- (8) Klager ble 21. april 2022 avvist fra konkurransen. Begrunnelsen var følgende:

«I denne konkurranse er selskapet Byggmester Strand AS tilbyder, der A er styreleder samt eier via Strand Group AS.

A eide også 100% av aksjene i selskapet Byggentreprenør AS frem til 31.01.2022, og var oppført som styreleder.

Statens vegvesen er kjent med at selskapet, Byggentreprenør AS, skylder kr 1,8 mill. i skatter og avgifter. Alle aksjene i selskapet ble solgt for 1 kr kort tid før tilbudsfristen i denne konkurransen (15.03.2022), og styreledervervet overført til ny eier. Men skatterestansen er pådratt selskapet før salget den 31.01.2022, og omgåelsesbetraktninger tilsier at A ikke kan undra seg identifikasjon ved å kvitte seg med selskapet uten å ha gjort opp skatterestansen eller etablert en avtale for nedbetaling.

Etter en helhetsvurdering basert på ovennevnte forhold foreligger det identifikasjon mellom Byggmester Strand AS og Byggentreprenør AS.

[...]

Statens vegvesen har bedt tilbyder ettersende dokumentasjon på at skyldig beløp er betalt, eller at det er inngått en bindende nedbetalingsplan. Slik dokumentasjon er ikke oversendt. Skatt Øst bekrefter at skyldig beløp ikke er betalt, og at hverken tidligere eller nåværende eier har inngått avtale om nedbetaling av skyldig beløp.»

- (9) Innklagede meddelte samme dato at kontrakt ville bli tildelt RK Montasje AS (heretter valgte leverandør), som eneste gjenværende tilbyder.
- (10) Klager har fått opplyst av Byggentreprenøren AS at selskapets restanse ble betalt 13. mai 2022. Oppdatert og ren skatteattest forelå 17. mai 2022.
- (11) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 19. mai 2022.
- (12) Innklagede opplyste i e-post til klagenemnda 1. juni 2022 at kontraktsinngåelsen vil bli utsatt til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor behandlet som en prioritert sak.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. juni 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Avvisningen er urettmessig fordi det ikke lenger foreligger utestående restanser hos Byggentreprenøren AS, og dermed ikke under noen omstendighet avvisningsrett etter forskriften § 9-5 tredje ledd.
- (15) Det foreligger ikke grunnlag for identifikasjon mellom Byggentreprenøren AS og klager.

- (16) Avvisning kan ikke begrunnes med identifikasjon mellom A og klager.
- (17) Avvisningen er urettmessig fordi den vil være klart uforholdsmessig.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Det er grunnlag for avvisning basert på identifikasjon mellom klager og Byggentreprenøren AS, jf. forskriften § 9-5 tredje ledd bokstav a, jf. forskriften § 24-3 tredje ledd.
- (19) Det er grunnlag for avvisning basert på identifikasjon mellom klager og A, jf. forskriften § 9-5 tredje ledd bokstav a, jf. forskriften § 24-3 annet ledd.
- (20) Etterfølgende betaling har ikke betydning for spørsmålet om det var adgang til å avvise klager. På tidspunktet avvisningen fant sted, var vilkårene for avvisning oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder arbeid med fasade- og støytiltak som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 20 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 II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (22) Klagenemnda tar først stilling til om klager ble urettmessig avvist av innklagede på grunn av identifikasjon mellom klager og Byggentreprenøren AS.
- (23) Etter forskriften § 9-5 tredje ledd bokstav a kan oppdragsgiver avvise en leverandør dersom *«oppdragsgiveren er kjent med at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den stat han er etablert, eller i Norge, med mindre avvisningen vil være klart uforholdsmessig»*.
- (24) Det følger av forskriften § 9-5 sjette ledd at forskriften § 24-3 om identifikasjon er gitt tilsvarende anvendelse for forskriften § 9-5 tredje ledd bokstav a.
- (25) I forskriften § 24-3 tredje ledd står det at *«[v]ed vurderingen av om en leverandør kan eller skal avvises etter § 24-2, kan feil eller overtredelser begått av en annen juridisk person sidestilles med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv. Avvisning i slike tilfeller skal særlig bero på en vurdering av graden av tilknytning mellom virksomhetene, inkludert personfellesskap og styrefellesskap, og omgåelsesbetraktninger.»*
- (26) Det er ikke omtvistet at frem til 31. januar 2022 eide Ad 100 prosent av aksjene i Byggentreprenøren AS. Det er heller ikke omtvistet at han samme dato solgte 100 prosent av aksjene til B for 1 krone. Det er videre på det rene at A eier 100 prosent av aksjene i Strand Group AS som eier 100 prosent av aksjene i Byggmester Strand AS (klager). Klagenemnda oppfatter det heller ikke som omtvistet at A var styreleder i Byggentreprenøren AS på det tidspunkt selskapet opparbeidet seg skatte og avgiftskrav fra skatteetaten på 1,8 millioner kroner.
- (27) Klagenemnda ser det som klart at det var grunnlag for identifikasjon før salget av Byggentreprenøren AS fant sted. Det vises til det som fremgår ovenfor om felles eierskap

og personfellesskap. Hensynet til å unngå omgåelse av regelverket står i et slikt tilfelle sterkt.

- (28) Spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til blir etter dette om klager har sannsynliggjort at transaksjonen den 31. januar 2022 er av en slik karakter at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager på grunn av identifikasjon mellom Byggentreprenøren AS og /eller A.
- (29) Det synes uomtvistet at Byggentreprenøren AS ikke hadde verdier av betydning på tidspunktet for salget av aksjene og at prisen på kr 1 reflekterte aksjenes reelle verdi. Det var ikke nevneverdig aktivitet i selskapet og klagenemnda vurderer på bakgrunn av det opplyste at den nye eieren av selskapet i realiteten kjøpte en skatte- og avgiftsgjeld på kr 1,8 millioner kroner for 1 krone. Overtakelsen av denne skatte- og avgiftsgjelden fikk imidlertid ingen betydning for ny eier, se nedenfor.
- (30) Videre har innklagede vist til at A også etter tilbudsfristen, var registrert som styreleder i Byggentreprenøren AS hos Brønnøysundregistrene. Til dette kommer det at Strand Group AS, der A er eeneier og styreleder, gjorde opp skatte- og avgiftsgjelden til Byggentreprenøren AS 13. mai 2022. Klagenemnda kan etter dette ikke se at klager har sannsynliggjort noen realitet ved transaksjonen. Videre skjedde oppgjøret over tre måneder etter salget av aksjene i Byggentreprenøren AS fra A til B, og dermed over en måned etter fristen klager fikk av innklagede til å dokumentere at Byggentreprenøren enten hadde gjort opp utestående med skatteetaten eller inngått avtale om nedbetaling av skatte- og avgiftskravet.
- (31) På denne bakgrunn har klagenemnda ingen rettslige innsigelser mot innklagedes vurdering av spørsmålet om identifikasjon mellom klager og Byggentreprenøren AS/ A.
- (32) Sett hen til størrelsen på skatterestansene, kan klagenemnda heller ikke se at det var klart uforholdsmessig å avvise klager.
- (33) Klager har innvendt at avvisningen er urettmessig fordi det ikke lenger foreligger utestående skatte- og avgiftsrestanser hos Byggentreprenøren AS og kontrakt ikke er inngått.
- (34) Etter tilbudsfristen satt innklagede en frist for betaling av restansene. Restansene ble ikke betalt innen denne fristen. Innklagede hadde dermed avvisingsrett, og det er uten betydning for denne vurderingen at kontrakt ennå ikke er inngått.
- (35) På den bakgrunn har innklagede ikke brutt regelverket ved å avvise klager.

Konklusjon:

Statens vegvesen har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk