



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av innvendig rehabilitering av Selfors skole. Klager anførte at MBA Entreprenør AS skulle vært avvist, som følge av at A, som måtte identifiseres med selskapet, var rettskraftig dømt for grov korrupsjon. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav e ved ikke å avvise MBA Entreprenør AS.*

**Klagenemndas avgjørelse 4. mars 2013 i sak 2011/206**

**Klager:** Rana Bygg og Betongservice AS

**Innklaget:** Rana kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim, Morten Goller

**Saken gjelder:** Avvisning av valgte leverandør som følge av grov korrupsjon

**Bakgrunn:**

- (1) Rana kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 13. april 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av innvendig rehabilitering av Selfors skole. Anskaffelsen har en estimert verdi på kroner 8 957 893,60. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 12. mai 2011.
- (2) Innen fristen mottok innklagede to tilbud for K201 "Bygningsmessige arbeider", fra Rana Bygg og Betongservice AS (heretter kalt klager) og MBA Entreprenør AS. For K201 var tildelingskriteriene pris og framdrift.
- (3) Saken gjelder spørsmål om avvisning av MBA Entreprenør AS som følge av at A er domfelt for grov korrupsjon. På tilbudstidspunktet var A ansatt som prosjektleder i MBA Entreprenør AS og hadde også en eierandel på 25 % gjennom sitt selskap Stetind Invest AS.
- (4) A ble rettskraftig dømt for grov korrupsjon ved Høyesteretts dom Rt. 2009 side 130 av 4. februar 2009. De straffbare handlingene ble foretatt i 2004 og 2005. På dette tidspunktet var A administrerende direktør og innehaver av selskapet Mo Bygg og Anlegg AS. Gjennom Mo Bygg og Anlegg AS bidro A til at Bs private kjøp av en hestevogn ble finansiert av et selskap hvor B var styreleder (Y). A finansierte hestevognen, og bidro gjennom falske fakturaer til at selskapet Y samlet sett finansierte hestevognen til en verdi av kroner 1 375 000. B var en venn av A, og var også direktør i et konsern (X). Høyesterett fant at verken A eller selskapet hadde bidratt med økonomiske overføringer "og har heller ikke hatt noen nytte av arrangementet, ut over en strategisk posisjonering overfor X-systemet." A ble dømt til fengsel i 1 år og tre måneder, som blant annet omfattet et uberettiget krav om fradrag for inngående merverdiavgift på til sammen 275 000 kroner.

- (5) MBA Entreprenør AS ble ved brev 24. september 2010 avvist fra en annen konkurranse i regi av Statsbygg, som følge av at A var dømt for grov korrupsjon, jf. forskriften § 11-10 (1) e. Det ble vist til at A var eier og en sentral person hos valgte leverandør, og at forbrytelsene ble begått i egenskap av daglig leder i entreprenørselskapet Mo Bygg og Anlegg AS.
- (6) Klager ble i den foreliggende sak meddelt at kontrakt ville tildeles MBA Entreprenør AS, ved brev datert 26. mai 2011. MBA Entreprenør AS hadde laveste pris, og tilbyderne ble vurdert likt for fremdrift. Klager klaget på tildelingen ved brev datert 31. mai 2011, hvor det blant annet ble anført at valgte leverandør skulle vært avvist, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav e. Innklagede avviste klagen ved brev datert 1. juni 2011, hvor det fremgikk følgende vedrørende avvisning av MBA Entreprenør AS:

*"Ut fra eierstruktur i MBA Entreprenør AS høsten 2010 er vi enig om at selskapet bør avvises. Vi har mottatt opplysninger/dokumentasjon fra MBA Entreprenør as om at de tidligere i år har fått ny eierstruktur i selskapet og om [A]s oppgaver i selskapet. Dette er vurdert av våre advokater og de har konkludert med at det nå med disse endringene ikke er grunnlag for avvisning".*

- (7) Kommuneadvokaten hos innklagede hadde tidligere utredet spørsmålet om avvisning av MBA Entreprenør AS. Det ble også foretatt en ny gjennomgang i notat av 7. juni 2011, foranlediget av klagers anførsel. Det ble begge gangene konkludert med at MBA Entreprenør AS ikke skulle avvises, da selskapet ikke ble identifisert med A. Følgende hitsettes fra notat av 7. juni 2011:

*"3. Er det gått så lang tid nå at korrupsjonsdommen likevel ikke har noen betydning?*

*[...]Vi trenger imidlertid ikke gå inn på dette ytterligere her. For karantene begynner jo å løpe først når domfellelsen er rettskraftig. Og i vår sak ble den rettskraftig først ved Høyesteretts avgjørelse 04.02.09. Jeg anser det åpenbart at 2 år og 4 mnd. må være for kort karantenetid når vi snakker om såpass grovt forhold som domfellelse for grov korrupsjon.*

#### *4. Spørsmålet om identifikasjon.*

##### *a) Forskjellige rettssubjekter.*

*MBA Entreprenør A/S er ikke dømt for noe korrupsjonsforhold. Og MBA Entreprenør A/S er et helt annet rettssubjekt enn den domte [A].*

##### *b) Identifikasjon*

*Imidlertid kan MBA Entreprenør A/S bli rammet av identifikasjon mellom [A] og selskapet, med den følge at selskapet kan få samme karantene som den [A] har fått. Denne mulighet for identifikasjon står det heller ikke noe om i forskriftene, men er klart akseptert, bla.. i KOFA-avgjørelse 2006/153 og 2009/28. Bakgrunnen for dette er selvsagt at det ellers ville være lett å omgå bestemmelsene om karantene.*

##### *c) Formalia – tidligere [A] og MBA.*

*Hvordan er så det formelle forhold mellom [A] og selskapet?*

[A] eide – var i hvert fall leder av – Mo Bygg og Anlegg. (Det var dette selskapet som figurerte i "hestevognsaken") Jeg har forstått det slik at dette selskapet ble etterfulgt av MBA-gruppen A/S som et eiendomsselskap. I dette selskapet har [A] hele tiden eiet ca. 80 % av aksjene.

Fra MBA-gruppen A/S ble driftsselskapet (entreprenørselskapet) MBA Entreprenør skilt ut i 2007. MBA-gruppen eide ca. 80 % av aksjene i MBA-entreprenør. [A] behersket via sin eierandel i MBA-gruppen også flertallet av aksjene i MBA Entreprenør. [A] har ikke vært daglig leder i MBA Entreprenør, men han har vært prosjektleder. Han var dessuten styreleder i MBA Entreprenør.

Omtrent slik var forholdene høsten 10 da MBA Entreprenør opplevde å bli avvist av Statsbygg i en konkurranse p.g.a. korrupsjonssaken. Det ble altså da foretatt en identifikasjon mellom [A] og MBA Entreprenør. Og etter min vurdering var det den gang rettmessig.

d) Omorganisering av MBA Entreprenør i 2011.

Men nå – i 2011 – har det skjedd en omorganisering. MBA Entreprenør og MBA-gruppen har skilt lag.

Riktignok eier fortsatt MBA-gruppen den bygning og tomt der MBA Entreprenør leier kontor og lager. Men MBA-gruppen er ikke lenger aksjeeier i MBA Entreprenør.

Etter aksjeboken eier nå [...]

Og Stetind Invest AS (eies av [A]) = 25 %

[A] er ikke med i styret i selskapet. Han er heller ikke daglig leder. Det er aksjonæren [B] som er daglig leder.

e) Betydningen av omorganiseringen for identifikasjonen.

Det kan ikke ha noe å si om disse endringer er kommet fordi man ønsket å komme ut av en situasjon der det hele tiden kunne bli spørsmål om avvisning p.g.a [A]s forhold. Det er jo bra om det ryddes opp, slik at man kommer bort fra forhold som begrunner karantene. Departementet skriver i skrivet av 12.01.11: "Det bør også være forskjell på den situasjon der en leverandør fortsetter sin virksomhet uten å foreta noen endringer i de forhold som førte til en straffbar handling, og situasjoner der en leverandør gjør et reelt forsøk på å rydde opp i sin virksomhet for å unngå at slike handlinger skjer igjen (såkalt self-cleaning"). Som eksempler på self-cleaning kan nevnes medvirkning til klargjøring av fakta, omfattende endringer i rutiner, avskjedigelse av berørte personer som for eksempel daglig leder, styremedlemmer og eiere og andre interne tiltak."

Om man skal anvende dette umiddelbart etter at man blir kjent med en overtredelse som kan føre til avvisning, kan vel være tvilsomt. For det medfører kanskje at overtrederen eller hans selskap slipper noen reaksjon etter anskaffelsesregelverket. Men det er jo ikke det vi står overfor her. Selskapet har jo opplevd å bli avvist for denne forseelsen høsten 2010, og siden da er det gått mange måneder.

Spørsmålet er om selskapet nå kan organisere seg slik at identifikasjon mellom den person som er dømt for korrupsjon og selskapet ikke lenger skal skje.

*f) En nærmere vurdering.*

*Til tross for at [A] fortsatt som aksjonær eier en mindre del av MBA Entreprenør, så kan ikke formelle posisjoner lenger gjøre det nødvendig å identifisere selskapet med [A] – med den avsvningsvirkning til følge som er omtalt i forskriftene.*

*Begrunnelsen er enkel: [A] kan i egenskap av eier av 25 % av aksjene ikke på egen hånd påvirke utfallet av de saker som skal behandles på generalforsamling – og han innehar ikke posisjonen som styreleder, styremedlem eller daglig leder, posisjoner i alminnelighet som gir grunnlag for betydelig påvirkning i et aksjeselskap.*

*Nå vil imidlertid formelle posisjoner ikke være noe nødvendig krav til identifikasjon. KOFA har i sine avgjørelser i sakene 2006/153 og 2009/28 sagt at det kan være grunn til identifikasjon at det er "tette bånd" mellom leverandør og andre fysiske eller juridiske personer.*

*[...]*

*I vår sak kan det imidlertid stilles spørsmål om det ikke skal ha noen betydning at [A] er ansatt som prosjektleder i MBA Entreprenør. En del av oppdragene vil vel gjelde offentlige oppdragsgivere. På forespørsel fra prosjektavdelingen har daglig leder i MBA Entreprenør opplyst at det er "lagt inn begrensninger" på [A] i hans stillingsinstruks når det gjelder offentlige oppdrag. Dette tolker jeg slik at [A] ikke alene kan avgjøre om MBA skal komme med tilbud til en offentlig oppdragsgiver.*

*Da synes jeg ikke det er så "tette bånd" mellom [A] og MBA Entreprenør at selskapet skal avvises. Jeg synes en avvisning ville gå lenger enn hva som følger av (de to eneste) avgjørelsene vi har om identifikasjon fra KOFA i 2006 og 2009.*

*Jeg skal tilføye at selvsagt vil [A] kunne "påvirke" vurderingene som formodentlig faglig ressurs via mange år i bransjen. Men en slik påvirkningsmulighet i seg selv – ut fra bransjeerfaring – synes jeg det er liten grunn til å trekke inn. Det ville nesten være uetisk å si at dersom det var en flink bransjemann som kunne jobben sin, da måtte identifikasjon skje, men om det var en mindre flink mann, som kanskje heller ikke gjorde jobben sin, da kunne identifikasjon unnlates."*

- (8) MBA Entreprenør AS ble stiftet 27. desember 2006, og ble registrert i foretaksregisteret 8. januar 2007. Det er opplyst at MBA Gruppen AS da eide 90 % av aksjene. Daglig leder eide 10 %. Som det fremgår av notat av 7. juni 2011, gjennomgikk MBA Entreprenør AS en omorganisering i 2011, hvor MBA-gruppen solgte seg ut av selskapet. MBA Entreprenør AS har i dag fire aksjonærer som hver eier 25 % av aksjene. Blant aksjonærene er selskapet Stetind Invest AS som eies 100 % av A. A er også ansatt hos MBA Entreprenør AS som prosjektleder. Det fremgår av innsendt stillingsbeskrivelse datert 7. februar 2011 at daglig leder er overordnet A, og at byggeplassledere er underordnet. As ansvarsområde er å ha "[o]verordnet ansvar for at prosjektene utføres i hht. bestilling / kontrakt". Videre hitsettes følgende:

***"Arbeidsoppgaver:***

- *Prosjektplanlegging for oppstart sammen med byggeplassleder*
- *Riggplanlegging sammen med byggeplassleder*

- *Oppstart av prosjekt sammen med byggeplassleder*
- *Overordnet ledelse av byggeplass*
- *Ansvar for ensartet dokumentsystem*
- *Endringsvarsel til byggeleder*
- *Kontakt med byggherre / myndighet*
- *Kontakt med UE / SE / leverandører*
- *Økonomisk oppfølging av anlegg og innkjøp*
- *Innhenting av pristilbud*
- *Tilbud- og anbudsregning*
- *Fakturakontroll*
- *Fakturering*
- *Rapportering til daglig leder / byggeplassledere*
- *Overordnet ansvar for HMS på byggeplass*
- *Overholde arbeidstid kl. 0700-1500, overholde matpauser*
- *Fravær skal varsles til kontoret innen kl. 0700 hver fraværsdag*
- *Skap fornøyde kunder*
- *Vær positiv og ærlig - MILJØSKAPENDE*

***Begrensinger i arbeidsoppgaver:***

- *I forbindelse med offentlige anbud skal [A] ikke involveres med nøkkelroller som representasjon, beslutningstaker eller kontrollerende funksjoner."*
- (9) Innklagede har mottatt et brev fra valgte leverandør i anledning saken, datert 9. august 2011. Det fremgår av brevet at valgte leverandør leier lokaler av MBA Gruppen AS. MBA Gruppen AS er medeier i tre selskaper, herunder eies Havmannen Eiendom AS med 70 %, hvor A er styremedlem og administrerende direktør [info fra Brønnøysundregistrene]. Havmannen Eiendom AS har to ombyggingsprosjekter hvor MBA Entreprenør AS er utførende selskap. For det ene prosjektet er det per. 1. januar 2011 fakturert 4 millioner som utgjør ca. 1,7 % av valgte leverandørs omsetning for årene 2008, 2009 og 2010. Det andre prosjektet er planlagt, og forventet oppstart var høst 2011 til 2012, med estimert entreprisekostnad på 12 millioner. Videre hitsettes følgende:
4. *Det er riktig at [A] er sivilingenior og besitter fagkunnskap, men det er ikke avgjørende for driften av MBA Entreprenør AS. [Daglig leder] er også sivilingenior og har følgende tilsvarende formell utdannelse og har tilsvarende erfaring fra entreprenørbransjen. [Daglig leder] ble ansatt i Mo Bygg og Anlegg AS as i 1995 og MBA Entreprenør AS ved oppstart i 2007. MBA Entreprenør AS har sentral godkjenning som er basert på tofaglige ledere, både [A] og [daglig leder].*
6. *MBA er ikke organisert som et konsern. Overskudd i MBA Entreprenør AS styres ikke til MBA gruppen AS hverken gjennom husleieregulering eller på annen måte. Ved oppstart av MBA Entreprenør AS i 2007 ble det signert en ordinær leieavtale mellom*

*huseier og entreprenør ved ekstern hjelp, advokat[N.]Avtalen kan indeksjusteres en gang pr år. Så langt er forøvrig ikke leieavtalen justert.*

*[...]*

*7. Det foreligger ingen aksjonæravtale som regulerer maktstrukturen i MBA Entreprenør AS"*

- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 23. juli 2011.

**Anførsler:**

**Klagers anførsler:**

- (11) Klager anfører at MBA Entreprenør AS skulle vært avvist, da en nøkkelperson og aksjeeier i selskapet er dømt for grov korrupsjon, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav e. Det må legges vekt på at det ikke er gått lang tid siden straffedommen ble rettskraftig og forbrytelsens alvorlige karakter. Avvisning vil ikke være uforholdsmessig.
- (12) MBA Entreprenør AS må identifiseres med A, da det foreligger en nær og sterk forbindelse mellom A og selskapet. A eier 25 % av selskapet, og har et dominerende eierskap i andre selskaper i MBA-konsernet. Klager viser også til at etter dekningsloven § 9-3 identifiseres virksomhet og arbeidstaker dersom arbeidstaker eier 20 % av virksomheten. A eier blant annet 80 % av aksjene i MBA Gruppen AS som igjen eier 100 % av MBA Eiendom AS, som valgte leverandør leier lokaler hos. Det foreligger en mulighet for å styre overskudd fra valgte leverandør til MBA Eiendom AS gjennom regulering av husleien. A er også eier av en rekke utviklingsprosjekter hvor MBA Entreprenør AS brukes som entreprenør. En aksjonæravtale kan regulere maktstrukturen hos MBA Entreprenør AS og det er grunn til å tro at en slik avtale foreligger. A etablerte MBA Entreprenør AS og han innehar en gründerposisjon i bedriften. A besitter også viktig fagkunnskap og innehar godkjenninger som gir A en nøkkelrolle i selskapet. Denne posisjonen er ikke borte selv om aksjeposten er redusert.

**Innklagedes anførsler:**

- (13) Innklagede bestrider at valgte leverandør skulle vært avvist, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav e.
- (14) MBA Entreprenør er et annet rettssubjekt enn A, og det er ikke grunnlag for identifikasjon mellom A og valgte leverandør. A er ansatt som prosjektleder i selskapet, men er underlagt daglig leder, og skal ikke involveres med nøkkelroller som representasjon, beslutningstaker eller kontrollerende funksjoner i forbindelse med offentlige anbud. A har ikke hatt noen befatning med det foreliggende prosjektet. A er ikke styreleder, medlem i styre eller daglig leder, og har følgelig ingen instruksjons- eller omgjøringsmyndighet. A representerer heller ikke selskapet utad og har ikke signaturrett, eller en nøkkelposisjon i MBA Entreprenør AS. Daglig leder har tilsvarende utdanning og bransjeerfaring som A, da bedriften har sentral godkjenning basert på tofaglige ledere. Alle aksjer gir lik stemmerett, og aksjene er fordelt på relativt få hender, som begrenser As mulighet til innflytelse gjennom sin aksjepost, jf. Falkanger "God tro" 1998 s. 451-452.

- (15) Det er MBA Gruppen AS som eier lokalene som valgte leverandør leier. Husleien er indeksregulert og endring av avtalen forutsetter enighet mellom avtalepartene. MBA Gruppen AS er aksjonær i tre selskaper som er involvert i eksisterende og påtenkte bygge-/entreprisekontrakter. At valgte leverandør deltar i selskaper og prosjekter med MBA Gruppen AS kan ikke begrunne identifikasjon, da selskapene er selvstendige rettssubjekter, og samarbeidet ikke innebærer innflytelse som gir grunnlag for identifikasjon, verken ut fra antall prosjekter eller prosent av valgte leverandørs omsetning. Det foreligger ingen aksjonæravtale som regulerer maktstrukturen hos valgte leverandør, og de omtalte selskaper er ikke organisert i konsern.
- (16) Innklagede er av den oppfatning at det antagelig var grunnlag for identifikasjon og avvisning forut for omorganiseringen av valgte leverandør våren 2011. Dette er endret som følge av "self-cleaning"-tiltak foretatt våren 2011, da valgte leverandør gjennomgikk en omorganisering, hvor blant annet MBA Gruppen AS solgte seg ut av selskapet. På anskaffelsestidspunktet hadde ikke A en dominerende innflytelse i selskapet.
- (17) Avvisning av MBA Entreprenør AS ville også være uforholdsmessig. Det er gjennomført self-cleaning tiltak som er egnet til å unngå nye forhold som etter sin art gir grunnlag for avvisning. Det er tale om en enkeltstående handling som fant sted mens A drev et annet selskap, Mø Bygg og Anlegg AS. Tiltakene må også ha som konsekvens at en leverandør utestenges for en kortere periode enn ellers. Korrupsjonsdommen har fått store konsekvenser for valgte leverandør, som følge av tidligere avvisning, og ytterligere eksklusjon vil kunne få store økonomiske konsekvenser. Utestengelsesperioden må i forbindelse med forholdsmessighetsvurderingen regnes fra de straffbare handlinger fant sted, og i det foreliggende tilfellet er tidsperioden på over fem år.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av innvendig rehabilitering av Selfors skole som er en bygge- og anleggsanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (19) Sakens problemstilling er hvorvidt innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise MBA Entreprenør AS på bakgrunn av at A ble rettskraftig dømt for grov korrupsjon i 2009, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav e.
- (20) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav e at *"Oppdragsgiver skal avvise leverandører som [...] oppdragsgiver kjenner til er rettskraftig dømt for deltakelse i en kriminell organisasjon eller for korrupsjon, bedrageri eller hvitvasking av penger, og hvor ikke allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren."*
- (21) Av ordlyden følger det at oppdragsgiver er forpliktet til å avvise leverandører som er rettskraftig dømt for blant annet korrupsjon, så fremt kontraktsinngåelse ikke er nødvendig av allmenne hensyn. Kravet om forholdsmessighet er et generelt EU-rettslig prinsipp som også kan innebære en begrensning i plikten til å avvise, jf. også veiledningsskriv fra FAD av 12. januar 2011 om "Avvisning av straffedømte leverandører mv. i forbindelse med offentlige anskaffelser" side 12.

Forholdsmessighetsprinsippet vil særlig være av betydning i relasjon til lengden på utestengelsesperioden, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2009/28 premiss (34). I forlengelsen av kravet til forholdsmessighet kan det reises spørsmål om leverandørens tiltak for å forsikre at slike straffbare handlinger ikke kommer til å skje i fremtiden ("self-cleaning") også kan hindre avvisning etter bestemmelsen, jf. eksempelvis Arrowsmith, Prieß, og Friton i "Self-Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?" i Public Procurement Law Review (2009) 18 side 257, som også er henvist til i FADs veiledningsskriv side 19.

- (22) I det foreliggende tilfellet er det ubestridt at leverandøren, MBA Entreprenør AS, ikke har foretatt lovbrudd som gir plikt til avvisning etter forskriften § 11-10 (1). Derimot er A, som er ansatt som prosjektleder og eier 25 % av selskapet gjennom sitt selskap Stetind Invest AS, rettskraftig dømt for grov korrupsjon, jf. Rt. 2009 side 130. Spørsmålet er om MBA Entreprenør AS skal identifiseres med A og om selskapet skulle vært avvist i henhold til forskriften § 11-10 (1) bokstav e.
- (23) Det fremgår ikke av verken lov eller forskrift hvem som kan identifiseres som "leverandør" i relasjon til forskriften § 11-10 (1) bokstav e. Hvorvidt det må foretas identifikasjon vil bero på en konkret vurdering i den enkelte sak.
- (24) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at identifikasjon mellom selskap og ansatt kan foreligge der det er *"tette bånd mellom formell leverandør og fysiske eller juridiske personer"*, jf. sakene 2006/153 premiss (117) og 2009/28 premiss (24). Dette ble begrunnet med omgåelseshensyn. Sakene gjelder riktig nok avvisning etter de fakultative avvisningsreglene i forskriften § 20-12 (2) bokstav c, og tidligere forskrift av 15. juni 2001 § 8-12 (2) bokstav d, men vurderinger knyttet til spørsmålet om identifikasjon vil være relevant også i relasjon til de absolutte avvisningsreglene, jf. også FADs veiledningsskriv side 15.
- (25) Forskriften § 11-10 (1) bokstav e er identisk med forskriften § 20-12 (1) bokstav e, som gjennomfører artikkel 45 (1) i direktiv 2004/18 i norsk rett. Det fremgår av artikkel 45 (1) siste pkt, at oppdragsgiver skal be om dokumentasjon *"where appropriate"*, og videre at:

*"Having regard for the national laws of the Member State where the candidates or tenderers are established, such requests shall relate to legal and/or natural persons, including, if appropriate, company directors and any person having powers of representation, decision or control in respect of the candidate or tenderer."*

- (26) I klagenemndas sak 2009/28 henviste klagenemnda til direktivets angivelse av personer for spørsmålet om identifikasjon etter forskriften § 20-12 (2) bokstav c. Etter dette la klagenemnda følgende til grunn i premiss (28) :

*"Det er således klagenemndas oppfatning at ikke bare ledere, men også nøkkelpersoner i virksomheten med oppgaver som knytter seg til forberedelsen av tilbud eller utførelsen av oppdrag for det offentlige, vil kunne anses som identifiserbare med selskapet for øvrig. Dette gjelder også i det tilfellet der vedkommende har en underordnet stilling, men allikevel er gitt oppgaver som er sentrale for driften av selskapet."*

- (27) I veiledningsskrivet fra FAD av 12. januar 2011 er det også vist til de nevnte personer i direktivets artikkel 45 (1) i relasjon til spørsmålet om identifikasjon, og videre fremgår det på side 15 at:

*"Igjen må det i hvert enkelt tilfelle foretas en konkret vurdering av om identifikasjon er rimelig. Det synes imidlertid naturlig å tolke bestemmelsene slik at det som hovedregel ikke bør være mulig for oppdragsgiver å avvise en leverandør dersom bare helt underordnet personale uten beslutnings- eller kontrollkompetanse, er straffedomt. Dette kan kanskje likevel falle annerledes ut, der den juridiske personen – leverandøren – har profittert på handlingene, og slike handlinger er uttrykk for en generell virksomhetskultur."*

- (28) På bakgrunn av den foreliggende dokumentasjon legger klagenemnda til grunn at MBA Gruppen AS ikke lenger var aksjonær i MBA Entreprenør AS da den foreliggende anskaffelsen ble kunngjort. A hadde imidlertid en eierandel i selskapet på 25 % gjennom selskapet Stetind Invest AS. Eierposisjonen på 25 % gir ikke A en dominerende innflytelse på selskapet, og A sitter heller ikke i styret. Imidlertid gir eierandelen A en posisjon i selskapet som ikke er ubetydelig. As eierandel på 80 % i selskapet MBA Gruppen AS har også betydning i denne relasjon, som følge av at selskapet har inntekt ved å leie lokaler til MBA Entreprenør AS. I tillegg eier MBA Gruppen AS 70 % av Havmannen Eiendom AS, som igjen eier to prosjekter hvor MBA Entreprenør AS er utførende entreprenør. Eierstrukturene viser dermed et nettverk av selskaper hvor det er flere økonomiske linjer mellom A og valgte leverandør. Klagenemnda anser imidlertid ikke eierposisjonene for isolert sett å være tilstrekkelig til å konstatere at identifikasjon måtte foretas.
- (29) Når det gjelder endringene som ble gjort i relasjon til As praktiske funksjon i selskapet, er klagenemnda enig i at tiltakene formelt gir A en mer underordnet rolle hos MBA Entreprenør AS. Innklagede har opplyst at A ikke har signaturrett eller instruksjonsmyndighet for MBA Entreprenør AS. Det fremgår også av stillingsbeskrivelsen at A formelt sett er underordnet daglig leder. Dette kan tilsi at A er underlagt daglig leders kontroll og ikke har noen innflytelse på den daglige driften av selskapet. I følge stillingsbeskrivelsen skulle A heller ikke ha *"nøkkelroller som representasjon, beslutningstaker eller kontrollerende funksjoner"* i forbindelse med offentlige anskaffelser.
- (30) Etter stillingsbeskrivelsen referert i premiss (8) skal imidlertid A blant annet ha ansvar for innhenting av pristilbud, fakturering, fakturakontroll, og økonomisk oppfølging av anlegg og innkjøp. Dette tilsier at A fremdeles har en sentral administrativ rolle, selv om selskapet har skiftet navn og As eierandel er redusert til 25 %. A håndterer oppgaver i selskapet som er sentrale for selskapets drift. Det er også uklart hva begrensingen i relasjon til offentlige anskaffelser faktisk består i. Etter klagenemndas syn fremstår A som en person som fortsatt har en nøkkelrolle i selskapet. Sett i sammenheng med As eierandel og selskapsnettverket for øvrig, er klagenemnda kommet til at det må foretas identifikasjon mellom A og MBA Entreprenør AS. De tiltak som MBA Entreprenør AS har iverksatt ikke er tilstrekkelig for å unngå identifikasjon.
- (31) Som nevnt innledningsvis har også det generelle EU-rettslige prinsippet om forholdsmessighet betydning for spørsmålet om avvising etter forskriften § 11-10 (1)

bokstav e, jf. også direktivets artikkel 45 (1) 2.pkt, hvor det fremgår at medlemsstatene skal implementere avvisningsbestemmelsen i samsvar med EU-retten.

- (32) Innklagede har anført at MBA Entreprenør AS har foretatt "self-cleaning"-tiltak som gjør av avvisning ville være uforholdsmessig. Klagenemnda er ikke enig i dette. Etter klagenemndas syn fremstår endringene som ble gjort i begrenset grad for å være reelle tiltak for "self-cleaning", da tiltakene primært fremstår som formelle tiltak for å unngå avvisning, og i liten grad rettet mot å forhindre fremtidig korrupsjon. Avvisning av MBA Entreprenør AS ville dermed ikke vært uforholdsmessig på dette grunnlag.
- (33) Innklagede har videre anført at avvisning ville vært uforholdsmessig på bakgrunn av tidsperspektivet. Det er uklart hvor lenge en oppdragsgiver har plikt til å avvise etter forskriften § 11-10 (1) bokstav e. Klagenemnda la i sak 2006/153 til grunn at *"[t]idsforløpet fra forsømmelsen og til avvisningstidspunktet er relevant å ta hensyn til både i forhold til spørsmålet om identifikasjon kan gjennomføres ved avvisning, og i forhold til om avvisning fremstår som et uforholdsmessig tyngende inngrep, jf proporsjonalitetsprinsippet innen anskaffelsesretten."* Også i klagenemndas sak 2009/28 ble det ved vurderingen lagt vekt på *"hvor alvorlig forholdet er, tidsforløpet mellom den straffbare handlingen, og avvisningen, samt en generell vurdering av konsekvensene ved å opprettholde avvisning"*. I saken ble det også lagt vekt på at det var tale om domfellelser som kun var litt over et år tilbake i tid, og at domfellelsene var alvorlige.
- (34) De overfor nevnte saker gjaldt som nevnt fakultative avvisningsbestemmelser, men forholdsmessighetsprinsippet har som nevnt også betydning for avvisning etter forskriften § 11-10 (1) bokstav e. I FADs veiledningskriv fremgår det på side 18 at:
- "Der det faktisk foreligger en dom eller et forelegg, skal dette ikke forstås slik at oppdragsgiver selv skal foreta en egen vurdering av alvorligheten eller straffverdigheten av handlingen. Her må oppdragsgiver se hen til den straffen som er ilagt, ved vurderingen av hvor alvorlig/straffverdig handlingen var, for så å vurdere hvor lenge leverandøren skal være utestengt.*
- Perioden som anvendes etter lov om strafferegistrering vil i den forbindelse være et relevant moment, og utelukkelse bør i utgangspunktet ikke skje i en lengre periode enn etter denne loven.[...]"*
- (35) I det foreliggende tilfellet ble A rettskraftig dømt for korrupsjon ved Høyesteretts avgjørelse 4. februar 2009, for handlinger som ble foretatt i 2004 og 2005. Tilbudsfristen for konkurransen var angitt til å være 12. mai 2011, og dermed to år og tre måneder etter dommen ble rettskraftig, og inntil seks år etter handlingene fant sted. A ble dømt til 1 år og tre måneder fengsel for grov korrupsjon, som følge av at A hadde en sentral rolle i gjennomføringen av arrangementet. I relasjon til den foreliggende sak må dette anses som en alvorlig domfellelse for handlinger som ble begått i egenskap av As rolle som administrerende direktør i Mo Bygg og Anlegg AS. På denne bakgrunn kan ikke klagenemnda se at tidsforløpet i den foreliggende sak tilsier at avvisning ville vært i strid med kravet til forholdsmessighet.
- (36) Klagenemnda har etter dette kommet til at innklagede har brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav e ved ikke å avvise MBA Entreprenør AS på bakgrunn av at A ble rettskraftig dømt for grov korrupsjon i 2009.

**Konklusjon:**

Rana kommune har brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav e ved ikke å avvise MBA Entreprenør AS.

Bergen, 4. mars 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,



Morten Goller