



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om leietakerrådgivningstjenester. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud grunnet manglende oppfyllelse av innklagedes krav om tilbydernes uavhengighet fra utleiermarkedet. Likebehandlingskravet var heller ikke brutt ved at de øvrige tilbyderne ikke ble avvist. Uavhengighetskravet kunne heller ikke anses ulovlig.

Klagenemndas avgjørelse 27. mai 2013 i sak 2013/36

Klager: Atrium AS

Innklaget: Utlendingsdirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, George Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, likebehandling, ulovlig kvalifikasjonskrav

Bakgrunn:

- (1) Utlendingsdirektoratet (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. desember 2012 en åpen anbudskonkurranse om rammeavtale for anskaffelse av bistand innen leieavtaler vedrørende næringseiendom. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4 angitt til å være inntil kr. 4 800 000,-. Tilbudsfristen var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 4. februar 2013.
- (2) Ifølge konkurransegrunnlaget punkt 1.2 skulle innklagede inngå rammeavtale om bistand relatert til leieavtaler vedrørende næringseiendom og andre eiendomsavtaler som innklagede er part i. Etter det opplyste har innklagedes virksomhet hovedkontor i Oslo, med regionskontorer i hver landsdel. Til sammen utgjør kontorlokalene til innklagede omtrent 40 000 m². Bistanden omfatter eiendomssøk, transaksjoner, leieavtaleforhandlinger og utarbeidelse av eiendomsstrategi for innklagede.
- (3) I punkt 3.4 var det inntatt krav til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner, hvor følgende hitsettes:

<i>"Krav</i>	<i>Dokumentasjonskrav</i>
<i>Leverandøren skal ha erfaring fra minimum 3 tilsvarende oppdrag i løpet av de 3 siste årene.</i>	<i>Beskrivelse av leverandørens 3 mest relevante oppdrag i løpet av de siste 3 årene. Beskrivelsen må inkludere angivelse av oppdragets verdi, tidspunkt og mottaker (navn, telefon og e-post). Referanser vil kunne bli kontaktet ved behov for klargjøring av oppdragets relevans. Det er likevel slik at det er leverandørens ansvar å dokumentere relevans</i>

	<i>gjennom beskrivelsen.</i> <i>Med relevante oppdrag mener vi eiendomstransaksjoner og leieavtaler på mer enn 12 000 m² netto areal pr leieavtale. Tilsvarende referanser på større leieavtaler med ulike lokasjoner kan også brukes som referanser."</i>
--	---

- (4) Det fremgikk av punkt 4 at tildelingskriteriene og deres vekt var "Løsningsbeskrivelse" 40 %, "Kompetanse" 30 % og "Pris" 30 %.

- (5) I bilag 1 til konkurransegrunnlaget var bistanden innklagede skal anskaffe nærmere beskrevet. Under overskriften "om oppdraget" stod det:

"UDI har god kompetanse på egen drift av leiet eiendom, men besitter ikke spisset markeds- og eiendomskompetanse, og har derfor behov for bistand fra profesjonell aktør innen leietakerrådgivning, søks- og reforhandlingsprosesser tilknyttet næringseiendom og andre eiendomsavtaler som UDI leier eller på annen måte besitter gjennom ulike tjeneste- eller eiendomsavtaler.

Det settes strenge krav til at Tilbyder er uavhengig i forhold til utleiery av nærings- eller annen type eiendom, skal ikke ha noen interesser på utleiersiden, skal være habil i forholdet mellom UDI og utleiery eller personer og firmaer som representerer eiendomsutviklere. Tilbyder må beskrive sin habilitet og interesser i forhold til andre aktører."

- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fem tilbud, deriblant fra Atrium AS (heretter kalt klager).

- (7) I tilbudet fra Moment Eiendom AS skrev tilbydereren at uavhengighet fra utleiery ble sikret ved at tilbydereren ikke drev "med utleiery av næringseiendom for gårdeiere og har for øvrig ingen bindinger som kompromitterer selskapets uavhengighet vis-a-vis UDI". Det var også oppgitt at Moment Eiendom AS ikke hadde eierinteresser i næringseiendom.

- (8) Eiendomshuset Malling & Co AS v/ Malling & Co Leietakerrådgivning AS skrev i sitt tilbud blant annet at leietakerrådgivningsselskapet ble stiftet i 2009. Tilbydereren håndterte habilitetsproblematikken ved at leietakerrådgivningsselskapets virksomhet var plassert fysisk adskilt fra resten av tilbyderens virksomhet og at de forskjellige foretakene i tilbyderens konsern ikke hadde adgang til de samme datasystemene. Videre stod det:

"Malling & Co Leietakerrådgivning er et selvstendig aksjeselskap som kun driver eiendomsfaglig rådgivning til virksomheter som ikke har eiendom som sin kjernevirksomhet. Dette innebærer at vi bistår små og store offentlige og private virksomheter i søk etter nye lokaler, gjennomgang av leiekontrakter og eiendomsporteføljer, bistand i utarbeidelse av eiendomsstrategi samt prosjektledelse på vegne av leietaker. Malling & Co Leietakerrådgivning arbeider utelukkende for leietakere og representerer ikke gårdeiere. Vi får betalt av våre oppdragsgivere og er prinsipielt i mot praksisen hvor leietakerrådgiveren får helt eller delvis betalt av

utleier/gårdeier. En honorarmodell som en rekke av våre konkurrenter praktiserer, og som tidligere var en markedspraksis."

- (9) I tilbudet fra Realia AS stod det blant annet i et punkt om uavhengighet, at *"Realia AS er helt uten tilknytninger til banker, livselskaper, gårdeiere, internasjonale kjeder eller andre eksterne aktører. Selskapet er heleid av de ansatte og vår agenda er identisk med våre kunders"*. Videre fremgikk det at denne tilbydereren var en *"uavhengig leietakerrådgiver uten bindinger til utleie, banker, eiendomsfond/besittere etc."*
- (10) Tilbyderen DTZ Realkapital Eiendomsmegling AS beskrev seg selv i sitt tilbud som en *"objektiv rådgiver med spesialisering på å skape merverdier for leietaker"* og at tilbydereren *"representerer kun leietaker og driver ikke med utleievirksomhet"*. Videre stod det under overskriften *"Objektivitet og uavhengighet"*:

"Vi vil igjen trekke frem vår objektivitet og uavhengighet. Vi arbeider kun for leietakerne og vil alltid ha felles måloppnåelse med dem. Det vil derfor aldri være tvil om vår rolle verken for våre oppdragsgivere eller våre forhandlingsmotparter. Risikoen for en interessekonflikt som vil være til UDIs ulempe er derfor utelukket og vi vil sørge for full fokus på å ivareta UDIs interesser."

- (11) Klager beskrev i punkt 3.7 i sitt tilbud noen generelle punkter i sin internkontroll, sitt forhold til etiske regelverk, og at klager hadde bevilling som meglerforetak med de krav til god forretningsskikk som det innebar. Om habilitetskravet i konkurransegrunnlagets bilag 1 skrev klager:

"Vi registrerer at utlysningen i sin ordlyd kan forstås dithen at enhver befatning med potensielle motparter av UDI vil være diskvalifiserende. Vi har stor respekt for den bærende tanke bak formuleringene, hvilket forutsettes å være et uttrykk for krav om absolutt habilitet og integritet ved utførelsen av oppdrag for UDI. Tatt på ordet vil imidlertid formuleringene diskvalifisere en hver for øvrig kvalifisert rådgiver i markedet. Direkte og/eller indirekte (avhengig av formell selskapsstruktur som "innpakning" av ulike grupper rådgivere under samme tak) vil så vidt vi vet samtlige aktører i markedet ha utfordringer på dette punkt. Vi har, i likhet med alle konkurrenter som betjener verdens ledende virksomheter og myndighetsorganer på global basis, tjenester innenfor næringseiendom for både bruker samt tilbyder av næringseiendom. Akkurat som andre rådgivende miljøer (advokater, konsulenter, etc.) bistår vi kunder som fra tid til annen kan ha motstridende interesser. Kjernen i dette ligger ikke i å operere med absolutte skranker i forhold til en mulig representasjon, men i forhold til absolutte krav til integritet og habilitet ved utførelsen av oppdragene. Dette bunner til sist i å ha rutiner og systemer som er egnet til å fange opp situasjoner til riktig tid og dernest å håndtere utfordringene på riktig måte – alt forankret i grunnleggende verdier og forretningsmessige prinsipper. [...]

Vi kjenner ikke bakgrunnen for formuleringene slik de fremkommer i anbudsgrunnlaget og heller ikke hvorledes de søkes forvaltet ved kvalifiseringen av tilbyderne. Avhengig av hvorledes habilitetskravet forvaltes vil det kunne være sterkt konkurransebegrensende og i ytterste fall kunne bidra til at anbudsreglene bidrar til monopolisering snarere enn konkurranse, hvilket klart nok ikke er regelverkets intensjon. I hvert fall ikke så lenge kundens (UDIs) behov kan ivaretas betryggende uten slike beskrankninger. Vi kjenner ikke til grunner som skulle tilsa at UDI stiller i en særstilling ift. andre offentlige virksomheter eller for den del multinasjonale

virksomheter med særdeles tyngende krav til etterrettelighet tilknyttet sin virksomhet, hvoretter vi vil adressere spørsmålet om forvaltningen av habilitetskravet som et tema som gis særskilt oppmerksomhet av UDI.

For den del at UDI baserer seg på en formell tilnærming til selskapsstruktur (dvs. at rådgivere til brukersiden er ansatt og opererer i en selvstendig juridisk enhet) innestår vi for at vi umiddelbart vil iverksette tiltak og gjennomføre nødvendig restrukturering for å imøtekomme et slikt krav. Før vi gjør dette ønsker vi å få innsikt i UDI's holdning til de spørsmål vi har adressert."

- (12) Innklagede avviste klagers tilbud i brev til klager av 13. februar 2013. Fra brevet hitsettes:

"I deres tilbud fremkommer det at dere blant annet forvalter eiendomsporteføljer for utleiery og representerer eiendomsutviklere ved utleiery av næringseiendom.

Vi viser til vår kravspesifikasjon [...] hvor det er satt krav til tilbyders uavhengighet i forhold til utleiery av nærings- eller annen type eiendom. Dette forholdet kan ikke avvikes i forhold til konkurransens krav til habilitetsspørsmål overfor tilbyder.

Med bakgrunn i ovennevnte, ser vi oss dessverre nødt til å avvise deres tilbud av habilitetshensyn til oppdraget."

- (13) Klager påklaget avvisningen i brev av 4. mars 2013, og i brev av 20. mars 2013 tok ikke innklagede klagen til følge. Innklagede har så langt ikke valgt en leverandør. Klager brakte saken inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. april 2013. Innklagede bekreftet i brev til klagenemnda 12. april 2013 at kontraktsinngåelse ville bli utsatt i påvente av klagenemndas avgjørelse.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av klagers tilbud

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Avvisningen bygger på at klager driver eiendomsforvaltning for utleiery. Det er ikke korrekt. Klager driver derimot porteføljeforvaltning av eiendomsberøringer for store virksomheter. For øvrig er det riktig at klager driver utleiery av eiendom, og leverer tjenester til utleiery. Dette skjer imidlertid gjennom separate avdelinger innenfor klagers virksomhet, slik at inhabilitetsproblemstillingene som innklagede frykter, ikke vil oppstå. Klager har tilbudt seg å reorganisere sin virksomhet i separate selskaper før kontraktsoppstart, for å oppfylle innklagedes habilitetskrav.

Brutt kravet til likebehandling

- (15) Innklagede har brutt kravet til likebehandling, ved at bare klagers tilbud er avvist mens tilbudene fra øvrige leverandører som også bistår utleiery, ikke avvises. Ifølge leverandørenes nettsider arbeider øvrige tilbydere også for utleiery som kan bli potensielle medkontrahenter til innklagede.

Ulovlig kvalifikasjonskrav

- (16) Innklagede brutt regelverket ved at habilitetskravet er ulovlig. Kravet er ikke egnet til å sikre habilitet, siden det bare retter seg mot habilitetskonflikter relatert til utleievirksomhet. Derfor rammes bare noen tilbydere av kravet. Kravet ville ikke vært konkurransevridende dersom det rettet seg mot alle potensielle motpartrelasjoner, slik som rådgivning relatert til utleie, kjøp, salg, generell eiendomsforvaltning med mer. Habilitet må uansett vurderes konkret i de enkelte tilfellene, og det kan ikke oppstilles et habilitetskrav som skal gjelde på helt generelt grunnlag, slik som innklagede har gjort. Et slikt habilitetskrav er aldri tidligere sett i tilsvarende anskaffelseskonkurranser. I markedet er det heller ikke mange tilbydere som utelukkende leverer leietakerrådgivningstjenester, og som oppfyller habilitetskravet, hvilket viser at habilitetskravet favner for vidt.
- (17) Videre er kvalifikasjonskravet om tre års erfaring er ulovlig. Kravet monopoliserer tilbydersiden, i stedet for å skape reell konkurranse. Innklagede bryter loven § 5 (5) bokstav b ved å bruke standarder og spesifikasjoner som virkemiddel for å hindre konkurranse. Det er ingen saklig grunn til å kreve tre referanseprosjekter med minst 12 000 m² areal, da terskelen likegodt kunne vært 5 000 m², 15 000 m² eller 100 000 m². Innklagede har ifølge konkurransegrunnlaget ingen leieforhold som isolert sett overstiger 12 000 m². Kravet står derfor ikke i forhold til den ytelsen som skal leveres, jf. forskriften § 17-4 (2).

Innklagedes anførsler:

Avvisning av klagers tilbud

- (18) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Tilbudet ble avvist på grunn av manglende oppfyllelse av krav som innklagede oppstilte til habilitet, jf. § 11-11 (1) bokstav e. Klager gir i sitt tilbud uttrykk for å ha en enestestående posisjon i forhold til porteføljeforvaltning av leide (og til dels eide) eiendommer for multinasjonale virksomheter, og at klager er eiendomsmegler/rådgiver som i kombinasjon bistår både leietakere og utleiere av næringseiendom. Dette oppfyller ikke innklagedes krav til tilbydernes habilitet. Klagers formulering om at klagers virksomhet restruktureres selskapsrettslig for å unngå interessekonflikter, er vag og fremstår som lite forpliktende, i tillegg til at den inviterer til regelstridige forhandlinger. Uansett redegjør ikke klager for hvordan klager skal ivareta sin rolle som utleiemegler vedrørende innklagedes behov for leietakerbistand.

Brutt kravet til likebehandling

- (19) Innklagede bestrider å ha brutt kravet til likebehandling. De øvrige tilbyderne har på en god måte beskrevet sin situasjon rundt mulige interessekonflikter, flere ved å fremheve at de utelukkende representerer leietakere. Klager har derimot ikke konkret redegjort for hvordan habilitet ivaretas. Heller ikke adresseres klagers forhold til andre aktører på markedet. På grunn av forhandlingsforbudet kan ikke innklagede ta stilling til klagers eventuelle fremtidige tilpasninger eller strukturering av sitt selskap for å imøtekomme kravene som stilles i konkurransen.

Ulovlig kvalifikasjonskrav

- (20) Innklagede bestrider at habilitetskravet er ulovlig. Innklagede er underlagt strenge etiske krav til forvaltningen av midlene som tildeles over statsbudsjettet. Innklagedes habilitetskrav til tilbyderne skal forhindre en uheldig sammenblanding mellom

innklagedes interesser relatert til rådgivning om leie av eiendom, og tilbydernes eventuelle andre kommersielle interesser gjennom øvrige oppdrag. Det skal ikke være rom for interessekonflikter mellom potensielle utleiery av næringseiendom og den tilbyderen som eventuelt tildeles kontrakt med innklagede om leietakerådgivning. Habilitetskravet er nødvendig også ved konkurranse om/søk på leie av næringseiendom. En tilbyder som representerer utleiery, ville måtte utelukkes fra slik konkurranse, sammen med de utleieryne denne representerer, grunnet det allerede etablerte rådgivningsforholdet til innklagede. At innklagede mottok i alt fem tilbud i konkurransen, viser at habilitetskravet ikke har vært konkurransevridende, og at et marked for å leietakerådgivning finnes.

- (21) Det bestrides at kvalifikasjonskravet om tre års erfaring er ulovlig. Kvalifikasjonskravet er benyttet for å utskille tilbydere som er ledende innen leietakerådgivning og som har erfaring med store eiendomsstilpasninger fordelt på flere avtaler. Dette innebærer erfaring som tilsier at tilbyder kan gi råd vedrørende innklagedes samlede areal. Hovedkontoret i Oslo utgjør alene et areal på 23 735 m² fordelt på flere adresser, hvilket viser at innklagedes reelle behov langt overstiger kvalifikasjonskravet. Tilbydere som ikke har erfaring med store eller helhetlige leieobjekter kan vanskelig levere den tjenesten innklagede ønsker.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtale om bistand innen leieavtaler vedrørende næringseiendom, som er en uprioritert tjenesteanskaffelse i kategori 27. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4 estimert til kr. 4 800 000,-. 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.

Avvisning av klagers tilbud

- (23) Klager har anført at det ikke var adgang til å avvise klagers tilbud, siden klager ikke driver eiendomsforvaltning for utleiery, men porteføljeforvaltning av eiendomsberøringer for store virksomheter. Slik klagenemnda forstår klagen, erkjennes det likevel at klager driver utleiery av eiendom og leverer tjenester til utleiery, men at dette skjer gjennom separate avdelinger i klagers virksomhet.
- (24) Av forskriftens § 11-11 (1) bokstav e følger det at et tilbud skal avvises når det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.
- (25) I konkurransegrunnlagets bilag 1 fremgår det at det "*settes strenge krav til at tilbyder er uavhengig i forhold til utleiery av nærings- eller annen eiendom, [tilbyder] skal ikke ha noen interesser på utleierysiden [og] skal være habil i forholdet mellom UDI og utleiery eller personer som og firmaer som representerer eiendomsutviklere*". Basert på den naturlige språkforståelsen, legger klagenemnda til grunn at dette innebærer et krav om at tilbyderne skal være selvstendige fra, og uten interesser i, utleierysiden i eiendomsmarkedet.
- (26) På bakgrunn av formuleringen "*Vi har [...] tjenester innenfor næringseiendom for både bruker samt tilbyder av næringseiendom. Akkurat som andre rådgivende miljøer*"

(advokater, konsulenter, etc.) bistår vi kunder som fra tid til annen kan ha motstridende interesser" i klagers tilbud punkt 3.7, legger klagenemnda videre til grunn at det foreligger et avvik i anskaffelsesregelverkets forstand, fra denne kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget om selvstendighet.

- (27) Spørsmålet for klagenemnda er om dette avviket er "vesentlig", jf. § 11-11 (1) bokstav e. Om dette vilkåret uttalte klagenemnda i sak 2011/350 premiss (37):

"Ordlyden i forskriften tilsier at det kun er kvalifiserte avvik som gir avvisningsplikt. Av klagenemndas praksis fremgår det at det ved denne vurderingen blant annet skal legges vekt på hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen, jf. blant annet klagenemndas saker 2008/58 og 2009/12."

- (28) Det følger av konkurransegrunnlaget at kravet til tilbydernes uavhengighet er et strengt krav, og at tilbyderne skal *"ikke ha noen interesser på utleiersiden"*. Dette tilsier at det ikke skal mye til før vesentlighetskriteriet er oppfylt. Klager har i sitt tilbud redegjort for sine generelle kontrollrutiner og at habilitet vil bli sikret i det enkelte tilfellet, men redegjørelsen er i generelle vendinger. Ved oppstillingen det aktuelle habilitetskravet, synes det som innklagede forsøker å eliminere helt, eller i alle fall betydelig minimere, interessekonflikter og habilitetsproblemer fra avtaleforholdet mellom innklagede og den leverandøren som velges. Klagers tilbud innebærer imidlertid at habilitetsspørsmål ikke kan unngås fullstendig, men at håndteringen av dem er overlatt til klagers egen håndtering. I så måte virker det som om innklagedes mål vedrørende habilitetsspørsmål i liten grad oppnås, hvilket også trekker i retning av vesentlighet.
- (29) De øvrige tilbyderne har vist at de oppfyller kvalifikasjonskravet ved at leietakerrådgivervirksomheten legges i et eget selskap, eller at tilbyderen bare tilbyr sine tjenester til leietakere. Klager synes ikke å gjøre noen av disse delene. Dette kan medføre at klager oppnår noen fordeler som kan forrykke konkurransen sammenlignet med de øvrige tilbyderne. At klager skal kunne se bort konkurransegrunnlagets krav om at tilbyderne ikke skal ha interesser på utleiersiden, er etter klagenemndas vurdering derfor et avvik som i denne saken må anses vesentlig i anskaffelsesregelverkets forstand.
- (30) Innklagede hadde således plikt til å avvise klagers tilbud, og klagers anførsel fører ikke frem.

Kravet til likebehandling

- (31) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å avvise klagers tilbud mens øvrige tilbydere som også bistod utleiery ikke har blitt avvist.
- (32) Det følger av loven § 5 (1) at oppdragsgiver skal sikre likebehandling av leverandørene, jf. også forskriften § 3-1 (4).
- (33) Det fremgikk som nevnt av konkurransegrunnlaget bilag 1 at tilbyderne ikke skulle ha interesser på utleiersiden. De skulle videre beskrive sin habilitet og eventuelle interesser relatert til andre aktører enn leietakere.
- (34) Tilbyderne Moment Eiendom AS, Mallings & Co Leietakerrådgivning AS og DTZ Realkapital Eiendomsmegling AS opplyste uttrykkelig i sine tilbud om at selskapene

ikke drev med utleie av eiendom eller representerte utleiere. Realia AS skrev at de var uten bindinger til gårdeiere, utleiere besittere eller lignende. Klager hadde ingen slike klare uttalelser, men kun en generell beskrivelse av interkontroll, problematisering av innklagedes oppstilte habilitetskrav og en erkjennelse av at klager leverte *"tjenester innenfor næringseiendom for både bruker samt tilbyder av næringseiendom"* – hvilket etter klagers egen formulering i tilbudet kunne innebære kunder med motstridende interesser.

- (35) Slik klagenemnda ser det, var beskrivelsen i de øvrige tilbudene kvalifisert annerledes enn beskrivelsen i klagers tilbud. De øvrige tilbudene ga tydelig uttrykk for at tilbyderne bare bistod leietakere eller ikke hadde interesser overfor utleiere. Klagers tilbud synes imidlertid å opplyse om det motsatte, men at klager etter egne korte utsagn skulle håndtere dette betryggende i hvert enkelt tilfelle. Situasjonene beskrevet i de andre tilbudene var dermed såpass forskjellige fra den i klagers tilbud, at klagenemnda ikke kan se at kravet til likebehandling er brutt ved at de øvrige tilbudene ikke ble avvist samme grunnlag.
- (36) Når det gjelder klagers anførsel om at de øvrige tilbydernes hjemmesider oppgir at de også representerer utleierinteresser, har klagenemnda tidligere har lagt til grunn at innklagede som den klare hovedregel bare må vektlegge informasjon som fremkommer av det konkrete tilbudet i en anbudskonkurranse, jf. sak 2005/50 premiss (33). Hva gjelder klagers inneståelse i sitt tilbud om at klagers virksomhet kunne omstruktureres for å tilfredsstille innklagedes eventuelle krav om strukturmessig skille mellom virksomhet relatert til henholdsvis leietaker og utleier, viser klagenemnda til at kvalifikasjonskravene som hovedregel skal bedømmes ved tilbudsfristens utløp, jf. sak 2011/320 premiss (46) med videre henvisninger. Innklagede pliktet følgelig ikke å vektlegge opplysninger som ikke fulgte av tilbudene, eller klagers tilbudte omstrukturering av egen virksomhet.
- (37) Klagers anførsel kan på denne bakgrunn ikke føre frem.

Ulovlig kvalifikasjonskrav

- (38) Klager har anført at innklagedes kvalifikasjonskrav om at tilbyderne skulle ha et uavhengig forhold til utleiere av næringseiendom, er ulovlig fordi det er for generelt og kun retter seg mot utleie av næringseiendom.
- (39) I forskriften del II reguleres rammene for kvalifikasjonskravene til leverandørene av § 8-4. Oppdragsgiver er i (1) gitt adgang til å *"stille minimumskrav til leverandørene, herunder til leverandørens tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling"*. Videre følger det av § 8-4 (2) at *"kravene skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til den ytelsen som skal leveres"*. I sak 2011/239 skrev klagenemnda i premiss (29):

"Kvalifikasjonskravene må være i samsvar med regelverkets grunnleggende krav om konkurranse, likebehandling, ikke-diskriminering og forholdsmessighet jf. forsyningsforskriften § 3-1. Innklagede har et betydelig innkjøpsfaglig skjønn ved vurderingen av om et kvalifikasjonskrav kan sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene, og om kravet står i forhold til den ytelse som skal leveres. Det avgjørende er om oppdragsgiver har gjort en saklig og forsvarlig vurdering. Se blant annet klagenemndas saker 2007/7, 2006/39 og 2005/92.

Klagenemndas kompetanse til å overprøve oppdragsgivers skjønnsutøvelse er begrenset til tilfeller hvor skjønnets fremstår som usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig, sml. klagenemndas saker 2009/110 (42), 2008/84 premiss (25)."

- (40) Klagenemnda vurderer etter dette om innklagedes valg av kvalifikasjonskrav har skjedd etter en saklig og forsvarlig vurdering.
- (41) Innklagede fremholdt at habilitetskravet skal hindre en uheldig sammenblanding av innklagedes interesser i leietakerrådgivning, og tilbydernes eventuelle andre kommersielle interesser som følge av at de også bistår utleiere av næringseiendom eller andre som kan komme i et leieforhold med innklagede. Videre har innklagede vist til at ved søk etter passende leieobjekter for innklagede, ville en tilbyder som også representerte utleierinteresser, være forhindret i å søke i og tilby disse utleieobjektene, siden tilbyderen allerede var i et kontraktsfestet rådgiverforhold med innklagede. Dette vil kunne begrense konkurransen vedrørende egnede leieobjekter for innklagede.
- (42) Klagenemnda kan etter innklagedes redegjørelse ikke se noen holdepunkter for at innklagede ikke har gjort en saklig eller forsvarlig vurdering ved fastsettelse av kvalifikasjonskravet. Klagenemnda legger derfor til grunn at det i denne anskaffelsen er adgang til å stille habilitetskrav om tilbydernes uavhengighet fra utleierinteresser.
- (43) Klager har også anført at kvalifikasjonskravet om minst tre tilsvarende relevante oppdrag, og dokumentasjonskravet om erfaring fra leieavtaler på mer enn 12 000 m² netto areal, er ulovlig.
- (44) Klagenemnda kan ikke se at klager har konkretisert sin anførsel om at dette kravet monopoliserer tilbydersiden. Selv om noen tilbydere muligens har valgt å ikke delta i konkurransen, er det i alle fall fire øvrige tilbydere som har inngitt tilbud. Videre har innklagede som nevnt en betydelig skjønnsfrihet ved fastsettelsen av kvalifikasjonskravene og dokumentasjonskravene, herunder ved fastsettelsen av terskelen på 12 000 m². Innklagede har forklart at det ønskes tilbydere med erfaring fra leiekontrakter om store arealer, og at innklagedes samlede areal i Oslo alene nesten utgjør det dobbelte av terskelen på 12 000 m². Klagenemnda kan ikke se at innklagedes vurdering ved valget av dette kvalifikasjons- eller dokumentasjonskravet er usaklig eller uforsvarlig.
- (45) Klagers anførsel om ulovlige kvalifikasjonskrav fører således ikke frem.

Konklusjon:

Utlendingsdirektoratet har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 27. mai 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

[Saksordfører]

