



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Dokumentasjons-/kvalifikasjonskrav. De grunnleggende kravene i loven § 5.

Innklagede gjennomførte en prekvalifisering til en konkurranse med forhandling om kjøp av programvare for sak-, arkiv- og dokumenthåndtering med tilhørende tjenester. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved å stille Riksarkivets Noark 5-godkjenning som kvalifikasjonskrav. Klagenemnda fant at innklagede hadde hjemmel i forskriften § 17-9 (1) bokstav b nr. 2 til å oppstille dette kvalifikasjonskravet.

Klagenemndas avgjørelse 29. februar 2016 i sak 2015/129

Klager: Capgemini Norge AS

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Finn Arnesen og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune ved Utviklings- og kompetanseetaten (heretter innklagede) kunngjorde 15. desember 2014 en veiledende kunngjøring med invitasjon til en dialogkonferanse om IT-løsninger for dokumentbehandling, arkivering og journalføring. I et notat som ble publisert samtidig med den veiledende kunngjøringen, skrev innklagede innledningsvis at "[e]t av kommunens overordnede krav til nye slike systemer er at de oppfyller Riksarkivets standard Noark 5".
- (2) Dialogkonferansen ble avholdt 15. januar 2015, med rundt 70 påmeldte fra ca. 30 ulike virksomheter. I etterkant av konferansen ble det avholdt én til én møter med de leverandørene som ønsket det.
- (3) Innklagede kunngjorde deretter, 7. september 2015, en konkurranse med forhandling for kjøp av programvare for sak-, arkiv- og dokumenthåndtering med tilhørende tjenester.
- (4) Innklagede ville ifølge kunngjøringen punkt IV.1.3) benytte en faseoppdelt prosedyre for å redusere antall tilbud som det skulle forhandles om. Frist for forespørsel om å delta i konkurransen ble i punkt IV.3.4) angitt til 7. oktober 2015. Utvelgelse blant overtallige kvalifiserte leverandører skulle ifølge kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 2.4 skje med utgangspunkt i kvalifikasjonskravene.
- (5) Kvalifikasjonskravene ble angitt i kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 3.3.3. Av relevans for saken gjengis følgende:

"Leverandøren skal ha fått Riksarkivets godkjenning av programvare iht. NOARK 5-standard. Minimumskravet er godkjenning iht. NOARK 5 kjerne (midlertidig eller endelig)."

(6) Kravet skulle dokumenteres ved å levere "[d]okumentasjon av NOARK 5-godkjenning. Endelig godkjenning og godkjenning iht. NOARK 5 komplett vil telle positivt".

(7) Blant leverandører som søkte om å delta innenfor fristen, var Capgemini Norge AS (heretter klager). Av klagers tilbud fremgikk det at klager hadde valgt å innlede et samarbeid med IBM. Dette blant annet for å oppfylle kravet om Noark-5-godkjenning:

"For å møte Riksarkivets nasjonalt lovpålagte krav, har Capgemini og IBM inngått et samarbeid for å besørge innfrielse av Noark 5 kravene for indre kjerne innen utløpet av 2015, og ytre kjerne i løpet av første halvår 2016."

(8) Ved brev fra innklagede (udatert) ble klagers søknad avvist med følgende begrunnelse:

"... I Deres forespørsel er det ikke vedlagt dokumentasjon på NOARK 5-godkjenning, og kvalifikasjonskravet kan således ikke anses oppfylt. Oslo kommune må derfor avvise forespørselen om deltakelse, jf. forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 20-12 (1) bokstav a."

(9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 10. november 2015. Nemndsmøte i saken ble avholdt 22. februar 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(10) Innklagede har brutt regelverket ved å benytte et ulovlig kvalifikasjonskrav. Krav om Noark 5-godkjenning faller utenfor den uttømmende oppregningen av dokumentasjon som kan kreves etter forskriften § 17-9. Dette innebærer at kvalifikasjonskravet heller ikke lovlig kan oppstilles etter forskriften § 17-4. Dokumentasjons-/kvalifikasjonskravet er under enhver omstendighet i strid med de grunnleggende kravene til konkurranse og ikke-diskriminering i loven § 5.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(11) Det er ikke riktig at regelverket ikke gir adgang til å oppstille krav om Noark 5-godkjenning. Hjemmelen for dette ligger i forskriften § 17-10 (1). Kravet kan heller ikke anses å være i strid med kravene til konkurranse og likebehandling. Nye arkivsystem må godkjennes av Riksarkivaren. System som bygger på EU-standarden (Moreq) kan ikke uten videre brukes i Norge, fordi denne standarden ikke er tilpasset norsk arkivtradisjon. Leverandørmarkedet har videre hatt god anledning til å forberede seg på anskaffelsen og kontakte Riksarkivet for å få på plass en midlertidig Noark 5-godkjenning.

Klagenemndas vurdering:

(12) Klager har søkt om å delta i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kjøp av programvare for sak-, arkiv- og dokumenthåndtering med tilhørende tjenester, som er en blandet vare- og tjenestekontrakt. Konkurransen er kunngjort som en vareleveranse med CPV-koden 48311100 (Dokumenthåndteringssystem). Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1) estimert til mellom 25 og 100 millioner kroner for første avtaleperiode på fire år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen derfor forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Ulovlig kvalifikasjonskrav – "Riksarkivets godkjenning av programvare iht. NOARK 5-standarden"

- (13) I kvalifikasjonsgrunnlaget ble det som nevnt stilt krav om *"Riksarkivets godkjenning av programvare iht. NOARK 5-standarden"*. Kravet skulle dokumenteres ved å levere *"[d]okumentasjon av NOARK 5-godkjenning ..."*.
- (14) Noark (Norsk arkivstandard) er en norsk standard for opprettelse og forvaltning av arkiver (arkivdanning), som stiller krav til arkivstruktur, metadata og funksjonalitet. Noark ble utarbeidet som en kravspesifikasjon for elektroniske journalsystemer i statsforvaltningen i 1984, av Statens rasjonaliseringsdirektorat i samarbeid med Riksarkivaren, og har etter hvert etablert seg som den gjeldende standarden for arkivdanning i Norge.
- (15) Noark 5 er den siste utgaven av standarden, og ble publisert i 2008. Utgaven bygger på versjon 2 av EU-kommisjonens Model Requirements for the management of electronic records (Moreq), men er tilpasset norsk arkivtradisjon.
- (16) Det følger av arkivforskriften § 2-9 at offentlige organer *"normalt [skal] nytte eit arkivsystem som følgjer krava i Noark-standarden"* for elektronisk journalføring. Nye arkivsystemer skal være godkjent av Riksarkivaren, før de blir tatt i bruk.
- (17) For å få midlertidig Noark 5-godkjenning kreves det at leverandøren fyller ut et egenerklæringsskjema, som bekrefter at den aktuelle arkivløsningen tilfredsstiller kravene i Noark 5. Riksarkivet tester at det er mulig å produsere dokumenter, konvertere dokumentene til godkjent arkivformat, og foreta deponerings- og avleveringsuttrekk fra løsningen. Utover dette gjennomfører Riksarkivet ingen tester av om den aktuelle arkivløsning tilfredsstiller kravene i Noark 5. Dette er det opp til den som kjøper løsningen å gjøre.¹
- (18) Klager anfører at kvalifikasjonskravet er i strid med forskriften § 17-9, jf. § 17-4. Forskriften § 17-9 gir en uttømmende oppregning av hvilken dokumentasjon på leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner oppdragsgiver kan etterspørre. Bestemmelsen setter også grenser for hvilke kvalifikasjonskrav som lovlig kan oppstilles, jf. blant annet EU-domstolens sak C-368/10 (Max Havelaar) i premiss 105. Konkret innebærer dette at kvalifikasjonskravene må kunne dokumenteres gjennom dokumentasjonen som oppregnes i § 17-9, for å være lovlige. Kravet om NOARK 5-godkjenning, faller ifølge klager utenfor den uttømmende oppregningen i forskriften § 17-9, og kan derfor ikke lovlig oppstilles som kvalifikasjonskrav, jf. § 17-4.
- (19) Innklagede har anført at det var adgang til å kreve Noark-godkjenning etter forskriften § 17-10 (Dokumentasjon av registrering, godkjenninger mv.).
- (20) Klagenemnda vil bemerke at det aktuelle kravet først og fremst er et krav til ytelsen. Forskriften § 17-9 (1) bokstav b nr. 2 gir imidlertid adgang til å oppstille krav til varen allerede i kvalifikasjonsfasen. Klagenemnda finner det mest naturlig å vurdere kravet etter denne bestemmelsen.

¹ Godkjenningsprosessen er nærmere beskrevet på arkivverket sine nettsider:
<https://www.arkivverket.no/arkivverket/Offentleg-forvalting/Noark/Noark-5/Godkjenning/Prosessbeskrivelse>.

- (21) Det følger av bestemmelsen at oppdragsgiver, som bevis på leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner, kan be om at leverandørene fremlegger *"sertifikater utstedt av godkjente offisielle institutter eller organer for kvalitetskontroll. Sertifikatene skal attestere at varen, som er klart identifisert ved henvisning til visse kvalifikasjoner eller standarder, er i samsvar med disse"*.
- (22) Bestemmelsen suppleres av de generelle kravene til konkurranse og likebehandling. Det følger av loven § 5 at en anskaffelse *"så langt det er mulig [skal] være basert på konkurranse"*. Av forskriften § 17-4 (3) fremgår det videre at kvalifikasjonskravene *"ikke [skal] diskriminere leverandørene på grunnlag av nasjonal eller lokal tilhørighet"*. Vedrørende adgangen til å be om sertifikater etter artikkel 48 andre avsnitt bokstav j punkt (ii) i direktiv 2004/18/EU, som forskriften § 17-9 (1) bokstav b nr. 2 gjennomfører, er det i den juridiske litteraturen uttalt at oppdragsgiver *"ikke [har] adgang til å kreve, at sertifikatene skal være utstedt av organer i ordregivers medlemsstat"*, jf. Steinicke/Groesmeyer i *EU's Udbudsdirektiver* (2008) på side 1198. I denne retning se også Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2014) på side 1230.
- (23) Arkivverket, ved Riksarkivaren, må anses som et godkjent offisielt institutt for kvalitetskontroll. Noark 5-godkjenning attesterer at programvaren – dvs. arkivsystemet – er i samsvar med Noark 5-standarden.² Utgangspunktet må derfor være at innklagede hadde hjemmel i forskriften § 17-9 (1) bokstav b nr. 2 til å stille det aktuelle dokumentasjons-/kvalifikasjonskravet.
- (24) Klager har innvendt at kravet om Riksarkivarens Noark 5-godkjenning utelukker utenlandske leverandører, og at det ikke var mulig å få godkjenning på plass i tiden fra kunngjøringen av konkurransen til fristen for å søke om prekvalifisering.
- (25) Som en norsk offentlig oppdragsgiver, er innklagede i utgangspunktet pålagt å ha et arkivsystem som følger kravene i Noark-standarden. Noark 5 bygger på versjon 2 av EU-kommisjonens Model Requirements for the management of electronic records (Moreq), men er tilpasset norsk arkivtradisjon. Klager har ikke påpekt hvilke andre organer enn Riksarkivaren som kan godkjenne at et arkivsystem oppfyller kravene i Noark 5. Slik saken er opplyst, fremstår heller ikke dette som et alternativ. Klagenemnda må derfor legge til grunn at det verken på nasjonalt eller internasjonalt nivå er noe annet organ enn Riksarkivaren som kan godkjenne at et arkivsystem tilfredsstiller kravene i Noark 5. Bestemmelsen i forskriften § 17-9 (1) bokstav b nr. 2, kan etter nemndas syn ikke forstås slik at det er utelukket å etterspørre godkjenning fra en nasjonal institusjon for kvalitetskontroll når det, som her, ikke finnes noen andre alternativer. Slik nemnda ser det, er det ikke en slik situasjon det siktes til i den juridiske litteraturen nevnt ovenfor, når det uttales at oppdragsgiver ikke har adgang til å kreve at et sertifikat er utstedt av et organ i oppdragsgivers hjemland.
- (26) Hensikten med å stille kravet om Noark-godkjenning allerede i kvalifikasjonsfasen, var ifølge innklagede at man ikke ville ta risikoen ved å akseptere et tilbud som ikke hadde slik godkjenning. Formålet var altså å *"sikre at leverandørene [var] egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene"*, jf. forskriften § 17-4 (2). Kravet innebar at leverandørenes arkivprogram, allerede på prekvalifiseringstidspunktet, måtte ha nådd det

² En oversikt over midlertidig og endelig godkjente arkivløsninger ligger på <https://www.arkivverket.no/arkivverket/Offentleg-forvalting/Noark/Noark-5/Godkjente-loesninger>

utviklingsstadium som krevdes for å få Riksarkivets godkjenning (midlertidig eller endelig). Kravet til konkurranse i loven § 5 gjelder bare *"så langt det er mulig"*, og må i dette tilfellet anses tilstrekkelig ivaretatt ved at innklagede aksepterte midlertidig Noark-godkjenning. Anskaffelsen ble gjort kjent for markedet allerede ved innklagedes veiledende kunngjøring av 15. desember 2014, med invitasjon til dialogkonferanse. I et notat som ble publisert samtidig med den veiledende kunngjøringen, skrev innklagede innledningsvis at *"[e]t av kommunens overordnede krav til nye slike systemer er at de oppfyller Riksarkivets standard Noark 5"*. Aktuelle leverandører har således hatt god tid på å søke Riksarkivaren om Noark 5-godkjenning. Prosessen for å oppnå midlertidig godkjenning er, slik klagenemnda har forstått det, ikke særlig omfattende. En annen sak er hvor lang tid det tar å utvikle selve arkivløsningen. Denne tidsbruken relaterer seg imidlertid ikke til godkjenningsprosessen.

- (27) På denne bakgrunn finner klagenemnda at innklagede hadde hjemmel i forskriften § 17-9 (1) bokstav b nr. 2 til å stille Noark 5-godkjenning som kvalifikasjonskrav.

Konklusjon:

Oslo kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk