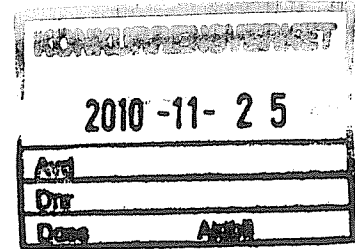




KLAGANDE
Stockholms stad

Ombud: Stadsadvokat Eva Granbohm
Stadsledningskontoret
Juridiska avdelningen
105 35 Stockholm



MOTPART

Ledarskaparna Chefsrekrytering OS AB, 556264-2354
Kvarngränd 8
432 45 Varberg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 26 maj 2010 i mål nr 29348-10,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver förvaltningsrättens
dom.

YRKANDEN M.M.

Stockholms Stad yrkar att kammarrätten med ändring av förvaltningsrättens dom lämnar ansökan om överprövning utan bifall och åberopar därvid de grunder och omständigheter som anförts i förvaltningsrätten samt tillägger bl.a. följande. Rekryteringen av de högsta cheferna genomförs utifrån individuella kravprofiler och anpassade processer med beaktande av uppdragets särskilda karaktär. En individs förmågor och egenskaper har av erfarenhet visat sig ha en avgörande betydelse för fullgörandet av uppgiften som bolags- eller förvaltningschef i Stockholms stad. Under rekryteringsförfarandet används urvalstester som består av psykologiska tester som mäter en persons förmåga, färdigheter och personlighet kombinerat med djupintervjuer. För att kunna genomföra dessa tester och djupintervjuer, analysera och göra återkopplingar av resultat samt psykologiska bedömningar av en kandidats förmåga och lämplighet krävs djupa teoretiska kunskaper i psykologi samt gedigen och relevant yrkeserfarenhet inom området. Därför är det nödvändigt med en av Socialstyrelsen legitimerad psykolog, dvs. en teoretiskt utbildad psykolog som dessutom genomfört ett års praktisk tjänstgöring under kontinuerlig handledning. Stora arbetsgivare inom branscher som till exempel bank och finans samt industri tillämpar psykologiska tester utförda av legitimerade psykologer i syfte att säkra tillförlitligheten i analys och återkoppling av resultat.

Stockholms stad anser att kravet på att anbudsgivare ska kunna tillhandahålla legitimerad psykolog är nödvändigt och att det inte finns något mindre ingripande alternativ för att uppnå syftet. Vidare är inte den negativa effekt som kravet får på leverantörers möjlighet att lämna godkända anbud oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträlvade syftet, eftersom det inte krävs att den legitimerade psykologen måste vara anställd hos bolaget ifråga.

Ledarskaparnas Chefsrekrytering OS AB (nedan bolaget) bestrider ändring av förvaltningsrättens dom med hänvisning till vad som anförts i förvaltningsrätten samt tillägger bl.a. följande. Stockholms stad har inte visat att kravet på legitimerad psykolog är nödvändigt. Såvitt känt finns inga oberoende undersökningar som visar att utfallet av en rekryteringsprocess blir annorlunda eller bättre om de deltagande konsulterna har legitimerad psykologkompetens. Stockholms stad har inte heller företagit någon sådan analys. Flertalet inom rekryteringsbranschen verksamma konsulter med goda vitsord är inte legitimerade psykologer. Den av Sveriges Psykologförbund grundade Stiftelsen för Tillämpad Psykologi har inte detta som kompetenskrav för certifierade testanvändare. Möjligheten att använda sig av underleverantörer är fiktiv och affärs- mässigt orimlig, då tillgången på konsulter som besitter såväl legitimerad psykologkompetens som rekryteringskompetens och som inte samtidigt själva är anbudsgivare i den aktuella upphandlingen, är om inte obefintlig ytterst begränsad. Detta sätt att bedriva upphandling får förödande konsekvenser för konkurrensen och strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

Stockholms stad genmäler bl.a. följande. Det är inte ett krav i förfrågningsunderlaget att psykologen också ska ha rekryteringskompetens, utan bara att psykologen ska ha utfört urvalstester i samband med rekryteringsuppdrag. Vidare har Stockholms stad inte en sådan dominerande ställning på marknaden för rekryteringstjänster att Stockholms stads sätt att bedriva upphandlingen skulle kunna få förödande effekter för konkurrensen på aktuell marknad. Enligt uppgift från Sveriges Psykologförbund finns det 132 privatpraktiserande legitimerade psykologer med inriktning mot arbetslivet och vid förbundets senaste enkätundersökning från 2009 angav 270 svarande, vilka inkluderade offentliganställda psykologer, att de var sysselsatta inom bl.a. rekrytering och urval. Detta visar att en inte oansenlig volym av legitimerade

psykologer lever upp till det av Stockholms stad ställda kravet och detta torde innebära att kravet inte begränsar konkurrensen på ett otillåtet sätt. Upphandlingen bryter inte mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Det står den upphandlande enheten fritt att utforma förfrågningsunderlaget inför en upphandling. Förfrågningsunderlaget måste dock stå i överensstämmelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen.

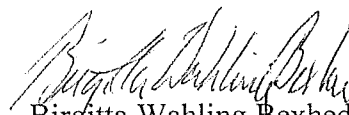
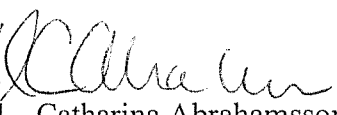

Den aktuella upphandlingen avser ramavtal för urval och rekrytering av chefer till högre befattningar inom Stockholms stad. Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att skall-kravet på tillhandahållande av en legitimerad psykolog är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det av Stockholms stad eftersträvade syftet.


Av vad som framkommit i målet får kravet enligt kammarrättens mening även anses nödvändigt för att säkerställa kvalitén i rekryteringsförfarandet såtillvida att något mindre ingripande alternativ inte kan anses föreligga. Det uppställda kravet får vidare begränsade negativa effekter på leverantörers möjlighet att lämna anbud eftersom förfrågningsunderlaget uttryckligen medger att leverantörer utan denna kompetens införskaffar den via underleverantörer. Kravet kan därför inte anses oproportionerligt eller överdrivet jämfört med det eftersträvade syftet.

Sammanfattningsvis finner kammarrätten, i motsats till förvaltningsrätten, att det ifrågavarande skall-kravet inte strider mot kravet på proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU. Någon annan grund som utgör skäl för

ingripande enligt LOU har inte framkommit i målet. Stockholms stads överklagande ska således bifallas och förvaltningsrättens dom upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

 Birgitta Wahling Bexhed kammarrättsråd ordförande	 Catharina Abrahamsson kammarrättsråd referent	 Marcus Agnvall kammarrättsassessor
--	---	--


Marie Stegard Lind
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-05-26
Meddelad i
Stockholm

Plaga
Mål nr
29348-10
Enhet 14

Sida 1 (8)

SÖKANDE

Ledarskaparna Chefsrekrytering OS AB, 556264-2354
Kvarngränd 8
432 45 Varberg

MOTPART

Stockholms stad
Stadsledningskontoret
Stadshuset
105 35 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Stockholms stads upphandling avseende ramavtal för urval och rekrytering av chefer till högre befattningar (dnr 125-577/2010) ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 29 april 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 22391

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Stockholms stad genomför en förenklad upphandling enligt LOU avseende ramavtal för urval och rekrytering av chefer till högre befattningar (dnr 125-577/2010). Sista dag för att komma in med anbud var den 17 maj 2010.

Ledarskaparna Chefsrekrytering OS AB (Ledarskaparna och bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU av ovan angiven upphandling och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Stockholms stad bestrider bifall till ansökan

Förvaltningsrätten har den 29 april 2010 på yrkande av Ledarskaparna förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

UTVECKLANDE AV TALAN

Ledarskaparna anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

I förfrågningsunderlaget uppställs ett skall-krav att anbudsgivarna ska ha en legitimerad psykolog knuten till sig. Skall-kravet gynnar på ett opropor-tionerligt och konkurrenssnedvridande sätt företag med legitimerade psykolog-resurser.

Ledarskaparna är ett mot kommunala sektorns chefer nischat rekryterings-företag som verkat i mer än tio år. Ledarskaparna har ramavtal med ett stort antal kommuner och regioner samt är auktoriserade av Sveriges branschförening för Human Resource Konsulter (HRK). Eftersom Ledarskaparna saknar legitimerade psykolog-resurser missgynnas bolaget av det aktuella kravet.

Krav i förfrågningsunderlag måste, för att anses vara proportionerliga, vara nödvändiga för att uppnå de eftersträvade syftena med upphandlingen och det får inte finnas något mindre ingripande alternativ. Stockholms stad har inte visat att det nu aktuella skall-kravet är nödvändigt för att nå de eftersträvade syftena med upphandlingen och det är Stockholms stad som har bevisbördan för att något mindre ingripande alternativ inte finns.

Eftersom förfrågningsunderlaget innehåller ett oproportionerligt krav som hindrar bolaget att lämna anbud lider bolaget ekonomisk skada.

Stockholms stad anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

I förfrågningsunderlagets avsnitt 5 "Kravspecifikation", under punkt 5.1 "Förutsättningar och avgränsningar" anges bl.a. följande. "Chefsförsörjningen i stadens verksamheter är en viktig strategisk fråga för Stockholms stad. Förväntningarna på stadens chefer är höga. Ledarskapet har en avgörande betydelse för såväl måluppfyllelse som verksamhetens kvalitet och ekonomi. Ledarskapet ska dessutom inspirera medarbetarna till lärande, utveckling och förändring. Konsulten ska kunna säkerställa att de kandidater som presenteras, utifrån en kvalificerad urvalsprocess, som blivande chefer i staden motsvarar de identifierade behoven av kompetens."

I förfrågningsunderlagets avsnitt 5 "Kravspecifikation", under punkt 5.4 "Uppdragsbeskrivning och omfattning" anges bl.a. följande.

"Konsulten ska kunna utföra en hel eller delar av en rekryteringsprocess till sluturvalsbedömning. Uppdraget avser såväl executive search, urval och rekrytering av stadens högsta chefer samt motsvarande förfarande avseende avdelningschefer med olika typer av uppdrag.

Följande delar **ska** utifrån beställarens önskemål kunna ingå i en rekryteringsprocess.

- (...)
- Genomföra tester i syfte att mäta personliga egenskaper och begåvning hos en individ för att komplettera övriga delar i urvalsprocessen.
- (...)"

I förfrågningsunderlagets avsnitt 4 "Krav på leverantören", under punkt 4.5 "Personal, kompetens, erfarenhet och resurser" anges bl.a. följande.

"Anbudsgivare inklusive eventuella underleverantörer **ska** inneha dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet för att organisera och leverera efterfrågad tjänst. (...)

För genomförande av uppdraget ska Anbudsgivaren kunna tillhandahålla:

- (...)
- Leg. psykolog,
(...)"

I förfrågningsunderlagets avsnitt 4 "Krav på leverantören", under punkt 4.1 "Inledning" anges att "anbudsgivande leverantör har möjlighet att anlita underleverantör för utförande av delar av det specificerade åtagandet". Vidare har anbudsgivare enligt 11 kap. 12 § LOU rätt att åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Det finns således inte något krav på att anbudsgivaren själv ska ha anställd psykolog, utan kravet kan uppfyllas antingen genom att anbudsgivaren anlitar underleverantör eller att anbudsgivaren åberopar annat företags kapacitet. Därigenom gynnar inte Stockholms stads krav på att anbudsgivaren ska kunna tillhandahålla psykolog företag med psykologresurser framför dem som inte har det. Kravet strider därmed inte mot likabehandlingsprincipen.

Tjänsten som upphandlas innebär urval och rekrytering av chefer till högre befattningar. I denna rekrytering ingår bedömning av de sökandes egenskaper i syfte att bedöma om en person är lämplig för tjänsten. Enligt förfrågningsunderlagets ovan angivna punkt 5.4 ingår som en del av rekryteringsprocessen att genomföra tester i syfte att mäta personliga egenskaper och begåvning hos en individ. En bedömning ska göras av kandidatens starka respektive svaga sidor i jämförelse med nödvändiga och önskvärda egenskaper. Kravet på legitimerad psykolog är därför nödvändigt för att de efterfrågade testerna ska kunna göras. Tillgång till psykolog är en kvalitetssäkring både för Stockholms stad, som med stöd av den här typen av tjänster ska trygga den framtida kompetensförsörjningen av de högsta chefsnivåerna, och för de kandidater som genomgår den här typen av test. Kravet strider därför inte mot proportionalitetsprincipen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU stadgas att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlagets avsnitt 4 "Krav på leverantören", under punkt 4.5 "Personal, kompetens, erfarenhet och resurser" anges bl.a. följande.

”Anbudsgivare, inklusive eventuella underleverantörer, **ska** inneha dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet för att organisera och leverera efterfrågad tjänst. Anbudsgivare **ska** kunna erbjuda nedanstående personnalkategorier för att kunna genomföra framtida uppdrag hos stadsledningskontoret. (...)

För genomförande av uppdraget ska Anbudsgivare kunna tillhandahålla:

- (...)
- Leg. psykolog,
(...)

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning i mål som det nu aktuella utgör en kontroll av om det, på grundval av vad parterna har framfört i målet, finns anledning att besluta om åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU.

Ledarskaparna har invänt att kravet för nu aktuell upphandling att anbudsgivare ska kunna tillhandahålla legitimerad psykolog är oproportionerligt och innebär en konkurrenssnedvridning.

Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som upphandlas. Vidare ska, i enlighet med principen, vid valet mellan alternativa krav väljas det som är minst ingripande eller belastande.

Vid en prövning av om proportionalitetsprincipen eftersatts kan en strukturerad avvägning mellan motstående intressen genomföras enligt följande. För det första bedöms om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att

uppnå det eftersträvade syftet. För det andra bedöms om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje bedöms om den negativa effekten som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att en ifrågasatt åtgärd är i enlighet med proportionalitetsprincipen. I vissa fall, t.ex. vid bedömningen av politiska myndighetsbeslut, kan en mindre strikt proportionalitetsbedömning tillämpas och bevisbördan åläggas sökanden. (Se bl.a. Kamrarrättens i Stockholm domar den 13 januari 2009 i mål nr 8457-08 och den 30 december 2008 i mål nr 4238-08.)

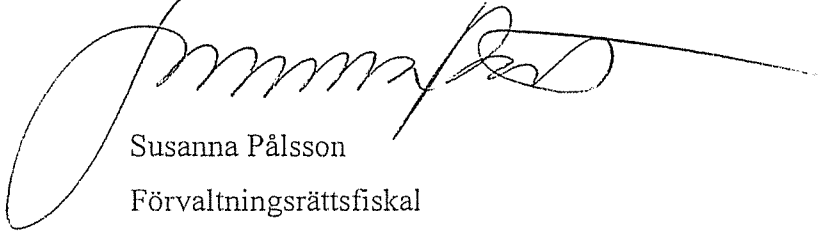
I målet aktuell upphandling avser inte en sådan situation där det finns skäl att tillämpa en mindre strikt proportionalitetsbedömning än den ovan angivna eller att ålägga Ledarskaparna bevisbördan för att i målet aktuellt krav är oproportionerligt.

Stockholms stad har anfört att det i den tjänst som upphandlingen avser ingår att bedöma sökandes egenskaper i relation till en viss befattning samt pekat på att det i tjänsten enligt förfrågningsunderlaget ingår att genomföra tester för att mäta personliga egenskaper och begåvning hos en individ. Ett skall-krav på tillhandahållande av legitimerad psykolog är med hänvisning till vad Stockholms stad anfört en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Vad Stockholms stad har anfört visar dock inte att kravet är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet, dvs. att det inte finns något mindre ingripande alternativ, eller att den negativa effekt som kravet får på leverantörers möjlighet att lämna godkända anbud i nu aktuell upphandling inte är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det i målet aktuella skall-kravet är mot denna bakgrund inte förenligt med proportionalitetsprincipen och strider därmed mot LOU. Att den efterfrågade kompetensen skulle kunna införskaffas via underleve-

rantörer föranleder ingen annan bedömning. Utifrån vad som anförts i målet har ett uppställande av nu aktuellt skall-krav i strid mot LOU medfört att Ledarskaparna lidit eller kan komma att lida skada. Det föreligger således grund för ingripande enligt LOU.

Ett oproportionerligt krav har definitionsmässigt påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande fas, varför rättelse inte är en tillräcklig åtgärd. Ansökan ska därmed bifallas på sådant sätt att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1 A)



Susanna Pålsson
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Mathias L. Jansson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.