

Fylkesmannens behandling av en klagesak om retten til brukerstyrt personlig assistanse (BPA)

19.3.2020 (2019/1333)

Saken gjelder Fylkesmannens behandling av en klagesak om opphør av brukerstyrt personlig assistanse (BPA).

Spørsmålet i ombudsmannssaken er om Fylkesmannen i klagesaken foretok en vurdering av om pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d ga klager rett til å få tjenestene fra kommunen organisert som BPA.

Ut fra ordlyden i vedtaket har Fylkesmannen utelukkende vurdert om kommunens hjelpetilbud oppfylte brukerens rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a annet ledd, og om avgjørelsen om å avslutte BPA-ordningen var åpenbart urimelig. Fylkesmannen kan derfor ikke anses å ha foretatt en vurdering av om klager hadde rett til BPA i medhold av pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d, slik de var forpliktet til.

Ombudsmannen ber Fylkesmannen behandle saken på nytt, med mindre den har mistet sin aktualitet.

Fylkesmannen bes om å orientere ombudsmannen om saken vil bli behandlet på nytt innen 8 uker. Dersom ny

behandling foretas, bes Fylkesmannen orientere ombudsmannen om resultatet av den fornyede behandlingen ved oversendelse av kopi av underretningen til klageren.

Fylkesmannen bes uansett om å merke seg ombudsmannens syn, og unngå lignende feil ved behandlingen av fremtidige saker.

Sakens bakgrunn

A (klager) er en mann på 43 år. Han har en alvorlig hjerneskade og epilepsi, og har behov for bistand og tilsyn hele døgnet. I 2012 fattet X kommune (kommunen) vedtak om å tilby klager brukerstyrt personlig assistanse (BPA). Klager bodde sammen med sin mor, som fikk rollen som arbeidsleder. Klagers søster var assistent, og var også oppnevnt som verge.

I 2018 fattet kommunen vedtak om at klagers assistanse ikke lenger skulle organiseres som BPA. I vedtaket viste kommunen til pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a og helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6 som rettslig grunnlag for sin avgjørelse. Av et saksfremlegg utarbeidet i forbindelse med vedtaket fremgikk det at evaluering av BPA-ordningen ble foretatt med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-1 og 3-8. I kommunens forhåndsvarsel forut for vedtaket fremgikk det at kommunens begrunnelse for vedtaket blant annet var at mor og søster ønsket en BPA-ordning som var mer fleksibel enn det som var mulig. Vedtaket ble påklaget av klagers advokat, som gjorde gjeldende at kommunen burde ha vurdert alternative former for organisering av BPA-ordningen fremfor å avvikle den.

Den 8. februar 2019 stadfestet Fylkesmannen i X (Fylkesmannen) kommunens vedtak. I Fylkesmannens begrunnelse fremgikk blant annet følgende:

«Kommunen har vurdert at det foreligger rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a, men at [klager] ikke har rett til å få tjenestene organisert som BPA. Ordningen har

vært forsøkt, men har i følge kommunen ikke fungert etter hensikten. Kommunen har i stedet tilbudt følgende tjenester for å dekke hjelpebehovet:

[...]

Vurderingstemaet for Fylkesmannen er om disse tjenestene dekker [klagers] hjelpebehov på en forsvarlig måte, og om kommunens valg av andre tjenester fremfor BPA er åpenbart urimelig.

[...]

Fylkesmannen vurderer saken slik at [kommunen] har dekket sin hjelpeplikt ved de tjenester som er tilbudt og beskrevet ovenfor. Vedtaket anses derfor ikke i strid med lov om pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a, og Fylkesmannen finner ikke grunnlag for å overprøve kommunens skjønn i denne saken.»

Klagers advokat klaget saken inn til Sivilombudsmannen. Han gjorde blant annet gjeldende at de praktiske utfordringene som forelå rundt BPA-ordningen ikke var tilstrekkelig til å tilsidesette klagers rett til BPA etter bestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d.

Våre undersøkelser

Etter en gjennomgang av saksdokumentene fant ombudsmannen grunn til å foreta nærmere undersøkelser av om Fylkesmannen hadde vurdert om klager hadde en lovfestet rett til BPA etter bestemmelsen om BPA i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d.

I brev til Fylkesmannen spurte vi om Fylkesmannen la til grunn at kommunen hadde vurdert klagers rett til BPA etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d. Videre spurte vi om Fylkesmannen selv hadde vurdert klagers rettigheter etter bestemmelsen. Til dette svarte Fylkesmannen at de la til grunn som uomtvistet at klager fylte vilkårene for rett til BPA, men at det var andre forhold som gjorde at «hans rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester likevel ikke innebar rett til å få tjenestene videreført som BPA». Fylkesmannen pekte på at kommunen har plikt til å sørge for forsvarlige tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1, og at kommunen hadde vurdert at det ikke var mulig å sikre en BPA-ordning som var forsvarlig.

Vi spurte også om Fylkesmannen mente at vurderingstemaet i saken var om kommunens valg av andre tjenester fremfor BPA var åpenbart urimelig. Dette avviste Fylkesmannen, som anførte at dette vurderingstemaet knyttet seg til vurderingen av de tjenestene som ble tilbudt i stedet for BPA. Fylkesmannen opplyste at de vurderte om disse tjenestene

oppfylte hjelpebehovet på en forsvarlig måte, og om kommunens valg av hvilke tjenester som ble tilbudt var åpenbart urimelig.

På spørsmål om Fylkesmannen mente at vedtaket var korrekt og tilstrekkelig begrunnet, svarte Fylkesmannen blant annet at vedtaket kunne vært tydeligere når det gjaldt overprøving av «arbeidsleders evne til å ivareta sin rolle på en forsvarlig måte».

Klagers advokat har kommet med merknader til Fylkesmannens svar. Fylkesmannen kommenterte merknadene, og opplyste samtidig at det var oversendt en ny klagesak til dem. Saken gjaldt kommunens beslutning om å tilby klager opphold på et rehabiliteringssenter. Sivilombudsmannen mottok deretter ytterligere merknader fra klagers advokat, og også fra klagers søster.

Ombudsmannens syn på saken

Personer under 67 år med langvarig og stort behov for personlig assistanse har en lovbestemt rett til å få assistansen organisert som BPA, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d.

Antakelig forutsetter retten til BPA også at forholdene knyttet til brukeren eller arbeidsledelsen gjør det mulig å gjennomføre de aktuelle tjenestene på en forsvarlig og verdig måte gjennom en slik organisering, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 og pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a. I Helse- og omsorgsdepartementets rundskriv I-2015-9 punkt 3.1 er dette beskrevet på følgende måte:

«Dersom det i en sak ikke vurderes som mulig å sikre forsvarlig tjenesteyting og forsvarlige arbeidsforhold innenfor en BPA-ordning, vil tjenestetilbudet ikke kunne organiseres som BPA, selv om bruker fyller vilkårene etter rettighetsbestemmelsen.»

I en klagesak om rett til BPA har Fylkesmannen myndighet og plikt til å prøve om vilkårene for rett til BPA er oppfylt. Spørsmålet er om Fylkesmannen foretok en slik vurdering i denne saken. Dette må i utgangspunktet vurderes ut fra ordlyden i det aktuelle vedtaket.

I vedtakets redegjørelse for sakens rettslige grunnlag gjenga Fylkesmannen bestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d. Under redegjørelsen for Fylkesmannens vurdering av saken fremgår det imidlertid ikke at Fylkesmannen foretok noen vurdering av klagers rettigheter etter denne bestemmelsen. At det opplyses at kommunen har vurdert at klager ikke har rett til å få tjenestene organisert som BPA, og at ordningen ifølge kommunen ikke har fungert etter hensikten, kan ikke tolkes som noen

vurdering fra Fylkesmannens side. Uansett nevnte heller ikke kommunen rettighetsbestemmelsen i § 2-1 d i forhåndsvarselet eller i vedtaket i saken.

Videre tilsier ordlyden i vedtaket at Fylkesmannen la til grunn at vurderingen av om klager skulle tilbys BPA var underlagt kommunens frie skjønn. I vedtaket står det at Fylkesmannens vurderingstema blant annet var «om kommunens valg av andre tjenester fremfor BPA var åpenbart urimelig». «Åpenbart urimelig» er vurderingstemaet i saker hvor Fylkesmannen skal legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn, jf. pasient og brukerrettighetsloven § 7-7 første ledd tredje punktum. Fylkesmannen har imidlertid full kompetanse ved prøving av lovbestemte rettigheter, som retten til BPA. Vurderingen av slike rettigheter innebærer ikke noe fritt skjønn.

I sitt svar på ombudsmannens undersøkelse skrev Fylkesmannen at den la til grunn som uomtvistet at klager fylte vilkårene for rett til brukerstyrt personlig assistanse, men at de ut fra kommunens oversendelse fant det godtgjort at BPA-organisering ikke var mulig innenfor kravet til forsvarlige tjenester. Den forsvarlighetsvurderingen det redegjøres for i vedtaket knytter seg imidlertid til tilbudene kommunen gav i stedet for BPA, og ikke til vurderingen av om BPA skulle tilbys.

Slik vedtaket er utformet fremstår det som om Fylkesmannen utelukkende har vurdert om kommunens hjelpetilbud oppfylte brukerens rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a annet ledd, og om avgjørelsen om å avslutte BPA-ordningen var åpenbart urimelig. At Fylkesmannen i ettertid opplyser noe annet kan ikke tillegges vesentlig vekt når begrunnelsen klart tilsier noe annet.

På bakgrunn av dette mener ombudsmannen at Fylkesmannen ikke oppfylte sin plikt til å foreta en vurdering av om klager hadde rett til BPA i medhold av pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d. Etter ombudsmannens vurdering kan feilen ha påvirket innholdet i vedtaket, som må anses ugyldig

Konklusjon

Ut fra ordlyden i vedtaket har Fylkesmannen utelukkende vurdert om kommunens hjelpetilbud oppfylte brukerens rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a annet ledd, og om avgjørelsen om å avslutte BPA-ordningen var åpenbart urimelig. Fylkesmannen kan derfor ikke anses å ha foretatt en vurdering av om klager hadde rett til BPA i medhold av pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d, slik de var forpliktet til.

Ombudsmannen ber Fylkesmannen behandle saken på nytt, med mindre den har mistet sin aktualitet. Fylkesmannen bes om å orientere ombudsmannen om saken vil bli behandlet på nytt innen 8 uker. Dersom ny behandling foretas, bes Fylkesmannen orientere ombudsmannen om resultatet av den fornyede behandlingen ved oversendelse av kopi av underretningen til klageren.

Fylkesmannen bes uansett om å merke seg ombudsmannens syn, og unngå lignende feil ved behandlingen av fremtidige saker.

19.3.2020 (2019/1333)