

Klageinstansens kompetanse ved tildeling av avtalehjemmel for fysioterapeut

11.10.2022 (2022/1135)

Saken gjaldt klagenemnda i X kommunes vedtak om tildeling av avtalehjemmel for fysioterapeut. Klagerens advokat gjorde gjeldende at driftsavtalen ikke var tildelt den best kvalifiserte søkeren, at begrunnelsen var mangelfull og at det forelå brudd på habilitetsregelen i kommuneloven § 13-3 annet ledd.

Ombudet er kommet til klagenemnda hadde en plikt til å foreta en selvstendig vurdering av hvilken søker som var best kvalifisert til driftsavtalen når klageren hadde reist innvendinger mot underinstansens vurderinger i klagen. Det fremgikk ikke av klagenemndas begrunnelse at nemnda hadde foretatt en slik vurdering.

Ombudet mente imidlertid at det ikke forelå brudd på habilitetsregelen i kommuneloven § 13-3 annet ledd.

Sakens bakgrunn

A (heretter klageren) søkte om tildeling av avtalehjemmel for fysioterapeut i X kommune. Driftsavtalen ble tildelt B. Klageren påklagde vedtaket, som deretter ble opprettholdt av kommunens klagenemnd.

Advokat Jan Birger Løken klaget 24. januar 2022 på vegne av klageren til Sivilombudet på klagenemndas vedtak. I klagen ble det blant annet gjort gjeldende at driftstilskuddet ikke var tildelt den best kvalifiserte søkeren, at begrunnelsen var mangelfull og at det forelå brudd på habilitetsregelen i kommuneloven § 13-3 annet ledd.

Våre undersøkelser

Vi ba om å få oversendt sakens dokumenter og fant etter gjennomgang av dokumentene grunn til å undersøke saken nærmere. I brev herfra 7. april 2022 ble kommunen bedt om å redegjøre for om klagenemnda hadde vurdert de synspunkter klageren hadde kommet med og foretatt en selvstendig vurdering av hvem som var best kvalifisert til å få tildelt driftsavtalen. Vi ba også kommunen informere om hvordan saken ble forberedt og behandlet i klagenemnda og hvilke saksbehandlere som var involvert i behandlingen.

Kommunen redegjorde i svaret 1. juli 2022 for tildelingsprosessen og hvilke saksbehandlere som var involvert i behandlingen i kommunens klagenemnd. Kommunen gjorde gjeldende at klagenemnda hadde behandlet saken i henhold til forvaltningsloven § 34 og at det ble foretatt en selvstendig helhetsvurdering med bakgrunn i sakens dokumenter. Ifølge kommunen var saken behandlet i tråd med gjeldende regelverk, og det forelå ikke brudd på habilitetsregelen i kommuneloven 13-3 annet ledd.

Sivilombudets syn på saken

Om det foreligger brudd på kommunelovens habilitetsregler

I klagen hit er det gjort gjeldende at en saksbehandler i underinstansen var inhabil fordi hun i realiteten forberedte saken for klageorganet.

Kommuneloven § 13-3 inneholder egne habilitetsregler for kommuneansatte. I bestemmelsens annet ledd står det:

«Når en klage skal behandles etter forvaltningsloven § 28 andre ledd, er en ansatt som har vært med på å forberede eller treffe vedtaket, inhabil til å delta i klageinstansens behandling av vedtaket, eller i forberedelsen av saken for klageinstansen.»

Når et enkeltvedtak fattes av en kommune, vil kommunen i mange tilfeller behandle saken både som førsteinstans og som klageinstans. Habilitetsbestemmelsen skal sikre en reell to-instansbehandling av klagen ved at en kommuneansatt som har vært med på å treffe et vedtak, er inhabil til å delta i behandlingen av saken for klageinstansen.

I forarbeidene til kommuneloven, prop.46 L (2017–2018) s. 164, står det:

«Den ansatte kan etter loven behandle klagen som underinstans, jf. forvaltningsloven § 33 andre ledd, og dermed forberede og avgjøre saken når underinstansen skal ta stilling til om vedtaket skal oppheves, endres eller opprettholdes og videresendes til klageinstansen. Det er først når saken er videresendt til klageinstansen internt i kommunen etter forvaltningsloven § 33 fjerde ledd, som for eksempel klagenemnda eller formannskapet, at den aktuelle ansatte blir inhabil.»

Kommuneloven § 13-3 annet ledd står altså ikke i veien for at kommunen følger den alminnelige saksgangen i klagesaksbehandlingen som forvaltningslovens bestemmelser legger opp til. Når underinstansen har mottatt en klage over et enkeltvedtak, skal den foreta de undersøkelser som klagen gir grunn til, og den kan oppheve eller endre vedtaket, jf. forvaltningsloven § 33 annet

ledd. Dersom underinstansen ikke finner grunn til å endre avgjørelsen, skal saken oversendes til klageinstansen, jf. forvaltningsloven § 33 fjerde ledd. Underinstansen kan også avgi en uttalelse i saken før den sendes til klageinstansen. Først når saken er oversendt til klageinstansen, kan de som har vært med på behandlingen av saken i underinstansen, ikke lenger delta.

Vedtaket om tildeling av driftsavtalen ble truffet av avdelingsleder for ergo- og fysioterapitjenesten. Etter klage fra klageren vurderte avdelingslederen saken på nytt, og skrev i brev 1. juni 2021 til klageren en utvidet begrunnelse for vedtaket. Dagen etter ble saken oversendt til klagenemnda. Det fremgår ikke av saksdokumentene at avdelingslederen var involvert i saken etter at saken ble oversendt til klagenemnda 2. juni 2021.

Ut fra sakens dokumenter fremstår det for ombudet som at avdelingslederen i kommunen har behandlet klagen utelukkende som underinstans. Vi kan ikke se at avdelingslederen, eller andre som behandlet saken i underinstansen, har vært involvert i klagenemndas behandling etter saken ble oversendt 2. juni 2021. Det synes for ombudet som at det har vært et tydelig skille mellom behandlingen av saken i underinstansen og klagenemnda.

På denne bakgrunn mener ombudet det ikke foreligger brudd på habilitetsreglene i kommuneloven § 13-3 annet ledd ved behandlingen av saken her.

Klagenemndas plikt til å overprøve underinstansens skjønn

Vedtaket om tildeling av avtalehjemmel for fysioterapeut innebærer at kommunen beslutter hvilken søker som skal få tilbud om driftsavtale. Etter at vedtaket er truffet, skal kommunen fremsette tilbud om driftsavtale med fysioterapeuten som er tildelt avtalehjemmelen. Ved tildelingen skal det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet legges til grunn, se forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven, Prop.91 L (2010–2011) s. 164 og 165. Kvalifikasjonsprinsippet er også inntatt i pkt. 6.2 i rammeavtalen mellom KS og Norsk Fysioterapeutforbund (NFF), Norsk Manuellterapeutforening (NMF) og Privatpraktiserende Fysioterapeuters Forbund (PFF) om drift av selvstendig næringsdrivendes fysioterapivirksomhet (ASA 4313), som kommunen er tilsluttet.

Kvalifikasjonsprinsippet går ut på at den best kvalifiserte søkeren skal tildeles driftsavtalen. Utgangspunktet for vurderingen er kravene som er angitt i utlysningsteksten. Andre sentrale momenter er gjerne utdanning, praksis og personlig egnethet. Hvilken kandidat som er best kvalifisert blant de formelt kvalifiserte søkerne, beror til en viss grad på vedtaksmyndighetens egne skjønn.

X kommunes vedtak om tildeling av avtalehjemmel ble påklaget av klageren begrunnet i at han mente han var bedre kvalifisert til driftstilskuddet enn hun som fikk tildelt avtalen. Vedtaket ble opprettholdt av kommunens klagenemnd i vedtak 26. juni 2021. I klagen hit ble det gjort gjeldende at driftsavtalen ikke var tildelt den best kvalifiserte og at begrunnelsen fra klagenemnda var mangelfull. Undersøkelsene herfra har vært begrenset til klagenemndas kompetanse i saken og begrunnelse for vedtaket.

Forvaltningsloven § 34 gjelder klageinstansens kompetanse. Bestemmelsens annet ledd, første og annet punktum lyder:

«Tas klagen under behandling, kan klageinstansen prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter. Den skal vurdere de synspunkter som klageren kommer med, og kan også ta opp forhold som ikke er berørt av ham.»

At klagenemnda kan prøve «alle sider av saken», innebærer at nemnda kan prøve kommunens skjønn, også når kommunen har en viss frihet til selv å bestemme avgjørelsens innhold. Videre «skal» nemnda vurdere de synspunkter klageren kommer med. Når klageren har gitt uttrykk for å være uenig i kommunens skjønnsmessige vurderinger, er klagenemnda altså pliktig til å prøve kommunens skjønn, se Graver, Alminnelig forvaltningsrett (5. utgave, 2019), s. 508 og 509 og Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer (5. utgave, 2011), s. 552 flg.

I klagenemndas vedtak står det blant annet:

«Ved vurderingen av hvem som er «best faglig skikket» vil det ofte være ulike oppfatninger om vektlegging av bl.a. formalkompetanse, ansiennitet/erfaring og personlig egnethet, og klagenemnda har tillit til at tildelingsmyndigheten har gjort en grundig vurdering basert på de behov og ønsker kommunen har, og som kommer til uttrykk i utlysningen.

Tildelingsmyndigheten er juridisk bundet av utlysningstekstens ordlyd og kan ikke vektlegge andre forhold ut over de som er nevnt i utlysningen, og at det ut fra sakens dokumenter er vanskelig å se at kvalifikasjonsprinsippet er satt til side. Klagenemnda opprettholder derfor underinstansens tildelingsvedtak.»

Klagenemnda begrunner altså vedtaket med at den har «tillit» til at tildelingsmyndigheten har gjort en grundig vurdering og at det er «vanskelig å se at kvalifikasjonsprinsippet er satt til side». Slik klagenemnda har formulert begrunnelsen for tildelingen av avtalehjemmelen, fremstår det for ombudet som at nemnda har begrenset overprøvingen av kommunens vedtak til en kontroll av de ytre rammene for kommunens skjønn. Det fremgår ikke av begrunnelsen at nemnda har foretatt en selvstendig vurdering av hvilken søker som var best kvalifisert til å få tildelt driftsavtalen.

I kommunens svar på ombudets undersøkelse informeres det om at klagenemnda «foretok en selvstendig helhetsvurdering av saken med bakgrunn i sakens dokumenter». Dersom denne selvstendige helhetsvurderingen også innebar en vurdering av hvilken søker som var best kvalifisert til stillingen, skulle dette fremgått av begrunnelsen.

Ombudet mener på denne bakgrunn at det foreligger en feil ved klagenemndas avgjørelse, enten ved at nemnda ikke har foretatt en selvstendig vurdering av hvilken søker som var best kvalifisert, eller ved at begrunnelsen ikke beskriver den vurderingen som faktisk ble foretatt.

For helhetens skyld vil ombudet presisere at når klagenemnda skal foreta en selvstendig vurdering av hvilken søker som er best kvalifisert til et driftstilskudd, vil det i alminneligheten være tilstrekkelig at nemnda vurderer søkerens kvalifikasjoner basert på opplysningene i sakens dokumenter, forutsatt at klagenemnda anser saken som tilstrekkelig utredet i underinstansen. At klagenemnda skal foreta en selvstendig vurdering, står heller ikke veien for at det legges vekt på vurderinger fra underinstansen om faktiske forhold, for eksempel beskrivelsen av en søkers prestasjon i et intervju, selv om slike vurderinger i stor grad kan være subjektive.

Ombudet bemerker at kommunens saksbehandlingstid i saken for ombudet har vært lite tilfredsstillende. Saksdokumenter ble oversendt først fem uker etter normal frist på to uker. Svar på undersøkelsen ble først gitt etter 12 uker mens opprinnelig frist var fire uker.

Konklusjon

Ombudet er kommet til at klagenemndas vedtak om tildeling av avtalehjemmel for fysioterapeut lider av feil, ved at det ikke fremgår av begrunnelsen at det er foretatt en selvstendig vurdering av hvilken søker som er best kvalifisert når klageren hadde reist innvendinger mot underinstansens vurderinger i klagen. Ombudet ber om at uttalelsen gjøres kjent for medlemmene i klagenemnda og nemnda om å merke seg ombudets påpekninger for fremtidige saker.

Ombudet har på den andre siden ikke funnet grunn til å tro at det foreligger brudd på habilitetsregelen i kommuneloven § 13-3 annet ledd.

Den som fikk tildelt driftsavtalen, er ikke part i saken. Denne uttalelsen har ingen virkning for hennes rettsforhold.

11.10.2022 (2022/1135)