

Tildeling av driftstilskudd til fysioterapeut

18.8.2017 (2016/3463)

Saken gjelder X kommunes tildeling av 50 % driftstilskudd tilknyttet en eksisterende privat fysioterapeut gruppepraksis. Søkeren som ble innstilt som nummer tre til driftstilskuddet, klaget på tildelingsvedtaket. Behandlingen i kommunens klagenemnd førte til at klageren ble tildelt driftstilskuddet. Hun som opprinnelig var innstilt som nummer én, og tildelt driftstilskuddet før klageomgangen, klaget så til ombudsmannen over klagenemndas saksbehandling, kvalifikasjonsvurdering og vektlegging av gjenværende fysioterapeuters uttalelse.

Ombudsmannen kom til at klagenemnda ikke hadde forstått kravene som det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet stiller til tildelingsprosessen, og særlig til utøvelsen av skjønnnet når flere kvalifiserte søkere skal vurderes mot hverandre. Det var også feil av klagenemnda å tillegge de gjenværende fysioterapeutenes uttalelse stor vekt, uten å foreta noen nærmere vurdering av om uttalelsen fremsto som objektiv og saklig.

Sakens bakgrunn

X kommune utlyste i september 2015 et 50 % driftstilskudd til fysioterapeut ved instituttet Y. Det var 23 søkere til driftstilskuddet, fem av dem ble innkalt til intervju. I kommunens vedtak 14. april 2016 ble A og B innstilt som henholdsvis nummer én og tre. B klaget på vedtaket 8. mai 2016. I sin innstilling til klagenemnda foreslo rådmannen ikke å ta klagen til følge. Klagenemnda i kommunen fulgte ikke rådmannens innstilling, og vedtok 30. juni 2016 å endre prioritetsrekkefølgen slik at B ble innstilt som nummer én og A som nummer to.

Klagenemnda begrunnet sitt vedtak slik:

«Vi har en annen vurdering enn kommunen av vektingen av kriteriene for tilsetning. Kvalifikasjonsprinsippet innebærer at den best kvalifiserte søker blir tilsatt i stillingen. Vurderingen etter kvalifikasjonsprinsippet er en skjønnsmessig vurdering av både formell (utdanning, yrkeserfaring) og uformell kompetanse (personlige egenskaper).

Ut fra foreliggende saksdokumenter har både søker som er innstilt som nr. 1 og klager (nr. 3) den formelle kompetansen som kreves, i tillegg har de gjenværende fysioterapeuter ved Y vurdert at klager skal innstilles som nr. 1.

Etter ASA 4313 punkt 6.2 skal det legges *stor* vekt på vurderingen fra de gjenværende fysioterapeuter.

Vi velger å vektlegge personlig egnethet og retningslinjene i ASA 4314 punkt 6.2 i større grad enn det kommunen har gjort i denne saken. Vi mener det er i tråd med kvalifikasjonsprinsippet og utlysningsteksten.»

A mente nemndas vurdering av hvem av de innstilte som var best faglig skikket var feil, og klaget til ombudsmannen over nemndas vedtak. Etter hennes syn hadde ikke nemnda foretatt noen sammenlignende kvalifikasjonsvurdering av de tre innstilte til driftstilskuddet. Uttalelsen fra de gjenværende fysioterapeutene ved instituttet var også blitt tillagt større vekt enn det var adgang til. Hun var heller ikke gitt anledning til å uttale seg før nemndas klagebehandling.

Undersøkelsene herfra

Etter en gjennomgang av As klage og de innsendte saksdokumentene, fant ombudsmannen grunn til å ta saken opp med kommunens klagenemnd. Klagenemnda ble bedt om å foreta en sammenlignende kvalifikasjonsvurdering av de to kandidatene A og B, opp mot kravene i utlysningsteksten. Det ble også spurt om hvorfor klagenemnda vektet uttalelsen fra instituttet så tungt som det ble gjort i klagevedtaket.

I svar 22. mars 2017 skrev klagenemnda at det ved klagebehandlingen ble foretatt en helhetsvurdering av klageren, B, og A som var innstilt som nummer én. I den vurderingen ble det lagt til grunn at begge kandidatene hadde relevant arbeidserfaring, men at B var den kandidaten som var best personlig egnet. Dette var basert på innstillingen fra de gjenværende fysioterapeuter ved instituttet. Nemnda hadde ved klagebehandlingen ikke foretatt noen ytterligere sammenlignende kvalifikasjonsvurdering enn det som fremgikk av begrunnelsen for vedtaket 30. juni 2016. Omgjøringen av det opprinnelige vedtaket skyldtes at nemnda – basert på sin tolkning av kvalifikasjonsprinsippet og bestemmelsen i ASA 4313 punkt 6.2 om at gjenværende fysioterapeuters innstilling skal tillegges stor vekt – tilla momentet om personlig egnethet høyere vekt enn førsteinstansen.

Nemndas svar inneholdt en skjematisk oppstilling av Bs og As kvalifikasjoner ut fra kravene i utlysningsteksten. I oppstillingen var det krysset av for at begge kandidatene oppfylte alle de faglige kvalifikasjonskravene. I rubrikken for «personlig egnethet» var det bare krysset av for B, ikke for A.

Vektingen av instituttets uttalelse var basert på rammeavtalen mellom Kommunenes Sentralforbund (KS) og Norsk Fysioterapeutforbund om drift av selvstendig næringsdrivendes fysioterapivirksomhet (ASA 4313) punkt. 6.2. Innstillingen fra instituttet var basert på saklige kriterier som faglig kompetanse, erfaring, samarbeidsevner og evne til å drive privat praksis. Instituttet hadde riktignok overfor kommunen gitt uttrykk for et ønske om en person som kunne arbeide utover de 50 % som var utlyst, men dette var av kommunen avvist som et ikke-saklig argument.

Nemnda beklaget at A ikke var gitt anledning til å uttale seg i klageomgangen.

Svaret fra klagenemnda ble oversendt A, som kom med merknader i brev 7. april 2017. Hun mente blant annet at undersøkelsen herfra viste at den sammenlignende kvalifikasjonsvurderingen først ble foretatt i etterkant av klagebehandlingen, at nemnda feiltolket kommunens førsteinstansbehandling av tildelingen, og at nemnda ved omgjøringen utelukkende hadde vektlagt instituttets uttalelse. Hun reagerte også på at hun i nemndas skjematiske oppstilling ble vurdert som ikke personlig egnet.

Ombudsmannens syn på saken

1. Rettslig utgangspunkt og ombudsmannens prøving

Tildeling av driftstilskudd til fysioterapeut er et enkeltvedtak i henhold til forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b. Det innebærer at saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kapittel IV-VI må følges. Loven stiller blant annet krav til forvaltningens opplysning av saken og begrunnelse av vedtaket.

Ved tildeling og inngåelse av driftsavtale for privatpraktiserende fysioterapeut skal det inntil nylig generelt ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet legges til grunn. Det fremgår klart av forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven, Prop. 91 L (2010-2011) side 164-165. Det er også skrevet inn i rammeavtalen ASA 4313 mellom Kommunenes Sentralforbund (KS) og Norsk Fysioterapeutforbund om drift av selvstendig næringsdrivendes fysioterapivirksomhet. I avtalens punkt 6.2 står det at kommunen skal tildele avtalehjemmelen til den søkeren som etter kommunens samlede vurdering er «best faglig skikket».

For ordens skyld gjør ombudsmannen oppmerksom på at kvalifikasjonsprinsippet nå er lovfestet for statlig sektor i statsansatteloven § 3, som har fått denne ordlyden:

«Kvalifikasjonsprinsippet

(1) Den best kvalifiserte søkeren skal ansettes eller utnevnes i ledig stilling eller embete, med mindre det er gjort unntak i lov eller forskrift.

(2) Ved vurderingen av hvem som er best kvalifisert, skal det legges vekt på utdanning, erfaring og personlig egnethet, sammenholdt med kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysningen.»

Det fremgår av forarbeidene til statsansatteloven § 3, Prp. 94 L. (2016-2017) kapittel 9, punkt 9.4.1 at lovfestingene kodifiserer ulovfestede rett, og ikke endrer gjeldende rettstilstand.

Den nærmere skjønsmessige vurderingen av hvem som alt i alt var best kvalifisert for det aktuelle driftstilskuddet i denne saken, er det vanskelig å overprøve herfra. Ombudsmannen kan imidlertid undersøke om saksbehandlingen har vært forsvarlig og om kommunens vurdering er i tråd med kvalifikasjonsprinsippet.

2. Kvalifikasjonsvurderingen og klagenemndas begrunnelse

I utlysningen var det søkt etter en offentlig godkjent fysioterapeut som «kunne jobbe selvstendig og vise til allsidig bakgrunn for å kunne gi et godt faglig fysioterapitilbud til alle aldersgrupper». Vedkommende måtte både kunne ta hjemmebehandlinger og igangsette og drive ulike gruppebaserte tilbud. Personlig egnethet, gode samarbeidsevner og evne til å drive privat praksis ville bli tillagt stor vekt.

I førsteinstansvedtaket 14. april 2016 ga kommunen denne begrunnelse for å tildele driftstilskuddet til A:

«Etter en samlet vurdering av søknad, intervju og referanseinnhenting, vurderes A som best faglig skikket. Hennes faglige kompetanse, bredde og samarbeidsevner er gjennomgått i intervju og med oppgitte referanser, herunder egnethet til å drive privat praksis. Uttalelsen til gruppepraksisens gjenværende fysioterapeuter er tillagt stor vekt».

Rådmannens innstilling til klagenemnda var at Bs klage ikke skulle tas til følge. Dette fordi B hadde smalere kompetanse enn de to andre innstilte, både når det gjaldt videreutdanning, kurs og arbeidserfaring. Hennes kompetanse var mer rettet mot barn og unge, og mindre mot alle aldersgrupper, slik som etterspurt i utlysningsteksten. Rådmannen påpekte også at instituttets ønske om en fysioterapeut som kunne arbeide mer enn det utlyste driftstilskuddet på 50 % ikke var et saklig moment.

Kravene til begrunnelse av enkeltvedtak er gitt i forvaltningsloven §§ 24 og 25, og gjelder tilsvarende for klageinstansen, jf. § 33 første ledd. Begrunnelsplikten skal blant annet sikre at berørte parter i saken får nødvendig og tilstrekkelig informasjon til å forstå forvaltningens avgjørelse. Dette er viktig av hensyn til partene selv, og for å ivareta tilliten til forvaltningen. Kravet til begrunnelse oppfordrer også til grundighet ved behandlingen av saken, hvilket bidrar til å sikre at det foretas materielt riktige avgjørelser.

Ombudsmannen har ofte påpekt, senest i sak 2015/3133, at hvis avgjørelsen til kommunens klagenemnd avviker fra rådmannens innstilling, må det av nemndas begrunnelse gå klart og tydelig frem hvorfor rådmannens innstilling ikke ble fulgt. Det innebærer i en sak som denne at nemnda i klagevedtaket må synliggjøre at den har foretatt en reell og fullstendig sammenlignende kvalifikasjonsvurdering av kandidatene. I vedtaket må nemnda også få tydelig frem hvorfor klagenemndas konklusjon følger av utfallet av nemndas sammenlignende kvalifikasjonsvurdering, sett i lys av gjenværende fysioterapeuters uttalelse.

Alt som fremgår av klagenemndas vedtak om de faglige kvalifikasjonene til de to som er aktuelle i denne saken, er at begge hadde den formelle kompetansen som krevdes. Det som var avgjørende for at klagenemnda valgte å omgjøre førsteinstansvedtaket, ble i klagevedtaket forklart slik: «Vi velger å vektlegge personlig egnethet og retningslinjene i ASA 4314 punkt 6.2 i

større grad enn det kommunen har gjort i denne saken. Vi mener det er i tråd med kvalifikasjonsprinsippet og utlysningsteksten.» Ombudsmannen legger følgelig til grunn at det var oppfatningen til de gjenværende fysioterapeutene ved instituttet som var utslagsgivende for at klagenemnda ikke fulgte rådmannens innstilling. Fysioterapeutene ved instituttet mente B burde innstilles som nummer én til driftstilskuddet.

Klagenemndas vedtak inneholder ingen sammenlignende vurdering av kandidatenes kvalifikasjoner. Heller ingen forklaring hvorfor de fant B bedre personlig egnet enn A. Disse to vesentlige manglene ved begrunnelsen for avgjørelsen i klageomgangen må nemnda kritiseres for.

I klagenemndas svarbrev hit het det blant annet:

«Etter anmodning fra ombudsmannen oppstilles en sammenlignende kvalifikasjonsvurdering med de momentene vi så på i vår vurdering av saken; I vurderingen la vi til grunn at begge kandidatene var godt faglig skikket, og hadde de kvalifikasjonene som ble etterspurt i utlysningsteksten, men siden det var B som var innstilt som nr. 1 av de gjenværende fysioterapeutene, ble hun vurdert som den som var best personlig egnet til stillingen.»

Nemndas avkrysning i den skjematiske kvalifikasjonsoversikten sier ikke noe om hvordan Bs og As kvalifikasjoner er vurdert opp mot hverandre. Den viser kun at nemnda – med unntak for rubrikken «personlig egnethet», hvor det bare er krysset av for B – mener at begge oppfyller alle kvalifikasjonskravene. Det å lage en slik oversikt er et nødvendig ledd i tildelingsprosessen, men oppfyller ikke kravene til en sammenlignende kvalifikasjonsvurdering. Etter de kravene må hver enkelt aktuell kandidats kvalifikasjoner vurderes opp mot den/de andre aktuelle kandidatenes kvalifikasjoner. Så må utfallet av alle de vurderingene skjønnsmessig vektas på grunnlag av kravene i utlysningsteksten. På det grunnlag er det at tildelingsmyndigheten skal komme frem til den søkeren som etter kommunens samlede vurdering er «best faglig skikket» til å få tildelt det aktuelle driftstilskuddet.

Heller ikke er det gitt noen forklaring på hvorfor nemnda – ut fra kvalifikasjonsoversikten – synes å mene at A ikke var personlig egnet for stillingen. Nemnda har riktignok i sitt brev til ombudsmannen forklart at siden B var blitt innstilt som nr. 1 av de gjenværende fysioterapeutene, så vurderte de henne som *best* personlig egnet til stillingen. Ombudsmannen velger å forstå dette slik at nemnda i realiteten mente at også A var personlig egnet, men fordi de gjenværende fysioterapeutene ønsket at driftstilskuddet skulle tildeles B, var det B som ble ansett best egnet. Ut fra denne forståelsen av klagenemndas redegjørelse i brevet hit er den oppstilte oversikten over kandidatens kvalifikasjoner helt misvisende når det gjelder de to kandidatenes personlige egnethet. Klagenemnda bes merke seg det.

Fraværet – både i klagevedtaket 30. juni 2016 og i svarbrevet hit 22. mars 2017 – av en reell sammenlignende kvalifikasjonsvurdering, gir inntrykk av at klagenemnda mener kvalifikasjonsprinsippet åpner for større grad av skjønn i avgjørelsen av hvem som er «best faglig skikket» til et driftstilskudd enn det tildelingsmyndighetene har adgang til etter gjeldende rett. Det synes derfor som om klagenemnda ikke har forstått kravene som det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet stiller til tildelingsprosessen, og særlig til utøvelsen av skjønnet når flere

kvalifiserte søkere skal vurderes mot hverandre. Denne sviktende forståelsen av kvalifikasjonsprinsippets innhold må klagenemnda også kritiseres for.

Klagenemndas feiloppfatning av hvilke saksbehandlingskrav og rammer for skjønnsutøvelsen som ligger innebygget i kvalifikasjonsprinsippet, har naturlig nok også satt tydelig preg på klagenemndas begrunnelse for avgjørelsen i klagevedtaket.

Utover å peke på disse rettsanvendelses- og saksbehandlingsmanglene ved klagenemndas anvendelse av kvalifikasjonsprinsippet, har ombudsmannen ikke forutsetninger for å ta stilling til hvem av A og B som samlet sett var best kvalifisert for driftstilskuddet.

3.Vektlegging av gjenværende fysioterapeuters uttalelse

I rammeavtalen ASA 4313 mellom KS og Norsk Fysioterapeutforbund om drift av selvstendig næringsdrivendes fysioterapivirksomhet som var gjeldende frem til 1. januar 2017, het det i punkt 6.2 at det «[v]ed tildeling av avtalehjemmel lokalisert til gruppepraksis, skal gjenværende fysioterapeuters uttalelse tillegges stor vekt ...». Rammeavtalens bestemmelse om at gjenværende fysioterapeuts uttalelse skal vektlegges, er imidlertid betinget av at uttalelsen er begrunnet i saklige kriterier, nærmere definert i punkt 6.2 annet ledd som «faglig kompetanse og erfaring, samarbeidsevner, evne til å drive privat praksis mv.».

Ombudsmannen har flere ganger tidligere, sist i sak 2015/3133, påpekt at uttalelser fra «gjenværende fysioterapeuter» ved den aktuelle gruppepraksisen særlig vil være av betydning der søkerne ellers har like kvalifikasjoner. Rammeavtalen kan ikke tilsidesette rettsreglene på området. Skal en slik uttalelse kunne være relevant, bør uttalelsen derfor inneholde en sammenlignende vurdering av de aktuelle søkerne basert på saklige kriterier i samsvar med det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet. Tildelingsmyndighetene kan ikke vektlegge en uttalelse fra de gjenværende fysioterapeutene uten først selv å ha foretatt en kvalitativ vurdering av uttalelsen for å sikre at den er saklig, forsvarlig og lojal i henhold til kvalifikasjonsprinsippet. Punkt 6.2 i rammeavtalen ASA 4313 må for øvrig også forstås og anvendes i lys av utredningsplikten som følger av forvaltningsloven § 17.

I et tilfelle som det foreliggende, der én av kandidatene allerede arbeider ved det aktuelle instituttet når driftstilskuddet blir utlyst, vil det lett kunne reises spørsmål om de «gjenværende fysioterapeutene» har den objektivitet som er nødvendig for å kunne gi en uhildet uttalelse om hvilken søker som er best kvalifisert. Om, og i så fall i hvilken grad, en uttalelse fra denne kandidatens kolleger skal kunne tillegges vekt, må derfor vurderes helt konkret, blant annet på bakgrunn av det aktuelle samarbeidsforholdets varighet og karakter, og den begrunnelsen som er gitt. Da vil det være særlig viktig at tildelingsmyndighetene prøver om uttalelsen inneholder en saklig og balansert sammenlignende vurdering av de aktuelle kandidatene, og ikke overfokuserer på den kandidaten som «de gjenværende» kjenner fra før – og gjerne foretrekker.

I uttalelsen fra instituttet er det redegjort detaljert for Bs innsats ved det instituttet. Hennes innsats på områder helt utenfor de etterspurte kvalifikasjonene i utlysningsteksten er også utførlig beskrevet i rosende ordelag. På søknadstidspunktet arbeidet B ved instituttet, og hadde gjort det siden 2012. Om As innsats, som hadde vært ved det samme instituttet i seks år, fra

2004 til 2010, skrev «de gjenværende» at de kjente ikke henne like godt [som B], og tilføyde «A har jobbet her og gjort en god jobb, men sto aldri overfor de samme utfordringene som B har gjort». Slik ombudsmannen leser uttalelsen fra instituttet, er det grunn til å stille spørsmål ved om uttalelsen er skrevet med nødvendig objektivitet og har den saklighet som kreves etter ASA 4313 punkt 6.2. Klagenemnda har i sitt vedtak likevel ikke kommentert og vurdert innholdet i instituttets uttalelse noe nærmere. Det må klagenemnda kritiseres for.

Kommunen bes for øvrig merke seg at ASA 4313 punkt 6.2 er endret med virkning fra 1. januar 2017. Gjenværende fysioterapeuters uttalelse skal etter den nye ordlyden ikke lenger «tillegges stor vekt», bare «tillegges vekt».

4. Saksbehandlingen forut for nemndas klagebehandling

Selv om det ikke har vært tema for undersøkelsen herfra, vil ombudsmannen understreke viktigheten av at alle som er innstilt til et driftstilskudd, blir orientert om eventuelle klager på kommunens innstilling, og om retten til å komme med en uttalelse. Forvaltningsloven § 33 tredje ledd første punktum sier at den som regnes som motpart i en klagesak skal varsles og gis en frist for å avgi uttalelse. Denne underrettingsplikten tilligger underinstansen, men klageinstansen har etter § 33 femte ledd et selvstendig ansvar for å påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes.

A ble underrettet om Bs klage ved kommunens brev 11. mai 2016, men ble ikke opplyst om retten til å uttale seg. Det er uklart om dette også var tilfellet for han som i førsteinstansvedtaket var innstilt som nr. to. Ombudsmannen har merket seg at klagenemnda i brevet hit 22. mars 2017 beklaget at A ikke ble gitt anledning til å uttale seg før klagebehandlingen. Det forutsettes at slike feil ikke vil gjentas ved senere tildelingsprosesser.

Oppsummering

Klagenemndas vedtak inneholder ingen sammenlignende vurdering av kandidatenes kvalifikasjoner. Det inneholder heller ingen nærmere forklaring på hvorfor B ble funnet bedre personlig egnet enn A. Disse to vesentlige manglene ved begrunnelsen for avgjørelsen i klageomgangen må nemnda kritiseres for.

Heller ikke svarbrevet hit 22. mars 2017 inneholdt noen reell sammenlignende kvalifikasjonsvurdering av de to kandidatene. Ombudsmannen har derfor inntrykk av at klagenemnda mener kvalifikasjonsprinsippet åpner for større grad av skjønn i avgjørelsen av hvem som er «best faglig skikket» til et driftstilskudd enn det tildelingsmyndighetene har adgang til etter gjeldende rett. Det synes derfor som om klagenemnda ikke har forstått kravene som det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet stiller til tildelingsprosessen, og særlig til utøvelsen av skjønnet når flere kvalifiserte søkere skal vurderes mot hverandre. Denne sviktende forståelsen av kvalifikasjonsprinsippets innhold må klagenemnda også kritiseres for.

Klagenemndas sterke vektlegging av de gjenværende fysioterapeutenes uttalelse, uten noen nærmere vurdering av om uttalelsen fremsto som objektiv og saklig, gir også grunn til kritikk.

Rettsanvendelses- og saksbehandlingsfeilene som er begått i denne saken innebærer ikke uten videre at resultatet i klagesaken er feil. Ombudsmannen har som nevnt ovenfor ikke tilstrekkelig grunnlag til å ta standpunkt til om klagenemnda ga driftstilskuddet til en annen enn den som var best kvalifisert. Manglene ved saksbehandlingen i klagesaken innebærer imidlertid i seg selv at det er begått urett mot A. Kommunen bes derfor om å gi henne en beklagelse.

Ombudsmannen ber også kommunen påse at klagenemnda lærer av kritikken i denne saken, slik at de feilene som er påpekt ikke skjer igjen.

18.8.2017 (2016/3463)

