



NORGES HØYESTERETT

Den 22. oktober 2009 avsa Høyesterett dom i

HR-2009-02022-A, (sak nr. 2009/22), sivil sak, anke over dom,

A (advokat Ola Haugen)

mot

X kommune (advokat Christian Stang Våland)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Kst. dommer **Sverdrup**: Saken gjelder spørsmålet om en kommune har begått feil ved tildeling av avtalehjemmel etter kommunehelsetjenesteloven § 4-2 om driftstilskudd til fysioterapeut, og om kommunen som følge av dette er erstatningsansvarlig.
- (2) X kommune utlyste i mars 2004 en nyopprettet avtalehjemmel for fysioterapeut som skulle være knyttet til F, et privat institutt med seks fysioterapeuter, som alle var medeiere. I utlysningsteksten het det at arbeidsoppgavene i hovedsak ville være rettet mot ”voksne pasienter med behov for generell fysioterapi”. Det var en 100 % hjemmel som tilsvarte 36 timers arbeidsplikt per uke.
- (3) Etter kommunehelsetjenesteloven § 4-2 skal avtale inngås med den som er ”faglig best skikket”. Den som driver praksis som fysioterapeut, må ha en driftsavtale for å motta driftstilskudd fra kommunen, jf. kommunehelsetjenesteloven § 4-1. Avtale med kommunen er også et vilkår for refusjonsrett fra folketrygden, jf. folketrygdløven § 5-8 annet ledd.

- (4) Kommunen mottok 29 søknader, som ble oversendt F. Kommunen viste til avtalen som var inngått med Kommunenes Sentralforbund (KS) og Norsk Fysioterapeutforbund (NFF) om at praksisinnhaver utpekes av kommunen etter innstilling fra instituttet, og at instituttets innstilling tillegges stor vekt, med mindre særlige grunner foreligger, avtalens punkt 2.2.
- (5) F innkalte fem søkere til intervju og oversendte en begrunnet innstilling til kommunen. B ble innstilt som nummer 1. Han hadde arbeidet ved F siden 2001 og var også medeier i instituttet. Ettersom han allerede hadde 50 % driftstilskudd, innstilte instituttet C til den resterende 50 % hjemmelen. Kommunen fulgte innstillingen.
- (6) En annen søker var A. Han var utdannet fysioterapeut med videreutdanning i manuellterapi. A ble verken innkalt til intervju eller innstilt.
- (7) Kommunen hadde samtidig utlyst en ledig 20 % hjemmel ved et annet institutt – G –, som gjaldt arbeid med pasienter med bekkenløsningsproblemer. A hadde også søkt denne deltidshjemmelen, men ble heller ikke innstilt til den. Han har imidlertid senere, fra 1. april 2005, fått tildelt 20 % driftshjemmel ved dette instituttet.
- (8) A ba om å få tilsendt søkerlisten og om å bli orientert om kvalifikasjonene til de personene som var tildelt driftsavtale. I sitt svarbrev av 8. juni 2004 viste kommunen bl.a. til at det var behov for å tilsette en fysioterapeut for allmennfysioterapi og at ”søkere med generell utdanning derfor stiller likt med de som hadde spesialutdanning”.
- (9) A påklaget tildelingen i juni 2004. Han mente vedtaket var fattet i strid med kommunehelseloven § 4-2, da han hadde høyere utdanning og lengre arbeidserfaring enn de andre søkerne. Helsetjenesten vurderte saken på nytt, og meddelte i juli samme år at klagen ikke ble tatt til følge. Saken ble deretter oversendt kommunens særskilte klagenemnd.
- (10) Rådmannen fremholdt i sin innstilling til klagenemnden at man ønsket en generalist og ikke en spesialist. Det ble også vist til at A hadde uttrykt ønske om fortsatt forskning innen manuellterapi, undervisning og kursvirksomhet, og at dette var lite forenlig med generell fysioterapipraksis.
- (11) Klagenemnden skulle ha behandlet saken i sitt møte 14. september 2004, men behandlingen ble utsatt til 20. september, da nemnden ønsket ytterligere opplysninger. Helsesjefen, D, og sjefsfysioterapeuten, E, møtte for klagenemnden og fremla der et notat datert 19. september, hvor det blant annet het at As søknad
- ”levner ingen tvil om at han har en annen målsetting for sin karriere (jf. CV) enn å arbeide som generalist. Hans karriere til nå viser tydelig retning og i så måte er søknaden ikke skreddersydd for aktuelle utlysning.”**
- (12) I sitt møte 20. september 2004 vedtok den særskilte klagenemnden enstemmig ikke å ta klagen til følge.
- (13) A brakte i desember 2004 saken inn for Sivilombudsmannen med påstand om at tildelingsvedtaket var ugyldig. Sivilombudsmannen konkluderte i sin uttalelse fra juni 2006 med at det knyttet seg ”begrunnet tvil til forhold av betydning i saken”, og uttalte

blant annet at kommunen må ”vurdere hva som bør gjøres i forhold til klageren for å bøte på de feil som er gjort i forhold til ham”.

- (14) Partene ble ikke enige om en minnelig løsning, og A tok ut stevning for Nedre Romerike tingrett i februar 2007. A krevde tildeling av 100 % driftstilskudd fra X kommune, samt erstatning for tap av driftstilskudd fra 1. mai 2004.
- (15) Nedre Romerike tingrett avsa dom 18. oktober 2007 med slik domsslutning:
- ”1. **X kommune dømmes til å betale kroner 250 000 –tohundreogfemtitusen – til A innen to uker etter dommens forkynnelse med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.**
 2. **X kommune dømmes til å betale As saksomkostninger med kroner 90 000 – nittitusen – innen to uker fra dommens forkynnelse med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.”**
- (16) Tingretten fant at A var best kvalifisert når det gjaldt utdanning og praksis, og at det var begått flere saksbehandlingsfeil ved tildelingen av avtalehjemmelen. A ble tilkjent 250 000 kroner i erstatning. Retten kom til at det ikke var adgang til å avsi dom for at han skulle tildeles avtalehjemmel.
- (17) A anket dommen inn for lagmannsretten, da han mente erstatningsbeløpet var satt for lavt. Han opprettholdt ikke påstanden om tildeling av avtalehjemmel. X kommune erklærte aksessorisk motanke.
- (18) Eidsivating lagmannsrett avsa dom 7. oktober 2008 med slik domsslutning:
- ”1. **X kommune frifinnes i hovedsøksmålet og motsøksmålet.**
 2. **Saksomkostninger tilkjennes ikke verken for tingrett eller lagmannsrett. ”**
- (19) Lagmannsretten la til grunn at kommunens saksbehandling led av alvorlige feil, men fant – under betydelig tvil – at det ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort at A ville ha blitt tildelt driftstilskudd dersom feilene ikke var blitt begått.
- (20) A har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelse og bevisbedømmelse.
- (21) For Høyesterett foreligger skriftlige erklæringer fra to sakkyndige vitner, professor Anne Marit Mengshoel ved Universitetet i Oslo og førsteamanuensis Alice Kvåle ved Universitetet i Bergen. Det foreligger bevisopptak ved Asker og Bærum tingrett av ett vitne, og ved Nedre Romerike tingrett av ti vitner, samt den ankende part. Fem vitner er nye for Høyesterett, hvorav fire er medlemmer av kommunens særskilte klagenemnd. Saken står for øvrig i vesentlig samme stilling som for lagmannsretten.
- (22) Den ankende part – A – har i korte trekk anført:
- (23) A er ”faglig best skikket”, og når kommunen har kommet til et annet resultat, har den anvendt loven feil. Den uriktige lovanvendelsen er ikke unnskyldelig. Domstolene har full prøvelsesrett. Når loven ikke åpner for noe annet enn tildeling til den som er faglig best skikket, har han krav på å få hjemmelen tildelt og erstatning når dette ikke kan skje.

- (24) I denne saken har kommunen dessuten begått en rekke feil i saksbehandlingen. Det har skjedd brudd på kommunens plikt som vedtaksmyndighet til på selvstendig grunnlag å foreta en sammenlignende vurdering av søkerne. Det var en feil at A ikke ble innkalt til intervju, når hans søknad objektivt sett må vurderes som meget god. Han var den eneste med mastergrad, og hadde omfattende praksis. Kommunen har lagt vekt på udokumenterte antakelser om at hans interesser gikk i en annen retning enn det kommunen ønsket. Dette er i strid med plikten til saksopplysning og utredning i forvaltningsloven § 17.
- (25) B hadde 50 % driftstilskudd, men kjøpte seg inn med full andel i instituttet i 2003. Dermed tok han en økonomisk belastning som var større enn hjemmelen tilsa, og frigjorde de andre eierne i større grad. Neste år "fikk han det igjen" i innstillingen som ga ham 100 % hjemmel. I instituttets innstilling er denne investeringen nevnt uttrykkelig som en del av begrunnelsen for at B er innstilt først, og det er derfor også tatt utenforliggende hensyn.
- (26) De ansatte i F var inhabile til å behandle saken. Behandlingen i kommunens klagenemnd var også mangelfull.
- (27) Kjerneområdet i vurderingen av "faglig best skikket" må bygge på faglige kriterier. Samarbeidsevner og personlig egnethet er mindre tungtveiende momenter. A er best kvalifisert fordi han har best utdanning, flest kurs og lengst arbeidserfaring. A har blitt bedre til å behandle pasienter innenfor generell fysioterapi gjennom sin videreutdanning i manuellterapi. De to sakkyndige, som har foretatt en konkret sammenligning, førsteamanuensis Kvåle og manuellterapeut Hauger, har rangert A øverst.
- (28) Spørsmålet om A ville fått tildelt hjemmelen dersom saksbehandlingsfeilene tenkes borte, må besvares bekreftende. Både Sivilombudsmannen, tingretten og lagmannsretten fant at kommunen begikk flere feil. Når lagmannsretten likevel kom til at kommunen ikke var erstatningsansvarlig, skyldtes det at lagmannsretten la til grunn en uriktig norm for beviskravet for årsakssammenheng, og dessuten foretok en uriktig vurdering av om kravet var oppfylt.
- (29) Fordi bare A klaget, må sammenligningen i første rekke skje mellom B og A. En eventuell opphevelse i klagenemnden ville hatt sammenheng med at kommunen ikke utstyrte nemnden med de nødvendige dokumentene, og det er urimelig om dette skal komme dem til gode. Under enhver omstendighet peker A seg ut som klart best, og han ville derfor ha fått driftshjemmelen hvis feil ikke var begått.
- (30) As økonomiske tap består for det første av tapt driftstilskudd. Dessuten har han tapt ytterligere inntekter fordi han fikk en forsinket oppstart av sin egen virksomhet.
- (31) A har nedlagt slik påstand:
- ”1. A tilkjennes erstatning for tap av avtalehjemmel fastsatt etter rettens skjønn, dog oppad begrenset til NOK 5.000.000.
 2. A tilkjennes sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.”
- (32) Ankemotparten – X kommune – har i korte trekk anført:

- (33) Skal kommunen bli erstatningsansvarlig i denne saken, må ansvarsgrunnlaget være saksbehandlingsfeil. Kommunen mener at det ikke foreligger noen slike feil av betydning. Saken var tilstrekkelig opplyst, selv om A ikke ble intervjuet, og det var ingen feil å unnlate innkalling til intervju. As søknad var mangelfull ved at den ikke belyste hva han kunne bidra med i forhold til den utlyste hjemmelen, og hva hans tidligere praksis besto av. Presentasjon i en søknad styrer i stor grad hvem som blir innkalt, og de søkerne som ikke klarer å formulere dette, må regne med at de faller igjennom. Man må forvente at en søker fremhever sine positive sider. A la heller ikke frem attester som sa noe om hans egnethet. Søknaden inneholdt dessuten opplysninger som indikerte at han tvert i mot hadde interesser som gikk i en helt annen retning, og dette inntrykket ble bestyrket av samtaler kommunens representanter tidligere hadde hatt med A. Kommunen kjente de to som fikk hjemmel, B og C, godt, og man visste at de hadde den arbeidserfaring man ønsket.
- (34) Det er ikke grunnlag for å hevde at medlemmene i F var inhabile. Det er overhodet ikke grunnlag for å hevde at hjemmelen ble ”solgt” til B. På det tidspunktet B kjøpte seg inn i F, visste man ikke at det ville bli tildelt en ny hjemmel. Det er ikke utenforliggende hensyn at man ønsker gode samarbeidsforhold ved instituttet.
- (35) I likhet med de fleste andre kommuner i landet anvendte X kommune avtalen mellom KS og NFF i saksbehandlingen. Denne avtalen er et substitutt for forskrift, jf. § 4-2 annet ledd, og er forutsatt i lovforarbeidene. Det foreligger derfor under enhver omstendighet en unnskyldelig feiltolkning – og dermed intet ansvarsgrunnlag for kommunen.
- (36) Det må foreligge ”klar” sannsynlighetsovervekt for at A ville fått avtalehjemmelen, slik det kreves i Rt. 2001 side 1062 (Nucleus), som gjaldt anbud. Tildeling av driftshjemler er i grenselandet mellom klassisk myndighetsutøvelse og servicevirksomhet, med store likhetstrekk til offentlige anskaffelser. Vedtaket forutsetter inngåelse av avtale med fysioterapeuten, og det dreier seg om utkontrahering av offentlige tjenester. Som ved anbud, kreves erstatning for den positive kontraktsinteressen, og kravet kan bli stort. I denne saken var eksempelvis erstatningskravet opprinnelig på 10 millioner kroner.
- (37) Det er verken ”klar” eller ”rimelig” sannsynlighetsovervekt for at A er ”faglig best skikket” i forhold til øvrige søkere. Skikketheten må vurderes i forhold til de lovpålagte oppgavene som kommunen har for helsetjenesten, og her inngår ikke manuellterapi, jf. kommunehelsetjenesteloven § 2-1 og § 1-3. Kommunen hadde rett til å tilpasse avtalene i forhold til sitt behov, i dette tilfellet de dårligste pasientene hvor køen var lengst. Hvis kommunen ikke treffer med tildelingen, vil køen være like lang, og kommunen har ikke oppfylt sin lovpålagte plikt til å yte nødvendige helsetjenester. Vurdert i dette perspektivet ville ikke A nådd opp. Her må man feste lit til kommunens representanter som kjenner behovet, helsesjefen og sjefsfysioterapeuten.
- (38) Kjerneområdet for manuellterapeuter er på siden av kommunens behov. Det er vanskelig å ha en eksakt formening om hvem av søkerne ”som er faglig best skikket” ut fra det vi vet om utdanning, praksis og personlig egnethet. Den rangering som Hauger og Kvåle har satt opp, kan man ikke under noen omstendighet feste lit til. Hauger er selv manuellterapeut og driver en serviceorganisasjon for disse, mens Kvåle utdanner manuellterapeuter. Begge har hatt kontakt med A, men ikke med noen av de andre søkerne. A har også søkt andre driftshjemler som han ikke har fått, hvilket ikke tyder på

at han er bedre kvalifisert enn mange av de øvrige søkerne. Det er ikke riktig, som A hevder, at årsaken til dette var at han ikke ville betale det som ble krevd.

- (39) Selv om det her er et rettsanvendelsesskjønn, bør domstolene være tilbakeholdne med å overprøve den konkrete lovanvendelsen, jf. blant annet Rt. 1995 side 1427. Det er ikke grunnlag for å anta at A er best faglig skikket, og derfor er kravet til årsakssammenheng ikke tilfredsstillt.
- (40) Det er under enhver omstendighet tvilsomt om A har lidt noe økonomisk tap ved ikke å få driftshjemmelen. Antakelig har han tjent mer ved å være på G enn han ville gjort ved F, som har et annet pasientgrunnlag med andre takster. Han har bare søkt på én driftshjemmel siden mai 2005, og har derved ikke oppfylt sin tapsbegrensningsplikt.
- (41) A har ikke dokumentert noe tap som følge av forsinket oppstart med egen virksomhet. Selv om man forutsetter at han arbeider to årsverk, er det ikke sammenlignbare virksomheter. Det er høye satser for manuellterapi på G, men lave satser for fysioterapeuter på F, hvor det også er en rekke andre begrensninger med hensyn til lokaliteter og arbeidstid, som han måtte ta med i betraktning.
- (42) X kommune har nedlagt slik påstand:
- ”1. Eidsivating lagmannsretts dom av 7. oktober 2008 i sak 08-016868ASI-ELAG stadfestes.
 2. A dømmes til å betale til X kommune sakens omkostninger for Norges Høyesterett med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum, fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.”
- (43) *Mitt syn på saken.*
- (44) A anfører prinsipielt at kommunen har anvendt loven feil når den ikke fant ham ”faglig best skikket”, og at dette er et selvstendig grunnlag for erstatning. Subsidiært hevder han at kommunens saksbehandlingsfeil har ført til at han ikke ble ansett for faglig best skikket. Da jeg kommer til at den subsidiære anførselen fører frem, går jeg ikke nærmere inn på As prinsipielle anførsel om at han har krav på erstatning uavhengig av de saksbehandlingsfeil som er begått.
- (45) Tildeling av driftshjemmel må anses som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd, slik at lovens kapittel IV om saksforberedelse ved enkeltvedtak kommer til anvendelse.
- (46) Fra As side er det blant annet vist til at kommunen hadde plikt som vedtaksmyndighet til å foreta en sammenlignende vurdering av søkerne, og at han burde vært innkalt til intervju. Når han hadde lengst formell utdanning og omfattende arbeidserfaring, og likevel ikke ble innkalt, er det i følge A ikke i samsvar med plikten til saksopplysning og utredning i forvaltningsloven § 17.
- (47) Bakgrunnen for at kommunen opprettet driftshjemmelen, var et udekket behov for fysioterapitjenester, spesielt var det lange restanselister blant kronikerne. I

utlysningsteksten vises det til at arbeidsoppgavene for ny fysioterapeut i hovedsak vil ”være rettet mot voksne pasienter med behov for generell fysioterapi”.

- (48) Kommunen mottok søknadene og utarbeidet en utvidet søkerliste, hvor utdanning og praksis var angitt for hver søker. Listen og søknadene ble så oversendt F. Deretter overlot kommunen det alt vesentlige av saksbehandlingen til instituttet. Det var F som intervjuet og innstilte søkerne. Kommunen var selv ikke representert under intervjuene, og ga også liten veiledning i hvordan søkere skulle utvelges. I utlysningen nevnes bare at ”samarbeidsevner og personlig egnethet skal tillegges stor vekt”. Lovens kriterium ”faglig best skikket” er ikke nevnt i oversendelsesbrevet, og for øvrig heller ikke i innstillingen fra F.
- (49) Kommunen leste søknadene og foretok en begrenset vurdering, men ut over dette involverte kommunen seg i liten grad i den videre saksbehandlingen.
- (50) Kommunen har anført at den fulgte den praksis som var beskrevet i avtalen mellom KS og NFF - ASA 4313 punkt 2.2, som den gang lød:

”Ved ledighet i avtalehjemmel skal denne utlyses ved samme institutt. Ny praksisinnhaver utpekes av kommunen etter innstilling fra instituttet. Det forutsettes at instituttets innstilling tillegges stor vekt med mindre særlige grunner foreligger.”

- (51) Avtalen gjelder etter sin ordlyd bare når hjemmel blir ledig ved samme institutt, men det er opplyst at tilsvarende rutiner ble benyttet ved utlysning av nyopprettet hjemmel. Avtalen er forøvrig senere endret, slik at det ikke lenger er instituttet som står for innstillingen.
- (52) Kommunens behandling av saken har sin forklaring i innarbeidet praksis i henhold til avtalen, og kan derfor i noen grad unnskyldes. Det fritar likevel ikke kommunen fra ansvaret for selv å sørge for en betryggende saksbehandling, herunder å klargjøre at tildelingen skal skje i henhold til kommunehelsetjenestelovens kriterium, og til å vurdere søkerne på selvstendig grunnlag. Dette gjelder desto mer når det viser seg at innstillingsorganets medlemmer er inhabile, noe jeg kommer tilbake til.
- (53) Når det gjelder spørsmålet om det var feil ikke å innkalle A til intervju, må utgangspunktet tas i lovens krav om ”faglig best skikket”. I følge forarbeidene skal det foretas ”en samlet vurdering hvor utdanning, praksis og erfaring, tidligere virke og nåværende skikkethet m.v. teller med”, jf. Ot.prp. nr. 66 (1981–1982) side 34. Det følger både av ordlyd og forarbeider at de rent faglige kriteriene knyttet til utdanning og arbeidserfaring, vil stå sentralt. Men jeg tolker ikke bestemmelsen dit hen at personlig skikkethet er av underordnet betydning. Den samlede vurderingen må foretas i lys av innholdet i den aktuelle driftshjemmelen som er utlyst.
- (54) A hadde sin fysioterapiutdanning fra USA. Han tok grunnutdannelsen (bachelorgrad) i fysioterapi i 1997 og i perioden 1999 til 2000 videreutdannet han seg i McKenzie-metodikk. Fra 2000 til 2003 tok han videreutdanning (mastergrad) i manuellterapi. Fra 1997 arbeidet han som fysioterapeut ved en rekke klinikker, hovedsakelig i USA.
- (55) Professor Mengshoel ved Universitetet i Oslo fremholder at manuellterapi er en videreutdanning innenfor fysioterapien, som særlig konsentrerer seg om nakke, rygg og bekkenlidelser. Denne videreutdannelsen gir større innsikt i skjelett og muskler, bedre

evne til å vurdere diagnostikk og forstå årsakssammenhenger, og kompetanse til å utføre visse grep for å justere nedsatt leddfunksjon. Hun uttaler videre at manuellterapeuter kan deles i to grupper. Noen spesialiserer seg og overlater den generelle fysioterapien til andre, mens den andre gruppen er opptatt av å innlemme manuellterapien i sin generelle fysioterapi praksis, det vil si drive både som generalister og spesialister.

(56) As søknad og CV må forstås slik at han ligger nærmest den sistnevnte gruppen. A var den eneste søkeren med en mastergrad. Han var også av dem som hadde lengst arbeidserfaring. Vurdert ut fra sine formelle kvalifikasjoner burde han derfor vært innkalt til intervju.

(57) I sin vurdering av søkerne har kommunen lagt til grunn at generell fysioterapi og manuellterapi er to likestilte utdannelser. I sitt brev 8. juni 2004 til A uttaler kommunen således at "[s]økere med generell utdanning" derfor stiller "likt med de som hadde spesialutdanning". I notatet til klagenemnden 19. september samme år skriver kommunen at det søkes

"denne gangen etter en fysioterapeut generalist. Dette er et vesentlig vilkår ved denne utlysningen og er vurdert med bakgrunn i et begrunnet behov. Når kommunen tidligere har ønsket særskilt kompetanse er dette presisert i utlysningsteksten, for eksempel fysioterapeut for barnebehandling, for psykomotorisk fysioterapi o.s.v. "

(58) Det kan synes som kommunen her stiller krav om at søkerne skal være generalister. Kompetanse innen manuellterapi ble dermed ingen fordel – snarere en ulempe. Det fremgår av det som er sagt ovenfor at dette er en feil forståelse og en uriktig vurdering av As utdanning.

(59) Som begrunnelse for at kommunen ikke fant å innkalle A til intervju, er det vist til at hans søknad var mangelfull fordi den ikke redegjorde for hva han kunne bidra med til den aktuelle driftshjemmelen. Videre anføres det at hans CV indikerte ønsker og interesser om forskning og undervisning innen manuellterapi som gikk i en helt annen retning enn det som var kommunens behov, og at dette inntrykket var blitt bestyrket av tidligere samtaler som kommunen hadde hatt med ham om leie av lokaler for oppstart av egen virksomhet.

(60) A kunne nok ha presentert seg bedre i søknaden og forklart hvilke sider ved hans praksis som gjorde ham spesielt egnet til å inneha hjemmelen. De fleste av søknadene var imidlertid kortfattede på dette punktet. Innledningsvis uttaler A om sin karrieremålsetning at han ønsker å fortsette sin "utvikling som praktiserende fysioterapeut med videreutdanning i manuell terapi. Jeg ønsker å utvikle mine kliniske evner maksimalt". Hvorvidt hans ønske om å drive med forskning og undervisning lot seg kombinere med driftsavtalen med 36 timers arbeidsplikt per uke, er et spørsmål som er egnet til avklaring i intervju. Utlysningsteksten angir arbeidsområdet vidt – "voksne pasienter med behov for generell fysioterapi", og sett i lys av dette, kan jeg ikke se at hans søknad på noen måte skulle diskvalifisere ham fra å bli innkalt til intervju. Når A har søkt driftshjemmelen, må kommunens utgangspunkt være at han er interessert i å drive virksomheten i tråd med de forpliktelser som ligger i utlysningen. Det inntrykket kommunen fikk på et tidligere møte, som gjaldt leie av kommunens lokaler, kan ikke endre dette utgangspunktet. Han burde vært forespurt om han fastholdt sin interesse, og om de to kunne kombineres.

(61) Verken utformingen av søknaden eller kommunens tidligere kontakt med A om leie av lokaler ga tilstrekkelig foranledning til å anta noe annet enn at han var motivert for å

inneha hjemmelen. A var i realiteten ekskludert fra vurdering når han ikke ble innkalt til intervju. Ved ikke å innkalle A og konfrontere ham med kommunens antakelser om hans interesser og mulighet til å dekke kommunens behov, har kommunen brutt sin plikt til å utrede det faktiske grunnlaget for vedtaket, jf. forvaltningsloven § 17.

- (62) Denne feilen ble ikke rettet opp i klageomgangen. Misforståelsen om den kompetansen som manuellterapi innebærer, ble også videreført. A ga i sin klage uttrykk for at han var en bedre generalist på grunn av videreutdannelsen. Denne opplysningen burde klagenemnden ha undersøkt på betryggende måte. Nemnden viste i det hele liten selvstendighet i sin prøving av klagen.
- (63) Det er videre spørsmål om medarbeiderne på F var inhabile, og om det var en feil av kommunen å legge så stor vekt på instituttets innstilling. Medeierne i F – med unntak av B – sto for saksforberedelsen og var innstillingsorgan i tildelingen av den nye driftshjemmelen på 100 % som gikk til B.
- (64) Det følger av forvaltningsloven § 6 annet ledd, jf. § 10, at medarbeiderne ved instituttet vil være inhabile til å tilrettelegge grunnlaget for vedtaket når det foreligger ”særegne forhold” som er egnet til å svekke tilliten til deres upartiskhet. Etter bestemmelsen skal det blant annet legges vekt på om avgjørelsen i saken ”kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til”.
- (65) B var én av seks medeiere i F, hvorav de fem øvrige utgjorde innstillingsorganet. B arbeidet også til daglig sammen med medlemmene av innstillingsorganet.
- (66) Når en av instituttets medeiere og medarbeidere var søker til driftshjemmelen, må det være klart at de øvrige eierne av instituttet var inhabile til å stå for saksbehandlingen. Medeierposisjonen og det faktum at B i flere år hadde arbeidet sammen med dem, utgjør ”særegne forhold” som er egnet til å svekke tilliten.
- (67) Fra kommunens side er det anført at denne ordningen, hvor instituttene sto for vesentlige deler av saksbehandlingen, var nedfelt i avalen mellom KS og NFF, og at det derfor foreligger unnskyldelig rettsvillfarelse. Dette er jeg ikke enig i. Kommunen burde ha vært vel kjent med at forvaltningslovens inhabilitetsregler gjaldt når en medeier og medarbeider ved det aktuelle instituttet selv søkte driftshjemmel, uavhengig av hvilke alminnelige rutiner som ellers var etablert.
- (68) Når kommunen oppdaget at en av søkerne var medeier i F, skulle kommunen ha lagt om saksbehandlingsrutinene. Inhabilitetsinnsigelsen ble gjort gjeldende i As klage, uten at forholdet ble rettet opp av kommunen. Inhabiliteten forplantet seg dermed videre til klageomgangen.
- (69) I begrunnelsen for at B innstilles som nummer 1, vises det blant annet til at han hadde gode attester, er dyktig og allsidig og tar ansvar. Til sist heter det: ”Han var en sentral brikke i flytting til større lokaler, både med det praktiske arbeidet og det økonomiske grunnlaget. Han er i dag fullverdig deleier av instituttet og er et klart førstevalg”. B viser i sin søknad til at han året før valgte å kjøpe 1/6 av instituttet ”for å sikre driften”.

- (70) Det er uklart hvorfor Bs økonomiske tilskudd er omtalt i innstillingsorganets begrunnelse. Hvis investeringen er tillagt vekt, ville det være et utenforliggende hensyn. Jeg har imidlertid ikke grunnlag for å anta at kommunen har lagt vekt på dette.
- (71) Samlet sett finner jeg at behandlingen av As søknad ikke er i samsvar med forvaltningsloven og med god forvaltningsskikk. Kommunen burde ha involvert seg sterkere i saksbehandlingen og innkalt A til intervju og derved fått rede på hans preferanser. Sett i lys av at instituttet hadde innstilt den søkeren som var medeier i instituttet, anser jeg dette for å være en alvorlig feil. Den ble heller ikke rettet opp i klageomgangen.
- (72) Jeg er etter dette kommet til at saksbehandlingsfeilene utgjør et ansvarsgrunnlag for kommunen.
- (73) *Årsakssammenheng.*
- (74) For at kommunen skal bli erstatningsansvarlig, må det være en årsakssammenheng mellom de saksbehandlingsfeilene som er begått og det faktum at A ikke fikk driftshjemmelen. Spørsmålet blir om A ville fått tildelt hjemmelen dersom saksbehandlingen hadde gått riktig for seg. Det er A som har bevisbyrden for dette.
- (75) Kommunen har anført at det kreves ”klar” sannsynlighetsovervekt for årsakssammenhengen, og viser til at det er en nærliggende parallell til anbudsretten, hvor Høyesterett har stilt krav om vesentlig feil og klar sannsynlighetsovervekt, jf. Rt. 2001 side 1062 (Nucleus). Lagmannsretten var av samme oppfatning. A har på sin side anført at sakstypen må vurderes på linje med andre saker om offentlig myndighetsutøvelse, hvor kravet er ”rimelig” sannsynlighetsovervekt, jf. blant annet Rt. 1995 side 781 (Peelorg).
- (76) Sivilombudsmannen har trukket sammenligningen til offentlige ansettelser, og etter mitt syn er dette en mer nærliggende parallell enn anbudsretten. En driftsavtale innebærer en arbeidsplikt på et visst antall timer per uke. Ansettelse og tildeling av driftshjemmel har videre det til felles at avgjørelsene treffes på bakgrunn av søkerens faglige kvalifikasjoner; det er altså ikke snakk om konkurranse basert på pris og leveringsvilkår. Men det er også forskjeller – de fleste driftshjemler tildeles den enkelte fysioterapeut personlig, som selvstendig næringsdrivende, slik som i vår sak. En fysioterapeut som flytter fra ett institutt til ett annet i kommunen, tar derfor normalt med seg den tildelte driftshjemmelen.
- (77) Selv om både offentlige anskaffelser og tildeling av driftshjemler kan dreie seg om utkontrahering av offentlige tjenester, er bakgrunnen forskjellig. Kommunens inngåelse av driftsavtale med private fysioterapeuter er et alternativ til ansettelse i kommunal stilling, og skjer som ledd i kommunens plikt til å sørge for nødvendig helsetjeneste, jf. kommunehelsetjenesteloven § 1-1 og § 1-3 annet ledd nr. 3 og tredje ledd. Det gjelder med andre ord en offentlig primær oppgave, og tildelingen skjer ut fra lovbestemte krav om faglig skikkethet.
- (78) Som et ytterligere moment kommer tildelingens store betydning for fysioterapeutens yrkesutøvelse, ettersom driftshjemmel gir rett til å kreve refusjon fra folketrygden. I mange strøk av landet vil driftshjemmel i praksis kunne bety et tilnærmet monopol på utøvelse av fysioterapeutitjeneste i privat regi.

- (79) Slik jeg ser det, kan det således ikke trekkes noen direkte parallell fra andre sakstyper i spørsmålet om hvilke krav som skal gjelde til sannsynlighetsovervekt for årsakssammenheng, Spørsmålet må vurderes særskilt for driftshjemlene.
- (80) Avgjørelsen av hvem som er ”faglig best skikket” er basert på skjønn, og utfallet vil derfor kunne være beheftet med usikkerhet. Riktignok kan domstolene i utgangspunktet prøve både tolkning og anvendelse av kommunehelsetjenesteloven § 4-2 første ledd, slik jeg forstår bestemmelsen. Men domstolene vil ofte ha begrensede praktiske muligheter til å prøve skjønnen. Ved vurderingen av søkerens utdanning og arbeidserfaring kan retten riktignok støtte seg til sakkyndige uttalelser. Men personlig egnethet vil ikke så lett kunne bedømmes verken av sakkyndige eller domstol, og den informasjon som formidles i et intervju, kan vanskelig gjenskapes senere. Det kan også reises spørsmål om hvilken vekt domstolen skal tillegge kommunens egen vurdering av hvem som er best skikket. Vanskelighetene forsterkes når det skal foretas en sammenligning av mange søkere.
- (81) Derfor vil det være et gjennomgående trekk ved denne sakstypen at det hersker tvil om hvem som ville blitt tildelt driftshjemmelen hvis feil ikke var begått. Av den grunn bør det normalt kreves mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt for å konstatere årsakssammenheng. En kommune som begår feil i saker hvor de beste søkerne har relativt like kvalifikasjoner, ville ellers – i all fall i prinsippet – kunne risikere å komme i ansvar nærmest uansett hvem av disse som fikk hjemmelen. Stilles det på den annen side høye krav til sannsynligheten, vil det erstatningsrettslige vernet lett bli illusorisk, fordi det nesten alltid vil kunne vises til tvilsmomenter. Det er etter dette vanskelig å angi kravet mer presist enn at det normalt bør være en rimelig grad av sannsynlighetsovervekt for årsakssammenheng.
- (82) Hvilke krav som skal stilles til bevisene, avhenger av forholdene i saken – herunder bevissituasjonen, vurdert i lys av de feil som er begått. Som et alminnelig utgangspunkt bør det etter min mening kunne vises til konkrete forhold som gir en klar indikasjon på at den som søker erstatning, ville fått driftshjemmelen, dersom det ikke var begått feil. Når det gjelder den konkrete vurderingen kan det – som jeg skal komme tilbake til – likevel bli spørsmål om hvem som skal bære risikoen for usikkerhet som knytter seg til de enkelte momenter.
- (83) Jeg går så over til den konkrete vurderingen av om A ville fått driftsavtalen, dersom kommunen ikke hadde begått feil.
- (84) Fra As side er det gjort gjeldende at sammenligningen av hvem som er best skikket, i første rekke skal skje mellom A og B, fordi det var disse to det sto mellom i klageomgangen. Det er jeg ikke enig i. Klagenemnden ville med all sannsynlighet ha opphevet vedtaket, og det hadde da blitt en ny vurdering av søkerne. I utgangspunktet må det derfor sammenlignes med alle søkerne. I denne saken er det enighet mellom partene om at et utvalg på 12 søkere inneholder de mest aktuelle konkurrentene til A, slik at sammenligningen kan begrenses til disse.
- (85) For Høyesterett har A lagt frem sakkyndige uttalelser fra førsteamanuensis Alice Kvåle og manuellterapeut Eirik Rist Hauger. De to har vurdert utdanning, etterutdanningskurs og arbeidserfaring til 12 av søkerne, inkludert A. Den personlige egnetheten er ikke vurdert. Rangeringene gir derfor ikke uttrykk for hvem som er ”faglig best skikket” i

lovens forstand. Begge de sakkyndige har rangert A som nummer 1. De to som fikk hjemlene, kom langt lavere.

- (86) Det er fra kommunens side reist spørsmål om hvor upartiske de to sakkyndige er. Etter mitt syn har spørsmålet ikke så stor betydning, fordi begge rangeringer er basert på relativt objektive og målbare forhold, som utdanning og arbeidserfaring. Det er ingen uenighet om at A har den beste utdannelsen og lang arbeidserfaring – uenigheten dreier seg om antall måneder i arbeid og i kursvirksomhet. En fintelling her er ikke under noen omstendighet avgjørende for vurderingen. Kommunen har heller ikke lagt frem noen annen sakkyndig rangering.
- (87) Jeg legger etter dette til grunn at A hadde den klart beste utdannelsen, og var i tétstjikt når det gjaldt arbeidserfaring. Vurdert ut fra disse to formelle kriteriene peker A seg etter mitt syn ut som den klart faglig best skikkede. Det skal imidlertid foretas en samlet skjønnsmessig vurdering, hvor også den personlige egnetheten for driftshjemmelen har betydning. Utdanning og praksis er ikke avgjørende hvis det er klare holdepunkter for at han ikke ville nådd opp i vurderingen av personlig egnethet sammenlignet med de andre søkerne.
- (88) En slik sammenlignende vurdering av personlig egnethet er vanskelig å foreta. Det er imidlertid intet som tyder på at A ikke hadde de rent personlige egenskapene som skulle til for å behandle pasienter, eller at han manglet samarbeidsevner. As CV bærer også bud om en meget engasjert fysioterapeut med stor arbeidskapasitet. At han var interessert i faglig utvikling og forskning for å bli en bedre kliniker, må anses som en fordel og ikke som en ulempe, så lenge det kunne kombineres med arbeidet med voksne pasienter med behov for generell fysioterapi.
- (89) Når kommunens helsesjef, D, ikke fant ham personlig egnet, skyldtes det i følge kommunens advokat at han ikke trodde at A hadde motivasjon og tid til å få unna køene, særlig av kronikere i X. Dette er det sentrale ankepunktet mot A. Det er på dette punktet tvilen oppstår, og denne faktoren kan i utgangspunktet veie opp for både lengre utdanning og praksis. Størst er tvilen med hensyn til hjemmelen på 100 %. A måtte da bli funnet best kvalifisert av samtlige 12 søkere, og spørsmålet om han hadde tilstrekkelig interesse og orientering mot denne pasientgruppen vil her være et tvilsmoment. Mer nærliggende er det at han ville fått hjemmelen på 50 %, ettersom et annet resultat ville forutsatt at to i søkegruppen ble funnet bedre kvalifisert enn ham. Det kan riktignok hevdes at dersom As hadde en generelt svakere orientering mot denne pasientgruppen, ville han være mindre egnet også for 50%-hjemmelen. På den annen side ville en slik hjemmel lettere la seg kombinere med hans øvrige interesser, slik at innvendingen om arbeidskapasiteten ikke ville vært like sterk.
- (90) En del av bakgrunnen for denne usikkerheten, ligger i det faktum at A aldri ble innkalt til intervju, og aldri spurt om sin motivasjon og evne til å få ned køene, særlig av kronikerne. Heller ikke i klageomgangen ble han konfrontert med dette særskilte behovet – det er ikke nevnt i rådmannens innstilling til klagenemnden. Som påpekt var det feil av kommunen ikke å innkalle ham. Særlig sett i lys av inhabiliteten hos samtlige medlemmer av innstillingsorganet, ble det her begått en alvorlig feil fra kommunens side. Fordi usikkerheten i stor grad skyldes kommunens feil, mener jeg det er urimelig om A alene skal bære risikoen for den. I mangel av andre holdepunkter, må det derfor være riktig å

legge til grunn at han hadde interesse og evne til å arbeide med denne pasientgruppen. Tvilen må i første rekke gå ut over kommunen, som skulle ha brakt klarhet i forholdet.

- (91) Jeg finner etter dette at det er tilstrekkelig sannsynliggjort at A ville blitt tildelt driftshjemmelen på 100 % ved F, dersom kommunen ikke hadde begått feil. Kravet til årsakssammenheng er derved oppfylt.
- (92) *Økonomisk tap*
- (93) Erstatningen skal utmåles slik at A blir satt i samme økonomiske stilling han ville vært i dersom han hadde fått 100 % driftshjemmelen ved F. A har bevisbyrden for at han har lidt et økonomisk tap.
- (94) Tingretten anslo tapet ved ikke å få 100% driftstilskudd skjønnsmessig til 250 000 kroner. Noe tap i fremtidig inntekter fant tingretten ikke at A hadde lidt.
- (95) A hevder at han det første året var helt uten hjemmel og tapte rundt 215 000 kroner, som var driftstilskuddet for 2004. Våren 2005 fikk han 20 % driftstilskudd i G og mener derfor at han har tapt 80 % driftstilskudd frem til i dag, rundt 875 000 kroner. Ettersom han ikke har kunnet søke full hjemmel andre steder på grunn av sine økonomiske forpliktelser i G, mener han også å ha lidt et fremtidig tap i driftstilskudd, men medgir at det på et tidspunkt må forventes at han bryter båndene til G, og skaffer seg en full hjemmel et annet sted. Til sammen hevder han å ha lidd et tap på rundt 1,5 millioner kroner som følge av manglende driftstilskudd.
- (96) Jeg finner det ikke bevist at A har lidd et tap i driftstilskudd av en slik størrelsesorden. A har en tapsbegrensningsplikt, og det må forventes at han hadde søkt flere driftshjemler, og derved også fått fullt driftstilskudd på et langt tidlig tidspunkt enn han selv opererer med. Han har også vært ansatt i vikariater i deler av perioden. Jeg anslår skjønnsmessig hans netto tap i driftstilskudd til 250 000 kroner.
- (97) A mener dessuten at han har lidd et økonomisk tap i sin øvrige fysioterapivirksomhet. Han viser til at han har bygget opp en virksomhet på G, som først nådde full kapasitet i løpet av 2006. Dersom han hadde fått en 100 % driftshjemmel våren 2004 ved F, ville han hatt et langt større pasientgrunnlag slik at han ville ha oppnådd full kapasitet tidligere. I G måtte han starte med et beskjedent antall pasienter med bekkenlidelser. Han viser til at han hadde en omsetning som steg fra rundt 1 million kroner i 2005 til rundt 3,5 millioner kroner i 2007, og anslår sitt tap som følge av dette til maksimalt 3,5 mill kroner.
- (98) Jeg kan ikke se at A har dokumentert at han har lidd et tap som følge av forsinket oppstart. A oppgir bare omsetningstall og ikke tall for nettoinntekten fra virksomheten. Det er også en rekke andre usikkerhetsfaktorer, knyttet blant annet til ulikt pasientgrunnlag ved de to instituttene.
- (99) A har i det hele gitt et helt utilstrekkelig grunnlag for en erstatning i den størrelsesorden han krever. Jeg er etter dette kommet til at As erstatning passende kan settes til 250 000 kroner.
- (100) A har ikke fått medhold i sitt krav om erstatning for tapt inntekt, men har fått erstattet en mindre del av sitt påståtte tap av driftstilskudd. Han har dermed fått medhold av

betydning uten å vinne saken, jf. tvisteloven § 20-3, og kan tilkjennes sakskostnader dersom det foreligger tungtveiende grunner. A har vunnet frem i hovedspørsmålet om at erstatning skal tilkjennes, og han har hatt god grunn til å få saken prøvd. Dette taler for at sakskostnader tilkjennes. På den annen side har han for tre instanser krevd erstatning for tap som han ikke på noen måte har kunnet dokumentere. På denne bakgrunn finner jeg at A bør tilkjennes sakskostnader tilsvarende 70 % av det han har krevd for Høyesterett og lagmannsrett. As egne utgifter til arbeid med saken dekkes ikke, jf. § 20-5 første ledd siste setning. Tingrettens kostnadsavgjørelse på 90 000 kroner opprettholdes. For Høyesterett har A krevd dekket 365 070 kroner i sakskostnader med unntak av kompensasjon for eget arbeid, hvorav advokatsalær 331 250 kroner. For lagmannsretten har han krevd 304 100 kroner, hvorav advokatsalær 237 500 kroner. Til sammen utgjør det 669 170 kroner som inkluderer merverdiavgift, hvorav A tilkjennes 70 %, det vil si 468 419 kroner. Sakskostnadsbeløpet for alle tre instanser fastsettes etter dette til 558 419 kroner.

(101) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. X kommune betaler til A 250 000 – tohundreogfemtitusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
2. I sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett betaler X kommune til A 558 419 – femhundreogfemtiåttetusenfirehundreognitten – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

(102) Dommer **Coward**: Jeg er kommet til at anken ikke bør føre frem.

(103) Min begrunnelse er at jeg – uansett om kommunen har begått feil ved behandlingen av søknadene om driftstilskudd – ikke kan se at det kan få avgjørende betydning for utfallet av rettssaken. Lagmannsretten og førstvoterende ser dette som et spørsmål om årsakssammenheng mellom saksbehandlingsfeil og skade. En annen mulig konstruksjon er å se det som et spørsmål om kommunens resultat uansett er så forsvarlig at retten ikke har grunnlag for å sette det til side. Valget mellom de to betraktningmåtene får ikke avgjørende betydning for mitt syn på saken.

(104) Jeg nevner for øvrig at jeg i denne saken ikke ser noe klart skille mellom hva som skal sees som saksbehandlingsfeil, og hva som kan ha påvirket utfallet av kommunens saksbehandling.

(105) Ut fra min begrunnelse ser jeg det ikke som nødvendig å gå nærmere inn på omfanget og alvoret av eventuelle saksbehandlingsfeil. Jeg bemerker bare kort at også jeg ser svakheter ved kommunens saksbehandling. Særlig mener jeg at kommunen hadde grunn til å gå mer aktivt inn i saksbehandlingen når F hadde innstilt som nr. 1 en søker med så nær tilknytning til instituttet som B. Det ville blant annet vært en fordel om kommunen hadde sørget for at også A ble intervjuet. I lys av den kontakten som kommunens helsesjef og sjefsfysioterapeut allerede hadde hatt med A, ser jeg likevel dette som en mindre alvorlig svakhet enn det førstvoterende gir uttrykk for. I større grad enn førstvoterende mener jeg at det må gå utover A selv at han leverte en søknad som i liten

grad viste hans kvalifikasjoner og interesse for nettopp det driftstilskudd som var utlyst, Jeg viser til uttalelser i juridisk teori om at en søker i atskillig grad må ventes å få frem i søknaden det som taler til fordel for ham eller henne, se Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 8. utgave side 250 og Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 3. utgave side 467.

- (106) Hva som skal være avgjørende ved tildelingen av driftstilskudd – hvem som er ”faglig best skikket” – er kommentert av Sivilombudsmannen i hans uttalelse i As sak. Det heter der blant annet:

”Jeg har i flere tidligere saker lagt til grunn at tildelingen av avtalehjemler for leger og fysioterapeuter m.v. må bygge på en vurdering som i det vesentlige er lik den som gjelder ved tilsetninger, jf. bl.a. ombudsmannens årsmelding for 2004 side 112-116. Innholdet i kvalifikasjonsvurderingen som skal foretas i tilsettingssaker kan formuleres slik:

’Siktemålet vil normalt være å finne frem til den av søkerne som etter en skjønnsmessig helhetsvurdering må anses som best kvalifisert. Ved vurderingen tas utgangspunkt i kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysningsteksten, samt eventuelle lov- og avtalefestede krav. For øvrig vil sentrale momenter være utdanning, praksis og personlig skikkethet.’”

- (107) Det er altså en skjønnsmessig helhetsvurdering som skal foretas, rettet mot stillingsbeskrivelsen i utlysningen. Foruten utdanning skal det legges vekt på praksis og personlige egenskaper. Jeg ser annerledes enn førstvoterende på vurderingen av A ut fra hans søknad – en søknad som etter mitt syn i liten grad er rettet mot utlysningen.
- (108) A har en sterk formell utdanning ved sin tilleggsutdanning som manuell terapeut. I vurderingene fra As to private sakkyndige vitner ser det ut til at denne tilleggsutdanningen må få avgjørende betydning. Men jeg er enig med kommunen i at disse vurderingene må sees i lys av at begge vitnene har en sterk tilknytning til manuell terapi-miljøet, og dermed naturlig kan vurdere betydningen av denne utdanningen høyere enn andre nødvendigvis vil gjøre. I ganske særlig grad kan dette gjelde for Eirik Rist Hauger, som er styremedlem i en medlemsorganisasjon for manuell terapeuter. Men det kan også gjelde for Alice Kvåle, som oppgir at hun siden 2001 har ledet ”Masterstudium i helsefag – Studieretning Klinisk masterstudium i manuellterapi for fysioterapeuter”. Som nevnt fra kommunen, hadde de begge også hatt kontakt med A, men ikke med andre søkere. Professor Anne Marit Mengshoel, som fra 2004 har vært professor ved Seksjon for helsefag ved Medisinsk fakultet ved Universitetet i Oslo, gir uttrykk for en langt mer nyansert vurdering:

”Å hevde at en manuell terapeut i sin alminnelighet er bedre skikket enn en fysioterapeut uten tilleggsutdanning til å utøve generell fysioterapi og som dermed automatisk må ha forrang ved ansettelse, kan en ikke si som en generell regel. Det lar seg ikke gjøre å være kategorisk og legge til grunn at en fysioterapeut med en tilleggsutdanning til enhver tid vil være bedre faglig skikket enn en uten tilleggsutdanning. Dette gjelder uavhengig av om tilleggsutdannelsen er innen manuell terapi, en annen av spesialiseringsretningene eller avlagt mastergrad. Dette er som tidligere nevnt en skjønnsmessig vurdering.”

- (109) I utlysningsteksten het det for både 100 prosent- og 50 prosentavtalehjemmelen som A søkte på, at arbeidsoppgavene ”... vil i hovedsak være rettet mot voksne pasienter med behov for generell fysioterapi”. Kommunen hadde et klart behov for å skaffe behandling for pasienter som sto på de lengste ventelistene i kommunen, der legenes henvisninger

gjaldt generell fysioterapi. Den CVen som A la ved søknaden, hadde imidlertid en innledning om hans karrieremålsetting som ga inntrykk av at det særlig var manuell terapi og forskning og undervisning i tilknytning til det som var As interesseområde:

”KARLÆRE MÅLSETNING:

fortsette min utvikling som privatpraktiserende fysioterapeut med videreutdanning i manuell terapi. Jeg ønsker å utvikle mine kliniske evner maksimalt. Jeg planlegger å fortsette min forskning for å fremme effekter av manuell terapi og jeg håper å publisere min forskning på 'inter-tester reliability of palpation of spinal vertebral levels' i løpet av 2004. Jeg er også interessert i å fortsette med undervisning og kursvirksomhet.”

- (110) I tillegg til opplysningen om tilleggsutdanningen som manuell terapeut inneholdt As innsendte CV en lang liste over kurs han har gjennomført. Det har vært vanskelig – selv ved tredjeinstansbehandlingen for Høyesterett – å få klarhet i hva kursene nærmere innebar, men det synes som de i det alt vesentlige inngår i videreutdanningen som manuell terapeut, og altså innebærer lite i tillegg til det at han har denne videreutdannelsen. CVen inneholdt også en liste over As praksis, men praksisperiodene er lite belagt med attester som kan forklare hva praksisen har gått ut på, og relevansen for et slikt driftstilskudd som utlysningen gjaldt. Jeg ser det som klart at en ren opptelling av timer kurs innen fysioterapi og måneder praksis i faget må ha begrenset betydning ved vurderingen av søkerne.
- (111) X kommunes sjefsfysioterapeut, E, har en meget bred erfaring innen fysioterapifaget – som kliniker, som instruktør og sensor, og som administrator. Hun fremhever i bevisopptak kommunens prioritering – altså å få et generelt fysioterapitilbud til de dårligste pasientene, kronikerne, der behandlingsskøene var lengst. Når hun så redegjør for vurderingen av hvem som skal anses som faglig best skikket, og spesielt for den konkrete vurderingen av A, fremhever hun at hans tilleggsutdanning gikk i en annen retning enn det kommunen hadde definert som sitt behov:

”Ved vurderingen av 'faglig best skikket' ser vitnet på utdanning, erfaring og personlig egnethet. Det foretas en helhetsvurdering, og hver søknad vurderes konkret med utgangspunkt i kommunens behov. Det var vitnets inntrykk at A i sin søknad ga veldig klart uttrykk for sin karrieremålsetting som var videre fordypning og forskning innen manuell terapi og å drive med undervisning. Hun mente at han også nevnte utveksling av studenter mellom USA og Norge. Hans CV viste også en interesse i retning mot manuell terapi og dens virksomhetsområde, blant annet gjennom all kursvirksomhet fra 1999 og fremover. Tilleggsutdannelsen innen manuellterapi var ikke diskvalifiserende, men gikk i en annen retning enn det kommunen hadde definert som sitt behov. De var ute etter en fysioterapeut som viste interesse for det området de hadde behov innenfor. Dette kunne de ikke lese verken av søknaden eller As CV. Søknaden var nok en bekreftelse på det A tidligere hadde formidlet til helsesjef og sjefsfysioterapeut, herunder også som interessant i å leie lokaler for å bygge opp et senter. Det kunne ikke leses av søknaden at han var interessert i, eller ville foretrekke å arbeide med, kronikergruppen på et vanlig fysikalsk institutt.”

- (112) De to søkerne som kommunen innstilte først – B og C – hadde begge allerede arbeidet i X kommune som fysioterapeuter, og de som vurderte søknadene i kommunen, må dermed ha hatt et godt grunnlag for å vurdere deres faglige skikkethet for de utlyste avtalehjemlene. Når det gjelder A, hadde han, som kommunen har påpekt, også søkt flere driftstilskudd i andre kommuner uten å være vurdert som den beste av søkerne.
- (113) Domstolene står ikke godt til for å vurdere forskjellige fysioterapeuter opp mot hverandre når det gjelder hvor skikket de er til å behandle bestemte pasientgrupper. Skal Høyesterett

nå sette til side X kommunes vurdering, bør det etter min mening kreves at det ikke fremstår som en forsvarlig avgjørelse at A ikke ble tildelt driftstilskudd. Eller – formulert ut fra et spørsmål om årsakssammenheng – man bør kreve relativt sikre holdepunkter for at en riktig saksbehandling, inkludert forståelsen av uttrykket ”faglig best skikket”, ville ført til at A ble tildelt slikt tilskudd. Jeg kan ikke se at kravet etter noen av disse betraktningmåtene er oppfylt.

- (114) Etter dette går jeg ikke inn på om A har lidt noe økonomisk tap ved ikke å ha blitt tildelt driftstilskudd.
- (115) Dommer **Tønder:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, kst. dommer Sverdrup.
- (116) Dommer **Bårdsen:** Likeså.
- (117) Dommer **Gussgard:** Likeså.
- (118) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. X kommune betaler til A 250 000 – tohundreogfemtitusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
2. I sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett betaler X kommune til A 558 419 – femhundreogfemtiåttetusenfirehundreognitten – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: