

## **Klagerett ved tildeling av avtalehjemler i lege- og fysioterapitjenesten**

Tildeling av avtalehjemmel, herunder avtalehjemmel i selskap, er et enkeltvedtak med klagerett etter forvaltningsloven kapittel VI.

Ved en klagebehandling er underinstansen det organet som i samsvar med kommunens delegasjonsreglement har fattet vedtaket om tildeling av avtalehjemmel. Underinstansen forbereder klagesaken i samsvar med forvaltningsloven § 33, og skal herunder varsle motparter (i praksis den som er tildelt hjemmelen og øvrige søkere) og sette frist for uttalelse. Underinstansen har også en viss adgang til å omgjøre sitt vedtak uten å sende saken til klageinstansen.

Klageinstans ved klage over vedtak om tildeling av avtalehjemmel er kommunestyret, eventuelt etter kommunestyrets bestemmelse formannskapet eller klagenemnd dersom dette er opprettet, se forvaltningsloven § 28 andre avsnitt. Klageinstansens realitetsvedtak i klagesak kan ikke påklages, jf forvaltningsloven § 32. Klageinstansens eventuelle vedtak om å avvise klagen på formelt grunnlag, kan i noen tilfeller påklages til Fylkesmannen.

Søkere som ikke får tilbud er parter i saken. De må i vedtaket gjøres oppmerksom på klageretten i forbindelse med kommunens tildelingsvedtak, se forvaltningsloven § 27 tredje avsnitt.

Det er den enkelte søker som er part og har klagerett - "rettslig klageinteresse". Hvorvidt instituttet/gruppepraksisen på grunn av sin rolle i ASA 4313 punkt 6.2/ASA 4310 punkt 5.5 har rettslig klageinteresse må vurderes konkret. Som utgangspunkt innebærer en slik adgang til å uttale seg ikke at man får en posisjon som part eller rettslig klageinteressert, men basert på rettspraksis kan det tenkes særlige tilfeller der man anser at rettslig klageinteresse og partsstatus foreligger.

Dersom et vedtak om tildeling påklages av en med rettslig klageinteresse - på formelt riktig måte og innen klagefristen - har kommunen (dvs klageinstansen) adgang til å prøve alle sider av saken og endre vedtaket også til ugunst for den som ble tildelt avtalehjemmelen, og tildele denne til en annen, se forvaltningsloven § 34. Det er selvsagt en forutsetning at forberedelsen i klagesaken har skjedd på en grundig måte. Alle parter har rett til å bli kjent med hverandres synspunkter, i tråd med bestemmelsene i forvaltningsloven kapittel VI.

Som ledd i en klagesak må kommunen også ta stilling til om det skal besluttes utsatt iverksetting/oppsettende virkning som følge av klagen, se forvaltningsloven § 42. Dersom dette ikke besluttes bør den som er tildelt hjemmel gjøres kjent med risikoen ved oppstart av virksomhet før klagesaken er behandlet.

Kommunen har ikke har plikt til å gi en klage oppsettende virkning (utsette tiltredelsen) i påvente av klagebehandlingen eller eventuelt søksmål - se forvaltningsloven § 42 - men kommunen kan beslutte det dersom man finner grunn til det. Dersom kommunen føler seg rimelig trygg på at man har gjort et forsvarlig vedtak, er det normalt ikke grunn til å beslutte utsatt iverksetting som følge av klage og i alle fall ikke som følge av søksmål.

En klager som ikke får medhold kan gå til søksmål mot kommunen. Selv om det i et etterfølgende søksmål slås fast at det heftet en såkalt tilblivelsesmangel ved tildelingsvedtaket (typisk saksbehandlingsfeil, uriktige skjønnsforutsetninger, utenforliggende hensyn som kan ha virket inn), er den klare hovedregelen i rettspraksis at tildelingsvedtaket ikke kjennes ugyldig. Man fratår altså ikke den begunstigede godet til tross for feilen. Speilbildet er at saksøker (den forbigåtte) da heller ikke kan tildeles dette godet av domstolen.

Saksøker (den forbigåtte) må etter dette som hovedregel nøye seg med å kreve erstatning av kommunen som følge av feilene, og vedkommende kan ikke kreve dom for at kommunen skal gi ham/henne et tilsvarende gode - i dette tilfellet en avtalehjemmel til.

For å få erstatning må saksøker (den forbigåtte) også dokumentere et økonomisk tap og ikke minst årsakssammenheng mellom tap og kommunens feil (i praksis at akkurat saksøker ville fått hjemmelen om alt hadde gått riktig for seg). Det siste er det normalt vanskelig å bevise når det har vært flere søkere inne i bildet.