



## ML í lögfræði

Huglægt mat við stöðuveitingar  
á opinberum vinnumarkaði

**Desember, 2018**

**Nafn nemanda:** Ingibjörg Óðinsdóttir

**Kennitala:** 190166 – 4229

**Leiðbeinandi:** Sonja Ýr Þorbergsdóttir

## Útdráttur

Í ritgerð þessari verður leitast við að rannsaka hvaða reglur gilda um stöðuveitingar á opinberum vinnumarkaði og hvernig þær hafa verið mótaðar samkvæmt túlkun endurskoðunaraðila. Áhersla verður lögð á að rannsaka hversu mikið vægi huglægt mat getur haft í hæfnismati og þá hvaða vinnubrögð þurfi að viðhafa í ráðningarferlinu til að hæfnismatið teljist málefnalegt og lögmætt. Í því skyni verður litið til úrlausna Hæstaréttar, héraðsdómstóla, kærunefndar jafnréttismála og Umboðsmanns Alþingis.

Rannsóknin leiddi í ljós að góður undirbúningur er lykilatriði, en í honum felst meðal annars að starfsauglýsingin endurspegli á hvaða sjónarmið lögð verði áhersla í hæfnismatinu. Einnig er mikilvægt að veitingarvaldshafar framkvæmi faglegt, heildstætt mat á umsækjendum sem stutt er gögnum og að þeir fylgi reglum stjórnsluréttar á meðan á ráðningarferlinu stendur til gæta jafnræðis og tryggja umsækjendum réttláta málsmeðferð. Við yfirferð endurskoðunaraðila er hvert mál skoðað heildstætt og metið út frá eðli starfsins, málsmeðferðinni, rökstuðningi stjórnvaldsins og markmiði laganna.

## Abstract

The objective of this thesis is to explore what law apply to the recruitment process in the public sector and how they have been shaped according to the interpretation of reviewing bodies. An emphasis will be put on investigating how much weight subjective factors can have on the assessment of abilities, and then what kind of practices are needed during the recruitment process so that the assessment is considered to be objective and legal. For that purpose conclusions of the Supreme Court, District Courts, The Gender Equality Complaints Committee and the Althing Ombudsman will be taken into consideration.

The study revealed that good preparation is a key factor, and among other things that includes that the job advertisement reflects what kind of values will be put on the assessment on abilities. It is also important that recruiters perform a professional assessment on applicants, supported by documentation, and that they follow the policies of the administrative law during the recruitment process to ensure equality and righteous procedures. During the investigation of the reviewing bodies each case is estimated in a comprehensive way and evaluated according to the nature of the position, the procedure, the argument of the authority and the purpose of the law.

## Formáli

Ritgerð þessi er lokaverkefni mitt til meistaraþrófs í lögfræði við lagadeild Háskólans í Reykjavík. Leiðbeinandi minn var Sonja Ýr Þorbergsdóttir, stundakennari við lagadeild Háskólans í Reykjavík, og vil ég þakka henni innilega fyrir uppbyggjandi og góða leiðsögn og endurgjöf.

Í þessari rannsókn verður leitast við að kanna hvaða reglur gilda um stöðuveitingar á opinberum vinnumarkaði og hvernig þær hafa verið mótaðar samkvæmt túlkun endurskoðunaraðila. Áhersla verður lögð á að rannsaka hversu mikið vægi huglægt mat getur haft í hæfnismati og þá hvaða vinnubrögð þurfi að viðhafa í ráðningarferlinu til að hæfnismatið teljist málefnalegt og lögmætt. Mannauðsfræðin gefa svigrúm til að meta umsækjendur um starf útfrá ólíkum þáttum, til dæmis menntun, reynslu og persónulegum eiginleikum, og byggja því að hluta til á huglægu mati í ráðningarferlinu, líkt og viðtölum, umsögnum og prófum. Þó að ráðningarferlið sé að mörgu leyti sambærilegt á opinbera og almenna vinnumarkaðinum felst munurinn helst í því að í einkageiranum eru atvinnurekendur bundnir af því að gera ekkert sem lögin banna, en á opinbera vinnumarkaðinum er þeim þrengri stakkur sniðinn vegna reglna sem gilda um málsmeðferðina, undirbúning og töku stjórnvaldsákvörðana. Í einhverjum tilvikum hefur stjórnvaldið því ef til vill tekið ákvörðun um að ráða ekki þann umsækjanda sem hæfastur þótti í starfið, til dæmis vegna persónulegra eiginleika, heldur þann sem auðveldara var að rökstyðja ákvörðun um útfrá hlutlægum samanburði, í þeim tilgangi að forðast eftirmála í dómskerfinu.

Höfundur lét forvitni á að vita hvernig reglurnar hafa verið túlkaðar í framkvæmd og með hvaða hætti endurskoðunaraðilar meta réttmæti huglægs mats við stöðuveitingar. Einnig hvaða kröfur veitingarvaldshafar þurfi að uppfylla í málsmeðferðinni til að ákvörðun þeirra teljist vera byggð á málefnalegum sjónarmiðum. Verður það rannsakað með því að líta til dómafordæma, úrskurða og álita umboðsmanns Alþingis í málum þar sem viðfangsefnið var að leysa úr ágreiningi sem skapast hefur þegar veitingarvaldshafi er talinn hafa byggt ákvörðun sína um stöðuveitingu á huglægu mati sem leiddi til ómálefnalegar niðurstöðu.

Uppbygging ritgerðarinnar miðast við að auðvelda þeim sem sjá um stöðuveitingar á opinberum vinnumarkaði að átta sig á þeim lagalegu skyldum sem á þeim hvíla og til að sjá heildarmyndina í lagalegu samhengi.

## Efnisyfirlit

Útdráttur .....	ii
Abstract .....	iii
Formáli .....	iv
Frumheimildaskrá .....	vii
1. Stöðuveitingar á opinberum vinnumarkaði .....	1
1.1. Yfirlit yfir löggjöf sem á við um stöðuveitingar .....	2
1.1.1. Ný lög um jafna meðferð á vinnumarkaði .....	4
1.2. Forgangsreglur við stöðuveitingar .....	5
1.3. Efnisreglur stjórnisýsluréttarins .....	6
1.3.1. Lögmætisreglan .....	7
1.3.2. Réttmætisreglan .....	8
1.3.3. Jafnræðisreglan .....	9
1.3.4. Meðalhófsreglan .....	10
1.4. Lagalegar skyldur veitingavaldshafa .....	10
1.4.1. Rannsóknar- og leiðbeiningaskylda .....	11
1.4.2. Skráningarskylda .....	12
1.4.3. Andmælaréttur .....	13
1.4.4. Birting ákvörðunar og rökstuðningur .....	14
1.4.5. Réttur til aðgangs að gögnum og kærueimildir .....	16
2. Undirbúningur og framkvæmd stöðuveitinga .....	18
2.1. Starfsgreining og hæfniskröfur .....	19
2.2. Mikilvægi auglýsingar .....	19
2.3. Útvistun ráðningarferlis .....	21
2.4. Framkvæmd hæfnismats .....	22
2.5. Viðtöl og próf .....	25

2.6.	Álitsumleitan.....	27
3.	Hlutlægt mat og huglægt.....	28
3.1.	Huglægt mat á umsækjendum .....	28
3.2.	Dómar sem fjalla um huglægt mat.....	30
3.2.1.	Tilvísun í innihald auglýsingar .....	31
3.2.2.	Bent á rannsóknarskyldu veitingarvaldshafa.....	34
3.2.3.	Bent á mikilvægi gagnaöflunar.....	39
3.2.4.	Bent á mikilvægi jafnræðis og hlutleysis .....	43
3.2.5.	Áhersla á skráningarskyldu veitingarvaldshafa .....	46
3.2.6.	Andmælaréttur vegna umsagna og nýrra gagna .....	50
3.2.7.	Áhersla lögð á heildstætt mat á umsækjendum .....	53
4.	Helstu niðurstöður .....	63
	Heimildaskrá .....	67

## **Frumheimildaskrá**

### **Lagaskrá**

Stjórnsýslulög nr. 37/1993

Lög um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins nr. 70/1996

Sveitarstjórnarlög nr. 138/2011

Lög um jafna meðferð á vinnumarkaði nr. 86/2018

Lög um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla nr. 10/2008

Lög um málefni fatlaðra nr. 59/1992

Upplýsingalög nr. 140/2012

Lög um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga nr. 77/2000

## **Lögskýringargögn**

### **Alþingistíðindi**

Alþt. 1992-1993, A-deild, þskj. 505 - 313 mál.

Alþt. 1995-1996, A-deild, þskj. 650 - 372 mál

Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 223 - 215 mál

Alþt. 2016-2017, A-deild, þskj. 568 - 435 mál

## **Dómaskrá**

### **Dómar Hæstaréttar**

Hrd. 2. desember í máli nr. 339/1990 Menntamálaráðherra gegn Jafnréttisráði vegna Helgu Kress  
bls. 2230

Hrd. 10. maí 2007 í máli nr. 647/2006 Salmann Tamimi gegn Landspítala-háskólasjúkrahúsi

Hrd. 10. mars 2005 í máli nr. 378/2004 Heilbrigðisstofnun Austurlands gegn Þórhalli Þórhallssyni

Hrd. 10. október 2002 í máli nr. 121/2002 Íslenska ríkið gegn Kolbrúnu Sævarsdóttur

Hrd. 14. apríl 2011 í máli nr. 412/2010 Íslenska ríkið og Árni M. Mathiesen gegn Guðmundi Kristjánssyni

Hrd. 15. janúar 2015 í máli nr. 364/2014 Landspítali gegn Stefáni Einari Matthíassyni

Hrd. 19. desember 2017 í máli nr. 591/2017 Ástráður Haraldsson gegn íslenska ríkinu

Hrd. 22. janúar 2004 í máli nr. 330/2003 Leikfélag Akureyrar gegn Jafnréttisstofu vegna Hrafnhildar Hafberg

Hrd. 24. september 2009 í máli nr. 686/2008 Ingileif S. Kristjánsdóttir gegn íslenska ríkinu

Hrd. 31. janúar 2002 í máli nr. 314/2001 Jóhann S. Stefánsson gegn Siglufjarðarkaupstað

### **Dómar héraðsdómstóla**

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 5. júlí 2018 í máli nr. E-2995/2017

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 8. janúar 2009 í máli nr. E-1164/2008

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 16. desember 2014 í máli nr. E-758/2014

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 23. apríl 2010 í máli nr. E-3614/2009

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 26. júní 2017 í máli nr. E-3058/2016

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 27. nóvember 2017 í máli nr. E-2203/2016

### **Úrskurðir**

Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 1. júlí 2002 í máli nr. 3/2002

Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 2. mars 2006 í máli nr. 7/2005

Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 4. maí 2017 í máli nr. 2/2017

Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 5. apríl 2004 í mál nr. 14/2003



Úrskurður kæruneftndar jafnréttismála 7. janúar 1999 í máli nr. 11/1999

Úrskurður kæruneftndar jafnréttismála 11. desember 2008 í máli nr. 7/2008

Úrskurður kæruneftndar jafnréttismála 12. júní 2015 í máli nr. 1/2015

Úrskurður kæruneftndar jafnréttismála 12. maí 2015 í máli nr. 8/2014

Úrskurður kæruneftndar jafnréttismála 13. október í máli nr. 6/2015

Úrskurður kæruneftndar jafnréttismála 20. október 2014 í máli nr. 3/2014

Úrskurður kæruneftndar jafnréttismála 22. desember 2011 í máli nr. 7/2011

Úrskurður kæruneftndar jafnréttismála 22. mars 2011 í máli nr. 3/2010

Úrskurður kæruneftndar jafnréttismála 26. september 2013 í máli nr. 4/2013

## Álit

Álit umboðsmanna Alþingis 26. maí 2003 í máli nr. 3616/2002

Álit umboðsmanns 28. janúar 2008 í máli nr. 4699/2006

Álit umboðsmanns Alþingis 29. mars 1994 í máli nr. 887/1993

Álit umboðsmanns Alþingis 1. október 2013 í máli nr. 6395/2011

Álit umboðsmanns Alþingis 3. maí 2004 í máli nr. 3882/2003, 3909/2203, 3980/2003

Álit umboðsmanns Alþingis 4. febrúar 2013 í máli nr. 6614/2011

Álit umboðsmanns Alþingis 5. desember 2014 í máli nr. 7889/2014

Álit umboðsmanns Alþingis 5. febrúar 2002 í máli nr. 3245/2001

Álit umboðsmanns Alþingis 5. febrúar 2002 í máli nr. 3245/2001

Álit umboðsmanns Alþingis 06. júní 2005 í máli nr. 4249/2004

Álit umboðsmanns Alþingis 10. desember 2008 í máli nr. 5124/2007 og 5196/2007

Álit umboðsmanns Alþingis 10. september 1992 í máli nr. 382/1991

Álit umboðsmanns Alþingis 11. mars í máli nr. 3306/2001

Álit umboðsmanns Alþingis 15. júlí 2005 í máli nr. 3977/2003

Álit umboðsmanns Alþingis 15. mars 2011 í máli nr. 6121/2010

Álit umboðsmanns Alþingis 18. febrúar 2014 í máli nr. 7241/2012

Álit umboðsmanns Alþingis 18. júní 2010 í máli nr. 5947/2010

Álit umboðsmanns Alþingis 18. júní 2012 í máli nr. 5864/2009

Álit umboðsmanns Alþingis 18. júní 2012 í máli nr. 6137/2010

Álit umboðsmanns Alþingis 20. febrúar 2001 í máli nr. 2701/1999

Álit umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 í máli nr. 4210/2004

Álit umboðsmanns Alþingis 22. júní 2000 í máli nr. 2795/1999

Álit umboðsmanns Alþingis 24. mars 2010 í máli nr. 5424/2008

Álit umboðsmanns Alþingis 28. júní 2013 í máli nr. 6649/2011

Álit umboðsmanns Alþingis 28. maí 2004 í máli nr. 3989/2004

Álit umboðsmanns Alþingis 28. september 2009 í máli nr. 5466/2008

Álit umboðsmanns Alþingis 29. febrúar 2000 í máli nr. 2641/1999

Álit umboðsmanns Alþingis 30. desember 2005 í máli nr. 4413/2005

Álit umboðsmanns Alþingis 30. desember 2008 í máli nr. 5220/2008 og 5230/2008

Álit umboðsmanns Alþingis 30. maí 2005 í máli nr. 4205/2004

Álit umboðsmanns Alþingis 30. maí 2014 í máli nr. 7382/2013

Álit umboðsmanns Alþingis 30. september 2014 í máli nr. 7923/2014

Álit umboðsmanns Alþingis 31. desember 2010 í máli nr. 5740/2009

Álit umboðsmanns Alþingis 31. júlí 2000 í máli nr. 2696/1999

Álit umboðsmanns Alþingis 31. mars 2011 í máli nr. 5778/2009

## 1. Stöðuveitingar á opinberum vinnumarkaði

Hugtakið stöðuveiting nær bæði til ráðninga og skipunar í embætti. Hér verður fjallað um stöðuveitingar opinberra starfsmanna hjá bæði ríki og sveitarfélögum, þó löggjöfin sé ekki alveg sú sama fyrir starfsmenn ríkisins og sveitarfélaga eins og nánar verður vikið að síðar.

Það er talin óskráð grundvallarregla í íslenskum rétti að við stöðuveitingar á opinberum vinnumarkaði beri veitingavaldshafa að velja hæfasta umsækjandann í starfið hverju sinni.<sup>1</sup> Í íslenskum rétti hafa hins vegar ekki verið lögfestar almennar reglur um það hvaða sjónarmið eigi að leggja til grundvallar ákvörðun um veitingu á opinberu starfi þegar almennum hæfisskilyrðum sleppir. Er þá almennt talið að meginreglan sé sú að veitingarvaldshafi ákveði á hvaða sjónarmiðum hann byggir slíka ákvörðun ef ekki er sérstaklega mælt fyrir um það í lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum.<sup>2</sup> Veitingarvaldshafi hefur því ákveðið svigrúm við stöðuveitingar sem talið hefur verið hluti af svokölluðum stjórnunarrétti vinnuveitanda með þeim rökum að ef lög mæla ekki fyrir um annað hljóti hann að vera best til þess fallinn að meta það hverju sinni hvern hann ræður til starfa og á hvað hann vilji leggja áherslu, til dæmis varðandi hæfniskröfur og innbyrðis vægi þeirra. Hann er þó alltaf bundinn af reglum stjórnsluréttar og verður að rökstyðja sínar ákvarðanir útfrá þeim. Tilgangur laganna er að gæta hagsmuna almennings og auka réttaröryggi borgaranna til þess meðal annars að tryggja að veitingarvaldshafi taki ekki ákvarðanir um stöðuveitingu að eigin geðþótta heldur í samræmi við þá almannahagsmuni sem honum er ætlað að standa vörð um. Í reglunum er að finna þær málsmeðferðar- og efnisreglur sem almennt gilda um stjórnslumál og veitingavaldshafa ber að fylgja.

Í þessum kafla verður fjallað um þá málsmeðferð sem veitingarvaldshafi þarf að viðhafa við ákvarðanatöku um stöðuveitingar á opinberum vinnumarkaði. Kemur þar til álita hvaða lög og reglur eiga við, hvað telst vera stjórnvaldsákvörðun, hvert markmið laganna er og hvaða reglur hafa forgang. Einnig verður fjallað stuttlega um efnisreglur stjórnsluréttar og lagalegar skyldur veitingavaldshafa.

---

<sup>1</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 30. desember 2008 í máli nr. 5220/2008 og 5230/2008.

<sup>2</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 31. mars 2011 í máli nr. 5778/2009.

## 1.1. Yfirlit yfir löggjöf sem á við um stöðuveitingar

Við stöðuveitingar á opinberum vinnumarkaði er eða veitingarvaldshafi bundinn af ýmsum reglum sem honum ber að líta til og fylgja. Fyrst má þar nefna að honum ber að fylgja reglum stjórnarsýsluréttar alveg frá upphafi undirbúnings til enda ráðningarferlis. Ástæðan er sú að ákvörðun um stöðuveitingu telst vera stjórnvaldaákvörðun og við allar slíkar ákvarðanir gilda ákvæði stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 (stjórnarsýslulög). Stjórnvaldsákvörðun er þegar stjórnvöld taka ákvarðanir um rétt eða skyldu manna, eins og fram kemur í 2. mgr. 1. gr. laganna. Í athugasemdum við fyrstu greinina í frumvarpi laganna er enn ítarlegri útskýring, en þar kemur fram að löggjafinn telji allar ákvarðanir um skipun, setningu og ráðningu opinberra starfsmanna, svo og lausn þeirra frá störfum og brottvikningu þeirra, flokkast undir stjórnvaldsákvarðanir.<sup>3</sup>

Um stöðuveitingar á opinberum vinnumarkaði gilda því meginreglur (almennar grundvallarreglur) stjórnarsýsluréttar, bæði skráðar og óskráðar, sem fjalla um þær málsmeðferðar- og efnisreglur sem almennt gilda um töku stjórnvaldsákvarðana og lúta bæði að þeirri málsmeðferð sem ber að viðhafa og að efni málsins. Óskráðar reglur er eðli málsins samkvæmt hvergi að finna í lagasafninu heldur byggja þær á venjum, fordæmum, lagarökum og/eða sjónarmiðum sem eiga við um þessi mál.<sup>4</sup> Loks geta ýmis önnur lög og stjórnvaldsfyrirmæli átt við hverju sinni, til dæmis sérlög sem gilda um viðkomandi stjórnvald með reglur sem hafa þýðingu fyrir stöðuveitingar, og kjarasamningar ríkisstarfsmanna og starfsmanna sveitarfélaga.

Hér er yfirlit yfir helstu lög og stjórnvaldsfyrirmæli sem taka þarf tillit til við stöðuveitingar:

- Stjórnarsýslulög nr. 37/1993.
- Lög um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins nr. 70/1996.
- Sveitarstjórnarlög nr. 138/2011.
- Lög um jafna meðferð á vinnumarkaði nr. 86/2018.
- Lög um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla nr. 10/2008.
- Lög um málefni fatlaðra nr. 59/1992.
- Upplýsingalög nr. 140/2012.
- Lög um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga nr. 77/2000.

---

<sup>3</sup> Alþt. 1992-1993, A-deild, þskj. 505 - 313 mál.

<sup>4</sup> Hafsteinn Dan Kristjánsson, „Ráðningar í opinber störf1“ (*Icelandic Review of Politics & Administration*, 15. desember 2014) <<http://www.irpa.is/article/view/b.2014.10.2.1>> skoðað 29. september 2018.

- Reglur um auglýsingar á lausum störfum nr. 464/1996.

Í 6. gr. laga nr. 70/1996 um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins (starfsmannalög) er að finna eftirfarandi skilyrði þess að fá skipun eða ráðningu í starf hjá ríkinu:

1. Átján ára aldur. Þó má víkja frá þessu aldurslágmarki um störf samkvæmt námssamningi, ræstingastörf, sendilsstörf eða önnur svipuð störf. Einstök ákvæði í lögum, þar sem annað aldurstakmark er sett, skulu haldast.
2. Lögræði. Þó gildir lögræðiskrafan ekki þegar undanþága er gerð skv. 1. tölul.
3. Nauðsynleg heilbrigði, andleg og líkamleg, til þess að gegna þeim starfa sem hverju sinni er um að ræða.
4. Íslenskur ríkisborgararéttur. Þó má ráða ríkisborgara frá öðrum ríkjum Evrópska efnahagssvæðisins til starfa með sömu kjörum og íslenska ríkisborgara. Einnig má víkja frá þessu þegar um er að ræða aðra erlenda ríkisborgara ef sérstaklega stendur á.
5. Almenn menntun og þar að auki sú sérmenntun sem lögum samkvæmt er krafist eða eðli málsins samkvæmt verður að heimta til óaðfínanlegrar rækslu starfans.
6. Fjárforræði, ef starfi fylgja fjárreiður, svo sem gjaldkera- eða innheimtustörf, eða ef svo er fyrir mælt í lögum eða sérstök ástæða þykir til að gera þá kröfu.

Nú hefur umsækjandi um starf hlotið dóm fyrir refsiverðan verknað, slíkan sem um ræðir í 1. mgr. 68. gr. almennra hegningarlaga, og telst hann þá ekki fullnægja starfsskilyrðum. Konur og karlar hafa jafnan rétt til opinberra starfa og til sömu launa fyrir sambærileg störf.

Í 14. gr. starfsmannalaga má svo finna lýsingu á þeim persónulega eiginleikum sem starfsmenn ríkisins þurfa að hafa, en slíka lýsingu á skyldu starfsmanna er almennt ekki að finna í kjarasamningum sveitarfélaga:

Starfsmanni er skylt að rækja starf sitt með alúð og samviskusemi í hvívetna. Hann skal gæta kurteisi, lipurðar og réttsýni í starfi sínu. Hann skal forðast að hafast nokkuð það að í starfi sínu eða utan þess sem er honum til vanvirðu eða álitshnekkis eða varpað getur rýrð á það starf eða starfsgrein er hann vinnur við.

Samkvæmt 1. gr. starfsmannalaga taka þau til hvers manns sem er skipaður, settur eða ráðinn í þjónustu ríkisins til lengri tíma en eins mánaðar, án tillits til þess hvort og þá hvaða stéttarfélagi hann tilheyrir, enda verði starf hans talið aðalstarf. Í 57. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011

(sveitarstjórnarlög) segir hins vegar að um starfskjör, réttindi og skyldur starfsmanna sveitarfélaga fari eftir ákvæðum kjarasamninga hverju sinni og ákvæðum ráðningarsamninga. Í 73. gr. eldri sveitastjórnarlaga nr. 8/1986 var kveðið svo á að starfsmenn við stjórnsýslu sveitarfélags hefðu réttindi og skyldur opinberra starfsmanna, en að um starfskjör annarra starfsmanna sveitarfélags færi eftir ákvæðum kjarasamninga. Á grundvelli þessa ákvæðis var oftast kveðið svo á í samþykktum sveitarfélaga að starfsmenn við stjórnsýslu sveitarfélags hefðu réttindi og skyldur opinberra starfsmanna samkvæmt starfsmannalögum að svo miklu leyti sem ekki væri á annan veg mælt í samþykktum sveitarfélagsins.<sup>5</sup>

#### 1.1.1. Ný lög um jafna meðferð á vinnumarkaði

Ný lög nr. 86/2018 um um jafna meðferð á vinnumarkaði tóku gildi þann 1. september 2018 og byggja á sama grunni og lög nr. 10/2008 um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla (jafnréttislög), það er að fjalla um bann gegn mismunun. Lögin gilda um jafna meðferð einstaklinga á vinnumarkaði óháð kynþætti, þjóðernisuppruna, trú, lífsskoðun, fötlun, skertri starfsgetu, aldri, kynhneigð eða kynvitund, til að tryggja að þeir þættir leiði ekki til þess að einstaklingar fái ekki notið sín á eðlilegan hátt í starfi vegna neikvæðra staðalímynda sem rekja megi til þeirra, án tillits til einstaklingsbundinnar starfshæfni viðkomandi. Ákvæði laganna gildir þó ekki um mismunandi meðferð á grundvelli aldurs, sbr. 1. mgr. 1. gr., fyrr en 1. júlí 2019. Lögin gilda til dæmis um aðgengi að störfum, sjálfstæðri atvinnustarfsemi eða starfsgreinum (þar með talið við ráðningar og framgang í starfi), aðgengi að starfsráðgjöf, starfsmenntun og starfsþjálfun, ákvarðanir í tengslum við laun, önnur starfskjör og uppsagnir og loks til þátttöku í samtökum launafólks eða atvinnurekenda, þar með talið þau hlunnindi sem þau veita félagsmönnum.

Í greinagerð með frumvarpi laganna<sup>6</sup> segir að jafnrétti í víðtækri merkingu sé órjúfanlegur þáttur í réttlátu og sanngjörnu samfélagi og þar vegi jafnrétti á vinnumarkaði þungt. Frumvarpið sé ekki síður mikilvægt í því skyni að stuðla að virkri þátttöku sem flestra á vinnumarkaði sem talin sé ein þýðingarmesta leiðin til þess að koma í veg fyrir félagslega einangrun og fátækt. Byggist frumvarpið í meginatriðum á efni tilskipana 2000/78/EB og 2000/43/EB sem einnig kveða á um jafna meðferð á vinnumarkaði.

---

<sup>5</sup> Forsætisráðuneytið, Starfsskilyrði Stjórnvalda: Eftirlit Með Starfsemi Þeirra Og Viðurlög Við Réttarbrotum í Stjórnsýslu (Forsætisráðuneytið 1999).

<sup>6</sup> Alþt. 2016-2017, A-deild, þskj. 568 - 435 mál.

## 1.2. Forgangsreglur við stöðuveitingar

Í lögum og stjórnvaldsfyrirmælum getur verið að finna forgangsreglur í starf sem mæla fyrir um að tiltekin sjónarmið skuli hafa aukið vægi við úrlausn mála, og taka verður tillit til við stöðuveitingar. Skal þar fyrst nefna að í 65. gr. laga um Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (stjórnarskrá) er kveðið á um að allir skuli vera jafnir fyrir lögum. Einnig má nefna 32. gr. laga nr. 59/1992 um málefni fatlaðs fólks sem segir að fatlað fólk skuli eiga forgang að atvinnu hjá ríki og sveitarfélagi ef hæfni þess til starfsins er meiri eða jöfn hæfni annarra sem um starfið sækja. Einnig má nefna forgangsreglu jafnréttislaga sem mótuð hefur verið af Hæstarétti og er í dag talin óskráð meginregla.<sup>7</sup> Sú óskráða meginregla var mótuð í dómi Hæstaréttar nr. 339/1990 í máli Helgu Kress, en þar taldi Hæstiréttur skilorðsbundna forgangsreglu felast í jafnréttislögum nr. 65/1985 og að skýra bæri löginn svo að konu skuli veita starf ef hún er að minnsta kosti jafnt að því komin að því er varðar menntun og annað sem máli skiptir og karlmaður sem við hana keppir, ef á starfssviðinu eru fáar konur.<sup>8</sup>

Forgangsreglan byggir á túlkun ákvæða jafnréttislaga, einkum 1., 18., 24. og 26. grein núgildandi laga. Markmið þeirra samkvæmt 1. gr. laganna er að koma á og viðhalda jafnrétti og jöfnum tækifærum kvenna og karla, og jafna þannig stöðu kynjanna á öllum sviðum samfélagsins. Í 18. gr. laganna er fjallað um réttindi og skyldur á vinnumarkaði og þeim fyrirmælum beint til atvinnurekenda og stéttarféлага að vinna markvisst að því að jafna stöð kynjanna á vinnumarkaði, með sérstakri áherslu á að jafna hlut kynjanna í stjórnunar- og áhrifastöðum. Í 24. gr. jafnréttislaga segir að sértækar aðgerðir gangi ekki gegn lögnum og að það teljist ekki mismunun að taka sérstakt tillit til kvenna vegna meðgöngu og barnsburðar. Í 26. grein laganna er svo fjallað um bann við mismunun í starfi og við ráðningu á grundvelli kyns og sérstaklega tekið fram að óheimilt sé að láta fæðingar- eða foreldraorlof, eða aðrar ástæður tengdar meðgöngu og barnsburði, hafa neikvæð áhrif á ákvarðanir. Í 5. mgr. 26. gr. segir enn fremur að við mat á því hvort einstaklingum hafi verið mismunað á grundvelli kyns skuli taka mið af menntun, starfsreynslu, sérþekkingu eða öðrum sérstökum hæfileikum sem krafa er gerð um í viðkomandi starfi samkvæmt lögum eða reglugerðum, eða telja verður annars að komi að gagni í starfinu. Í þessu sambandi er rétt að benda á að forgangsreglur hafa ekki áhrif á hæfnismatið í ráðningarferlinu, eða samanburð á milli umsækjenda. Þær verða einungis virkar þegar tveir

---

<sup>7</sup> Hafsteinn Dan Kristjánsson (n. 4).

<sup>8</sup> Hrd. 2. desember í máli nr. 339/1990 Menntamálaráðherra gegn Jafnréttisráði vegna Helgu Kress bls. 2230.

umsækjendur hafa verið metnir jafnhæfir eftir að slíkur samanburður hefur farið fram. Í dómaframkvæmd og í álitum umboðsmanns Alþingis hafa óskráðar reglur verið túlkaðar með sama hætti og þær reglur sem eru settar af Alþingi, þ.e. sem lög í landinu, og er mál Helgu Kress eitt þekktasta dæmið um að óskráð meginregla ráði vægi sjónarmiða við stöðuveitingar.

Eins og áður segir hefur veitingarvaldshafinn ákveðið svigrúm við mat og val á umsækjendum um opinbert starf sem miðast við þær hæfniskröfur sem starfið gerir og hagsmuni og þarfir stjórnvaldsins hverju sinni, að því gefnu að skilyrði laganna séu uppfyllt og einnig sú grundvallarkrafa að hæfasti umsækjandinn sé ráðinn hverju sinni. Við stöðuveitingar er því óhjákvæmilegt að líta til forgangsreglnanna sem leiðbeinandi í þessu sambandi, líkt og margoft hefur komið fram í dómum Hæstiréttar sem eru fordæmisgefandi fyrir aðra aðila.

### **1.3. Efnisreglur stjórnýsluréttarins**

Lagareglur hafa ýmist fastmótað efnisinnihald eða matskennt. Í fastmótuðum reglum er fyrirfram ljóst hvaða skilyrði þarf að uppfylla svo að ákvörðun verði tekin og þau eru tæmandi talin, en dæmi þar um eru skilyrði til atvinnuleysis. Þegar lög eða reglur ákvarða ekki að öllu leyti þau skilyrði sem þurfa að vera fyrir hendi svo ákvörðun verði tekin, eða fela stjórnvöldum að einhverju leyti mat á því hvert efni ákvörðunar skuli vera, kallast sú ákvörðun matskennd.<sup>9</sup> Í skýrslu nefndar um starfsskilyrði stjórnvalda, sem gefin var út af forsætisráðuneytinu, segir að þegar stjórnvald taki stjórnvaldsákvörðun á matskenndum lagagrundvelli verði fyrst að túlka ákvæðið og ákveða hversu víðtækar hinar matskenndu heimildir eru, að því búnu hefjist hin matskennda ákvarðanataka innan ramma lagaákvæðisins, en til þess að hægt sé að taka stjórnvaldsákvörðun á slíkum lagagrundvelli þurfi stjórnvöld að „fylla í eyður“ réttarheimildarinnar og velja þau lagsjónarmið sem viðkomandi ákvörðun skuli byggð á.<sup>10</sup>

Opinberar stöðuveitingar eru gott dæmi um matskenndar ákvarðanir því um er að ræða ákvarðanir þar sem stjórnvöld ákveða sjálf á hvaða sjónarmiðum þau byggja við val á umsækjendum hverju sinni. Við slíkt mat getur vitanlega skapast hætta á því að stjórnvöld misnoti það svigrúm sem þau hafa í sína eigin þágu og rýri með því traust almennings og trúverðugleika stöðuveitingarinnar. Til að draga úr líkum á því hefur löggjafinn fyrirskipað að þegar um matskenndan lagagrundvöll er að ræða þurfi stjórnvaldið að rökstyðja málefnaleg

---

<sup>9</sup> Páll Hreinsson, „Skyldubundið mat stjórnvalda“ (2006) 56 (3) Tímarit lögfræðinga 263.

<sup>10</sup> Forsætisráðuneytið (n. 5).



sjónarmið með lagalegum aðferðum útfrá því réttarsviði sem verið er að fást við og löggjafinn ætlaði þeim að nota. Með því móti er stjórnvöldum skylt að byggja matskenndar ákvarðanir á lögum og stjórnvaldsfyrirmælum. Þannig er mat stjórnvalda á því hvaða lagasjónarmið ákvörðun skuli byggð á ekki frjálst að öllu leyti, heldur er það bundið af almennum efnisreglum stjórnsýsluréttarins, bæði lögfestum og ólögfestum. Það fer hins vegar eftir málaflokkum, lagaákvæðum og atvikum hverju sinni hversu mikil bönd fyrrgreindar reglur leggja á mat stjórnvalda í hverju tilviki.<sup>11</sup>

Hér verður farið yfir helstu efnisreglur stjórnsýsluréttar sem veitingarvaldshafi verður að þekkja og fylgja við opinberar stöðuveitingar. Lögmætisreglan, undirstöðuregla íslenskrar stjórnskipunar, er ein þessara reglna en aðrar efnisreglur stjórnsýsluréttarins eru réttmætisreglan (óskrað regla) sem oft er líka nefnd reglan um málefnaleg sjónarmið, jafnræðisreglan (11. gr. stjórnsýslulaga) og meðalhófsreglan (12. gr. stjórnsýslulaga). Allar gegna þær lykilhlutverki við stöðuveitingar á opinberum vinnumarkaði.

#### 1.3.1. Lögmætisreglan

Af lögmætisreglunni leiðir að þær ákvarðanir stjórnvalda sem eru íþyngjandi fyrir aðila verða að vera í samræmi við lög og eiga sér viðhlítandi stoð í lögum. Ein birtingarmynd lögmætisreglunnar er skyldubundið mat stjórnvalda sem leggur þær skyldur á herðar stjórnvalda að þegar þau hafa heimild til matskenndrar ákvörðunartöku verði þau að framkvæma slíkt mat í hverju tilviki fyrir sig, þ.e. ekki skorast undan því með því t.d. að setja fastmótaða reglu fyrir öll sambærileg tilfelli. Þau mega ekki takmarka það mat eða þrengja um of. Stjórnvöldum er þannig frjálst að setja sér mælikvarða eða viðmið og ákveða vægi hvers sjónarmiðs, en þau mega ekki gefa einu viðmiði úrslitavægi og útiloka þar með umsækjanda sem ekki uppfyllir það viðmið. Dæmi um slíkt er að finna í álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 3882/2003, 3909/2203, 3980/2003<sup>12</sup> þar sem ráðherra rökstuddi skipun í embætti hæstaréttardómara með því að viðkomandi hefði sótt sér viðbótarmenntun í Evrópurétti. Þá höfðu þrír umsækjendur um embættið sem samkvæmt lögbundinni umsögn Hæstaréttar voru taldir hæfari en sá sem fékk embættið kvartað til umboðsmanns. Komst umboðsmaður að þeirri niðurstöðu að með ákvörðuninni hafi stjórnvaldið vikið frá mati sínu og gefið einu sjónarmiði úrslitavægi á kostnað annarra sjónarmiða, sem ekki þótti forsvaranlegt. Í raun var ekki verið að

---

<sup>11</sup> sama heimild.

<sup>12</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 3. maí 2004 í máli nr. 3882/2003, 3909/2203, 3980/2003.

ráða hæfasta umsækjandann í víðum skilningi heldur þann besta í Evrópurétti. Einn þriggja umsækjendanna var kona og leitaði hún jafnframt til Kærunefndar jafnréttismála og óskaði eftir því að kærunefndin kannaði og tæki afstöðu til þess hvort ráðherra hefði brotið gegn ákvæðum jafnréttislaga með skipuninni. Nefndin komst að þeirri niðurstöðu að ráðherra hefði brotið gegn jafnréttislögum.<sup>13</sup>

### 1.3.2. Réttmætisreglan

Réttmætisreglan er óskráð grundvallarregla í íslenskum stjórnisýslurétti og undirstrikar að allar ákvarðanir og athafnir stjórnvalda verði að byggjast á málefnalegum sjónarmiðum, enda er hún stundum líka kölluð reglan um málefnaleg sjónarmið. Óskráðu reglurnar fela í sér lágmarksreglur sem er ætlað að tryggja réttaröryggi borgaranna og stuðla að vönduðum stjórnisýsluháttum.<sup>14</sup> Réttmætisreglan byggir á tveimur grundvallarspurningum, í fyrsta lagi hvaða sjónarmið teljast málefnaleg og í öðru lagi hvaða lagalega þýðingu það hafi að sjónarmið teljist ekki málefnaleg. Almenna reglan er sú að ef ljóst er að sjónarmið sé ómálefnalegt er viðkomandi ákvörðun ógild og sá samningur sem af henni leiðir.

Í dómi Hæstaréttar nr. 647/2006<sup>15</sup> reyndi á hvort uppsögn tölvunarfræðings hjá Landspítalanum væri réttmæt og byggð á málefnalegum sjónarmiðum, en honum hafði verið sagt upp með þeim rökum að stefnt væri að því að hætta notkun tölvukerfa sem hann sinnti, án þess að litið væri til þess að hann gæti sinnt öðrum verkefnum. Rétturinn benti á að þó að í starfsmannalögum væri ekki að finna reglur um hvað skuli ráða vali veitingavaldshafa á starfsmanni sem segja skal upp við niðurskurð beri að horfa til réttmætisreglunnar við slíka ákvörðunartöku. Rétturinn komst að þeirri niðurstöðu að þótt ákvörðunin hafi að meginstefnu ráðist af mati stefnda væri valinu settar skorður af réttmætisreglunni og samkvæmt henni verði stjórnvöld ávallt að byggja matskenndar ákvarðanir á málefnalegum sjónarmiðum. Í þessu tilviki voru sjónarmið spítalans varðandi uppsögnina talin málefnaleg þar sem þarfir í rekstri og starfsemi spítalans voru hafðar að leiðarljósi.

Af framangreindu er ljóst að einungis er heimilt að byggja stjórnvaldsákvarðanir á málefnalegum sjónarmiðum en almennt er litið svo á að sjónarmið séu málefnaleg ef þau eru líkleg til að ná fram markmiði þeirra laga sem ákvörðunin er byggð á. Við greiningu á því er byggt

---

<sup>13</sup> Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 5. apríl 2004 í mál nr. 14/2003.

<sup>14</sup> Hafsteinn Dan Kristjánsson (n. 4).

<sup>15</sup> Hrd. 10. maí 2007 í máli nr. 647/2006 Salmann Tamimi gegn Landspítala-háskólasjúkrahúsi.

er á þeim réttarheimildum sem þýðingu hafa í viðkomandi máli, lögskýringargögnum og viðurkenndum lögskýringarsjónarmiðum.<sup>16</sup> Ef réttarheimildin sem ákvörðunin byggist á breytist getur líka breyst hvaða sjónarmið séu talin málefnaleg.

Sjónarmið sem sjaldan eða aldrei teljast málefnaleg við töku stjórnvaldsákvarðana, og eru því talin ólögsmæt, eru sjónarmið byggð á geðþótta, óvild eða öðrum persónulegum hagsmunum starfsmanna stjórnslunnar, stéttarleg sjónarmið, pólitísk og fjárhagsleg sjónarmið og sjónarmið byggð á kynferði, litarhætti eða álíka sem stangast á við jafnræðisregluna. Þetta hefur umboðsmaður Alþingis ítrekað fjallað um í álitum sínum:

Í samræmi við ólögfasta meginreglu stjórnsluréttar þurfa þau sjónarmið sem ákvörðun byggist á að vera málefnaleg, svo sem sjónarmið um menntun, starfsreynslu, hæfni, stjórnunarhætti, viðhorf til starfsins og eftir atvikum aðra persónulega eiginleika sem viðkomandi stjórnvald telur máli skipta.<sup>17</sup>

Skortur á málefnalegum sjónarmiðum hefur oft komið til álita við opinberar stöðu- og embættisveitingar, líkt og í úrskurði Kærunefndar jafnréttismála í máli nr. 3/2010 þegar karl var skipaður í embætti skrifstofustjóra í forsætisráðuneytinu. Við stöðuveitinguna taldi annar umsækjandi, sem var kona, að brotið hefði verið gegn jafnréttislögum þar sem hún taldi sig bæði hafa meiri menntun og starfsreynslu en sá sem var skipaður í starfið. Í úrskurði nefndarinnar var ekki talið að ráðuneytið hafi sýnt fram á að málefnaleg sjónarmið hafi ráðið því að sá sem embættið hlaut var skipaður en ekki kærandi.<sup>18</sup>

### 1.3.3. Jafnræðisreglan

Jafnræðisregluna má finna í 11. gr. stjórnslulaga og hún telst líka ein af grundvallarreglum stjórnsluréttarins. Hún kveður á um að við úrlausn mála skuli stjórnvöld gæta samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti og að óheimilt er að mismuna aðilum við úrlausn mála á grundvelli sjónarmiða byggðum á kynferði, kynþætti, litarhætti, þjóðerni, trúarbrögðum, stjórnmalaskoðunum, þjóðfélagsstöðu, ætterni eða af öðrum sambærilegum ástæðum.

Reglan hefur víðtækara gildissvið en nær til stjórnvalda því hún nær yfir allar athafnir ríkisins, ekki síst þegar stjórnvöld eru að úthluta eða veita takmörkuð gæði líkt og á við um stöðuveitingar. Þegar stjórnvald hefur byggt ákvörðun á tilteknu sjónarmiði leiðir

---

<sup>16</sup> Forsætisráðuneytið (n. 5).

<sup>17</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 í máli nr. 4210/2004.

<sup>18</sup> Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 22. mars 2011 í máli nr. 3/2010.

jafnræðisreglan til þess að leysa ber úr sambærilegu máli á grundvelli sama eða sömu sjónarmiða þegar slíkt mál kemur til úrlausnar á grundvelli sömu réttarheimildar. Jafnræðisreglan hefur því þýðingu við greininguna á því hvaða sjónarmið beri að leggja til grundvallar við matið.<sup>19</sup> Þegar umsækjendur um opinberar stöður telja á sér brotið við stöðuveitingar er meðal annars til skoðunar hvort veitingarvaldshafi hafi haft sambærilegar upplýsingar um alla umsækjendur til hliðsjónar áður en ákvörðun var tekin. Í því sambandi má nefna hvort stuðst hafi verið við samræmdar spurningar í viðtali, hvort matsþættir hafi verið skilgreindir fyrirfram og vægi þeirra innbyrðis, og hvort eins hafi verið staðið að álitsumleitunum fyrir alla umsækjendur og rætt við jafnmarga álitsgjafa.

#### 1.3.4. Meðalhófsreglan

Stjórnvöld þurfa einnig að horfa til meðalhófs við matskennda ákvörðun eins og stöðuveitingu. Meðalhófsreglan er lögfest í 12. gr. stjórnarsýslulaga og segir að stjórnvald skuli aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmætu markmiði sem að er stefnt verði ekki náð með öðru og vægara móti. Skal þess þá einnig gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn ber til. Meginsjónarmiðin að baki meðalhófsreglunni eru þau að stjórnvaldi sé ekki aðeins skylt að líta til þess markmiðs sem stefnt er að heldur beri því einnig að taka tillit til hagsmuna og réttinda þeirra aðila sem athafnir stjórnvaldsins og valdbeiting beinist að. Ber stjórnvaldi að fara ákveðinn meðalveg á milli þessara andstæðu sjónarmiða. Stjórnvald má því ekki ganga lengra en nauðsyn ber til þegar það beitir valdi sínu gagnvart borgurunum. Íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun, sem augljóslega er ekki til þess fallin að ná því markmiði sem að er stefnt, er ólögmæt.<sup>20</sup>

#### 1.4. Lagalegar skyldur veitingavaldshafa

Af efnisreglunum leiðir að á stjórnvöldum hvíla ýmsar lagalegar skyldur gagnvart umsækjendum sem lúta að ráðningarferlinu. Hér verður leitast við að fjalla um þær helstu, svo sem leiðbeiningaskyldu, rannsóknarskyldu, skráningaskyldu og upplýsingaskyldu stjórnvalda. Allar eiga þær það sameiginlegt að eiga að tryggja aðila stjórnarsýslumáls réttláta málsmeðferð og auka gegnsæi við ákvarðanatöku stjórnvalda.

---

<sup>19</sup> Forsætisráðuneytið (n. 5).

<sup>20</sup> sama heimild.

#### 1.4.1. Rannsóknar- og leiðbeiningaskylda

Samkvæmt 7. og 10. gr. stjórnáskýslulaga hefur veitingarvaldshafi leiðbeiningar- og rannsóknarskyldu gagnvart umsækjendum um opinber störf. Þannig ber honum til dæmis að láta þá vita ef framkomin umsóknargögn eru ekki nægjanleg, eða ef þau eru óskýr, og kalla eftir frekari upplýsingum. Telji veitingarvaldshafi sig þurfa að afla viðbótargagna frá umsækjendum til þess að uppfylla rannsóknarskyldu sína áður en til ákvörðunar kemur hefur hann ýmsar leiðir til þess. Dæmi um það er sjálfstæð gagnaöflun, öflun umsagna frá til dæmis fyrrverandi eða núverandi vinnuveitendum, fyrirlögn ýmskonar prófa og æfinga og að taka viðtöl við umsækjendur.<sup>21</sup> Frágangur, upplýsingar og rökstuðningur í umsókn getur þannig haft veruleg áhrif þegar lagt er mat á það hvort stjórnvald hafi uppfyllt þær kröfur sem leiða af 10. gr. stjórnáskýslulaga og á það hvort, og að hvaða marki stjórnvaldi hafi borið að eigin frumkvæði að afla frekari upplýsinga hjá einstökum umsækjendum svo að nægjanlegar upplýsingar verði taldar liggja fyrir til töku einstakra ákvarðana í ráðningarferlinu, t.d. um hverja skuli boða í viðtöl.<sup>22</sup>

Veitingarvaldshafa ber ekki samkvæmt lögum eða sjónarmiðum um vandaða stjórnáskýsluhætti að boða alla umsækjendur í atvinnuviðtal sem uppfylla hæfniskröfur áður en ákvörðun er tekin um ráðningu<sup>23</sup>. En kjósi hann að gera það ekki verður hann að sýna fram á að hann hafi uppfyllt rannsóknarskylduna til þess að ákvörðun um ráðningu teljist nægjanlega upplýst. Þegar einungis þeir umsækjendur sem helst koma til greina í viðkomandi starf eru boðaðir í viðtal þarf slíkt val að byggja á nægjanlegum upplýsingum um starfshæfni allra umsækjenda með hliðsjón af málefnalegum sjónarmiðum.<sup>24</sup> Að sjálfsögðu bera umsækjendur sjálfir einnig ábyrgð. Umsókn um opinbert starf er í eðli sínu liður í ferli þar sem samkeppni ríkir á milli umsækjenda og viðkomandi stjórnvald er að úthluta takmörkuðum gæðum. Á umsækjendum um opinbert starf hvílir sú skylda að sjá til þess að umsóknin sé eins vel úr garði gerð og kostur er. Þeir umsækjendur sem leggja sig sérstaklega fram við umsóknargerðina og við að undirbúa sig undir viðtöl eiga því að njóta góðs af því frumkvæði í hæfnismatinu.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> Hafsteinn Dan Kristjánsson (n. 4).

<sup>22</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 24. mars 2010 í máli nr. 5424/2008.

<sup>23</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 15. júlí 2005 í máli nr. 3977/2003.

<sup>24</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 24. mars 2010 í máli nr. 5424/2008.

<sup>25</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 4. febrúar 2013 í máli nr. 6614/2011.

#### 1.4.2. Skráningarskylda

Í 27. gr. upplýsingalaga nr. 140/2012 (upplýsingalög) er skýrt kveðið á um skráningarskyldu stjórnvalda við meðferð mála þar sem taka á ákvörðun um rétt eða skyldu manna. Stjórnvöldum, og öðrum sem lögin taka til, ber að skrá upplýsingar um málsatvik sem veittar eru munnlega (eða viðkomandi fær vitneskju um með öðrum hætti) ef þær hafa þýðingu fyrir úrlausn máls og er ekki að finna í öðrum gögnum þess. Sama á við um helstu ákvarðanir um meðferð máls og helstu forsendur ákvarðana ef þær koma ekki fram í öðrum gögnum málsins. Í ráðningarferlinu á þetta sérstaklega við um upplýsingar sem koma fram í viðtölum við umsækjendur og umsagnir sem aflað er um þá og geta haft þýðingu þegar kemur að ákvarðanatöku um stöðuveitingu. Það getur verið erfitt fyrir veitingarvaldshafa að vita fyrirfram hvaða upplýsingar geti haft þýðingu fyrir úrlausn málsins og það er því almennt í betra samræmi við sjónarmið um vandaða stjórnarsýsluhætti að skrá niður þær upplýsingar sem gætu haft slík áhrif á málið. Af þessu leiðir að ekki þarf að skrá niður það sem skiptir engu máli fyrir úrlausn málsins.<sup>26</sup>

Tilgangur skráningarskyldunnar er að tryggja að skrifleg gögn liggi fyrir í máli svo mögulegt sé að kynna sér þær upplýsingar sem niðurstaðan byggir á. Veitingarvaldshafinn getur, bæði gagnvart umsækjendum og opinberum aðilum, þurft að sýna fram á hvaða upplýsingar hann lagði til grundvallar ákvarðanatöku. Ef um er að ræða atriði sem hafa verulega þýðingu fyrir ákvörðunina og er ekki er að finna í gögnum málsins eru fullyrðingar veitingavalldshafa um hvað hefur komið fram í samtali við umsagnaraðila, eða í viðtali við umsækjanda án þess að það sé skráð, ekki sá grundvöllur sem stjórnarsýslureglur byggja á.<sup>27</sup>

Í grein Hafsteins Dan Kristjánssonar, aðstoðarmanns umboðsmanns Alþingis og adjúnkts við lagadeild Háskóla Íslands, kemst hann að þeirri niðurstöðu að til viðbótar skráningarskyldu verði stjórnvald einnig að varðveita bæði þau gögn sem verða til við skráningu munnlegra upplýsinga og önnur gögn málsins, þar á meðal umsóknargögn. Segir hann þeim almennt ekki vera heimilt að eyða gögnum málsins eða senda þau tilbaka til umsækjenda því þau séu skilaskyld til opinberra skjalasafna.<sup>28</sup> Að sama skapi minnir umboðsmaður Alþingis á það í einu álita sinna að

---

<sup>26</sup> Hafsteinn Dan Kristjánsson (n. 4).

<sup>27</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 í máli nr. 4210/2004.

<sup>28</sup> Hafsteinn Dan Kristjánsson (n. 4).

varðveisla gagna í samræmi við fyrirmæli 26. gr. upplýsingalaga sé forsenda þess að upplýsinga- og andmælaréttur aðila máls og annarra geti orðið raunhæfur og virkur.<sup>29</sup>

#### 1.4.3. Andmælaréttur

Í 13. gr. stjórnslulaga segir að aðili máls skuli eiga þess kost að tjá sig um efni máls áður en stjórnvald tekur ákvörðun í því, enda liggi ekki fyrir í gögnum málsins afstaða hans og rök fyrir henni, eða slíkt sé augljóslega óþarft. Í athugasemdum í greinagerð með frumvarpi laganna<sup>30</sup> segir að í reglunni felist að aðili máls skuli eiga þess kost að tryggja réttindi sín og hagsmuni með því að kynna sér gögn máls og málsástæður sem ákvörðun byggist á, leiðrétt framkomnar upplýsingar og koma að frekari upplýsingum um málsatvik áður en stjórnvald tekur ákvörðun í máli hans. Þar kemur einnig fram að andmælaeignin eigi ekki aðeins að tryggja hagsmuni aðila máls heldur sé tilgangur hennar einnig að stuðla að því að mál verði betur upplýst.

Í athugasemdum við 14. gr. frumvarpsins segir að þegar aðila sé ókunnugt um að ný gögn og upplýsingar hafi bæst við í máli hans og telja verður að upplýsingarnar séu honum í óhag og hafi verulega þýðingu við úrlausn málsins er almennt óheimilt að taka ákvörðun í málinu fyrr en honum hefur verið gefinn kostur á að kynna sér upplýsingarnar og tjá sig um þær. Stjórnvald verður jafnframt að veita umsækjanda sanngjarnt ráðrúm til þess. Þannig fær viðkomandi tækifæri til að koma að frekari gögnum og leiðrétt upplýsingar sem kunna að reynast rangar og með þeim hætti stuðlar andmælarétturinn almennt að því að mál verði nægjanlega upplýst, sbr. 10. gr. stjórnslulaga.<sup>31</sup>

Skilyrði fyrir því að andmælarétturinn verði virkur er því að ný gögn og/eða upplýsingar hafi verulega þýðingu fyrir úrlausn málsins og séu umsækjanda í óhag. Sem dæmi má nefna neikvæða umsögn frá álitgjafa eða neikvæð ummæli sem fram koma í skjali þar sem sá sem tekið hefur viðtöl við umsækjendur lýsir mati sínu á framgöngu umsækjandans í viðtalinu og veitingarvaldshafinn byggir rökstuðning sinn í umsögninni án þess að hafa sjálfur tekið þátt í viðtölunum. Þannig er andmælaréttinum ætlað að skapa betri og réttari grundvöll að ákvörðun í máli.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 18. febrúar 2014 í máli nr. 7241/2012.

<sup>30</sup> Alþt. 1992-1993, A-deild, þskj. 505 - 313 mál.

<sup>31</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 10. desember 2008 í máli nr. 5124/2007 og 5196/2007.

<sup>32</sup> Álit umboðsmanns 28. janúar 2008 í máli nr. 4699/2006.

Auk þess sem reglum stjórnásluréttarins um upplýsingarétt og andmælarétt aðila er ætlað að tryggja eftir fremsta megni efnislega rétta niðurstöðu í stjórnáslumáli er þeim einnig ætlað að vekja traust aðila máls og almennings á málsmeðferð stjórnáslunnar.<sup>33</sup> Upplýsingarétturinn getur verið forsenda þess að andmælarétturinn sé raunhæfur og virkur að aðili máls geti kynnt sér gögn þess og síðan í framhaldinu tjáð sig um þau. Með sama hætti getur hann skipt máli eftir að ráðningarmálinu lýkur. Aðili máls hefur hagsmuni af því að geta gengið úr skugga um að byggt hafi verið á réttum upplýsingum eða lagt mat á það hvort komist hafi verið að rétttri niðurstöðu, m.a. um það að hæfasti umsækjandinn hafi verið ráðinn í starfið, svo hann geti í framhaldinu ákveðið hvort hann vilji bera málið undir endurskoðunaraðilar á borð við dómstóla eða umboðsmann Alþingis.<sup>34</sup>

#### 1.4.4. Birting ákvörðunar og rökstuðningur

Það er á ábyrgð veitingarvaldshafa að tilkynna umsækjendum um niðurstöðu máls, en ekki annarra stjórnvalda eða utanaðkomandi aðila.<sup>35</sup> Fimmti kafli stjórnáslulaga fjallar um tilkynninga- og leiðbeiningaskyldu veitingarvaldshafa og kröfuna um rökstuðning. Eftir að stjórnvald hefur tekið ákvörðun ber því samkvæmt 20. gr. laganna að tilkynna aðila máls ákvörðun sína, nema það sé augljóslega óþarft, og er ákvörðunin bindandi eftir að hún er komin til aðila og hefur réttaráhrif frá því tímamarki. Lögin gera ekki kröfu um skriflegan rökstuðning veitingarvaldshafa en skráningarskyldan, sem fjallað var um hér að framan, gerir samt sem áður kröfu um að niðurstaðan sé skráð og samkvæmt 21. gr. laganna geta umsækjendur krafist þess að stjórnvald rökstyðji ákvörðun sína skriflega.

Í 20. gr. stjórnáslulaga kemur jafnframt fram að sé ákvörðunin tilkynnt skriflega án þess að henni fylgi rökstuðningur skuli veitingarvaldshafi veita leiðbeiningar um heimild til að óska eftir rökstuðningi. Samkvæmt 3. mgr 21. gr. laganna skal bera fram beiðni um rökstuðning innan 14 daga frá því að aðila var tilkynnt ákvörðunin og skal stjórnvald svara henni innan 14 daga frá því að hún barst. Veitingarvaldshafi hefur þannig ríka upplýsingaskyldu gagnvart umsækjendum um opinbert starf, sem á þó ekki við um þann sem ráðinn er í starfið þar sem umsókn hans telst hafa verið tekin til greina að öllu leyti. Önnur undantekning sem á við er að veitingarvaldshafa ber ekki að veita rökstuðning ef um er að ræða einkunnir fyrir frammistöðu á prófum. Einnig

---

<sup>33</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 11. mars í máli nr. 3306/2001.

<sup>34</sup> Hafsteinn Dan Kristjánsson (n. 4).

<sup>35</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 06. júní 2005 í máli nr. 4249/2004.



má takmarka efni rökstuðnings að því leyti sem vísa þarf til gagna sem aðila máls er ekki heimill aðgangur að, sbr. 16. og 17. gr. laganna.

Í stjórnslutölum fjallar 22. grein um efni rökstuðnings og segir að í rökstuðningi skuli vísa til þeirra réttarreglna sem ákvörðun stjórnvalds er byggð á. Að því marki sem ákvörðun byggist á mati skal í rökstuðningnum greina frá þeim meginsjónarmiðum sem ráðandi voru við matið. Ef ástæða er til skal í rökstuðningi einnig rekja í stuttu máli upplýsingar um þau málsatvik sem höfðu verulega þýðingu við úrlausn málsins. Eðlilegt væri til dæmis að vísa til þess í rökstuðningi hvaða hæfniskröfur voru gerðar í starfið, vægi þeirra í heildarmati og jafnvel vægi þeirra innbyrðis. Einnig er hægt að vísa í eðli starfsins í rökstuðningi og áherslur sem af því leiða.

Umboðsmaður Alþingis hefur í álitum sínum lagt til grundvallar að byggt á 2. mgr. 22. gr. stjórnslutölulaga sé veitingavaldshafa skylt að upplýsa í rökstuðningi hvaða einstaklingur var ráðinn í starfið sem umsækjandi sóttist eftir. Hann telur stjórnvaldi einnig skylt að veita í stuttu máli þær upplýsingar sem mestu máli skiptu um þann umsækjanda sem var ráðinn þannig að ljóst sé hvaða meginsjónarmið hafi ráðið því að hann fékk starfið. Í því sambandi telur umboðsmaður Alþingis ekki nægja að lýsa eingöngu þeim staðreyndum sem fram koma í umsókn viðkomandi, heldur eigi í rökstuðningi að koma fram lýsing á því hvers konar starfsmanni veitingarvaldshafi var að leita að og hvernig sá umsækjandi sem valinn var féll að þeirri lýsingu.<sup>36</sup> Í máli sem kom til álita umboðsmanns Alþingis í máli nr. 5124/2007 og 5196/2007 taldi umboðsmaður að ekki hafi komið fram neinn sjálfstæður rökstuðningur af hálfu veitingavaldshafa fyrir því hvers vegna ákveðnir umsækjendur hefðu verið valdir, eða á hvaða sjónarmiðum veitingarvaldshafi hefði byggt við stöðuveitinguna, heldur innihélt rökstuðningur hans nær eingöngu orðrétt það mat sem fram kom í greinargerðinni um þá umsækjendur sem valdir voru í störf.<sup>37</sup>

Í álitum sínum hefur umboðsmaður Alþingis ekki talið umsækjendur um störf eiga kröfu á það að veitingarvaldshafi lýsi því í rökstuðningi hvaða ástæður hafi ráðið því að viðkomandi var ekki ráðinn til starfans. Á umsækjandi þannig ekki rétt á því að lýst sé samanburði á honum og þeim sem hlaut starfið<sup>38</sup> eða almennt tilkall til þess að ákvörðunin sé skýrð nánar af hálfu stjórnvaldsins en með því að lýsa þeim meginsjónarmiðum og málsatvikum sem höfðu verulega

---

<sup>36</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 18. júní 2010 í máli nr. 5947/2010.

<sup>37</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 10. desember 2008 í máli nr. 5124/2007 og 5196/2007.

<sup>38</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 28. maí 2004 í máli nr. 3989/2004.

þýðingu fyrir niðurstöðuna.<sup>39</sup> Rétt er að geta þess að veitingarvaldshafa er heimilt að ráða engan af þeim umsækjendum sem sækja um starf þó einhverjir þeirra fullnægji almennum hæfisskilyrðum og lágmarkskröfum.<sup>40</sup> Sú ákvörðun að ráða engann (eða hætta við að ráða) er einnig stjórnvaldsákvörðun svo tilkynna ber þá niðurstöðu í samræmi við birtingarregluna og veita rökstuðning sé þess óskað.<sup>41</sup>

Skylda stjórnvalds til þess að rökstyðja ákvörðun sína tengist kröfunni um vandaðan undirbúning við töku stjórnvaldsákvörðunar þar sem grundvöllur niðurstöðu stjórnvalds á að vera skýr og glöggur. Þá stuðlar rökstuðningur að trausti almennings og aðila máls á að ákvörðun sé rétt eða kann að leiða í ljós annmarka sem getur gefið aðila máls tilefni til að leita eftir því að hlutur hans verði réttur.<sup>42</sup>

#### 1.4.5. Réttur til aðgangs að gögnum og kærueimildir

Samkvæmt 15. gr. stjórnsýslulaga á aðili máls rétt á aðgangi að skjölum og öðrum gögnum er mál varða á meðan það er til meðferðar og eftir að því er lokið. Samkvæmt 5. mgr. sömu lagagreinar takmarka lagaákvæði um þagnarskyldu ekki skyldu til að veita aðgang að gögnum. Meginreglan er því sú að umsækjandi eigi rétt á öllum gögnum málsins.<sup>43</sup> Ef óskað er eftir því er einnig skylt að veita almenningi aðgang að upplýsingum um nöfn og starfsheiti umsækjenda þegar umsóknarfrestur er liðinn, þegar aðrar takmarkanir á upplýsingarétti eiga ekki við, samanber 2. mgr. 7. gr. upplýsingalaga og 4. mgr. 7. gr. starfsmannalaga. Þannig er ekki hægt að lofa umsækjendum trúnaði um umsókn þeirra. Sambærileg ákvæði er ekki að finna í sveitarstjórnarlögum svo skoða þarf kjarasamninga og ráðningarsamninga þegar það á við.

Orðalagið „er mál varða“ ber með sér að skjöl og önnur gögn verði að hafa ákveðin tengsl við tilgreint stjórnsýslumál til þess að falla undir upplýsingarétt aðila í merkingu ákvæðisins. Við afmörkun á því verður að líta til þess hvort þau hafi efnislega þýðingu eða tengsl við það úrlausnarefni sem stjórnvaldsákvörðun tekur til, bæði við undirbúning og töku stjórnvaldsákvörðunar.<sup>44</sup> Við nánara mat á því hvaða upplýsingar og gögn tilheyra

---

<sup>39</sup> sama heimild.

<sup>40</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 30. september 2014 í máli nr. 7923/2014.

<sup>41</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 5. desember 2014 í máli nr. 7889/2014.

<sup>42</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 5. febrúar 2002 í máli nr. 3245/2001.

<sup>43</sup> Hafsteinn Dan Kristjánsson (n. 4).

<sup>44</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 18. febrúar 2014 í máli nr. 7241/2012.

stjórnsýslumáli er hægt að líta annars vegar til rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga og hins vegar skráningarskyldu 27. gr. upplýsingalaga.

Þessi réttur aðila máls á aðgangi að gögnum samkvæmt stjórnsýslulögum er almennt ríkari en réttur almennings samkvæmt upplýsingalögum og lögum nr. 77/2000 um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga (persónuverndarlög). Samkvæmt 1. mgr. 7. gr. upplýsingalaga eru umsóknir um störf hjá ríki eða sveitarfélögum almennt undanþegnar upplýsingarétti, en meðal gagna í slíkum málum eru sjálfar umsóknirnar, einkunnir, meðmæli og umsagnir um umsækjendur. En í 2. mgr. 4. gr. upplýsingalaga er tekið fram að lögin gildi ekki um aðgang að upplýsingum samkvæmt stjórnsýslulögum. Af því leiðir að ef beiðni berst frá aðila stjórnsýslumáls um aðgang að gögnum viðkomandi máls ber að afgreiða hana á grundvelli stjórnsýslulaga, en ekki á grundvelli upplýsingalaga. Í greinagerð með frumvarpi upplýsingalaganna<sup>45</sup> segir enn fremur að af þessu leiði að ákvarðanir um aðgang að gögnum á grundvelli stjórnsýslulaga verða ekki kærðar til úrskurðarnefndar um upplýsingamál heldur ber að beita sérstakri kærueimild í 2. mgr. 19. gr. stjórnsýslulaga.

Loks er í 2. mgr. 5. gr. persónuverndarlaga líka tekið fram að þau lög takmarki ekki þann rétt til aðgangs að gögnum sem mælt er fyrir um í upplýsingalögum og stjórnsýslulögum. Í áliti umboðsmanns Alþingis frá 2010 bendir umboðsmaður á samspil þessara laga. Þar segir að opinbert stjórnvald geti ekki synjað málsaðilum eða öðrum borgurum um aðgang að fyrirliggjandi gögnum og upplýsingum á grundvelli persónuverndarlaga án þess að fram hafi farið vel ígrundað mat á því hvort samspil stjórnsýslulaga, upplýsingalaga og persónuverndarlaga leiði í reynd til þeirrar niðurstöðu.<sup>46</sup> Réttur aðila máls á því að kynna sér skjöl og önnur gögn er málið varða takmarkast þó af 17. gr. sömu laga þar sem segir að þegar sérstaklega stendur á sé stjórnvaldi heimilt að takmarka aðgang aðila máls að gögnum ef hagsmunir hans af því að notfæra sér vitneskju úr þeim þykja eiga að víkja fyrir mun ríkari almanna- eða einkahagsmunum.

Hvað kærueimildir varðar segir í 2 mgr. 19. gr. stjórnsýslulaga að kæra megi synjun eða takmörkun til þess stjórnvalds sem ákvörðun í málinu verður kærð til. Í 26. gr. sömu laga er kveðið á um almenna kærueimild til æðra stjórnvalds þegar tekin er stjórnvaldsákvörðun.

---

<sup>45</sup> Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 223 - 215 mál.

<sup>46</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 18. júní 2010 í máli nr. 5947/2010.

Samkvæmt 49. gr. starfsmannalaga verður ákvörðunum á grundvelli laganna aftur á móti ekki skotið til æðri stjórnvalda nema öðruvísi sé mælt fyrir um í einstökum ákvæðum laga. Með ákvæðinu hefur því verið skorið á almenna kæruehimild 26. gr. stjórnsýslulaga.<sup>47</sup> Í 109. og 111. gr. sveitarstjórnarlaga eru viss starfsmannamál, þar á meðal ráðningar, undanskildar kæru til ráðuneytisins. Vegna þess eru ákvarðanir um ráðningar í opinber störf almennt ekki kærnanlegar til æðri stjórnvalda, svo sem þess ráðuneytis sem fer með viðkomandi málefnaflokk. Af því leiðir að almennt þarf ekki að leiðbeina um kæruehimild í ráðningarmálum.<sup>48</sup>

## 2. Undirbúningur og framkvæmd stöðuveitinga

Veitingarvaldshafi þarf alltaf að byrja á því að afmarka þau lögbundnu sjónarmið og þau málefnalegu sjónarmið sem hann hyggst byggja ákvörðun sína um stöðuveitingu á, áður en hann ákveður vægi þeirra innbyrðis. Þá fyrst getur hann metið umsækjendur í ljósi þeirra á grundvelli fullnægjandi upplýsinga.<sup>49</sup> Í álitum sínum hefur umboðsmaður Alþingis ítrekað fjallað um svigrúm veitingarvaldshafa við að ákveða sjálfur á hvaða sjónarmiðum hann byggir ákvörðun um stöðuveitingu þegar almennum hæfisskilyrðum sleppir, en lagt áherslu á að þau sjónarmið sem ákvörðun byggist á séu ekki alfarið undir honum komin heldur þurfi þau að vera málefnaleg og þegar þau leiða ekki öll til sömu niðurstöðu þurfi að meta þau innbyrðis með hliðsjón af þeim sjónarmiðum sem ákveðið var að byggja ákvörðun á.<sup>50</sup> Hann hefur jafnframt lagt til grundvallar að vægi sjónarmiða við stöðuveitingar í opinber störf kunni að breytast í áranna rás ef til dæmis starfsumhverfi, þarfir stofnunar eða hlutverk hennar breytist.<sup>51</sup>

Í mörgum álitum hefur umboðsmaður Alþingis ekki talið það sitt hlutverk að meta hvort þau sjónarmið sem veitingarvaldshafinn velur að byggja ákvörðun sína á við stöðuveitingar séu réttmæt, heldur eingöngu að leggja mat á það hvort dregnar hafi verið réttar ályktanir með hliðsjón af þeim sjónarmiðum. Með þessu leggur umboðsmaður áherslu á að veitingarvaldshafi sé best til þess fallinn að meta hvaða kröfur gera þurfi til þess sem gegnir starfinu þó eðli þess mats sé ávallt háð óvissu að einhverju marki.<sup>52</sup>

---

<sup>47</sup> Hafsteinn Dan Kristjánsson (n. 4).

<sup>48</sup> sama heimild.

<sup>49</sup> sama heimild.

<sup>50</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 31. mars 2011 í máli nr. 5778/2009.

<sup>51</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 28. september 2009 í máli nr. 5466/2008.

<sup>52</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 5. febrúar 2002 í máli nr. 3245/2001.

Svigrúm veitingavaldshafa við mat á vægi menntunar og starfsreynslu umsækjenda við stöðuveitingar hefur verið staðfest í fjölda dóma Hæstaréttar, sem dæmi í málum nr. 121/2002<sup>53</sup> og 330/2003<sup>54</sup>, að því gefnu að sjónarmið veitingarvaldshafa í þá veru teljist eðlileg og málefnaleg. Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá árinu 2016 segir jafnframt að hafi stjórnvald aflað sér fullnægjandi upplýsinga til þess að geta lagt mat á hvernig einstakir umsækjendur falli að þeim málefnalegu sjónarmiðum sem ákvörðun byggist á, og sýnt fram á að heildstæður samanburður hafi farið fram í ljósi þeirra, njóti stjórnvöld töluverðs svigrúms við mat á því hvaða umsækjandi sé hæfastur til að gegna starfi.<sup>55</sup> Þetta víðtæka svigrúm veitingarvaldshafa við mat á því hvaða vægi einstök sjónarmið eigi að hafa er þó bundið af því að honum ber skylda til að framkvæma heildstætt mat á umsækjendum á grundvelli málefnalegra sjónarmiða áður en hann tekur ákvörðun um stöðuveitingu, eða svokallað hæfnismat.

## **2.1. Starfsgreining og hæfniskröfur**

Í 6. gr. starfsmannalaga eru tilgreind almenn hæfisskilyrði fyrir stöðuveitingu starfsmanna í starf á vegum ríkisins og hvaða lágmarksskilyrði umsækjendur þurfa að uppfylla. Starfsgreining er síðan liður í undirbúningi veitingarvaldshafa við stöðuveitingar til að skilgreina betur þau verkefni, skyldur og ábyrgð sem starfinu fylgja og innbyrðis vægi þeirra. Í því ferli eru einnig skilgreindar hæfniskröfur til starfans, svo sem kröfur um menntun og reynslu. Starfsgreining er ekki lögbundin en getur verið sá grundvöllur sem auglýsing, hæfnismat umsækjenda og tillögugerð að því hverjum beri að veita starfið er byggt á. Að auki er starfsgreining liður í því að tryggja jafnræði við samanburð milli umsækjenda og til að auka líkur þess að hlutlægur mælikvarði sé lagður til grundvallar stöðuveitingu.

## **2.2. Mikilvægi auglýsingar**

Í 7. gr. starfsmannalaga er kveðið á um skyldu stjórnvalda til að auglýsa laus störf hjá hinu opinbera. Í 1. mgr. laganna segir að auglýsa skuli laus embætti í Lögbirtingablaði og í 3. mgr. er kveðið á um að önnur störf á vegum ríkisins skuli auglýst opinberlega samkvæmt reglum sem settar skulu af ráðherra. Þess eru dæmi að umboðsmaður Alþingis hafi í álitu sínu talið það annmarka í auglýsingu um stöðu að hún hafi ekki verið auglýst í Lögbirtingablaði, heldur

---

<sup>53</sup> Hrd. 10. október 2002 í máli nr. 121/2002 Íslenska ríkið gegn Kolbrúnu Sævarsdóttur.

<sup>54</sup> Hrd. 22. janúar 2004 í máli nr. 330/2003 Leikfélag Akureyrar gegn Jafnréttisstofu vegna Hrafnhildar Hafberg.

<sup>55</sup> Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 26. júní 2017 í máli nr. E-3058/2016.

einungis í dagblöðum.<sup>56</sup> Ráðherra hefur á grundvelli þessarar greinar sett reglur nr. 464/1996 um auglýsingar á lausum störfum. Þegar skyldan til að auglýsa opinberar stöður var upphaflega lögfest í 1. mgr. 5. gr. laga nr. 38/1954 um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins var tekið fram í athugasemdum í greinagerð með frumvarpinu<sup>57</sup> að það væri réttlætismál og jafnréttis að öllum þeim er hugur leikur á tilteknu opinberu starfi sé gefinn kostur á að sækja um það. Ríkinu ætti þá einnig að vera meiri trygging fyrir því að hæfir menn veljist í þjónustu þess.

Auglýsingu er því annars vegar ætlað að stuðla að jafnræði borgaranna þannig að allir þeir sem hafa áhuga á starfinu geti sótt um, og hins vegar miðar hún að því að ríkið eigi úr mörgum hæfum umsækjendum að velja í laus störf.<sup>58</sup> Ekki er að finna sambærilegt ákvæði í sveitarstjórnarlögum um almenna skyldu til að auglýsa störf hjá sveitarfélögum, en reglur um auglýsingar má hins vegar finna í mörgum samþykktum sveitarfélaga. Einnig geyma kjarasamningar stundum reglur um auglýsingaskyldu, sbr. kafli 11.1 í kjarasamningi Sambandsins og BHM-félaga.<sup>59</sup> Í leiðbeiningum um starfsmannamál á vef Sambands íslenskra sveitafélaga kemur fram að ákvæði kjarasamninga sambandsins er lúta að réttindum starfsmanna eigi sér í mörgum tilvikum samsvörun í kjarasamningum ríkisins. Þegar sama túlkun á við er vísað beint í leiðbeiningar fjármálaráðuneytisins með kjarasamningum ríkisins.<sup>60</sup>

Rétt er að benda á að birting auglýsingar á lausu starfi á vegum hins opinbera markar upphaf stjórnáslumáls sem leiða þarf til lykta með stjórnvaldsákvörðun.<sup>61</sup> Birting auglýsingar nægir þó ekki til þess að uppfylla það hlutverk sem auglýsingaskyldunni er ætlað að uppfylla. Efni hennar er ekki síður mikilvægt og í 4. gr. reglna 464/1996 eru því sett fram skilyrði um lágmarksupplýsingar sem þurfa að koma fram í auglýsingu. Við endurskoðun matskenndra stjórnvaldsákvæðana innan dómskerfisins er gjarnan horft til þess hvaða hæfniskröfur voru

---

<sup>56</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 10. september 1992 í máli nr. 382/1991.

<sup>57</sup> Alþt. 1995-1996, A-deild, þskj. 650 - 372 mál.

<sup>58</sup> Ásmundur Helgason, „Löggjöf um opinberar starfsveitingar“ (*Icelandic Review of Politics & Administration*, 15. júní 2006) <<http://www.irpa.is/article/view/b.2006.2.1.2>> skoðað 9. febrúar 2018.

<sup>59</sup> „Kjarasamningar og launatöflur“ (*Samband íslenskra sveitarfélaga*, 25. nóvember 2018) <<https://www.samband.is/verkefningin/kjara--og-starfsmannamal/kjarasamningar-og-launatoflur/>> skoðað 25. nóvember 2018.

<sup>60</sup> „Leiðbeiningar um starfsmannamál sveitarfélaga“ (*Samband íslenskra sveitarfélaga*, 25. nóvember 2018) <<https://www.samband.is/verkefningin/kjara--og-starfsmannamal/leidbeiningar-um-starfsmannamal/>> skoðað 25. nóvember 2018.

<sup>61</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 í máli nr. 4210/2004.

settar fram í auglýsingu við mat á því hvort veitingarvaldshafi hafi komist að málefnalegri niðurstöðu og því er mjög mikilvægt að vanda vel til verka við gerð hennar.

### 2.3. Útvistun ráðningarferlis

Stundum er það fyrirkomulag viðhaft við undirbúning ákvörðunar um stöðuveitingu í opinbert starf af hálfu þess sem fer með veitingarvaldið að fela öðrum aðila að sinna hluta ráðningarferlisins eða öllu. Almennt er óheimilt án lagaheimildar að framselja vald til utanaðkomandi aðila til að taka ákvarðanir, svo sem annars stjórnvalds eða einkaaðila, þó það sé aftur á móti heimilt í mörgum tilvikum að framselja slíkt vald innan sama stjórnvaldsins.<sup>62</sup>

Í þessu sambandi er vert að ítreka að veitingarvaldshafinn ber ávallt stjórnarfarslega ábyrgð á því að stöðuveitingin sé í samræmi við lög og að reglur stjórnarsýsluréttar sem eiga við um ráðningaferlið séu virtar, óháð því hvort öðrum sé falið að sjá um ráðningaferlið fyrir hans hönd. Ef rannsókn máls er að hluta til í höndum utanaðkomandi aðila, eins og á við í tilviki ráðningarstofa, verður veitingarvaldshafi að tryggja að málið sé nægjanlega upplýst og að hann hafi undir höndum allar upplýsingar sem máli skipta svo hann geti tekið sjálfstæða afstöðu til umsækjenda, og þá meðal annars hvort hann fallist á mat utanaðkomandi aðila.<sup>63</sup> Í þeim skilningi tilheyrir ráðningarmálinu ekki aðeins þau gögn sem hafa að geyma forsendur ákvörðunar eða niðurstöðu heldur einnig önnur gögn sem hafa orðið til við rannsókn málsins og hafa efnislega þýðingu eða tengsl við úrlausnarefnið.<sup>64</sup>

Umboðsmaður Alþingis hefur í álitum sínum talið veitingarvaldshafa heimilt án lagaheimildar að leita aðstoðar ráðningarfyrirtækja til að annast afmarkaða þætti við undirbúning að ráðningu starfsmanna, svo lengi sem slíkum aðilum sé ekki falið að taka ákvarðanir í málinu. Verði í því sambandi einkum að gæta þess að réttarstaða umsækjenda sé ekki að efni til önnur og lakari við slíkar aðstæður en lög mæla almennt fyrir um.<sup>65</sup> Hann bendir í því sambandi á að stjórnvaldi sé meðal annars fær sú leið að gera samning við viðkomandi aðila um aðstoðina þar sem honum er gerð grein fyrir skyldum þeim sem á stjórnvaldinu hvíla samkvæmt stjórnarsýslulögum og öðrum lögum í tengslum við ákvörðunina og viðkomandi skuldbindur sig til að tryggja að ekkert

---

<sup>62</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 30. maí 2014 í máli nr. 7382/2013.

<sup>63</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 í máli nr. 4210/2004.

<sup>64</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 15. mars 2011 í máli nr. 6121/2010.

<sup>65</sup> Álit umboðsmanna Alþingis 26. maí 2003 í máli nr. 3616/2002.

í aðstöðu hans, t.d. verklagsreglur og vinnulag, hindri að réttur málsaðila samkvæmt stjórnarsýslulögum og öðrum lögum verði virtur.<sup>66</sup>

Í þessu sambandi má nefna álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 6137/2010 þar sem einn umsækjandi kvartaði yfir því að ríkislögreglustjóri hefði byggt ákvörðun við setningu í embætti lögreglumanns á umsögn lögreglustjóra, í stað þess að byggja hana á hæfni umsækjenda. Taldi umboðsmaður að skort hefði í málinu að ríkislögreglustjóri hefði með þeim gögnum og skýringum sem hann hefði lagt fyrir umboðsmann sýnt fram á að sá samanburður sem hann sagðist hafa gert á grundvelli þeirra sjónarmiða sem byggt hefði verið á hefði verið fullnægjandi. Hafi umsögnin, vegna skorts á rökstuðningi, ekki getað komið ríkislögreglustjóra að viðunandi gagni við samanburð hans á milli umsækjenda eða leyst hann að neinu leyti undan því að sinna þeirri skyldu 10. gr. stjórnarsýslulaga að rannsaka málið nægjanlega áður en ákvörðun var tekin í því.<sup>67</sup> Í öðru máli sem kom til álita umboðsmanns Alþingis í máli nr. 5740/2009 ítrekar umboðsmaður aftur ábyrgð veitingavaldshafa við stöðuveitingar þegar umsækjandi um stöðu starfsmanns verkefnastjórnar 2. áfanga rammaáætlunar kvartaði yfir málsmeðferð ráðuneytisins við stöðuveitinguna og óskaði að metið yrði hvort utanaðkomandi aðilar, í þessu tilfalli verkefnastjórn, hefðu á óeðlilegan hátt komið að ráðningunni. Taldi umboðsmaður ráðuneytinu skylt að ganga úr skugga um að ákvörðunin væri reist á málefnalegum sjónarmiðum í samræmi við réttmætisreglu stjórnarsýsluréttar og að nægjanlegar upplýsingar væru til staðar til að fært væri að draga viðhlítandi ályktanir af þeim um hæfni umsækjenda.<sup>68</sup>

#### **2.4. Framkvæmd hæfnismats**

Mat á hæfni umsækjenda byggir oft á fyrirliggjandi starfsgreiningu sem gerð er í upphafi ráðningar, og þeim hæfniskröfum sem af henni leiða. Að efni til snúast hæfniskröfur yfirleitt um þekkingu, færni og getu, og viðbótarþætti eins og persónuleika, viðhorf og áhuga, svo eitthvað sé nefnt. Þegar hæfniskröfur hafa verið skilgreindar þarf veitingarvaldshafi síðan að velja þær matsaðferðir sem styðjast á við, til dæmis viðtöl, próf og umsagnir. Markmiðið með hæfnismatinu er að efnislegt samræmi sé á milli hæfniskrafna, starfsauglýsingar, matsferlis og greinagerðar.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 28. september 2009 í máli nr. 5466/2008.

<sup>67</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 18. júní 2012 í máli nr. 6137/2010.

<sup>68</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 31. desember 2010 í máli nr. 5740/2009.

<sup>69</sup> Ásta Bjarnadóttir, „Hvað er faglegt hæfnismat í ráðningum?“ *Fréttablaðið* (Reykjavík, 17. ágúst 2010) <<http://www.visir.is/paper/fbl/100817.pdf>>.



Í tímaritsgrein eftir Gylfa Dalmann Aðalsteinsson, dósent á Félagsvísindasviði viðskiptafræðideildar Háskóla Íslands, fjallar hann um ólíkar matsaðferðir við val á umsækjendum í leit að svari við því hvort aðferðir mannauðsstjórnunar geti aukið gæði opinberra ráðninga:

Starfsþróunarferlið hefst á ráðningu starfsmanns, ráðningin sjálf byggir á ákveðnu ferli þar sem umsækjendur eru metnir á grundvelli þeirra matsaðferða sem líklegastar eru til þess fallnar að spá sem réttast fyrir um framtíðarframmistöðu umsækjenda þannig að til starfans veljist sá einstaklingur sem fellur vel að menningu skipulagsheildarinnar og þeim starfsforsendum og starfslýsingu sem eru til grundvallar starfinu.<sup>70</sup>

Fjöldmörg mál hafa ratað til dómstóla, kærunefndar jafnréttismála og umboðsmanns Alþingis þar sem kvartað hefur verið yfir framkvæmd hæfnismats við stöðuveitingar. Í nýlegum dómi Hæstaréttar í máli nr. 591/2017 (Landsréttarmálið) sem var mikið til umfjöllunar í fjölmiðlum, kærði einn umsækjanda um nýstofnað embætti dómara við Landsrétt þá ákvörðun dómsmálaráðherra að víkja frá niðurstöðu dómnefndar um 15 hæfustu umsækjendurna og skipta í þess stað fjórum þeirra út fyrir aðra fjóra sem nefndin hafði raðað neðar á listann. Hlutverk dómnefndar samkvæmt lögum um dómstóla nr. 50/2016 er meðal annars að fjalla um hæfni umsækjenda um embætti landsréttardómara. Í málinu, sem einnig verður vísað til í umfjöllun síðar, reyndi meðal annars á réttmæti hæfnismats við stöðuveitingu þegar dómsmálaráðherra ákvað að breyta vægi hæfnispáttta við skipun dómara í Landsrétt, eftir að dómnefndin hafði skilað sinni niðurstöðu byggt á fyrri áherslum. Vildi ráðherrann með breytingunni auka vægi dómara-reynslu við mat á umsækjendum. Taldi rétturinn það í sjálfu sér vera málefnalegt sjónarmið en sagði ráðherrann ekki hafa sýnt fram á það hvaða efnislega mat og samanburður hefði farið fram á umsækjendum með tilliti til þessa nýja sjónarmiðs og sagði málsmeðferðina af þeim sökum vera haldna annmörkum.<sup>71</sup>

Í öðrum dómi Hæstaréttar í máli nr. 314/2001 féllst rétturinn ekki á það með stefnanda að hæfniskröfur til starfans vegi allar jafnþungt heldur hafi veitingarvaldshafi ákveðið svigrúm til að ákveða vægi þeirra innbyrðis. Nefndi Hæstiréttur í því sambandi að ógerlegt væri að skylda stjórnvald til að ráða mann til stjórnunarstarfa sem hafi litla stjórnunarhæfileika þó hann

---

<sup>70</sup> Gylfi Dalmann Aðalsteinsson, „Geta aðferðir mannauðsstjórnunar aukið gæði ráðninga hjá hinu opinbera?“ (*Icelandic Review of Politics & Administration*, 15. júní 2006) <<http://www.irpa.is/article/view/b.2006.2.1.3>>.

<sup>71</sup> Hrd. 19. desember 2017 í máli nr. 591/2017 Ástráður Haraldsson gegn íslenska ríkinu.

uppfylli önnur skilyrði ráðningar, og að sama skapi væri ógerlegt að leggja mælistiku á persónulega kosti.<sup>72</sup>

Einnig reyndi á hæfnismat á umsækjendum hjá kærunefnd jafnréttismála árið 2010 þegar nefndin taldi forsætisráðuneytið hafa gengið framhjá konu við skipun í embætti skrifstofustjóra. Ráðuneytið skipaði í kjölfarið stýrihóp þriggja sérfræðinga til að taka málið til ítarlegrar skoðunar og í geinagerð hópsins komust sérfræðingarnir að þeirri niðurstöðu að ástæða þess að kærunefnd jafnréttismála og forsætisráðuneytið komust að mismunandi niðurstöðu vð mat á hæfni umsækjenda væri sú að ólíkum aðferðum hefði verið beitt við hæfnismatið. Var það talin meginástæðan fyrir því að niðurstöðurnar voru svo ólíkar sem raun bar vitni, fremur en að ráðningarferlið hafi verið með þeim hætti að hæfasti umsækjandinn hafi ekki verið ráðinn. Taldi stýrihópurinn að að baki lægju tveir hugmyndaheimar um það hvað sé hæfni og hvernig skuli greina hana og meta.<sup>73</sup> Er þetta athyglisvert í ljósi þess að þarna virðast takast á fræði mannauðsstjórnunar og reglur stjórnarsýsluréttar í þeim skilningi að stýrihópurinn taldi kærunefndina ekki hafa aflað upplýsinga um eða metið þau atriði sem komu fram í viðtölum við umsækjendur heldur eingöngu horft til hlutlægra þátta eins og menntunar og reynslu. Í framhaldi af þessu var ákveðið að hefja vinnu við að samræma viðmið við stöðuveitingar í störf hjá ríkinu til að koma í veg fyrir það í framtíðinni að byggt verði á mjög ólíkum aðferðum við að meta hæfni umsækjenda.

Umboðsmaður Alþingis hefur í álitum sínum einnig fjallað um framkvæmd hæfnismats við stöðuveitingar. Í einu slíku máli nr. 4210/2004 sem fjallaði um skipun ráðherra í embætti ráðuneytisstjóra hélt ráðherrann því fram að ferilsskrá hafi takmarkað forspárgildi við mat á hæfni, stjórnunarháttum og viðhorfi til starfs þar sem hún segi fyrst og fremst til um frammistöðu umsækjanda í fortíð, en minna um það með hvaða hætti hann nálgast viðfangsefni í framtíðinni. Þannig þurfi einnig að byggja á frammistöðu í viðtali og mati á umsögnum meðmælenda og í því felist að ákvörðun um ráðningu verði ávallt að einhverju leyti að byggjast á rökstuddu mati á þeim málefnalegu en huglægu viðmiðum sem beitt er við mat á umsækjendum út frá þeim markmiðum sem sett eru í upphafi. Umboðsmaður taldi ekki vera

---

<sup>72</sup> Hrd. 31. janúar 2002 í máli nr. 314/2001 Jóhann S. Stefánsson gegn Siglufjarðarkaupstað.

<sup>73</sup> Forsætisráðuneytið, „Niðurstæða rýnihóps í tilefni af úrskurði kærunefndar jafnréttismála í máli nr. 3/2010 og næstu skref“ (*Stjórnarráð Íslands*, 10. maí 2011) <<https://www.stjornarradid.is/efst-a-baugi/frettir/stok-frett/2011/05/10/Nidurstada-rynihops-i-tilefni-af-urskurdi-kaerunefndar-jafnrettismala-i-mali-nr.-3-2010-og-naestu-skref/>> skoðað 28. október 2018.

ágreining um lögmæti eða réttmæti þessara sjónarmiða ráðherra, en að hann hafi ekki sýnt fram á fullnægjandi samanburð á milli umsækjenda og ályktanir hans hafi því ekki verið forsvaranlegar.<sup>74</sup>

Loks má nefna álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 5864/2009 þar sem hann gerir athugasemd við aðferðarfræði ráðuneytis við hæfnismat á umsækjendum í starf stjórnarráðsfulltrúa. Taldi umboðamaður Alþingis ráðuneytið ekki hafa sýnt fram á að málefalegt og forsvaranlegt hafi verið að byggja á því við mat á umsækjendum að ýmist líta fram hjá þeim einstaklingum sem hefðu framhaldsmenntun á háskólastigi eða ljá aukinni menntun og starfsreynslu takmarkað vægi á grundvelli almennra hugleiðinga án þess að meta það í hverju og einu tilviki hvernig sú menntun eða starfsreynsla gæti nýst við framkvæmd starfsins eins og það var afmarkað í auglýsingu. Taldi hann málsmeðferð ráðuneytisins því ekki hafa verið í samræmi við lög.<sup>75</sup>

## 2.5. Viðtöl og próf

Ein algengasta leiðin til þess að afla frekari upplýsinga um umsækjendur, umfram fyrirbyggjandi gögn, er að boða þá í viðtal. Aðrar aðferðir geta falist í því að afla umsagna frá núverandi eða fyrrverandi vinnuveitendum (álitsumleitan) eða leggja ýmis próf og æfingar fyrir umsækjendur. Dæmi um slíkt eru persónuleikapróf, sálfræðipróf, hæfnispróf, tæknileg próf eða verklegar æfingar sem hafa þann tilgang að leggja mat á persónulega eiginleika viðkomandi.

Viðtölin hafa fyrir löngu skapað sér fastan sess í ráðningarferlinu og þykja í dag órjúfanlegur huti þess. Það staðfesti Hæstiréttur meðal annars í máli nr. 686/2008 þar sem kærandi hélt því fram að veitingarvaldshafi hefði byggt ákvörðun sína á ómálefnalegum sjónarmiðum, en veitingarvaldhafi hafði vísað til framtíðarsýnar þess sem fékk starfið sem hann tjáði sig um í viðtali. Hæstiréttur féllst ekki á að það væri ómálefnalegt sjónarmið að byggja ákvörðun á framtíðarsýn umsækjanda sem fram kom í starfsviðtali og sagði í dómsorði að þó að starfsviðtölin hafi haft verulegt vægi við mat á hæfni umsækjenda verði ekki á það fallist að þar með megi leiða líkur að því að forsendur ráðherra við ráðninguna hafi verið byggðar á ómálefnalegum ástæðum. Starfsviðtöl af þessu tagi væru eðlilegur þáttur í ráðningarferlinu og hafi þýðingu við heildarmat á starfshæfni umsækjenda.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 í máli nr. 4210/2004.

<sup>75</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 18. júní 2012 í máli nr. 5864/2009.

<sup>76</sup> Hrd. 24. september 2009 í máli nr. 686/2008 Ingileif S. Kristjánsdóttir gegn íslenska ríkinu.

Ef veitingarvaldshafi ákveður að leggja mesta áherslu á viðtöl til að velja á milli hæfra umsækjenda þarf hann að gæta þess að vanda vel undirbúning viðtalsins, framkvæmd þess og úrvinnslu. Reynir þar meðal annars á hvernig spurningar lagðar eru fyrir umsækjendur og hvort þær séu samræmdar. Að viðtali loknu er ennfremur brýnt að fyrir liggi skráð gögn sem varpað geta ljósi á það mat sem fram fer á grundvelli viðtalsins.<sup>77</sup>

Þær spurningar sem lagðar eru fyrir umsækjendur í viðtali geta verið af ýmsum toga, en gerð er krafa um að þær séu til þess fallnar að kanna þá hæfni, þekkingu og reynslu sem starfið krefst og að jafnræðis sé gætt meðal umsækjenda. Í máli nr. 1/2015 sem fór fyrir kærunefnd jafnréttismála taldi kærandi ýmsar spurningar sem lagðar voru fyrir í viðtali hafa verið hlutdrægar og hentað betur þeim umsækjendum sem voru þegar í starfi hjá veitingavaldshafa. Voru umsækjendur til dæmis spurðir út í reynslu af því að stjórna lögreglumönnum til verka í umfangsmiklum verkefnum á vettvangi og hvort þeir hefðu lokið stjórnunarnámi hjá lögreglunni. Nefndin komst að þeirri niðurstöðu að að minnsta kosti fimm af sjö spurningum sem beint var til umsækjenda í viðtalinu hafi verið háðar annmörkum og hæfnismatið hafi því ekki verið byggt á málefnalegum forsendum.<sup>78</sup> Þannig getur val á spurningum skipt verulegu máli við samanburð og mat á hæfni umsækjenda.

Eins og áður var vikið að hefur umboðsmaður Alþingis ekki talið leiða af rannsóknarreglu stjórnisýsluréttarins að veitingavaldshafa sé skylt að taka alla þá umsækjendur í viðtal sem uppfylla hæfniskröfur, eða afla á annan hátt frekari upplýsinga um starfshæfni þeirra. Telur hann veitingavaldshafa geta ráðið því hvaða upplýsinga hann telur nauðsynlegt að afla til að málið teljist nægjanlega upplýst með tilliti til þeirra sjónarmiða sem hann hafi ákveðið að byggja val sitt á.<sup>79</sup>

Notkun hæfnisprófa hefur verið að aukast hér á landi undanfarin ár og fjallaði Héraðsdómur Reykjavíkur í máli nr. E-3058/2016 um réttmæti slíkra prófa þegar sem stefnandi hélt því fram að gengið hafi verið framhjá sér með ólögumætum hætti við skipun í embætti forstöðumanns. Ákvörðun veitingavaldshafans byggði á niðurstöðum hæfnisprófs, sem ekki hafði verið getið í auglýsingu og reyndi á hvort umsækjendur gætu leyst myndrænar þrautir. Komst dómurinn að þeirri niðurstöðu að hæfnisprófinu hafi verið ætlað að kanna þá hæfnisþætti sem tilgreindir

---

<sup>77</sup> Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 4. maí 2017 í máli nr. 2/2017.

<sup>78</sup> Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 12. júní 2015 í máli nr. 1/2015.

<sup>79</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 30. desember 2005 í máli nr. 4413/2005.

voru í auglýsingu og því væri það í rökréttum og eðlilegum tengslum við starfið sem var auglýst. Taldi dómurinn veitingarvaldshafa hafa ríkulegt sjálfðæmi um þær aðferðir sem hann kys að nota til að sannreyna ýmsa þætti, svo lengi sem þær séu málefnalegar. Lausn á myndrænum þrautum væri eðlileg og málefnaleg aðferð við að kanna færni í að setja sig hratt inn í nýjar aðstæður og hæfileika til að draga hratt ályktanir af upplýsingum. Því hafi verið óþarft að tilgreina fyrirfram að slík aðferð yrði notuð við könnun á færni umsækjenda.<sup>80</sup>

## 2.6. Álitsumleitan

Samkvæmt grundvallarreglum stjórnisýsluréttar er álitsumleitan sá þáttur í meðferð máls þegar stjórnvald leitar sérstakrar umsagnar utanaðkomandi aðila áður en það tekur ákvörðun í málinu. Mjög oft er stuðst við álitsumleitan sem lið í rannsókn máls þegar velja þarf á milli umsækjenda við stöðuveitingar, í þeim tilgangi að kanna persónulega eiginleika þeirra. Hvort sem slík álitsumleitan er lögbundin eða frjáls er hún jafnan mikilvægur þáttur í ferlinu.<sup>81</sup>

Álitsgjafar verða að vera trúverðugir í sínu hlutverki og byggja umsögn sína á málefnalegum sjónarmiðum. Til þess að slíkar umsagnir þjóni tilgangi sínum þurfa þær að vera rökstuddar, enda kemur það stjórnvaldi ekki að miklum notum að fá umsögn með umsækjanda ef henni fylgja ekki upplýsingar um það hvaða sjónarmið og rök hafi leitt til þeirrar niðurstöðu.<sup>82</sup> Einnig er mikilvægt að gæta jafnræðis meðal umsækjenda þegar kemur að því að leita álits umsagnaraðila.

Í áliti sínu í máli nr. 5466/2008 fjallaði umboðsmaður Alþingis meðal annars um álitsumleitan og gerði þá greinarmun á því hvaða kröfur væru gerðar til veitingavaldshafa varðandi álitsumleitan eftir því hvort hann hefði fyrri reynslu af viðkomandi í starfi, eða hvort slíkra upplýsinga væri aflað frá utanaðkomandi aðila. Taldi hann að ekki væru gerðar sömu kröfur til veitingavaldshafa um hlutlæga framsetningu eða fyrirbyggjandi gögn um atriði á borð við hæfni í samskiptum þegar veitingarvaldshafi þekkti sjálfur til umsækjenda vegna fyrri starfa hans. Ætti það einkum við í tilvikum þar sem ekki sé dregið í efa að veitingarvaldshafi hafi sjálfur reynslu af viðkomandi til að byggja mat sitt á.<sup>83</sup> Tryggja þarf í slíkum tilvikum að veitingarvaldshafi afli sambærilegra upplýsinga um aðra umsækjendur til að tryggja sanngjarnan samanburð og draga

---

<sup>80</sup> Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 26. júní 2017 í máli nr. E-3058/2016.

<sup>81</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 29. mars 1994 í máli nr. 887/1993.

<sup>82</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 18. júní 2012 í máli nr. 6137/2010.

<sup>83</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 28. september 2009 í máli nr. 5466/2008.

úr líkum á því að hann byggi mat sig eingöngu á sinni eigin þekkingu. Með þeim hætti er betur tryggt á að jafnræðis sé gætt í ferlinu.

### 3. Hlutlægt mat og huglægt

Við samanburð á umsækjendum í opinber störf er í flestum tilvikum byrjað á því að leggja hlutlægt mat á alla umsækjendur í þeim tilgangi að kanna hvort þeir uppfylli hæfnisskilyrðin. Hlutlægt mat felst til dæmis í beinum samanburði á námsgráðum og námstíma, starfsaldri og hversu langa starfsreynslu viðkomandi hefur af sambærilegu starfi. Stundum er litið til stjórnunarreynslu, þ.e. hversu lengi viðkomandi hefur haft mannaforráð og eðli og umfang þeirra, eða sérhæfingar og viðbótarþekkingar ef hún er til staðar. Slíkan samanburð er yfirleitt hægt að sannreyna og rökstyðja, enda leiðir hlutlægt mat síður til eftirmála innan dómskerfisins en huglægt mat.

Huglægir þættir varða á hinn bóginn oft persónulega eiginleika umsækjenda, svo sem hæfni í samskiptum, leiðtogaþæfni, frumkvæði, metnað, þjónustulund, viðhorf til starfsins, og framtíðarsýn. Við stöðuveitingar getur verið nauðsynlegt að leggja einnig mat á huglæga þætti en það getur hins vegar verið erfitt að meta þá, sannreyna og rökstyðja. Þá koma viðtöl, próf og umsagnir til sögunnar í þeim tilgangi að varpa skýrara ljósi á hæfni viðkomandi til starfans og um leið verða skilin óskýrari á milli hlutlægs og huglægs mats. Val á hæfniþáttum getur í sumum tilvikum einnig flokkast undir að vera huglægt mat, sérstaklega ef hæfnisþættirnir breytast í miðju ráðningarferlinu eða vægi þeirra innbyrðis, og sama gildir um val á spurningum í viðtali og jafnvel val á þeim prófum sem lögð eru fyrir umsækjendur.

Í þessum kafla verður fjallað um huglægt mat við stöðuveitingar á opinberum vinnumarkaði, sem jafnframt er helsta viðfangsefni þessarar ritgerðar, og hvernig hægt er að rökstyðja það með fullnægjandi hætti að kröfur stjórnsýsluréttar um málsmeðferð hafi verið uppfylltar. Í þeim tilgangi verður litið til dómafordæma og þess hvaða lærdóm draga má af þeim.

#### 3.1. Huglægt mat á umsækjendum

Huglægir þættir geta í sumum tilvikum þótt skipta meira máli við stöðuveitingar en hlutlægir þættir, ýmist vegna eðli starfsins eða annarra þátta. Sem dæmi gæti sú staða hæglega komið upp að veitingarvaldshafi vilji ráða einstakling í starf á þeirri forsendu að hann sé hæfari í samskiptum en einhver annar sem er með meiri menntun eða lengri starfsreynslu. Ef starfið er

Þess eðlis að það reyni mest á samskipti hlýtur það að teljast mjög málefnalegt sjónarmið við ráðstöfun slíkra starfa þegar markmiðið er að velja hæfasta umsækjandann, en í þeim tilvikum gæti þó reynst erfitt að rökstyðja niðurstöðuna útfrá reglum stjórnsluréttar þar sem samskiptahæfni er huglægt mat og erfitt að setja á það mælistiku.

Í 1. mgr. 14. gr. starfsmannalaga virðist beinlínis gert ráð fyrir því að persónulegir eiginleikar opinberra starfsmanna komi til álita við ráðningu þeirra. Þar kemur fram að starfsmanni sé skylt að rækja starf sitt með alúð og samviskusemi, hann skuli gæta kurteisi, lipurðar og réttsýni í starfi sínu og forðast að hafast nokkuð það að sem varpað getur rýrð á starfið. Í lagagreininni er þannig upptalning á huglægum þáttum sem veitingarvaldshafi skuli meta til persónulegra styrkleika umsækjenda í opinbert starf. Í mannauðsfræðunum telst að sama skapi jafn eðlilegt að leggja mat á huglæga þætti við stöðuveitingar og hlutlæga. Þannig eru umsækjendur oft beðnir um að greina frá styrkleikum sínum og veikleikum í viðtali, svara óþægilegum spurningum um sjálfa sig og greina frá framtíðaráformum. Í raun má segja að umsækjandi um starf þurfi að vera tilbúinn til að afhjúpa sig og stundum er farið fram á að umsækjendur taki persónuleikapróf sem mælir ýmsa þætti og eiginleika í hans fari.<sup>84</sup> Ef persónulegir eiginleikar umsækjenda sem máli skipta fá lítið eða jafnvel ekkert vægi við stöðuveitingar á opinberum vinnumarkaði vegna þess hve þröngum stakki veitingarvaldshafa er sniðinn með kröfum stjórnsluréttar við mat á hæfni getur lagaumhverfið þannig í einhverjum tilvikum beinlínis unnið gegn því markmiði að ráða hæfasta umsækjandann.

Umboðsmaður Alþingis hefur í álitum sínum talið veitingarvaldshafann hafa svigrúm til að ákveða hvaða hlutlægu og huglægu þættir skipta máli í það starf sem um ræðir og hvaða vægi þeir þættir hafi innbyrðis, að uppfylltum ákveðnum skilyrðum. Þau skilyrði fela meðal annars í sér að ákvörðunin sé byggð á málefnalegum sjónarmiðum og rökstuddu mati á þeim hlutlægu og huglægu viðmiðum sem sett voru fram í upphafi. Stöðuveitingar á opinberum vinnumarkaði kalla því á það að sönnunarreglur fái sérstakt vægi og því vaknar sú spurning hvort það sé yfirhöfuð hægt að rökstyðja huglægt mat þannig að það falli að efnisreglum stjórnsluréttarins. Slíkur rökstuðningur hefur í gegnum tíðina stundum vafist fyrir ráðningaraðilum og mörg slík mál hafa því ratað til endurskoðunaraðila þar sem umsækjendur sem ekki fengu stöðuveitingu telja á sér brotið. Til að leita svara við þessu verður hér farið yfir dóma Hæstaréttar og

---

<sup>84</sup> Gylfi Dalmann Aðalsteinsson (n. 70).

héraðsdómstóla, úrskurði kærunefndar jafnréttismála og mörg þeirra ótal álit sem umboðsmaður Alþingis hefur sent frá sér. Leitast verður við að skoða röksemdarfærslu þessara aðila í þeim tilgangi að draga fram hvaða rökstuðningur fyrir huglægu mati veitingavaldshafa telst uppfylla lagaleg skilyrði, og þá einkum reglur stjórnisýsluréttar. Tekið skal fram að ekki er um tæmandi skoðun á dómum, álitum og úrskurðum að ræða heldur miðast efnistöð við skoðun á völdum úrlausnum á þessu sviði.

### **3.2. Dómar sem fjalla um huglægt mat**

Flest álitamálin sem varða huglægt mat við stöðuveitingar hafa eðli málsins samkvæmt komið inn á borð umboðsmanns Alþingis, en færri endað fyrir dómstólum. Það endurspeglast í þeim fjölda álitum umboðsmanns Alþingis sem hér verður vísað til. Hlutverk hans er að tryggja rétt einstaklinga gagnvart stjórnvöldum landsins, en rétt er að hafa í huga að álit hans eru ekki bindandi heldur geta í álitsgerðinni falið tilmæli, gagnrýni, ráð eða leiðbeiningar til stjórnvalda.

Þó hér sé nánast eingöngu verið að fjalla um stöðuveitingar á opinberum vinnumarkaði er rétt að geta þess að í fjölmörgum álitum sinna hefur umboðsmaður Alþingis bent á þann verulega mun sem er á aðstöðu vinnuveitanda hjá opinberum aðila og einkaaðila við stöðuveitingar. Við stöðuveitingar á opinberum vinnumarkaði sé verið að velja starfsmann til að sinna viðfangsefnum sem viðkomandi stjórnvaldi ber lögum samkvæmt að fara með í þágu samfélagslegra hagsmuna og í því sambandi bendir hann á að sá sem fer með ráðningarvaldið af hálfu hins opinbera geti því ekki alfarið byggt ákvörðun sína um stöðuveitingu á eigin viðhorfum eða hagsmunum heldur þurfi hann að rökstyðja matið út frá málefnalegum sjónarmiðum.<sup>85</sup>

Í einu álitum sinna lýsir hann því á hvaða forsendum skuli byggja huglægt mat við stöðuveitingar og segir að sé það gert megi sú afstaða ekki eingöngu byggja á persónulegum óskum þess sem veitir starfið, um hver skuli ráðinn og hver ekki, heldur verði hún að skírskota til þarfa hins opinbera og þeirra hagsmuna sem viðkomandi starfsemi á að vinna að. Til að viðhlítandi samanburður fari fram á starfshæfni umsækjenda verði enn fremur að veita atriði af þessu tagi á móti öðrum forsendum sem augljóslega miða að því að upplýsa hvers má vænta um

---

<sup>85</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 í máli nr. 4210/2004.



frammistöðu viðkomandi í starfinu.<sup>86</sup> Þarna vísar umboðsmaður Alþingis meðal annars í að ákvörðun um stöðuveitinguna taki mið af eðli starfsins.

Þannig hefur veitingarvaldshafinn ákveðið svigrúm til að meta hvaða sjónarmið teljast málefnaleg, en almennt má þó telja að því betur sem sjónarmið varpa ljósi á hæfni umsækjenda því meira vægi hafi þau. Sjónarmið byggð á persónulegum hagsmunum veitingavalda hafa mundu þannig teljast ómálefnaleg, og einnig ef til dæmis kyn eða kynhneigð umsækjenda, aldur, fötlun, útlit eða pólitísk sjónarmið hafa áhrif á stöðuveitinguna. Hér á eftir verður vitnað í niðurstöður þessara endurskoðunaraðila eftir því sem við á í þeim tilgangi að sýna fram á hvort, og þá hvernig, hægt er að rökstyðja huglægt mat veitingavalda hafa við opinberar stöðuveitingar.

### 3.2.1. Tilvísun í innihald auglýsingar

Eins og fram hefur komið er mikilvægt að vanda til verka við gerð starfsauglýsinga því þær leggja línurnar varðandi þá þætti sem til skoðunar eru við stöðuveitingar. Auglýsingar byggja yfirleitt á starfsgreiningu og hæfniskröfum til starfsins og ættu því að gefa skýra mynd af þeim kröfum sem gerðar eru til umsækjenda. Auglýsingin veitir því bæði umsækjendum og endurskoðunaraðilum upplýsingar um það hvaða hæfni, reynslu og persónulegum eiginleikum verið er að leita eftir og með hvaða hætti samanburður verður gerður og mat á umsækjendum. Endurskoðunaraðilar líta oft til auglýsinga vð mat á því hvort ákvörðun um stöðuveitingu hafi verið í samræmi við þær kröfur sem settar voru fram í auglýsingu og meta í því samhengi hvort ákvörðunin teljist hafa verið málefnaleg og lögmæt. Hér verður fjallað um nokkur dæmi.

Fyrst má nefna dóm Hæstaréttar í máli nr. 121/2002 þar sem kærandi, sem var kona, sótti um embætti sýslumanns á Keflavíkurflugvelli og reisti kröfur sínar á því að hún hefði meiri menntun og fjölbættari starfsreynslu en karlinn sem var ráðinn. Áður hafði hún leitað til kæruneftndar jafnréttismála sem komst að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið á henni vegna kynferðis<sup>87</sup>. Rétturinn fjallaði meðal annars um efni og innihald starfsauglýsingar um embætti sýslumanns á Keflavíkurflugvelli og taldi hana veita ákveðna vísbendingu um lögmæti sjónarmiða veitingarvaldshafans og hvernig umsóknir yrðu metnar. Í auglýsingunni var lýsing á meginverkefnum sýslumanns til að varpa ljósi á sérstætt eðli embættisins vegna staðsetningar

---

<sup>86</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 28. september 2009 í máli nr. 5466/2008.

<sup>87</sup> Úrskurður kæruneftndar jafnréttismála 7. janúar 1999 í máli nr. 11/1999.

Þess á varnarsvæðinu og þátttöku Íslands í alþjóðlegu samstarfi um landamæraeftirlit. Var með því gefið til kynna að önnur reynsla og þekking en af hefðbundnum störfum sýslumanna, svo sem starfsreynsla á erlendum vettvangi, gæti haft töluvert vægi við mat umsókna. Taldi Hæstiréttur auglýsinguna hafa verið eðlilega úr garði gerða með hliðsjón af kröfum starfsins:

Með þessu var gefið til kynna, að önnur reynsla og þekking en af hefðbundnum störfum sýslumanna, svo sem starfsreynsla á erlendum vettvangi, myndi geta haft töluvert vægi við mat umsókna. Þykir auglýsing þessi hafa verið eðlilega úr garði gerð, enda fól hún ekki í sér ólögmat hæfisskilyrði. Verður ekki talið, að við veitingu embættisins hafi verið byggt á öðrum atriðum en ráða mátti af auglýsingunni.<sup>88</sup>

Í öðru máli sem fór fyrir Hæstarétt í máli nr. 686/2008 tókust málsaðilar á um það hvort ráðningaraðila hafi borið að tiltaka sérstaklega fram í auglýsingu að litið yrði til frammistöðu umsækjenda í starfsviðtölum, sem síðar var notað sem rökstuðningur fyrir vali þess sem hlaut starfið. Stefnandi taldi ráðuneytið hafa breytt áherslum sínum við mat á hæfni umsækjenda eftir á miðað við þau atriði sem fram komu í auglýsingunni, þar sem viðtalanna var ekki getið. Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu að eðlilegt hafi verið að líta til frammistöðu umsækjenda í starfsviðtali vegna eðli starfsins og þeirra breytinga sem framundan væru í starfsumhverfinu og þó að starfsviðtölin hefðu haft verulegt vægi við mat á hæfni umsækjenda og þeirra hafi ekki verið getið sérstaklega í auglýsingunni var ekki á það fallist að forsendur ráðherra við ráðninguna hafi verið byggðar á ómálefnalegum ástæðum.<sup>89</sup>

Í sambærilegu máli sem einnig fór fyrir Hæstirétt taldi stefnandi á sér brotið vegna þess að í rökstuðningi ráðningaraðila fyrir ákvörðun um ráðningu var sá sem hlaut starfið talinn hafa „skýrustu, framsæknustu, víðsýnustu og raunhæfustu hugmyndirnar um rekstur leikhússins“, og sú hæfniskrafa hafði ekki komið fram í auglýsingunni. Í niðurstöðu dómsins segir:

Ekki var tekið sérstaklega fram í auglýsingunni, að umsækjendur skyldu gera grein fyrir hugmyndum sínum um fjárhagslegan rekstur, markaðssetningu og innra starf leikhússins. Það takmarkaði þó ekki svigrúm áfrýjanda við ráðningu í stöðu leikhússtjóra, enda leiðir af eðli starfsins og má öllum vera ljóst, að þessi atriði séu meðal undirstöðupátta þess.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> Hrd. 10. október 2002 í máli nr. 121/2002 Íslenska ríkið gegn Kolbrúnu Sævarsdóttur.

<sup>89</sup> Hrd. 24. september 2009 í máli nr. 686/2008 Ingileif S. Kristjánsdóttir gegn Íslenska ríkinu.

<sup>90</sup> Hrd. 22. janúar 2004 í máli nr. 330/2003 Leikfélag Akureyrar gegn Jafnréttisstofu vegna Hrafnhildar Hafberg.

Árið 2008 höfðaði Jafnréttisstofa mál fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur gegn Háskóla Íslands fyrir hönd konu sem sótti um starf dósents í tölvunarfræði og taldi að með því að ráða karl í starfið hefði HÍ brotið gegn jafnréttislögum. Taldi Jafnréttisstofa ályktun deildarfundar bera með sér að mat á hæfni konunnar hafi byggst á huglægri afstöðu einstakra manna í hennar garð og hafi ekki verið rökstudd með neinum hætti. Stefndi hélt því þvert á móti fram að tillagan um þann sem ráðinn var í starfið hafi verið í fullu samræmi við þá meginreglu opinbers réttar að í auglýst starf skuli hverju sinni ráða þann umsækjanda sem hæfastur er talinn út frá skilgreiningu starfsins og áherslum sem fram komi í auglýsingu. Í dómi héraðsdóms í máli nr. E-1164/2008 kemur fram að í auglýsingu um starfið hafi verið lögð áhersla á kennslu í grunnámi og að það sjónarmið hafi vegið þyngst við ákvarðanatöku um stöðuveitinguna. Rétturinn hafnaði því sjónarmiði stefnanda að brotnar hafi verið reglur stjórnábylgjulaða eða jafnréttislaða þegar hæfni umsækjenda var metin og taldi matið vera byggt á nægilega traustum grunni og stutt viðhlítandi rökum.<sup>91</sup>

Í máli sem kom til úrskurðar kæruneftndar jafnréttismála í máli nr. 3/2014 var fjallað um huglægt mat og því haldið fram að kærði hafi fyrst og fremst byggt ákvörðun ráðningar á umsögnum og einu viðtali, en ekki farið eftir áherslum í auglýsingu við mat á hæfni. Kæruneftndin komst að þeirri niðurstöðu að mat veitingavaldshafa á hæfni umsækjenda væri ekki í samræmi við áherslur í auglýsingu:

Af skýringum kærða má ráða að hann hafi ekki raðað umsækjendum í hæfnisröð með tilliti til menntunar né reynslu er tengist starfi með börnum eins og þó hafði í auglýsingu verið lögð áhersla á að væri æskileg.<sup>92</sup>

Í öðru máli sem kom til úrskurðar kæruneftndar jafnréttismála í máli nr. 4/2013 taldi nefndin að kærði hefði ekki borið umsækjendur saman með tilliti til þeirra huglægu þátta sem tilgreindir voru í auglýsingu.

Í auglýsingu er sérstaklega áskilið að umsækjendur skuli hafa góða samskiptahæfileika, ákveðni, frumkvæði og metnað til árangurs. Verður ekki séð að umsækjendur hafi verið bornir saman með tilliti til þessara þátta.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 8. janúar 2009 í máli nr. E-1164/2008.

<sup>92</sup> Úrskurður kæruneftndar jafnréttismála 20. október 2014 í máli nr. 3/2014.

<sup>93</sup> Úrskurður kæruneftndar jafnréttismála 26. september 2013 í máli nr. 4/2013.

Í nýlegu máli fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur komst dómurinn að þeirri niðurstöðu að ráðningaraðila hafi verið heimilt að framlengja ekki ráðningarsambandi við nýliða þar sem hann var ekki talinn uppfylla þau hæfiskilyrði á reynslutíma sem fram komu í starfsauglýsingu.

Að þessu virtu verður það talið málefnalegt að stefndi hafi kallað eftir umsögnum og tekið til sérstakrar athugunar þá mannlegu þætti sem um ræðir og skipta máli í framangreindu tilliti, þar með talið hvort samskipti við stefnanda hefðu verið í lagi, hvort hann hefði áhuga á starfinu, hvort hann félli inn í hópinn, tæki tilsögn o.fl. Þá liggur auk þess fyrir að fyrrgreind atriði eru af sama toga og komu fram í auglýsingu stefnda varðandi hæfniskröfur um framtíðarstarf og því eðlilegt að farið væri frekar ofan í saumana á því undir lok reynslutímans.<sup>94</sup>

Af framangreindu má ráða að bæði veitingarvaldshafar og umsækjendur hafa vísað til innihalds auglýsinga þegar ágreiningur hefur komið upp um ákvörðun eða rökstuðning fyrir stöðuveitingu. Umsækjendur hafa í sumum tilvikum byggt mál sitt á því að áherslur veitingarvaldshafa í rökstuðningi hans fyrir stöðuveitingunni hafi ekki verið í samræmi við þær kröfur sem settar voru fram í auglýsingu, líkt og umsækjandinn um embætti sýslumanns á Keflavíkurflugvelli. Þar komst rétturinn að þeirri niðurstöðu að þrátt fyrir meiri menntun og fjölþættari starfsreynslu konunnar hafi reynsla karlsins mætt kröfum auglýsingarinnar betur. Í sambærilegum tilvikum hafa endurskoðunaraðilar ýmist tekið undir þá staðhæfingu og þá talið ákvörðunina byggða á ómálefnalegum sjónarmiðum, eða bent á að ekki þurfi að taka það fram í auglýsingu sem leiðir af eðli starfsins og megi öllum vera ljóst.

Einnig hafa endurskoðunaraðilar ýmist beint þeim tilmælum til veitingarvaldshafa að ákvörðun þeirra sé ekki í samræmi við það sem fram kom í auglýsingu, og sé því ómálefnaleg, eða að þeir hafa staðfest ákvörðun þeirra með þeim rökum að hún sé í samræmi við auglýsingu starfsins og því hafi ákvörðunin verið studd viðhlítandi rökum. Í öllum tilvikum staðfesta dómarnir mikilvægi þess að vanda gerð auglýsinga og fylgja þeim áherslum sem þar eru lagðar við hæfnismat á umsækjendum.

### 3.2.2. Bent á rannsóknarskyldu veitingarvaldshafa

Oft er tekist á um það fyrir dómi hvort veitingarvaldshafi hafi uppfyllt rannsóknarskyldu sína, samanber 10. gr. stjórnarsýslulaga, með því að kynna sér allar hliðar máls áður en hann tók ákvörðun um stöðuveitingu. Umsækjendur um störf hafa yfirleitt ekki sömu þekkingu á

---

<sup>94</sup> Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 5. júlí 2018 í máli nr. E-2995/2017.

ráðningarferlinu og sá sem sér um stöðuveitingar og stjórnvöld hafa þar af leiðandi ríka skyldu gagnvart umsækjendum á meðan á því stendur. Á þetta sérstaklega við um að afla nauðsynlegra gagna og upplýsinga um alla umsækjendur sem varpað geta skýrara ljósi á þekkingu þeirra, reynslu og hæfni. Höfuðmáli skiptir að gæta samræmis og jafnræðis á milli umsækjenda og að sambærilegra upplýsinga sé aflað um alla. Í ráðningarferlinu á það jafnt við um gagnaöflun, viðtöl og álitsumleitanir.

Í sumum tilfellum getur rannsóknarskyldan hvílt á fleiri en einum aðila, en þó nokkur dæmi eru um að lögbundið sé til dæmis að stjórnir, nefndir eða ráð tiltekinna stofnana eigi að meta hæfni eða ráða í tilteknar stöður þó veitingarvaldshafi beri endanlega ábyrgð á stöðuveitingunni. Eitt slíkt mál var tekið fyrir í Hæstarétti í máli nr. 412/2010 þegar G höfðaði mál gegn íslenska ríkinu og settum dóms- og kirkjumálaráðherra eftir að ljóst var að hann yrði ekki skipaður í embætti héraðsdómara. Sérstök dómnefnd hafði talið G og tvo aðra umskækjendur standa öðrum framar en ráðherra skipaði annan umsækjanda í embættið sem nefndin hafði talið standa hinum umsækjendunum að baki, án þess að sinna frekari rannsóknarskyldu. Taldi G hæfni og skipun þess sem embættið hlaut hafa verið reista á ómálefnalegum og annarlegum ástæðum, en ráðherrann hafði áður gefið þeim umsækjanda sem skipaður var í embættið persónuleg meðmæli. Í dómsorði segir:

Ekkert er fram komið í málinu um frekari rannsókn ... [ráðherra] sjálfs eða annarra á hans vegum á atriðum, sem vörðuðu veitingu embættisins. Að virtum þeim kröfum, sem bar að gera samkvæmt áðursögðu, var þessi rannsókn ... [ráðherra] með öllu ófullnægjandi til að upplýsa málið nægilega svo að honum gæti verið fært að taka aðra ákvörðun um hæfni umsækjenda en dómnefnd, sem skipuð var sérfróðum mönnum.<sup>95</sup>

Árið 2002 féll dómur í Hæstarétti í máli nr. 314/2001 þar sem tekist var á um það hvort skólanefnd í Siglufjarðarkaupstað hafi uppfyllt rannsóknarskyldu sína áður en hún samþykkti tillögu skólastjórans um hvaða umsækjandi yrði ráðinn í starf aðstoðarskólastjóra grunnskóla. Í samræmi við þágildandi sveitastjórnarlög og samþykktir var skólastjóranum falið að gera tillögu sem síðan kom fyrir Skóla- og menningarnefnd. Það sem réð úrslitum um tillögu skólastjórans um ráðningu í stöðuna var mat á starfshæfni umsækjenda, það er hæfni í persónulegum samskiptum og stjórnun, sem væru veigamiklir þættir í starfi aðstoðarskólastjóra. Nefndin gerði

---

<sup>95</sup> Hrd. 14. apríl 2011 í máli nr. 412/2010 Íslenska ríkið og Árni M. Mathiesen gegn Guðmundi Kristjánssyni.

tillögu skólastjórans að sinni og tillaga nefndarinnar var samþykkt í bæjarráði. Að endingu var stöðuveitingin einnig samþykkt í bæjarstjórn. Í niðurstöðu Hæstaréttar segir:

Af gögnum málsins verður ekki séð að nefndin hafi í raun metið sjálfstætt menntun, kennsluferil og stjórnunarreynslu umsækjenda heldur virðist sem nefndarmenn hafi treyst mati skólastjóra. Verður því ekki hjá því komist að telja að nefndin hafi ekki fullnægt rannsóknarskyldu sinni.<sup>96</sup>

Í öðrum dómi Hæstaréttar nr. 121/2002 er því haldið fram af kæranda að brotið hafi verið á bæði rannsóknar- og jafnræðisreglunni þegar umsækjendum var ekki gefinn kostur á viðtali heldur talið hægt að meta umsækjendur á grundvelli skiflegra gagna. Þá hafi einnig verið byggt á vitneskju um störf þess sem ráðinn var sem ekki kom fram í umsóknargögnum. Á réttmæti þeirrar skoðunar féllst Hæstiréttur ekki heldur mat það sem svo að umsóknargögn og aðrar upplýsingar sem lægu fyrir um umsækjendur væru nægjanlegar:

Eins og mál þetta liggur fyrir verður að telja hafið yfir vafa, að ráðherra hafi haft í höndum nægar upplýsingar um umsækjendur til þess að geta lagt hlutlægt mat á hæfni þeirra.<sup>97</sup>

Í títtnefndu Landsréttarmáli var einnig fjallað um rannsóknarskylduna en þar taldi rétturinn ráðherra hafa átt að bæta úr annmarka á umsögn lögbundins álitsgjafa (dómnefndar) með því að afla nýrrar umsagnar áður en ákvörðun var tekin í málinu. Sagði hann regluna meðal annars byggjast á því að álitsumleitan sé jafnan talin mikilvægur þáttur í rannsókn máls og umsögn álitsgjafa feli oft í sér nánari upplýsingar um málsatvik og málefnaleg sjónarmið sem geta haft þýðingu við úrlausn þess.<sup>98</sup>

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur nr. E-3614/2009 þótti ráðherra ekki hafa sinnt rannsóknarskyldu sinni við skipan í embætti héraðsdómara og fara langt útfyrir heimildir sínar með embættisveitingunni þegar hann gekk á svig við niðurstöður lögboðinnar dómnefndar með stöðuveitingunni. Ráðherra skipaði einstakling í starfið sem dómnefndin flokkaði tveimur hæfnisflokkum neðar en stefnandi og var einungis með brot af starfsreynslu hans. Ráðherrann bar því við að umsögn dómnefndarinnar hefði verið ógegnsæ og illa rökstudd en tók umrædda ákvörðun án þess að rannsaka málið frekar. Héraðsdómur komst að þeirri niðurstöðu að með

---

<sup>96</sup> Hrd. 31. janúar 2002 í máli nr. 314/2001 Jóhann S. Stefánsson gegn Siglufjarðarkaupstað.

<sup>97</sup> Hrd. 10. október 2002 í máli nr. 121/2002 Íslenska ríkið gegn Kolbrúnu Sævarsdóttur.

<sup>98</sup> Hrd. 19. desember 2017 í máli nr. 591/2017 Ástráður Haraldsson gegn íslenska ríkinu.

skipan þess er fékk embættið hafi verið gengið þvert gegn vilja löggjafans að styrkja sjálfstæði dómstólanna og auka traust almennings á því að dómara séu óháðir handhöfum framkvæmdavaldsins. Þótti háttsemi ráðherra vera órafjarri skyldum hans sem veitingarvaldshafa við skipun í dómaraembætti og kvað dómurinn svo sterkt að orði að hann teldi eðlilegt að stefnandi höfðaði persónulegt mál á hendur ráðherra.<sup>99</sup>

Einnig má vísa í nokkur mál sem borist hafa umboðsmanni Alþingis undanfarin ár þar sem vafi var talinn leika á því hvort veitingarvaldshafi hafi uppfyllt rannsóknarskyldu sína. Í málum nr. 5124/2007 og 5196/2007 leituðu tveir aðilar til umboðsmanns vegna ákvarðana ríkislögreglustjóra um skipun í störf innan lögreglunnar þar sem ríkislögreglustjóri var sagður hafa farið eftir umsögnum og tillögum lögreglustjóra án þess að rannsaka málið frekar eins og honum hefði verið skylt. Óljóst þótti hvaða upplýsingar umsækjendur veittu sjálfir í viðtölum og hvaða upplýsinga hefði verið aflað með álitsumleitan þannig að ríkislögreglustjóri gæti tekið afstöðu til þess hvort þörf væri á frekari upplýsingum og málið væri nægjanlega rannsakað. Sagði umboðsmaður ríkislögreglustjóra hafa borið skyldu til að sjá til þess að nægjanlegar upplýsingar lægju fyrir áður en ákvörðun var tekin og kalla eftir frekari upplýsingum ef þörf væri á:

En til þess að fullnægjandi samanburður geti farið fram, m.a. á þeim hugmyndum sem umsækjendur hafa um þá starfsemi sem í hlut á, verður sá sem sinnir undirbúningi ákvörðunar um ráðningu í starf að afla sambærilegra upplýsinga frá öllum umsækjendum sem til greina koma í starfið.<sup>100</sup>

Ekki verður annað ráðið af málinu en að ríkislögreglustjóri hafi eingöngu lagt huglægt mat til grundvallar stöðuveitingunni, byggt á munnlegum upplýsingum lögreglustjórans sem hvergi voru skráðar. Í álitinu bendir umboðsmaður Alþingis á þá ábyrgð veitingavaldshafa að mál séu nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin þannig að gætt sé jafnræðis í upplýsingagjöf til allra umsækjenda um þau atriði sem þýðingu eiga að hafa við mat á starfshæfni þeirra:

Í umsögninni kom fram að sýslumaður hefði rætt við Y um viðhorf hans til starfsins og að þau væru í samræmi við hugmyndir sýslumanns sjálfs. Þar sem ekki væri annað að sjá en að framangreind atriði hefðu haft þýðingu um mat á hæfni umsækjanda taldi

---

<sup>99</sup> Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 23. apríl 2010 í máli nr. E-3614/2009.

<sup>100</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 10. desember 2008 í máli nr. 5124/2007 og 5196/2007.

umboðsmaður að réttara hefði verið að ríkislögreglustjóri hefði gert frekari reka að því að upplýsa um þau áður en hann tók ákvörðun í málinu, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga.<sup>101</sup>

Í álit umboðsmanns Alþingis nr. 2641/1999 fjallar hann einnig um rannsóknarskylduna og mikilvægi þess að jafnræðis sé gætt, þannig að fyrir liggi sambærilegar upplýsingar um þá umsækjendur sem til greina koma um þá þætti sem skipta máli við ráðningu í starf. Athugasemdir hans felast meðal annars í því að afla hefði átt sambærilegra upplýsinga um bæði A og B svo hægt væri að bera þá saman:

Ljóst var af gögnum málsins að ákvörðun um veitingu embættisins byggðist öðrum þræði á skipulags- og forystuhæfileikum B. Í ljósi rannsóknarskyldu stjórnvalda áleit umboðsmaður að nauðsynlegt hefði verið að afla fullnægjandi gagna um starfshæfni A að þessu leyti. Taldi hann að þess hefði ekki verið gætt af hálfu ráðuneytisins í málinu. Þá kom fram í gögnum málsins að litið hefði verið til afstöðu B til þeirra verkefna sem undir embættið féllu og hugmynda hans um framtíð skólans. Umboðsmaður taldi að nauðsynlegt hefði verið af hálfu ráðuneytisins að afla ennfremur upplýsinga um afstöðu A til þessara þátta.<sup>102</sup>

Loks má nefna álit umboðsmanns Alþingis sem fjallaði um veitingu á starfi lögreglufulltrúa hjá ríkislögreglustjóra þar sem leitað var eftir álit vöðanlegra samstarfsaðila viðkomandi sem ekki höfðu starfað með honum áður. Sagði umboðsmaður að huga verði vandlega að því hvaða ályktanir verði dregnar af þeim upplýsingum og að hvaða marki þeim verði beitt við úrlausn málsins. Þurfi slíkir umsagnaraðilar að hafa forsendur til þess að geta lagt mat á hugsanlegt samstarf við viðkomandi aðila, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga.<sup>103</sup> Má leiða af því líkur að rannsóknarskyldan hafi ekki verið uppfyllt.

Af framangreindu má ráða að gerð er rík krafa til þess að umsækjendur fá allir sama tækifæri til að tjá sig um atriði sem skipta verulegu máli við stöðuveitingar, sérstaklega ef veitingarvaldshafinn ákveður að byggja mat sitt á huglægum þáttum eins og viðhorfi til starfsins eða skipulags- og forystuhæfileikum viðkomandi. Ekki er þá talið nægjanlegt að sá sem veitir stöðuna kanni einungis afstöðu sumra umsækjenda til þessara atriða, en ekki allra. Einnig má ráða af rökstuðningi endurskoðunaraðila að sú ábyrgð sem leiðbeiningar- og rannsóknarskyldan leggur á herðar veitingarvaldshafa samkvæmt 10. gr. stjórnsýslulaga flytjist ekki yfir á aðra nema lög mæli svo fyrir um. Veitingarvaldshafa ber almennt að sjá til þess sjálfur að mál sé nægjanlega

---

<sup>101</sup> sama heimild.

<sup>102</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 29. febrúar 2000 í máli nr. 2641/1999.

<sup>103</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 31. júlí 2000 í máli nr. 2696/1999.



rannsakað áður en ákvörðun er tekin, ekki síst ef hann bregður frá áliti annarra álitsgjafa. Einnig má draga þá ályktun af framangreindu að til þess að sýna fram á að veitingarvaldshafi hafi rannsakað málið nægjanlega vel sé mikilvægt að hann geti stutt ákvörðun sína með gögnum.

### 3.2.3. Bent á mikilvægi gagnaöflunar

Skylda veitingavalldshafans til að afla nægjanlegra gagna áður en ákvörðun er tekin um stöðuveitingu er nátengd rannsóknarskyldunni sem kveður á um að mál skuli vera nægjanlega upplýst. Mjög algengt er við yfirferð dóma þar sem huglægt mat veitingarvaldshafa kemur við sögu að dómstólarnir ítreki mikilvægi þess að fullnægjandi gögn liggja fyrir í málinu sem rökstyðji ákvörðun um stöðuveitingu sem hluti af faglegu mati. Hér verða nefnd nokkur dæmi.

Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu í máli nr. 330/2003 að leikhúsráð Leikfélags Akureyrar hefði ekki rökstutt huglægt mat sitt við ákvörðun um stöðuveitingu í starf leikhússtjóra með fullnægjandi gögnum, en þar skorti meðal annars á að umsagnir um umsækjendur væru skráðar:

Að mati dómsins liggja ekki fyrir í málinu nein þau gögn er með réttu verða talin styðja áðurnefnt huglægt mat leikhúsráðs. Þannig liggja t.d. ekki fyrir neinar umsagnir um umsækjendur en þó kom fram í skýrslu formanns leikhúsráðs stefnda fyrir dómi að ráðið hefði haft slíkar umsagnir til hliðsjónar við ráðninguna.<sup>104</sup>

Þrátt fyrir skort á gögnum taldi Hæstiréttur ákvörðun leikhúsráðs réttmæta, en ítarlega verður fjallað um málið í kaflanum um dóma þar sem heildstætt mat á umsækjendum er til skoðunar.

Í úrskurði kærunefndar jafnréttismála í máli nr. 7/2008 er fjallað um mikilvægi þess að gögn liggja fyrir í máli, en þar taldi kærandi veitingarvaldshafa hafa byggt ákvörðun sína alfarið á huglægu mati sem ekki hafi verið stutt neinum gögnum. Kærandinn taldi ekki hægt að leggja huglægt mat til grundvallar stöðuveitingunni þar sem hann stæði þeim sem ráðinn var margfalt framar í hlutlægum þáttum á borð við menntun, faglega þekkingu og reynslu. Í úrskurðinum segir:

Þegar veitingarvald gefur sjónarmiðum sem reyna á huglæga þætti verulegt vægi við mat á hæfni umsækjenda skipti miklu máli að fyrir liggja í gögnum málsins með skýrum hætti hvaða atriði hafi ráðið ályktun stjórnvalds um hæfi umsækjanda. Gæta verði varfærni í að veita slíkum sjónarmiðum afgerandi vægi.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> Hrd. 22. janúar 2004 í máli nr. 330/2003 Leikfélag Akureyrar gegn Jafnréttisstofu vegna Hrafnhildar Hafberg.

<sup>105</sup> Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 11. desember 2008 í máli nr. 7/2008.

Kærunefnd Jafnréttismála fjallaði svo um sambærilega hluti í máli nr. 3/2014 þegar Akureyrarbær auglýsti eftir sumarstarfsmönnum til starfa á leikskólum bæjarins og einn umsækjandinn, sem var karl, kærði ráðninguna þegar ljóst var hann fengi ekki starfið. Úrskurður nefndarinnar var á þá leið að verulega hafi skort á það að huglægt mat veitingavaldshafa við töku ákvörðunarinnar hafi verið stutt með viðhlítandi gögnum með hliðsjón af því að kærandi hafði bæði lengri starfsreynslu, meiri menntun og meiri reynslu af því að starfa með börnum, auk þess sem eingöngu tveir af 40 starfsmönnum leikskólans á þeim tíma voru karlmenn. Í málinu voru engin gögn frá meðmælendum og engar skýringar á því hvers vegna ekki var aflað umsagnar frá fleiri en einum umsagnaraðilum kæranda, ekki síst í ljósi þess að sú umsögn var ekki skráð.<sup>106</sup>

Árið 2013 felldi kærunefnd jafnréttismála svo úrskurð í máli nr. 4/2013 á þá leið að brotið hafi verið gegn ákvæðum jafnréttislaga þar sem gögn skorti til að rökstyðja með hvaða hætti samanburður ráðningaraðila hafi farið fram. Þá hafði karlmaður sótt um stöðu yfirlæknis æðaskurðlækninga hjá Landsspítalanum og við samanburð á hlutlægum þáttum var hann bæði talinn hafa lengri starfsreynslu og stjórnunarreynslu en konan sem var ráðin, og jafnframt meiri vísindareynslu en aðrir umsækjendur. Þar sem engin gögn voru til staðar til að sýna fram á samanburð á þeim huglægu þáttum sem tilgreindir voru í auglýsingu taldi nefndin að honum hafi verð mismunað á grundvelli kynferðis. Í úrskurði nefndarinnar segir:

Í auglýsingu er sérstaklega áskilið að umsækjendur skuli hafa góða samskiptahæfileika, ákveðni, frumkvæði og metnað til árangurs. Verður ekki séð að umsækjendur hafi verið bornir saman með tilliti til þessara þátta. Þar sem kærandi stendur þeirri er ráðin var ótvírætt framar varðandi þá hlutlægu þætti er raktir eru að framan verður að gera ríkar kröfu til þess að gögn beri það með sér að raunverulegt mat og samanburður hafi farið fram á þeim þáttum sem kærði lagði áherslu á í rökstuðningi sínum fyrir ráðningunni.<sup>107</sup>

Úrskurðurinn var lagður fyrir dómstóla og Hæstiréttar komst að sömu niðurstöðu í máli nr. 364/2014 þegar hann taldi að sú ákvörðun ráðningaraðila að leggja mest vægi á huglæga þætti hefði þurft að endurspeglast í ráðningarferlinu, þ.e. undirbúningi ráðningar, skráningu viðtala og samanburði milli umsækjenda. Í dómi Hæstaréttar segir:

---

<sup>106</sup> Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 20. október 2014 í máli nr. 3/2014.

<sup>107</sup> Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 26. september 2013 í máli nr. 4/2013.

Að mati dómsins byggir þessi niðurstaða kærunefndarinnar á fullnægjandi lagastoð og brýtur ekki gegn meginreglum stjórnsluréttar um val á forsendum við ráðningar og ákvæðum laga nr. 10/2008, þar sem svo stóð á að gögn skorti til þess að meta huglægu, persónubundnu þættina.<sup>108</sup>

Skortur á gögnum við huglægt mat veitingavaldshafa var svo aftur viðfangsefni kærunefndar jafnréttismála í máli nr. 7/2011 þegar kærandinn var bæði talinn hafa meiri menntun og reynslu en sá sem starfið hlaut en rökstuðningur fyrir ákvörðuninni byggði á samanburði á persónulegum eiginleikum:

Mat þetta sýnist vera næsta huglægt án þess að fyrir liggja á hvern hátt í raun persónulegir eiginleikar hvors umsækjanda fyrir sig voru leiddir fram og vegnir í viðtölum. Þær athugasemdir sem gerðar hafa verið við framgöngu kæranda í samskiptum við aðra eru næsta óljósar og settar fram með þeim hætti að kæranda reynist erfitt að verjast. ... Þegar sá huglægi mælikvarði er gaumgæfður, sem kærði ber við að hafa hagnýtt, verður ekki talið að kærða hafi lánast að leiða fram nein haldgóð rök, studd gögnum, um að kæranda hafi ekki verið mismunað á grundvelli kynferðis.<sup>109</sup>

Umboðsmaður Alþingis hefur í mörgum álitum sinna einnig talið ráðningaraðila ekki hafa uppfyllt lög um vandaða stjórnsluhætti vegna skorts á gögnum til rökstuðnings ákvörðun sinni. Í máli nr. 382/1991 fjallar hann um skipun í embætti tollvarðar á Keflavíkflugvelli þar sem kvartað var yfir því að með ráðningunni hefði verið gengið framhjá tveimur hæfari umsækjendum sem báðir hefðu meiri starfsreynslu og menntun en sá sem var valinn og að ráðuneytið hefði ekki réttlætt frávík frá almennum menntunarskilyrðum. Lagði umboðsmaður Alþingis áherslu á að stjórnvald hefði ekki frjálssar hendur um val á milli umsækjenda við stöðuveitingar og að það væri grundvallarregla í stjórnslurétti að velja þann umsækjanda sem hæfastur yrði talinn á grundvelli málefnalegra sjónarmiða um menntun, reynslu, skólagöngu, hæfni og aðra persónulega eiginleika sem máli skipta. Í málinu þóttu engin gögn eða upplýsingar liggja fyrir sem rökstuddu stöðuveitinguna og var það því skoðun umboðsmanns Alþingis að hún hefði verið ótæk bæði um undirbúning og niðurstöðu þar sem í veigamiklum atriðum hefði verið brotið í bága við lög og vandaða stjórnsluhætti.<sup>110</sup>

Í öðru máli nr. 4210/2004 var óskað eftir álitum umboðsmanns þar sem veitingarvaldshafinn, í þessu tilviki félagsmálaráðherra, þótti hafa gefið sjónarmiðum þar sem reynir á huglæga þætti

---

<sup>108</sup> Hrd. 15. janúar 2015 í máli nr. 364/2014 Landspítali gegn Stefáni Einari Matthíassyni.

<sup>109</sup> Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 22. desember 2011 í máli nr. 7/2011.

<sup>110</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 10. september 1992 í máli nr. 382/1991.

verulegt vægi við mat á hæfni umsækjenda við skipun í embætti ráðuneytisstjóra, án þess að styðja þá ákvörðun með haldbærum gögnum. Í álitinu segir umboðsmaður að þau ummæli sem höfð eru eftir ráðherra séu til marks um það hversu huglægt mat veitingarvaldshafans getur orðið varðandi frammistöðu umsækjenda í viðtali og taldi ástæðu til að árétta að gæta verði varfærni í að veita slíkum sjónarmiðum afgerandi vægi andspænis þeim opinberu hagsmunum sem ráðning í starf hjá hinu opinbera eigi að þjóna. Hér tekur umboðsmaður nokkur dæmi:

Þá skiptir miklu hvort ráða megi af gögnum sem hafa að geyma lýsingu á viðtalinu að samræmi sé milli þess sem þar kemur fram og þeirra ályktana sem veitingarvaldshafinn dregur af viðtalinu. Það gerir eftirlitsaðila eins og umboðsmanni Alþingis hins vegar örðugt um vik við athugun hans þegar í rökstuðningi eða skýringum er vísað til þess að sá sem valinn hefur verið úr hópi umsækjenda hafi komið fram með „metnaðarfullar hugmyndir um framtíðarþróun ráðuneytisins“ án þess að þeim hugmyndum sé lýst með öðrum orðum í skriflegum minnisþingum um viðtalið en að umsækjandi hafi „hugmyndir um skipulag ráðuneytisins“ og vilji „frekar sveigja einstaklinga að verkefnum heldur en verkefni að einstaklingum“. Sama á við um þá afstöðu ráðherra sem fram kemur í skýringum hans til mín að B hafi komið „mun betur út úr viðtali“ og hún hafi sýnt „þar eldmóð, kraft og leiftrandi áhuga á embættinu sem [ráðherra] taldi að sannaði að hún væri tilbúin til að takast þetta embætti á hendur á þessum tímamarki“. Auðvitað get ég ekki heldur tekið efnislega afstöðu til þess mats ráðherra, sem hann lýsir í skýringum til mín, að A hafi í viðtalinu ekki sýnt „sömu löngun til að gegna embættinu og ekki sama áhuga á viðfangsefnum ráðuneytisins í heild“ og hvað þá til þeirra ummæla að það hafi verið „tilfinning [ráðherrans] af viðtalinu við [A] [...] að hún væri annað hvort búin að gefa embættið frá sér eða teldi skipun sína sjálfgefna.<sup>111</sup>

Er álitnið óvanalegt fyrir þær sakir að umboðsmaður Alþingis vísar þar í fjöldann allan af beinum tilvitnunum höfðum eftir ráðherra í þeim tilgangi að gefa dæmi um huglægt mat veitingarvaldshafa sem ekki er stutt haldbærum rökum. Segir hann til dæmis að fullyrðingar veitingarvaldshafa um hvað fram hefur komið í tveggja manna tali, eða á fundi með umsækjanda án þess að það sé skráð, sé ekki sá grundvöllur sem stjórnsýslureglur byggja á að þurfi að liggja fyrir þegar um er að ræða atriði sem hafa verulega þýðingu fyrir ákvörðunina og ekki er að finna í öðrum gögnum málsins.

Af framangreindu er ljóst að endurskoðunaraðilar hafa allir ítrekað fjallað um að gögn skorti til að rökstyðja huglægt mat við ákvörðun um stöðuveitingu. Því má ef til vill draga þá ályktun að þeir hafi minna umburðarlyndi gagnvart þeirri yfirsjón veitingarvaldshafa en mörgum öðrum.

---

<sup>111</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 í máli nr. 4210/2004.

Flest málin fjalla um að það skorti gögn til að rökstyðja ákvarðanir sem byggðar eru á viðtölum og umsögnum álitsgjafa, en það eru þættir sem lúta að huglægu mati og hafa því ríkari sönnunarbyrði. Niðurstaða margra endurskoðunaraðila virðist því vera sú að ef hlutlægt mat á umsækjendum bendir til ákveðinnar niðurstöðu, og engin gögn liggja fyrir varðandi huglæga matið, eigi hutlægur samanburður að ráða niðurstöðunni nema veitingarvaldshafa takist að færa sönnur á annað.

#### 3.2.4. Bent á mikilvægi jafnræðis og hlutleysis

Tilgangurinn með reglum stjórnisýslulaga er meðal annars að tryggja að veitingarvaldshafar gæti jafnræðis og hlutleysis við ákvarðanatöku um stöðuveitingar þannig að allir fái sanngjarna málsmeðferð og sama tækifæri til að hljóta starfið. Þegar kemur að ráðningarferlinu þarf meðal annars að tryggja að stuðst hafi verið við samræmdar spurningar í viðtölum, að allir matsþættir hafi verið skilgreindir fyrirfram og vægi þeirra innbyrðis, að eins hafi verið staðið að álitsumleitan fyrir alla umsækjendur og að rætt hafi verið við jafnmarga álitsgjafa. Þegar umsækjendur telja á sér brotið við stöðuveitingar eru þessi atriði meðal annars til skoðunar, þó fleira komi einnig til.

Kærunefnd jafnréttismála var með eitt slíkt mál til umfjöllunar í máli nr. 6/2015 þar sem hún taldi málsmeðferð áfátt hvað varðaði viðtöl við umsækjendur. Kærandi, sem var karl, taldi sig að minnsta kosti jafnhæfan og konuna sem var ráðin til starfsins að teknu tilliti til menntunar og starfsreynslu. Minnispunktum vegna viðtalanna hafði verið eytt í kjölfar ráðningar, en þeir áttu að varpa ljósi á þá persónulegu eiginleika sem óskað var eftir. Vægi matsþátta hafði ekki verið skilgreint fyrirfram og mikilvægir hæfnisþættir voru ekki kannaðir hjá öllum umsækjendum. Í úrskurði kærunefndar segir:

Þegar litið er til þess hvernig staðið var að ráðningarviðtölum sýnist ákvörðun byggð á slíkum grundvelli falla utan þess svigrúms sem játa verði atvinnurekendum við mat á vægi menntunar og starfsreynslu umsækjenda. Huglægt mat á persónulegum eiginleikum þess sem starfið hlaut getur ekki vikið til hliðar þeim hlutlægu mælistikum sem sérhæfð menntun og starfsreynsla, á því sviði sem starfslýsing tilgreinir, er. Var því ekki réttmætt að gefa því sjónarmiði jafn ríkt vægi og gert var.<sup>112</sup>

Í úrskurði kærunefndar jafnréttismála nr. 3/2010 komst nefndin að þeirri niðurstöðu að ekki hafi verið gætt jafnræðis þegar leitað var eftir umsögnum álitsgjafa þar sem veitingarvaldshafi

---

<sup>112</sup> Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 13. október í máli nr. 6/2015.

hafði ekki rætt við alla umsagnaraðila. Taldi nefndin orka tvímælis að veita þeim samanburði umsagnaraðila mikið vægi þar sem mjög hallaði á kæranda:

Ekki var rætt við alla þá sem kærandi benti á en hins vegar var rætt við alla þá sem sá sem embættið hlaut benti á. Auk þess var einn umsagnaraðila, sem sá sem skipaður var benti á, beðinn um umsögn um kæranda, þrátt fyrir að kærandi hafi ekki nefnt hann sem slíkan. Jafnframt lét viðkomandi í té samanburð á kæranda og þeim sem embættið hlaut. Umsagnaraðili þessi hafði unnið um árábil með þeim sem embættið hlaut en takmarkað með kæranda.<sup>113</sup>

Í máli umboðsmanns Alþingis nr. 5740/2009 sem áður var vísað til í umfjöllun um rannsóknarskyldu, kom til álita hvort huglægt mat veitingarvaldshafa við ákvörðun um stöðuveitingu hafi verið fullrannsakað og stutt nægjanlegum rökum. Var það mat veitingarvaldshafa að einn umsækjandi um stöðuna nyti ekki trausts í starf starfsmanns verkefnastjórnar um nýtingu vatnsafls og jarðvarma eftir að hafa komið fram opinberlega sem málsvari umhverfisverndarsjónarmiða. Undir það var umboðsmaður ekki tilbúinn að taka og taldi ástæðu til að benda á að í ljósi 73. gr. stjórnarskrárinnar, jafnræðisreglna og réttmætisreglu stjórnsýsluréttar væri slík ályktun aðeins talin lögmæt ef ótvírætt væri sýnt fram á það af veitingarvaldshafa að hún hafi verið í nánnum og málefnalegum tengslum við eðli hins opinbera starfs.<sup>114</sup> Taldi ráðuneytið sig ekki þurfa að rökstyðja afhverju umsækjandinn nyti ekki trausts heldur taldi þann rökstuðning nægjanlegan að vantraust væri fyrir hendi. Þessu var umboðsmaður ósammála og taldi það þvert á móti skipta grundvallarmáli á hvaða sjónarmiðum hugsanlegur skortur á trausti stjórnvalds til umsækjenda um opinbert starf byggðist:

Ef sú staðreynd ein og sér, að á skorti að stjórnvald treysti umsækjanda til að sinna opinberu starfi, væri fullnægjandi grundvöllur að lögum til þess að útiloka einstakling frá starfinu, án tillits til þess á hvaða grundvelli slíkur skortur á nægjanlegu trausti byggðist, væri sú vernd sem jafnræðisreglu og réttmætisreglu stjórnsýsluréttar er ætlað að veita borgurunum fyrir borð borin. Skortur á trausti til umsækjandans gæti þá byggst á ómálefnalegum sjónarmiðum, t.d. þeim sem sérstaklega eru talin upp í 65. gr. stjórnarskrárinnar og 11. gr. stjórnsýslulaga.<sup>115</sup>

Niðurstaða umboðsmanns Alþingis í málinu byggir á þeim rétti einstaklinga að allir skuli vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda án tillits til skoðana sinna og þarna vísar hann jafnframt í jafnræðisreglu stjórnsýslulaga sem kveður á um að óheimilt sé að mismuna aðilum við úrlausn

---

<sup>113</sup> Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 22. mars 2011 í máli nr. 3/2010.

<sup>114</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 31. desember 2010 í máli nr. 5740/2009.

<sup>115</sup> sama heimild.

mála á grundvelli sjónarmiða byggðum á stjórnmalaskoðunum eða sambærilegum ástæðum. Í álitinu taldi umboðsmaður Alþingis ekki útilokað að í einhverjum tilvikum geti talist málefnalegt að líta til ummæla eða afstöðu umsækjanda um opinbert starf við mat á hæfni hans til að gegna starfinu, en lagði á það áherslu að þá yrðu að liggja fyrir skýrar og glöggar upplýsingar um efni ummælanna, af hvaða tilefni þau væru sett fram og samhengi þeirra að öðru leyti, sem í þessu tilviki hafi skort.

Í öðru áliti sinu í máli nr. 5466/2008 leggur umboðsmaður Alþingis aftur áherslu á jafnræði þegar kemur að huglægu mati á umsækjendum og gerir kröfu um að það sé málefnalegt og vel rökstutt, sem í þessu máli var raunin:

Ég legg af þessu tilefni á það áherslu að almennt er viðurkennt í stjórnsýslurétti að veitingarvaldshafa sé heimilt að ljá huglægum sjónarmiðum af því tagi sem hér um ræðir vægi við val á milli umsækjenda um opinbert starf. Eins og að framan er rakið er sú krafa hins vegar gerð í slíkum tilvikum að skýrt liggja fyrir á hvaða upplýsingum ályktanir á grundvelli slíkra sjónarmiða eru dregnar og að þess hafi verið gætt að meta þessi sjónarmið hjá öllum þeim umsækjendum sem til greina koma í hlutaðeigandi starf.<sup>116</sup>

Þarna hafði umsækjandi um starf orkumálastjóra kvartað yfir vinnubrögðum iðnaðarráðherra við stöðuveitinguna og taldi að gengið hefði verið framhjá henni sem hæfasta umsækjandanum. Eftir athugun á málinu komst umboðsmaður Alþingis hins vegar að þeirri niðurstöðu að orkumálastjóri hefði gætt jafnræðis með viðtölum við umsækjendur, samanburði á starfsreynslu þeirra og með samanburði á þeim huglægu þáttum sem lagðir voru til grundvallar ákvörðuninni. Umboðsmaður Alþingis taldi því ákvörðun hans byggða á lögmætum og málefnalegum sjónarmiðum.

Loks má í þessu sambandi aftur nefna álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 2795/1999 þar sem hann taldi verulega annmarka hafa verið á undirbúningi við skipun í embætti tollvarða við sýslumannsembættið á Keflavíkurflugvelli þegar umsækjandinn sem var ráðinn hafði ekki lokið menntun til starfans. Ekki bara skorti gögn í málinu heldur taldi umboðsmaður annmarka einnig felast í því að ekki hefði verið aflað sambærilegra upplýsinga um alla umsækjendur svo að jafnræðis hafði verið gætt. Í álitinu segir:

Af þessu leiðir að séu upplýsingar í umsókn eins umsækjanda um opinbert starf og meðfylgjandi umsóknargögn ófullnægjandi að mati handhafa veitingarvalds til þess að

---

<sup>116</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 28. september 2009 í máli nr. 5466/2008.

unnt sé að viðhafa samræmt mat á umsóknum á grundvelli þeirra sjónarmiða sem ákveðið hefur verið að byggja á þer honum að eigin frumkvæði að óska eftir ítarlegri upplýsingum frá umsækjanda.<sup>117</sup>

Af framangreindu má draga þá ályktun að hlutverk endurskoðunaraðila felist ekki síst í því að meta hvort geðþótti, óvild eða aðrir persónulegir hagsmunir, svo sem ómálefnaleg sjónarmið, hafi ráðið för við ákvarðanatökuna. Að baki hverri stjórnvaldsákvörðun þurfa að búa málefnaleg sjónarmið og ef ekki er hægt að sýna fram á að þau hafi verið grundvöllur ákvörðunar leiðir það til þess að hún telst ólögmæt. Reglum stjórnsýsluréttar er ætlað að tryggja öllum umsækjendum um opinbert starf sömu eða sambærilega málsmeðferð. Við yfirferð og mat þessara endurskoðunaraðila reyna þeir að varpa ljósi á samhengi hlutanna, meðal annars það hvort eðlilega hafi verið staðið að upplýsingaöflun, hvort ákveðnu sjónarmiði hafi verið gefið aukið vægi á kostnað annarra og hvort hallað hafi á einhverja umsækjendur í málsmeðferðinni. Í sumum tilvikum telja þeir veitingarvaldshafa hafa farið útfyrir það svigrúm sem þeim er gefið og að þeir hafi því ekki byggt ákvörðun sína á lögmætum og málefnalegum sjónarmiðum.

### 3.2.5. Áhersla á skráningarskyldu veitingarvaldshafa

Í VI. kafla upplýsingalaga er kveðið á um reglur um skráningarskyldu upplýsinga í vörslu hins opinbera sem eiga við um ráðningarmál, samanber fyrri umfjöllun í kaflanum um lagalegar skyldur veitingarvaldshafa hér að framan. Eins og þar kemur fram felur skráningarskyldan meðal annars í sér að skrá beri munnlegar upplýsingar sem stjórnvald fær við meðferð máls ef þær hafa þýðingu fyrir úrlausn þess og er ekki að finna í öðrum gögnum málsins, samanber 1. mgr. 27. gr. laganna. Mjög mikilvægt er því að veitingarvaldshafi skrái niður viðtöl við umsækjendur, niðurstöður álitsumleitana og allar þær munnlegu upplýsingar sem hann gæti þurft að byggja rökstuðning sinn á. Þarna virðist víða pottur brotinn ef marka má þær fjölmörgu athugasemdir og ábendingar sem lúta að þessu atriði í dómsniðurstöðum, úrskurðum og í álitum umboðsmanns Alþingis, einkum þegar til skoðunar er ákvörðun sem byggð er á huglægu mati veitingarvaldshafa. Brot á skráningarskyldu leiðir þó ekki alltaf til ógildingar ákvarðana um stöðuveitingar, en ekki er óalgengt að fram komi ábending þessara endurskoðunaraðila um að betur hefði mátt standa að skráningu upplýsinga í ráðningarferlinu.

---

<sup>117</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 22. júní 2000 í máli nr. 2795/1999.



Má í þessu sambandi nefna mál sem fór fyrst fyrir umboðsmann Alþingis í máli nr. 4205/2004, var síðan vísað til kærunefndar jafnréttismála í máli nr. 7/2005<sup>118</sup> og loks tekið fyrir í Hæstarétti í máli nr. 686/2008<sup>119</sup>. Í málinu kvartaði umsækjandi, sem var kona, yfir skipun í embætti rektors við Landbúnaðarháskóla Íslands þegar karlmaður var ráðinn í starfið. Ráðherra hafði byggt matið á framtíðarsýn karlsins sem fram kom í viðtali en í umsögn háskólaráðs skólans hafði komið fram að skýr framtíðarsýn væntanlegs rektors skipti höfuðmáli við mat á umsækjendum.

Umboðsmaður Alþingis komst að þeirri niðurstöðu að málsmeðferð við undirbúning ákvörðunarinnar hafi ekki samrýmst 27. gr. núgildandi upplýsingalaga þar sem þess var ekki gætt að skráð væru meginatriðin í svörum umsækjenda við spurningum sem lagðar voru fyrir þá í starfsviðtali og lutu að hugmyndum þeirra um þróun landbúnaðarins og starfsemi skólans og hvaða hugmyndir þeir hefðu um það hvernig háskólinn gæti best þjónað atvinnugreininni. Þá mætti ráða af rökstuðningnum að einnig hefði verið litið til hæfni umsækjenda til að setta ólík sjónarmið og fá fólk til samstarfs. Taldi umboðsmaður Alþingis að þurft hefði að skrá þær upplýsingar sem fram komu í viðtölunum því viðurkennt hefði verið að þær upplýsingar hafi haft verulega þýðingu fyrir ákvörðun ráðherra. Sagði hann ráðherra því ekki hafa fært fram nægar upplýsingar til staðfestingar á því að svör umsækjenda hafi upplýst nægilega um þau atriði sem ætlunin var að byggja á við ákvörðunartöku í málinu þar sem þau voru hvergi skráð.<sup>120</sup> Í álitinu segir:

Ég tek það fram að ég tel það ekki í samræmi við reglur stjórnisýsluréttarins að ljá óskráðum upplýsingum jafn mikið vægi eins og hér var reyndin. Ég bendi í þessu sambandi á ofangreind ummæli í rökstuðningi ráðherra þar sem segir að B hafi verið „hægri hönd ráðuneytisstjóra“ heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytisins og að á verksviði hennar hafi verið „meðal annars yfirumsjón rekstrar, starfsmannamála og fjármála en ráðuneytið [fari] með nærri helming ríkisútgjalda“. Ef ráðherra taldi rétt að byggja á slíkum ummælum og túlka þau á þann veg að stjórnunarreynsla B væri meiri og víðtækari en lesið varð af umsókn hennar þurfti í samræmi við 23. gr. upplýsingalaga að skrá þau.<sup>121</sup>

Í álitinu segir taldi umboðsmaður Alþingis þrátt fyrir allt ólíklegt að skortur á skráðum gögnum myndi leiða til þess að skipunin yrði talin ógildanleg og Hæstiréttur komst að sömu niðurstöðu:

---

<sup>118</sup> Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 2. mars 2006 í máli nr. 7/2005.

<sup>119</sup> Hrd. 24. september 2009 í máli nr. 686/2008 Ingileif S. Kristjánsdóttir gegn íslenska ríkinu.

<sup>120</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 30. maí 2005 í máli nr. 4205/2004.

<sup>121</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 í máli nr. 4210/2004.

Þá verður ekki talið að sá annmarki, sem umboðsmaður Alþingis bendir á í niðurstöðu álits síns í tilefni af kvörtun stefnanda, að þess var ekki gætt að skrá meginatriðin í svörum umsækjenda við spurningum sem lagðar voru fyrir þá í starfsviðtali og lutu að hugmyndum þeirra um þróun landbúnaðarins og starfsemi skólans, skipti máli varðandi skipun ráðherra í embættið.<sup>122</sup>

Í úrskurði kærunefndar jafnréttismála í ofangreindu máli komst nefndin að þeirri niðurstöðu að landbúnaðarráðherra hafi brotið gegn ákvæðum jafnréttislaga við stöðuveitinguna og vísaði meðal annars einnig til skorts á skráðum gögnum í rökstuðningi sínum. Benti nefndin á að ráðherra hafi byggt matið á framtíðarsýn karlsins sem fram kom í viðtali og taldi slíkt huglægt mat ekki vera haldbært og ekki geta ráðið úrslitum þegar ekkert liggir fyrir um þau atriði annað en almennar fullyrðingar sem ekki hafi verið gerð nánari grein fyrir.<sup>123</sup>

Sambærilegt mál kom til álita umboðsmanns Alþingis í máli nr. 2701/1999 þegar ákvörðun um stöðuveitingu var byggð á samskiptahæfni umsækjenda og hæfni þeirra til sjálfstæðra vinnubragða án þess að fyrir lægju skrifleg gögn slíkri upplýsingaöflun til stuðnings. Taldi umboðsmaður Alþingis það gagnrýnivert að fyrirmælum upplýsingalaga um skráningaskyldu hefði ekki verið fylgt.

Hins vegar bendi ég á að þess hafi ekki verið gætt við upplýsingaöflun skólanefndar tónlistarskólans að skrá niður munnlegar upplýsingar sem aflað var um samstarfshæfni og sjálfstæði umsækjenda í samræmi við 23. gr. upplýsingalaga nr. 50/1996. Þá verður ekki séð að fullnægjandi gögn hafi legið fyrir bæjarstjórn X um þau atriði svo unnt hafi verið að taka afstöðu til umsækjenda að þessu leyti.<sup>124</sup>

Álitsumleitarnir geta að sama skapi haft töluvert vægi þegar teknar eru ákvarðanir um stöðuveitingar og því ber veitingarvaldshafa ennfremur að skrá niður upplýsingar sem fram koma í umsögnum meðmælenda um umsækjendur um opinbert starf. Veitingarvaldshafa ber ekki eingöngu skylda til að skrá umsagnirnar, heldur einnig upplýsingar um nöfn þeirra umsagnaraðila sem hann leitar til, enda kann sú lagaskylda sem ákvæði upplýsingalaga mælir fyrir um að verða virk í framhaldinu.<sup>125</sup> Aðili máls getur haft hagsmuni af því að fá upplýsingar um það hverjir taka þátt í meðferð á máli hans, meðal annars svo hann geti gengið úr skugga um hvort einhverjar vanhæfisástæður sem koma fram í 3. gr. stjórnsýslulaga eigi við.

---

<sup>122</sup> Hrd. 24. september 2009 í máli nr. 686/2008 Ingileif S. Kristjánsdóttir gegn íslenska ríkinu.

<sup>123</sup> Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 2. mars 2006 í máli nr. 7/2005.

<sup>124</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 20. febrúar 2001 í máli nr. 2701/1999.

<sup>125</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 24. mars 2010 í máli nr. 5424/2008.

Í máli nr. 4210/2004 sem vísað var til Umboðsmanns Alþingis og laut að kvörtun umsækjanda yfir vinnubrögðum ráðherra við skipun í embætti ráðuneytisstjóra í félagsmálaráðuneytinu, efaðist ráðuneytið um að rétt væri að telja umsagnir meðmælenda með umsækjendum um opinber störf skráningarskyldar, og þar með opinberlega aðgengilegar fyrir umsækjendur. Færði ráðuneytið þau rök í málinu að það teldi allar líkur á því að það kynni að leiða til þess að umsagnir meðmælenda yrðu haldminni sem raunverulegur vitnisburður um kosti og galla umsækjenda. Að sama skapi taldi ráðuneytið eðlilegt og algerlega fullnægjandi að skylda veitingarvaldshafa til að bera neikvæð efnisatriði í meðmælum undir umsækjendur ef hann ætli að byggja á þeim, en án þess þá að þurfa að upplýsa um frá hverjum ummælin stafi. Með því taldi ráðuneytið unnt að viðhalda trúnaðarsambandi veitingarvaldshafa við umsagnaraðila, en virða jafnframt andmælarétt umsækjanda.

Þessu vísaði umboðsmaður Alþingis alfarið á bug með tilvísun í ákvæði upplýsingalaga um skráningarskyldu opinberra aðila. Taldi hann umsækjanda meðal annars hafa hagsmuni af því að vísa til atriða sem geta dregið úr gildi eða vægi umsagnar frá tilteknum aðila, eða benda á aðra aðila sem megi ætla að hafi betri forsendur til að meta þá þætti sem umsögnin lýtur að. Með hliðsjón af þessu taldi umboðsmaður Alþingis lagarök fremur hníga að því að bæði verði að skrá hvað felst í umsögn þess sem fenginn er til að segja álit sitt á viðkomandi og hver álitsgjafinn er. Sagði hann enn fremur rétt að hafa það í huga að í skjóli nafnleyndar sé ekki útilokað að álitsgjafi geti látið óvild eða önnur ómálefnaleg sjónarmið hafa óbein áhrif á málsúrslit.<sup>126</sup> Með þessu taldi umboðsmaður 27. gr. upplýsingalaga ekki veita stjórnvöldum mat um það hvort aðrir hagsmunir geti vegið þyngra en þeir hagsmunir sem felast í því að skráðar séu þær munnlegu upplýsingar sem aflað er við meðferð á stjórnslumáli. Stjórnvöld hafi því ekki val um það hvort þau fylgi fyrirmælum laganna eða ekki. Það kunni síðan að ráðast af mati á grundvelli 17. gr. stjórnslulaga hvort unnt sé að takmarka aðgang umsækjanda að upplýsingum í skjalinu.<sup>127</sup>

Af framangreindu má ráða að meta þurfi í hverju tilviki fyrir sig hvort sú staðreynd að skráningarskyldan hafi ekki verið uppfyllt við stöðuveitingu leiði til ógildingar ákvarðanatöku. Ef marka má rökstuðning endurskoðunaraðila leiðir sá annmarki ekki alltaf til þess að ákvörðunin sé talin ómálefnanleg eða óréttmæt. Dómar þar um eru misvísandi og því erfitt að leggja

---

<sup>126</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 í máli nr. 4210/2004.

<sup>127</sup> sama heimild.

línurnar varðandi það í hvaða tilvikum horft sé framhjá þessum annmarka og hvenær ekki. Athyglisvert er þó í því samhengi hversu afdráttarlaus afstaða umboðsmanns Alþingis er gagnvart því að skrá þurfi niður þær upplýsingar sem fram koma við álitsumleitanir, og jafnframt nöfn álitsgjafa. Hefur það löngum vafist fyrir veitingarvaldshöfum hvort gefa þurfi upp nöfn álitsgjafa en í álitinu hér að framan tekur umboðsmaður af allan vafa þar um. Ef marka má rökstuðning endurskoðunaraðila leiðir sá annmarki ekki alltaf til þess að ákvörðunin sé talin ómálefnanleg eða óréttmæt.

### 3.2.6. Andmælaréttur vegna umsagna og nýrra gagna

Þegar val stendur á milli tveggja eða fleiri jafnhæfra umsækjenda er oft leitað álit og umsagna frá aðilum sem þekkja til viðkomandi einstaklinga. Slík álitsumleitan telst vera hluti af rannsókn málsins og eins og komið hefur fram ber veitingavaldshafa samkvæmt skráningaskyldunni að skrá niður munnlegar upplýsingar sem geta haft þýðingu við úrlausn þess. Í sumum tilvikum er skráningin jafnframt forsenda þess að andmælarétturinn sé raunhæfur og virkur, en sem dæmi getur verið erfitt að andmæla umsögn sem hvergi er skráð. Í dómaframkvæmdum og álitum umboðsmanns Alþingis eru mörg dæmi þess að umsækjendur telji að andmælarétturinn hafi verið á sér brotinn við stöðuveitingar hjá hinu opinbera.

Í álitinu í máli nr. 6649/2011 fjallar umboðsmaður Alþingis um kvörtun A yfir því að hafa ekki fengið sumarafleysingastarf lögreglumanns við embætti lögreglustjórans á Suðurnesjum með þeim rökum að það skorti á trúverðugleika í hans garð í umdæminu. Vísaði lögreglustjórinn til umfjöllunar fjölmiðla um að A hafi verið í forsvari fyrir fyrirtæki sem varð gjaldþrota og að þannig hafi fjölmargir hluthafar á Suðurnesjum tapað umtalsverðu fé. Lögreglustjórinn veitti ríkislögreglustjóra því neikvæða umsögn um A, byggða á þessum rökum, sem hann hafði áður sent A og veitt honum frest til að andmæla. Ekki var ljóst hvað varð svo um andmælin, en þau lágu ekki fyrir hjá ríkislögreglustjóra við töku ákvörðunarinnar.

Umboðsmaður Alþingis benti á að veitingarvaldshafa sé almennt ekki heimilt að ljá sjónarmiðum um traust og trúverðugleika manna vægi við ráðningar í opinber störf, nema ótvírætt sé að gætt hafi verið sérstaklega að því að öll atvik hafi verið nægjanlega upplýst, samanber 10. gr. stjórnsýslulaga, og þá sérstaklega að gætt hafi verið að andmælarétti þess umsækjanda sem í hlut á, samanber 13. gr. sömu laga. Hann benti enn fremur á að slík atriði geti verið mjög óáþreifanleg og reist á huglægu mati sem auðveldlega kann að vera deilt um:

Ég hef hér að framan komist að þeirri niðurstöðu að eins og efni bréfsins var háttað og andmælaferlinu að öðru leyti hafi A í reynd ekki verið veittur fullnægjandi kostur að gæta andmæla með því bréfi. Að því virtu, og þegar litið er þeirra sérstöku atvika sem uppi eru í þessu máli, er það niðurstaða mín að ríkislögreglustjóra hafi sjálfur samkvæmt 10. og 13. gr. stjórnarsýslulaga borið að eiga frumkvæði að því að gefa A kost á að tjá sig um þau atvik sem vísað var til ... áður en ríkislögreglustjóri tók ákvörðun í málinu. Þar sem það var ekki gert tel ég að málsmeðferð og ákvörðun ríkislögreglustjóra í máli A hafi ekki verið í samræmi við lög.<sup>128</sup>

Í álitinu undirstrikar umboðsmaður Alþingis mikilvægi þess að veitingarvaldshafi beri sjálfur endanlega ábyrð á því að reglur stjórnarsýsluréttarins séu virtar og því hafi honum borið að hafa frumkvæði að því að gefa A kost á að koma andmælum á framfæri áður en hann tók ákvörðun í málinu.

Umboðsmaður gerði einnig athugasemdir sem lutu að broti gegn andmælarétti í tveimur málum nr. 5124/2007 og 5196/2007 er vörðuðu skipun ríkislögreglustjóra í störf innan lögreglunnar. Í báðum tilvikum hafði umsækjendum ekki verið gefinn kostur á að tjá sig um ummæli sem fram komu í umsögnum sem höfðu verulega þýðingu við val á umsækjendum. Þar sem ummæli í þeim hefðu tvímælalaust verið þeim A og B í óhag taldi umboðsmaður að skylt hefði verið að gefa þeim kost á að tjá sig um þau áður en tekin var ákvörðun í málinu, samanber 13. gr. stjórnarsýslulaga.<sup>129</sup>

Ekki er þó alltaf skylt að veita umsækjanda rétt til að andmæla. Í áðurnefndu Landsréttarmáli taldi Hæstiréttur að breyttar áherslur stjórnvalds hvað snertir vægi sjónarmiða við mat á hæfni umsækjenda um embætti dómara, sem leiddu til þess að stjórnvaldið dró aðrar ályktanir af fyrirbyggjandi gögnum en lögbundinn umsagnaraðili hafði áður gert, væru ekki þess eðlis að umsækjandi eigi sérstaklega rétt á því að tjá sig um efni þeirra samkvæmt 13. gr. stjórnarsýslulaga.<sup>130</sup>

Í máli nr. 4249/2004 sem barst umboðsmanns Alþingis taldi A að andmælaeigla 13. gr. stjórnarsýslulaga hefði verið brotin á honum, þar sem ákvörðun um að synja umsókn hans um starf hafi eingöngu verið byggð á umsögnum fyrrverandi yfirmanna hans og fólu í sér alvarlegar ásakanir í hans garð. Var hann meðal annars ásakaður um vanrækslu í starfi. Hann taldi að þessar aðfinnslur hafi borið að skrá niður samkvæmt 23. gr. upplýsingalaga og að benti á að

---

<sup>128</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 28. júní 2013 í máli nr. 6649/2011.

<sup>129</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 10. desember 2008 í máli nr. 5124/2007 og 5196/2007.

<sup>130</sup> Hrd. 19. desember 2017 í máli nr. 591/2017 Ástráður Haraldsson gegn íslenska ríkinu.

honum hefði ekki verið gefinn kostur á að koma að andmælum. Umboðsmaður tók undir þetta í niðurstöðu sinni og taldi að meðferð málsins í heild hefði ekki samrýmst þeirri kröfu sem fælist í andmælareglunni. Rétt hefði verið að óska eftir gögnum og upplýsingum um það á hvaða grundvelli hin afgerandi neikvæða afstaða byggðist og hver afstaða A til þess atriðis væri.<sup>131</sup>

Loks má vísa í sambærilegt og áður nefnt mál nr. 2795/1999 sem barst umboðsmanni Alþingis og fjallað er um hér að framan, þar sem A og B kvörtuðu yfir setningu í störf tollvarða við embætti sýslumannsins á Keflavíkurlflugvelli. Embættið hafði aflað munnlegra umsagna um þá sem lutu að meintum örðugleikum þeirra í samskiptum við yfirmenn sína og frammistöðu í starfi. Taldi umboðsmaður að sýslumanni hefði borið að tilkynna þeim um umsagnirnar og gefa þeim kost á að koma að athugasemdum sínum við þær í samræmi við 13. gr. stjórnsýslulaga þar sem ljóst var að þær hefðu haft verulega þýðingu við úrlausn málsins.<sup>132</sup> Taldi umboðsmaður jafnframt að nauðsynlegt hefði verið að skrá þessar upplýsingar niður er þeirra var aflað í samræmi við 23. gr. upplýsingalaga.

Það getur einnig reynt á andmælaréttinn eftir að viðkomandi er kominn til starfa. Í eldri dómum Hæstiréttar komst rétturinn að þeirri niðurstöðu að stjórnvaldi væri ekki skylt að veita starfsmanni andmælarétt við uppsögn á reynslutíma. Í máli nr. 378/2004 fyrir Hæstarétti var meðal annars lagt til grundvallar að eðli málsins samkvæmt væri svigrúm aðila við uppsögn opinbers starfsmanns rýmra á reynslutíma en ella. Veitingarvaldshafa væri því ekki skylt að gefa starfsmanni á reynslutíma kost á að tjá sig áður en til uppsagnar kæmi, því á því tímabili sé hvorum aðila um sig, eðli máls samkvæmt, heimilt að segja upp samningi án þess að tilgreina ástæður. Héraðsdómur Reykjavíkur komst svo að sömu niðurstöðu í máli nr. E-2995/2017 þegar hann taldi að ekki væri ástæða til að veita starfsmanni andmælarétt þegar veitingarvaldshafi ákvað að framlengja ekki ráðningarsamningi hans að loknum reynslutíma.

Af framangreindu má ráða að andmælarétturinn er helst brotinn þegar veitingarvaldshafar fá neikvæðar umsagnir um umsækjendur, eða umsagnir sem fela jafnvel í sér ávirðingar sem ekki hafa verið rannsakaðar af hálfu þess sem bar þær upp og eru umsækjanda í óhag. Einnig þegar veitingarvaldshafar taka ákvarðanir byggðar á huglægum sjónarmiðum sem erfitt getur reynst að sannreyna án þess að bera þau undir viðkomandi og gefa honum kost á að tjá sig um málið.

---

<sup>131</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 06. júní 2005 í máli nr. 4249/2004.

<sup>132</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 22. júní 2000 í máli nr. 2795/1999.

Á það einkum við ef þau sjónarmið hafa verulega þýðingu við úrlausn málsins, en þau sjónarmið sem helst virðast koma þar til álita eru persónulegir eiginleikar umsækjanda og trúverðugleiki þeirra. Veitingarvaldshafar hafa ríkari skyldur til að sjá til þess að andmælaréttur sé veittur ef þeir byggja á umsögn annarra án þess að rannsaka málið frekar. Þeim er til dæmis ekki heimilt að bera neikvæðar athugasemdir undir umsækjendum án þess að geta heimildarmanns. Það getur einnig reynt á andmælaréttinn eftir að viðkomandi er kominn til starfa, þó stjórnvaldi sé ekki alltaf skylt að veita starfsmanni andmælarétt líkt og á við þegar um er að ræða uppsögn á reynslutíma.

### 3.2.7. Áhersla lögð á heildstætt mat á umsækjendum

Hluti af undirbúningi veitingarvaldshafa fyrir stöðuveitingu felst í því að afla sambærilegra upplýsinga og gagna frá öllum umsækjendum til þess að hægt sé að bera þá saman og leggja heildstætt mat á þekkingu þeirra, reynslu og hæfni. Það er því mikilvægt að endanleg ákvörðun um stöðuveitingu sé byggð á samanburði á öllum þeim þáttum sem lagðir eru til grundvallar við undirbúning hennar, svo sem innsendum gögnum, hæfnismati, umsögnum, viðtölum og prófum. Á þetta heildstæða mat hefur verið lögð áhersla í dómum á mismunandi dómsstigum, sem og í álitum umboðsmanns Alþingis.

Slíkt mat er yfirleitt að hluta til huglægt og því ljóst að það eru nokkur atriði sem falla undir huglægt mat sem endurskoðunaraðilar hafa fallist á að sé málefnalegt að líta til. Helst ber þar að nefna rökstuðning fyrir því að *eðli starfsins* vegna þurfi viðkomandi að búa yfir tilteknum persónulegum eiginleikum til að teljast hæfur til starfans og einnig má oft finna í rökstuðningi dóma umfjöllun um réttmæti þess að veitingarvaldshafi líti til viðhorfs viðkomandi til starfsins, eða *framtiðarsýnar*. Hér á eftir verður fjallað um dóma, úrskurði og álit sem eiga það sameiginlegt að byggja á huglægu mati þar sem endurskoðunaraðilar vísa annars vegar almennt til þess að heildstætt mat þurfi að fara fram á hæfni umsækjenda og hins vegar til þess að við heildstætt hæfnismat á umsækjendum skuli persónulegir eiginleikar þeirra vera teknir með í reikninginn og hafa vægi, hvort sem það sé vegna eðli starfsins, mikilvægs viðhorfs eða annarra atriða.

### Rökstuðningur þar sem almennt er vísað í heildstætt mat

Í Landsréttarmálinu, sem áður hefur verið nefnt í öðru samhengi, komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að reglan um að skipa skuli hæfasta umsækjandann geri ákveðna kröfu til þess

hvernig stjórnvöld undirbúi sínar ákvarðanir og hagi mati á hæfni umsækjenda. Af sömu reglum leiði einnig að stjórnvöld verði að bera saman umsækjendur á grundvelli þeirra sjónarmiða sem byggt er á við mat á hæfni og draga forsvaranlegar ályktanir um hverjir standi framur öðrum með tilliti til þeirra gagna sem fyrir liggja í málinu.<sup>133</sup> Með því leggur Hæstiréttur áherslu á að veitingavaldshafa beri að líta til heildstæðs samanburðar á milli umsækjenda þar sem allir hæfnisþættir starfsins eru til skoðunar. Taldi rétturinn að með því að víkja frá niðurstöðu dómnefndar hafi ráðherra verið talinn hafa tekið yfir ábyrgð nefndarinnar á því að uppfylla rannsóknarskylduna, og að hann hefði því átt að framkvæma sjálfur nýtt mat á umsækjendum:

Að þessu gættu taldi Hæstiréttur ljóst að dómismálaráðherra hefði að lágmarki borið að gera samanburð á hæfni annars vegar þeirra fjögurra umsækjenda sem dómnefndin hafði metið meðal 15 hæfustu en ráðherra ekki gert tillögu um og hins vegar þeirra fjögurra umsækjenda sem ráðherra gerði tillögu um í þeirra stað. Gögn málsins bæru á hinn bóginn ekki með sér að slík rannsókn hefði farið fram af hálfu ráðherra. Samkvæmt því hefði málsmeðferð hans verið andstæð 10. gr. stjórnarsýslulaga.<sup>134</sup>

Hæstiréttur taldi tillögur ráðherra aðallega fela í sér þær breytingar frá umsögn dómnefndar að auka vægi dómarareynslu við mat á umsækjendum, sem í sjálfu sér væri málefnalegt sjónarmið, en að ráðherra hefði ekki tekist að sýna fram á með hvaða hætti samanburður og mat hafi farið fram á umsækjendum með tilliti til þessara breyttu áherslna. Taldi dómurinn því að ráðherra hafi ekki gert heildstæðan samanburð á umsækjendum með tilliti til nýrra áherslna og því hafi málsmeðferð hans og mat verið haldin annmörkum. Þar með hafi hann ekki uppfyllt reglur stjórnarsýsluréttarins um rannsókn máls, mat á hæfni umsækjenda og innbyrðis samanburð þeirra. En jafnvel þó að Hæstiréttur hafi komist að þeirri niðurstöðu að annmarkar hafi verið á meðferð málsins sagði hann þá hafa átt við um *alla* umsækjendur um starfið, og því hafi þeir ekki eingöngu beinst að hæfni eða persónu stefnanda. Ríkið var því sýknað af kröfunni.

Umboðsmaður Alþingis hefur í álitum sínum í gegnum tíðina margoft vísað í mikilvægi þess að veitingarvaldshafi framkvæmi heildstætt mat á umsækjendum og dragi réttar ályktanir út frá því. Í einu álita sinna í máli nr. 6395/2011 segir hann hægt að réttlæta huglægt mat ef fullnægjandi samanburður er fyrir hendi, enda séu sjónarmið veitingarvaldshafans málefnaleg

---

<sup>133</sup> Hrd. 19. desember 2017 í máli nr. 591/2017 Ástráður Haraldsson gegn íslenska ríkinu.

<sup>134</sup> sama heimild.



og mat hans heildstætt, virt innan þess svigrúms sem honum er fengið samkvæmt grundvallarreglum stjórnsýsluréttar:

Ég legg á það áherslu að ljá verður stjórnvöldum svigrúm, þegar lög gera ekki kröfu um tiltekna menntun, til að túlka þær menntunarkröfur sem það hefur sjálft talið nauðsynlegt að gera til óaðfinnanlegrar rækslu starfans og leggja mat á starfsreynslu umsækjenda í ljósi þarfa stjórnvaldsins hverju sinni. Þá er stjórnvöldum heimilt að líta til huglægra sjónarmiða við ákvörðun um ráðningu í starf svo lengi sem þau gæta að því að gera fullnægjandi samanburð á þeim umsækjendum sem helst koma til greina í starfið.<sup>135</sup>

Í öðru máli nr. 4210/2004 þar sem leitað var til umboðsmanns Alþingis fjallaði hann um kvörtun konu sem var á meðal umsækjenda um embætti ráðuneytisstjóra og taldi niðurstöðu ráðherra við skipun í embættið ekki geta talist réttmæt miðað við fyrirliggjandi upplýsingar um umsækjendur. Sagði hún að í rökstuðningi ráðherra hafi verið vísitandi gert lítið úr starfsferli og stjórnunarreynslu hennar og vísitandi gert meira en efni stóðu til úr starfsferli og stjórnunarreynslu þess sem var ráðinn í starfið. Í álitu sínu sagði umboðsmaður Alþingis að rúmar heimildir stjórnvalds til að meta og velja þau sjónarmið sem ákvörðun sé byggð á breyti ekki þeirri skyldu stjórnvalds að uppfylla meginreglur stjórnsýslulaga. Taldi hann samanburð á milli umsækjenda ekki hafa verið fullnægjandi á grundvelli málefnaþgra sjónarmiða þar sem þær ályktanir sem af honum voru dregnar um hæfni umsækjenda hafi verið í ósamræmi við það sem eðlilegt geti talist.<sup>136</sup>

#### Rökstuðningur þar sem vísað er í eðli starfs

Rökstuðningur fyrir því að vegna eðli starfsins þurfi viðkomandi að búa yfir tilteknum persónulegum eiginleikum til að teljast hæfur til starfans og því sé réttmætt að líta til þess við stöðuveitingu má meðal annars finna í nokkrum dómum Hæstaréttar. Í máli nr. 121/2002<sup>137</sup> sem tekið var fyrir í Hæstarétti kemst dómurinn að þeirri niðurstöðu að eðli starfsins, eða öllu heldur sérstaða þess, réttlæti huglægt mat við heildstæðan samanburð á milli umsækjenda í ráðningarferlinu. Um var að ræða veitingu embættis sýslumanns á Keflavíkurflugvelli og taldi kærandinn, sem var kona, að sér hefði verið mismunað vegna kynferðis því hún taldi sig hafa meiri menntun og fjölþættari starfsreynslu en sá sem var ráðinn. Dómurinn komst að þeirri

---

<sup>135</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 1. október 2013 í máli nr. 6395/2011.

<sup>136</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 í máli nr. 4210/2004.

<sup>137</sup> Hrd. 10. október 2002 í máli nr. 121/2002 Íslenska ríkið gegn Kolbrúnu Sævarsdóttur.

niðurstöðu að sérstætt eðli embættisins vegna staðsetningar þess á varnarsvæðinu, og þátttöku Íslands í alþjóðlegu samstarfi um landamæraeftirlit, sýndi ótvírætt fram á að verkefni sýslumannsembættisins á Keflavíkurflugvelli væru í verulegum mæli frábrugðin verkefnum annarra sýslumanna landsins. Því yrði að fallast á að sérstaða embættisins skipti miklu máli við val milli umsækjenda og var starfsreynsla þess sem var ráðinn talin vega þyngra og nýtast betur í starfi en reynsla konunnar. Sjónarmið ráðherra við veitingu embættisins voru því talin eðlileg og málefnaleg og ekki var talið að konunni hefði verið mismunað vegna kynferðis.

Í öðru máli nr. 330/2003<sup>138</sup>, sem einnig var nefnt í umfjöllun um mikilvægi gagnaöflunar hér að framan og tekið var fyrir í Hæstarétti, höfðaði Jafnréttisstofa mál fyrir hönd konu sem taldi sér hafa verið mismunað á grundvelli kynferðis við stöðuveitingu leikhússtjóra hjá Leikfélagi Akureyrar. Áður hafði konan vísað málinu til úrskurðar Kæruneftndar jafnréttismála sem kvað upp þann úrskurð í máli nr. 3/2002<sup>139</sup> að konunni hafi verið mismunað á grundvelli kynferðis. Konan hélt því fram að hún hefði bæði víðtækari menntun og reynslu af leikhúsi en karlinn. Rökin fyrir því að karlinn hlaut starfið höfðu meðal annars verið þau að hann var talinn hafa sérhæfðari reynslu sem nýttist í starfinu.

Í umfjöllun sinni sagði Hæstiréttur að það væri talin meginregla vinnuréttar að atvinnurekandi hefði um það frjálssar hendur hvern hann veldi til starfa í sína þágu, en því vali væru settar skorður sem leiddar væru af ákvæðum jafnréttislaga þegar kona og karl sækja um sama starfið. Í þessu tiltekna máli komst Hæstiréttur hins vegar að annarri niðurstöðu en kæruneftndin með þeim rökum að þó að konan hefði að baki lengra háskólanám en karlinn hafi ekki verið gert líklegt að það nám, eða önnur reynsla, nýttist henni þannig að hún yrði talin jafnhæf eða hæfari honum til að stjórna leikhúsi. Taldi Hæstiréttur konuna því ekki hafa sýnt fram á að mat leikhúsráðs á grundvelli umsóknargagna og viðtala við umsækjendur hafi verið ómálefnalegt og féllst ekki á að henni hefði verið mismunað eftir kynferði. Þannig hefði heildstæður samanburður skipað karlinum framfar og taldi mat atvinnurekanda í þessu tilviki hafa verið heidstætt og málefnalegt útfrá eðli starfsins:

Þótt Hrafnhildur Hafberg hafi að baki lengra háskólanám en Þorsteinn Bachmann hefur ekki verið gert líklegt, að það nám eða önnur reynsla nýtist henni þannig, að hún verði talin jafnhæf eða hæfari honum til að stjórna leikhúsi. Leikhúsráð áfrýjanda, sem hefur það hlutverk samkvæmt lögum félagsins að ráða leikhússtjóra, mat það svo á

<sup>138</sup> Hrd. 22. janúar 2004 í máli nr. 330/2003 Leikfélag Akureyrar gegn Jafnréttisstofu vegna Hrafnhildar Hafberg.

<sup>139</sup> Úrskurður kæruneftndar jafnréttismála 1. júlí 2002 í máli nr. 3/2002.

grundvelli umsóknargagna, viðtala við umsækjendur og kynna sinna af þeim, að menntun og reynsla Þorsteins, sem nær öll var á sviði leiklistar, auk sjónarmiða hans um listræn stefnumið í leikhúsinu og fjármál og rekstur þess hafi skipað honum framar Hrafnhildi við ákvörðun um ráðninguna. Stefnada hefur ekki sýnt fram á, að þetta mat hafi verið ómálefnalegt, og verður ekki fallist á, að Hrafnhildi hafi verið mismunað eftir kynferði.<sup>140</sup>

Í nýlegu máli sem höfðað var fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur í júlí 2017, nr. E-2995/2017, hélt starfsmaður því fram að sú ákvörðun Slökkviliðs höfuðborgarsvæðisins að framlengja ekki ráðningarsamningi hans í lok reynslutíma væri byggð á ómálefnalegu, huglægu og ógagnsæju mati stjórnenda í liðinu. Ákvörðunin um að framlengja samningnum ekki var meðal annars byggð á hefðbundnu nýliðamati varðstjóranna sem töldu stefnanda ekki nægilega áhugasaman, annars hugar og kærulausan, auk þess sem hann tók illa leiðbeiningum og fyrirmælum. Niðurstaða héraðsdóms byggði meðal annars á heildstæðu mati á eðli starfsins og svigrúmi vinnuveitanda í því sambandi og taldi dómurinn veitingarvaldshafa hafa verið í fullum rétti:

Alkunna er að slökkviliðs- og sjúkraflutningamenn vinna störf sín í hópum, misstórum eftir eðli og umfangi verkefna. Einnig er alkunna að starfið gengur meðal annars út á það að standa vaktir með öðrum starfsmönnum, bregðast við útköllum þegar hætta steðjar að, vinna sem hluti af liðsheild, slökkva elda, veita bráðahjálp, gæta að eigin öryggi og samstarfsmanna, taka þátt í þjálfun með öðrum starfsmönnum, taka við leiðbeiningum og fyrirmælum frá yfirmönnum eða öðrum samstarfsmönnum o.fl. Eðli málsins samkvæmt hentar starfið ekki öllum. Að þessu virtu verður það talið málefnalegt að stefndi hafi kallað eftir umsögnum og tekið til sérstakrar athugunar þá mannlegu þætti sem um ræðir og skipta máli í framangreindu tilliti, þar með talið hvort samskipti við stefnanda hefðu verið í lagi, hvort hann hefði áhuga á starfinu, hvort hann félli inn í hópinn, tæki tilsögn o.fl. Þá liggur auk þess fyrir að fyrrgreind atriði eru af sama toga og komu fram í auglýsingu stefnda varðandi hæfniskröfur um framtíðarstarf og því eðlilegt að farið væri frekar ofan í saumana á því undir lok reynslutímans.<sup>141</sup>

Ofangreindur dómur staðfestir að réttmætt geti verið að byggja á huglægu mati veitingarvaldshafa í ráðningarferlinu þegar starfið er þess eðlis að það reyni á þætti sem snúa að persónulegum eiginleikum umsækjenda. Málinu var ekki áfrýjað.

Í öðrum dómi Héraðsdóms Reykjavíkur nr. E-758/2014<sup>142</sup> var ráðherra talið heimilt að breyta vægi hæfnispáttu útfrá eðli starfsins. Þá hafði mennta- og menningarmálaráðuneytið auglýst laust til umsóknar embætti framkvæmdastjóra Lánasjóðs íslenskra námsmanna og sérstök

<sup>140</sup> Hrd. 22. janúar 2004 í máli nr. 330/2003 Leikfélag Akureyrar gegn Jafnréttisstofu vegna Hrafnhildar Hafberg.

<sup>141</sup> Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 5. júlí 2018 í máli nr. E-2995/2017.

<sup>142</sup> Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 16. desember 2014 í máli nr. E-758/2014.

valnefnd á vegum stjórnar sjóðsins gert tillögu um bæði stefnanda og C í embættið. Nefndin raðaði stefnanda skör framur útfrá reynslu á sviði fjármála og rekstrar, eins og tilgreint var í auglýsingu að væri á meðal þeirra hæfniskrafna sem leitað væri eftir. Ráðherra ákvað að leggja meiri áherslu á þekkingu á stjórnsýslulögum og stjórnsýslu ríkisstofnana, en hann taldi stjórn Lánasjóðsins hafa gert. Af þeirri ástæðu taldi ráðherra C vera sterkari stjórnanda. Voru það talin málefnaleg og lögmæt sjónarmið og ráðherra vera heimilt að breyta þessari áherslu við heildstætt mat og að undangenginni sjálfstæðri rannsókn.

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur árið 2009 var aftur vísað í eðli starfs í máli sem Jafnréttisstofa höfðaði fyrir hönd konu sem taldi að gengið hafi verið framhjá sér við ráðningu dósents í tölvunarfræði við Háskóla Íslands á grundvelli kynferðis. Hún var önnur af tveimur umsækjendum sem töldust hæfir til starfans og eina konan. Í auglýsingu var meðal annars lögð áhersla á að viðkomandi þyrfti að geta kennt helstu grunnnámskeið við tölvunarfræðiskor og þegar karlinn fékk starfið var það með þeim rökum að hann væri afburðagóður kennari. Árangur beggja í kennslu á grunnstigi var svipaður en hún hafi haft mun lengri og fjölbreyttari kennslureynslu í tölvunarfærði, á meðan hans reynsla var takmörkuð þar sem hann hafi mestmegnis kennt stærðfræði. Á deildarfundi þar sem álit dómnefndarinnar var ítarlega rætt og hvað skyldi leggja mesta áherslu á við matið var talið mikilvægt að kennsla í grunnnáminu gengi vel og að hlusta þyrfti á nemendur og taka tillit til þeirra við kennsluna. Á fundinum komu fram upplýsingar um að kennsla Önnu hefði ekki gengið nógu vel. Við atkvæðagreiðslu fékk konan þrjú atkvæði en karlinn 14 (þrír skiluðu auðu. Í niðurstöðu dóms var talið að matið hefði verið byggt á eðli starfsins og stutt viðhlítandi rökum:

Við mat á því hver af hæfum umsækjendum teljist hæfastur til að gegna starfi dósents verður að teljast lögmætt sjónarmið að leggja mesta áherslu á kennsluþáttinn, eins og gert var af hálfu verkfræðideildar. Niðurstaða um mat á hæfni umsækjenda til að sinna kennslu hlýtur að einhverju leyti að ráðast af faglegu mati á þeim eiginleikum og hæfileikum sem best nýtast í því starfi. Reynslutíminn einn eða lengd kennsluferils þarf ekki endilega að ráða úrslitum við slíkt hæfnismat, eins og réttilega er haldið fram af hálfu stefnda.<sup>143</sup>

---

<sup>143</sup> Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 8. janúar 2009 í máli nr. E-1164/2008.

## Rökstuðningur þar sem vísað er í framtíðarsýn

Í dómi Hæstaréttar nr. 686/2008 voru huglæg sjónarmið um framtíðarsýn umsækjenda einnig verið talin lögmæt og málefnaleg við veitingu stöðu rektors við Landbúnaðarháskóla Íslands, þrátt fyrir að þeirra sjónarmiða hafi ekki verið getið í auglýsingu og þrátt fyrir að skráningarskyldan hafi ekki verið uppfyllt og engin gögn lágu fyrir í málinu, eins og sjá má í dómsorði hér að neðan:

Í starfsviðtali ... kom fram að hann hafði sterka sýn á framtíð íslensks landbúnaðar og stöðu Landbúnaðarháskóla Íslands innan hans og metnaðarfullar hugmyndir um starfsemi háskólans. Var því af hálfu stefnda talið að ... væri best til þess fallinn að stýra því vandasama verkefni að leiða til farsælla lykta sameiningu hinna þriggja stofnana sem mynduðu háskólann. Þá hefði hann í starfsviðtölum gert grein fyrir stjórnunaraðferðum sem líklegar væru til árangurs við þær erfiðu aðstæður sem sameining stofnana óneitanlega skapaði yfirstjórnanda Landbúnaðarháskóla Íslands. Hefur þetta verulega þýðingu í ljósi þess sem fram kemur í auglýsingu um stöðuna að Landbúnaðarháskóli Íslands sé myndaður með samruna ... og að rektor væri falið að undirbúa starfsemi Landbúnaðarháskólans ásamt háskólaráði ... . Þá hefur þáverandi ráðherra ... skýrt frá því fyrir dómi að hann hafi falið embættismönnum ráðneytisins að annast starfsviðtöl við umsækjendur og kanna sérstaklega hver væri framtíðarsýn þeirra á íslenskan landbúnað og ekki síst hvernig leysa ætti hið erfiða verkefni um samruna þriggja stofnana í einn háskóla.<sup>144</sup>

Þarna var kærandi á meðal umsækjenda um stöðu rektors og taldi að vegna menntunar sinnar og starfsreynslu hafi hún verið hæfari til að gegna starfinu og að því hafi verið brotið á henni á grundvelli kynferðis. Hafði hún áður kært stöðuveitinguna til kærunefndar jafnréttismála sem komst að þeirri niðurstöðu að ráðherra hafi ekki brotið gegn ákvæðum jafnréttis laga með skipun í stöðuna. Var málið því höfðað til viðurkenningar á brotinu. Hæstiréttur komst, eins og áður sagði, að þeirri niðurstöðu að ekki væri tilefni til að líta svo á að ráðherra hefði brotið gegn ákvæðum jafnréttis laga við skipun í stöðu rektors. Í starfsviðtölunum hafi verið lögð sérstök áhersla á að draga upp skýra mynd af framtíðarsýn umsækjenda fyrir íslenskan landbúnað og að á því hafi verið byggt.

Héraðsdómur Reykjavíkur fjallaði einnig um heildstætt mat og framtíðarsýn umsækjenda í máli nr. E-2203/2016 þegar karlkyns umsækjandi kærði ákvörðun spítalans við stöðuveitingu í starf yfirlæknis æðaskurðeildar á Landspítala. Landspítalinn rökstuddi ákvörðun sína um ráðningu í starfið með vísan til persónulegra eiginleika konunnar sem var ráðin, og þá einkum hæfni

---

<sup>144</sup> Hrd. 24. september 2009 í máli nr. 686/2008 Ingileif S. Kristjánsdóttir gegn íslenska ríkinu.

hennar til stjórnunar, framtíðarsýnar í starfi, samskiptahæfileika, ákveðni, frumkvæðis og metnaðar til árangurs. Taldi dómurinn að í því ljósi mættu umsækjendur gera ráð fyrir að áhersla yrði lögð á heildstætt mat, meðal annars ýmis önnur sjónarmið en hlutlæga þætti. Þannig hafi umsækjendur hlotið að ganga út frá því að litið yrði til málefnalegra atriða á borð við þau sem gerð er grein fyrir í rökstuðningi fyrir ákvörðuninni um persónulega eiginleika, þar á meðal viðhorfa þeirra, framtíðarsýnar og stjórnunarhæfileika.<sup>145</sup>

Í máli sem fór til úrskurðar kærunefndar jafnréttismála eftir stöðuveitingu í starf stjórnanda tónlistardeildar Listaháskóla Íslands hafði hvorki kærandi né sá sem er ráðinn var mikla reynslu af stjórnun innan háskóla að mati dómnefndar, en bæði höfðu þau að baki langan listrænan feril. Við þær aðstæður féllst kærunefndin á að það mat stjórnar kærða að veita niðurstöðum úr viðtölum þar sem spurt var um framtíðarsýn og áherslur við mótun hlutverks tónlistardeildar í íslensku tónlistarlífi og skólaumhverfi, meira vægi en menntun umsækjenda, hafi verið lögmeætt og málefnalegt:

Þótt kærandi hafi að baki lengra háskólanám en sá sem starfið hlaut hefur ekki verið gert líklegt að það nám eða önnur reynsla nýtist henni þannig að hún verði talin jafnhæf eða hæfari þeim er ráðinn var til að stjórna tónlistardeild kærða. ... Þrátt fyrir það telur kærunefndin, eftir athugun á gögnum málsins sem meðal annars hafa að geyma spurningar til umsækjenda í viðtölum, auk umsóknargagna, sem innihéldu meðal annars skriflega greinargerð þar sem umsækjendur gerðu grein fyrir viðhorfum sínum til háskólamenntunar í listum, framtíðarsýnar og stefnumótandi áherslna, að ekki hafi verið leiddar neinar líkur að því að kærði hafi við ráðninguna mismunað á grundvelli kynferðis.<sup>146</sup>

Í sumum tilvikum hefur umboðsmaður Alþingis talið skorta verulega á að veitingarvaldshafi hafi framkvæmt heildstæðan samanburð. Í álit nr. 6614/2011 taldi hann rökstuðning veitingarvaldshafa ekki hafa uppfyllt almennar reglur stjórnarsýsluréttar við stöðuveitingu og að það hafi ekki verið forsvaranlegt að sjónarmið um framtíðarsýn umsækjanda og frammistöðu hans í viðtali fengi meira vægi en menntun og stjórnunarreynsla annars. Benti umboðsmaður Alþingis á að skort hefði verulega á að aðrir hæfnisþættir sem tilgreindir voru í auglýsingu fengju líka vægi og að veitingarvaldshafa hafi borið að gefa þeim umsækjanda sem sýnilega hafði meiri menntun og reynslu raunhæft tækifæri til að setja fram hugmyndir sínar um framtíðarsýn:

---

<sup>145</sup> Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 27. nóvember 2017 í máli nr. E-2203/2016.

<sup>146</sup> Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 12. maí 2015 í máli nr. 8/2014.

Þá er ljóst að framtíðarsýn umsækjenda um opinbert stjórnunarstarf hlýtur eðli máls samkvæmt að koma til athugunar þegar ráðið er í slík störf. Heimilt er að ljá því hæfnissjónarmiði vægi við val á milli hæfra umsækjenda um opinbert starf, einkum á sviði stjórnunar, hvaða hugmyndir þeir hafi um viðkomandi starfsemi og hvort þær falli að viðhorfum þess sem veitir starfið. ... Til að mat á hæfni umsækjenda geti talist málefnalegt og forsvaranlegt verður þó að veða atriði af þessu tagi á móti öðrum hlutlægum forsendum sem augljóslega miða að því að upplýsa hvers megi vænta um frammistöðu umsækjenda í starfinu. Landspítalanum bar því að veða hugmyndir umsækjenda um framtíðarsýn upp á móti atriðum eru lutu meðal annars að menntun og starfsreynslu umsækjenda, þar á meðal stjórnunarreynslu í sambærilegum störfum, eins og þeim hlutlægu kröfum var sérstaklega lýst í auglýsingu.<sup>147</sup>

Svipað mál kom til álita umboðsmanns Alþingis í máli nr. 4210/2004 þegar stefnandi kvartaði yfir vinnubrögðum ráðherra við skipun í embætti ráðuneytisstjóra félagsmálaráðuneytisins þar sem munnlegum upplýsingum var gefið afgerandi vægi við ákvörðun um stöðuveitingu. Komst umboðsmaður að þeirri niðurstöðu að samanburður ráðherrans á milli umsækjenda hefði verið ófullnægjandi og að ályktanir sem dregnar voru af umsóknargögnum, umsögnum og viðtölum hafi verið óforsvaranlegar. Þá gerði umboðsmaður athugasemdir við það vægi sem ráðherra gaf munnlegum upplýsingum sem hann aflaði sjálfur með samtölum og viðtölum við umsækjendur. Hann benti á að þegar veitingarvaldshafi gefur sjónarmiðum afgerandi vægi við val á milli umsækjenda þar sem fyrst og fremst reynir á huglægt mat leiði það af þeim reglum sem gilda um undirbúning og hæfnismat umsækjenda að þá fá ýmsar sönnunarreglur sérstakt vægi.<sup>148</sup>

Í ljósi ofangreinds er nokkuð ljóst að líta megi til huglægs mats við stöðveitingar, en að í ljósi þeirrar skyldu sem hvílir á stjórnvöldum að velja þann umsækjanda sem telst hæfastur til að gegna viðkomandi starfi verði að gera verði þá kröfu að heildstæður samanburður á framkomnum umsóknum fari almennt fram, þar sem megináhersla er lögð á atriði sem geta varpað ljósi á væntanlega frammistöðu í starfinu áður en afstaða er tekin til þess hverjum verði veitt starfið. Til grundvallar þessum samanburði þurfa að liggja upplýsingar og staðreyndir sem annað hvort hafi verið lagðar fram af umsækjanda sjálfum eða veitingarvaldshafinn hefur aflað. Í samræmi við þetta verði að vera hægt að staðreyna að stjórnvaldið hafi dregið forsvaranlegar ályktanir af fyrirbyggjandi upplýsingum. Umboðsmaður Alþingis lagð áherslu á að rúmar heimildir stjórnvalds til mats og til að velja þau sjónarmið sem ákvörðun er byggð á breyti ekki þeirri skyldu stjórnvalds að draga forsvaranlegar ályktanir af fyrirbyggjandi upplýsingum.<sup>149</sup> Með því

---

<sup>147</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 4. febrúar 2013 í máli nr. 6614/2011.

<sup>148</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 í máli nr. 4210/2004.

<sup>149</sup> sama heimild.

leggur hann áherslu á þær sérstöku reglur sem gilda um starfshætti stjórnsýslunnar, kröfuna um að allt ráðningarferlið, jafnt undirbúningur, mat á hæfni umsækjenda sem og endanleg ákvörðun um stöðuveitingu sé hlutlaust og gegnsætt ferli byggt á málefnalegum sjónarmiðum í þeim tilgangi að auka gegnsæi og skapa traust almennings á þeim störfum sem stjórnvöld hafa með höndum.

Af framangreindu má draga þá ályktun að endurskoðunaraðilar nýti gjarnan það úrræði við lausn ágreinings að vísa í mikilvægi þess að veitingarvaldshafi framkvæmi heildstætt mat á umsækjendum þar sem tekið er jafnt tillit til þekkingar þeirra, hæfni og persónulegra eiginleika, í stað þess að leggja eingöngu áherslu á eitt sjónarmið. Með því viðurkenni þeir svigrúm vinnuveitanda til þess að leggja sjálfstætt mat á það hvað hann telji mestu máli skipta þegar kemur að því að velja hæfasta umsækjandann í umrætt starf. Í mati sínu hafa endurskoðunaraðilar í sumum tilvikum talið málefnalegt að velja hæfasta umsækjandann útfrá huglægum þáttum eins eðli starfsins, eða mati veitingarvalshafans á hversu vel framtíðarsýn viðkomandi falli að hæfniskröfum til starfans. Að sama skapi veitir heildstætt mat veitingarvaldshöfum svigrúm til að ráða ekki til starfa einstaklinga sem ekki búa yfir þeim persónulegu eiginleikum sem taldir eru mikilvægir í starfið, jafnvel þó viðkomandi standi öðrum framar hvað hlutlægt mat varðar.



#### 4. Helstu niðurstöður

Tilgangur þessarar rannsóknar var að kanna hvaða reglur gilda um stöðuveitingar á opinberum vinnumarkaði og hvernig þær hafa verið mótaðar samkvæmt túlkun endurskoðunaraðila. Áhersla var lögð á að rannsaka hversu mikið vægi huglægt mat getur haft í hæfnismati og þá hvaða vinnubrögð þurfi að viðhafa í ráðningarferlinu til að hæfnismatið teljist málefnalegt og lögmætt. Í því skyni var litið til úrlausna Hæstaréttar, héraðsdómstóla, kærunefndar jafnréttismála og umboðsmanns Alþingis.

Það er talin vera óskráð grundvallarregla í íslenskum rétti að við stöðuveitingar á opinberum vinnumarkaði beri veitingarvaldshafa að velja hæfasta umsækjandann í starfið hverju sinni.<sup>150</sup> Ekki verður framhjá því horft að við flestar stöðuveitingar þarf að leggja bæði hlutlægt og huglægt mat á umsækjendur, því huglægir þættir eins og hæfni í samskiptum, frumkvæði, metnaður og viðhorf til starfsins geta skipt verulegu máli ef á þá reynir í viðkomandi starfi. Almennt er talið að þar sem ekki hafi verið lögfestar almennar reglur í íslenskum rétti um það hvaða sjónarmið eigi að leggja til grundvallar ákvörðun um veitingu á opinberu starfi þegar almennum hæfisskilyrðum sleppir, að meginreglan sé sú að veitingarvaldshafi ákveði sjálfur á hvaða sjónarmiðum hann byggir slíka ákvörðun.<sup>151</sup> Þannig hafa endurskoðunaraðilar í rökstuðningi sínum talið veitingarvaldshafann hafa ákveðið svigrúm til að ákveða hvaða hlutlægu og huglægu þættir skipta máli í það starf sem um ræðir og hvaða vægi þeir þættir hafi innbyrðis, að uppfylltum ákveðnum skilyrðum. Þau skilyrði fela meðal annars í sér að ákvörðunin sé byggð á málefnalegum sjónarmiðum og rökstuddu mati á þeim hlutlægu og huglægu viðmiðum sem sett voru fram í upphafi.<sup>152</sup>

Af dómafordæmum má ráða að í einhverjum tilvikum geti talist málefnalegt að líta til huglægra þátta við stöðuveitingar,<sup>153</sup> eins og til dæmis til framtíðarsýnar umsækjenda og eðli starfsins, en þegar veitingarvaldshafi gefur sjónarmiðum afgerandi vægi við val á milli umsækjenda þar sem fyrst og fremst reynir á huglægt mat fá ýmsar sönnunarreglur sérstakt vægi.<sup>154</sup> Helstu málsmeðferðarreglur við stöðuveitingar snúa að rannsóknar- og leiðbeiningarskyldu, skráningarskyldu, andmælarétti og rökstuðningi. Einnig þurfa stjórnvöld að tryggja jafnræði á

<sup>150</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 1. október 2013 í máli nr. 6395/2011.

<sup>151</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 30. desember 2008 í máli nr. 5220/2008 og 5230/2008.

<sup>152</sup> Hrd. 10. október 2002 í máli nr. 121/2002 Íslenska ríkið gegn Kolbrúnu Sævarsdóttur.

<sup>153</sup> Hrd. 22. janúar 2004 í máli nr. 330/2003 Leikfélag Akureyrar gegn Jafnréttisstofu vegna Hrafnhildar Hafberg.

<sup>154</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 í máli nr. 4210/2004.

meðal umsækjenda, bæði með því að sjá til þess að allir hafi sama möguleika á að sækja um starf og að jafnræðis sé gætt við málsmeðferðina í aðdraganda stöðuveitingar.

Helstu ágreiningsefnin varðandi huglægt mat veitingarvaldshafa í gegnum tíðina virðast snúa að innihaldi auglýsingar, að rannsóknar- og skráningarskyldan hafi ekki verið uppfyllt og að umsækjanda hafi ekki verið veittur andmælaréttur. Bæði umsækjendur og veitingarvaldahafar hafa þannig vísað í innihald auglýsingar í rökstuðningi sínum í þeim tilgangi að benda á að hæfniskröfur í auglýsingu og rökstuðningur veitingarvaldshafa fari ekki saman, eða til að staðfesta að svo hafi verið.<sup>155</sup> Í fjölmörgum málum hefur einnig verið fjallað um að veitingarvaldshafar hafi ekki uppfyllt rannsóknarskylduna,<sup>156</sup> ýmist með því að kynna sér mál ekki nægjanlega vel, með því að afla ekki sambærilegra gagna frá öllum umsækjendum, með því að samræma ekki spurningar í viðtölum eða við álitsumleitanir.<sup>157</sup> Ef sambærilegar upplýsingar skortir um umsækjendur ber veitingarvaldshafa bæði að upplýsa þá um það og kalla eftir frekari gögnum sem varpað geta skýrara ljósi á þekkingu þeirra, reynslu og hæfni. Sú ábyrgð sem rannsóknarskyldan leggur á herðar veitingarvaldshafa samkvæmt 10. gr. stjórnslulaga flyst ekki yfir á aðra álitsgjafa nema lög mæli svo fyrir um, líkt og almennt á við um ákvörðun um stöðuveitingu.<sup>158</sup> Þannig ber veitingarvaldhafi ávallt ábyrgðina á að rannsaka málið sjálfstætt og getur ekki falið öðrum að annast það.

Endurskoðunaraðilar benda mjög oft á mikilvægi þess að allar upplýsingar séu skráðar svo að gögn liggi fyrir í málinu, einkum þær upplýsingar sem byggja á huglægu mati líkt og viðtöl og álitsumleitanir.<sup>159</sup> Ef hlutlægt mat á umsækjendum bendir til ákveðinnar niðurstöðu, og engin gögn liggja fyrir varðandi huglæga matið, eigi hlutlægur samanburður að ráða niðurstöðunni, nema veitingarvaldshafa takist að færa sönnur á annað.<sup>160</sup> Sú staðreynd að skráningarskyldunni hafi ekki verið sinnt við stöðuveitingu leiðir þó ekki alltaf til ógildingar ákvarðanatöku,<sup>161</sup> en afstaða endurskoðunaraðila virðist einna helst vera afdráttarlaus gagnvart því að skrá þurfi niður það sem fram kemur við álitsumleitanir og nöfn álitsgjafa.<sup>162</sup> Skráning upplýsinga er

---

<sup>155</sup> Hrd. 10. október 2002 í máli nr. 121/2002 Íslenska ríkið gegn Kolbrúnu Sævarsdóttur.

<sup>156</sup> Hrd. 31. janúar 2002 í máli nr. 314/2001 Jóhann S. Stefánsson gegn Siglufjarðarkaupstað.

<sup>157</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 10. desember 2008 í máli nr. 5124/2007 og 5196/2007.

<sup>158</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 í máli nr. 4210/2004.

<sup>159</sup> Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 11. desember 2008 í máli nr. 7/2008.

<sup>160</sup> Úrskurður kærunefndar jafnréttismála 26. september 2013 í máli nr. 4/2013.

<sup>161</sup> Hrd. 24. september 2009 í máli nr. 686/2008 Ingileif S. Kristjánsdóttir gegn Íslenska ríkinu.

<sup>162</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 í máli nr. 4210/2004.

jafnframt forsenda þess að andmælarétturinn sé raunhæfur og virkur þar sem erfitt getur reynst að andmæla upplýsingum sem hvergi eru skráðar.

Andmælarétturinn er helst brotinn á umsækjendum þegar veitingarvaldshafar fá neikvæðar umsagnir um umsækjendur, eða umsagnir sem fela í sér ávirðingar sem ekki hafa verið fullrannsakaðar og eru umsækjanda í óhag.<sup>163</sup> Einnig þegar veitingarvaldshafar taka ákvarðanir byggðar á huglægum sjónarmiðum sem hafa verulega þýðingu við úrlausn málsins og erfitt getur reynst að sannreyna án þess að bera þau undir viðkomandi og gefa honum kost á að tjá sig um þau. Þau sjónarmið sem helst virðast koma þar til álita eru persónulegir eiginleikar og trúverðugleiki umsækjenda.<sup>164</sup> Veitingarvaldshafar hafa ríkari skyldur til að sjá til þess að andmælaréttur sé veittur ef þeir byggja á umsögn annarra án þess að rannsaka málið sjálfir. Ekki er þó skylt að veita andmælarétt ef veitingarvaldshafi breytir vægi sjónarmiða<sup>165</sup> við hæfnismat eða þegar starfsmanni er sagt upp á reynslutíma, þar sem eðli málsins samkvæmt eigi svigrúm til uppsagnar að vera rýmra en ella á þeim tíma.<sup>166</sup>

Hlutverk endurskoðunaraðila felst einnig, og ef til vill ekki síst, í því að meta hvort geðþótti, óvild eða aðrir persónulegir hagsmunir eða ómálefnaleg sjónarmið hafi ráðið för við ákvarðanatöku um stöðuveitingu, og að tryggja að allir umsækjendur fái sömu eða sambærilega málsmeðferð. Að baki hverri stjórnvaldsákvörðun þurfa að vera málefnaleg sjónarmið, og ef ekki er hægt að sýna fram á að þau hafi verið grundvöllur ákvörðunar getur það leitt til þess að hún teljist ólögæt.<sup>167</sup> Við yfirferð og skoðun mála reyna endurskoðunaraðilar því að varpa ljósi á samhengi hlutanna, með áherslu á það að kanna hvort réttur hafi verið brotinn á umsækjendum hvað málsmeðferðina varðar, en leggja ef til vill minni áherslu á að rannsaka réttmæti þess hverskonar áherslur eða hæfnisþætti veitingarvaldshafar hafa lagt til grundvallar stöðuveitingu. Í því felst meðal annars að kanna hvort eðlilega hafi verið staðið að upplýsingaöflun, upplýsingagjöf og leiðbeiningarskyldu, hvort vægi hæfnisþátta hafi verið eðlilegt, hvort rætt hafi verið við jafnmarga álitsgjafa hjá öllum umsækjendum og hvort allir hafi fengið samu tækifæri til að tjá sig um um atriði sem skipta verulegu máli við stöðuveitinguna. Á þetta sérstaklega við þegar veitingarvaldshafinn ákveður að byggja mat sitt á huglægum þáttum.<sup>168</sup> Slík skoðun leiðir

---

<sup>163</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 10. desember 2008 í máli nr. 5124/2007 og 5196/2007.

<sup>164</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 31. desember 2010 í máli nr. 5740/2009.

<sup>165</sup> Hrd. 19. desember 2017 í máli nr. 591/2017 Ástráður Haraldsson gegn íslenska ríkinu.

<sup>166</sup> Hrd. 10. mars 2005 í máli nr. 378/2004 Heilbrigðisstofnun Austurlands gegn Þórhalli Þórhallssyni.

<sup>167</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 í máli nr. 4210/2004.

<sup>168</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 29. febrúar 2000 í máli nr. 2641/1999.

í sumum tilvikum til þess að endurskoðunaraðilar telji að veitingarvaldshafar hafi farið útfyrir það svigrúm sem þeim er gefið og hafi því ekki byggt ákvörðun sína á lögmætum og málefnalegum sjónarmiðum.<sup>169</sup>

Af framangreindu er ljóst að í grunninn snýst krafan um að veitingarvaldshafi hafi framkvæmt faglegt mat sem stutt er gögnum í samræmi við kröfur reglna stjórnáskrár. Tilgangur reglnanna er að auka gegnsæi, hlutleysi og jafnræði við töku stjórnvaldsáskrár og ef marka má dómafordæmi er full þörf á því. Veitingarvaldshafar á opinberum vinnumarkaði þurfa því að vera meðvitaðir um þær skyldur sem þeim ber að uppfylla samkvæmt reglunum gagnvart umsækjendum. Á hinn bóginn meiga reglur stjórnáskrár ekki takmarka möguleika veitingarvaldshafa á því að ráða hæfasta einstaklinginn til starfa. Ekki er ósennilegt að það hafi í einhverjum tilvikum gerst þegar veitingarvaldshafar hafa kosið að ráða ekki þann sem þeir töldu hæfastan til starfans, heldur þann sem auðveldara var að rökstyðja ákvörðun um útfra hlutlægum samanburði, í þeim tilgangi að forðast eftirmála í dómskerfinu. Ljóst er að ekki er þörf á að hafa áhyggjur af slíku ef veitingarvaldshafar uppfylla umræddar skyldur.

Af dómafordæmum má ráða að endurskoðunaraðilar skoða hvert mál heildstætt og meta útfra eðli starfsins, málsmeðferðinni, rökstuðningi stjórnvaldsins og markmiði laganna. Af því má draga þann lærdóm að allt ráðningarferlið, jafnt undirbúningur, auglýsing, málsmeðferð, birting ákvörðunar og rökstuðningur, þurfi að taka mið af því að uppfylla kröfur stjórnáskrár. Ennfremur, að ef veitingarvaldshafar geta fært haldbær rök fyrir því að þeir hafi fylgt þeim viðmiðum og markmiðum sem stöðuveitingu var ætlað að uppfylla virðist svigrúmið vera meira gagnvart því að stuðst hafi að einhverju leyti verið við huglægt mat í ferlinu. Hæstiréttur staðfesti þetta í álitinu í máli nr. 364/2014<sup>170</sup> þar sem fram kemur að sú ákvörðun ráðningaraðila að leggja mest vægi á huglæga þætti þurfi að endurspeglast í öllu ráðningarferlinu, í undirbúningi ráðningar, skráningu viðtala og í samanburði milli umsækjenda. Þannig má álykta að ekki sé jafnmikil gjá á milli fræðigreinarinnar starfsmannaréttar annars vegar og mannauðsfræða hins vegar, eins og oft hefur verið ýjað að þegar upp kemur ágreiningur.

---

<sup>169</sup> Hrd. 14. apríl 2011 í máli nr. 412/2010 Íslenska ríkið og Árni M. Mathiesen gegn Guðmundi Kristjánssyni.

<sup>170</sup> Hrd. 15. janúar 2015 í máli nr. 364/2014 Landspítali gegn Stefáni Einari Matthíassyni.

## Heimildaskrá

Ásmundur Helgason, „Löggjöf um opinberar starfsveitingar“ (*Icelandic Review of Politics & Administration*, 15. júní 2006) <<http://www.irpa.is/article/view/b.2006.2.1.2>> skoðað 9. febrúar 2018

Ásta Bjarnadóttir, „Hvað er faglegt hæfnismat í ráðningum?“ *Fréttablaðið* (Reykjavík, 17. ágúst 2010) <<http://www.visir.is/paper/fbl/100817.pdf>>

Forsætisráðuneytið, *Starfsskilyrði Stjórnvalda: Eftirlit Með Starfsemi Þeirra Og Viðurlög Við Réttarbrotum í Stjórnsýslu* (Forsætisráðuneytið 1999)

—, „Niðurstaða rýnihóps í tilefni af úrskurði kærunefndar jafnréttismála í máli nr. 3/2010 og næstu skref“ (*Stjórnarráð Íslands*, 10. maí 2011) <<https://www.stjornarradid.is/efst-abaugi/frettir/stok-frett/2011/05/10/Nidurstada-rynihops-i-tilefni-af-urskurdi-kaerunefndar-jafnrettismala-i-mali-nr.-3-2010-og-naestu-skref/>> skoðað 28. október 2018

Gylfi Dalmann Aðalsteinsson, „Geta aðferðir mannauðsstjórnunar aukið gæði ráðninga hjá hinu opinbera?“ (*Icelandic Review of Politics & Administration*, 15. júní 2006) <<http://www.irpa.is/article/view/b.2006.2.1.3>>

Hafsteinn Dan Kristjánsson, „Ráðningar í opinber störf1“ (*Icelandic Review of Politics & Administration*, 15. desember 2014) <<http://www.irpa.is/article/view/b.2014.10.2.1>> skoðað 29. september 2018

„Kjarasamningar og launatöflur“ (*Samband íslenskra sveitarfélaga*, 25. nóvember 2018) <<https://www.samband.is/verkefningin/kjara--og-starfsmannamal/kjarasamningar-og-launatoflur/>> skoðað 25. nóvember 2018

„Leiðbeiningar um starfsmannamál sveitarfélaga“ (*Samband íslenskra sveitarfélaga*, 25. nóvember 2018) <<https://www.samband.is/verkefningin/kjara--og-starfsmannamal/leidbeiningar-um-starfsmannamal/>> skoðað 25. nóvember 2018

Páll Hreinsson, „Skyldubundið mat stjórnvalda“ (2006) 56 (3) Tímarit lögfræðinga 263