

Finansdepartementet
103 33 Stockholm

Yttrande över Valfärdsutredningens delbetänkande Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78)

Ert dnr Fi2016/04014/K

Förvaltningsrätten i Linköping, som granskat förslaget utifrån de utgångspunkter som förvaltningsrätten har att beakta, ger nedan sin syn på de förslag som Valfärdsutredningen presenterat.

Inledande synpunkter

Utredningen har haft i uppdrag att föreslå ett nytt regelverk för offentlig finansiering av privat utförda välfärdstjänster och analysera och se över de regelverk som idag finns när privata aktörer anförtros att utföra välfärdstjänster. Förslagen utgör ytterst politiska ställningstaganden och förvaltningsrätten vill därför inledningsvis poängtera att ställning inte tas till de politiska frågorna som sådana.

Utredningens förslag kommer att ha mycket stor betydelse för de privata aktörernas möjligheter att bedriva verksamhet. Utformningen av regelsystemet är därför av stor vikt för de privata aktörerna. Det är av den anledningen viktigt med ett stabilt och rättssäkert system som inte lämnar utrymme för alltför stora skönsmässiga bedömningar. Det måste gå att förutse under vilka förutsättningar en verksamhet får bedrivas.

De frågor betänkandet berör är mycket omfattande och innehåller många komplicerade frågeställningar. Det gör det svårt för förvaltningsrätten att inom ramen för ett remissförfarande kunna överblicka konsekvenserna av de förslag utredningen lämnar. Som framgår av redogörelsen nedan är det dock, enligt förvaltningsrättens mening, tydligt att vissa delar av förslagen riskerar att leda till en osäker rättstillämpning. Det beror på att lagtexten är utformad på ett sådant sätt att den ger utrymme för tolkningar av olika begrepp, vilket riskerar att leda till olika bedömningar. Förvaltningsrätten förordar därför att man i det fortsatta lagstiftningsarbetet försöker precisera, exemplifiera och definiera begreppen bättre. I det sammanhanget är det också viktigt att uppmärksamma att vissa begrepp används i befintlig lagsättning och klargöra om avsikten är att de ska ha samma betydelse. Förslagen bedöms i flera delar även behöva utredas ytterligare.

Förvaltningsrätten lämnar i det följande synpunkter i anslutning till de lagar som föreslås.

Nya lagen om valfrihetssystem (Nya LOV)

I bl.a. nu gällande lag om offentlig upphandling (2016:1145) anges i 13 kap. 2 § att upphandlande myndighet *ska* utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten genom kontroll eller på annat sätt får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, och detta har fastställts genom ett bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som har fått laga kraft. I betänkandet framhålls att det underlättar för kommuner och landsting om regleringen rörande auktorisationssystem och inköp enligt upphandlingslagarna i största möjliga utsträckning är överensstämmande ifråga om uteslutningsgrunder. Förvaltningsrätten kan av denna anledning inte se något skäl till varför den aktuella strängare regleringen ifråga om bristande betalning av skatter och avgifter i lag om offentlig upphandling inte också bör införas i Nya LOV.

I nu gällande LOV är de allmänna principerna tillämpliga för valfrihetssystemet alldeles oavsett om bestämt gränsöverskridande intresse kan identifieras. Med beaktande av att (i) det i utredningen anges att valfrihetssystem i de flesta fall har ett gränsöverskridande intresse (ii) begreppet bestämt gränsöverskridande intresse kan vara svårt att tillämpa i enskilda fall samt (iii) det i betänkandet förutsätts att kommuner och landsting inte i något fall ska diskriminera utländska aktörer och vid sin hantering och därtill iaktta saklighet och opartiskhet bedömer förvaltningsrätten att en åtskillnad i Nya LOV mellan system med eller utan ett bestämt gränsöverskridande intresse i aktuellt hänseende inte bör införas.

Vad gäller föreslagen reglering att kommun eller landsting ska se till att ingånget avtal innehåller villkor som gör det möjligt att säga upp avtalet om kommunen eller landstinget beslutar att avsluta valfrihetssystemet kan följande sägas. Utifrån skälen till aktuell lagreglering förstås att densamma motiveras av att en enkätundersökning visar att vissa kommuner och landsting inte infört någon uppsägningsklausul i upprättade avtal vid händelse av att valfrihetssystemet avslutas vilket i sin tur kan leda till risk för skadeståndsskyldighet för det allmänna. Förvaltningsrätten ställer sig dock frågande till om resultatet av denna studie är grund nog för att införa föreslagen typ av lagreglering rörande vad som ska ingå i ett kommersiellt avtal ifråga om en specifik grund för uppsägning. Alldeles oavsett om en uppsägningsklausul finns torde vidare tiden för uppsägning kunna variera beroende på affärsmässiga överväganden. Det bör allt sammantaget anförtros ansvariga kommuner och landsting att utan föreslagen särskild lagreglering se till att upprättade kontrakt inte medför en oönskad affärsmässig risk. Det är också för förvaltningsrätten oklart vilket rättslig effekt, om någon, som uppstår om en kommun eller landsting inte skulle efterleva föreslaget krav på uppsägningsklausul.

Med beaktande av att överklaganden av beslut inom auktorisationssystemet ska betraktas som förvaltningsbesvär är det förvaltningsrättens uppfattning att det också är rimligt att den reglering som återfinns i 23 § förvaltningslagen

(1986:223) rörande krav på delgivning vid beräkning av klagotid på sedvanligt sätt av rättssäkerhetskäl tillämpas enligt Nya LOV. Det förhållandet att ett auktorisationssystem kan få många sökanden kan därvid knappast utgöra tillräckligt grund att frångå förvaltningslagen på denna punkt bl.a. med beaktande av det bör finnas andra förvaltningsförfaranden, t.ex. inom socialförsäkringsområdet, som har ett stort antal enskilda ansökningar att behandla men där ändå kravet på delfående av beslutet är kopplat till när överklagandefristen börjar löpa. Härtill kan tilläggas att ett överklagande enligt Nya LOV inte heller, på det sätt som normalt sker vid ansökningar om överprövning enligt upphandlingslagarna, stoppar ett pågående auktorisationssystem varför intresset av en snävt hållen överklagandefrist inte synes vara lika starkt.

Förvaltningsrätten noterar att föreslagna rättsmedel innebär en begränsning vid jämförelse med nuvarande LOV såtillvida att leverantören måste ha erhållit ett beslut genom vilket ett godkännande nekas för att få tillgång till rättsmedel. Föreslagen ordning bör således medföra att en leverantör, som anser att ett specifikt krav innebär ett otillåtet hinder för denne att ingå i auktorisationssystemet, först måste lägga resurser på att upprätta en ansökan och sedan invänta ett förväntat negativt beslut innan tillgängligt rättsmedel kan nyttjas. Ytterligare överväganden bör göras om det finns tillräcklig anledning att försämra leverantörsskyddet på det sätt som föreslås.

Lagen om offentlig upphandling (LOU)

Vad gäller särskilda kontraktsvillkor för arbetsrättsliga hänsyn och skyldigheter noterar förvaltningsrätten att hänvisningen i föreslagna 19 a kap. 23 § till bl.a. 17 kap. 2-5 §§ LOU inte är korrekt eftersom sistnämnda paragrafer inte återfinns i nämnd lag.

Förvaltningsrätten uppfattar att det undantag från lagens tillämpning som föreslås vid inköp av välfärdstjänster (föreslagen bilaga 2A) när värdet understiger berörda tröskelvärden samt saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse främst är motiverat av ett angett behov att kunna direkttilldela kontrakt till idéburna organisationer. Förvaltningsrätten ställer sig tvekan till om direkttilldelning av sådana kontrakt lämpligen bör baseras på ett så vagt juridiskt begrepp som *bestämt gränsöverskridande intresse*. Härtill kommer att det i vissa fall kan antas vara svårt att avgöra om olika typer av idéburna offentliga partnerskap utgör tjänstekontrakt av samma typ vars värden ska läggas samman. Det blir här fråga om ett undantagsförfarande varför det i första hand bör åvila den upphandlande myndigheten att visa att förutsättningar för ett direktköp föreligger. En ideell organisation som på grundval av föreslagen undantagsreglering väljer att finansiera hela eller delar av sin verksamhet tar således, beroende på hur robust den upphandlande myndighetens rättsliga bedömning är, en risk att utgiven ersättning senare kan komma att återtas i de fall att kontraktet skulle ogiltigförklaras av domstol.

Skollagen, socialtjänstlagen, lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade samt hälso- och sjukvårdslagen

Otydliga begrepp

Förvaltningsrätten bedömer att förslaget innehåller ett antal begrepp som inte definieras tillräckligt, vilket innebär ett avsevärt tolkningsutrymme för domstolarna med osäker rättstillämpning som följd. I det följande ges några exempel.

Insikt och lämplighet

Ett tillstånd att bedriva verksamhet får endast lämnas om företrädarna för den juridiska personen genom erfarenhet eller på annat sätt förvärvat *insikt* i de föreskrifter som gäller för verksamheten. Företrädarna ska också vara *lämpliga*. Detta är grundläggande krav som således är av mycket stor betydelse för den som avser att bedriva en verksamhet. Det bör därför vara förutsebart vad

som avses. Särskilt när det gäller en nystartad verksamhet kan det ifrågasättas vad som ska krävas. Lämplighetskrav förekommer på många områden i lagstiftningen och ett sådant krav bör givetvis kunna ställas på den som mottar offentlig finansiering för att bedriva en verksamhet. Kraven på insikt och lämplighet ger dock stort utrymme för skönsmässiga bedömningar såväl hos de myndigheter som ska besluta om tillstånden som för domstolarna. Förvaltningsrätten förutsätter att denna fråga behandlas närmare i det fortsatta lagstiftningsarbetet.

Allvarlig överträdelse och särskilda skäl

Tillsynsmyndigheten ges möjlighet att återkalla ett tillstånd att ta emot offentlig finansiering om en överträdelse är allvarlig. Bestämmelsen ska dock inte tillämpas om det finns särskilda skäl. Eftersom en överträdelse kan medföra en så långtgående konsekvens som återkallelse av tillstånd är det av vikt att det är tydligt vad som omfattas av begreppen. Av författningskommentaren framgår att exempel på en allvarlig överträdelse kan vara att rörelseresultatet kraftigt överstiger det tillåtna och det saknas anledning att tro att den juridiska personen kommer att följa föreskrifter, att den juridiska personen har överträtt bestämmelserna vid upprepade tillfällen eller att den juridiska personen har gjort otillåtna värdeöverföringar. Vissa begrepp i exempelsituationerna, som ”kraftigt överstiger”, ”saknas anledning att tro”, ”upprepade tillfällen” och ”värdeöverföringar” är, enligt förvaltningsrätten, i sig oklara och otydliga.

Bedömningen avseende en allvarlig överträdelse som har sin grund i ett för högt tillåtet rörelseresultat kompliceras ytterligare genom att sådan överträdelse är tillåten om det finns särskilda skäl. Särskilda skäl exemplifieras i författningskommentaren som oförutsedda händelser och felbudgetering, vilket inte heller är klara och tydliga exempel.

Operativt kapital

Med operativt kapital avses enligt förslaget rörelsetillgångar med avdrag för rörelseskulder. I lagtexten redogörs för vissa poster som inte ska ingå i begreppet rörelsetillgångar. Vad som avses med rörelseskulder exemplifieras

däremot endast i författningskommentaren, vilket innebär en otydlighet i vad som egentligen omfattas av begreppet.

Värdeöverföring

Någon definition av begreppet värdeöverföring görs inte i lagtexten. I motiven hänvisas till definitionen i 17 kap. 1 § ABL. Om avsikten är att denna definition ska gälla bör detta anges i lagtexten.

Prövningen av tillstånd för att ta emot offentlig finansiering

Tillstånd att ta emot offentliga medel ska beviljas endast om sökanden visar att offentliga medel, utöver det högsta tillåtna rörelseresultatet, kommer att användas till verksamhet enligt respektive lag. Detta kan, enligt respektive författningskommentar, visas t.ex. genom att föreskrifter om detta tas in i stadgarna för en förening eller bolagsordningen för ett bolag. I författningskommentaren anges vidare mer detaljerade förutsättningar för att tillstånd ska medges, exempelvis att inköp ska kunna motiveras utifrån den aktuella verksamhetens behov och att administrativa kostnader ska vara skäliga. Det är oklart om avsikten är att även den senare typen av prövning ska göras vid en ansökan. Den låter sig i vart fall knappast göras om det är fråga om en nystartad verksamhet.

Verksamheten hos en tillståndsinnehavare

Endast verksamhet som omfattas av krav på tillstånd att ta emot offentlig finansiering ska enligt förslagen få bedrivas hos en och samma juridiska person. Det är tänkbart att samma juridiska person bedriver tillståndspliktig verksamhet enligt flera lagar. För att beviljas tillstånd krävs, enligt förslagen, att sökanden visar att offentliga medel, utöver det högsta tillåtna rörelseresultatet, kommer att användas till *verksamhet enligt denna lag*. Avsikten torde vara att offentliga medel som beviljats enligt exempelvis skollagen ska användas till verksamhet som avses i just skollagen, inte att offentliga medel som beviljats

enligt t.ex. LSS ska användas till verksamhet som avses i skollagen. Detta bör förtydligas.

Delegation att få meddela föreskrifter

Regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer ska enligt förslaget få meddela föreskrifter om villkor för tillstånd att bedriva verksamhet samt meddela föreskrifter om hur en tillståndsinnehavare med tillstånd att ta emot offentlig finansiering ska redovisa att förutsättningarna för tillståndet är uppfyllda. Förvaltningsrätten ser en risk med att en sådan långtgående delegation kan komma att innebära att ytterligare krav för tillstånden de facto ställs upp. Delegationen medför även att det är svårt för förvaltningsrätten att bedöma vilken prövning som egentligen kan eller ska göras vid tillståndsprövningen.

Sanktionsavgift och återkallelse av tillstånd att ta emot offentlig finansiering

När ska beslut om sanktionsavgift fattas?

Av den föreslagna lagtexten (26 kap. 15 a § skollagen, 23 l § LSS, 13 kap. 12 § SoL och 14 a kap. 10 § HSL) framgår att det *får* beslutas om sanktionsavgift eller återkallelse av tillstånd. I författningskommentaren anges att det ankommer på tillsynsmyndigheten att utifrån förhållandena i det enskilda fallet ta ställning till om överträdelsen motiverar en ansökan om att sanktionsavgifter utdöms. Vidare anges att det av andra stycket i respektive lagrum framgår att tillsynsmyndigheten inte ska ansöka om sanktionsavgift i sådana fall som där anges. Detta framgår dock inte av den föreslagna lagtexten, utan undantagsbestämmelsen synes främst rikta sig till den som prövar ansökan, dvs. domstolen. Om avsikten är att tillsynsmyndigheten inte alltid ska ansöka om utdömande av tillsynsavgift när förutsättningarna för detta är uppfyllda bör det anges, liksom i vilka fall en ansökan ska göras.

Att en avgift *får* tas ut indikerar vidare att det inte är obligatoriskt. I förslagen anges att avgift inte ska tas ut om det finns särskilda skäl för att en enskild har ett för högt rörelseresultat och det överskjutande beloppet återförs i verksamheten senast påföljande räkenskapsår. Om det finns andra fall där domstol ska besluta att inte ta ut avgift framgår inte av lagtexten.

Sanktionsavgiftens storlek

Förvaltningsrätten avstyrker förslaget att sanktionsavgiften ska bestämmas till lägst 1 000 kr. Ett så lågt belopp indikerar att även ringa överträdelser ska beivras, vilket kommer få betydelse för antalet ärenden hos såväl tillsynsmyndigheterna som domstolarna. Förvaltningsrätten anser inte att det är rimligt att domstolarna ska lägga sina resurser på ärenden av sådan dignitet. Det finns även en risk att målen, trots att de rör låga belopp, kan bli komplicerade eftersom otydliga begrepp i lagstiftningen kan leda till svåra bedömningar.

Det låga beloppet medför vidare att det blir än mer oklart vid vilka tillfällen det *får* eller *ska* beslutas om sanktionsavgift, eftersom beloppet, som ovan konstaterats, indikerar att även ringa överträdelser ska beivras.

Sanktionsavgiftens storlek ska enligt förslagen bestämmas med hänsyn till överträdelsens karaktär och omfattning. Mot bakgrund av att det möjliga spannet på avgiftens storlek är stort behövs ytterligare vägledning om vad som anses vara en allvarlig överträdelse.

Tidpunkten för när en ansökan ska lämnas in

En ansökan om sanktionsavgift ska enligt förslaget lämnas in inom fem år från att förutsättningarna för att ta ut avgiften var uppfyllda. Det är inte helt klart vilken tidpunkt som avses. Exempelvis torde en otillåten värdeöverföring kunna vara löpande, t.ex. om en icke marknadsmässig hyra har betalats. Förutsättningar för att ta ut sanktionsavgift skulle i ett sådant fall kunna vara uppfyllda redan dag ett och pågå under flera år därefter. Vidare kan ett för högt rörelseresultat uppstå ett år, men inte uppmärksammas av tillsynsmyndigheten förrän den får tillgång till årsredovisningen. I vissa fall – om det finns särskilda skäl – kan dessutom ett för högt rörelseresultat vara tillåtet, om

det överskjutande beloppet återförs i verksamheten. Det kan i dessa m.fl. fall diskuteras när förutsättningarna för att ta ut en sanktionsavgift är uppfyllda.

Övrigt

Förvaltningsrätten finner det värt att notera att sanktionsavgift ska beslutas av domstol, medan återkallelse av tillstånd att ta emot offentliga medel får beslutas av tillsynsmyndigheten, trots att det senare torde uppfattas som en mer ingripande åtgärd.

Återkallelse av tillstånd att bedriva verksamhet

Tillsynsmyndigheten ges även en möjlighet att få återkalla ett tillstånd att bedriva verksamhet utan föregående föreläggande på grund av bristande uppfyllelse av ägarprövningsreglerna (se 26 g § 3 st LSS, 13 kap. 9 § st 3 SoL och 26 kap. 14 § skollagen). En förutsättning för återkallelse utan föregående föreläggande är enligt författningskommentaren att tillståndshavaren inte har faktisk möjlighet att åtgärda bristerna, eller om bristen är mycket allvarlig. Så som föreslagen lagtext är formulerad och utifrån hur regleringen beskrivs i författningskommentarerna synes dessa situationer vara de enda där en återkallelse ska ske utan föregående föreläggande. Om så är fallet bör dessa förutsättningar framgå tydligare av lagtexten.

Forum

Utredningen föreslår att en ansökan om utdömande av sanktionsavgift ska prövas av den förvaltningsrätt inom vars domkrets Statens skolinspektion samt Inspektionen för vård och omsorg har sitt säte. En sådan ordning, där den ansökande myndighetens säte ska vara avgörande för forumfrågan, avviker från den normala ordningen inom förvaltningsprocessen. Förslaget leder vidare till vissa oönskade konsekvenser. Alla mål avseende sanktionsavgift skulle komma att prövas av Förvaltningsrätten i Stockholm. Förvaltningsrätten i Linköping ser ett värde i att måltyper inte koncentreras till en viss förvaltningsrätt utan att de prövas av flera olika förvaltningsrätter. Därutöver skulle förslaget leda till att en fråga om utdömande av sanktionsavgift och en

fråga om återkallelse av tillstånd, som i vart fall delvis kan grundas på samma omständigheter, kan komma att prövas av olika förvaltningsrätter. Detta eftersom förslaget saknar uttalade forumregler i andra frågor än sanktionsavgifter, vilket innebär att övriga frågor prövas av den förvaltningsrätt inom vars domkrets ärendet först prövades (14 § lagen [1971:289] om allmänna förvaltningsdomstolar). Även bestämmelsen beträffande sanktionsavgifter bör därför i stället följa huvudregeln enligt nyss nämnda paragraf.

Verkställbarhet

I fråga om återkallelse av tillstånd att ta emot offentliga medel synes avsikten vara att regleringen ska vara likadan i de berörda lagarna, nämligen att beslut som huvudregel ska gälla omedelbart med en möjlighet för tillsynsmyndigheten att besluta annat. I förslaget om ändringar i SoL saknas dock den möjligheten (16 kap. 4 § första stycket 4 jämfört med sista stycket).

När det gäller verkställbarhet av beslut om återkallelse på grund av bristande uppfyllelse av ägarprövningsreglerna innehåller förslagen inga särskilda bestämmelser, vilket innebär att befintliga regler om verkställighet ska gälla. Enligt 27 § LSS och 16 kap. 4 § SoL gäller sådana beslut alltså omedelbart. Enligt 26 kap. 16 § skollagen får tillsynsmyndigheten besluta att beslutet ska gälla trots att det inte fått laga kraft. Trots att utredningen även i denna fråga föreslår liknande reglering i de olika lagarna föreslås olika regleringar för beslutens verkställbarhet. Förvaltningsrätten anser att den föreslagna regleringen av beslutens verkställbarhet bör ses över.

Vad gäller skollagen kan slutligen noteras att de nya bestämmelserna om verkställbarhet har placerats i en bestämmelse som avser vilka beslut som går att överklaga (28 kap. 2 § skollagen). Det bör övervägas om bestämmelsen i stället ska placeras i den redan befintliga bestämmelsen om verkställbarhet i 26 kap. 16 §.

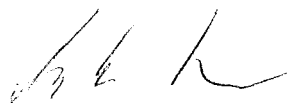
Ekonomiska konsekvenser för domstolarna

Som framhålls av utredningen kommer föreslagen reglering att medföra en tillströmning av mål rörande tillstånd och sanktionsavgifter till förvaltnings-

DATUM
2017-02-23DIARIENR
FLI 2016/392

domstolarna. Det är av naturliga skäl svårt att i nuläget uppskatta antalet mål men, med beaktande av innehållet i förslaget regelverk rörande offentlig finansiering, kan förutses att många kommer att vara av en komplicerad art. Förvaltningsrätten anser att frågan bör analyseras ytterligare och utgår från att de domstolar som ska hantera målen ifråga ges ett tillräckligt resurstillskott.

Detta yttrande har beslutats av lagmannen Annika Lowén efter beredning av rådmännen Ulf Jonare och Tomas Kjellgren samt förvaltningsrättsfiskalen Lina Wiker.



Annika Lowén