

Stockholm den 21 februari 2017

R-2016/2226

Till Finansdepartementet

Fi2016/04014/K

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 24 november 2016 beretts tillfälle att avge yttrande över Valfärdsutredningens delbetänkande Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78).

Allmänna synpunkter

Advokatsamfundet delar utredningens uppfattning att det faktum att välfärdstjänsterna finansieras med offentliga medel och att aktörerna utför uppgifter som i första hand åligger det allmänna, innebär att välfärden är en angelägenhet för alla medborgare. Vägen dit nås emellertid inte enligt Advokatsamfundets uppfattning genom vinstbegränsningar, utan genom ökade kvalitetskrav och konsekvent uppföljning av de kvalitetskrav som uppställts.

Inledningsvis vill Advokatsamfundet särskilt betona att det finns en uppenbar risk att förslaget strider mot:

- Regeringsformen (näringsfriheten),
- Europakonventionen (ägar- och egendomsskyddet), och
- de fria rörligheterna i EU-rätten.

Förslaget berör många företag (såväl enskilda näringsidkare som juridiska personer) som verkar inom olika branscher. Det framstår som ostridigt att förslaget kommer att påverka mycket stora ekonomiska värden för dessa företag. Advokatsamfundet saknar en mer djupgående analys av om förslaget strider mot de ovan angivna punkterna.

Advokatsamfundet anser vidare att det är anmärkningsvärt att förslaget inte mer utförligt har analyserats i förhållande till dessa grundläggande rättigheter. Genom utredningens förslag ska endast juridiska personer kunna ansöka om tillstånd att motta offentliga medel. Utredningen konstaterar att detta skulle kunna utgöra en inskränkning i näringsfriheten i regeringsformen. Detta behöver utredas ytterligare. Vidare kan framhållas att det saknas en mer utvecklad analys över hur äganderättsskyddet i Europakonventionen påverkas jämfört med 2 kap. 19 § regeringsformen. Förslaget innebär även begränsningar av äganderätten i strid med Europakonventionens artikel 1 första tilläggsprotokollet såsom att skyddsvärda ekonomiska intressen inom ramen för egendomsbegreppet, i form av exempelvis goodwill och legitima förväntningar, får stå tillbaka och kraftigt kan komma att reduceras på mycket kort tid. Värdeöverföringsförbudet kan komma att begränsa bolagets rätt att disponera sin egendom. Återkallelseförbudet kan medföra att en begränsning av äganderätten sker. Vidare kan sanktioner avseende brott mot bland annat vinstförbudet utgöra en begränsning av äganderätten.

Advokatsamfundet anser att det saknas samband mellan den föreslagna regleringen och uppnåendet av de av utredningen identifierade målen. Det kan starkt ifrågasättas om förslaget verkligen skyddar de intressen som förslaget har identifierat. Detta eftersom utredningen har identifierat ett antal *potentiella* problem med vinster i välfärden. Utredningen pekar också på att det finns begränsad kunskap om skillnader mellan kommunala och enskilda utförare. Det är därför inte klart varför vinstbegränsningen skulle leda till bl.a. högre kvalitet, minskad segregation och en vilja för medborgarna att solidariskt finansiera det gemensamma välfärdssystemet.

Förslaget är inte heller proportionerligt. Även om det fanns konstaterade problem, hade ett flertal mindre ingripande åtgärder kunnat användas, exempelvis kvalitetskrav. Utredningens motivering i denna del – att det bl.a. är svårt att formulera sådana krav, är enligt Advokatsamfundets bedömning mycket bristfällig.

Förslaget innebär att det införs en begränsning av rörelseresultatet för de aktörer som vill ta emot offentliga medel. Värdeöverföringar föreslås begränsas till det tillåtna rörelseresultatet. Vidare ska den som vill motta offentlig finansiering för att utföra välfärdstjänster ansöka om ett särskilt tillstånd. Tillstånd att motta offentlig finansiering ges till dem som intygar att de framöver kommer att uppfylla kraven på begränsat rörelseresultat och begränsade värdeöverföringar. Krav på tillstånd ställs inte på aktörer vars verksamhet finansieras på annat sätt. De krav som ställs för att en aktör ska få tillstånd att motta offentlig finansiering ska följas upp i tillsyn. Av skäl som utvecklas närmare nedan är Advokatsamfundet av uppfattningen att en vinstbegränsning inom välfärdstjänster är skadlig för samhället och för välfärden och på sikt riskerar att öka kostnaderna för välfärden. Advokatsamfundet avstyrker därför utredningens förslag att införa en reglering av vinster i välfärden.

Ett antal av de utgångspunkter som utredningen haft kan, enligt Advokatsamfundets mening, ifrågasättas. Det gäller redan utredningens principiella utgångspunkt att ett vinstintresse i välfärdsföretag på ett negativt sätt skulle påverka kvaliteten. Utredningen

har inte kunnat presentera något övertygande stöd för att så skulle vara fallet. Tvärtom visar existerande forskning att kvaliteten hos de privata utförarna är lika bra eller bättre än de offentliga, såväl vad gäller skolverksamhet¹ som hälso- och sjukvård.²

Vidare ifrågasätter Advokatsamfundet utredningens slutsatser att en orimligt stor andel av de skattemedel som är avsedda för vård, skola och omsorg inte används i välfärden. Enligt en forskarrapport från oktober 2016,³ utgör de samlade vinsterna högt räknat ungefär sex promille av de totala kostnaderna för välfärden och det är synnerligen tveksamt om man i dag kan tala om några ”övervinster” i välfärden. Enligt Advokatsamfundets mening präglas utredningen mer av ideologiska och politiska hänsyn än av vetenskapligt stöd och stringens.

Vinst är ett komplicerat begrepp, eftersom det ytterst påverkas av skatteuttag, finansieringslösningar och andra faktorer. Utredningen har därför inledningsvis undersökt rörelsemarginalen hos de cirka 4 600 företag som fick 70 procent eller mer av sina intäkter från det offentliga. Undersökningen visar att den genomsnittliga rörelsemarginalen totalt för utförarföretagen var 5,1 procent med något högre värden för omsorgsområdena (drygt 6 procent) och lägre inom vård och utbildning (cirka 4,5 procent). Utredningen konstaterar därmed att den offentligt finansierade välfärdssektorns genomsnittliga rörelsemarginal var lägre än för tjänstesektorn totalt.⁴ Utredningen konstaterar vidare att vad gäller de genomsnittliga rörelsemarginalerna i den offentligfinansierade välfärden är de inte anmärkningsvärt höga.⁵ För att finna ”övervinster” har utredningen tvingats hitta ett annat underlag och har därför tittat på alla företag inom utbildning, hälso- och sjukvård samt omsorg, bland vilka ingår ett stort antal företag som saknar eller har mycket liten del offentligt finansierad verksamhet. Med detta urval – som alltså inte kan anses vara representativt för den verksamhet som föreslås regleras – har man sedan utgått från ett avkastningsmått, närmare bestämt avkastning på operativt kapital, vilket till skillnad från den investeringstunga tillverkningsindustrin är förhållandevis högt. Advokatsamfundet har emellertid svårt att se att avkastningsmättet som utredningen använt är relevant med avseende på personalintensiva tjänsteföretag. Dessa innehåller stora värden som inte återspeglas i bokföringen, t.ex. kunnig personal, en stark kundbas, väl utarbetade processer och rutiner m.m. Utredningen har dock tillämpat detta i grunden felaktiga mått och – fortfarande med hänvisning till *hela* välfärdssektorn och inte endast den offentligfinansierade – funnit att medianen⁶ för hela sektorn ligger på 47 procent. Denna siffra har man sedan satt i förhållande till vad utredningen anger vara den vägda genomsnittliga kostnaden för kapital (WACC) inom välfärdssektorn (vilken inte uttryckligen redovisas) och finner

¹ Se bl.a. Skolinspektionen, 2017-01-16, Resultatet från höstens stora enkät med föräldrar och personal i förskolan klart, <https://www.skolinspektionen.se/sv/Tillsyn--granskning/Nyheter1/resultatet-fran-hostens-stora-enkat-med-foraldrar-och-personal-i-forskolan-klart/>; Svenskt Näringsliv, 2015, Sant och falskt om företagande i välfärden.

² Se bl.a. Vårdanalys, 2014, PM 2014:1 Vårdval och vårdutnyttjande.

³ Se Jordahl och Sundén, Vinstbegränsningar i välfärden. (Svenskt Näringsliv), oktober 2016.

⁴ Se Välfärdsutredningens delbetänkande Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78) s. 200.

⁵ Se a.a. s. 207.

⁶ Utredningen uppger att man valt att visa medianvärdet då medelvärdet ”är mycket högt”.

sedan en ”total summa övervinster med utgångspunkt från den WACC som beräknats för branschen”. Utredningens beräkningsmetoder har på goda grunder kritiserats för att ”blanda äpplen och päron” och för att vara ofullständigt redogjorda i relation till professionell erfarenhet och empiri.⁷

Advokatsamfundet delar denna kritik och anser inte att utredningen presenterat tillräckligt stöd för att det förekommer s.k. ”övervinster” i den offentligfinansierade välfärdssektorn för att överväga den form av oerhört ingående regleringar som utredningen sedan föreslår. Tvärtom visar forskning att det så kallade läckaget av skattemedel är försumbart. En vinstreglering kan som ovan antyds återföra resurser, som högt räknat motsvarar sex promille av de totala kostnaderna för välfärden, vilket inte kan ha någon betydande påverkan på de tjänster som kommer brukarna till del.⁸

Med anledning av att vinsttaket sätts i relation till välfärdsbolagens mycket låga bokförda operativa kapital, blir accepterad rörelsemarginal så låg att förslaget i praktiken kan betraktas som ett vinstförbud.⁹

En vinstbegränsning, som egentligen är ett vinstförbud, skulle enligt Advokatsamfundets uppfattning leda till ett sämre konkurrenstryck i välfärdstjänsterna. För det första blir en naturlig följd av vinstbegränsningen att många aktörer som i dag är aktiva på marknaden ser över sin inriktning och styr över verksamhet på områden där vinstmöjligheterna inte är i lag begränsade. För det andra kan det på goda grunder befaras att förslaget skulle leda till en ännu större konsolidering av välfärdssektorn än vad som redan är fallet i dag. En sådan konsolidering sker naturligen genom att små företag köps upp av större, då större företag har bättre förutsättningar att öka sitt operativa kapital och därmed den tillåtna rörelsemarginalen, t.ex. genom förvärv av tillgångar med högt värde såsom exempelvis fastigheter. Advokatsamfundet delar därmed inte utredningens föga underbyggda förhoppning att verksamheterna i de flesta fall kommer att fortleva. Sammantaget minskar utbudet av tjänsteproducerande företag, vilket inte bara kan få omfattande konsekvenser för det lokala utbudet i vissa kommuner och landsting, utan även på ett generellt plan minskar möjligheterna att konkurrensutsätta tjänsterna. Resultatet av ett minskat konkurrenstryck är givetvis att kostnaderna ökar.

Advokatsamfundet anser vidare att vinstbegränsningen utformats på ett felaktigt sätt, som riskerar att få oönskade konsekvenser. Ett grundläggande fel från ett rent ekonomiskt perspektiv med en vinstbegränsning är att den i praktiken skulle driva upp kostnaderna. Anledningen är att i en situation där ett företag riskerar att nå en vinst som överstiger reglerad nivå, måste det snabbt och på kort sikt öka sina kostnader. Sådana tvingande kostnadsökningar skulle inte typiskt sett ske genom investeringar eller högre personaltäthet, utan skulle sannolikt ske genom kostnader av engångskaraktär, som inte binder företaget för framtiden om lönsamheten skulle försämrats eller vinstutdelningsbegränsningen skulle komma att avskaffas. Därmed fungerar

⁷ Se bl.a. Sevenius, Häxjakten på vinst, <http://sevenius.se/2016/12/14/haxjakten-pa-vinst/>.

⁸ Se Jordahl och Sundén, Vinstbegränsningar i välfärden. (Svenskt Näringsliv). oktober 2016.

⁹ Se PwC, Avkastning på bokfört operativt kapital i välfärdsbolag, 27 december 2016.

vinstutdelningsbegränsningen som kostnadsdrivande utan att nå de kvalitetshöjningar som förslaget uttrycker förhoppningar om.

Advokatsamfundet befarar vidare att en vinstbegränsning skulle slå hårt mot småföretagandet och i synnerhet mot kvinnors företagande. Den skattefinansierade välfärden drivs i dag i stor utsträckning av småföretag där kvinnor dominerar.¹⁰ Förslaget på avkastning på bokfört operativt kapital riskerar att göra det mycket svårt för privata välfärdsaktörer (särskilt de små) att fortsätta driva sin verksamhet. Som framförts av Sveriges läkarförbund riskerar tvärtom många vårdföretag att avvecklas om förslagen införs. Det skulle särskilt drabba de mindre läkarledda verksamheterna, eftersom de ofta har ett mer begränsat insatt kapital som minskar deras manöverutrymme för exempelvis nödvändiga investeringar. Om mångfalden försvinner minskar konkurrensen och dess förmåga att tillföra innovationer i arbetssätt och kvalitetsförbättringar.¹¹ Dessutom skulle sannolikt det övergripande företagsklimatet i Sverige påverkas negativt av en sådan reglering, med ökad osäkerhet och bristande investeringsvilja som följd.

Nedan behandlas vissa av förslagen i mer detalj. Numreringen och rubriksättningen följer huvudsakligen den i utredningen.

10.2 Reglering bör ske genom tillstånd

För att få motta offentliga medel föreslås ett tillståndskrav. Tillståndet får endast ges till dem som intygar att de kommer att uppfylla kraven på begränsat rörelseresultat och begränsade värdeöverföringar.

Advokatsamfundet avstyrker av skäl som angetts ovan såväl att ett tillståndskrav införs som de föreslagna kriterierna för att tillstånd ska ges. Dessutom skapar tillståndsförfarandet och i synnerhet de föreslagna granskningsreglerna en onödig byråkrati och administration, som inte bidrar till en högre kvalitet inom välfärden.

10.3 Vilken verksamhet samt vilka utförare och huvudmän som omfattas av kravet

Ersättning som följer av en kommuns eller ett landstings avtal om överlämnande av verksamhet enligt socialtjänstlagen, lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade, skollagen eller hälso- och sjukvårdslagen till privata utförare, som avses i 3 kap. 18 c § kommunallagen föreslås, i fråga om juridiska personer, endast få lämnas om utföraren har ett tillstånd att motta offentlig finansiering. Detsamma gäller för utbetalande av assistansersättning enligt 51 kap. socialförsäkringsbalken. För att ett godkännande som enskild huvudman för förskola, förskoleklass, grundskola, grundsärskola, gymnasieskola, gymnasiesärskola, fritidshem eller pedagogisk omsorg ska medföra en rätt till bidrag, krävs att den juridiska personen har ett tillstånd att motta offentlig finansiering. Regleringen föreslås dock inte omfatta enskilda individer.

¹⁰ Se bl.a. Företagarna, Små vård- och omsorgsföretag betydelsefulla för välfärden. Företagarna januari 2013.

¹¹ Se <http://www.slf.se/Aktuellt/Valfardsutredningens-forslag-hammar-vardens-mangfald/>, den 27 januari 2017.

Advokatsamfundet avstyrker förslaget av skäl som angivits inledningsvis. Att regleringen inte skulle omfatta enskilda individer följer av att möjligheten att bedriva verksamhet för fysiska personer föreslås begränsas, vilket Advokatsamfundet också avstyrker.

10.4 Närmare om kravet på tillstånd

Endast företag och organisationer som kan visa att offentliga medel, utöver ett tillåtet rörelseresultat, kommer att gå till den verksamhet de är avsedda för, föreslås få tillstånd att motta offentlig finansiering. Verksamhet som omfattas av krav på tillstånd, föreslås bedrivas i en separat juridisk person. En juridisk person med tillstånd att motta offentlig finansiering, föreslås inte få överlämna verksamhet för vilken tillstånd krävs till andra juridiska personer utan sådant tillstånd.

Advokatsamfundet avstyrker förslaget av skäl som angivits inledningsvis.

10.5 Aktörernas rörelseresultat ska begränsas

En juridisk persons rörelseresultat föreslås begränsas till en andel av det operativa kapitalet, som fanns i den juridiska personen vid årets ingång.

Advokatsamfundet avstyrker förslaget av skäl som angivits inledningsvis. Som konstaterats av bl.a. PwC är avkastning på bokfört kapital ett avkastningsmått som framför allt är applicerbart på kapitalintensiva bolag. Att beräkna avkastning på bokfört operativt kapital på tjänstebolag med små bokförda tillgångar, ger lätt orimliga/intetsägande resultat med oändligt hög avkastning. Utredningens jämförelse mellan avkastningen på operativt kapital för välfärdsbolagen och tjänstesektorn saknar relevans. De två grupperna är inte jämförbara, då tjänstesektorn som helhet innehåller branscher som är, till såväl verksamhet som tillgångsstruktur, påtagligt olika välfärdsbranschen.¹²

10.6 Otillåtna värdeöverföringar

Inga värdeöverföringar från den juridiska personen föreslås få göras utöver det högsta tillåtna rörelseresultatet.

Advokatsamfundet avstyrker förslaget av skäl som angivits inledningsvis.

Dessutom kan kritik mot förslaget anföras från ett rent associationsrättsligt perspektiv. Värdeöverföring är ett inom aktiebolagsrätten vedertaget begrepp och som är definierat i aktiebolagslagen. Utredningen utgår från denna definition, men konstaterar sedan att alla aktörer inom välfärdssektorn inte bedriver sin verksamhet i aktiebolagsform och väljer därför att föreslå ett ”särskilt värdeöverföringsförbud som ska omfatta alla de olika associationsformer som i dag bedriver verksamhet inom sektorn”.¹³ Exakt vad

¹² Se PwC, Avkastning på bokfört operativt kapital i välfärdsbolag, den 27 december 2016.

¹³ Se Välfärdsutredningens delbetänkande Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78) s. 360.

detta ”särskilda värdeöverföringsförbud” omfattar är dock tämligen dunkelt och anges närmast i form av ett cirkelresonemang: ”Utredningen avser med värdeöverföringar alla typer av värdeöverföringar.” Som ett exempel på en sådan värdeöverföring, som utredningen uppenbarligen avser, anges sedan ”även överföringar till andra delar av en koncern”. Exemplet är knappast klagörande. Det är förvisso så att överföringar av medel inom en koncern, s.k. koncernbidrag betraktas som en värdeöverföring när de sker till förmån för ett överordnat bolag i koncernen eller ett företag som ägs av ett överordnat bolag i koncernen (s.k. systerbolag); dock anses med gängse aktiebolagsrättslig terminologi inte ett koncernbidrag som lämnas från ett moderbolag till ett dotterbolag som en värdeöverföring.¹⁴ Det är oklart om utredningen verkligen avsett att vidga begreppet på det sättet. Övriga exempel som lånats från förarbetena till aktiebolagslagen¹⁵ är inte ägnade att närmare belysa skillnaden mellan det aktiebolagsrättsliga värdeöverföringsbegreppet och ”alla typer av värdeöverföringar”. Inte heller lämnar de särskilda transaktioner, som tillsynsmyndigheten föreslås granska enligt förslagets avsnitt 10.9.4 någon närmare ledning.¹⁶ Det kan möjligen godtas även från ett aktiebolagsrättsligt perspektiv att ”orimliga” löner skulle kunna ses som en värdeöverföring, i det att med gängse terminologi en affärshändelse, som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget utgör en värdeöverföring till den del bolagets prestation inte motsvaras av en motprestation. Därifrån är det dock ett långt steg till att konstatera att ”höga hyror” eller ”höga räntor” automatiskt skulle utgöra en värdeöverföring. Bedömningen torde snarare bero på vad som är marknadsmässigt på den relevanta orten och marknaden, vilket i och för sig även konstateras i utredningen.¹⁷

Vidare är det oklart vad utredningen menar med att ”Inga värdeöverföringar från den juridiska personen får göras utöver det högsta tillåtna rörelseresultatet”. Rimligen hänför sig utredningen därvid till s.k. formenliga värdeöverföringar, dvs. i princip till utdelning. Frågan är dock vad ”utöver” innebär i sammanhanget. Det får antas innebära att man först räknar ut ett rörelseresultat och sedan får en värdeöverföring göras på grundval av det resultatet. Men som utredningen har formulerat texten förefaller begreppet vara bredare än så. Eftersom en förtäckt värdeöverföring under året (som alltså skulle vara tillåten upp till operativ kapital x (7 % + statslåneräntan)) i sig sänker rörelseresultatet, är det oklart hur bestämmelsen ska fungera i praktiken. I praktiken blir det emellertid oerhört vanskligt för en företagare att besluta om en viss utdelning i verksamheten om man därefter hotas av genomlysning och omkvalificering (till förtäckta värdeöverföringar) av vissa transaktioner i företaget, som ligger till grund för resultatberäkningen.

Hur en tillsynsmyndighet rent praktiskt sett ska kunna tillämpa dessa föreskrifter, framstår därmed som synnerligen oklart och skapar en risk för godtycke och rättsosäkerhet, som Advokatsamfundet inte kan ställa sig bakom. Advokatsamfundet konstaterar även att en effektiv tillsyn över inte bara själva välfärdssektorn, utan även leverantörer till densamma

¹⁴ Se prop. 2004/05:85 s. 385 f.

¹⁵ Se Välfärdsutredningens delbetänkande Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78) s. 359 f.; jfr prop. 2004/05:85 s. 747 f.

¹⁶ Se Välfärdsutredningens delbetänkande Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78) s. 368.

¹⁷ Se a.a.

och lönebildningen inom sektorn skulle kräva att en stor och resurskrävande administration byggs upp för kontroll och tillsyn.

10.8 Ansvariga myndigheter

Statens skolinspektion samt Inspektionen för vård och omsorg föreslås pröva att kraven för att få motta offentlig finansiering är uppfyllda.

Advokatsamfundet avstyrker förslaget av skäl som angivits inledningsvis.

10.9 En effektiv tillsyn

Utredningen har föreslagit att Inspektionen för vård och omsorg och Statens skolinspektion ska ha tillsynsansvar över att de juridiska personer som bedriver välfärdsverksamhet följer kraven på begränsat rörelseresultat, inte gör värdeöverföringar utöver rörelseresultatet och i övrigt fortlöpande uppfyller kraven för tillståndet.

Advokatsamfundet avstyrker förslaget av skäl som angivits inledningsvis.

10.10 Möjlighet att överklaga besluten

Utredningen har föreslagit att beslut om tillstånd om att motta offentliga medel och återkallelse av sådana tillstånd ska kunna överklagas hos allmän förvaltningsdomstol. Beslut om återkallelse gäller omedelbart om inte myndigheten beslutar något annat.

Advokatsamfundet har inget att erinra mot förslaget i denna del.

10.11 Sekretess

Tillståndsförfarande och tillsyn hos Skolinspektionen och Inspektionen för vård och omsorg föreslås omfattas av sekretess enligt 30 kap. 23 § offentlighets- och sekretesslagen genom en ändring av sekretessförordningen. Sekretessen ska inte omfatta beslut i ärenden.

Advokatsamfundet har inget att erinra mot förslaget i denna del.

10.12 Avgifter

Utredningen har föreslagit att den myndighet som ansvarar för prövningen av en ansökan om tillstånd om att motta offentliga medel, ges möjlighet att ta ut en avgift för att pröva ansökan och för tillsyn av att villkoren för tillståndet fortlöpande är uppfyllda. Regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer, föreslås kunna meddela ytterligare föreskrifter om avgifter.

Advokatsamfundet avstyrker förslaget av skäl som angivits inledningsvis.

10.13 Krav på att verksamhet bedrivs som juridisk person

Utredningen föreslår att endast juridiska personer ska beviljas tillstånd att bedriva fristående skolor och verksamhet enligt socialtjänstlagen och lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade. Detta innebär att det inte blir möjligt för fysiska personer att beviljas tillstånd, även om de bedriver verksamheten utan offentliga medel.

Advokatsamfundet avstyrker förslaget av skäl som angivits inledningsvis och kan inte annat än hålla med utredningen om att förslaget kan ses som en inskränkning i näringsfriheten. Advokatsamfundet delar emellertid inte utredningens uppfattning om att denna inskränkning endast berör ett mycket litet antal näringsidkare, och innebär en mycket begränsad påлага i form av att bilda en juridisk person. Advokatsamfundet delar därför inte heller utredningens bedömning att det är förenligt med näringsfrihetsbestämmelsen i regeringsformen och skyddet för äganderätten, som följer av EKMR.

12.4 Tillståndskrav bör inte införas för privata asylboenden

Utredningen har inte föreslagit några krav på att Migrationsverket endast får upphandla tillfälliga boenden från juridiska personer med särskilt tillstånd om att motta offentlig finansiering.

Advokatsamfundet har inget att erinra mot förslaget i denna del.

13 kapitlet Ägar- och ledningsprövning av offentliga och privata aktörer

Advokatsamfundet anser att utredningen bör ytterligare förtydliga skillnaderna i nuvarande förslag med de förslag som lämnades i Ägarprövningsutredningen (ÄU) från 2015.

15.5 Åtgärder för att möta kapitalförsörjningsproblem och stimulera idéburen verksamhet

Utredningen har föreslagit att Tillväxtverket ges i uppdrag att utforma och genomföra en insats för att underlätta idéburna organisationers kapitalförsörjning. I uppdraget bör ingå att genomföra informations- och rådgivningsinsatser riktade till kreditgivare och idéburna organisationer. Uppdraget bör även innefatta att analysera och föreslå en eventuell anpassning av existerande regelverk kring nuvarande stödformer. Vidare bör andra möjliga sätt att stödja de idéburna organisationernas kapitalförsörjning analyseras.

Advokatsamfundet har ingen erinran mot förslaget. Som utredningen konstaterar är det emellertid viktigt att ett eventuellt stöd utformas, så att det dels inte snedvrider konkurrensen, dels är förenlig med EU:s statsstödsregler.

Synpunkter rörande nya upphandlingsregler

Härtill önskar Advokatsamfundet särskilt uppmärksamma följande rörande förslaget till ny lag om valfrihetssystem samt nya upphandlingsregler.

Definitionen av valfrihetssystem

Av utredningens förslag till 2 § NLOV framgår en definition av vad ett valfrihetssystem är. Advokatsamfundet har ingen erinran mot att en sådan definition tas in i lagens inledning, men förordar att definitionen utformas så att den innehåller en begränsning av lagens tillämpningsområde i de fall kontraktet är att betrakta som en sådan koncession som omfattas av lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) eller ett sådant kontrakt som omfattas av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).

En sådan avgränsning i NLOV:s tillämpningsområde är nödvändig för att det dels inte ska uppstå normkonflikter och tolkningsproblem för dem som har att praktiskt tillämpa regelverket, dels för att en ”överlappning” mellan lagarna riskerar att medföra att Sverige inte kan anses ha genomfört bestämmelserna i direktiv 2014/23/EU (LUK-direktivet) och direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet) på ett korrekt sätt (om bestämmelserna i LUK respektive LOU inte tillämpas på grund av innehållet i NLOV).

NLOV bör således innehålla en bestämmelse, som tydligt anger att lagen inte ska tillämpas på upphandlingar, som omfattas av LOU eller LUK. Eftersom den av utredningen åberopade rättsliga grunden för införandet av den särreglering som NLOV innebär, är skäl 4 och 114 i LOU-direktivet samt skäl 13 i LUK-direktivet, vilka medger undantag från respektive direktiv i vissa angivna situationer, kan det också vara lämpligt att återknyta till rekvisiten för att dessa undantag ska vara uppfyllda i den bestämmelse, som anger när NLOV ska tillämpas.

Dessa rekvisit är, såvitt kan utläsas ur de nämnda direktiven, följande:

1. Det ska vara fråga om arrangemang där samtliga leverantörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift (dvs. det ska råda fullständig juridisk och praktisk etableringsfrihet).
2. Villkoren för deltagande ska vara öppna och icke-diskriminerande och medge kontinuerligt tillträde till tillhandahållandet av de aktuella särskilda tjänsterna.
3. Valet mellan leverantörer ska göras av kunden och inte av myndigheten.

Enligt Advokatsamfundets mening bör det således finnas en inledande bestämmelse i NLOV, som tydligt anger vilka kontrakt som omfattas av lagens tillämpningsområde, och som hänvisar till övriga upphandlingslagar i fråga om kontrakt som inte omfattas av NLOV.

Principer för valfrihetssystem

Advokatsamfundet avstyrker utformningen av 5 § i förslaget till NLOV.

Av det föreslagna lagrummet framgår att när föremålet för ett valfrihetssystem har ett bestämt gränsöverskridande intresse, ska principerna om förbud mot diskriminering och om likabehandling, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande iakttas.

Enligt Advokatsamfundets mening är utformningen olycklig av flera anledningar. Advokatsamfundet kan inte se någon rimlig anledning till att de grundläggande principerna inte skulle gälla för det fall något bestämt gränsöverskridande intresse inte kan konstateras. I vart fall bör principerna om likabehandling och öppenhet gälla för alla situationer som omfattas av NLOV.

Ett beslut att tilldela en leverantör ett offentligt kontrakt är, som utredningen själv konstaterar, något som har inslag av myndighetsutövning och under alla omständigheter i vart fall har karaktären av en offentlig förvaltningsåtgärd. I detta sammanhang vill Advokatsamfundet erinra om den likhetsprincip som direkt följer av 1 kap. 9 § regeringsformen, och som innebär att alla som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter i sin verksamhet ska beakta allas likhet inför lagen samt iaktta saklighet och opartiskhet.

Med tanke på att förslaget innebär att de allmänna principerna ska tillämpas när föremålet för ett valfrihetssystem har ett bestämt gränsöverskridande intresse, kan det av en motsatsvis tolkning uppfattas följa att dessa principer inte ska iakttas i fall då något bestämt överskridande intresse inte konstateras. Advokatsamfundet avstyrker förslaget att bl.a. likabehandlingsprincipen inte ska tillämpas i dessa fall och menar att detta strider mot den allmänna uppfattningen om hur det offentliga ska agera i förhållande till enskilda. Signalen från lagstiftaren bör inte vara att det inte finns några bestämmelser om hur upphandlande myndigheter ska agera gentemot leverantörer i de fall då det saknas ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Överklagande av beslut

Utredningen föreslår i 18 § i förslaget till NLOV att en kommuns eller ett landstings beslut att inte godkänna en sökande att delta i ett valfrihetssystem, får överklagas till allmän förvaltningsdomstol.

Advokatsamfundet har ingen erinran mot förslaget i den del det medför möjlighet till en rättslig prövning av ett beslut att inte godkänna en sökande att delta i ett valfrihetssystem, men förordar att det i lagtexten klargörs att även andra felaktigheter ska kunna prövas samt förutsättningarna för detta. Advokatsamfundet ställer sig exempelvis frågande till om ett fel i valfrihetssystemet som sådant enligt utredningens förslag kan bli föremål för domstolsprövning. Om de krav som ställs i ett valfrihetssystem är utformade på ett otillåtet sätt (exempelvis förbjuder företag från en viss medlemsstat att delta), och en leverantör (från den förbjudna medlemsstaten) utesluts från deltagande i valfrihetssystemet

med hänvisning till att leverantören inte uppfyller (det otillåtet utformade) kravet, kan leverantören då överklaga kravet som sådant? Om så inte är fallet, kan konstateras att en leverantör som utesluts på grund av att den inte uppfyller ett krav som rätteligen inte borde få ställas, inte kan få till stånd en rättelse med stöd av 18 § NLOV. Detta eftersom bedömningen endast kommer att göras utifrån om leverantören uppfyller de ställda kraven, inte om kraven som sådana över huvud taget är förenliga med gällande rätt. Förutom att en sådan begränsning av prövningsramen för överklaganden enligt NLOV skulle vara olämplig av rättssäkerhetsskäl anser Advokatsamfundet att det även kan ifrågasättas om en sådan ordning är förenlig med EU-rätten.

Skadestånd

Utredningen föreslår i 19 § i förslaget till NLOV att en kommun eller ett landsting ska ersätta skada, som vållas genom fel eller försummelse vid beslut att inte godkänna en sökande enligt 12 § NLOV. Advokatsamfundet ser positivt på att frågan om skadeståndsansvar uttryckligen regleras i lagen. Advokatsamfundet anser dock, mot bakgrund av att skadeståndsansvaret för överträdelse av EU-rätten är strikt, att den föreslagna bestämmelsens formulering kan ifrågasättas, i vart fall såvitt avser situationer som omfattas av EU-rätten.¹⁸

Särskilda synpunkter rörande förslaget om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

Förslaget i huvuddrag

Utredningen föreslår ett nytt kapitel i lagen om offentlig upphandling, 19 a kap., vilket ska tillämpas på upphandling av sådana sociala tjänster, som anges i förslaget till bilaga 2 A. Förslaget innebär vidare att LOU över huvud taget inte ska vara tillämplig för det fall upphandlingen avser sådana tjänster, som avses i förslaget till bilaga 2 A, under förutsättning att värdet av upphandlingen understiger 750 000 euro, vilket enligt kommissionens meddelande 2015/C 418/01 motsvarar 6 855 225 svenska kronor.

Bestämt gränsöverskridande intresse

Frågan om vad ett ”bestämt gränsöverskridande intresse” består i, är komplicerad. Advokatsamfundet förordar av denna anledning att lagtexten ger vägledning om detta begrepp, så att de upphandlande myndigheter, som har att tillämpa regelverket, har en möjlighet att i vart fall utgå från de relevanta omständigheterna i varje enskilt fall, när de ska bedöma om ett bestämt gränsöverskridande intresse finns.

Något klart och fullständigt svar på vad som avses med ett bestämt gränsöverskridande intresse, kan och bör inte ges i lagtexten. Enligt Advokatsamfundets mening bör dock lagtexten i vart fall återspegla vad som återges i EU-domstolens praxis, enligt vilken frågan om huruvida ett bestämt gränsöverskridande intresse föreligger ska avgöras mot

¹⁸ Se bl.a. EU-domstolens dom i Haim (C-424/97) ECLI:EU:C:2000:357, p. 39.

bakgrund av uppdragets ekonomiska värde, i kombination med det geografiska område där uppdraget ska genomföras eller de tekniska aspekterna av uppdraget, varvid det aktuella upphandlingskontraktets särdrag ska beaktas.¹⁹

Enligt Advokatsamfundets mening kommer det i många fall att finnas ett bestämt gränsöverskridande intresse. Ett sådant bestämt gränsöverskridande intresse anses i vart fall föreligga i de fall där leverantörer i andra medlemsstater kan ha ett intresse av att delta i upphandlingen.²⁰ Det krävs dock inte att leverantörer från andra medlemsstater har tillkännagivit sitt intresse i det enskilda fallet för att det ska anses föreligga ett bestämt gränsöverskridande intresse.²¹ EU-domstolen har i ett mål om direkttilldelning av en tjänstekoncession bl.a. uttalat att det ska röra sig om särskilda omständigheter för att det ska anses rimligt att anta att upphandlingen skulle sakna intresse för leverantörer i andra medlemsstater. En sådan särskild omständighet kan exempelvis vara att kontraktet är av mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende.²²

Advokatsamfundet menar att det kan hållas för sannolikt att kontrakt till ett värde om 750 000 euro betingar ett så högt värde att de ofta kommer attrahera intresse hos utländska aktörer. I det avseendet kan även noteras att det i dag finns ett antal stora kommersiella aktörer på den svenska marknaden inom sektorn för sociala tjänster, vari även finns utländska delägare, investerare och intressenter.

Advokatsamfundet vill även framhålla den risk för korruption och andra oegentligheter, som kan uppkomma om kontrakt till ett så högt värde som utredningen föreslår tillåts tilldelas helt utan lagreglering i fråga om förfarande- och rättsmedelsbestämmelser.

Advokatsamfundet anser vidare att frånvaron av reglering i sig inte skulle underlätta för genomförandet av dessa upphandlingar. En frånvaro av uttryckliga regler som vägledning för upphandlande myndigheter, (inte minst i fråga om vad som menas med bestämt gränsöverskridande intresse), som blir föremål för rättslig talan, kommer sannolikt att medföra en påtaglig osäkerhet om vilket handlingsutrymme som de facto finns i en viss situation.

Frågan bör således, enligt Advokatsamfundets mening, regleras i lag. I annat fall bör regeringen föreslå en lämplig myndighet, som kan få uppdraget att meddela föreskrifter i frågan.

¹⁹ Se bl.a. EU-domstolens dom i förenade målen *Promoimpresa och Mario Melis* (C-458/14 och C-67/15) ECLI:EU:C:2016:558, p. 66; förenade målen *SECAP och Santorso* (C-147/06 och C-148/06) ECLI:EU:C:2008:277, p. 24-25; mål *Tecnoedi Costruzioni* (C-318/15) ECLI:EU:C:2016:747, p. 19-20.

²⁰ Se bl.a. EU-domstolens dom i målen *Kommissionen mot Italien* (C-412/04) ECLI:EU:C:2008:102 samt *Kommissionen mot Irland* (C-507/03) ECLI:EU:C:2007:676.

²¹ Se *Belgacom* (C-221/12) ECLI:EU:C:2013:736, p. 31.

²² Se *Coname* (C-231-01) ECLI:EU:C:2005:487. I vissa fall kan även kontrakt av ringa värde anses vara av ett bestämt gränsöverskridande intresse, se här *SECAP och Santorso* (C-147/06 och C-148/06) ECLI:EU:C:2008:277 p. 31.

Reserverade kontrakt för idéburna organisationer

Utredningen föreslår i 19 a kap. 5 § en möjlighet för upphandlande myndigheter att, under vissa förutsättningar, reservera rätten att delta i en offentlig upphandling av exempelvis hälso- och sjukvårdstjänster och sociala tjänster för organisationer som bl.a. återinvesterar sin vinst i verksamheten.

Advokatsamfundet, som i och för sig inte invänder mot den föreslagna bestämmelsens utformning, ifrågasätter dock om bestämmelsen verkligen generellt sett skulle underlätta för organisationer i den idéburna sektorn. I stället finns det risk för att bestämmelsen endast skulle gynna vissa specifika organisationer, som på skönsmässig grund blir utvalda av upphandlande myndigheter. I syfte att underlätta för den idéburna sektorn och säkerställa att samtliga berörda organisationer får information om kontraktet, borde upphandlande myndigheter inte ges fullständig valfrihet. I stället bör det krävas att tilldelning sker till den idéburna sektorn genom att tjänsterna annonseras och upphandlas. Enligt Advokatsamfundets mening skulle en sådan reglering säkerställa transparens och likabehandling av organisationer samt god hushållning med offentliga medel även i de fall kontrakt reserveras för organisationer inom den idéburna sektorn.

Utredningen bedömer att det inte är möjligt att inom ramen för upphandlingsrätten generellt ställa krav på att endast aktörer utan vinstsyfte ska tilldelas kontrakt. Advokatsamfundet delar denna bedömning.

Upphandlingsförfarandet

Av förslaget till 19 a kap. 6 § framgår att en upphandlande myndighet ska vara fri att organisera förfarandet vid en upphandling. Advokatsamfundet avstyrker utredningens förslag till utformningen av den aktuella bestämmelsen.

Vid en jämförelse med motsvarande bestämmelse i LUK, framgår en betydande skillnad i den handlingsfrihet som aktualiseras för den upphandlande myndigheten. I 6 kap. 1 § LUK anges i stället följande:

”En upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att organisera förfarandet vid upphandling av koncessioner under förutsättning att principerna i 4 kap. 1 § och bestämmelserna i övrigt i denna lag följs.” (understrykning tillagd)

Eftersom den sista delen av den citerade bestämmelsen inte återfinns i förslaget till 19 a kap. 6 § i LOU, anser Advokatsamfundet att det finns påtaglig risk för att denna diskrepans uppfattas som att de grundläggande principerna inte behöver följas vid tillämpning av 19 a kap. LOU. Advokatsamfundet förutsätter att detta inte varit avsikten, och förordar därför att 19 a kap. 6 § i LOU ges en utformning, som motsvarar den som återfinns i 6 kap. 1 § LUK.

Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt

I förslaget till 19 a kap. 23 § i LOU hänvisas till 17 kap. 1-5 §§ LOU. Advokatsamfundet konstaterar dock att det i nuläget inte finns några bestämmelser i 17 kap. 2-5 §§, och att en justering i förslaget i denna del därför är nödvändig.

Uteslutning av leverantörer

Utredningens förslag till 19 a kap. 15 § LOU, innebär att en upphandlande myndighet i en upphandling ska få fastställa objektiva grunder för uteslutning och kvalificering.

Advokatsamfundet avstyrker förslaget i 19 a kap. 5 § LOU och ifrågasätter, mot bakgrund av den ingripande karaktär som en uteslutning har, dels behovet av en så långtgående bestämmelse, dels lämpligheten i att överlämna åt enskilda upphandlande myndigheter att fastställa uteslutningsgrunder utöver de uteslutningsgrunder som framgår av lagen. Enligt Advokatsamfundets mening finns det med en sådan reglering risk både för att olämpliga uteslutningsgrunder tillämpas och för rättsosäkerhet för leverantörer. Advokatsamfundet ställer sig också frågande till vilka ytterligare proportionerliga uteslutningsgrunder som skulle kunna vara aktuella.

Som exempel på situationer som inte omfattas av de befintliga uteslutningsgrunderna, anger utredningen allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något väsentligt krav även i andra avtal än sådana som omfattas av upphandlingslagstiftningen. Enligt Advokatsamfundets mening är dock de befintliga uteslutningsgrunderna, särskilt uteslutning till följd av allvarligt fel i yrkesutövningen, tillräckliga för att adressera en sådan situation. Advokatsamfundet anser att sådant avtalsbrott som utredningen använder som exempel, redan kan omfattas av uteslutningsgrunden ”allvarligt fel i yrkesutövningen”. Enligt Advokatsamfundets mening har utredningen således inte presenterat något exempel på lämpliga uteslutningsgrunder, som inte täcks av de befintliga grunderna.

I den mån behov av ytterligare uteslutningsgrunder finns, vilket Advokatsamfundet ifrågasätter, anser Advokatsamfundet att det bör vara lagstiftaren, inte enskilda upphandlande myndigheter, som bör ta ställning i denna fråga och i lag fastställa ytterligare uteslutningsgrunder.

Rätten till överprövning

År 2015 uppgick andelen bifall i överprövningsmål i förvaltningsrätterna, vilka prövades i sak, till 29 procent, vilket är en hög andel i jämförelse med övriga måltyper i förvaltningsrätt.²³ Detta talar enligt Advokatsamfundets mening för att rättsmedlen i stor utsträckning fyller sitt syfte, nämligen att korrigera felaktigheter i offentliga

²³ Se Upphandlingsmyndighetens rapport 2016:2, Konkurrensverkets rapport 2016:10, Statistik om offentlig upphandling 2016, s 71.

upphandlingar, på ett sätt som inte endast gynnar enskilda leverantörer, utan även rättssäkerheten i offentliga upphandlingar i stort.

Mot denna bakgrund är det förvånande att utredningen genomgående presenterar en negativ bild av överprövningar, och beskriver överprövningsinstitutet som ett problem, utan att närmare beakta de rättssäkerhetsaspekter som är förknippade med det, de bakomliggande skälen till antalet överprövningar eller det faktum att en så stor andel av överprövningsmålen avgörs till sökandens fördel.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Anne Ramberg