

Spring May 6, 2014

Yttrande över remiss av betänkandet Framtidens valfrihetssystem - inom socialtjänsten (SOU 2014:2)

Mirjam Katzin
Titti Mattsson



LUNDS
UNIVERSITET

BESLUT

2014-05-06

Dnr V 2014/396

Socialdepartementet

Rektor

Yttrande över remiss av betänkandet Framtidens valfrihetssystem - inom socialtjänsten (SOU 2014:2)

Ert dnr S2014/420FST

Lunds universitet har anmodats att yttra sig över rubricerad remiss. Universitetet avger härmed följande yttrande som utarbetats av professor Titti Mattsson och doktorand Mirjam Katzin vid juridiska fakulteten.

Utredningen innehåller förslag på ändringar i socialtjänstlagen (2001:453), för att göra valfrihet obligatoriskt i kommunernas hemtjänstverksamhet. Kommunerna får frihet att själva välja omfattningen på valfriheten, det vill säga vilken verksamhet som ska innefattas, samt i vad mån valfriheten ska ske genom upphandling enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) eller enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Förslaget föreslås genomföras tidigast augusti 2016, efter ikraftträdandet av nya EU-direktiv på upphandlingsområdet.

Lunds universitet ställer sig bakom principen om valfrihet, men anser att det finns flera juridiska frågor kring förslaget som inte är tillräckligt utredda, analyserade eller beaktade, vilka utvecklas i det följande.

Förslaget att göra valfrihetssystem obligatoriska för kommunerna innebär ett krav på kommunerna att låta delar av socialtjänstverksamheten utföras av privata utförare. Valfrihetssystemet har införts utan analyser av vad detta innebär för brukarnas rättssäkerhet. Det saknas idag en tydlig rättslig hänvisning till i vilken mån offentligrättslig reglering överförs till privaträttsliga subjekt som utför offentlig verksamhet. Eftersom huvudregeln är att privat verksamhet inte lyder under offentligrättslig reglering måste den privata verksamhet som utförs på offentligt uppdrag styras avtalsvägen. Eftersom rättsliga krav på kvalitet, likabehandling och andra offentligrättsliga värden generellt är allmänt hållna, krävs att dessa preciseras i avtalen och blir möjliga att följa upp för att de ska ha den styrande funktion som önskas. I kommunens upphandlingsavtal kan därför särskilda villkor behöva ställas för att se till att samma krav gäller för den upphandlade verksamheten som på egenregiverksamheten. Riksrevisionen konstaterar i sin granskning av privatiserad äldreomsorg att kunskapen om avtalens konsekvenser och betydelse för styrningen av äldreomsorgens innehåll brister, såväl hos statliga som kommunala aktörer (Statens styrning av kvalitet i privat äldreomsorg, RIR 2008:21). Riksrevisionens granskning av de avtal som kommunerna sluter med privata utförare på äldreomsorgens område visar att det sällan eller aldrig ställs krav på att de privata utförarna ska upprätthålla serviceskyldighet motsvarande förvaltningslagens regler att lämna upplysningar, vägledning och råd till enskilda. Ofta saknas också krav på insyn och skydd för personal som vill slå larm om brister i kvaliteten. När kommunen avtalar med ett

privaträttsligt subjekt om att utföra en offentligfinansierad tjänst (exempelvis hemtjänst) åt en medborgare blir offentligrättsliga värden som kvalitet, likabehandling, transparens och kontroll alltså beroende av hur avtalet mellan kommun och företag har utformats. Lunds universitet menar att detta kan bli ett konkret problem exempelvis i de fall då kommunen inte har avtalat om att listor över klagomål på verksamheten ska kunna offentliggöras på begäran. Då innebär avtalet att brukarens rätt till av kommunen garanterad kvalitet i verksamheten samt medborgarens rätt till insyn hotas eller upphör.

Vidare anser Lunds universitet att det finns en otydlighet på regleringsnivå vad gäller offentligrättsliga reglers tillämplighet då offentlig verksamhet utförs av privaträttsliga subjekt. Detta gäller såväl regeringsformen, förvaltningslagen, socialtjänstlagen och föreskrifter på lägre nivå. Socialstyrelsens föreskrifter har en betydelsefull vägledande funktion för kommunernas socialtjänstverksamhet. När det gäller privatiserad verksamhet är det dock inte alltid tydligt vilka av Socialstyrelsens föreskrifter som gäller direkt mot privata utförare och vilka som enbart gäller kommunen. Socialstyrelsen har inte sammanställt vilka av deras föreskrifter som är tillämpliga för privat verksamhet och det framgår inte heller tydligt av alla enskilda föreskrifter. På samma sätt är det oklart vilken betydelse eventuella kommunala riktlinjer för hemtjänstverksamheten har för de privata utförarna. Detta oklara rättsläge innebär ett rättsligt och demokratiskt hinder för ansvarsutkrävande när offentlig verksamhet överförs till privata utförare.

Det råder vissa oklarheter vad gäller upprätthållandet av kravet på god kvalitet (enligt 3 kap. 3 § SoL) i socialtjänstens verksamhet. Kvalitet inom socialtjänstområdet är ett komplicerat och inte fullt ut definierat begrepp. De kvalitetsmål som ställs upp i socialtjänstlagen är svåra att definiera och framför allt uttryckta som målbestämmelser. Inte desto mindre är det ett rättsligt krav. Förarbetena tillägger att utöver kompetens och resurser bör också sådana ingredienser som rättssäkerhet, den enskildes medinflytande och servicens tillgänglighet ingå i kvalitetsbegreppet, liksom att verksamheten ska präglas av respekt för den enskildes självbestämmande och flexibilitet (Prop. 1996/97:124, Ändring i socialtjänstlagen, s. 51ff). Detta bör gälla såväl i offentlig som i privat verksamhet. Det är inte utrett hur de privata företag som övertar uppgifter inom socialtjänstområdet har att förhålla sig till dessa rättsliga krav. I enlighet med 6 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) har kommunen fortsatt fullt ansvar för verksamheten, oavsett produktionsform. Det saknas dock en bestämmelse om hur dessa målbestämmelsers efterlevnad ska följas upp i privat verksamhet. I den egna verksamheten har kommunen möjlighet att gå in direkt i verksamheten och påverka. I en upphandlad verksamhet krävs istället att kommunen arbetar aktivt med att bevaka kvaliteten, dels genom kontroll och tillsyn, dels genom de förfrågningsunderlag och kontrakt varigenom upphandlingen genomförs. Lunds universitet menar att om kvalitetskraven inte skrivs in i entreprenadavtalen på ett tydligt och sanktionerat sätt, kan kommunen hamna i situationen att den är ansvarig för en verksamhet utan att ha inflytande över kvaliteten i densamma.

Det förblir oklart i vilken utsträckning en extern utförare har ett ansvar att se till att kravet på att insatser enligt socialtjänstlagen ska vara av god kvalitet uppfylls utöver de villkor som ställs upp i avtalen med kommunen och hur eventuella brister sanktioneras utöver de civilrättsliga sanktioner som ett avtal ställer upp. Socialstyrelsens föreskrifter om systematiskt kvalitetsarbete blir inte direkt tillämpliga på privata utförare utan får skrivas in i avtalen. Dessutom behöver implementeringen noggrant följas upp. Om upphandlingskompetensen i

kommunerna skulle vara otillräcklig kan det leda till att kraven på kvalitet i socialtjänstens verksamhet i praktiken inte upprätthålls därför att avtalen med de privata utförarna är bristfälliga.

Det har också framförts kritik mot valfrihetssystemet ur ett jämlikhetsperspektiv, vilket utredningen också behandlar. Fråga är om slutsatserna här beaktas i tillräcklig utsträckning. Lunds universitet menar att valfrihetssystemen kan komma att leda till att resursstarka individer får en kvalitativt bättre äldreomsorg än de som inte förmår välja, samt att vissa grupper kan riskera att bli förlorare i ett kundvalssystem. Kunskapen om effekter på olika sociala grupper är dock fortfarande liten. Med utgångspunkt i socialtjänstlagens målbestämmelser (1 kap. 1 § SoL) om socialtjänstens skyldighet att främja människors jämlikhet i levnadsvillkor behöver eventuella förändringar i regleringen av och tillgången till äldreomsorgen ytterligare analyseras ur ett sådant perspektiv.

Med hänsyn till de ovan nämnda aspekterna anser Lunds universitet att ett obligatorium för valfrihetssystem inte bör föreslås förrän effekterna av valfrihetssystem i socialtjänsten vad gäller kvalitet och jämlikhet tydligare kan ses samt att det systematiska arbetet med upphandling, styr- och ersättningssystem samt kvalitetskontroll har förbättrats.

Det föreligger härutöver några frågetecken rörande utredningsförslagets utformning av detta obligatorium. Det är oklart vad kravet på att införa ett valfrihetssystem egentligen innebär då kommunerna själva får välja omfattning och vilka tjänster som ska infattas. Är kravet exempelvis uppfyllt om enbart fotvården eller någon annan mindre del av hemtjänstverksamheten ges enligt ett valfrihetssystem? Hemtjänsten är inget rättsligt definierat begrepp och om kommunerna ska ha en rättslig skyldighet att införa valfrihetssystem i någon del av hemtjänsten så måste denna skyldighet förtydligas. Utredningens förslag om att valfrihetssystemen ska kunna ges genom flera olika lösningar, genom LOV, LOU eller en kombination, riskerar enligt Lunds universitet att leda tillbaka till det oklara rättsläge som gällde för valfrihetssystem och upphandlingsrätten innan införandet av LOV. Införandet av LOV motiverades delvis av ett behov av att klargöra rättsläget kring upphandlingslagstiftningen på området och det liggande förslaget framstår delvis som en tillbakagång till en otydligare reglering.

Utredningen föreslår att lagändringen ska införas först efter att de nya upphandlingsdirektiven trätt i kraft 2016. De nya upphandlingsdirektiven förväntas ändra rättsläget vad gäller LOV. Vid införandet av LOV bedömdes valfrihetssystem falla under begreppet tjänstekoncessioner i EU-rättslig mening. Då det nya tjänstekoncessionsdirektivet uttrycker att detta inte stämmer bör vidare utredas direktivens implementering i förhållande till LOV innan en utvidgning av valfrihetssystemen sker. Krävs förändrade rutiner kan detta annars komma att leda till merkostnader för kommunerna.

Lunds universitet anser att de demografiska skillnaderna mellan olika delar av landet inte har beaktats tillräckligt. Enligt utredningens beskrivning är det stor skillnad på hur valfrihetssystemen fungerar i glesbygdskommuner jämfört med storstadskommuner vad gäller bland annat antalet utförare. Med väldigt få utförare uppnås inte den situation som är tanken bakom ett valfrihetssystem utan det kan snarare riskera att uppstå en monopolliknande situation. Många glesbygdskommuner har redan idag valt att inte införa valfrihetssystem med

hänvisning till svårigheterna med att få till en välfungerande konkurrenssituation och enbart 25 procent av kommunerna har idag infört valfrihetssystem.

Lunds universitet avstyrker av dessa skäl utredningens förslag.

Beslut

Beslut om att avge detta yttrande har fattats av undertecknad rektor i närvaro av förvaltningschef Susanne Kristensson efter föredragning av utredare Anna Åkesson.



Per Eriksson



Anna Åkesson
(Universitetsledningens kansli)