

Ny Tid

Rapport 15



Ardalan Shekarabi

Vinst och den offentliga tjänstemarknaden

– en rättslig analys

arenaidé

Ardalan Shekarabi

Vinst och den offentliga tjänstemarknaden

– en rättslig analys

Publicerat i oktober 2012

©Författaren och Arena Idé

Bild: Stefan64/Wikimedia Commons

Arena Idé är en del av Arenagruppen
www.arenagruppen.se

Arenagruppen
Drottninggatan 83
111 60 Stockholm
Tel (vx) 08-789 11 60

Ny Tid är ett projekt inom tankesmedjan Arena Idé. Syftet är att befrämja en radikal och progressiv idéutveckling inom olika politikområden. Projektet kommer att söka inspiration från såväl andra länder som de senaste forskarrönen.

Inom projektet kommer vi att publicera rapporter och uppsatser kring en rad frågor och med en bred ansats. Rapporterna kommer att presenteras och diskuteras på offentliga seminarier.

Vinst och den offentliga tjänstemarknaden – en rättslig analys

Inledning	5
Den offentliga marknadens storlek	5
Den EU-rättsliga ramen för offentliga kontrakt	6
Den svenska regleringen av offentliga kontrakt	7
EU och frågan om vinst och välfärdstjänster	10
Vinster i välfärd i svensk lag	12
Exempel från Norge och Spanien	14
Alternativa metoder att hantera vinstfrågan rättsligt	16
Sammanfattning och slutsatser	18
Källor och lästips	20

Inledning

Sverige är ett samhälle där den övervägande delen av välfärdstjänsterna finansieras med skattemedel. Under de senaste två decennierna har dock en växande del av produktionen av dessa tjänster överförts till den privata sektorn genom flera olika politiska reformer. Denna utveckling har skapat en stor marknad där staten och kommuner köper välfärdstjänster av privata företag och organisationer. Dessa köp genomförs genom olika typer av förfaranden, t.ex. upphandling, certifiering inom valfritetssystem eller bidragsanslag till verksamheter. En av de frågor som väckt het politisk debatt och orsakat konflikter mellan och inom de politiska partierna och fackliga organisationerna är hur vinster/överskott som uppstår inom den offentligt finansierade välfärdssektorn ska hanteras.

Denna rapport har till syfte att redovisa en kortfattad rättslig analys av frågan om vinster i välfärden. Både de nationella och EU-rättsliga ramarna kommer att behandlas. Främst kommer de upphandlingsrättsliga aspekterna av frågan att belysas. Vidare kommer olika möjliga metoder att reglera frågan om vinstutdelningar i välfärdsverksamheter att presenteras. I rapporten kommer EU-kommissionens förslag om ny upphandlingslagstiftning inte beröras eftersom förslaget fortfarande inte behandlats färdigt av Europaparlamentet och rådet.

Den offentliga marknadens storlek

Offentliga myndigheter och andra offentligt styrda organ uppskattas upphandla för omkring 480 till 580 miljarder kronor per år.¹ Det totala uppskattade värdet för samtliga upphandlingspliktiga varor och tjänster motsvarar mellan 15,5 och 18,5 procent av BNP. Under år 2010 annonserades sammanlagt 18 755 upphandlingar i svenska annonsdatabaser av fler än tusen olika myndigheter.²

Hela den offentliga marknaden, där även andra offentliga inköp och finansieringar än upphandlingar ingår, uppskattas vara värd 820 miljarder kr.³ Detta motsvarar ungefär en fjärdedel av BNP. Den årliga vinsten i det privata näringslivet på offentliga uppdrag uppskattas till

1 SOU 2011:73 s. 70.

2 Siffror och fakta om offentlig upphandling s. 12.

3 Den offentliga marknaden s. 7.

75–85 miljarder kronor.⁴ Siffran baseras på den genomsnittliga rörelsemarginalen i hela näringslivet under 2007–2009, drygt 10 procent av omsättningen.⁵

Marknaden (för privata aktörer) för de offentliga välfärdstjänsterna uppskattas vara värd 82 miljarder kr.⁶ Här ingår marknaden för skola och barnomsorg som uppskattas till 34 miljarder kr, marknaden för den vård och omsorg som primärkommunerna ansvarar för⁷ som uppskattas till 27 miljarder kr samt marknaden för sjukvård som uppskattas till 21 miljarder kr.

Den EU-rättsliga ramen för offentliga kontrakt

I EU-fördragen finns de bestämmelser som ligger till grund för den EU-rättsliga regleringen av offentliga inköp och upphandlingar. Dessa bestämmelser rör fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital samt etableringsfrihet. Vidare är principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande centrala för den upphandlingsrättsliga regleringen inom EU. De mest relevanta bestämmelserna för den frågeställning som behandlas i denna rapport är principerna om icke-diskriminering och likabehandling samt etableringsfriheten. Icke-diskrimineringsprincipen innebär att all diskriminering på grund av nationalitet är förbjuden inom alla de områden där EU-fördragen är tillämpliga.⁸ Något förenklat kan man säga att denna princip innebär bl.a. att lokala leverantörer inte kan gynnas i förhållande till utländska leverantörer i samband med offentliga upphandlingar. Principen om likabehandling innebär i upphandlingsrättsliga sammanhang att alla anbudsgivare och leverantörer ska behandlas lika och ges samma förutsättningar. Detta innebär bl.a. att det inte är tillåtet att särbehandla små och medelstora företag i samband med offentliga upphandlingar.⁹ Etableringsfriheten innebär rätt att starta och bedriva ekonomisk verksamhet i en annan medlemsstat. Inhemska och utländska leverantörer ska enligt denna princip ha lika förutsättningar för att etablera sig och tillhandahålla tjänster i en medlemsstat.

4 Den offentliga marknaden s. 5.

5 I SCB:s rapport "Finansiärer och utförare inom vård, skola och omsorg 2010" anges att rörelsemarginalen för privatägda företag inom vård, skola och omsorg låg på 10,4 procent under 2010 (s. 22).

6 Den offentliga marknaden s. 23–28.

7 Består av äldreomsorg, funktionshinderomsorg och individ- och familjomsorg.

8 Se Sundstrand s. 37–38.

9 Sundstrand s. 44.

EU har antagit flera direktiv på upphandlingsområdet där man detaljreglerat stora delar av upphandlingsförfarandet och överprövningsfrågorna. Dessa direktiv har därefter införlivats i medlemsstaternas lagstiftningar. Det finns dock två viktiga undantag i förfarandedirektiv 2004/18/EG som får stora konsekvenser när det gäller tilldelningar av offentliga kontrakt gällande välfärdstjänster. För det första är bl.a. hälso- och sjukvård, socialtjänster och utbildning (B-tjänster) i princip undantagna från direktivets tillämpningsområde. Endast ett fåtal av direktivets procedurregler är tillämpliga vid offentliga upphandlingar av B-tjänster.¹⁰ För det andra är även tjänstekoncessioner, d.v.s. kontrakt som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten (t.ex. genom betalning från tredje part), undantagna från direktivets tillämpningsområde.¹¹ Detta innebär dock inte att EU-rätten saknar betydelse vid tilldelning av dessa två typer av kontrakt.

De ovan nämnda fördragsbestämmelserna om fri rörlighet och EU:s allmänna rättsprinciper är tillämpliga även vid tilldelningar av kontrakt gällande B-tjänster om sådana kontrakt har ett bestämt gränsöverskridande intresse.¹² Tilldelning av ett B-tjänstekontrakt har ett bestämt gränsöverskridande intresse om det är av intresse för en leverantör i ett annat EU-land.¹³ Bl.a. kontraktets syfte, föremål, värde och den aktuella marknadens storlek och geografiska läge är intressanta vid en sådan bedömning.

Även vid tjänstekoncessioner är de grundläggande EU-rättsliga principerna tillämpliga.¹⁴ Om kontraktet har mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende blir dock EU-rätten inte tillämplig.

Skulle EU-rätten bli tillämplig vid tilldelning av ett tjänstekontrakt eller tjänstekoncessionskontrakt finns det dock möjlighet att göra undantag från de aktuella fördragsbestämmelserna om det finns ett uttryckligt undantag i fördragen eller om det finns ett

10 Artikel 21 i direktiv 2004/18.

11 Artikel 17 i direktiv 2004/18.

12 Sundstrand s. 135.

13 Sundstrand s. 146.

14 Prop. 2008/09:29 s. 48.

tvingande hänsyn till allmänintresset enligt praxis från EU-domstolen.¹⁵ Sådana undantag kan göras med hänsyn till bl.a. skyddet för människors och djurs hälsa eller allmän ordning och säkerhet.

Sammanfattningsvis innebär detta att tilldelningar av offentliga kontrakt gällande välfärdstjänster i princip inte omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv. Dessa tilldelningar kan dock omfattas av EU:s grundläggande rättsprinciper och bestämmelser om fri rörlighet.

Den svenska regleringen av offentliga kontrakt

Den konstitutionella grunden för privat drift av offentligt finansierade välfärdstjänster finns i regeringsformen. Där stadgas att förvaltningsuppgifter kan överlämnas åt juridiska personer och enskilda individer.¹⁶ Innefattar uppgiften myndighetsutövning, får ett överlämnande göras endast med stöd av lag.

Vidare fastslås i regeringsformen att förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter i sin verksamhet ska beakta allas likhet inför lagen samt iaktta saktlighet och opartiskhet.¹⁷ Av förarbetena till grundlagen framgår att dessa krav även gäller privaträttsliga subjekt när de fullgör förvaltningsuppgifter som har överlämnats till dem.¹⁸ Detta innebär att grundlagens krav på likabehandling vid fullgörande av förvaltningsuppgifter även omfattar privata företag och organisationer som producerar offentligt finansierade välfärdstjänster. Dessa privata utförare har därmed strikta rättsliga krav på sig redan genom grundlagsbestämmelsen.¹⁹

Hur har då själva överlämningen av driften av offentliga välfärdstjänster till privata aktörer reglerats i svensk rätt? Sverige har, i motsats till många andra EU-länder, frivilligt infört detaljerade lagregler även för upphandlingar som undantagits bestämmelserna i EU:s upphandlingsdirektiv.²⁰ Reglerna för dessa upphandlingar påminner om EU-direktivens regler

15 Sundstrand s. 148.

16 RF 12 kap. 4 §.

17 RF 1 kap. 9 §.

18 Prop. 2009/10:80 s. 247.

19 Blomqvist & Rothstein s. 24.

20 Se 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

men det finns även en del skillnader. T.ex. är själva upphandlingsförfarandet, alltså metoden för upphandlingen, reglerat annorlunda. Däremot bygger reglerna om tilldelning av kontrakt på EU-direktivens bestämmelser vilket innebär att endast det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst pris får antas. Vidare har Sverige valt frivilligt att tillämpa EU:s grundläggande rättsprinciper (om bl.a. likabehandling och icke-diskriminering) på samtliga upphandlingar, alltså även upphandlingar av B-tjänster som saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse.²¹

Eftersom offentliga välfärdstjänster inte omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv föreligger inte några EU-rättsliga krav på att tilldelningar av kontrakt gällande sådana tjänster ska ske i ett upphandlingsförfarande. Medlemsstaterna har handlingsutrymme att reglera dessa kontraktstilldelningar som de önskar så länge de generella EU-rättsliga bestämmelserna som nämnts ovan respekteras när de är tillämpliga. I Sverige är upphandlingsformen inte det vanligaste förfarandet vid överlämning av drift av offentliga välfärdstjänster. Inom skolan och förskolan har lagstiftaren valt en bidragsmodell där verksamheter som uppfyller lagens krav blir godkända av staten och får rätt till bidrag till sin verksamhet.²² Inom vård- och omsorgstjänster har lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) införts som ett alternativ till offentlig upphandling. LOV reglerar vad som ska gälla när kommuner och landsting inför valfrihetssystem vilket innebär att valet av utförare av de aktuella välfärdstjänsterna överläts till brukaren. Inom primärvården måste landstingen sedan 2010 organisera primärvården inom ett vårdvalssystem i enlighet med LOV. Enligt LOV ska den upphandlande myndigheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt iaktta principerna om öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet när den tillämpar valfrihetssystem. Därmed gäller EU:s grundläggande rättsprinciper även vid tilldelningar av kontrakt genom LOV.

Sammanfattningsvis kan sägas att när offentligt finansierade välfärdstjänster konkurrensutsätts och produceras av privata aktörer påverkas den svenska regleringen av dessa tjänster av EU-rättens bestämmelser om fri rörlighet och grundläggande rättsprinciper trots att dessa områden inte omfattas av upphandlingsdirektivet och trots att EU i princip saknar befogen-

21 Se 15 kap. 2 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

22 Se skollagen (2010:800).

het inom välfärdsområdena.²³ Dessa EU-rättsliga bestämmelser sätter därmed ramarna för den nationella regleringen av offentliga tjänstekontrakt.

EU och frågan om vinst och välfärdstjänster

Många olika typer av rättsliga frågor väcks när driften av välfärdstjänster överläts till privata företag och organisationer. En central fråga är vad som händer med grundlagsskyddade rättigheter som offentlighetsprincipen och meddelarfriheten när driften av offentliga uppgifter överlämnas till privata subjekt.²⁴ Endast det allmänna är ju bundet av grundlagens rättighetsskydd.²⁵ En annan central fråga är vad offentlig styrning genom avtal innebär för det allmännas möjligheter att kvalitetssäkra välfärdstjänsterna. En ytterligare närliggande fråga är konkurrensutsättningens konsekvenser för målsättningar om likabehandling och likvärdighet i välfärdssystemet.

I politiska sammanhang finns det ofta en koppling mellan debatten om kvalitetssäkring av välfärdstjänster och frågan om vinster i offentliga välfärdsverksamheter. Den kopplingen förekommer sällan i diskussionen om upphandlingar av varor och andra typer av tjänster. Möjligtvis kan detta bero på att det är svårare att mäta kvaliteten i välfärdsverksamheterna.

Frågan om reglering av vinster i offentligt finansierade välfärdsverksamheter har prövats EU-rättsligt i ett fåtal sammanhang. Det mest centrala avgörandet är fallet Sodemare²⁶ från EU-domstolen.²⁷ Målet handlade om en italiensk region (Lombardiet) som i sin regionala lagstiftning hade särskilda villkor om att endast företag utan vinstintresse kunde sluta avtal som medförde ersättning från det allmänna för drift av äldreomsorg.²⁸ Den italienska regeringen hävdade i målet att villkoret om avsaknad av vinstsyfte hade visat sig vara det lämpligaste medlet för att uppnå de uteslutande sociala målsättningarna för äldreomsorgssystemet i fråga. EU-domstolen uttryckte i sitt avgörande att medlemsstaterna kan, inom ramen för sin

23 Se Madell s. 357.

24 Se kommittédirektiv 2012:76 Meddelarskydd för privatanställda i offentligt finansierad verksamhet.

25 Bull s. 351.

26 EU-domstolens avgörande i mål nr C-70/95.

27 Se Bekkedal s. 94 om detta rättsfall.

28 Begreppet "socialvård av hälsovårdskaraktär" användes. Begreppet beskrev "intagning för vård under skyddade former, vars huvudsakliga eller enda verksamhet är omvårdnad av äldre vårdbehövande personer som inte kan vårdas i hemmet".

behörighet att utforma ett socialt trygghetssystem, ställa krav på att privata aktörer som ska utföra offentligt finansierade socialvårdstjänster ska verka utan vinstsyfte. Vidare konstaterade domstolen att det aktuella villkoret inte kunde anses försätta bolag med vinstsyfte från andra medlemsstater i en situation som var mindre gynnsam än den situation som gällde för bolag med vinstsyfte i Italien. Domstolen ansåg därmed att villkoret om avsaknad av vinstsyfte var förenligt med EU-rättens bestämmelser. En aspekt som dock inte behandlades i avgörandet är om hanteringen av eventuellt överskott i den aktuella verksamheten påverkar den EU-rättsliga bedömningen. Det är oklart om det spelar någon roll om villkoret innebär att överskottet måste återinvesteras i den aktuella verksamheten eller överskottet tillåts överföras till annan verksamhet som företaget utan vinstsyfte bedriver.²⁹

EFTA:s³⁰ övervakningsorgan (motsvarar EU-kommissionen) har i ett beslut som delvis bygger på EU-domstolens praxis i Sodemare-målet behandlat frågan om villkor angående avsaknad av vinstsyfte vid offentliga inköp av välfärdstjänster i Norge.³¹ Med anledning av EES-avtalet³² är EU:s bestämmelser om fri rörlighet, grundläggande rättsprinciper och upphandlingslagstiftning tillämpliga även i Norge. Ärendet handlade om villkor om exkludering av företag med vinstsyfte i samband med upphandlingar av barnomsorg och andra välfärdstjänster som genomfördes av det norska Barne-, ungdoms- och familiedirektoratet och Oslo kommun. EFTA:s övervakningsorgan konstaterade inledningsvis att de aktuella tjänsterna visserligen inte omfattades av EU:s upphandlingsdirektiv men att de hade, p.g.a. bl.a. kontraktens storlek, gränsöverskridande intresse och omfattades därmed av de grundläggande principerna i EES-rätten (och därmed EU-rätten). Därefter upprepade övervakningsorganet EU-domstolens resonemang i Sodemare-domen och drog slutsatsen att de aktuella villkoren inte begränsade etableringsfriheten enligt EU-rätten. Avslutningsvis berörde övervakningsorganet frågan om de aktuella villkorens förenlighet med likabehandlingsprincipen. Övervakningsorganet menade att likabehandlingsprincipen inte kunde, med hänsyn till EU-domstolens ställningstagande i Sodemare-målet, innebära ett krav på att behandla kommersiella leverantörer på ett likvärdigt sätt som leverantörer utan vinstsyfte och att den

29 Se Perspektiv 02/08 s. 12.

30 Europeiska frihandelssammanslutningen där Island, Liechtenstein, Norge och Schweiz ingår.

31 EFTA Surveillance Authority Decision of 21 June 2010, case number 66111 and 66744.

32 Associeringsavtalet Europeiska ekonomiska samarbetsområdet.

aktuella skillnaden i behandling mellan leverantörerna baserades på objektiva kriterier. Mot den bakgrunden beslutade EFTA:s övervakningsorgan att inte vidta några åtgärder mot Norge med anledning av de aktuella upphandlingsvillkoren.

Av redovisad praxis framgår att mycket talar för att det finns möjligheter enligt EU-rätten att ställa villkor om avsaknad av vinstsyfte i samband med offentliga upphandlingar och köp av välfärdstjänster. Sådana villkor måste dock formuleras på ett sådant sätt så att EU:s grundläggande rättsprinciper, däribland icke-diskrimineringsprincipen, respekteras. Detta innebär bl.a. att utländska aktörer utan vinstsyfte inte får missgynnas i förhållande till inhemska aktörer utan vinstsyfte.

Vinster i välfärd i svensk lag

Upphandlingskommittén 2001 (SOU 2001:31) ansåg att det fanns ett behov att ge utrymme till kommuner och landsting att gynna leverantörer utan vinstsyfte vid upphandlingar av hälso- och sjukvårdstjänster och socialtjänster.³³ Dessa leverantörer ansågs i regel ha mycket svårt att hävda sig om de utsätts för konkurrens från kommersiella aktörer. Kommittén föreslog att följande bestämmelse skulle tas in i den dåvarande lagen om offentlig upphandling:

”Vid upphandling av tjänster avseende hälso- och sjukvård eller socialtjänst får den upphandlande enheten uppställa som krav att utförandet av tjänsten endast får överlämnas till ett bolag, en förening, en stiftelse eller annan som driver verksamheten utan syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressent.”

Kommittén ansåg att denna positiva särbehandling av leverantörer utan vinstsyfte endast borde tillåtas inom de nämnda verksamhetsområdena. Bestämmelsen bedömdes vara förenlig med EU-rätten. Leverantörer utan vinstsyfte skulle enligt kommittén bedriva sin verksamhet enligt en självkostnadsprincip. Ett eventuellt överskott skulle återinvesteras i verksamheten, t.ex. genom köp av utrustning eller utveckling av personalens kompetens, eller fonderas för framtiden. Det skulle enligt kommittén åligga den upphandlande enheten att

33 SOU 2001:31 s. 329.

”på lämpligt sätt försäkra sig om att den tilltänkte verksamhetsutövaren inte avser att tillgodogöra sig någon vinst”. Enligt kommittén fanns det risk för att företag skulle försöka kringgå vinstregeln genom att t.ex. lämna koncernbidrag till ett annat företag i samma koncern eller betala överpriser för prestationer utförda av sådana företag. Detta skulle förhindras genom bl.a. kontroll av innehållet i företagets bolagsordning samt reglering av vinstfrågan i kontraktet mellan parterna.

Upphandlingskommitténs förslag ledde inte till någon lagändring. I den efterföljande propositionen ansåg regeringen att kommitténs förslag skulle anstå i avvaktan på resultatet av de tillsatta utredningarna om medborgerligt inflytande vid förändringar av ägar- eller driftsformer inom vården samt om aktiebolag med begränsad vinstutdelning.³⁴ Den förstnämnda utredningen (SOU 2003:23) ledde så småningom till de ändringar i hälso- och sjukvårdslagen som trädde i kraft 2006 och som bl.a. innebar att samtliga landsting tvingades driva minst ett sjukhus i egen regi och som förbjöd överlåtelse av driften av offentligt finansierad sjukvård vid sjukhus till företag med vinstsyfte (den s.k. stopplagen).³⁵ Dessa regler avskaffades efter regeringsskiftet 2006. Den andra utredningen (SOU 2003:98) resulterade i att en ny form av aktiebolag, aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning, infördes 2006.³⁶ Syftet var att skapa en associationsform som var skräddarsydd för offentligt finansierad välfärdsverksamhet som drivs av privata aktörer utan vinstsyfte. Denna företagsform ska säkerställa att vinsten huvudsakligen stannar kvar i företaget. Reglerna är utformade så att upparbetade överskott i huvudsak ska användas till att utveckla verksamheten i stället för att bereda aktieägarna vinst.³⁷ Endast en begränsad vinstutdelning får ske. Detta garanteras genom bl.a. regler om särskild revisorsgranskning och tvångslikvidation vid vinstutdelning eller annan överföring som strider mot bestämmelserna. Även om införandet av reglerna om aktiebolag med begränsad vinstutdelning syftade till skapa förutsättningar för kommuner och landsting att överlåta driften av offentliga välfärdstjänster

34 Prop. 2001/02:142 s. 85.

35 Se Prop. 2004/05:145.

36 Se Prop. 2004/05:178.

37 Se 32 kap. i aktiebolagslagen (2005:551).

till aktörer utan vinstintresse har denna företagsform kommit att användas ytterst sällan. Orsaken till detta har inte utretts.³⁸

Sammanfattningsvis kan konstateras att frågan om vinstutdelningar vid privat drift av offentligt finansierade välfärdstjänster inte regleras särskilt i svensk lagstiftning. Däremot har lagstiftaren skapat en företagsform som är särskilt anpassad för sådan verksamhet som inte drivs i vinstsyfte.

Exempel från Norge och Spanien

Som det framgår av det ovan beskrivna beslutet från EFTA:s övervakningsorgan har frågan om villkor angående vinster i offentligt finansierad barnomsorg varit aktuell i Norge. Godkända icke-kommunala förskolor har i Norge rätt till ekonomiskt stöd från det allmänna och ska behandlas på ett likvärdigt sätt i förhållande till kommunala förskolor vid tilldelning av offentliga medel. I den nuvarande regleringen har dock kommuner möjlighet att reducera ersättningen till icke-kommunala förskolor vid orimliga vinstutdelningar enligt följande bestämmelse:

”Kommunen kan redusere det kommunale tilskuddet dersom barnehagen foregående regnskapsår hadde vesentlig lavere bemanning eller lønnskostnader per årsverk enn det som er vanlig i tilsvarende kommunale barnehager og eier av barnehagen hadde avsatt urimelig utbytte eller tatt ut urimelig godtgjørelse for egen eller nærståendes arbeidsinnsats i barnehagen. Med urimelig utbytte og arbeidsgodtgjørelse menes at normal kompensasjon for arbeid og kapitalinnsats i barnehagen overstiges. Reduksjonen i det kommunale tilskuddet skal stå i forhold til den kostnadsbesparelsen barnehagen har, jf. første ledd.”³⁹

Det krävs relativt mycket för att en kommun ska få reducera det ekonomiska stödet till icke-kommunala förskolor som delar ut orimliga vinster. Både rekvisiten om väsentligt lägre bemanning/personalkostnader och orimlig utdelning av vinster måste vara uppfyllda för att

³⁸ Se Linderyd, Ardin och Rickne s. 99.

³⁹ 6 § i forskrift om likeverdig behandling ved tildeling av offentlige tilskudd til ikkekommunale barnehager, Fastsatt ved kongelig resolusjon 29. oktober 2010 med hjemmel i lov 17. juni 2005 nr. 64 om barnehager § 14 tredje ledd. Fremmet av Kunnskapsdepartementet.

ett beslut om reduktion ska kunna fattas. Få norska kommuner har hittills använt sig av denna bestämmelse.⁴⁰

Den 1 januari 2013 börjar nya regler om vinstutdelning i offentligt finansierad barnomsorg att gälla i Norge. Målet med dessa regler är att garantera att offentliga tillskott och barnomsorgsavgifter till icke-kommunala förskolor ska komma barnen till del. Kommunerna ges möjlighet att vidta ekonomiska och förvaltningsrättsliga sanktioner mot de privata aktörer inom barnomsorgen som inte använder offentliga verksamhetsbidrag och barnomsorgsavgifter i enlighet med de intentioner som fastslås i lagstiftningen.

En del remissinstanser framförde i beredningsprocessen att ett vinstutdelningsförbud för icke-kommunala förskolor borde införas.⁴¹ Den norska regeringen valde dock en annan väg och ansåg att icke-kommunala förskolor borde ges möjlighet att dela ut rimligt överskott från verksamheten om ett antal kriterier var uppfyllda. Den nya bestämmelsen som börjar gälla den 1 januari 2013 har följande lydelse:

Offentlige tilskudd og foreldrebetaling skal komme barna i barnehagen til gode. Barnehagen kan ha et rimelig årsresultat. Dette innebærer at følgende vilkår må være oppfylt:

- a) barnehagen kan bare belastes kostnader som direkte vedrører godkjent drift av barnehagen,*
- b) barnehagen kan ikke overfor eier eller eiers nærstående eller selskap i samme konsern som eier foreta transaksjoner og belastes kostnader på vilkår eller med beløp som avviker fra eller overstiger det som ville vært fastsatt mellom uavhengige parter, og*
- c) barnehagen kan ikke ha vesentlig lavere personalkostnad per heltidsplass enn det som er vanlig i tilsvarende kommunale barnehager.*

Vidare införs ett krav på att förskolor ska dokumentera att offentliga tillskott och barnomsorgsavgifter används i enlighet med de villkor som anges ovan. Genom punkterna a) och b) vill norska regeringen begränsa möjligheterna för förskolorna att kringgå kraven i lagstiftningen genom att lämna koncernbidrag eller betala överpriser för varor och tjänster som

40 Prop. 98L s. 12.

41 Prop. 98L s. 23.

köps av närstående företag. Om villkoren i punkterna a), b) och c) är uppfyllda anses årsresultatet vara "rimligt" och den icke-kommunala förskolan kan därmed disponera över ett eventuellt positivt resultat som den vill. Genom dessa lagändringar vill norska regeringen säkra kvaliteten inom den icke-kommunala barnomsorgen utan att införa ett förbud mot vinstutdelning. Det är värt att här nämna att ett förbud mot vinstutdelning finns för norska fristående skolor (på grundskole- och gymnasienivå).⁴²

Ett exempel där frågan om vinstutdelning reglerats på ett annat sätt än i den norska barnomsorgen är vid driften av hälso- och sjukvården i Alzira sjukvårdsdistrikt i den spanska regionen Valencia (som styrs sedan länge av högerpartiet Partido Popular).⁴³ I sjukvårdsregionen Alzira fanns inget befintligt sjukhus. Efter en offentlig upphandling fick ett privat konsortium i uppdrag att inom ramen för offentlig-privat samverkan bygga och driva ett sjukhus. Regionen Valencia utsåg en särskild kommissionär med ansvar bl.a. att övervaka kontraktets genomförande, bevaka kvalitetsfrågor och hantera klagomål från brukare. Frågan om vinster reglerades särskilt i kontraktet där ett tak på vinstutdelning infördes. Taket motsvarade 7,5 % i internränta, d.v.s. investeringens procentuella avkastning. Eventuellt överskridande överskott måste enligt kontraktet återinvesteras i verksamheten. Här har alltså frågan om vinstutdelning reglerats i kontraktet och inte i lagstiftningen.

Alternativa metoder att hantera vinstfrågan rättsligt

Som det framgår ovan kan frågan om vinstutdelning vid privat drift av offentliga välfärdstjänster regleras på olika sätt. EU-rätten utgör inte ett hinder för reglering av vinstfrågan så länge en sådan reglering inte strider mot de allmänna rättsprinciperna. Om målet för regleringen av vinstutdelningar är säkerställandet av kvaliteten i verksamheten kan åtminstone tre alternativa metoder utkristalliseras. Nedan presenteras dessa metoder samt deras för- och nackdelar.

Alternativ a): Frågan om vinstutdelning regleras inte särskilt i lagstiftning eller kontrakt. I stället ställs höga krav på kvalitet i verksamheten. Detta förutsätter att kvaliteten definieras tydligt och att modeller för noggrann uppföljning tas fram. Dessutom bör tydliga sanktions-

⁴² Se kap. 6 i lov om private skolar med rett til statstilskot (privatskolelova).

⁴³ Se Acerete, Stafford och Stapleton.

möjligheter mot leverantörer som inte uppnår kvalitetsmålen införs. Genom att ställa höga och mätbara kvalitetskrav kan man minska riskerna för utdelning av övervinster genom försämrad kvalitet.

För- och nackdelar: Denna modell kräver ingen lagändring. Redan etablerade privata aktörer kan fortsätta att driva sina verksamheter. Modellen kräver dock att kvaliteten definieras tydligt och på ett mätbart sätt, något som ibland kan vara svårt inom välfärdsverksamheterna. Dessutom minskar flexibiliteten och handlingsutrymmet i verksamheten när kontraktsvillkor om kvalitet blir mer detaljerade. Säkerställandet av kvalitet genom avtalsstyrning kräver tydlig och systematisk kontroll och uppföljning. Detta kan innebära att kostnaderna för uppföljningsverksamheten kan komma att öka markant, något som minskar den samhällsekonomiska vinsten med konkurrensutsättning av offentliga verksamheter. Användandet av sanktioner mot aktörer som inte uppfyller kvalitetsmålen kan försätta dessa i en ohållbar ekonomisk situation eller i värsta fall leda till att verksamheten tvingas stängas ned. Detta kräver att upphandlande myndigheten eller andra leverantörer har en överkapacitet så att alla brukare kan garanteras tillgång till de aktuella tjänsterna. Det innebär ökade kostnader.

Alternativ b): Frågan om vinstutdelning regleras antingen i lagstiftningen (som inom den norska barnomsorgen) eller i de offentliga kontrakten (som i Alziramodellen). Något förbud mot vinstutdelning införs inte. Däremot uppställs särskilda kriterier och/eller tak för vinstutdelning. Dessa begränsningsregler har till syfte att tillåta vinstutdelning först efter det att kvaliteten har säkrats.

För- och nackdelar: Denna modell tillåter existerande aktörer med vinstsyfte att även fortsättningsvis vara verksamma inom den offentligt finansierade välfärdssektorn. Med modellen behåller det allmänna möjligheten att locka privat kapital till investeringar i den offentliga välfärdssektorn. Samtidigt finns med denna modell möjlighet att införa relativt effektfulla åtgärder mot utdelning av övervinster. Erfarenheter från andra länder kan användas. Modellen kräver dock detaljerade regler angående begränsningar av transaktioner, ägarbyte m.m. för att förhindra att företag får möjlighet att kringgå vinstutdelningsbegränsningarna. Detta kräver en omfattande och kostsam revisions- och kontroll-

verksamhet. Det kan dessutom vara juridiskt komplicerat att formulera relevanta och effektiva kriterier för tillåten vinstutdelning, t.ex. är det oklart om villkoret angående personalkostnader inom den norska barnomsorgen är det bästa sättet att säkra kvaliteten.

Alternativ c): Ett förbud mot vinstutdelning införs i lagstiftningen eller i de offentliga kontrakten. Detta förbud kan införas genom två olika metoder: antingen genom att bestämmelse/avtalsvillkor om förbud mot vinstutdelning införs eller att reglerna utformas så att endast företag eller organisationer som saknar vinstsyfte får tilldelas kontrakten. Syftet med en sådan reglering är att säkra kvaliteten genom att eliminera vinsten som drivkraft.

För- och nackdelar: Modellen är tydlig och förekommer i andra länder. Det är lättare att begränsa företagens möjligheter att kringgå regelverket än i alternativ b) om associationsformer med vinstsyfte exkluderas helt. Incitamentet att försämma kvaliteten för att ta ut övertjänster tas bort helt. Majoriteten av de existerande privata aktörerna i den offentliga välfärdssektorn har dock vinstsyfte i dag och skulle tvingas att välja mellan ändring av verksamhetens syfte och nedläggning av verksamheten om denna modell införs. Det blir svårt att locka privat kapital till investeringar i välfärdssektorn. Det är oklart om existerande ideella aktörer i välfärdsmarknaden är intresserade av att kraftigt expandera sina verksamheter.

Sammanfattning och slutsatser

De offentliga inköpen av välfärdstjänster omfattas i princip inte av reglerna i EU:s upphandlingsdirektiv. Däremot kan EU:s generella rättsprinciper och regler om den fria rörligheten vara tillämpliga. Dessa EU-rättsliga bestämmelser sätter därmed ramarna för den nationella regleringen av offentliga kontrakt inom välfärdssektorn. Sverige har dessutom överimplementerat EU:s upphandlingsdirektiv och detaljreglerat även upphandlingar av välfärdstjänster.

Av EU-domstolens praxis framgår att det finns möjligheter enligt EU-rätten att ställa villkor om avsaknad av vinstsyfte i samband med offentliga inköp av välfärdstjänster. Sådana villkor måste dock formuleras på ett sådant sätt att EU:s allmänna rättsprinciper, däribland icke-diskrimineringsprincipen, respekteras. Detta innebär bl.a. att utländska aktörer utan vinstsyfte inte får missgynnas i förhållande till inhemska aktörer utan vinstsyfte.

I flera europeiska länder har frågan om reglering av vinster i välfärdsverksamheter varit aktuell. I Norge införs ny nationell vinstutdelningsbegränsande lagstiftning inom barnomsorgssektorn från 2013. Denna lagstiftning förbjuder inte vinstutdelningar för enskilda förskolor utan stadgar att sådana verksamheter har rätt till ett rimligt årsresultat. För att förskolans årsresultat ska anses vara rimligt (och därmed möjligt att utdela till ägarna) får enskilda förskolor bl.a. inte ha väsentligt lägre personalkostnader än motsvarande kommunala förskolor. I Valenciaregionen i Spanien har vinstutdelning i offentligt finansierad sjukvård reglerats på ett annat sätt. I Alzira sjukvårdsdistrikt där ett privat konsortium driver sjukvården, har frågan reglerats särskilt i kontraktet där ett procentuellt tak på vinstutdelningar införts.

Det finns åtminstone tre alternativa metoder att hantera vinstfrågan i välfärdsverksamheterna. Det är stora skillnader mellan de olika välfärdstjänsterna och samma modell behöver inte användas i alla verksamhetstyper. En möjlig lösning är att blanda dessa modeller. Detta skulle kunna innebära att följande handlingsplan för säkerställande av kvaliteten i välfärdstjänsterna presenteras. Tydliga och mätbara kvalitetskrav införs i kontrakten. Uppföljningsverksamheten förbättras avsevärt och förenas med sanktionsmöjligheter. Dessutom införs tak och/eller särskilda villkor för vinstutdelning i de verksamhetstyper med störst behov av kvalitetsstyrning. Och slutligen införs möjlighet för kommuner och landsting att ställa krav om avsaknad av vinstsyfte vid upphandlingar av välfärdstjänster där man vill gynna ideella aktörer.

Utöver frågan om reglering av vinstutdelningar finns flera andra relevanta rättsliga frågeställningar vid privat drift av välfärdstjänster. Här kan grundlagsskyddade rättigheters tillämplighet, etablerings- och ersättningsmodellens utformning, lagstiftningens konsekvenser för likvärdighet i välfärden och skatterättsliga aspekter av vinstutdelningar nämnas som exempel.

Källor och lästips

Propositioner och statliga utredningar

Proposition 2009/10:80 En reformerad grundlag

Proposition 2008/09:29 Lag om valfrihetssystem

Proposition 2004/05:178 Aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning

Proposition 2004/05:145 Driftsformer för offentligt finansierade sjukhus

Proposition 2001/02:142 Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.

SOU 2011:73 På jakt efter den goda affären - analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen

SOU 2001:31 Mera värde för pengarna

Litteratur om offentliga upphandlingar och offentliga marknaden

Blomqvist, A & Rothstein, B, Välfärdsstatens nya ansikte, Agora 2000

Bull, T, Föreskrift eller förhandling? Avtalet som styrmedel – ett konstitutionellt perspektiv, Nordiskt Administrativt Tidskrift 4/2003, s 341-361

Linderyd, A, Ardin, A & Rickne, J, Välfärd bortom staten och kapitalet, Sektor 3 2012

Madell, T, Sic transit gloria mundi? Sverige, EU och konkurrensutsättning av välfärdstjänster. I Utblick och inblick. Vänbok till Claes Sandgren, Iustus Förlag, 2012, s 345-358

Sundstrand, A, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure 2012 (akademisk avhandling)

Litteratur om statistik

Den offentliga marknaden, Dagens Samhälle Research 2011

Finansiärer och utförare inom vården, skolan och omsorgen, Statistiska centralbyrån 2012

Siffror och fakta om offentlig upphandling, Rapport 2012:3, Konkurrensverket 2012

Litteratur och källor från Norge

Bekkedal, T, Tjenester av allmenn interesse fra et europeisk versus et norsk perspektiv. I: Den nordiska välfärden och marknaden. Madell T, Bekkedal, T & Neergaard, U (red), Iustus Förlag 2011

Proposisjon 98 L, Endringer i barnehageloven (tilskudd og foreldrebetaling i ikke-kommunale barnehager)

Barnevern og EØS, Perspektiv 02/08, Stortingets utredningsseksjon 2008

Litteratur om Alziramodellen

Acerete, B, Stafford, A & Stapleton, P, Spanish healthcare Public Private Partnership: the “Alzira model”. I Critical Perspectives on Accounting Volume 22, Issue 6, 2011, s. 533–549