

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625; 114 86 STOCKHOLM; tel: 08-545 03 810; e-post:kko@dnv.se

Socialdepartementet

Remissyttrande R 17-01
2017-02-20

Dnr. S2016/06178/FS

Yttrande med anledning av betänkandet SOU 2016:62, Ökad insyn i välfärden

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp inom Stiftelsen Den Nya Velfärden. Kommissionen uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är tidigare stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderöth. Övriga ledamöter är tidigare hovrättsrådet Per Eklund, civilekonomen Patrik Engellau, professorn i handelsrätt Erik Nerep, tidigare ställföreträdande generaldirektören vid Konkurrensverket Lennart Göranson samt juristen och experten på konkurrensfrågor Lennart Palm.

Konkurrenskommissionen har sedan inrättandet 1994 utrett och bedömt mer än 700 ärenden avseende frågor om offentlig och annan upphandling. Konkurrenskommissionen brukar även lämna yttranden i lagstiftningsfrågor.

SAMMANFATTNING

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget att införa offentlighetsprincipen för privata aktörer inom välfärden. Förslaget medför betydande kostnader och administrativa bördor för företagen till tvivelaktig nytta för allmänheten. Det finns i dagsläget en adekvat reglering för att säkerställa allmänhetens insyn i den offentligt finansierade verksamheten.

Konkurrenskommissionen förordar att begreppet ”*offentligt finansierad verksamhet*” förtydligas då det riskerar att medföra betydande tillämpningsproblem för blandade verksamheter. Det finns i sådana fall ett antal tveksamheter kring vilken verksamhet handlingar eller anställda ska tillhöra på sätt som riskerar medföra tolknings- och tillämpningsproblematik. Detta medför ytterligare administrativa bördor för de privata aktörerna och även för i första hand kammarrätterna som ytterst kommer få att bedöma dessa och dylika frågor.

Vidare förordar kommissionen att skaderekvisiten i 19 kap. 6 och 7 §§ offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) OSL förtydligas på ett sådant sätt att sekretess föreligger även för uppgifter som riskerar att skada privata aktörer inom offentligt finansierad verksamhet.

YTTRANDE

1. Grundläggande utgångspunkter

Offentlighetsprincipen utgör en grundlagsskyddad rättighet för allmänheten att utöva insyn i den verksamhet som stat och kommun bedriver. Regleringen syftar till att säkerställa effektiv användning av allmänna medel samt att motverka korruption och slöseri med offentliga medel. Offentlighetsprincipen utgör således en grundbult för medborgarkontroll och insyn vid granskning av myndigheter. Någon motsvarande reglering för insyn i privata företag har inte ansetts behövlig. Betänkandets förslag medför ett avsteg från den tidigare ordningen och riskerar medföra betydande konsekvenser och ökad administrativ börda för privata aktörer. Det finns även en möjlighet att konkurrensen mellan företag påverkas i den mån förslaget utnyttjas i ond tro, till exempel genom upprepade begäran om allmänna handlingar från ett konkurrerande företag.

Remissyttrandet följer den begreppsbildning som utredningen etablerar i kapitel 6.1 Således åsyftas med begreppet ”*privat aktör*” de privaträttsliga subjekt som bedriver offentligt finansierad vård, skola och omsorg.

Privata företag har till sin natur en annan organisation och verksamhet än en myndighet eller ett offentligt organ. En skattefinansierad myndighet har en helt annan stabilitet och gör andra ekonomiska överväganden än ett privat företag, som är intäktgrundat. En myndighet har även en organisation som är utformad för de särskilda förvaltningsrättsliga krav som ställs i till exempel förvaltningslagen (1986:233). Offentlighetsprincipens krav på en organisation får därmed, mot bakgrund av redan existerande krav på öppethållande, serviceskyldighet och registrering av handlingar, ses som mindre betungande för en myndighet. Trots detta finns det en utförlig praxis från JO som visar på myndigheters misskötsel i frågan.

Offentlighetsprincipen, inte minst kravet på skyndsam hantering av en begäran om tillgång till en allmän handling, riskerar emellertid att få betydande konsekvenser för privata aktörer. Förslaget ställer stora krav på beredskap för administration, organisation och investeringar för aktörer inom berörda områden. Privata aktörer är idag inte nödvändigtvis organiserade för att hantera den stora mängd dokument som kan uppstå och saknar den ekonomiska säkerhet som en skattefinansierad myndighet åtnjuter. En privat aktör riskerar stora kostnader för att kunna fortsätta driva verksamhet inom de berörda områdena – se SOU 2013:53 s. 41. För de aktörer som verkar på upphandlingspliktiga marknader finns ytterligare osäkerhet i de förnyade konkurrensutsättningarna som resulterar i kortare garanterade avtalstider. Förslaget riskerar att slå ut mindre aktörer från marknaden, och därmed medföra konkurrensbegränsande effekt samt minska mångfalden av leverantörer.

Utredningen anför vidare att det finns ett ökat behov av insyn i privata aktörer som bedriver en verksamhet vilken normalt utförs av kommuner och landsting. Utredningens förslag innebär dock en till synes omotiverad särbehandling av välfärdssektorerna i förhållande till exempelvis insamling och transport av kommunalt hushållsavfall. En sådan verksamhet utförs även den normalt av kommuner men är inte föremål för offentlighetsprincipen i den mån verksamheten uppdras till ett privat företag.

2. Införande av offentlighetsprincipen

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget att införa offentlighetsprincipen för privata aktörer. Betänkandets kostnadsbedömningar framstår som oklara, spekulativa och motsägelsefulla, samt skiljer sig markant från det utredningsbetänkande, SOU 2013:53, som tidigare framlagts. Förslaget riskerar att medföra betydande kostnader för privata aktörer till relativt begränsad nytta för allmänheten. De berörda områdena är redan nu strikt reglerade och föremål för insyn av såväl uppdragsgivare som tillsynsmyndigheter. Vidare finns det en möjlighet för allmänheten att få insyn i verksamheten – jfr. bl.a. 3 kap. 19 a § kommunallagen (1991:900). Allmänhetens behov av reglering för insyn i privata aktörer får således anses tillgodosett.

Konkurrenskommissionen förordar att begreppet ”*offentligt finansierad verksamhet*” förtydligas. Med ”*offentligt finansierad verksamhet*” ska enligt betänkandet förstås att en privat aktör som är en enskild juridisk person får ett direkt stöd eller betalning för att driva viss verksamhet. Detta gäller även verksamheter som endast periodvis eller delvis är finansierade av offentliga medel. I förekommande fall är det endast den verksamhet som är offentligt finansierad som föreslås omfattas av offentlighetsprincipen.

För privata aktörer som bedriver en blandad verksamhet, och således befattar sig med såväl offentligt finansierad som privat verksamhet, uppstår en betydande tillämpningsproblematik. Av betänkandet framgår inte vad som åsyftas med att en handling *hör* till den offentligt finansierade verksamheten. Det är oklart huruvida bedömningen ska göras utifrån vilken verksamhet handlingen upprättats vid, eller inkommit till, eller om det är handlingens innehåll som åsyftas. Det är även oklart till vilken verksamhet som företagsövergripande dokument, exempelvis handlingar om organisations- eller ekonomistyrning, ska anses höra. Otydligheterna i lagstiftningen försvårar hanteringen och riskerar, tillsammans med kravet på snabb handläggning att medföra en betydande ökning av den administrativa bördan för privata aktörer.

3. Undantag från offentlighetsprincipens tillämpning

Konkurrenskommissionen tillstyrker de föreslagna undantagen. Den ovan nämnda administrativa bördan riskerar att slå extra hårt mot företag. Det är därför välkommet att i vart fall fysiska personer undantas från lagstiftningen.

4. Meddelarskydd ska införas

Konkurrenskommissionen tillstyrker förslaget om att även personal i offentligt finansierad verksamhet ska omfattas av meddelarskydd. Det förefaller rimligt att anställda hos privata aktörer ska ha samma möjlighet som offentligt anställda att larma om missförhållanden i verksamheten.

Konkurrenskommissionen förordar dock att det i lagtexten förtydligas vad som i nu aktuellt avseende omfattas av meddelarskydd. Den gränsdragningsproblematik som tidigare redovisats kring begreppet offentligt finansierad verksamhet aktualiseras även i detta avseende. Det är därför oklart om och i vilka fall samt på vilket sätt en anställd ska omfattas av meddelarskyddet och vilka uppgifter som omfattas.

Exempelvis har förslaget till ändring av 13 kap 2 § OSL en motsägelsefull eller vilseledande utformning, då det å ena sidan anges en rätt att lämna uppgifter i vilka ämnen som helst för offentliggörande, samtidigt som, å den andra sidan, betänkandet anger att uppgifter som faller utanför den offentligt finansierande verksamheten inte ska omfattas av meddelarskyddet. Detta riskerar att medföra en osäkerhet om skyddets omfattning som kan medföra betydande problem vid senare tillämpning.

Privata aktörer, särskilt sådana som bedriver blandad verksamhet, kan ha legitima affärshemligheter som behöver skyddas från otillbörlig insyn och spridning. Det är mot denna bakgrund betydelsefullt att meddelarfrihetens gränser relativt den straffsanktionerade reglering som följer av bland annat lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter och det s.k. efterforskningsförbudet i 3 kap. 3 - 4 § tryckfrihetsförordningen, tydligt klarläggs.

5. Sekretessfrågor

I betänkandet föreslås att 19 kap. OSL ska göras tillämpligt även för privata aktörer och att det därigenom utgör ett tillräckligt skydd för privata aktörers ekonomiska förhållanden. Vid beaktande av sekretess i förhållande till fackliga förhållanden m.m. kan det dock konstateras att skaderekvisiten endast omfattar *det allmänna och statliga eller kommunala företag* – se kap. 6 och 7 §§ OSL. Konkurrenskommissionen förordar därför att det i lagtexten tydligt införs en bestämmelse om att sekretess föreligger även för uppgifter som riskerar att skada privata aktörer inom offentligt finansierad verksamhet.

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Inger Ridderstrand-Linderöth
/ordförande/

Pär Cronhult
/föredragande/