

## LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2005-04-04

**Närvarande:** f.d. regeringsrådet Karl-Ingvar Rundqvist, justitierådet Torgny Håstad och regeringsrådet Göran Schäder.

### **Driftsformer för offentligt finansierade sjukhus**

Enligt en lagrådsremiss den 10 mars 2005 (Socialdepartementet) har regeringen beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till lag om ändring i hälso- och sjukvårdslagen (1982:763).

Förslaget har inför Lagrådet föredragits av ämnessakkunniga Annette Norman, biträdd av kanslirådet Mats Nilsson.

Förslaget föranleder följande yttrande av Lagrådet:

Allmänt

Med verkan fr.o.m. år 1993 infördes i hälso- och sjukvårdslagen i konkurrensfrämjande och klaggörande syfte bestämmelser som ger stöd för att ett landsting eller en kommun träffar avtal med annan om att utföra uppgifter som landstinget respektive kommunen svarar för enligt lagen. Undantag görs därvid för uppgifter som innefattar myndighetsutövning. Motsvarande reglering infördes samtidigt i socialtjänstlagen, tandvårdslagen och den dåvarande lagen om försöksverksamhet med kommunal primärvård. Till bakgrunden hör vidare att en tidsbegränsad lag – lagen (2000:1440) om inskränkning i landstingens rätt att överlämna driften av akutsjukhus till annan – var gällande åren 2001 och 2002, men därefter inte förlängdes. Den inskränkning som det gällde var formulerad så, att uppgiften att ansva-

ra för driften av akutsjukhus inte fick överlämnas till den som avsåg att driva verksamheten med syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressent.

I lagrådsremissen föreslås nu att kompletterande bestämmelser tas in i hälso- och sjukvårdslagen för att inskränka landstingens möjligheter att genom avtal med någon annan överlämna driften av hälso- och sjukvård som ges vid sjukhus. Med avseende på hälso- och sjukvård som ges vid regionsjukhus eller en regionklinik förbjuds sådant överlämnande helt. För hälso- och sjukvård vid övriga sjukhus föreslås den begränsningen att avtalet, för att överlämnande skall få ske, måste innehålla villkor om att den överlämnade verksamheten skall drivas utan vinstsyfte och att vården skall bedrivas uteslutande med offentlig finansiering och vårdavgifter som är maximerade enligt lagens 26 §. Det föreslås därjämte att krav skall ställas på varje landsting att det skall ansvara för driften av hälso- och sjukvård vid minst ett sjukhus.

Remissens förslag beträffande regionsjukvården motiveras med att karaktären på denna vård – till stor del högspecialiserad vård – gör att den måste koncentreras till få platser i landet, hålla hög beredskap för små patientgrupper, styras i samklang med inriktningen på den medicinska forskningen samt utnyttjas för grundutbildning av läkare. Förslaget i denna del kan möjligen ge upphov till tvekan med hänsyn till användningen av begreppen regionsjukhus och regionklinik som inte är författningsmässigt definierade. I den mån detta skulle leda till en icke avsedd tillämpning vid tolkning av förbudets omfattning kan det som sägs i det följande om avsaknad av sanktionsmöjligheter vara av betydelse.

För annan vård som ges på sjukhus (såväl sluten vård som öppen vård) framstår det som osäkert huruvida lagförslaget kommer att få

åsyftad effekt. Bakom förslaget i denna del ligger framför allt tanken att vinstutdelande entreprenader på området kan leda till en utveckling i riktning bort från de grundläggande mål och principer som hälso- och sjukvårdslagstiftningen nu bygger på och att sådana entreprenader därför inte bör godtas. En reglering i föreslagen utformning utifrån villkor om avsaknad av vinstsyfte kan enligt Lagrådets mening ge tillämpnings- och kontrollproblem. Jfr Lagrådets synpunkter på kringgående av ett motsvarande rekvisit beträffande vinstsyfte som upptogs i det tidigare lagstiftningsärendet om driften av akutsjukhus (prop. 2000/01:36 s. 33). I förevarande remiss anförs i motiven (avsnitt 7.2.1) att det vid sidan av vinstmedelsöverföring genom aktieutdelning finns andra situationer som i sammanhanget kan jämföras med vinstutdelning, varvid olika exempel på sådana situationer omnämns. Remissen hänvisar härvidlag till att risken för kringgående från entreprenörens sida minskar betydligt om landstingen på lämpligt sätt försäkras om att den tilltänkte entreprenören inte avser att tillgodogöra sig vinst och sedan under avtalstiden noga kontrollerar den överlämnade verksamheten. Som Lagrådet ser det kan det inte genom förarbetsuttalanden av detta slag säkerställas att en enhetlig och konsekvent tillämpning av rekvisitet om frånvaro av vinstsyfte uppnås. Beaktas bör bl.a. att det inte bara är på entreprenörssidan utan också i vissa fall på landstingssidan (jfr utfallet av remissbehandlingen i ärendet) som det kan tänkas finnas ett intresse av en snäv uttolkning av lagtextens rekvisit.

Lagrådet vill vidare framhålla att det med hänsyn till landstingens principiella frihet att i övrigt bestämma hur hälso- och sjukvårdsverksamhet skall organiseras synes finnas betydande möjligheter att arrangera och avtala om ändringar i vårdformer som gör att vården eller delar av den inte säkert kan hänföras till sjukhusvård och därför undgår att träffas av regleringen.

I anslutning till det sagda kan konstateras att några direkta sanktioner inte har kopplats till överträdelse av förbuds- och villkorsbestämmelserna. I remissen hänvisas till att de möjligheter till överprövning som finns inom ramen för laglighetsprövning enligt kommunallagen och prövning enligt lagen om offentlig upphandling bedöms som tillräckliga för att säkerställa att den föreslagna regleringen efterlevs. Vad gäller laglighetsprövningen kan noteras, så som också skett i remissen, att denna är begränsad i olika avseenden. En grundläggande begränsning är att domstols upphävande av ett överklagat kommunalt beslut inte medför att något annat beslut sätts i det upphävda beslutets ställe. Har verkställighet redan skett skall beslutsorganet visserligen se till att verkställigheten rättas, men med den reservationen att så skall ske i den utsträckning som det är möjligt. Av detta följer att ett civilrättsligt entreprenadavtal som upptar villkor som inte är förenliga med remissförslaget inte kan förutsättas bli hävt av landstinget (jfr Konkurrensverkets remissyttrande som redovisats i detta avseende på s. 43). Om ett verkningfullt remedium mot överträdelse av föreslagna förbud eller villkor saknas, bäddar det gärna för bristande likformighet i tillämpningen. Begränsningar i kommunallagens överprövningssystem finns för övrigt också i fråga om klagorätten (såväl beträffande vem som är klagoberättigad som beträffande den tidsfrist inom vilken överklagande skall ske). Såvitt angår lagen om offentlig upphandling är särskilt att märka att klagorätt finns endast för kretsen av potentiella leverantörer och att överprövningen givetvis omfattar endast brott mot lagens upphandlingsregler. Slutligen kan tillfogas att hälso- och sjukvårdslagen inte upptar någon bestämmelse om tillsyn över lagens efterlevnad; Socialstyrelsens tillsyn vad gäller hälso- och sjukvård grundar sig främst på lagen om yrkesverksamhet på hälso- och sjukvårdens område och är inte inriktad på sådana frågor det nu gäller.

Sammanfattningsvis finner Lagrådet att förslaget ger upphov till tvekan om det är konstruerat så att en väsentligen likartad tillämpning uppnås i landstingen. Lagrådets tveksamhet understryks av vad som i det följande anförs om den föreslagna övergångsregleringen.

#### Förslagets närmare utformning

Lagrådet finner anledning att peka på behovet av att anpassa de nya bestämmelserna till hälso- och sjukvårdslagens grundläggande reglering av landstingens vårdskyldighet liksom till den år 1993 införda regleringen av möjligheten att lägga ut verksamhet på entreprenad. Som lagen är uppbyggd är landstingets allmänna ansvar för att erbjuda en god hälso- och sjukvård åt dem som är bosatta inom landstinget eller är kvarskrivna och stadigvarande vistas där (3 § första stycket) fullt och odelat, med undantag bara för sådan vård som en kommun inom landstinget svarar för enligt särskilda bestämmelser i lagen. När ett landsting utnyttjar möjligheten att träffa entreprenadavtal med annan (3 § tredje stycket) innebär det inte att det lagfästa ansvaret i något avseende frångår landstinget och förs över på entreprenören. I enlighet härmed är bestämmelsen i 3 § tredje stycket formulerad så, att ett landsting får sluta avtal med någon annan "om att utföra de uppgifter landstinget ansvarar för enligt denna lag." Vid sådant förhållande bör undvikas att, på sätt som skett i de föreslagna nya fjärde och femte styckena i samma paragraf, föreskriva att *ansvaret för* driften av hälso- och sjukvård överlämnas respektive inte får överlämnas. Bestämmelsen i nya fjärde stycket skulle i stället kunna inledas enligt följande: "Överlämnar landstinget enligt tredje stycket till någon annan att bedriva hälso- och sjukvård som ges vid ett sjukhus, skall avtalet ...". Det nya femte stycket kunde då inledas med orden: "Uppgiften att bedriva hälso- och sjukvård som ges vid ett regionsjukhus ...". I fråga om den enligt förslaget i 5 § infogade bestämmelsen bör också en omformulering ske, förslagsvis så att

den ges lydelsen: "Varje landsting skall bedriva hälso- och sjukvård vid minst ett sjukhus utan att uppgift överlämnas enligt 3 § tredje och fjärde styckena."

Enligt övergångsbestämmelserna (punkterna 2 och 3) skall bestämmelserna i det nya fjärde stycket i 3 § inte gälla hälso- och sjukvård som vid ikraftträdandet drivs (bör nog vara "bedrivs") enligt avtal med landstinget så länge detta avtal gäller. Avtalet får förlängas. Förlängning får enligt punkt 2 dock inte avtalas efter utgången av år 2011. Sker förlängning får avtalet därom enligt punkt 3 inte strida mot villkoret i 3 § fjärde stycket 2 om offentlig finansiering och maximerade vårdavgifter.

Den föreslagna övergångsregleringen ger således möjlighet för de landsting och entreprenörer som vid ikraftträdandet av lagändringarna har entreprenadavtal av aktuellt slag att under avtalsperioden, sådan den då kan vara bestämd, bedriva verksamheten på de villkor och med den inriktning som gällde vid samma tillfälle. Möjlighet ges därtill att intill år 2012 förlänga träffade avtal. Därvid görs ingen begränsning av den tid ett förlängningsavtal får avse; förlängning skulle i vart fall teoretiskt kunna ske för obegränsad tid.

En följd av förlängningsreglerna i föreslagen utformning synes kunna bli att driftsformerna för sjukhusvård kan komma att uppvisa sådana variationer såväl inom ett landsting som mellan olika landsting under lång tid framöver, att lagstiftningsingripandets effektivitet rättsligt kan te sig diskutabel. Ett särskilt problem i samband med möjligheterna till förlängning är att det kan vara ovisst i vilken utsträckning – bortsett från det övergångsvis reglerade villkoret om finansieringen – villkor i ett ursprungligt avtal kan ändras vid en förlängning. Ur tillämp-

ningens synvinkel bör frågan vara förtjänt av att belysas under ärendets fortsatta behandling.