

Fråga om tillämpningen av bestämmelsen om tillståndsplikt i 23 § första stycket lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS) vid insatser enligt 9 § 9 LSS

Anmälan m.m.

Av 9 § 9 lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS) följer att en funktionshindrad som tillhör lagens personkrets har rätt till bl.a. bostad med särskild service för vuxna. I insatsen ingår också, enligt 9 c § (före den 1 januari 2001 9 b §) LSS, omvårdnad, fritidsverksamhet och kulturella aktiviteter. Det åligger varje kommun att svara för dessa insatser. Enligt 17 § första stycket LSS får emellertid en kommun med bibehållet ansvar sluta avtal med någon annan om att tillhandahålla insatser enligt lagen.

I 23 och 24 §§ LSS finns det bestämmelser om enskild verksamhet. Enligt 23 § första stycket får en enskild person inte utan tillstånd av länsstyrelsen yrkesmässigt bedriva sådan verksamhet som avses i 9 § 6–10 LSS.

I en anmälan hemställde AA bl.a. att JO skulle granska om Länsstyrelsen i Stockholms län tillämpade bestämmelsen i 23 § första stycket LSS på ett korrekt sätt. Den huvudfråga som uppkom i anledning av anmälan var hur bestämmelsen skall tillämpas när en kommun, vad gäller en gruppbostad eller liknande, själv står för bostäder och eventuellt gemensamma lokaler men – med stöd av 17 § första stycket LSS – överlåter driften i övrigt till ett privaträttsligt subjekt. Enligt AA ansåg Länsstyrelsen i Stockholms län att det i ett sådant fall inte skulle föreligga tillståndsplikt för det privaträttsliga subjektet.

I sin anmälan begärde AA även JO:s yttrande i vissa andra frågor som rörde verksamheten enligt LSS.

Utredning

Inledningsvis inhämtades per telefon upplysningar från utredaren BB vid Socialstyrelsen och enhetschefen CC vid Länsstyrelsen i Stockholms län. Visst skriftligt material inhämtades från länsstyrelsen.

Därefter anmodades Länsstyrelsen i Stockholms län att inkomma med utredning och yttrande.

Länsstyrelsen, genom länsöverdirektören DD, avgav följande remissvar.

AA, Lidingö, har begärt att JO – utom annat – granskar Länsstyrelsens i Stockholms län myndighetsutövning vad gäller tillsyn av särskild service enligt 23 § lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS). Till stöd för sin anmälan har han åberopat bl.a. följande: Hans son bor sedan 1996 i gruppbostad enligt LSS. Kommunen valde att 1997 anlita entreprenör för den särskilda servicen vid gruppboistaden. Enligt information som AA fått ska entreprenören vara godkänd av Länsstyrelsen innan entreprenadverksamheten får påbörjas. Entreprenaden påbörjades den 15 juni 1997. Länsstyrelsen hade redan i mars 1997 uttalat att tillstånd inte behövdes för entreprenad.

JO har begärt att Länsstyrelsen yttrar sig över sin tillämpning av 23 § LSS när det gäller frågan om en enskild utförare av en kommunal entreprenad har tillståndsplikt enligt detta lagrum.

Enligt 23 § LSS får en enskild person inte utan tillstånd av länsstyrelsen yrkesmässigt bedriva bl.a. bostad med särskild service för vuxna eller annan särskilt anpassad bostad för vuxna.

Länsstyrelsen har i bifogad promemoria (här utelämnad, JO:s anm.) redovisat den rättsliga bakgrunden till frågan om en enskild utförare av en kommunal entreprenad har tillståndsplikt enligt 23 § LSS. I promemorian redovisas de uttalanden i olika lagstiftningsärenden som måste beaktas och vägas samman i denna fråga.

Av innehållet i promemorian kan konstateras att det allteftersom organisationsförändringar genomförts i kommunerna med ett ökande inslag av privata initiativ inom vård och omsorg har behov uppstått att ge uttryckligt lagstöd för och precisera den rätt kommuner och landsting har att överlämna vården av en kommunal angelägenhet till ett privaträttsligt subjekt. Som framgår av uttalandena i förarbetena är det en förutsättning för ett överlämnande att tillämplig speciallagstiftning inte innehåller inskränkande bestämmelser. Genomgående för resonemangen har dock varit att vissa driftformer som inte innefattar myndighetsutövning har kunnat lämnas ut på entreprenad och att kommunen har kvar huvudmannskapet för verksamheter som lämnats ut på entreprenad.

Regeringen har i prop. 1996/97:124 uttalat att någon tillståndsgivning inte erfordras för sådan entreprenadverksamhet som kommunen har ansvar för enligt 6 kap 7 § kommunallagen. Enligt Länsstyrelsens mening torde det stå klart att det är endast sådana privata verksamheter som är helt självständiga gentemot kommunen som omfattas av tillståndsvänget enligt 23 § LSS.

Länsstyrelsen har hittills haft att ta ställning till frågan om enskild verksamhet där huvudmannskapet tydligt legat kvar hos kommunen varit tillståndspliktig eller ej. Länsstyrelsen har då funnit att sådan entreprenadverksamhet inte fordrade tillstånd enligt bestämmelserna i 23 § LSS.

Länsstyrelsen anser att detta ställningstagande har stöd i åberopade lagrum och förarbeten.

Länsstyrelsen vill understryka att denna tolkning inte påverkar det tillsynsansvar en länsstyrelse har enligt 26 § LSS. Enligt detta lagrum har länsstyrelsen inom länet tillsyn över verksamhet enligt LSS och får då inspektera verksamheten. Verksamhet som drivs på entreprenad utgör då en del av den kommunala verksamheten och ska givetvis inspekteras.

Länsstyrelsen kan avslutningsvis konstatera att det i nu aktuell rättsfråga föreligger olika praxis vid rikets länsstyrelser. Frågan har också diskuterats under hand med Socialstyrelsen. För att undanröja den oklarhet som uppenbarligen råder kommer Länsstyrelsen inom kort att hos Regeringen begära att det i LSS införs ett uttryckligt stadgande – med 69 § sista stycket socialtjänstlagen som förebild – att tillstånd inte behövs för sådan verksamhet som kommunen genom avtal enligt 17 § LSS överlämnat till enskild att utföra.

Socialstyrelsen anmodades att inkomma med yttrande över vad länsstyrelsen hade anfört. Socialstyrelsen, genom överdirektören EE, avgav följande remissvar.

Frågan gäller tillämpningen av 23 § lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade – LSS när insatser så som omvårdnad, fritidsverksamhet och kulturella aktiviteter genom entreprenad överlåtits till en enskild utförare.

Enligt 23 § LSS får en enskild person inte utan tillstånd av länsstyrelsen yrkesmässigt bedriva sådan verksamhet som regleras i 9 § första stycket 6–10 LSS. I paragrafens 9 punkt regleras insatsen "bostad med särskild service för vuxna eller annan särskilt anpassad bostad för vuxna".

När det är fråga om en insats enligt 9 § 9 LSS krävs det enligt länsstyrelsens mening *inte* tillstånd från myndigheten i de fall kommunen står för bostaden och lokalerna men omvårdnaden (9 b § LSS) jämte fritidsverksamheten och de kulturella aktiviteterna (9 b § LSS) bedrivs i enskild verksamhet på uppdrag av kommunen.

Socialstyrelsen delar inte länsstyrelsens uppfattning att det kan göras undantag från tillståndsplikten i 23 § LSS. Är det fråga om insatser enligt 9 § 9 LSS dvs. bostad med särskild service för vuxna, krävs det tillstånd från länsstyrelsen. Detta gäller även i de fall kommunen står för bostaden och lokalerna men omvårdnaden jämte fritidsverksamheten och de kulturella aktiviteterna bedrivs i enskild verksamhet. Detta följer av 23 § LSS.

Det kan konstateras att lagstiftaren vid utarbetandet av LSS inte berört situationen där en del av en insats enligt 9 § LSS bedrivs av entreprenör på uppdrag av kommunen. Det kan tyckas ligga nära till hands att söka vägledning genom närliggande lagstiftning, exempelvis socialtjänstlagen (1980:620) – SoL på det sätt som länsstyrelsen har gjort. Socialstyrelsen anser emellertid att mot bakgrund av att nu ifrågavarande bestämmelse är en del av samhällets kontroll och garanti för att möjliggöra och upprätthålla goda levnadsförhållanden för vissa funktionshindrade krävs det en uttrycklig bestämmelse för att undantag från kravet om tillstånd enligt 23 § LSS skall kunna komma i fråga. Denna ståndpunkt stöds även av att LSS är en speciallag som ställer mer långtgående krav än de som återfinns i exempelvis SoL.

Sammanfattningsvis anser Socialstyrelsen att i det fall undantag från kravet på tillstånd enligt 23 § LSS skall kunna komma i fråga krävs en direkt undantagsbestämmelse i lagen eller på annat sätt ett klart uttalande om att en undantagsmöjlighet finns. Då det i dag inte finns någon sådan undantagsbestämmelse i LSS och eftersom det inte heller på annat sätt förts någon sådan diskussion i samband med tillkomsten av lagen kan Socialstyrelsen inte dela länsstyrelsens uppfattning.

Länsstyrelsen inkom med följande yttrande över vad Socialstyrelsen hade anfört.

I Länsstyrelsens tidigare yttrande i detta ärende har redovisats relevanta lagändringar och uttalanden i förarbeten om den rätt kommuner och landsting har att överlämna vården av en kommunal angelägenhet till ett privaträttsligt subjekt.

När det gäller förarbetena till lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS) har entreprenadfallen inte berörts varken när det gäller tillståndsplikten i 23 § eller den däremot svarande straffbestämmelsen i 28 §. Dessa stadganden och förfaranderegler om tillstånd i förordningen (1993:1090) om stöd och service till vissa funktionshindrade har uppenbarligen utformats med motsvarande bestämmelser i socialtjänstlagen (1980:620) och socialtjänstförordningen (1981:750) som förebild. Dessa ansågs enligt praxis inte gälla entreprenader. Enligt Länsstyrelsens mening har det därför varit nödvändigt att även vid bedömning om entreprenader på LSS-området är tillståndspliktiga beakta den allmänna kompetensregeln i kommunallagen som innebär rätt för en kommun eller ett landsting att i viss utsträckning använda sig av privaträttsliga organ för sin verksamhet.

Länsstyrelsen har i sitt tidigare yttrande åberopat Regeringens förklarande uttalande i prop. 1996/97:124 om ändring i socialtjänstlagen att någon tillståndsgivning inte

erfordras för entreprenadverksamhet som kommunen enligt kommunallagen har ansvar för. Detta uttalande har visserligen gjorts i ett lagstiftningsärende som rör ändringar i socialtjänstlagen, men det illustrerar hur utvecklingen ställt krav på att reglerna för entreprenader i kommunal verksamhet har behövt förtydligas. Något uttalande från Regeringen i lagstiftningssammanhang att entreprenader på LSS-området ur tillståndssynpunkt skulle skilja sig från den kommunalrättsliga huvudregeln att entreprenader inte är tillståndspliktiga, har Länsstyrelsen inte funnit.

Länsstyrelsen anser att en lagändring är nödvändig om entreprenader på LSS-området ska vara tillståndspliktiga.

Länsstyrelsen vidhåller sin tidigare redovisade inställning i detta ärende.

Avslutningsvis vill Länsstyrelsen upplysa att Länsstyrelsen i skrivelse den 7 februari 2000 (se bilaga [här utelämnad, JO:s anm.]) till Regeringen föreslagit att ett förklarande tillägg görs till 23 § LSS med lydelsen: *Tillstånd behövs inte för sådan verksamhet som kommunen genom avtal enligt 17 § första stycket har överlämnat till enskild att utföra.*

AA yttrade sig över utredningen. Han inkom även med kompletterande skrivelser i saken, bl.a. utdrag ur vissa handlingar på LSS-området som upprättats inom äldre- och handikappomsorgen i Lidingö kommun.

JO tog del av ett avtal mellan Lidingö kommun och Vårdföretaget Orkidén AB angående tillhandahållande av insatser enligt LSS, undertecknat den 16 februari 2001.

I beslut den 19 juni 2001 anförde *JO André* följande.

Bedömning

Överlämnande av utförande av en insats enligt LSS till ett privaträttsligt subjekt, m.m.

Enligt 11 kap. 6 § tredje stycket regeringsformen kan förvaltningsuppgift överlämnas till bolag, förening, samfällighet, stiftelse, registrerat trossamfund eller någon av dess organisatoriska delar eller till enskild individ. Innefattar uppgiften myndighetsutövning, skall det ske med stöd av lag. När det gäller kommunala angelägenheter stadgas i 3 kap. 16 § kommunallagen (1991:900) att kommuner efter beslut av fullmäktige får lämna över vården av en sådan angelägenhet, för vars handhavande särskild ordning inte föreskrivits, till ett aktiebolag, ett handelsbolag, en ekonomisk förening, en ideell förening, en stiftelse eller en enskild individ. I bestämmelsens andra stycke finns en erinran om den ovan nämnda grundlagsbestämmelsen. Av 3 kap. 19 § och 6 kap. 7 § kommunallagen följer att kommunen och ansvarig nämnd skall se till att kommunen har kvar sin möjlighet till insyn och kontroll av verksamheten, även om en kommunal angelägenhet har överlämnats till ett privaträttsligt subjekt.

Enligt huvudregeln i 2 § andra stycket LSS svarar varje kommun för insatser enligt 9 § 2–10 LSS, dvs. bl.a. insatsen ”bostad med särskild service för vuxna”. I den insatsen ingår omvårdnad, fritidsverksamhet och kulturella aktiviteter (9 c § [före den 1 januari 2001 9 b §] LSS). I 17 § första stycket LSS föreskrivs emellertid att en kommun med bibehållet ansvar får sluta avtal med någon annan om att tillhandahålla insatser enligt lagen. Ansvaret för verksamheten ligger alltså i sådant fall kvar hos kommunen.

I socialtjänstlagen (1980:620), SoL, finns det liknande bestämmelser som i LSS. Den som inte själv kan tillgodose sina behov eller få dem tillgodosedda på annat sätt har, enligt 6 och 6 f §§ SoL, rätt till bistånd av socialnämnden bl.a. i form av bostad med särskild service.

Kommunens uppgifter inom socialtjänsten skall, enligt 4 § första stycket SoL, fullgöras av den eller de nämnder som kommunfullmäktige bestämmer. I 4 § tredje stycket SoL stadgas emellertid att en kommun får sluta avtal med någon annan om att utföra kommunens uppgifter inom socialtjänsten. Uppgifter som innefattar myndighetsutövning får dock inte med stöd av denna bestämmelse överlämnas till ett privaträttsligt subjekt.

Tillståndsplikt för enskild verksamhet i LSS och SoL

Enligt 23 § första stycket LSS får en enskild person inte utan tillstånd av länsstyrelsen yrkesmässigt bedriva sådan verksamhet som avses i 9 § 6–10 LSS, dvs. bl.a. ”bostad med särskild service för vuxna”. Tillstånd skall sökas hos länsstyrelsen i det län där verksamheten skall bedrivas. Länsstyrelsen har rätt att inspektera verksamheten. Om det råder något allvarligt missförhållande inom en enskild verksamhet, skall länsstyrelsen enligt 24 § LSS förelägga den som bedriver verksamheten att avhjälpa missförhållandet. Om länsstyrelsens föreläggande inte följs, får länsstyrelsen återkalla tillståndet. Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet bedriver tillståndspliktig yrkesmässig verksamhet utan tillstånd av länsstyrelsen döms, enligt 28 § LSS, till böter.

I 7 § förordningen (1993:1090) om stöd och service till vissa funktionshindrade stadgas att en ansökan om tillstånd enligt 23 § LSS skall vara skriftlig och ange bl.a. vilken verksamhet som skall bedrivas, vem som skall bedriva verksamheten, hur verksamheten skall bedrivas och dess omfattning, för vilka personer verksamheten är avsedd, hur verksamheten skall finansieras, vem som skall förestå verksamheten samt personalen och dess utbildning.

Bestämmelserna om tillståndsplikt svarar i huvudsak mot föreskrifterna i SoL om enskild verksamhet m.m. Enligt 69 § första stycket 2 SoL får inte ett privaträttsligt subjekt utan länsstyrelsens tillstånd bedriva verksamhet i form av bl.a. särskilda boendeformer motsvarande sådana som avses i 20 § andra stycket eller 21 § tredje stycket SoL. Enligt 69 § tredje stycket SoL behövs dock inte tillstånd för sådan verksamhet som kommunen genom avtal enligt 4 § tredje stycket SoL har överlämnat till en enskild att utföra. Någon motsvarighet till den sist nämnda bestämmelsen finns inte i LSS.

Krävs tillstånd i den situation som anmälan avser?

Frågan är om bestämmelsen om tillståndsplikt i 23 § första stycket LSS är tillämplig när en kommun, såvitt avser en bostad med särskild service för vuxna enligt 9 § 9 LSS (t.ex. en gruppboende), själv står för bostäder och eventuellt gemensamma lokaler men – med stöd av 17 § första stycket LSS – överlåter driften i övrigt till ett privaträttsligt subjekt.

Länsstyrelsen anser att endast sådana privata verksamheter som är helt självständiga gentemot kommunen omfattas av tillståndsvånget. Däremot krävs det, enligt länsstyrelsen, inte tillstånd för entreprenadverksamhet, dvs. i de fall en kommun har lämnat över driften till en enskild utförare men huvudmannaskapet tydligt ligger kvar hos kommunen. Följaktligen anser länsstyrelsen att det inte behövs tillstånd i den ovan beskrivna situationen.

Länsstyrelsen har som stöd för sitt ställningstagande bl.a. åberopat uttalanden i förarbetena till ändringar i den kommunalrättsliga lagstiftningen och till den ovan nämnda bestämmelsen i 69 § tredje stycket SoL som medger undantag från tillståndsplikt för kommunala entreprenader. Efter en sammanvägning av uttalandena menar länsstyrelsen att den bestämmelsen skall ses som ett förtydligande till vad som redan följer av den kommunalrättsliga lagstiftningen om entreprenadverksamhet.

Socialstyrelsen, som enligt 25 § LSS har den centrala tillsynen över verksamhet enligt LSS, har funnit att det krävs tillstånd av länsstyrelsen i den ifrågavarande situationen. Socialstyrelsen anser sammanfattningsvis att i det fall undantag från kravet på tillstånd enligt 23 § LSS skall kunna komma i fråga krävs en direkt undantagsbestämmelse i lagen eller på annat sätt ett klart uttalande om att en undantagsmöjlighet finns. Socialstyrelsen har hänvisat till att bestämmelsen om tillstånd är en del av samhällets kontroll och garanti för att möjliggöra och upprätthålla goda levnadsförhållanden för vissa funktionshindrade. Vidare har Socialstyrelsen pekat på att LSS är en speciallag som ställer mer långtgående krav än de som återfinns i exempelvis SoL.

Det ligger nära till hands att behandla sådan verksamhet som avser särskilda boendeformer på samma sätt, oavsett om det är SoL eller LSS som tillämpas. Bestämmelserna i LSS måste emellertid ses som en specialreglering såväl i förhållande till SoL som till den allmänna kommunalrättsliga lagstiftningen om rätt för en kommun att i viss utsträckning använda sig av privaträttsliga subjekt för sin verksamhet. Jag kan därvid konstatera att den bestämmelse som har införts i 69 § tredje stycket SoL om undantag från tillståndskravet inte har sin motsvarighet i LSS. De av länsstyrelsen åberopade förarbetena avser inte specifikt LSS och innehåller inte heller sådana uttalanden att det med säkerhet kan utläsas att det är lagstiftarens mening att det inte skulle krävas tillstånd när det är fråga om entreprenadverksamhet avseende insatser enligt LSS. Däremot ger förarbetena vid handen att förändringarna inom den kommunala verksamheten, bl.a. i form entreprenadverksamhet, har inneburit att det har skapats oklarheter när det gäller att definiera vad som avses med tillståndspliktig verksamhet (se t.ex. prop. 1996/97:124 s. 144). I sammanhanget vill jag även nämna att Socialtjänstkommittén, när den lämnade sitt förslag till 69 § tredje stycket SoL, särskilt uttalade att förslaget innebar en skillnad mot vad som gällde enligt LSS (SOU 1994:139 s. 555).

Enligt min mening ligger det närmast till hands att tolka bestämmelsen om tillståndsplikt i 23 § första stycket LSS på det sätt som Socialstyrelsen har gjort. Om en kommun, såvitt avser en bostad med särskild service för vuxna enligt 9 § 9

LSS (t.ex. en gruppbostad), själv står för bostäder och eventuellt gemensamma lokaler men – med stöd av 17 § LSS – överlåter driften i övrigt till ett privaträttsligt subjekt, krävs följaktligen länsstyrelsens tillstånd för det privaträttsliga subjektet.

Jag finner inte skäl att rikta någon kritik mot Länsstyrelsen i Stockholms län för att länsstyrelsen har gjort en annan tolkning än den som jag har gjort. Det är dock – inte minst med hänsyn till straffbestämmelsen i 28 § LSS – otillfredsställande att det finns skilda uppfattningar vid rikets länsstyrelser när det gäller tillämpningen av 23 § första stycket LSS. Jag översänder därför en kopia av detta beslut till Socialdepartementet för kännedom.

Vad AA har anfört i övrigt föranleder inte någon åtgärd eller något uttalande från min sida.

Ärendet avslutas med gjorda uttalanden.