

Jussi-Pekka Ahonen

KUNNAN PALVELUJEN ULKOISTAMINEN

Oikeudelliset reunaehdot

Johtamisen ja talouden tiedekunta
Pro gradu -tutkielma
Toukokuu 2021

TIIVISTELMÄ

Jussi-Pekka Ahonen: Kunnan palvelujen ulkoistaminen – oikeudelliset reunaehdot
Pro gradu -tutkielma
Tampereen yliopisto
Hallintotieteiden maisterin tutkinto
Julkisoikeuden opintosuunta
Toukokuu 2021

Tutkielma käsittelee kuntien palveluiden ulkoistamista, ja erityisesti ulkoistamisen oikeudellisia reunaehtoja, joiden rajoissa palvelun järjestämistä vastaava julkinen toimija voi ulkoistaa palvelutuotantoa yksityiselle toimijalle. Suomen perustuslain mukaan julkisen vallan on turvattava jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut ja edistettävä väestön terveyttä. Erytyslainsäädännöllä on säädetty laajoista hyvinvointipalveluista, joiden järjestämistä kuuluu pääasiassa Suomen kunnille ja kuntayhtymille. Viime vuosina keskustelu palveluiden ulkoistamisesta on kiihtynyt julkisen talouden kustannuspaineiden ja ikääntyvän väestön lisääntyvän palvelutarpeen vuoksi. Palveluita on ulkoistettu voimakkaasti sosiaali- ja terveysalalla. Sosiaali- ja terveydenhuoltouudistuksella on pyritty vastaamaan sote-palveluiden karkaaviin kustannusongelmiin. Tutkielman tavoitteena on tarkastella oikeudellisia reunaehtoja kunnan ulkoistaessa sosiaali- ja terveyspalveluitaan sekä sitä, miten ulkoistetut palvelut vaikuttavat ihmisten perusoikeuksien toteutumiseen ja kuinka niiden lainmukaisuutta valvotaan viranomaisten toimesta. Tämän lisäksi tutkielmassa pyritään löytämään julkisen vallan käytön ja merkittävän julkisen vallan käytön välistä, välillä harmaallakin alueella olevaa rajaa sekä sitä, ovatko niin sanotut palveluiden kokonaisulkoistukset mahdollisia.

Tutkielman tutkimusmenetelmä on oikeusdogmaattinen, ja siten kohteena on voimassa oleva lainsäädäntö. Tutkielman aineistona on käytetty oikeuskirjallisuutta, perustuslakivaliokunnan mietintöjä ja oikeustapauksia. Lainsäätäjällä on tarkoituksella jättänyt julkisen vallan käytön tarkemman määrittämisen perustuslakivaliokunnalle ja oikeusistuimille. Tämän vuoksi perustuslakivaliokunnan ratkaisut ovat tärkeässä roolissa määriteltäessä julkisen ja yksityisen toimijan välisiä oikeudellisia toimivaltakysymyksiä.

Julkista hallintotehtävää hoitavaan yksityiseen noudatetaan samoja hallinnon yleislakeja ja perustuslain vaatimuksia riittävistä sosiaali- ja terveyspalveluista kuin julkiseen palveluntuottajaan. Julkisen hallintotehtävän hoitamisesta on kyse silloin, kun ulkoistettu palvelu on lakisääteinen, ostopalvelu sekä sillä on yhteys viranomaistehtävään. Asiakkaan kannalta olennaista on palvelun lainmukaisuus ja riittävä taso. Ei niinkään sillä, kuka palvelun tuottaa.

Tutkielman johtopäätöksenä voidaan todeta, että palvelutuotannon murroksessa lainsäädännöllä pitäisi tarkentaa julkisen vallan palvelutuotannon tasoa ja valmiutta, jotta palvelutuotanto voitaisiin turvata kaikissa olosuhteissa ja koko valtakunnan alueella. Kokonaisulkoistuksien osalta lainsäädäntö ja perustuslakivaliokunnan tulkinnat ovat epäselvät. Perustuslakiasiantuntijoiden erilaiset tulkinnat kokonaisulkoistuksien lainmukaisuudesta vahvistavat tämän. On mahdollista, että ulkoistettu palvelu voi heikentää kansalaisten perusoikeuksien toteutumista.

Avainsanat: Julkinen valta – Julkisen vallan käyttäminen – Merkittävän julkisen vallan käyttäminen – Sote – Hallintotehtävä - Perustuslaki

Tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkastettu Turnitin OriginalityCheck –ohjelmalla.

Sisällys

LÄHTEET	
1 JOHDANTO	1
1.1 Aihe ja tausta	1
1.2 Tutkimuskysymys	3
1.3 Tutkimusmenetelmät	4
2 JULKISET TEHTÄVÄT JA JULKINEN VALLANKÄYTTÖ	5
2.1 Julkisen vallankäytön sääntelyperusta	5
2.2 Julkinen valta terminä	7
2.3 Merkittävä julkinen vallankäyttö	8
2.4 Julkiset tehtävät	10
2.4.1 Julkisen ja yksityisen vallan suhde	10
2.4.2 Julkisen vallan käyttäminen julkisoikeudellisen organisaation toimesta	11
2.4.3 Hyvän hallinnon vaatimus viranomaisen toiminnassa	13
2.4.4 Virkamieshallintoperiaate	15
2.4.5 Kunta peruspalveluiden tuottajana	17
2.4.6 Julkisen hallintotehtävän määritelmä	19
3 KUNTAA KOSKEVA OIKEUDELLINEN SÄÄNTELY	21
3.1 Kuntalain keskeinen sisältö	21
3.1.1 Kunnan yleinen toimiala	21
3.1.2 Kunnan lakisääteiset tehtävät	23
3.1.3 Julkisen hallintotehtävän antaminen muulle kuin viranomaiselle	26
3.1.4 Osaulkoistuksesta kokonaisulkoistukseen	32
3.1.4.1 Perustuslakiasiantuntijoiden lausunnot kokonaisulkoistuksesta	33
4 ULKOISTAMISEN TOTEUTUS KUNNISSA	39
4.1 Julkiset hankinnat	39
4.1.1 Hankintalaki	39
4.1.2 Kuntien hankinnat	42
4.1.3 Kunnan hankintaprosessi	43
4.1.3.1 Hankinnan suunnittelu ja budjetointi	43
4.1.3.2 Tarjouskilpailu ja hankinnan valinta	44
4.1.3.3 Hankintasopimus	46
4.1.3.4 Yhteishankinnat	47
4.1.4 Palveluhankinnat ja henkilöstön asema	48
4.1.4.1 Palveluhankinnat	48
4.1.4.2 Palveluhankintojen mahdollinen vaikutus henkilöstöön	51
4.1.5 Koska hankintalakia ei sovelleta hankintoihin	54
4.2 Kunnallinen sopimustoiminta	55
4.2.1 Hallintosopimukset	55
4.2.2 Yksityisoikeudelliset sopimukset	60
4.2.3 Ostopalvelusopimukset	62
5 VIRANOMAISVALVONTA JA TARKASTELUTAPAUKSET	63
5.1 Yleistä	63
5.2 Aluehallintoviraston tehtävät ja toimivalta	64
5.2.1 Tehtävät	64

5.2.2 Sosiaali- ja terveyspalveluiden ohjaus ja valvonta.....	65
5.2.3 Mänttä-Vilppula	67
5.2.4 Rääkkylä.....	69
6 JOHTOPÄÄTÖKSET	71

LÄHTEET

- Aalto, Anna-Mari; Manderbacka, Kristiina; Muuri, Anu; Sinervo, Timo; Pekurinen Markku:* Sosiaali- ja terveydenhuollon uudistaminen – mitä tavoitteita väestö pitää tärkeinä? Terveyden ja hyvinvoinnin laitos 2019.
- Aluehallintovirasto:* Ohjauskirje LSAVI/3442/05.06.01/2019. 9.4.2019.
- Aluehallintovirasto:* Päätös LSSAVI/2921/2017 23.12.2019.
- Anttonen, Anneli; Haveri, Arto; Lehto, Juhani; Palukka, Hannele:* Julkisen ja yksityisen rajalla: julkisen palvelun muutos. Tampere University Press, Tampere 2012.
- Arajärvi, Pentti:* Johdatus sosiaalioikeuteen. Talentum, Helsinki 2011.
- Eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisu* EOAK/4593/2018. 12.12.2019.
- Eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisu* dnro 1450/2/07. 10.2.2009.
- Elinkeinoelämän keskusliitto:* julkiset hankinnat. Haettu osoitteesta: <https://ek.fi/mita-temme/yrityslainsaadanto/julkiset-hankinnat/>. Tarkastettu 18.3.2020.
- Eskola, Saila; Kiviniemi, Eeva; Krakau, Tarja; Ruohoniemi, Erkko:* Julkiset hankinnat. Alma Talent. Helsinki 2017.
- Giordani, Tatu; Kava, Ronja:* Julkisen hallintotehtävän antaminen muulle kuin viranomaiselle ja viranomaistoiminnan yhtiöittäminen. Edilex 2019/26. Julkaistu 1.7.2019. Haettu osoitteesta: www.edilex.fi/artikkelit/19839. Tarkastettu 3.1.2021.
- Harjula, Heikki; Prättälä, Kari:* Kuntalaki–Tausta ja tulkinnat. 9. uudistettu painos. Talentum Media Oy, Helsinki, 2015.
- Harjula, Heikki; Prättälä, Kari:* Kuntalaki – Taustat ja tulkinnat. Talentum Media Oy, Helsinki 2019.
- Huhtanen, Raija:* Kunnan sosiaali- ja terveystalouden yksityistäminen: oikeudellinen näkökulma. sivut 81–110. Tampere University Press, Tampere 2012.
- Husa, Jaakko; Mutanen, Anu; Pohjolainen, Teuvo:* Kirjoitetaan juridiikkaa. Saarijärvi 2001.
- Hämeenlinnan kaupunki:* Hankinnat. Haettu osoitteesta: <https://hmlhankinnat.blogspot.com/2019/10/osa-kaupungin-hankinnoista.html>. Tarkastettu 14.4.2020.
- Jyränki, Antero:* Uusi perustuslakimme. Turku 2000
- Jyränki, Antero; Husa Jaakko:* Valtiosääntöoikeus. Hämeenlinna 2012
- KELA:* Toimeentulotuki, etuusohje. 22.1.2020. Haettu osoitteesta: <https://www.kela.fi/documents/10192/3464829/Toimeentulotuki.pdf>. Tarkastettu 3.1.2021.
- Kerttula, Timo:* Vartijat ja järjestyksenvalvojat julkisen vallan käyttäjinä. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut. Helsinki 2010.

- Komulainen, Mikko:* Ulkoistaminen kunnissa. Tampere University Press & Kuntaliitto. Helsinki 2010.
- Koskinen, Seppo; Kulla, Heikki:* Virkamiesoikeuden perusteet. Talentum. Helsinki 2005.
- Kotkas, Toomas:* Muuttuva sosiaalioikeus, lakimiesyhdistyksen julkaisuja E-sarja N:o 24. Vantaa 2013.
- Kulla, Heikki:* Julkishenkilöstön asema: systematiikkaa ja sekamuotoisuutta. Lakimies 7–8/2006.
- Kulla, Heikki:* Hallintomenettelyn perusteet. Alma Talent Oy 2018.
- Kuntaliitto:* Järjestämisvastuu. Haettu osoitteesta: <https://www.kuntaliitto.fi/sosiaali-ja-terveysasiat/palveluiden-jarjestaminen-ja-tuottaminen/jarjestamisvastuu>. Tarkastettu 11.7.2020.
- Kuntaliitto:* Palveluiden järjestäminen ja tuottaminen. Haettu osoitteesta: <https://www.kuntaliitto.fi/sosiaali-ja-terveysasiat/palveluiden-jarjestaminen-ja-tuottaminen>. Tarkastettu 11.7.2020.
- Lavapuro, Juha:* Lausunto sosiaali- ja terveysministeriölle. Helsinki 30.12.2019. Haettu osoitteesta: https://soteuudistus.fi/documents/16650278/20709076/Juha_Lavapuro_lausuntoSTM_maakunnanpalvelutuotanto_FINAL.pdf/14ee393a-5416-80e7-1984-7b449cbb0fae/Juha_Lavapuro_lausuntoSTM_maakunnanpalvelutuotanto_FINAL.pdf. Tarkastettu 1.6.2020.
- Lavapuro, Juha:* Asiantuntijalausunto koskien luonnosta hallituksen esitykseksi laiksi Liikenneviraston liikenteenohjaus- ja hallintapalveluiden muuttamisesta osakeyhtiöksi sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi. 24.5.2018. Haettu osoitteesta: <https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/JulkaisuMetatieto/Documents/EDK-2018-AK-192435.pdf>. Tarkastettu 3.1.2021.
- Länsineva Pekka:* Konstitutionalismi, perusoikeudet ja yksityinen valta. Lakimies 2006/7–8 s. 1177. Helsinki 2006.
- Muukkonen, Matti:* Ulkoistaminen ja perustuslainsäätäjän tahto. Edilex 2012/14. Julkaistu 29.3.2012, Haettu osoitteesta: www.edilex.fi/lakikirjasto/8729. Tarkastettu 2.12.2020.
- Mäenpää, Olli:* lausunto maakunnan omaan sosiaali- ja terveyspalveluiden tuotantoon liittyvistä kysymyksistä. Helsinki 17.12.2019. Haettu osoitteesta: <https://soteuudistus.fi/documents/16650278/20709076/Lausunto-M%C3%A4enp%C3%A4en%C3%A4+%28003%29.pdf/4c4d6439-4208-4f81-c999-bc2787bc86bd/Lausunto-M%C3%A4enp%C3%A4en%C3%A4+%28003%29.pdf>. Tarkastettu 1.4.2020.
- Mäenpää, Olli:* Hallintosopimus. Hallintoviranomaisten sopimustoiminnan oikeudellisia ongelmia. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1989.
- Mäenpää, Olli:* Hallinto-oikeus. Alma Talent Oy. Helsinki 2013.

Mäenpää, Olli: Yleinen hallinto-oikeus. Alma Talent Oy. Helsinki 2017.

Mäenpää, Olli: Oikeus hyvään hallintoon. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Helsinki 2008.

Mäenpää, Olli: hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet. Edita Publishing Oy. Porvoo 2012.

Mäenpää, Olli: Hallintolupa. Tieteen termipankki. Haettu osoitteesta:
<https://tieteentermipankki.fi/wiki/Oikeustiede:hallintolupa>. Tarkastettu 3.1.2021.

Mäkinen, Eija: Hallintosopimusten sääntelytarpeesta. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 2/2001.

Ojanen, Tuomas: lausunto sosiaali- ja terveysministeriölle. Helsinki 27.12.2019. Haettu osoitteesta:
<https://soteuudistus.fi/documents/16650278/20709076/Lausunto+STM+Maakunnan+oma+tuotanto+ja+ostopalvelut+Tuomas+Ojanen+.pdf/609f9791-0aa8-8cf8-65aa-b3ba3bf0f337/Lausunto+STM+Maakunnan+oma+tuotanto+ja+ostopalvelut+Tuomas+Ojanen+.pdf>. Tarkastettu 2.3.2020.

Riihimäen kaupunki: Hankintastrategia. Haettu osoitteesta: <https://www.riihimaki.fi/wp-content/uploads/sites/3/2015/01/RIIHIMAEN-KAUPUNGIN-HANKINTASTRATEGIA.pdf>. Hyväksytty 2.3.2015. PDF. Tarkastettu 23.3.2020.

Sauvonsaari, S.: Sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen hankkiminen ostopalveluina. Kuntaliitto, Yleiskirje 34/97, 14.10.1997. Haettu osoitteesta:
<https://www.kuntaliitto.fi/yleiskirjeet/1997/sosiaali-ja-terveydenhuollon-palvelujen-hankkiminen-ostopalveluina>. Tarkastettu 1.12.2020.

Sosiaali- ja terveysministeriö: Tiedote KT 8/2006 N5-38373: Kannanotot opiskelijoiden ja vuokratyövoiman käytöstä kunnallisessa terveydenhuollossa. 20.6.2006.

Sutela, Marja: Sosiaali- ja terveystalouden ulkoistaminen, oikeudelliset reunaehdot. Edita Prima Oy. Helsinki 2003.

Taponen, Suvituulia: Ulkoistetun palvelutuotannon riskien johtaminen. Haettu osoitteesta: www.edilex.fi/artikkelit/18241. Julkaistu 30.1.2018. Tarkastettu 11.11.2020.

Tuori, Kaarlo: Demokraattisen oikeusvaltion uhkakuvia. Lakimies 1/2014 s. 94–98.

Tuori, Kaarlo: lausunto sosiaali- ja terveysministeriölle. Sysmä 31.12.2019. Haettu osoitteesta:
https://soteuudistus.fi/documents/16650278/20709076/Tuori+lausunto+maakuntien+palvelutuotannosta_.pdf/a51d9d48-c73c-f61e-caf7-60d07678bd08/Tuori+lausunto+maakuntien+palvelutuotannosta_.pdf. Tarkastettu 3.3.2020.

Työ- ja elinkeinoministeriö: Hankintalain kokonaisuudistus – siirtymävaiheen toimenpiteet ja järjestelyt. TEM/429/03.01.01/2016. 3.3.2016.

Valtiontalouden tarkastusvirasto: tuloksellisuustarkastuskertomus:

Perustoimeentulotuen siirto Kelalle: Toimeenpanon vaikutusten arvioinnin merkitys lainvalmistelussa 1/2020. Helsinki 2020.

Valtiovarainministeriön julkaisu: Kuntien itsehallinnolliset tehtävät ja niiden laajuus 40/2015. Helsinki 2015.

Valtiovarainministeriön julkaisu: Kuntien tehtävät ja velvoitteet 2015 30/2015. Helsinki 2015

YLE-uutiset 18.6.2018: <https://yle.fi/uutiset/3-10261312>. Luettu 5.2.2020.

YLE-uutiset 3.2.2020: <https://yle.fi/uutiset/3-11186889>. Luettu 5.2.2020.

Virallislähteet:

HaVM 29/2002 vp - HE 72/2002 vp - Hallintovaliokunnan mietintö 29/2002 vp - hallituksen esitys hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.

HE 201/1989 vp - Hallituksen esitys Eduskunnalle mielenterveyslaiksi.

HE 90/2010 vp - Hallituksen esitys Eduskunnalle terveydenhuoltolaiksi sekä laeiksi kansanterveyslain ja erikoissairaanhoidolain muuttamiseksi sekä sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain muuttamiseksi.

HE 309/1993 vp - Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

HE 46/1989 vp - Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi yksityisestä terveydenhuollosta ja laeiksi eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.

HE 59/2009 vp - Hallituksen esitys Eduskunnalle aluehallinnon uudistamista koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 358/2014 vp - Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi toimeentulotuesta annetun lain ja kunnan peruspalvelujen valtionosuudesta annetun lain muuttamisesta.

TaVM 35/2018 vp – KAA 2/2018 vp - Talousvaliokunnan mietintö 35/2018 vp – Kansalaisaloite: vammaisten henkilöiden välttämättömän avun ja tuen kilpailuttamisen lopettaminen.

PeVM 15/1994 vp – HE 57/1994 - Perustuslakivaliokunnan lausunto hallintovaliokunnalle 15/1994 vp – hallituksen esitys poliisilaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

Oikeustapaukset:

KHO 2018/172, antopäivä 18.12.2018 (diaarinumero: 6287/3/17)

KHO 2014/126, antopäivä 19.8.2014 (diaarinumero: 2886/1/12)

KHO 2017/315, antopäivä 27.1.2017 (diaarinumero: 2535/3/15)

KHO 2014/55, antopäivä 3.4.2014 (diaarinumero: 356/3/13)

KKO 2008/36, antopäivä 9.4.2008 (diaarinumero: S2006/918–919)

Kuopion HAO 11/0351/7, antopäivä 13.06.2011 (diaarinumero: 00382/11/6202)

1 JOHDANTO

1.1 Aihe ja tausta

Suomen sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujärjestelmää on pyritty uudistamaan jo usean hallituskauden ajan. Uudistustarpeen taustalla on palvelujen pirstoutunut järjestämisvastuu kuntapohjaisessa järjestelmässä, ongelmat hoitoon ja palveluun pääsyssä erityisesti perusterveydenhuollossa ja sosiaalipalveluissa sekä väestön ikääntymiseen ja sen myötä kasvavaan palvelutarpeeseen liittyvät haasteet.¹

Uuden kuntalain 7 §:n mukaan kunta hoitaa itsehallinnon nojalla itselleen ottamansa tehtävät ja järjestää sille laissa erikseen säädetyt tehtävät. Sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta annetun lain 4 §:n mukaan kunta voi järjestää sosiaali- ja terveydenhuollon alaan kuuluvat tehtävät hoitamalla toiminnan itse, sopimuksin yhdessä muun kunnan tai muiden kuntien kanssa taikka olemalla jäsenenä toimintaa hoitavassa kuntayhtymässä. Kunta voi täyttää lakiin perustuvan järjestämisvastuunsa myös hankkimalla palveluja valtiolta, toiselta kunnalta, kuntayhtymältä tai muulta julkiselta taikka yksityiseltä palvelujen tuottajalta, taikka antamalla palvelunkäyttäjälle palvelusetelin, jolla kunta sitoutuu maksamaan palvelun käyttäjän kunnan hyväksymältä yksityiseltä palvelujen tuottajalta hankkimat palvelut kunnan päätöksellä asetettuun setelin arvoon asti.²

Julkisten tehtävien piiri on laajentunut ja moninaistunut suhteellisen lyhyen ajanjakson sisällä. Samanaikaisesti julkisen sektorin rakenteet ovat uusiutuneet. Kehityksen seurauksena säännönmukaisesti julkiselle hallinnolle kuuluvia tehtäviä on siirretty yhä enemmän valtion tai kuntien viranomaisorganisaation ulkopuolisille tahoille. Järjestelyillä on pyritty paitsi hallintotoiminnan tehostamiseen tai myös julkisten palvelujen joustavampaan ja laadukkaampaan tarjontaan. Asialla on oikeudellista merkitystä, sillä tehtävien hoitamisella saattaa olla vaikutuksia yksityisten oikeudelliseen asemaan.³ Palveluiden tuottaminen on lisäksi erityisen tarkasti säänneltyä, sillä jokaisella kunnassa oleskelevalla henkilöllä on oikeus saada kiireellisessä tapauksessa

¹ Aalto Anna-Mari ym. 2019, s. 1

² Kuntaliitto, palveluiden järjestäminen ja tuottaminen

³ Keravuori-Rusanen 2008, s. 12

yksilölliseen tarpeeseensa perustuva sosiaalipalvelut siten, ettei hänen oikeutensa välttämättömään huolenpitoon ja toimeentuloon vaarannu⁴. Perustuslain 19.3 § mukaan julkisen vallan on turvattava jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveystalvet ja edistettävä väestön terveyttä. Perusoikeudet riittäviin sosiaali- ja terveystalvetuihin ovat voimassa, vaikka palvelun tuottaja olisi yksityinen. Palvelun yksityistä tuottajaa koskee sama lainsäädäntö kuin julkista organisaatio tuottaessaan palveluita. Hallintolain 2.3 §:n mukaan hallintolakia ja siten hyvän hallinnon periaatteita sovelletaan myös yksityisissä niiden hoitaessa julkisia hallintotehtäviä sekä hallintolain 3 §:n mukaan hyvän hallinnon periaatteita noudatetaan myös hallintosopimuksiin.

Laissa yksityisestä terveydenhuollosta (152/1990) ja sen yksityiskohtaisissa perusteluissa (HE 46/1989) säädetään, että yksityisen palveluntuottajan toiminta täyttää asianmukaisuuden vaatimuksen, kun se vastaa julkisen terveydenhuollon toimintatasoa.⁵ Julkisia palveluita tuottavat yhä enemmän yksityiset palveluntuottajat, ja silloin julkisen vallan tehtävä on valvoa palvelutuotannon tasoa ja seurata, että kansalaisten perustuslain määräämät oikeudet täyttyvät. Palveluiden lainmukaisuutta valvovat kunnan viranhaltijat, aluehallintovirastot, eduskunnan oikeusasiamies sekä palveluiden käyttäjät.

Palveluiden ulkoistamista sääntelevän perustuslain 124 §:n mukaan julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle vain lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Perustuslakivaliokunta on viitannut useassa lausunnossaan ns. virkamieshallintoperiaatteeseen, jonka mukaan julkista valtaa käytetään virkasuhteessa. Perustuslakivaliokunta on kuitenkin katsonut, että kyseinen periaate ei estäisi antamasta julkisen vallan käyttönä pidettävää toimivaltaa rajoitetusti myös muille kuin virkamiehille, mikäli rikosoikeudellinen virkavastuu kattaa toiminnan⁶. Julkisen vallan käyttöä sisältävien julkisten hallintotehtävien ohella myös julkisten palvelujen toteuttamista voidaan pitää perustuslain 124 §:n tarkoittamana julkisen hallintotehtävän hoitamisena. On kuitenkin hyvä huomata, että kaikki julkisen palvelun tehtävät eivät kuulu julkisten hallintotehtävien piiriin.⁷ Julkisen vallan alaa ei voida tyhjentävästi määritellä, vaan sitä voidaan tarpeen mukaan ja perustuslain sallimissa rajoissa lainsäädännöllä laajentaa tai supistaa. Perustuslain esitöiden mukaan julkisen vallan käytön piiriin

⁴ Kuntaliitto, järjestämisvastuu. www.kuntaliitto.fi

⁵ HE 46/1989, s. 16

⁶ PeVL 15/1994, s. 2

⁷ Giordani & Kava, s. 5

luetaan ensinnäkin sellaiset norminanto-, lainkäyttö- ja hallintopäätökset, jotka tehdään yksipuolisesti ja joiden vaikutus ulottuu yksityisiin oikeussubjekteihin.⁸ Perustuslain 124 § rajoittaa ulkoistamista niissä tehtävissä, jotka sisältävät merkittävää julkista valtaa. Merkittävän julkisen vallan käyttöä selventävät perustuslakivaliokunnan selvitykset, mutta ne eivät ole tyhjentäviä.

Palveluiden ulkoistaminen on yleistynyt 2000-luvulla merkittävästi. Yhä useammin yksityinen palveluntuottaja vastaa lähes kaikista kunnan sosiaali- ja terveystalvveluista. Tämän takia, julkishallinto tulee kohtaamaan yhä useammin tilanteen, jossa julkisen ja yksityisen rajat käyvät epäselviksi, ja niitä yritetään muokata ajankohtaisten poliittisten agendojen mukaan. Oma lukunsa ovat ns. kokonaisulkoistukset, joissa ulkoistetaan koko sosiaali- ja terveystoimi yksityiselle palveluntuottajalle. Kokonaisulkoistuksien perustuslainmukaisuus tulee arvioitavaksi lähivuosina.

Kaarlo Tuori on huolissaan oikeusvaltiokehityksestä ja pitääkin tärkeänä, että Suomessa seurataan valppaasti ilmiöitä, joissa voi nähdä vaaran demokraattisen oikeusvaltion perustaville periaatteille. Tuorin mukaan tietoisuus yksityisen ja julkisen välisestä erosta on Suomessa hämärtynyt, ja johtanut jopa perustuslakivaliokunnan jäsenten eduskunnasta tai sen ulkopuolelta tulevaan poliittiseen paineeseen. Tuorin mukaan viisitoista vuotta on puhuttu valtio-konsernista, ikään kuin valtio olisi verrattavissa liikeyritykseen ja sen toimintaperiaatteet liikeyrityksen toimintaperiaatteisiin.⁹

1.2 Tutkimuskysymys

Tutkimuksen tarkoituksena on löytää palveluiden ulkoistamisen oikeudelliset reunaehdot, sekä niihin liittyvät oikeudelliset ongelmat. Tutkimuksen kannalta on oleellista selvittää julkisen vallankäytön sekä merkittävän julkisen vallankäytön rajoja palveluiden tuottamisessa sosiaali- ja terveystalvveluissa. Koska julkista valtaa käytetään kuntalain mukaan virkasuhteessa¹⁰, on asiaa tarkasteltava myös virkamiesoikeuden kautta. Yksityinen palveluntuottaja voi käyttää myös julkista valtaa, mutta merkittävää julkista valtaa voidaan käyttää vain virkasuhteessa. Julkisia palveluita on ulkoistettu voimakkaasti ja on selvää, että palveluntuotannossa tulee esiin tilanteita, joissa on vaikea arvioida kuka voi tehdä kansalaisten perusoikeuksiin vaikuttavia päätöksiä. Julkisen vallan käytön ja merkittävän julkisen vallan käytön väliset erot vaativat vielä tarkentamista, vaikka oikeustalvvelukset ovat tilannetta selkiyttäneet.

⁸ HE 1/1998, s. 35

⁹ Tuori 2014, s. 94 - 96

¹⁰ Kts. Kuntalaki 410/2015 87.2§

Pääministeri Juha Sipilän hallituksen sosiaali- ja terveydenhuollon uudistuksen kulmakivenä oli yksityiset palveluntuottajat. Tämä ns. sote-uudistus kaatui perustuslaillisiin ongelmiin ja se herätti uuden kysymyksen: missä laajuudessa julkisia terveyspalveluita voidaan ulkoistaa?

Rajaan tutkimuskysymykset koskemaan sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestämistä, koska pääasiassa palveluiden ulkoistamiset ovat ajankohtaiset tällä sektorilla ja päätökset vaikuttavat oleellisesti ihmisten perusoikeuksien toteutumiseen.

Tutkimukseni pääkysymys on: mitkä ovat terveyspalveluiden oikeudelliset reunaehdot, joiden puitteissa palveluiden järjestämisvastuussa oleva viranomainen voi ulkoistaa palveluiden tuotantoa yksityiselle palveluntuottajalle? Pääkysymys on jaettu seuraaviin alakysymyksiin:

- 1) vaarantaako palveluiden ulkoistaminen ihmisten perusoikeuksia?
- 2) Voidaanko kaikki sosiaali- ja terveyspalvelut ulkoistaa yksityiselle palveluntuottajalle (ovatko ns. kokonaisulkoistukset oikeudellisesti mahdollisia)

1.3 Tutkimusmenetelmät

Käytän tutkimuksessani pääasiassa oikeusdogmaattista eli lainopillista tutkimusmenetelmää. Suurin osa oikeustieteellisestä tutkimuksesta on juuri lainoppia. Lainopin keskeisimpänä tutkimusongelmana on selvittää, mikä on voimassa olevan oikeuden sisältö kulloinkin käsiteltävässä oikeusongelmassa. Lainoppi pyrkii antamaan vastauksen kysymykseen, kuinka aktuaalisessa tilanteessa pitäisi toimia voimassa olevan oikeuden mukaan. Lainoppi on keskeisiltä osiltaan oikeusjärjestykseen kuuluvien sääntöjen tutkimusta ja aivan erityisesti niiden sisällön selvittämiseen tähtäävää toimintaa, jota kutsutaan tulkitsemiseksi. Toinen keskeinen lainopin tehtävä on tutkimuskohteen (ts. oikeusjärjestyksen) systematisointi eli voimassa olevan oikeuden jäsentäminen. Systematisoinnin avulla lainoppi pyrkii luomaan ja kehittämään oikeudellista käsitejärjestelmää, jonka varassa oikeutta tulkitaan. Systematisointi auttaa oikeusjärjestyksen sisältöön tutustujaa löytämään etsimänsä säännökset.¹¹

¹¹ Husa–Mutanen–Pohjolainen 2001, s. 13 - 14

2 JULKISET TEHTÄVÄT JA JULKINEN VALLANKÄYTTÖ

2.1 Julkisen vallankäytön sääntelyperusta

Suomen valtiosäännön periaatteita ovat: tasavaltainen valtiomuoto, Suomen täysivaltaisuus ja osallistuminen kansainväliseen yhteistyöhön, ihmisarvon loukkaamattomuus, kansansuvereenisuuden periaate, edustuksellisen kansanvallan periaate ja eduskunnan asema ylimpänä valtioelimenä, oikeusvaltioperiaate ja julkisen toiminnan lainalaisuus, valtiollisten tehtävien jako, parlamentarismien periaate, tuomioistuimien riippumattomuus, valtakunnan alueen jakamattomuus, Suomen kansalaisuuden saamisen ja menettämisen perusteet¹². Tutkimukseni kannalta on oleellista avata oikeusvaltioperiaatetta.

Julkisen vallan käytön sidonnaisuus lakiin kuuluu oikeusvaltion keskeisiin lähtökohtiin ja oikeusvaltion periaatteisiin kuuluu ehkä keskeisimpänä laillisuusperiaate. Laillisuusperiaate on kirjattu myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen johdantoon sopimusvaltioiden yhteiseen kulttuuritaustaan kuuluvana periaatteena. Euroopan neuvoston peruskirjan 3 artikla edellyttää niin ikään jäseniltä sitoutumista oikeusvaltion periaatteisiin. Viranomaisten toiminnassa se konkretisoituu erityisesti julkisen vallan käytön lainmukaisuutta ja lakiin perustuvuutta korostavana lainalaisuusperiaatteena.¹³ Konkreettisesti se tarkoittaa sitä, että viranomaiset eivät voi rajoittaa yksityisten oikeuksia eivätkä asettaa heille velvollisuuksia, ellei tällainen toimivalta ole selvästi johdettavissa eduskunnan säätämässä laissa olevista toimivaltasäännöksistä¹⁴.

Hallinnon lainalaisuusperiaate ankkuroituu teorianhistoriallisesti erityisesti oikeusvaltion ideaan. Oikeusvaltiossa hallintoviranomaiset toimivat lain mukaan ja tuomioistuinvalvonnan kohteena. Riittävänä ei kuitenkaan voida pitää pelkästään eritasoisten voimassa olevien normien noudattamista hallinnossa, vaikka se onkin tärkeää muun muassa muodollisen oikeusvarmuuden ja yhdenvertaisuuden takaamiseksi. Tämän lisäksi viranomaisten vallankäytöllä on oltava myös kansanvaltainen perusta.¹⁵

¹² HE 1/1998 vp, s. 1

¹³ Mäenpää 2013, s. 137

¹⁴ Mäenpää 2013, s. 61

¹⁵ Mäenpää 2013, s. 137

Mäenpään mukaan lainsäädännön tehtävänä on oikeusvaltioon kytkeytyvän ajattelutavan mukaan pyykittää yhteiskunnan ja valtion, yksityisen ja julkisen välinen raja. Lähtökohtana on selkeä liberalistinen työnjako julkisen hallinnon ja yksityisen toiminnan välillä. Työnjaossa oikeusvaltion hallinto on lähinnä epäkohtiin korjaavasti ja useimmiten jälkikäteen puuttuva ”yövirtijavaltio”, joka ei aktiivisesti eikä suunnitelmallisesti ohjaa yhteiskuntaa johonkin ennalta määritellyyn suuntaan.¹⁶ Julkisen hallintotoiminnan ja yksityisen toiminnan raja on nykyään häilyvä, koska hallintotehtävien ulkoistaminen on voimistunut vuosi vuodelta. Mäenpää pohtii: onko mahdollista määritellä jokin ydinvaltion alue tai julkishallinnon kova ydin, joka olisi laadultaan niin tyypillisesti julkista, että vain viranomaisen voi hoitaa sitä?¹⁷ Palaan tähän oleelliseen kysymykseen myöhemmin tutkimuksessani.

Suomessa perustuslain 2 pykälä ja sen ensimmäinen ja toinen momentti sisältävät Suomen valtiojärjestyksen kansansuvereenisuuden periaatteen: ”Valtiovalta Suomessa kuuluu kansalle, jota edustaa valtiopäiville kokoontunut eduskunta. Kansanvaltaan sisältyy yksilön oikeus osallistua ja vaikuttaa yhteiskunnan ja elinympäristönsä kehittämiseen.” Ensimmäinen momentti osoittaa Suomen valtiojärjestyksen rakentuvan olennaisesti edustuksellisen demokratian varaan. Lisäksi se osoittaa eduskunnan aseman ylimpänä valtioelimenä¹⁸.

Oikeusvaltioperiaate on sisällytetty PL 2.3 §:ään: ”Julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin. Kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia.” Jyrängin mukaan nämä kaksi säännöstä ilmaisevat kaksi tärkeää aspektia oikeusvaltioperiaatteesta. Kolmatta ei mainita, mutta se on mukana julkilausumattomana: oikeusvaltioon kuuluu myös kaikkien Suomen oikeudenkäyttöpiirissä olevien fyysisten ja oikeushenkilöiden – eikä vain julkisen toiminnan harjoittajien – lainalaisuus, velvollisuus noudattaa lakia.¹⁹ Pykälän ensimmäinen virke edellyttää esitöiden mukaan, että julkisen vallan käyttäjällä tulisi aina olla viime kädessä eduskunnan säätämään lakiin palautettavissa oleva toimivaltaperuste. Esimerkiksi viranomaisilla ei siten voisi olla sellaista julkisen vallan käyttämistä tarkoittavaa toimivaltaa, jolla ei olisi nimenomaista tukea oikeusjärjestyksessä.²⁰ PL 2.3 §:ää korostaa myös perustuslain 80.1 §:n velvoite, jonka mukaan yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista on säädettävä lailla²¹.

¹⁶ Mäenpää 2013, s. 61

¹⁷ Mäenpää 2013, s. 95

¹⁸ HE 1/1988 vp s. 73

¹⁹ Jyränki – Husa 2012, s. 131

²⁰ HE 1/1998 vp s. 74

²¹ Mäenpää 2017, s. 135

Perustuslaissa ilmaisua laki käytetään kahdessa merkityksessä: tarkoittamaan eduskunnan säätämää lakia tai oikeusjärjestystä yleensä. PL 2.3 §:n ensimmäisessä lauseessa tarkoitetaan selvästi eduskuntalakia. Momentin toinen lause sitä vastoin näyttäisi Jyrängin mukaan viittaavan koko oikeusjärjestykseen. Lain samastaminen eduskuntalakiin kytkee oikeusvaltioperiaatteeseen kansansuvereenisuuden, edustuksellisen demokratian ja eduskunnan ensisijaisuuden periaatteet. Kansalaisen oikeusasemasta - oikeuksista ja velvollisuuksista - saadaan määrätä vain sellaisen elimen päätöksin, jonka asettamiseen kansalainen voi vaikuttaa, ts. eduskuntalailla. Toinen tärkeä lainalaisuuteen liittyvä korostus on lain merkitys ihmisten yhdenvertaisuuden toteuttajana. Yleisyydellään laki turvaa yhdenvertaisuutta ja kun laki kohtelee kaikkia samoin, se sulkee pois eriarvoisuuden ja kun laki on persoonaton, sitä on soveltamistilanteissa vaikea heikentää mielivaltaisista ja puolueellisista toimin.²²

Julkisen toiminnan lakisidonnaisuuteen sisältyvä yleinen lähtökohta on, että viranomaisen myös tuntee sovellettavan lain sisällön, sillä muuten lain tarkoin soveltaminen ei ole mahdollista. Tämä merkitsee, että viranomaisen on oma-aloitteisesti ja siis viran puolesta selvitettävä sen toiminnassa ja päätöksenteossa merkityksellinen lainsäädäntö ja sovellettava EU-oikeus.²³

2.2 Julkinen valta terminä

PL 22§:n mukaan: Julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Julkisen vallan on siis turvattava perustuslain takaamat perus- ja ihmisoikeudet. Mitä julkisella vallalla tarkoitetaan ja miten se poikkeaa yksityisoikeudellisesta toimijasta?

Perustuslain esitöiden mukaan julkisen vallan käyttöä ei ole palautettavissa yksinomaan valtion toiminnaksi. Suomessa esimerkiksi kunnat, kuntayhtymät, Ahvenanmaan maakunta ja evankelisluterilainen kirkko itsehallintoyhdyskuntina samoin kuin niin sanotun välillisen julkishallinnon organisaatiot, kuten Kansaneläkelaitos ja julkisoikeudelliset yhdistykset käyttävät merkittävää julkista valtaa.²⁴ Julkisella vallalla viitataan tahoihin, jotka vastaavat perustuslain mukaisista velvoitteista. Huomioitavaa kuitenkin on, että julkista valtaa voivat perustuslain mukaan käyttää rajoitetusti muutkin kuin edellä luetellut tahot (PL 124§). Myös Perustuslakivaliokunta totesi perusoikeusuudistusta koskevassa mietinnössään, että julkinen valta -käsitteen sisältö vaihtelee

²² Jyränki 2000, s. 67 - 68

²³ Mäenpää 2012, s. 72

²⁴ HE 1/1998 vp s. 74

perusoikeuksittain, mutta yleisesti keskeisimmät velvoitetut tahot ovat valtio sekä kunnat ja kuntayhtymät virkamiehineen ja päätöksentekoelementineen²⁵.

2.3 Merkittävä julkinen vallankäyttö

PL 124 §:n mukaan merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan antaa vain viranomaiselle. Merkittävänä julkisen vallan käyttämisellä tarkoitetaan esimerkiksi itsenäiseen harkintaan perustuvaa oikeutta käyttää voimakeinoja tai puuttua muuten merkittävällä tavalla yksilön perusoikeuksiin²⁶. Perustuslain säännös merkittävän julkisen vallankäytön ilmenemisestä yhtäältä itsenäiseen harkintaan perustuvana voimakeinojen käyttämisenä sekä toisaalta muuna merkittävänä puuttumisena yksilön perusoikeuksiin ei juuri avaa rajoituslausekkeen sisältöä. Näin niukan ja yleispiirteisen argumentaation valossa ei ole yllättävää, että säännöksen tulkinnassa on ajauduttu yksittäistapauksissa vaikeisiin rajanvetotilanteisiin. Keravuori-Rusasen mukaan säännöksen sisältöä olisi ollut suotavaa pyrkiä avaamaan laajemmin jo perustuslain valmisteluvaiheessa. Myös Lavapuro toteaa, että mahdolliset epävarmuudet koskevat valtiosääntöoikeudellisesti tyypillisesti sitä, onko kyse sellaisesta merkittävän julkisen vallan käyttöä sisältävästä tehtävästä, että sen voi antaa ainoastaan viranomaiselle²⁷. Keravuori-Rusanen toteaa, että lainsäätäjälle on tietoisesti jätetty merkittävän julkisen vallankäytön sisällöllinen täsmentäminen²⁸.

Säännöksen ydinfunktiona on pyrkimys säilyttää merkittävimmät viranomaistehtävät ja yksilön perustuslaillisen aseman kannalta olennaiset toimivaltuudet viranomaisorganisaation piirissä. Merkittävän julkisen vallankäytön antamista koskeva kielto on ymmärrettävä ennen muuta oikeusvaltioperiaatetta korostavaksi rajoitukseksi. Säännöksen ydinfunktio on pyrkimys säilyttää merkittävimmät viranomaistehtävät ja yksilön perustuslaillisen aseman kannalta olennaiset toimivaltuudet viranomaisorganisaation piirissä.²⁹ Ratkaisevaa on se, miten syvällisesti ja voimakkaasti julkista valtaa käyttävällä on oikeus rajoittaa yksilön mahdollisuuksia nauttia perusoikeuksistaan. Merkittävän julkisen vallankäytön piirissä liikutaan alueella, jossa perusoikeuden kannalta olennaiseen oikeuspiiriin syvällisesti kajoava vallankäyttö muodostuu toimivaltuuksien

²⁵ PeVM 25/1994 vp, s. 3

²⁶ HE 1/1998 vp s. 179

²⁷ Lavapuro 2018, s. 6

²⁸ Keravuori-Rusanen 2008 s. 413

²⁹ Keravuori-Rusanen 2008 s. 413

välittömyyttä, konkreettisuutta ja ankaruutta kuvaavalla asteikolla valtiosääntöoikeudellisesti poikkeukselliseksi³⁰.

Konkreettisesti PL 124 § tarkoittaa esimerkiksi sitä, että vain viranomainen voi päättää esimerkiksi hallinnollisesta rangaistusseuraamuksesta tai uhkasakon määräämisestä. Varsinaista poliisin toimintaa ei myöskään ole mahdollista ulkoistaa.³¹ Eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisussa (10.2.2009 dnro 1450/2/07), joka koski vartioimisliikkeen käyttöä ulkomaalaisten säilöönottoyksikön valvonnassa, todetaan että kyse on sellaisesta merkittävän julkisen vallan käytöstä, jonka mukaisia tehtäviä ei voida siirtää yksityiselle vartioimisliikkeelle. Ratkaisun tehnyt apulaisoikeusasiamies sanoo, että säilöön otettujen ulkomaalaisten kohtelusta annetun lain (116/2002) 36 §:n mukaan valvontatehtäviä suorittavien henkilöiden tulisi vastuukysymysten vuoksi olla julkisoikeudellisessa palvelussuhteessa valtioon tai kuntaan. Keikkalääkäri, joka ei ollut virkasuhteessa, oli määrännyt henkilön psykiatriseen sairaalahoitoon. Kuopion hallinto-oikeus (13.06.2011 11/0351/7) katsoi ratkaisussaan, että merkittävää julkista valtaa käyttävän tulee olla virkasuhteessa eikä keikkalääkäriä ollut toimivaltaa lähettää potilasta tarkkailuun vasten tämän tahtoa. Sosiaali- ja terveydenhuollossa päätöksentekoa sosiaalisten etuuskien, kuten lakisääteisten sosiaalipalvelujen, myöntämisessä ei voida uskoa yksityiselle palvelun tuottajalle kuin poikkeuksellisesti, koska päätöksenteko kuuluu kunnalliselle toimielimelle ja siten kyseessä on merkittävän julkisen vallan käyttämisestä³². Korkein hallinto-oikeus (KHO 126/2014) katsoi, että kalastusalue on voinut määrätä solmuväliltään tietynlaisten verkkojen määräaikaisesta kiellosta kalastuslain 37 §:n 2 momentin nojalla, eikä kyseessä ole ollut merkittävän julkisen vallan käyttöä.

Perustuslakivaliokunta on linjannut merkittävän julkisen vallan käyttöä mietinnöissään. Perustuslakivaliokunta on katsonut, että esimerkiksi kotirauhan piiriin kohdistuvat tarkastusvaltuudet merkitsevät oikeutta puuttua merkittävällä tavalla perustuslaissa jokaiselle turvattuun kotirauhan suojaan eikä tällaista valtuutta voida näin ollen antaa yksityiselle tavallisella lailla (PeVL 44/2016 vp, s. 5 ja siinä viitatus lausunnot PeVL 40/2002 vp, s. 3/II ja PeVL 46/2001 vp, s. 4—5). Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältävät niin ikään kaikki sellaiset ratkaisut, joilla olennaisesti puututaan perustuslain 7 §:ssä tarkoitettuun henkilökohtaiseen vapauteen tai koskemattomuuteen (PeVL 5/2014 vp, s. 2/II). Samoin hallinnollisen seuraamuksen määräämiseen sisältyy valiokunnan mukaan merkittävää julkisen vallan käyttöä (PeVL 15/2012 vp, s. 3, PeVL 57/2010 vp, s. 5, PeVL 32/2005

³⁰ Keravuori-Rusanen 2008, s. 419

³¹ Mäenpää 2013, s. 224

³² Sutela 2003, s. 78

vp, s. 2/II, PeVL 55/2005 vp, s. 2/I). Myös passin myöntämistä koskevassa päätöksenteossa on valiokunnan mukaan selvästi kysymys merkittävän julkisen vallan käytöstä, jota koskevia tehtäviä ei voida antaa muulle kuin viranomaiselle (PeVL 6/2013 vp, s. 2/I).³³

2.4 Julkiset tehtävät

2.4.1 Julkisen ja yksityisen vallan suhde

Aikaisemmin rajanveto julkisen vallan käytöstä ei ollut niin relevantti kuin nykyään. Mäenpään mukaan poliittisideologisten seikkojen ohella ehkä keskeisin on hallintotoiminnan painopisteen ja erityisesti hallinnon tehtävien muutos. Hyvinvointivaltion hallinto kouluttaa, hoitaa ja jakaa tukea sekä rakentaa ja ylläpitää liikenneyhteyksiä. Mikään näistä tehtävistä ei luonteensa puolesta ole välttämättä julkinen, vaikka niitä pohjoismaisissa hyvinvointivaltioissa hoitaa pääosin julkishallinto julkisin varoin. Ainakin periaatteessa, ja monesti myös käytännössä, tällaisia tehtäviä voivat yhtä hyvin tai huonosti hoitaa yksityiset organisaatiot ja elimet.³⁴

Julkisen toiminnan keskeinen erityispiirre on oikeus julkisen vallan käyttöön³⁵. Asia on säädelty perustuslain 2.3 pykälässä. Yksityinen toiminta sisältää myös usein vallan käyttöä, joka käytännössä nojautuu lähinnä taloudellisiin päätöksiin ja oikeustoimiin. Yksityinen valta nojautuu muodollisesti vastavuoroiseen oikeussuhteeseen sekä siihen perustuviin oikeuksiin ja velvollisuuksiin. Mäenpään mukaan tällaisia oikeussuhteita ovat mm. velka- tai työsopimussuhde. Yksityisellä toimijalla on siis toimintavapaus: sallittua on periaatteessa kaikki, mitä ei ole nimenomaisesti kielletty tai saatettu luvanvaraiseksi. Julkista valtaa viranomainen voi sen sijaan käyttää vain nimenomaisen, vallan käyttöön oikeuttavan toimivaltasäännöksen perusteella ja rajoissa.³⁶

Julkisen ja yksityisoikeuden välinen ero on edellä todettu pieneksi ja usein hämäräksi. Viranomaisten tehtävien hoitamisen kannalta on kuitenkin tärkeää tiedostaa, ollaanko tekemisissä yksityisoikeudellisten vai julkisoikeudellisten asioiden kanssa. Nimittäin niillä on selvä ero oikeudellisessa ja hallinnollisessa toiminnassa³⁷. Julkinen valta käyttää paljon yksityisoikeudellisia palveluntuottajia apunaan hyvinvointipalvelujen tuottamisessa. Yksityisoikeudelliseksi

³³ PeVL 26/2017 vp, s. 50 - 51

³⁴ Mäenpää 2013 s. 95

³⁵ Mäenpää 2013 s. 96

³⁶ Mäenpää 2013 s. 97

³⁷ Komulainen 2010 s. 166

oikeussuhteeksi katsottavien ostopalvelusopimusten riidat viedään ratkaistavaksi yleiseen alioikeuteen ja julkisoikeudelliseksi oikeussuhteeksi katsottavien ostopalvelusopimussuhteiden riidat viedään ratkaistavaksi hallinto-oikeuteen hallintoriita-asiana³⁸.

2.4.2 Julkisen vallan käyttäminen julkisoikeudellisen organisaation toimesta

Julkisen toiminnan keskeinen erityispiirre on oikeus julkisen vallan käyttöön. Vakiintuneena lähtökohtana on, että vain viranomaisella voi olla oikeus päättää yksipuolisesti yksityisen oikeusasemaan vaikuttavista toimista. Siten ainoastaan viranomaiselle voi kuulua toimivaltaa esimerkiksi oikeudellisesti sitovien velvoitteiden asettamiseen, rajoitusten määräämiseen, tai muuhun yksipuolisesti sitovaan päätöksentekoon yksityisen oikeuksista ja vapauksista.³⁹

Perustuslain esitöiden mukaan julkisen vallan käytön piiriin luetaan ensinnäkin sellaiset norminanto-, lainkäyttö- ja hallintopäätökset, jotka tehdään yksipuolisesti ja joiden vaikutus ulottuu yksityisiin oikeussubjekteihin⁴⁰. Viranomaisen tekemät etuspäätökset kuten toimeentulotuki ovat hallintopäätöksiä. Hakijalle tulee antaa yleensä kirjallinen päätös etuuden myöntämisestä, hylkäämisestä, lakkauttamisesta, tarkistamisesta, oikaisemisesta ja takaisinperinnästä. Kun päätös on kirjallinen, asiakas saa tietoonsa päätöksen perustelut ja hän voi harkintansa mukaan valittaa päätöksestä.⁴¹ Hallintoluvat kuten elinkeinolupa ja rakennuslupa ovat myös hallintopäätöksiä. Hallintolupa on viranomaisen päätös, jolla se yksittäistapauksessa sallii muuten kielletyn tai oikeudellisten rajoitusten alaisen toiminnan tai menettelyn⁴². Julkisen vallan käytössä on selviä astereroja. Edellä luetellut hallintopäätökset ovat lievempää julkisen vallan käyttöä⁴³.

Toisena keskeisenä julkisen vallan käytön muotona perustuslain esitöiden mukaan voidaan pitää välitöntä voimakeinojen käyttämistä ulkopuolisiin nähden. Julkisen vallan käytön ydinalueeseen kuuluvat esimerkiksi poliisitoimi, tuomioistuinlaitoksen lainkäyttötoiminta, ulosottotoimi ja verotus sekä viranomaisen oikeus määrätä ulkopuolisille virallisia seuraamuksia (esim. uhkasakko)⁴⁴. Julkista valtaa voidaan käyttää siis välittömästi ja tosiasiallisesti esimerkiksi käyttämällä voimatoimia

³⁸ Harjula & Prättälä 2015, s. 387

³⁹ Mäenpää 2013, s. 96

⁴⁰ HE 1/1998 vp s. 74

⁴¹ Kela, etuusohje 2020, s. 164

⁴² Katso lisää: <https://tieteentermipankki.fi/wiki/Oikeustiede:hallintolupa>

⁴³ Mäenpää 2013, s. 96

⁴⁴ HE 1/1998 vp s. 74

yleisen järjestyksen turvaamiseksi tai antamalla tahdosta riippumatonta hoitoa⁴⁵. Tahdosta riippumatonta hoitoa säännellään mielenterveyslain toisessa luvussa. Lain esitöissä korostetaan, että koska tahdosta riippumatta annettavaan hoitoon määrääminen merkitsee puuttumista yksilön henkilökohtaiseen vapauteen, on pidettävä tärkeänä, että toimenpiteen aineelliset edellytykset säännellään laissa mahdollisimman täsmällisesti ja yksiselitteisesti siten, että lain tarkoitus ilmenee jo lain sanamuodosta. Henkilö voitaisiin määrätä tahdostaan riippumatta psykiatriseen sairaalahoitoon vain, jos seuraavat hoitoon määräämisen edellytykset kaikki täyttyvät:

- 1) hänen todetaan olevan mielisairas
- 2) hän on mielisairautensa vuoksi hoidon tarpeessa siten, että hoitoon toimittamatta jättäminen olennaisesti pahentaisi hänen mielisairauttaan tai vakavasti vaarantaisi hänen terveyttään tai turvallisuuttaan taikka muiden henkilöiden terveyttä tai turvallisuutta
- 3) mitkään muut mielenterveyspalvelut eivät sovellu käytettäväksi tai ovat riittämättömiä.⁴⁶

Voimakeinoista säännellään esimerkiksi ulosottokaaren 82–83 §:ssä (Ulosottokaari 705/2007). Niiden mukaan ulosottomiehellä on oikeus avata tai avauttaa lukkoja ja ovia sekä kohdatessaan vastarintaa, jolla pyritään estämään täytöntöönpano, ulosottomiehellä on oikeus saada poliisilta virka-apua sekä itsekkin käyttää tarpeellisia voimakeinoja tilanne huomioon ottaen. Kappaleessa mainittu julkisen vallan käyttäminen on asteeltaan voimakkainta, koska siinä käytetään pakkoa tai voimakeinoja. Sen lisäksi rangaistusseuraamuksen määrääminen sisältää merkittävää julkisen vallan käyttöä.⁴⁷

Jyräki ja Husa nostavat esille julkisen toiminnan käsitteen laajuuden. Se on laajempaa kuin perustuslain 2.3 §:n mukainen julkisen vallan käyttö, käsittäen kaiken julkisyhteisöjen toiminnan, kuten esimerkiksi julkisen palvelujen tuottamisen.⁴⁸ Uuden kuntalain esitöissä ehdotettiin otettavaksi käyttöön kuntakonsernia laajempi uusi käsite kunnan toiminta. Kunnan toiminta käsittää kunnan ja kuntakonsernin toiminnan lisäksi kunnan osallistumisen kuntien yhteistoimintaan sekä kunnan muun omistukseen, sopimukseen ja rahoittamiseen perustuvan toiminnan.⁴⁹ Hallituksen esityksessä

⁴⁵ Mäenpää 2017, s. 137

⁴⁶ HE 201/1989 vp. s. 15

⁴⁷ Mäenpää 2013, s. 96

⁴⁸ Jyräki – Husa 2012, s. 132

⁴⁹ HE 268/2014 s. 135

kuntalaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi sanotaan, että kunnan järjestämässä terveydenhuollossa on kyse julkisen tehtävän hoidosta, mutta tavanomaisessa potilaan hoidossa ei käytetä julkista valtaa. Esityöt kuitenkin mainitsevat, että lääkärintyöhön voi sisältyä sellaista potilasta koskevaa päätöksentekoa, kuten esim. pakkohoito, joka on katsottava julkisen vallan käytöksi.⁵⁰

2.4.3 Hyvän hallinnon vaatimus viranomaisen toiminnassa

Viranomaisten käyttäessä julkista valtaa, sitä koskee perustuslain 21 §:n toinen momentti, jonka mukaan hyvän hallinnon takeet turvataan lailla. Pykälässä säädetään sekä asianmukaisen käsittelyn perusteista että oikeudenmukaisen oikeusturvamenettelyn takeista. Perusoikeus hyvään hallintoon sisältää siten ainakin seuraavat tässä lainkohdassa mainitut osaoikeudet: oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti, ja ilman aiheetonta viivytystä, oikeus saada asiansa käsitellyksi toimivaltaisessa viranomaisessa, hallintoasian käsittelyn julkisuus, oikeus tulla kuulluksi hallintoasian käsittelyssä, oikeus saada perusteltu päätös hallintoasiassa ja oikeus hakea muutosta hallintoasiassa annettuun päätökseen. Luettelo ei ole tyhjentävä sillä näitä hyvän hallinnon takeita turvaavia säännöksiä on etenkin hallintolaissa (2003, HL).⁵¹

Hallintolaki kohdistuu Mäenpään mukaan ensisijaisesti hallinto-oikeudellisen suhteen toiseen osapuoleen, viranomaisiin ja julkista hallintotehtävää hoitaviin⁵². Hallintovaliokunta halusi täsmentää hallintolain 2 §:n kolmatta momenttia sanamuodon osalta niin, että momentissa mainittujen toimijoiden rinnastaminen viranomaiseen saattaa sanamuodon perusteella aiheuttaa tulkintanäkemyksiä. Hallintolain 2 §:n kolmas momentti muutettiin kuulumaan näin: hallintolakia sovelletaan valtion liikelaitoksissa, julkisoikeudellisissa yhdistyksissä sekä yksityisissä niiden hoitaessa julkisia hallintotehtäviä.⁵³ Hallintolakia sovelletaan myös kuntien viranomaisissa. Edellä luetut julkiset ja yksityiset toimijat ovat vastuussa siitä, että hallintolakia noudatetaan käytännössä.⁵⁴

Hyvän hallinnon perusteista säädetään hallintolain 2.1 §:ssä. Hyvän hallinnon perusteiden yleiset lähtökohdat on määritetty hallintolain toisessa luvussa ja niihin kuuluvat: hallinnon oikeusperiaatteet (6§), palveluperiaate ja palvelun asianmukaisuus (7 §), neuvonta (8 §), hyvän kielen vaatimus (9 §) ja viranomaisten vastuu. Hallintolain oikeusperiaatteet ilmentävät viranomaisen harkintavaltaa

⁵⁰ HE 268/2014 s. 201 - 202

⁵¹ Mäenpää 2008, s. 4

⁵² Mäenpää 2008, s. 31

⁵³ HaVM 29/2002 s. 5 - 6

⁵⁴ Mäenpää 2012 s. 30

ohjaavat yleiset hallinto-oikeudelliset periaatteet⁵⁵. Viranomaisen toiminnan on niiden mukaan oltava oikeasuhteista (suhteellisuusperiaate) ja johdonmukaista (yhdenvertaisuusperiaate). Hyvä hallinto edellyttää myös toiminnan puolueettomuutta ja asian käsittelyn objektiivisuutta (objektiivisuusperiaate). Harkintavallan väärinkäyttö on kielletty (tarkoitussidonnaisuuden periaate). Viranomaisen toiminnassa on lisäksi otettava huomioon yksilön perustellut odotukset (luottamuksensuojaperiaatteet). Hyvän hallinnon takeisiin voidaan lukea myös perustuslain 12 §:n toinen momentti, jonka mukaan viranomaisen asiakirjat ja muut tallenteet ovat yleensä julkisia. Hallinnon avoimuutta ja julkisuusperiaatteen toteuttamista määrittelee tarkemmin laki viranomaistoiminnan julkisuudesta eli julkisuuslaki (1999).⁵⁶

Apulaisoikeusasiamies ratkaisussaan EOAK/4593/2018 toteaa, että Siun sote - Pohjois-Karjalan sosiaali- ja terveystalouden kuntayhtymän menetelleen lainvastaisesti asumispalvelua ja palveluseteliä koskevassa päätöksenteossa. Asian käsittely ei edennyt lain ja hyvän hallinnon vaatimusten mukaisesti eikä ilman aiheetonta viivytystä.

Tapauksessa oli kyse muistisairaana potilaan ympärivuorokautisen hoidon tarpeen arvioinnista ja päätöksenteosta asiaan liittyen. Potilaalle tehtiin arviointi 8.1.2018 moniammatillisen ryhmän toimesta, jossa todettiin potilaan tarvitsevan palveluasumisen paikan. Hoitopäätös tehtiin kuitenkin vasta 7.5.2018 takautuvasti alkamaan 1.5.2018. Asiassa tehtiin kaksi päätöstä. Kielteinen päätös, joka käsitteli asiakkaan asettamista jonoon ja palvelujohtajan 7.5.2018 tekemä myönteinen päätös palveluasumiseen sijoittumisesta palvelusetelillä 1.5.2018 alkaen. Asiakkaalle sekä omaisille ei ollut lähetetty hoitokotiin odottamisen päätöstä, mikä oli valmisteltu 30.1.2018 moniammatillisen tiimin päätöksen pohjalta, inhimillisen informaatiokatkoksen takia.

Apulaisoikeusasiamies perustelee ratkaisuaan perustuslain 21 §:n ensimmäisen momentin⁵⁷ ja hallintolain 43 §:n⁵⁸ mukaan. Päätöstä ei tehty kirjallisesti, eikä hakijalle toimitettu kirjallista päätöstä ja muutoksenhakuohjausta. Apulaisoikeusasiamies korostaa, että asiassa on ennen kaikkea kysymys

⁵⁵ HE 72/2002 vp. s. 54 - 56

⁵⁶ Mäenpää 2008 s. 4 - 5

⁵⁷ PL 21 § 1 mom. : jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä toimivaltaisessa viranomaisessa. Saman pykälän toisen momentin mukaan käsittelyn julkisuus sekä oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta samoin kuin muut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet turvataan lailla.

⁵⁸ HL 43§: hallintopäätös on annettava kirjallisesti. Päätös voidaan antaa suullisesti, jos se on välttämätöntä asian kiireellisyyden vuoksi. Suullinen päätös on viipymättä annettava myös kirjallisena oikaisuvaatimusohjeineen tai valitusosoituksineen. Määräaika oikaisuvaatimuksen tekemiseen tai muutoksenhakuun alkaa kirjallisen päätöksen tiedoksisaannista siten kuin siitä erikseen säädetään.

hyvän hallinnon ja oikeusturvan toteutumisesta. Kirjallisen päätöksen tekemättä jättäminen on johtanut siihen, ettei päätökseen tyytymätön saanut tietoonsa päätöksen perusteita, eikä hänellä ollut mahdollisuutta käyttää asiassa muutoksenhakuoikeutta. Tämä on vaarantanut hänen oikeusturvansa.⁵⁹

2.4.4 Virkamieshallintoperiaate

Lähtökohtaisesti jo vähäinen määrä varsinaista julkisen vallan käyttöä edellyttää viran perustamista ja virkasuhteen käyttöä⁶⁰. Mäenpään mukaan hallintotehtävien hoitaminen, sikäli kuin ne sisältävät julkisen vallan käyttöä, kuuluu sen mukaan vain virkamiehille, jotka asetetaan tehtävänsä erityisessä menettelyssä ja joita koskee erityinen virkavastuu. Edellä mainittua kutsutaan virkamieshallintoperiaatteenksi. Se ei kuitenkaan sisällä ehdotonta estettä antaa julkista valtaa ja julkisia tehtäviä rajoitetusti muille kuin viranomaisille ja virkamiehille.⁶¹ Lakisidonnaisuuden vaatimusta tehostaa perustuslain 118 §:ssä säädetty virkavastuu. Säännöksen mukaan virkamies vastaa virkatoimiensa lainmukaisuudesta. Tällä tarkoitetaan oikeudellisen vastuun erilaisia muotoja, jotka tulevat kysymykseen lainvastaisen virkatoiminnan seurauksena. Virkavastuu voidaan toteuttaa tuomioistuimen päätöksellä ja lähinnä rikosoikeudellisen syytteen tai vahingonkorvauskanteen perusteella.⁶² Virkamiehen riippumattomuus on tärkeä oikeusvaltion ja hallinnon lainalaisuuteen perustuva periaate. Virkamies on päätöksenteossaan itsenäinen ja riippuvainen ainoastaan sovelletusta laista, jota virkamiehen on tarkoin noudatettava.⁶³

Virkamiehen yleiset oikeudet määritellään perustuslain perusoikeussäännöksissä. Perustuslakiin sisältyvät perussäännökset myös virkavastuusta, yleisistä nimiperusteista ja virkatoiminnan lainalaisuudesta. Rikosoikeudellisen virkavastuun perusteet määritellään yksityiskohtaisesti rikoslaissa ja vahingonkorvausvastuun perusteet vahingonkorvauslaissa (1974/412). Virkamiehen ja hänen työnantajansa oikeuksien ja velvollisuuksien perusteet määräytyvät niitä koskevien virkamieslakien mukaan. Valtion virkamiehiä koskee valtion virkamieslaki (VirkamiesL 1994/750) ja kunnan viranhaltijoiden asemaa määrittää laki kunnallisesta viranhaltijasta (ViranhaltijaL 2003/304).⁶⁴

⁵⁹ EOAK/4593/2018 s. 2 - 5

⁶⁰ Koskinen & Kulla 2005, s.11

⁶¹ Mäenpää 2017, s. 26 - 27

⁶² Mäenpää 2008 s. 61

⁶³ Mäenpää 2013, s. 1157

⁶⁴ Mäenpää 2013, s. 1155

Kuntalain esitöissä perustellaan, että kunnan palveluiden järjestämisvastuuseen kuuluisi myös vastuu tehtävän järjestämisen edellyttämästä viranomaiselle kuuluvan toimivallan käyttämisestä. Kuntalain kunnan henkilöstöä koskevan 87 §:n toisen momentin mukaisesti kunnassa tai kuntayhtymässä tulee olla julkisen toimivallan käyttöä edellyttävien tehtävien hoitamista varten virkasuhteessa olevaa henkilöstöä.⁶⁵ Kuten edellä on todettu, niin julkista valtaa käytetään esimerkiksi tehtävissä, joissa tehtävän suorittaja voi lakiin perustuvan toimivaltansa perusteella yksipuolisesti päättää toisen edusta, oikeudesta, tai velvollisuudesta tai antaa toista velvoittavan määräyksen tai muulla tavalla tosiallisesti puuttua toisen etuun tai oikeuteen. Näistä syistä myös oikeudellisen vastuun edellytetään olevan tavallista ankarampaa virkasuhteessa ja viranomaisen käyttäessä julkista valtaa⁶⁶. Kuntalain esitöissä 87 §:n toisen momentin mukaan tehtävää, jossa käytetään julkista valtaa, hoidetaan virkasuhteessa. Julkisen vallan käyttöä voi sisältyä myös tehtävään, johon kuuluu esittelyä kunnallisessa päätöksentekoprosessissa.⁶⁷

Lääketieteen kandidaatti oli keikkalääkäri kunnan terveyskeskuksessa. Päivystävänä lääkärinä hän laati potilaasta tarkkailulähetteen. Potilas määrättiin tahdosta riippumattomaan psykiatriseen sairaalahoitoon. Mielenterveyslain mukaiseen tarkkailuun lähettäminen merkitsee puuttumista henkilön perustuslailla turvattuihin henkilökohtaiseen vapauteen ja henkilökohtaiseen koskemattomuuteen. Tarkkailuun lähettämisestä päättävä lääkäri käytti asiassa julkista valtaa. Perustuslain 124 §:stä johtuu, että julkisen hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle on säädettävä lailla. Keikkalääkäri ei ollut virkasuhteessa kuntaan. Korkein hallinto-oikeus totesi ratkaisussaan (2012:63), että potilaan tarkkailuun ottaminen ei ollut perustunut virkalääkärin laatimaan tarkkailulähetteen, ja sen takia potilaasta tehty hoitoonmääräämispäätös oli tehty vasten perustus- sekä mielenterveyslakia. Sosiaali- ja terveysministeriö oli ohjeistanut jo vuonna 2006 kuntia kannanotossaan:

Terveyskeskuksessa pitää olla julkisen vallan käyttöön liittyvien tehtävien hoitamista varten virkasuhteessa oleva lääkäri eli ns. virkalääkäri. Terveystieteiden lainsäädännössä on monia eri tilanteita, joissa tarvitaan virkalääkäriä. Tartuntatautilaissa (583/1986) on säännöksiä muun muassa siitä, että terveyskeskuksen tartuntataudeista vastaava lääkäri voi päättää esimerkiksi potilaan eristämisestä. Myös

⁶⁵ HE 268/2014 s. 139 - 140

⁶⁶ Mäenpää 2013, s. 1215

⁶⁷ HE 268/2014 s. 140

päivystävällä lääkäriellä pitää olla muun muassa oikeudet tehdä päätös eristämisestä. Erityisesti yleisvaarallisen tartuntataudin leviämisen estämiseksi tehtävät toimenpiteet edellyttävät nopeita viranomaisena tehtäviä toimia ja julkisen vallan käyttöä, joissa pitää virkasuhteessa kuntaan tai kuntayhtymään. Vastaavasti esimerkiksi mielenterveyslaissa (1116/1990) säädetään eräistä sellaisista terveyskeskuslääkärin tehtävistä, joihin sisältyy julkisen vallan käyttöä. Tällöin lääkärin pitää olla virkasuhteessa terveyskeskusta ylläpitävään kuntaan tai kuntayhtymään.⁶⁸

Virkavastuu on sidoksissa julkisiin hallintotehtäviin. Koska julkisen vallan käyttäminen keskittyy pääsääntöisesti viranomaisiksi organisoituneille elimille, niin niissä asioiden hoito keskittyy virkamieshallinnon periaatteen mukaisesti virkasuhteessa olevalle henkilöstölle. Taustalla on Koskisen ja Kullan mukaan ajatus, että erityinen virkavastuu takaa kansalaisiin suuntautuvien tehtävien asianmukaisen hoidon.⁶⁹ Virkamiehen hoitaessa virkatehtäviään vastoin lakia tai virkavelvollisuuksiaan taikka laiminlyö virkatehtäviään, hän tekee virkavirheen. Tämä voi johtaa virkavastuun toteuttamiseen, johon on käytettävissä kolme pääasiallista tapaa:

- 1) Rikosoikeudellinen vastuu määritellään pääosin rikoslain 40 luvussa, jossa säädetään virkarikosten yleisistä perusteista, tunnusmerkistöistä ja seuraamuksista. Toimivalta rikosoikeudellisen virkavastuun toteuttamiseen kuuluu yleisille tuomioistuimille.
- 2) Jos virkavirhe aiheuttaa vahinkoa, se voi perustaa virkamiehelle myös vahingonkorvausvastuun, josta säädetään vahingonkorvauslaissa (1974/412).
- 3) Virkavirheen aiheuttama virkavastuu voidaan toteuttaa myös hallinnollisessa menettelyssä. Virkavirheen seuraamuksena viranomaisen voi irtisanoa tai purkaa virkasuhteen.⁷⁰

2.4.5 Kunta peruspalveluiden tuottajana

Perustuslain perusoikeudet velvoittavat julkista valtaa järjestämään palvelut kaikille. Tarkemmin kuntia velvoittavista perusoikeuksista säädetään perustuslakia täydentävässä lainsäädännössä. Esimerkiksi terveydenhuollon lainsäädännön muodostavat terveydenhuoltolaki (1326/2010), sosiaalihuoltolaki (1301/2014), laki ikääntyneen väestön toimintakyvyn tukemisesta sekä iäkkäiden

⁶⁸ Sosiaali- ja terveysministeriö, kannanotto 2006, s. 2 - 4

⁶⁹ Koskinen & Kulla 2005, s. 212

⁷⁰ Mäenpää 2013, s. 1217

sosiaali- ja terveystalvveluista (vanhuspalvelulaki 980/2012), kansanterveystalv (66/1972), erikoissairaanhaitolaki (1062/1989) ja mielenterveystalv (1116/1990), jotka kaikki velvoittavat kuntia tai kuntayhtymii.⁷¹ Kunnan itsehallinto on turvattu PL:n 121 §:ssä ja siitä seuraa, että kunnissa sosiaalisia oikeuksia koskevien säännösten oikeusvaikutukset edellyttävät pääsäännön mukaan, että kunnille on erityisillä laeilla annettu näiden säännösten toteuttamisen kannalta merkityksellisiä tehtäviä⁷². Tämä tarkoittaa sitä, että valtion on säädettävä kunnan tehtävästä lailla, eikä esimerkiksi asetuksin tai muiden päätösten turvin⁷³. Perustuslain 16 §:n mukaan jokaisella on oikeus maksuttomaan perusopetukseen sekä julkisen vallan on turvattava jokaiselle yhtäläinen mahdollisuus saada kykijensä ja erityisten tarpeidensa mukaisesti myös muuta kuin perusopetusta sekä kehittää itseään varattomuuden sitä estämättä. Samoten PL:n 19.3 §:n mukaan julkisen vallan on turvattava, sen mukaan kuin lailla tarkemmin säädetään, jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveystalvvelut ja edistettävä väestön terveyttä. Näin ollen julkista valtaa käyttävillä kunnilla on merkittävä rooli perusoikeuksien ja erityisesti ns. taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien (TSS⁷⁴) toteuttajana. TSS oikeudet lisättiin Suomen hallitusmuotoon (15 a §) vuonna 1995. Uudistus oli perusoikeusuudistuksen yksi merkittävimmistä muutoksista ja sen tavoitteena oli yksilön oikeuksien perustuslaintasaisen turvan laajentaminen ja vahvistaminen⁷⁵. Hallitusmuodon säännökset kirjattiin perustuslain 19 §:ään⁷⁶ (sosiaaliset oikeudet), 18 §:ään (taloudelliset oikeudet) ja 16 §:ään (sivistykselliset oikeudet).

Kunnan peruslaki kuntalaki (410/2015) määrittelee kunnan tehtävien perustasta tarkemmin kuin perustuslaki. Kuntalain 2 luvussa ja sen 7–9 §:ssä säädetään kuntien tehtävistä ja järjestämisvastuusta.

Kuntalain mukaan kunnan tehtävät voivat siten olla itselleen ottamia, laissa säädettyjä tai sopimukseen perustuvia tehtäviä. Kunnan itsehallinnolliset tehtävät jaotellaan itselleen ottamiin tai laissa säädettyihin tehtäviin. Perinteisesti kunnan tehtävät on jaoteltu yleiseen toimialaan eli vapaaehtoisin tehtäviin ja erityistoimialaan eli pakollisiin, yksityiskohtaisemmin laissa säädelyihin tehtäviin.⁷⁷

⁷¹ Arajärvi 2011 s. 4

⁷² Tuori 2008, s. 211

⁷³ Anttiroiko ym. 2007, s. 56

⁷⁴ Kts. A 6/1976: Asetus taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen voimaansaattamisesta.

⁷⁵ HE 309/1993 s. 34

⁷⁶ Kotkas 2013, s. 217

⁷⁷ Anttiroiko ym. 2007, s. 56

Kuntalain 1.2 §:n mukaan kunta edistää asukkaidensa hyvinvointia ja alueensa elinvoimaa sekä järjestää asukkailleen palvelut taloudellisesti, sosiaalisesti ja ympäristöllisesti kestäväällä tavalla. Uuteen kuntalakiin on tehty selviä muutoksia verrattuna edelliseen kuntalakiin (365/1995). Hyvänä esimerkkinä uuteen kuntalakiin on lisätty taloudellisuus näkökulma kuntapalveluiden rahoituksen yhä niukentuessa sekä kestävä kehitys on vaihtunut suurempaan ilmaukseen ympäristöllisesti kestäväällä tavalla, jotta vastuullinen ympäristöpolitiikka toteutuu kuntien toiminnassa⁷⁸ Hallituksen esityksessä vanhaksi kuntalaiksi (365/1995) pykälää perustellaan toteavaksi ja pelkistetyksi, koska sillä halutaan korostaa lainsäätäjän tahtoa perinteisen hyvinvointiyhteiskunnan jatkuvuudesta. Yhteiskunnallisessa tehtävien jaossa kunnalla olisi edelleen päävastuu esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuollon, opetuksen, kulttuurin ja vapaa-ajan peruspalvelujen saatavuudesta. Palvelujen tarjonnan järjestämisessä ja kuntakohtaisessa painottumisessa voisi kuntien välillä olla eroja.⁷⁹ Tälle antaa tukea Suomessa vuodesta 1991 oikeusjärjestykseemme kuulunut paikallisen itsehallinnon peruskirja. Peruskirjan 3 artiklan 1 kappaleen mukaan paikallinen itsehallinto tarkoittaa paikallisviranomaisten oikeutta ja kelpoisuutta säännellä ja hoitaa lain nojalla huomattavaa osaa julkisista asioista omalla vastuullaan ja paikallisen väestön etujen mukaisesti. Kunnan ja valtiovallan tehtävienjakoa selventää peruskirjan 4. artiklan 3-kappale, jonka mukaan julkisista tehtävistä tulee yleensä ensisijaisesti huolehtia kansalaista lähinnä olevien viranomaisten. Edellä sanotun perusteella kuntien toiminnoissa voisi olla suuriakin eroja ja käytännössä kunnat saisivat käyttää palvelutuotannossa omaa harkintaansa sekä itse saisivat määritellä toimintansa. Tehty johtopäätös ei kuitenkaan päde, sillä lainsäätäjällä on määritellyt kuntien velvoitteista yksityiskohtaisesti ja siten asettanut rajoja niiden itsehallinnolle⁸⁰. Jos lainsäädännöllä asetetaan kunnille uusia velvoitteita, on valtion vastattava myös siitä, miten uudet velvoitteet rahoitetaan.

2.4.6 Julkisen hallintotehtävän määritelmä

PL:n 124 § säättää hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle. Tarkemmin hallintotehtävä avataan PL:n esitöissä. Sen mukaan julkisella hallintotehtävällä viitataan verraten laajaan hallinnollisten tehtävien kokonaisuuteen, johon kuuluu esimerkiksi lakien toimeenpanoon sekä yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen oikeuksia, velvollisuuksia ja etuja koskevaan päätöksentekoon liittyviä tehtäviä. Esitöiden mukaan lainsäädäntö- ja tuomiovallan käyttöä ei sen

⁷⁸ ks. HE 268/2014 s. 135

⁷⁹ HE 192/1994 vp. s. 74

⁸⁰ Heuru ym. 2011, s. 51

sijaan pidetä hallintotehtävänä.⁸¹ Julkinen hallintotehtävä viittaa toimintaan, johon liittyy yleisen edun toteuttamista tai muutoin julkisten palvelujen järjestämiselle luonteenomaisia piirteitä. Keskeistä on myös, että tehtävä perustuu lailla tai lain nojalla annettuun julkiseen toimeksiantoon. Julkisiin hallintotehtäviin liittyy usein oikeus käyttää julkista valtaa eli hallintopäätösten tekemistä sekä asian ratkaisemista välittömästi palvelevia valmistelu- ja täytäntöönpanotoimia. Julkisen vallan käyttämisestä on myös yksityisiin kohdistuvien käskyjen taikka kieltojen antaminen. Hallintolain esitöissä ei pidetty perusteltuna tehdä eroa julkisen vallan käytön eri muotojen välillä ja siksi hallintotehtävän käsite kattaa myös merkittävän julkisen vallan käytön.⁸²

Joka tapauksessa perustuslain esitöissä esitetty julkisen hallintotehtävän määritelmä jää varsin yleistasoiseksi ja monelta osin tulkinnanvaraiseksi. Esitöissä ei myöskään tarkemmin eritellä tai määritetä julkisen hallintotehtävän ja julkisen vallan käytön välistä suhdetta. Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin katsottu, että julkista hallintotehtävää voidaan pitää laajempänä yläkäsitteenä ja julkisen vallan käyttöä sen alle kuuluvana alakäsitteenä.⁸³ Huhtanen on samaa mieltä ja perustelee asiaa niin, että vain osa julkisista hallintotehtävistä sisältää julkisen vallan käyttöä⁸⁴. Arajärvi antaa samanlaisen tulkinnan julkisesta hallintotehtävästä. Hänen mukaansa julkisena hallintotehtävänä voidaan pitää kaikkia viranomaiselle säädettyjä tehtäviä, lukuun ottamatta tuomiovallan käyttöä⁸⁵. Rusanen-Keravuori näkee julkiseen tehtävään kuuluvan kaikki ne tehtävät, jotka ovat perinteisesti kuuluneet julkiselle hallinnolle tai joiden hoitaminen perustuu lakiin tai asetukseen⁸⁶. Oikeuskirjallisuudessa ja oikeuden päätöksissä on linjattu, että sosiaali- ja terveydenhuollon hoitotoimet ja monet muut palvelujen käytännön toteutusta palvelevat toimet eivät sisällä julkisen vallan käyttöä, mutta ovat silti julkisia hallintotehtäviä⁸⁷.

Kunnallisoikeudessa julkisia hallintotehtäviä ovat viranomaistehtävät. Tällaisia kuntien hoidettavia tehtäviä, joita ei voi ulkoistaa ovat ensinnäkin tehtävät, jotka sisältävät velvoittavan julkisen vallan käyttämistä. Toiseksi tehtävät vaativat kunnan päätösvallan käyttämistä, mikä edellyttää valmisteluvaiheessa lähes poikkeuksetta viranhaltijaesittelyä lautakunnissa ja kunnanhallituksessa.

⁸¹ HE 1/1998, s. 179

⁸² HE 72/2002, s. 48

⁸³ Giordani & Kava 2019, s. 3 ja Kerttula 2010, s. 152

⁸⁴ Huhtanen 2012, s. 88

⁸⁵ Arajärvi 2011, s. 76

⁸⁶ Keravuori-Rusanen 2008 s. 143

⁸⁷ Huhtanen 2012, s. 89

Viranhaltijat toimivat virkavastuulla esitellessään asioita. Kolmanneksi julkisia hallintotehtäviä ovat tehtävät, joiden hoitamisessa vaaditaan erityistä julkista luotettavuutta ja virkavastuuta.⁸⁸

Lavapuron mukaan perustuslain yleinen määritelmä julkiselle hallintotehtävälle on oikeuskirjallisuudessa pidetty ilmauksena siitä, että julkisen hallintotehtävän käsite on tarkoitettu tulkittavaksi laajasti. Perustuslain lähtökohtana on siis laajasti tulkittava julkisten hallintotehtävien käsite. Sen paremmin esitöistä kuin perustuslakivaliokunnan käytännöstäkään ei ole löydettävissä selkeitä yleisiä kriteereitä sille, millaisia tehtäviä tulee arvioida perustuslain 124 §:ssä tarkoitettuina julkisina hallintotehtävinä ja minkä tyyppiset tehtävät jäävät muun tyyppisinä tehtävinä säännöksen soveltamisalan ulkopuolelle. Lavapuron mukaan ainoa perustuslain esitöistä suoraan johdettava merkittävä raja julkisen hallintotehtävän käsitteen sisällölle liittyy valtiollisten perustehtävien erotteluun: Lainsäädäntö- tai tuomiovallan käyttöä ei voida pitää säännöksessä tarkoitettuna hallintotehtävänä. Tämän ulkopuolelle jäävä osaa julkisen vallankäytön eri muodoista ja ylipäättään hallinnollisista tehtävistä voidaan kuvata sekä laajaksi että rajoiltaan jossain määrin täsmentymättömäksi. Julkisen hallintotehtävän valtiosääntöoikeudellisia kriteereitä joudutaan niin ollen hakemaan perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännöstä ja niissä käsiteltyjen tilanteiden tyypittelyistä.⁸⁹ Käsittelen työssäni myöhemmin julkisia hallintotehtäviä ja erityisesti sitä, miten niitä voidaan antaa muun kuin julkisoikeudellisen organisaation hoidettavaksi.

3 KUNTAA KOSKEVA OIKEUDELLINEN SÄÄNTELY

3.1 Kuntalain keskeinen sisältö

3.1.1 Kunnan yleinen toimiala

Kunnallisen itsehallinnon keskeinen ominaispiirre on oikeus omiin, paikallisyhteisön ja sen asukkaiden kannalta tärkeinä pidettäviin tehtäviin. Tämän oikeuden nojalla kaupungit ja kunnat voivat päättää kulttuurilaitostensa ylläpidosta, elinkeinopolitiikasta, kansalaisaktiviteettien tukemisesta ja muista yhteisistä tehtävistään ja tarpeistaan.⁹⁰ Muita itselleen ottamia tehtäviä voivat olla liikuntaan liittyvät avustukset kuntalaisille, ystävyyskuntatoiminta, kansainvälinen toiminta,

⁸⁸ Sutela 2003, s. 77

⁸⁹ Lavapuro 2018 s. 5 - 6

⁹⁰ Heuru Ym. 2011, s. 180

virkestystoiminta, puistojen, retkeilyalueiden, uimaloiden ja urheilukenttien ylläpitäminen, julkinen liikenne, energian ja lämmön jakelu, matkailuun liittyvät toimenpiteet ja asunto-olojen edistäminen⁹¹ sekä pienvenesatamat, koirapalvelut, torit, viheralueet ja puistot ja yhdistysten vapaaehtoinen tukeminen⁹². Tämä ns. kunnan yleinen tai vapaaehtoinen toimiala ei ole kirjattu perustuslain kuntien itsehallintoa käsittelevään 121 §:ään, mutta lain alulle saattamassa hallituksen esityksen (HE 1/1998 vp.) yksityiskohtaisissa perusteluissa on mainittu, että kunnan tulee voida itse päättää tehtävistä, joita se itsehallintonsa nojalla ottaa hoidettavakseen. Yleinen toimiala on määritelty yleisesti hallituksen esityksessä kuntalaiksi. Sen mukaan kunnalliseen itsehallintoon on katsottu kuuluvan myös oikeus ottaa päätöksellään hoidettavakseen muita kuin lakisääteisiä tehtäviä⁹³. Kyseessä on yleislauseke, joka jättäisi käytännössä avoimeksi, mitä nämä tehtävät ovat. Määräytymisperusteet jäisivät edelleen oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa määriteltyjen periaatteiden varaan.⁹⁴ Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 1 artiklassa säädetään myös siitä, että yleinen toimiala on paikallisen itsehallinnon keskeinen osa. Artiklan mukaan paikallisen itsehallinto tarkoittaa paikallisviranomaisten oikeutta ja kelpoisuutta säännellä ja hoitaa lain nojalla huomattavaa osaa julkisista asioista omalla vastuullaan ja paikallisen väestön etujen mukaisesti.⁹⁵

Yleisen toimialan tarkoituksena on korostaa kunnan oikeutta itse harkita, mitkä toimet sen itsehallinnon, toisin sanoen kunnan ja sen asukkaiden kannalta ovat tarpeellisia ja tarkoituksenmukaisia. Kuitenkaan kunnan harkintavalta ei ole rajoituksetonta. Käytännössä kuntien harkintaa ovat ohjanneet voimakkaasti KHO:n ratkaisut, kommentaarien tulkinnat ja kuntaliiton antama oikeudellinen ohjaus.⁹⁶ Kuntien itsensä harjoittama liiketoiminta on ollut ongelmallista ja siihen liittyy paljon oikeustapauksia⁹⁷. Kuntalain 15 lukuun on kerätty kunnan toimintaa markkinoilla koskeva sääntely. Luvun säännösten punaisena lankana on kilpailuneutraliteetin turvaaminen⁹⁸. Luvussa on säännökset kuntien antamista lainoista ja takauksista sekä kiinteistön luovutuksesta ja vuokrasta. Kunnan toimintaan vaikuttaa merkittävästi myös yhtiöittämisvelvollisuus (127 §), joka toisaalta rajoittaa kunnallisen liikelaitoksen toimintaa siten, ettei se voi toimia kilpailutilanteessa markkinoilla.

⁹¹ Anttiroiko ym. 2007, s. 58

⁹² VTM 2015 s. 25

⁹³ HE 268/2014 s. 135 ja 138

⁹⁴ HE 268/2014 s. 138

⁹⁵ Harjula & Prättälä 2019, s. 163

⁹⁶ Heuru ym. 2011, s. 181.

⁹⁷ Anttiroiko ym. 2007, s. 59

⁹⁸ Harjula & Prättälä 2019, s. 164

Kuitenkin Rynnäsen mukaan kuntalain mukainen kunnan yleinen toimiala mahdollistaa oikeastaan kaiken järkevän kunnallisen tehtäväpiirin. Varsinkin 1980-luvun oikeudelliset rajanvedot kunnan elinkeinotoiminnan ja kansainvälisen toiminnan sallittavuudesta ovat jääneet historiaan. Kunnan toimialan rajojen määrittämisessä oikeudellisten rajanveto-ongelmien tilalle ovat tulleet enemmänkin taloudelliset seikat, mihin kunnalla on taloudellisia mahdollisuuksia.⁹⁹ Vaikka kunnalla on laajat mahdollisuudet toimia yleistoimialan puitteissa, niin kuitenkin joukko oikeudellisia periaatteita sääntelee näitä tehtäviä ja estää kuntaa ottamasta mitä tehtäviä tahansa hoitaakseen.

Osa näistä periaatteista on samoja kuin hallinnon yleiset oikeusperiaatteet, joista säädetään hallintolain (434/2003) 6 §:ssä. Näitä ovat yhdenvertaisuus-, objektiviteetti- ja suhteellisuusperiaate, tasapuolisen kohtelun vaatimus sekä harkintavallan väärinkäytön kieltö.¹⁰⁰ Yleishyödyllisyyden periaate edellyttää, että kunnan ottama vapaaehtoinen tehtävä edistää kuntalaisten hyvinvointia ja kunnan kehitystä yleensä. Spekulatiivisen toiminnan kiellon periaate edellyttää, ettei kunta saa ottaa asiaa hoidettavakseen pelkästään taloudellisen voiton tavoittelemiseksi. Yhdenvertaisuuden periaate edellyttää, että kunta ei suosi tai syrji ketään perusteettomasti.¹⁰¹ Paikallisuuden periaatteen mukaisesti kunnan toiminnan on rajoitettava kunnan alueen sisälle ja kuntalaisiin¹⁰². Heurun mukaan periaatteet ovat kuitenkin tulkinnallisia, sillä esimerkiksi vaatimus toimintojen kohdistumisesta kunnan alueelle ei ole ehdoton, koska kunta voi järjestää joidenkin tehtävien hoitamisen myös rajojensa ulkopuolella tai olla mukana laajemmissa hankkeissa, jos tällaiset toimenpiteet palvelevat kuntaa ja kunnan asukkaita¹⁰³.

Oikeuskäytäntöä yleisen toimialan rajoista on vähän ja oikeustapaukset ovat vanhoja. Kunnan keskeiset yleisen toimialaan liittyvät tehtävät ovat elinkeinotoiminnan edistämiseen liittyvät tehtävät sekä eri tahoille myönnetyt avustukset, takaukset ja lainat. Kunnat harjoittavat myös yleisen toimialan perusteella elinkeinotoimintaa.¹⁰⁴

3.1.2 Kunnan lakisäätöiset tehtävät

⁹⁹ Rynnänen 2004, s. 63

¹⁰⁰ HE-luonnos 8.5.2014, s. 17

¹⁰¹ Anttiroiko ym. 2007, s. 59

¹⁰² HE-luonnos 8.5.2014, s. 17

¹⁰³ Heuru ym. 2011, s. 181

¹⁰⁴ HE-luonnos 8.5.2014, s. 18

Kuntien lakisääteisistä tehtävistä käytetään perinteisesti termiä erityistoimiala. Kysymyksessä ovat kuntalain 7 §:n ensimmäisen momentin toinen lause, joka säätelee kunnalle laissa säädetty tehtävät¹⁰⁵. Kunnan tehtäväpiirin kahtiajaolla ei nykyisen käsityksen mukaisesti ole oikeudellista merkitystä. Kysymys on pelkästään erilaisesta sääntelytavasta. Toiset tehtävät ovat vapaaehtoisesti hoidettaviksi otettuja, toisista on säädetty nimenomaisesti. Perustuslain 121 §:ssä ja paikallisen itsehallinnon peruskirjassa määritellyt itsehallinnon periaatteet, kuten kansanvaltaisuusvaatimus, koskevat molempia tehtäväryhmiä.¹⁰⁶

Kunnan lakisääteiset tehtävät perustuvat erityislakeihin. Lakisääteisissä tehtävissä nähdään kahdenlaisia tehtäviä, joita on kutsuttu pakollisiksi ja vapaaehtoisiksi tehtäviksi. Pakolliset tehtävät tarkoittavat tehtäviä, jotka kunta on velvollinen hoitamaan. Lakisääteisillä vapaaehtoisilla tehtävillä puolestaan tarkoitetaan tehtäviä, joissa kunnalle jää asian hoitamisessa harkintavaltaa, mutta jos kunta ryhtyy tehtävää hoitamaan, sen on tapahduttava lain edellytysten mukaisesti.¹⁰⁷

Pakollinen tehtävä on esimerkiksi peruskoulu. Perusopetuslain (628/1994) 4 §:n mukaan kunta on velvollinen järjestämään sen alueella asuville oppivelvollisuusikäisille perusopetusta sekä oppivelvollisuuden alkamista edeltävänä vuonna esiopetusta. Kunnan vapaaehtoisiksi lakisääteisiksi tehtäviksi voidaan katsoa lukiot, ammatillinen koulutus, ammattikorkeakoulut, vapaa sivistystyö, taiteen perusopetus, liikunnan yleisten edellytysten luominen, nuorisotyö ja kulttuuritoiminta, kirjasto sekä sosiaalinen luototus.¹⁰⁸

Kuntalain (410/2015) 7 § 2 momentin mukaan kunta voi sopimuksen nojalla ottaa hoitaakseen muitakin kuin itsehallintoonsa kuuluvia julkisia tehtäviä. Näillä niin sanotuilla toimeksiantotehtävillä tarkoitetaan sellaisia julkisia tehtäviä, joiden hoitaminen lainsäädännön mukaan tai muuten kuuluu jollekin muulle julkisyhteisölle kuin kunnalle, mutta jotka kunta ottaa sopimuksen nojalla hoidettavakseen. Kunta voi ottaa sopimukseen perustuen hoidettavakseen muun muassa valtion, seurakunnan tai Kansaneläkelaitoksen tehtäviä, jos tämä sekä kunnan että muun julkisyhteisön mielestä on tarkoituksenmukaista. Toimeksiantoon perustuvia tehtäviä ovat mm. talous- ja velkaneuvonta (Laki talous- ja velkaneuvonnasta, 713/2000), maatalousyrittäjien lomituspalvelu (Maatalousyrittäjien lomituspalvelulaki, 1231/1996) ja rikos- ja riita-asioiden

¹⁰⁵ HE 268/2014 s. 138

¹⁰⁶ Heuru ym. 2011, s. 204

¹⁰⁷ Anttiroiko ym. 2007, s. 59

¹⁰⁸ Anttiroiko ym. 2007, s.60

sovittelu (Laki rikosasioiden ja eräiden riita-asioiden sovittelusta, 1015/2005).¹⁰⁹ Vuoden 2019 alusta voimaan tulleen talous- ja velkaneuvonnasta annetun lain (813/2017) mukaan talous- ja velkaneuvontaa järjestävät valtion oikeusapu- ja edunvalvontapiireistä annetussa laissa (477/2016) tarkoitetut valtion oikeusapu- ja edunvalvontapiirit. Kunnat, jotka aiemmin vastasivat näistä palveluista, voivat edelleen valtion kanssa tehdyn sopimuksen nojalla tulla kysymykseen palvelun järjestäjänä, jos se on palveluiden alueellisen saatavuuden tai muun syyn vuoksi tarpeen.¹¹⁰ Tehtäviä voidaan kokonaan siirtää kunnilta valtiolle, kuten on menetelty useiden sosiaalietuuksien myöntämisen kohdalla, samoin valtion tehtäviä (esimerkiksi aluekehitystehtäviä) on siirretty kuntien vastuulle¹¹¹. Osapuolten välillä tehtävässä sopimuksessa sovitaan tehtävien hoitamisen ehdoista. Lähtökohtana on, että kunta saa täyden korvauksen sille kuulumattomien tehtävien hoidosta.

Kuntalain 8 § sallii laaja-alaisen tehtävien siirron kuntien yhteistoimintaorganisaatioille. Tehtävän säätäminen laissa kunnalle ei yleensä estä tehtävän antamista esimerkiksi kuntayhtymän järjestettäväksi. Kunnat voivat lakisäätteisiä tehtäviä eli julkisia hallintotehtäviä järjestäessään turvautua säännöksen mukaan kaikkiin kuntalaissa säädettyihin kuntien välisen yhteistoiminnan muotoihin. Lakisäätteiset tehtävät voidaan järjestää yhteistoiminnassa silloinkin, kun erityislaissa ei ole yhteistoiminnan mahdollisuudesta säädetty, jollei nimenomaista kieltoa ole. Toisaalta näiden tehtävien on pysyttävä kunnan tai kuntayhtymän viranomaisten hoidossa, jotta virkavastuu-, julkisuus- ja oikeusturvanäkökohdat voidaan ottaa asianmukaisesti huomioon.¹¹²

Viime vuosien lainsäädännöllisen kehityksen leimallisia piirteitä ovat olleet kunnan harkintavallan kasvu. Se on ilmentynyt erityisesti sosiaali- ja terveyssektoreilla lakisäätteen suunnitteluvollisuuden lakkauttamisena vuoden 1993 alusta. Suunnittelujärjestelmä ja siihen kytketty valtionosuusjärjestelmä palvelivat ennen muuta kuntien toiminnan valvonnan välineinä. Kunnan tuli alistaa 5-vuotissuunnitelmansa lääninhallitukselle, jotta se saisi valtionosuutta, ja toisaalta se oli sidottu vahvistetun suunnitelmansa noudattamiseen. Toisaalta lainsäädäntöön on otettu entistä enemmän sitovia velvoitteita. Sellainen on esimerkiksi lakisäätteen velvollisuus osoittaa päivähoitopaikka tai järjestää päivähoito alle 7-vuotiaille. 2010-luvulla kuntien lakisäätiseksi palveluksi tuli muun muassa kuntouttavan työtoiminnan järjestäminen.¹¹³

¹⁰⁹ VM 40/2015 s. 110

¹¹⁰ Harjula & Prättälä 2019, s. 194

¹¹¹ Harjula & Prättälä 2019, s. 193

¹¹² Harjula & Prättälä 2019, s. 197

¹¹³ Heuru ym. 2011, s. 207 - 208

Juha Sipilän hallituksen (2015 - 2019) tavoitteena oli vähentää kuntien tehtäviä. Perustoimeentulotuki siirrettiin vuoden 2017 alusta Kansaneläkelaitokselle. Uudistuksen tavoitteena oli parantaa ihmisten yhdenvertaisuutta toimeentulotukea haettaessa sekä vähentää kuntien tehtäviä ja velvoitteita julkisen talouden velkaantumisen hillitsemiseksi¹¹⁴. Valtiontalouden tarkastusvirasto otti kantaa tarkastuksessaan perustoimeentulotuen siirrosta KELA:lle. Sen mukaan yhdenvertaisuus perustoimeentulotuen myöntämisessä on lisääntynyt, mutta lainvalmistelun yhteydessä ei tehty riittävän laajoja arvioita uudistuksen vaikutuksista muihin viranomaisiin. Tämän takia uudistus on vaikuttanut muun muassa TE-palvelujen asiantuntijoiden työhön sekä kasvattanut valitus- ja kanteluviranomaisten työmäärää, mikä lisää viranomaishallinnon kustannuksia.¹¹⁵

Valtiovarainministeriö asetti 15.4.2015 työryhmän (VM039:00/2015) valmistelemaan kuntien itsehallinnollisten tehtävien kartoitusta ja sen toteutusta. Työryhmä päätyi loppuraportissaan tulokseen, että valtaosa kuntien kaikista tehtävistä on lakisääteisiä tehtäviä. Muiden kuin lakisääteisten tehtävien osuus kuntien tehtävistä on tehdyn kartoitustyön perusteella noin 10–20 prosenttia.¹¹⁶ Valtiovarainministeriö totesi raportissaan vuonna 2015, että kunnille on säädetty 610 tehtävää ja 973 velvoitetta. Määrä on viime vuosien tapaan jatkunut nousujohteisena ja jopa kiihtynyt.¹¹⁷

3.1.3 Julkisen hallintotehtävän antaminen muulle kuin viranomaiselle

Länsi-Pohjan keskussairaalan palveluntuottajana aloitti vuonna 2018 Mehiläinen. Kyseessä oli yksi Suomen suurimmista sosiaali- ja terveystalouden ulkoistuksista, jossa erikoissairaanhoidon palvelut ja osa kuntien vastaanottopalveluista, kuntoutuksesta, työterveyshuollosta ja suun terveydenhuollosta siirrettiin Mehiläisen tuotettavaksi. Osakkaina sote-yhteisyrityksessä Meri-Lapin kunnista ovat Simo, Kemi, Keminmaa ja Tornio. Lisäksi Tervola ja Ylitornio hankkivat erikoissairaanhoidon palvelunsa yhteisyritykseltä.¹¹⁸ Kiihtyvällä tahdilla julkisia palveluita on annettu muun kuin viranomaisen tuotettavaksi. Sutelan mukaan käsitteellä ulkoistaminen tarkoitetaan sitä, että julkisyhteisö siirtää aiemmin itse hoitamansa toiminnon ulkopuolisen hoidettavaksi¹¹⁹. Erityisesti tämä koskee sosiaali- ja terveystalouden palveluita.¹²⁰ Hallintovaliokunnan mietinnön mukaan

¹¹⁴ HE 358/2014 s. 15 - 16

¹¹⁵ VTV 1/2020 s. 3 - 4

¹¹⁶ VM 2015 s. 5

¹¹⁷ VM 30/2015 s. 40

¹¹⁸ YLE 2018 <https://yle.fi/uutiset/3-10261312>

¹¹⁹ Sutela 2003, s. 13

¹²⁰ ks. Sutela 2003, Mäenpää 2013

hallinnon asiakkaan näkökulmasta yksityisten julkisia hallintotehtäviä hoitavien tahojen toiminta näyttäytyy viranomaistoimintana, jossa keskeisintä asiakkaan oikeuksien kannalta on kyetä varmistumaan täyttääkö hallintotoimia suorittava muu taho hoitamaan velvoitteensa asiallisesti¹²¹.

Muukkosen mukaan julkisten ja yksityisten toimintatapojen yhteensovittaminen luo haasteen, koska yleisellä tasolla yksityisen toiminnan koetaan olevan joustavaa ja tarkoituksenmukaisuuteen pyrkivää, kun taas perinteinen hallinto mielletään jäykäksi ja oikeusturvaa korostavaksi. Yksityisille toimijoille julkiset velvoitteet näyttäytyvät usein ylimääräisenä byrokrationa, mutta asialla on myös toinen puoli. Perinteisesti on nimittäin ajateltu, että julkisen ja siinä asioivan yksityisen suhde on jotain erityislaatuista; jotain, jossa on tarpeen tasapainottaa julkisen vallan erityisasemasta johtuvaa ”etua”. ”Hyvä hallinto”-ajattelun myötä on katsottu myös olevan tarpeen määrittää julkisen vallan toiminnalle tietyt laatuksiteerit, jotka ilmenevät esimerkiksi hallinnon oikeusperiaatteina, määräaikoina, esteellisyysnormeina. Hallinnon tulee toimia tietyllä asianmukaisella tavalla, jotta kansalaisille turvatut oikeudet tulevat toteutetuiksi. Hallinnolle on asetettu hyvän malli, joka sen tulee täyttää.¹²²

Julkisen hallintotehtävän antamista muulle kuin viranomaiselle säädetään perustuslain (731/1999) 124 §:ssä. Säännöksen mukaan:

Julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin hallintoviranomaiselle vain lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan kuitenkin antaa vain viranomaiselle.

Lavapuro toteaa, että perustuslakivaliokunta on tulkinnoissaan pitänyt valtio-omisteisia osakeyhtiöitä ja liikelaitoksia sekä kuntien liikelaitoksia perustuslain 124 §:ssä tarkoitettuina muina kuin viranomaisina.¹²³ PL 124 §:n mukaan julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi. Tarkoituksenmukaisuus perustuu arvioon palvelun tehokkuudesta, laadusta, vaikuttavuudesta, tuottavuudesta, halpuudesta ja muista vastaavista tavoitteista. Arajärven mukaan

¹²¹ HaVM 29/2002 vp, s. 6

¹²² Muukkonen 2012, s. 2

¹²³ Lavapuro 2018, s. 4 katso myös PeVL 50/2017 vp ja PeVL 8/2014 vp

tarkoituksenmukaisuus kriteeriä ei kuitenkaan riittävästi arvioida ja hän näkee tämän puutteena yksityistämisestä päätettäessä.¹²⁴ Perustuslakivaliokunta on päätöksissään linjannut missä rajoissa julkinen hallintotehtävä voidaan antaa yksityisen toimijan hoidettavaksi. Perustuslakivaliokunta on ratkaisuisaan (PeVL 5/2014 vp ja PeVL 24/2001 vp) vaatinut, että muun kuin viranomaisen hoitaessa julkisia hallintotehtäviä tulee asian käsittelijöihin soveltaa rikosoikeudellista virkavastuuta sekä asian käsittelyssä noudattaa hallinnon yleislakeja. Hallintolain esitöissä perustellaan, että hallintolaki koskee yksityisiä niiden hoitaessa julkisia hallintotehtäviä, joten oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimus toiminnassa on otettava huomioon¹²⁵.

Julkisen hallintotehtävän antamisessa muulle kuin viranomaiselle on otettava huomioon myös perustuslain muut asiaa säätelevät kohdat. Perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaan julkisella vallalla on velvollisuus turvata jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveystalvet ja tosiasialliset mahdollisuudet saada perusoikeuksien toteutumisen kannalta välttämättömiä palveluja. Vaatimus riittävästä sosiaali- ja terveystalvemuista on voimassa, vaikka palveluntuottaja olisi yksityinen toimija. PL 19 §:n 3 momentissa mainitulle oikeudelle nimenomaan riittäviin sosiaali- ja terveystalvemuihin on vakiintunut tietty oikeudellinen sisältö ja arviointiperusteet. Palvelujen riittävyden arvioimisessa lähtökohtana on niiden mukaan sellainen palvelujen taso, joka luo "jokaiselle ihmiselle edellytykset toimia yhteiskunnan täysivaltaisena jäsenenä" (ks. HE 309/1993 vp, s. 71/II). Varsin hiljattain perustuslakivaliokunta on vielä tarkentanut, että perustuslain 19 §:n 3 momentin viittaus jokaiseen terveystalvemuihin oikeutettuna "edellyttää valiokunnan mielestä viime kädessä yksilökohtaista arviointia palvelujen riittävydestä" (ks. PeVL 30/2013 vp, s. 3/I). Oikeus riittäviin terveystalvemuihin turvaa vakavimmissa tilanteissa viime kädessä perustuslain 7 §:ssä perusoikeutena turvattua oikeutta elämään (ks. PeVL 65/2014 vp, s. 4/II). PL 19 §:n 3 momentin säännöksen ensimmäinen virke ei turvaa mitään nimenomaista tapaa tarjota palveluja, tältä osin perustuslain mukainen edellytys on, että palveluja on riittävästi (ks. PeVL 12/2015 vp, s. 3 ja PeVL 11/1995 vp, s. 2). Valiokunta on painottanut nimenomaisesti, että säännöksellä velvoitetaan julkinen valta turvaamaan palvelujen saatavuus (PeVL 54/2014 vp, s. 2/I).¹²⁶

Merkittävä perustuslakivaliokunnan lausunto koski (PeVL 26/2017 vp—HE 15/2017 vp, HE 47/2017 vp, HE 52/2017 vp, HE 57/2017 vp, HE 71/2017 vp) hallituksen esitystä eduskunnalle maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi

¹²⁴ Arajärvi 2011, s. 76

¹²⁵ HE 72/2002 vp, s. 48

¹²⁶ PeVL 26/2017 vp, s. 32

sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi. Perustuslakivaliokunta piti tärkeänä, että perustuslain 19 §:n kolmannen momentin edellyttämät riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut turvataan lailla. Hallituksen esitykseen sisällytetty valinnanvapausmalli olisi tarkoittanut yksityisille palvelujen tuottajille siirrettävän merkittävä osa sosiaali- ja terveydenhuollon perustason palveluihin sisältyvästä julkisten hallintotehtävien piiristä. Valiokunta toi ilmi lausunnossaan monta kohtaa, jotka tulisi muuttaa, että lainsäädäntö voisi edetä tavallisen lainsäätämisen järjestyksessä. Uudistuksen suurella mittaluokalla oli tähän vaikutusta. Valiokunta katsoi, että kyseessä ei ollut mistä tahansa julkisesta palvelutehtävästä, vaan sellaisten palveluiden järjestämisestä, joissa on keskeisesti kyse julkiselle vallalle osoitetun, viime kädessä oikeuteen elämään kiinnittyvien perusoikeuksien turvaamistehtävän toteuttamisesta. Lakiehdotuksessa ehdotettu tehtävien siirto yksityisille on poikkeuksellisen mittava. Erityisen merkitykselliseksi siirron laajuuden tekee se, ettei maakunnan liikelaitos pääsääntöisesti itse voi tuottaa suoran valinnan palveluita tai asiakassetelillä tuotettavia palveluita (52 §:n 1 mom.). Sääntelyllä ei siten nykyiseen tapaan vain mahdollisteta sosiaali- ja terveydenhuollon palveluiden tuottamisen siirtoa muulle kuin viranomaiselle vaan velvoitetaan julkista valtaa tekemään niin. Hallituksen esityksen tulkintatilanne oli perustuslakivaliokunnalle uusi, koska yleensä kyse on ollut tilanteista, jotka ovat koskeneet viranomaisten pääasiaa koskevaan päätöksentekoon nähden epäitsenäisen osakokonaisuuden ulkoistamista tai teknisemmän tai operatiivisemmän taikka viranomaistoiminnalle edellytyksiä luovan palvelutoiminnan ulkoistamista (ks. HE, s. 255—256; ks. esim. PeVL 62/2014 vp, PeVL 8/2014 vp, PeVL 6/2013 vp). Perustuslain perusteluista ei siten ollut saatavissa tukea näin laajan tehtävien siirron perustuslainmukaisuudelle. Edelleen PeVL katsoi, että hallituksen esityksessä olevat säännökset eivät turvaa markkinapuutetilanteessa palveluja perustuslain kannalta riittävällä tavalla. Valiokunnan mielestä sääntelyn rakenteellinen ongelmallisuus liittyi nimenomaan yhtiöittämisvelvollisuuteen ja siihen, että sääntelyssä kielletään maakuntaa itse tuottamasta kyseessä olevia palveluita.¹²⁷ Lakiehdotusta ei koskaan hyväksytty, koska pääministeri Sipilän hallituksen hallituskausi loppui ennen kuin lakiehdotus saatiin valmiiksi.

Perustuslain 124 § toimii rajoittavana tekijänä myös kuntalain (2015/410) 9 §:lle, joka sääntelee kuntien palvelujen tuottamista. 8.2 §:ssä säädetään kunnan velvollisuudesta ottaa muulta kuin viranomaiselta palveluja hankkiessaan huomioon perustuslaissa säädetyt julkisen hallintotehtävän siirtämisen edellytykset. Näin ollen, kunta voi hankkia ainoastaan palveluja, joissa ei ole kytkentää julkisen vallan käyttöön tai julkisen hallintotehtävän hoitamiseen ja jotka siten eivät ole kunnan

¹²⁷ PeVL 26/2017 vp, s. 37 - 53

viranomaistehtäviä. Kunnalliseen itsehallintoon kuuluu, että kunta saa päättää erityislainsäädännön sallimissa rajoissa, tuottaako kunta palveluja itse vai toimiiko se vain palveluiden järjestäjänä.¹²⁸ Mäenpää korostaa, että hallintotehtävän ulkoistaminen ei vapauta yksityistä toimijaa julkishallinnon toimintaan kohdistuvista perusvaatimuksista. Ulkoistaminen ei myöskään merkitse julkisen hallintotehtävän yksityistämistä, sillä tehtävän hoitamisen perusteet ja puitteet määräytyvät edelleen julkisoikeudellisen lainsäädännön mukaan.¹²⁹

Lounais-Suomen alueen sosiaali- ja terveydenhuollon ohjauksesta ja valvonnasta vastaava aluehallintovirasto otti kantaa ohjauskirjeessään (LSAVI/3442/05.06.01/2019) alueensa joidenkin kuntien yksityisiltä sosiaalipalvelujen palvelutuottajilta ostamiin palveluihin. Aluehallintoviraston tietoon oli tullut, että sen alueella on kuntia, jotka ovat ostaneet yksityisiltä sosiaalipalvelujen tuottajilta palveluja, joita voidaan tehdä vain virkavastuulla. Aluehallintoviraston mukaan sosiaalihuollossa hallintopäätösten valmistelulla ja palvelutarpeen arvioinnilla on yhteys julkisen vallan käyttämiseen. Lastensuojelulain mukaisena lapsen asioista vastaavana sosiaalityöntekijänä voi niin ikään toimia vain virkasuhteessa oleva sosiaalityöntekijä. Perusteluissaan aluehallintovirasto nosti esille perustuslain 2 §:n kolmannen momentin lainalaisuusperiaatteen, PL 118 §:n ensimmäisen momentin, jonka mukaan virkamies vastaa virkatoimiensa lainmukaisuudesta, PL 124 § kiellon antaa merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä muulle kuin viranomaiselle sekä kuntalain 44 §:n, jonka mukaan tehtävää, jossa käytetään julkista valtaa, hoidetaan virkasuhteessa. Aluehallintovirasto katsoi, että kunnan viranhaltijan valvontavastuu on ollut puutteellinen. Aluehallintovirasto korosti sen mahdollisuutta antaa sosiaalihuoltolain 57 §:n ensimmäisen momentin mukaan virheellisestä toiminnasta vastuussa olevalle virkamiehelle huomautuksen vastaisen toiminnan varalle.

Kulla tarkoittaa yksityistämisellä nimenomaan nyt vakiintunutta termiä ulkoistaminen. Hänen mukaansa yksityistämisen edellytykset ovat yhteydessä virkamieshallinnon periaatteeseen ja toimintavaraukseen. Julkisten hallintotehtävien yksityistäminen on mahdollista tiukoin edellytyksin siten, että julkista valtaa käyttävän henkilön on oltava virkavastuussa. Kyse on eräänlaisesta formaalisen yksityistämisen käänköpuolesta eli julkisoikeudellisten menettelytakeiden siirtämisestä yksityisten toimintaan¹³⁰.

¹²⁸ HE 268/2014 vp, s. 140

¹²⁹ Mäenpää 2013, s. 222

¹³⁰ Kulla 2006, s. 1176

Julkisena hallintotehtävänä on pidettävä kunnan järjestämiä lakisääteisiä tehtäviä, kuten esimerkiksi peruspalvelujen tuottaminen. Näin olleen yksityisen hoito, opetus tai huolto on julkisen palvelutehtävän hoitamista, kun sillä on lakisääteinen, viranomaisen tehtäviin liittyvä perusta. Ostopalveluna hoidettavat kunnan lakisääteiset palvelut kuuluvat tyypillisesti julkisiin hallintotehtäviin, mutta yksityisellä lääkäriasemalla tapahtuvaa terveydenhoitoa ei voida pitää julkisena hallintotehtävänä, ellei kysymys ole ostopalveluna suoritettavasta kunnan lakisääteisestä tehtävästä.¹³¹ Myös eduskunnan perustuslakivaliokunnan runsaslukuisessa PL 124 §:ää koskevassa ratkaisukäytännössä säännöksen asettamien vaatimusten on tulkittu koskevan varsin monenlaisia julkisluonteisia tehtäviä. Esimerkkeinä sellaisista tehtävistä, joissa valiokunta on katsonut olevan kysymys säännöksessä tarkoitetuista julkisista hallintotehtävistä voidaan mainita krematorio- ja hautaus toiminta (PeVL 71/2002 vp), ajoneuvojen katsastustoiminta (PeVL 40/2002 vp), järjestyksenvalvojille uskottu tehtävä ylläpitää järjestystä ja turvallisuutta toimialueellaan (PeVL 10/2006 vp), yksityisten lastensuojelulaitosten henkilöstölle annetut valtuudet rajoittaa laitoksissa olevien lasten perusoikeuksia (PeVL 5/2006 vp), kiinteistönvälittäjän ammattipätevyyttä osoittavien kokeiden järjestäminen sekä toimiminen asiantuntija- ja tilintarkastusapuna esimerkiksi työsuoja- ja rahoitustarkastusviranomaisille (PeVL 42/2005 vp ja PeVL 52/2001 vp).¹³² Julkisin hallintotehtävinä voidaan pitää myös yksilön oikeuksia ja velvollisuuksia koskevaa päätöksentekoa (ks. mm. PeVL 50/2017, PeVL 26/2017 vp) vp), ainakin lupa- ja rekisterihallintoon (ks. mm. PeVL 6/2013 vp ja PeVL 48/2010 vp), valvontaan ja tarkastuksiin (ks. mm. PeVL 48/2016 vp, PeVL 39/2016 vp), hallinnolliseen sääntelyvaltaan (ks. esim. PeVL 7/2012 vp ja PeVL 70/2002 vp), julkistalouden toimeenpanoon, suojeluluontoisiin ja turvallisuutta edistäviä (ks. mm. PeVL 52/2006 vp, PeVL 47/2005 vp), sekä julkisia palveluita (ks. mm. PeVL 26/2017 vp) koskevia tehtäviä.¹³³

Korkein hallinto-oikeus kumosi hallinto-oikeuden ja jätelautakunnan päätökset (KHO 172/2018), koskien Savonlinnan alueellisen jätelautakunnan päätöstä tilata Savonlinnan Seudun Jätehuolto Oy:ltä jätelain 143 §:n 1 momentissa tarkoitettun rekisterin (jäljempänä jätteenkuljetusrekisteri). KHO otti kantaa siihen, että voitiinko viranomaiselle kuuluvia julkisia hallintotehtäviä siirtää kuntien omistamalle yhtiölle, vaikka niiden siirto muulle kuin viranomaiselle voi perustua vain nimenomaisiin säännöksiin laissa. Asiassa tuli ratkaista myös, onko tehty päätös tältä osin Suomen perustuslain 124 §:n ja jätelain 43 §:n vastainen.

¹³¹ Mäenpää 2013, s. 223

¹³² Länsineva s. 1187

¹³³ Lavapuro 2018, s. 6

Korkein hallinto-oikeus perusteli ratkaisuaan jätelain 43 §:n 1 momentilla, jossa on lueteltu ne tehtävät, jotka ovat siirrettävissä viranomaiselta jätehuoltoyhtiölle. Jätelain esitöiden mukaan luettelo on tyhjentävä. Siirrettäviä tehtäviä ovat muun muassa jätteen vastaanotto, kuljetus ja käsittely sekä niihin välittömästi liittyvät hallinnolliset tehtävät, joihin ei sisälly julkisen vallan käyttöä. Koska jätelain 43 §:ssä ei säädetty lain 143 §:n mukaisen rekisterin ylläpitoon liittyvistä tehtävistä, niin KHO katsoi, ettei rekisterin ylläpitämistä voitu siirtää kokonaan jätehuoltoyhtiölle. Lain 43 §:n 1 momentissa säädetään kuitenkin, että jätteen kuljetukseen välittömästi liittyvät hallintotehtävät ovat siirrettävissä. Tämän vuoksi KHO:n tuli ratkaista, millaisia tehtäviä rekisteriin liittyen oli mahdollista siirtää. Jätelain esitöiden mukaan siirrettävät tehtävät ovat toiminnan operatiiviseen järjestämiseen liittyviä palvelutehtäviä. Tällaisena tehtävänä on esitöissä mainittu muun ohella asiakasrekisterin ylläpito. KHO katsoi, ettei jätteenkuljetusrekisteriä voitu pitää jätelain esitöissä tarkoitettuna asiakasrekisterinä.

Tämän lisäksi lautakunnan ja yhtiön välisen sopimusluonnoksen mukaan yhtiön tehtäviksi mainittiin kuljetusrekisterin ylläpitoa varten tarvittavan tietoaineiston siirtäminen ja järjestäminen sähköiseen rekisteriohjelmaan sekä täydentävän tietoaineiston kerääminen. Lain pykälien ja sopimusluonnoksen perusteella KHO ei voinut varmistua siitä, että täydentävän tiedon keräämiseen ei sisällynyt sellaisia tehtäviä, jotka kuuluisivat yksinomaan jätehuoltoviranomaiselle. Edellä todetun vuoksi jätelautakunnan päätöksen katsottiin sisältävän sellaista tehtävien siirtoa, joka perustuslain 124 § huomioon ottaen ei ollut mahdollista jätelain 43 §:n 2 momentin nojalla.¹³⁴

3.1.4 Osaulkoistuksesta kokonaisulkoistukseen

Juha Sipilän hallituksen alullepanema sosiaali- ja terveydenhuollon kokonaisuudistus jäi toteutumatta perustuslakivaliokunnan esiin nostamien ongelmien ja aikataulullisten haasteiden takia. Olen käsitellyt perustuslakivaliokunnan lausuntoa koskien sote-uudistusta edellisessä 2.3. kappaleessa. Perustuslakivaliokunta toi esiin lausunnoissaan (PeVL 26/2017 vp ja PeVL 15/2018 vp), että perustuslain perusteluista ei ole saatavissa tukea näin laajan tehtävien siirron perustuslainmukaisuudelle. Pääministeri Sanna Marinin hallitusohjemaan on kirjattu sote-uudistus pohjautuen laajoihin itsehallintoalueisiin. Sosiaali- ja terveysministeriö on pyytänyt perustuslakiasiantuntijoilta asiantuntijalausunnot liittyen maakunta- ja sote-uudistuksen jatkovalmisteluun. Asiantuntijoilta kysyttiin: voidaanko maakunnan sosiaali- ja terveystalvelujen

¹³⁴ KHO:2018:172 s.4

ulkoistaminen tehdä jatkossa siten, että sosiaali- ja terveyspalvelut ulkoistetaan kokonaan, merkittävilta osin tai siten, että ulkoistetaan koko sosiaali- tai terveydenhuollon tehtäväala tai sen merkittävä osa?

3.1.4.1 Perustuslakiasiantuntijoiden lausunnot kokonaisulkoistuksesta

Juha Lavapuro lähestyy lausunnossaan kysymystä ensin perustuslain 19 §:n 3 momentin¹³⁵ ja sitten perustuslain 124 §:n¹³⁶ valossa. Pääministeri Juha Sipilän vaalikaudella perustuslakivaliokunta antoi kaksi lausuntoa (ks. PeVL 30/2016 vp ja PeVL 57) ns. sote-rajoituslakiehdotuksista (laki kuntien ja kuntayhtymien eräiden oikeustoimien väliaikaisesta rajoittamisesta sosiaali- ja terveydenhuollossa). Lisäksi perustuslakivaliokunta on kuluvalle vaalikaudella antanut asiassa yhden lausunnon (PeVL 5/2019 vp). Perustuslakivaliokunta ei kuitenkaan ottanut rajoituslakiehdotuksista antamissaan lausunnoissa kantaa sosiaali- ja terveyspalvelujen ulkoistusten ja perustuslain 19 §:n 3 momentin väliseen suhteeseen. Lavapuron mukaan perustuslakivaliokunnan olisi ollut mahdollista rajoituslakien yhteydessä yksinkertaisesti todeta, ettei perustuslaki muutenkaan mahdollista esimerkiksi kokonaisulkoistusten kaltaisia järjestelyjä. Kun se ei tällaista kantaa kuitenkaan esitä, voidaan ainakin sanoa, etteivät kokonaisulkoistuksetkaan ole ainakaan ilmeisellä tavalla perustuslainvastaisia. Jos kokonaisulkoistukset eivät johda perusoikeuksien vaarantumiseen tai estä julkista valtaa toteuttamasta sille kuuluvaa perusoikeuksien turvaamisvelvoitetta, voidaan niitä pitää perustuslain kannalta sinänsä sallittuna tapana huolehtia perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaisten oikeuksien toteutumisesta. Asiasta olisi kuitenkin syytä säätää nykyistä tarkemmin laissa, jossa samalla säädettäisiin paitsi ulkoistettaville sosiaali- ja terveyspalveluille asetettavista tasovaatimuksista (ks. esim. sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta annetun lain 4 §:n 3 momentti) myös julkisen vallan vastuusta turvata oikeuksien toteutuminen myös tilanteissa, joissa sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottamisen tehtäväkseen saanut yksityinen toimija ei konkurssista tai muusta syystä johtuen kykene suoriutumaan velvoitteistaan. Tämän takia Lavapuro katsoo, ettei perustuslain voi katsoa kieltävän kokonaisulkoistuksia sellaisessa sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujärjestelmässä, jossa näiden palvelujen järjestämis- ja tuottamisvelvollisuus on säädetty maakunnalle tai näiden yhteistoimintaelimelle.

¹³⁵ PL 19.3 §: Julkisen vallan on turvattava, sen mukaan kuin lailla tarkemmin säädetään, jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut ja edistettävä väestön terveyttä. Julkisen vallan on myös tuettava perheen ja muiden lapsen huolenpidosta vastaavien mahdollisuuksia turvata lapsen hyvinvointi ja yksilöllinen kasvu.

¹³⁶ PL 124 §: Julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle vain lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan kuitenkin antaa vain viranomaiselle.

Perustuslain 124 §:n osalta Lavapuro tulkitsee, että perustuslakivaliokunnan viime vaalikauden soteesityksessä esittämät tulkinnat perustuivat pitkälti valinnanvapauslakiehdotuksen poikkeuksellisesta luonteesta. Samasta syystä valinnanvapauslakiehdotukseen perustuvia perustuslain 124 §:n merkityksestä ei voi sellaisenaan soveltaa julkisen vallan järjestämis- ja tuottamisvelvollisuudelle perustuvaan sote-palvelujärjestelmään. Sen sijaan valtiosääntöoikeudellinen arvio on syytä perustaa perustuslakivaliokunnan vakiintuneeseen, suppeampia hallintotehtävien siirtämissä koskevaan tulkintakäytäntöön (Vrt. PeVL 24/2001 vp, s. 4/I ja PeVL 58/2010 vp, s. 4/II).¹³⁷

Mäenpään lausunto on verraten tiukempi koskien palvelutuotannon kokonaisulkoistuksia kuin Lavapuron. Mäenpää lähtee siitä, että valmistelun kohteena olevan mallin valtiosääntöoikeudellisen arvioinnin lähtökohtana on julkisen vallan velvollisuus turvata jokaiselle riittävät ja yhdenvertaiset sosiaali- ja terveyspalvelut sekä edistää väestön terveyttä perustuslain 19 §:n 3 momentin (turvaamisvelvoite), 6 §:n 1 ja 2 momentin ja 22 §:n tarkoittamalla tavalla. Taustamuistiossa maakunnalle on määritelty sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestämis- ja tuottamisvastuu. Mäenpään mukaan oikeudellisesti velvoittavana lähtökohtana voidaan pitää, että maakunta tuottaa omana tuotantonaan sosiaali- ja terveyspalvelut siinä laajuudessa ja sillä tavoin, että tämä turvaamisvelvollisuus toteutuu ainakin kaikissa normaaliolosuhteissa. Mäenpää pitää todennäköisenä, että turvaamisvelvoitteen asianmukainen noudattaminen edellyttää maakunnan tuottavan suurimman osan tai joka tapauksessa hyvin merkittävän osan sosiaali- ja terveyspalveluista. Maakunnan järjestämis- ja tuottamisvastuulle kuuluvien sosiaali- ja terveyspalveluiden ulkoistamista kokonaisuudessaan ei siten voitane pitää mahdollisena, kun lisäksi otetaan erityisesti huomioon perustuslain 124 §:ssä määritellyt ulkoistamisen edellytykset.¹³⁸

Tuomas Ojanen vastasi lausunnossaan Sosiaali- ja terveysministeriön kysymykseen: ovatko ns. kokonaisulkoistukset enää jatkossa mahdollisia ja miten niistä on säädettävä? Myös Ojanen katsoo, että perustuslakivaliokunnan aiemmassa lausuntokäytännössä ei ole toistaiseksi otettu nimenomaista kantaa kunnissa tehtyihin ns. kokonaisulkoistuksiin. Ojasen mielestä perustuslaki ei lähtökohtaisesti estä maakuntaa, joka olisi järjestämis- ja tuottamisvastuussa sosiaali- ja terveyspalveluista ja joka olisi perustuslain 121 §:n 4 momentissa tarkoitettu kuntaa suurempi itsehallintoalue, ulkoistamasta sosiaali- ja terveyspalveluja ainakaan merkittävilta osin perustuslain 124 §:ssä säädetyin rajoituksin,

¹³⁷ Lavapuro 2019, s. 12 - 21

¹³⁸ Mäenpää 2019, s. 6–8

jos maakunta arvioi ulkoistuksen olevan tarkoituksenmukainen järjestely turvata perustuslain 19 §:n 3 momentin ja 6 §:n normikokonaisuuden toteutuminen. Ojanen kuitenkin korostaa:

- 1) Ulkoistus edellyttää, että säännösperusteisesti varmistetaan maakunnan riittävä ohjaus- ja valvontavalta ulkoistettuihin sosiaali- ja terveystalvelujen tuottajaan/tuottajiin nähden, samoin kuin varautuminen häiriötilanteisiin ja poikkeusoloihin, jotta varmistetaan palvelujen saatavuus ja jatkuvuus kaikissa tilanteissa.
- 2) Kokonaisulkoistukset synnyttävät osittaisulkoistuksiin verrattuna merkittävästi enemmän riskejä perustuslain 19 §:n 3 momentin, 6 §:n ja 22 §:n normikokonaisuuden toteutumisen kannalta, etenkin siltä osin kuin kysymys on ikänsä, vammaisten ja terveydentilansa vuoksi heikommassa asemassa olevista ihmisistä. Samoin kokonaisulkoistukset synnyttänevät enemmän riskejä mahdollisissa häiriötilanteissa osittaisulkoistuksiin verrattuna. Tässä yhteydessä on merkitystä lisäksi sillä, että kokonaisulkoistus tarkoittaisi huomattavan laajaa perustuslain 19 §:n 3 momentissa turvattujen perusoikeuksien toteutumiseen liittyvien hallinnollisten tehtävien kokonaisuuden ulkoistamista yksityisten hoidettaviksi, mikä ei lähtökohtaisesti sovi yhteen niiden perustuslakiuudistuksen yhteydessä lausuttujen tavoitteiden kanssa, joiden mukaan julkisten hallintotehtävien hoitamisen tulee pääsääntöisesti kuulua viranomaisille ja joiden mukaan tällaisia tehtäviä voidaan antaa muille kuin viranomaisille vain rajoitetusti (HE 1/1998 vp, s. 179/I, ks. myös PeVL 26/2017 vp).

Nämä seikat Ojasen mukaan puoltavat lähtökohtaisesti huomattavasti pidättyvämpää suhtautumista kokonaisulkoistuksiin osittaisulkoistuksiin verrattuna sillä lopputuloksella, että uudistuksen jatkovalmistelussa olisi syytä tarkemmin arvioida ja selvittää ulkoistuksiin liittyviä kysymyksiä asiallisella (palvelukohtaisella) ja henkilöllisellä ulottuvuudella varsinkin siltä osin kuin kysymys on heikommassa asemassa olevista ihmisistä. Ojasen mukaan olisi syytä selvittää tarvetta/mahdollisuuksia asettaa säännösperusteisesti kokonaisulkoistuksille osaulkoistuksiin verrattuna tiukempia edellytyksiä sekä ohjaus- ja valvontakeinoja, samoin kuin arvioida tarvetta säännösperusteisesti asettaa erityisiä rajoituksia kokonaisulkoistussopimusten voimassaololle (kestolle) ajallisella ulottuvuudella ja/tai varmistaa se, että varsinkin kokonaisulkoistussopimusten voimassaolon jatkamisen edellytyksiä arvioitaisiin aina tietyin määräajoin.¹³⁹

¹³⁹ Ojanen 2019, s. 13 - 15

Kaarlo Tuorin lausunto sosiaali- ja terveysministeriön kokonaisulkoistuksen mahdollisuuteen on yhtenevä Mäenpään lausunnon kanssa. Tuori katsoo, että perustuslakivaliokunnan sote-uudistuksesta viime vaalikaudella antamista lausunnoista ilmenee, että perustuslaki saattaa rajoittaa julkisten sote-palvelujen ulkoistamista ja edellyttää järjestämisvastuussa olevan julkisen vallan yksikön omaa palvelutuotantoa kahdella eri perusteella:

- 1) Perusteena voi olla julkisen vallan velvollisuus turvata perustuslain 19.3 ja 6 §:n edellyttämällä tavalla jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut kaikissa tilanteissa, mukaan luettuina yksityisen palvelun tuottajan toiminnan häiriötilanteet.
- 2) Rajoituksia voi seurata perustuslain 124 §:n säännöksistä, jotka koskevat julkisen hallintotehtävän siirtämistä yksityiselle.

Hallituksen esityksessä 15/2017 vp ehdotettiin sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisvastuun siirtämistä maakunnille. Lisäksi hallitus ehdotti sosiaali- ja terveydenhuollon asiakkaiden laajaa valinnanvapautta erityisesti perusterveydenhuollossa ja sosiaalihuollossa, yksityisten palvelun tuottajien mahdollisuutta perustaa lakisääteisen sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja tuottavia sote-keskuksia, maakuntien velvollisuutta yhtiöittää valinnanvapauden piiriin kuuluvien suoran valinnan palvelujen tuotantonsa sekä maakunnille säädettävää kieltoa tuottaa itse suoran valinnan palveluja tai asiakassetelipalveluja. Perustuslakivaliokunta arvioi lausunnossaan 26/2017 vp ehdotuksia sekä perustuslain 6 §:n, 19.3 §:n ja 22 §:n muodostaman sääntelykokonaisuuden että 124 §:n kannalta. Valiokunnan mukaan se, että velvollisuus turvata jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut asetetaan perustuslain 19 §:n 3 momentissa julkiselle vallalle, ei estä sitä, että näitä palveluja tuottavat myös muut tahot. Valiokunta kiinnitti kuitenkin huomiota siihen, että hallituksen ehdottama palvelujärjestelmän rakenne, jossa maakunnista erilliset yhtiö- tai yhteisömuotoiset sosiaali- ja terveyskeskukset (sote-keskukset) olisivat tuottaneet perustason terveydenhuollon ja eräät sosiaalihuollon palvelut, olisi jättänyt palvelujen saatavuuden riippumaan markkinatoimijoista. Perustuslakivaliokunta piti erityisesti silmällä niin sanottuja markkinapuutetilanteita eli tilanteita, joissa markkinoiden kautta johonkin osaan maata ei syntyisi riittävää palvelutuotantoa. Valiokunta katsoi, että säännökset, joita hallitus oli ehdottanut tällaisten tilanteiden varalta, eivät turvanneet markkinapuutetilanteessa palveluja perustuslain kannalta riittävällä tavalla. Valiokunnan mielestä ongelmana oli erityisesti maakunnan velvollisuus yhtiöittää palvelutuotantonsa ja maakunnalle asetettava kielto tuottaa palveluita itse. Valinnanvapauslakiehdotuksen käsitteleminen tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä edellytti valiokunnan mukaan sitä, että ehdotuksesta poistettiin säännökset yhtiöittämisvelvollisuudesta ja palveluiden tuottamiskiellosta.

Lausunnossaan 15/2018 vp perustuslakivaliokunta tarkasteli hallituksen uutta esitystä (HE 16/2018 vp), jossa ehdotuksesta valinnanvapauslaiksi oli poistettu maakunnan velvollisuus yhtiöittää suoran valinnan palvelujen tuotantonsa ja kielto tuottaa palveluja itse. Valiokunnan mukaan ehdotuksessa oli otettu huomioon valiokunnan lausunnossaan 26/2017 vp esittämät sääätämisyjärjestysluomautukset maakunnan omasta palvelutuotannosta ja yhtiöittämisvelvoitteesta, ja että se näiltä osin loi paremmat edellytykset kuin aikaisempi ehdotus toteuttaa uudistus siten, että perustuslain 19 §:n 3 momentissa turvatut oikeudet eivät vaarannu. Valiokunta kuitenkin katsoi, että myös uuden esityksen mukaisessa järjestelmässä voi syntyä yksityiselle palvelun tuotannolle ominaisia vaikeasti ennakoitavia liiketaloudellisia riskejä, jotka voivat aiheuttaa myös perusoikeusnäkökulmasta vaikeasti hallittavia asetelmia. Valiokunta katsoikin, että perustuslain 19.3 §:stä seuraa maakunnan velvollisuus ylläpitää riittävästi omaa palvelutuotantoa sen varmistamiseksi, että se pystyy kaikissa tilanteissa turvaamaan jokaiselle riittävät ja yhdenvertaiset sosiaali- ja terveyspalvelut sekä tarvittaessa välittömästi vastaamaan korvaavalla palvelutuotannolla palveluiden saatavuuden vaarantumiseen. Valinnanvapauslaissa tuli valiokunnan mukaan ”säädosperusteisesti” taata maakuntien riittävä oma palvelutuotanto ja maakunnan liikelaitoksen toimintavalmius. Lainsäädännössä oli varmistettava, että järjestämisvastuussa olevalla maakunnalla on riittävät taloudelliset voimavarat sekä tarvittavat tilat, laitteisto ja henkilöstö tuottaa riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut.

Perustuslakivaliokunnan sote-lausuntojen mukaan perustuslain 6, 19.3 ja 22 §:n muodostaman sääntelykokonaisuuden ohella myös 124 §:n säännös julkisten hallintotehtävien siirtämisestä muulle kuin viranomaiselle asettaa rajoituksia lakisäätöisen sosiaali- ja terveydenhuollon ulkoistamiselle. Hallituksen alkuperäistä sote-esitystä koskevassa lausunnossaan 26/2017 perustuslakivaliokunta totesi, että esitys olisi siirtänyt julkiselta vallalta yhtiö- tai muussa yksityisoikeudellisessa yhteisömuodossa toimiville sote-keskuksille laajan tehtäväkokonaisuuden, valinnanvapauslain 15 §:ssä määriteltyjen suoran valinnan sosiaali- ja terveyspalvelujen tuotannon. Valiokunta viittasi vuoden 2000 perustuslain esitöihin (HE 1/1998 vp; PeVM 10/1998 vp), joiden mukaan perustuslain 124 §:n sanamuodolla oli korostettu, että julkisten hallintotehtävien hoitamisen tulee pääsäännön mukaan kuulua viranomaisille ja että niitä voidaan antaa muille vain rajoitetusti. Säännöstä ei näin ollen ollut ”lähtökohtaisesti” tarkoitettu käytettäväksi laajojen hallinnollisten tehtäväkokonaisuuksien antamiseen viranomaiskoneiston ulkopuolisille.

Perustuslain 6, 19.3 ja 22 §:n muodostamaan sääntelykokonaisuuteen ja 124 §:än nojautuvat arviot kiertyvät perustuslakivaliokunnan lausunnossa 26/2017 vp yhteen. Perustuslakivaliokunta piti

hallituksen ehdotusta sosiaali- ja terveydenhuollon ulkoistamisesta perustuslain vastaisena molemmilla perusteilla. Vastaavasti valiokunta nojasi säätämisyjärjestystä koskevan vaatimuksensa yhtiöittämisvelvollisuuden ja maakunnan omaa palvelutuotantoa koskevan kiellon poistamisesta kumpaankin näistä perusteista. Samalla valiokunta alisti perustuslain 124 §:n edellyttämän tarkoituksenmukaisuusarvion perusoikeuksien toteutumisarviolle: sosiaali- ja terveydenhuollon tehtäväsiirtojen tarkoituksenmukaisuutta oli arvioitava sen perusteella, edistävätkö ne perustuslain 19.3 §:n turvaaman perusoikeuden yhdenvertaista toteutumista. Perustuslakivaliokunta johti perustuslain 19.3 ja 22 §:ään perustuvasta järjestämisvelvollisuudesta vaatimuksen, että järjestämisvastuussa olevalla julkisen vallan yksiköllä on oltava sellaista omaa palvelutuotantoa ja sellaiset palvelutuotannon voimavarat, joita tarvitaan 19.3 §:n tarkoittamien riittävien sosiaali- ja terveystalvelujen varmistamiseksi kaikissa tilanteissa. Perustuslakivaliokunnan tulkinta estää niin sanotun kokonaisulkoistuksen paitsi suoraan lailla, myös järjestämisvastuussa olevan yksikön, kuten maakunnan, päätöksellä. Kielto ulottuu laajemmalle kuin vain niin sanottuihin viranomais-tehtäviin, joissa tehdään valituskelpoisia hallintopäätöksiä tai muutoin käytetään yksityiseen kohdistuvaa julkista valtaa. Valiokunnan lausuntoa 26/2017 vp voidaan sen sijaan perustuslain 124 §:ää koskevilta osiltaan tulkita niin, että tämä pykälä sallisi kokonaisulkoistuksenkin, mikäli siinä erikseen säädetyt edellytykset, mukaan luettuna tarkoituksenmukaisuuden vaatimus, täyttyisivät. Kun kokonaisulkoistus perustuslakivaliokunnan mukaan vaarantaisi perustuslain 19.3 ja 6 §:ssä turvattujen perusoikeuksien toteutumisen, sitä ei kuitenkaan voitaisi pitää 124 §:n edellyttämällä tavalla tarpeellisenä tehtävien tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi. Lisäksi kokonaisulkoistus olisi perusoikeuksien toteutumisen vaarantumisen vuoksi ristiriidassa myös perustuslain 124 §:n niin ikään sisältämän perusoikeuksien turvaamista koskevan edellytyksen kanssa. Kokonaisulkoistuksen kiello voidaan näin ollen tukea sekä perustuslain 19.3 §:n, 6 §:n ja 22 §:n muodostamaan kokonaisuuteen, että niihin edellytyksiin, joita perustuslain 124 § säättää hallintotehtävien siirtämiselle muulle kuin viranomaiselle.¹⁴⁰

Tuori tiivistää näkemyksensä neljään kohtaan. Hänen mukaansa:

- 1) Perustuslaki ei salli kokonaisulkoistusta, jossa sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisvastuussa olevan julkisen vallan yksikön koko palvelutuotanto siirretään muille palvelun tuottajille.

¹⁴⁰ Tuori 2019, s. 5 - 13

- 2) Kokonaisulkoistamisen kieltö ei kohdistu vain lainsäätäjään vaan ulottuu järjestämisvastuussa olevan julkisen vallan yksikön, kuten maakunnan, päätökseen perustuvaan ulkoistukseen.
- 3) Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntöön perustuvista ulkoistamisen rajoituksista on perusteltua säätää erikseen, vaikka rajoitukset ovat perustuslain tasoisina normeina muutoinkin voimassa. Ulkoistamisrajoitusten määrällinenkin täsmentäminen selkeyttäisi oikeustilaa, vaikka perustuslakivaliokunnan lausunnoista ei voidakaan johtaa tarkkoja määrällisiä kriteerejä.
- 4) Palvelutuotannon vaarantuminen poikkeustilanteissa saattaa edellyttää järjestämisvastuussa olevalta julkisen vallan yksiköltä sen oman jatkuvan palvelutuotannon ylittäviä voimavaroja. Voimavaroja koskevasta varautumisvelvollisuudesta on syytä säätää erikseen.¹⁴¹

4 ULKOISTAMISEN TOTEUTUS KUNNISSA

4.1 Julkiset hankinnat

4.1.1 Hankintalaki

Euroopan parlamentin ja neuvoston julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevat direktiivit (2014/23–25/EU) annettiin 26.2.2014. Jäsenvaltioiden tuli saattaa direktiivien määräykset osaksi kansallista lainsäädäntöä 18.4.2016 mennessä.¹⁴² Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista 1397/2016 (myöhemmin hankintalaki) korvasi vuonna 2007 säädetyt lain julkisista hankinnoista. Tarkoituksena oli tehostaa julkisten varojen käyttöä, yksinkertaistaa hankintamenettelyjä, selkeyttää lain keskeisiä käsitteitä, parantaa pienten ja keskisuurten yritysten osallistumismahdollisuuksia tarjouskilpailuissa, parantaa mahdollisuuksia huomioida ympäristö- ja sosiaalisia näkökohtia sekä turvata kaikille tarjoajille tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu julkisissa hankinnoissa. Tarkoituksena oli lisäksi luoda erillisiä kilpailuttamissääntöjä julkisia käyttöoikeussopimuksia koskeviin järjestelyihin. Lailla pantiin täytäntöön Euroopan unionin uudet

¹⁴¹ Tuori 2019, s. 21 - 22

¹⁴² TEM/429/03.01.01/2016, s. 1

julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevat direktiivit. Uudessa hankintalaissa huomioitiin myös Euroopan unionin tuomioistuimen julkisia hankintoja koskeva oikeuskäytäntö.¹⁴³

Hankintalain 1.1 §:n mukaan valtion ja kuntien viranomaisten sekä muiden ehdotetun lain 5 §:ssä tarkoitettujen hankintayksiköiden olisi kilpailutettava hankintansa ja käyttöoikeussopimuksensa siten kuin laissa säädetään. Eskolan ym. mielestä hankintalaissa tavoitellaan julkisten varojen käytön tehostamista, laadukkaiden, innovatiivisten ja kestävien hankintojen edistämistä sekä yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisia osallistumismahdollisuuksia julkisiin hankintoihin. Julkisten varojen käyttö voi tehostua, kun hankintayksiköt voivat markkinoita ja kilpailua hyödyntämällä saada selville kunkin hankinnan optimaalisen hinnan tai hinta-laatusuhteen. Kun yritykset ja yhteisöt, myös pk-yritykset, pääsevät mukaan julkisiin kilpailutuksiin, tämä voi luoda talouskasvua alueellisesti, kansallisesti ja EU:n tasolla.¹⁴⁴

Taloudellisuuden vaatimuksen huomioiminen hankinnoissa tarkoittaa ensinnäkin sitä, että hankintayksikkö hyödyntää kilpailuolosuhteita; toisin sanoen järjestää hankintalainsäädännön mukaisen tarjouskilpailun, jolloin kilpailusta aiheutuva hyöty koituu hankintayksikölle. Toisaalta taloudellisuus on huomioitava myös tarjouskilpailun toteuttamisessa, esimerkiksi hankintamenettelyn valinnassa ja hinta-laatusuhteen määrittelyssä, kun tarjouspyyntöä laaditaan. Käytännössä tämä tarkoittaa esimerkiksi sitä, ettei hankintayksikön ole järkevää käyttää liian raskasta tai työlästä hankintamenettelyä, esimerkiksi neuvottelumenettelyä silloin kun hankittavana on bulkkitavaraa.¹⁴⁵

Taloudellisuuden lisäksi yksi hankintalain tavoitteista on innovatiivisten hankintojen tekeminen. Innovatiivisten tuotteiden ja palvelujen julkisilla hankinnoilla on keskeinen merkitys julkisten palvelujen laadun parantamisessa ja tehokkuuden lisäämisessä. Innovaatioiden hankinta julkisina hankintoina on kuitenkin ollut Suomessa ja Euroopassa melko vähäistä. Syynä voi olla tiedon, osaamisen tai onnistuneiden esimerkkien puuttuminen. Innovaatiolla tarkoitetaan ensinnäkin uudenlaista hankinnan kohdetta. Hankintalain 4 §:n 20 kohdassa on vuoden 2016 lakiuudistuksen jälkeen myös nimenomainen innovaation määritelmä. Sen mukaan innovaatiolla tarkoitetaan uuden tai merkittävästi parannetun tuotteen, palvelun tai menetelmän, uuden markkinointimenetelmän tai uuden organisatorisen menetelmän toteuttamista liiketoimintatavoissa, työpaikkaorganisaatiossa tai

¹⁴³ HE 108/2016 vp, s. 1

¹⁴⁴ Eskola ym. 2017, s. 23

¹⁴⁵ Eskola ym. 2017, s. 24 - 25

ulkoisissa suhteissa. Innovatiivisella hankinnalla voidaan kuitenkin viitata myös hankinnan tekemisen tapaan, esimerkiksi niin, että hankintayksikkö määrittelee tarpeensa toiminnallisina ominaisuuksina eikä anna valmista eritelmiä.¹⁴⁶

Ympäristö- ja sosiaalisten näkökohtien huomioon ottaminen julkisissa hankinnoissa on sinänsä yleistynyt jo ennen vuoden 2017 lakiuudistusta, mutta uuden lain myötä tätä kehitystä haluttiin edelleen vahvistaa tarkentamalla sääntöjä. Aiemmin voimassa olleet säännöt eivät antaneet hankintayksiköille riittävästi varmuutta siitä, miten hankintaprosessissa huomioituja yhteiskunnallisia näkökohtia konkreettisissa tilanteissa arvioitaisiin oikeudellisesti. Konkreettisia tilanteita, joiden tulkinnasta vallitsi epäselvyyttä, olivat esimerkiksi tuotteen valmistukseen osallistuvien työntekijöiden aseman tai ympäristövaikutusten huomioiminen. Myös mahdollisuus vaatia, että tuotteet ovat reilun kaupan tuotteita tai että hankinnalla työllistetään pitkäaikaistyöttömiä, jää aiemmassa laissa vaille kannanottoja.¹⁴⁷

Julkisia hankintoja koskevassa kansallisessa oikeuskäytännössä tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteella on ollut aina hyvin keskeinen asema. Tämä johtuu osittain siitä, että ensimmäinen hankintalaki (1505/1992) oli luonteeltaan hyvin yleisluontoinen, eikä sisältänyt kovin yksityiskohtaisia menettelysäännöksiä. Tämän vuoksi oikeuskäytännössä jouduttiin johtamaan menettelysäännöksiä tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteesta. Hankintalainsäädännön aikaisemman kokonaisuudistuksen yhteydessä vuonna 2007 hankintalainsäädäntöä muutettiin siten, että kansalliset kynnysarvot ylittäviä hankintoja koskevat menettelysäännöt muutettiin oikeuskäytännössä tehtyjen linjausten mukaisesti vastaamaan pitkälti EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja koskevaa sääntelyä. Nyt kun uudessa hankintalaissa sosiaali- ja terveydenhuoltopalveluja sekä muita erityisiä palveluhankintoja ja kansalliset kynnysarvot ylittäviä hankintoja koskevia menettelysääntöjä kevennetään, palataan käytännössä ennen vuotta 2007 vallinneeseen tilaan. Tämä tarkoittaa sitä, että tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteella on jälleen keskeinen, vielä aikaisempaa keskeisempi, asema ratkaistaessa yksittäistapauksissa ilmeneviä ongelmia.¹⁴⁸

Hankintalain 4. luvun 25 § sääntelee kansallisista kynnysarvoista. Kansalliset kynnysarvot ovat 1.1.2017 lukien tavara-, palvelu- ja suunnitteluhankinnoissa 60 000 euroa, keskeisissä sosiaali- ja

¹⁴⁶ Eskola ym. 2017, s. 25

¹⁴⁷ Eskola ym. 2017, s. 23

¹⁴⁸ Eskola ym. 2017, s. 36 - 37

terveyspalveluissa 400 000 euroa sekä rakennusurakoissa 150 000 euroa.¹⁴⁹ EU:n kynnysarvoista säännellään 26 §:ssä. Sen mukaan kynnysarvot ovat valtion keskushallintoviranomaisten tavarahankinnoissa, palveluhankinnoissa ja suunnittelukilpailuissa 134 000 euroa, muiden kuin edellä mainittujen hankintayksiköiden tavarahankinnoissa, palveluhankinnoissa ja suunnittelukilpailuissa 207 000 euroa ja rakennusurakoissa 5 186 000 euroa.

4.1.2 Kuntien hankinnat

Julkisilla hankinnoilla tarkoitetaan sellaisia tavara-, palvelu- ja rakennusurakkahankintoja, joita valtio, kunnat ja kuntayhtymät sekä muut julkisen sektorin hankintayksiköt tekevät julkisilla varoilla oman organisaationsa ulkopuolelta. Julkisten hankintojen kokonaisvolyymi Suomessa on arviolta 35 miljardia euroa vuodessa, mikä lähentelee viidennestä BKT:sta.¹⁵⁰ Kunnissa kilpailuttamisen käyttöä harkittaessa on etukäteen selvitettävä kilpailuttamisesta mahdollisesti aiheutuvat hyödyt ja haitat. Jos tarjouskilpailun järjestäminen on kunnassa uutta, työnjohto ja henkilöstö on koulutettava tarjouspyynnön suunnittelusta alkaen vertailumenetelmiin, neuvotteluihin ja sopimusten tekoon. Kouluttaminen on erittäin tärkeää, koska epäonnistunut kilpailuttamisprosessi voi tulla kunnalle kalliiksi. Kunnat voivat vapaasti organisoida hankintatoimensa. Kuntien keskinäisellä yhteistyöllä varmistetaan seudullisesti suurostajan edut, vahvistetaan asiantuntemusta ja saavutetaan säästöjä esimerkiksi henkilöstömenoissa. Vapaaehtoista yhteistyömuotoa edustavat mm. hankintarenkaat, jotka eivät ole toimielimiä tai itsenäisiä oikeushenkilöitä. Keskitetyn hankintatoimen yksikkö voi auttaa ja konsultoida muita yksiköitä.¹⁵¹

Hankintalain 5 § säätelee hankintayksiköistä. Pykälässä määritellään lain soveltamisalaan kuuluvat yksiköt. Kuntien osalta viranomaisia ovat muun muassa kunnanvaltuustot, kunnanhallitukset, lautakunnat, johtokunnat ja toimikunnat. Lain tarkoittamia hankintayksiköitä olisivat myös kuntayhtymät, kuten koulutuskuntayhtymät tai sairaanhoitopiirit. Kuntayhtymien mahdollisesti muodostamat toimielimet olisivat myös laissa tarkoitettuja hankintayksiköitä. Kuntien liikelaitokset olisivat 1 momentin 1 kohdan mukaisia hankintayksiköitä, sillä ne kuuluvat välittömästi kuntien organisaatioon.¹⁵² Hankintayksiköistä kunnalla tulee jo kuntalain 37 §:n mukaan olla kuntastrategia. Kunnalla on mahdollisuus luopua useista strategioista ja keskittää ja yksinkertaistaa strategiaansa.

¹⁴⁹ Harjula & Prättälä 2019, s. 903

¹⁵⁰ EK: <https://ek.fi/mita-teenne/yrityslainsaadanto/julkiset-hankinnat/>

¹⁵¹ Kilpailuttaminen ABC, Suomen Kuntaliitto 2001, s. 32 - 32

¹⁵² HE 108/2016 vp, s. 83

Strategiassa tulee huomioida muun muassa palvelujen järjestäminen ja tuottaminen, palveluvelvoitteet ja omistajapolitiikka. Yksi kuntastrategia voi siten sisältää aiemmin esimerkiksi palvelu-, elinkeino- tai hankintastrategiaan sisältyneitä linjauksia. Esimerkiksi kunnan hankintojen suunnittelussa huomioidaan useita strategian sisältämiä näkökohtia, kuten palvelujen laatu ja vaikuttavuus, palvelujen järjestäminen ja tuottaminen, omistajaohjaus, alueen elinvoiman kehittäminen ja palvelumarkkinoiden kehittäminen¹⁵³

Kunnat ovat velvollisia kilpailuttamaan kaikki sellaiset hankinnat, jotka ne aikovat ostaa oman organisaationsa ulkopuolelta. Kynnysarvon ylittäviä hankintoja koskee laajempi, kansainvälinen kilpailuttamismenettely. Monilla kunnan toimialoilla kilpailuttamisella on ollut pitkät perinteet jo ennen hankintalain voimaantulemistä vuonna 1994. Esimerkiksi rakentamisessa ja tavaroiden hankinnoissa järjestelmä on ollut käytössä jo pitkään. Viime vuosina kilpailuttaminen on laajentunut myös uusille palvelualoille, kuten hallintopalveluihin, tietohallintoon ja terveydenhuoltoon. Hankinta saadaan tehdä ilman tarjouskilpailua vain erityisistä syistä. Sellaisena syynä voidaan pitää mm. hankinnan vähäistä arvoa tai tarjouskilpailun järjestämisestä aiheutuvia hankinnan arvoon nähden kohtuuttoman suuria kustannuksia. Kunnassa hankinnan vähäisenä arvona voidaan pitää esim. alle 2 000 €:n hankintoja. Hankinnan vähäinen arvo vahvistetaan kunnan sisäisissä hankintaohjeissa. Kuntakoolla on vaikutusta hankinnan vähäisyyttä arvioitaessa. Pienessä kunnassa 2 000 €:n hankinta voi jo olla merkittävyydeltään suuri, kun taas suuremmassa kaupungissa hankintailmoitus julkaistaan vasta yli 6 300 €:n hankinnoista.¹⁵⁴

4.1.3 Kunnan hankintaprosessi

4.1.3.1 Hankinnan suunnittelu ja budjetointi

Kuten edellä on todettu, niin kuntien palveluiden tuottamisesta vastaa yhä enemmän yksityiset toimijat. Ennen hankintoja, kunnan hankintayksikön tulisi laatia hankintatoimestaan hankintastrategia, joka sisältäisi suunnitelman hankintatoimen organisoinnista sekä hankintojen toteuttamisesta. Hankintatoimen suunnitelmallinen kehittäminen edellyttää hankintojen huomioimista strategisen tason ohjauksessa. Hankintayksiköt voivat olla kooltaan, tehtäviltään ja rakenteeltaan hyvin erilaisia, joten strategisen tason ohjaus on arvioitava organisaatiokohtaisesti. Hankintastrategiassa hankintayksikön tarpeet ja niiden toteuttamismahdollisuudet on syytä kartoittaa

¹⁵³ HE 108/2016 vp, s. 71

¹⁵⁴ Sutela 2003, s. 101 - 102

pitkällä aikavälillä. Kunnalla hankintastrategia voi sisältyä kuntastrategiaan, jossa on huomioitava mm. palvelujen järjestäminen ja tuottaminen, palveluvelvoitteet ja omistajapolitiikka.¹⁵⁵ Esimerkiksi Riihimäen kaupungin hankintastrategiassa nostetaan esille kolme strategista tavoitetta¹⁵⁶:

- 1) Hankintatoimi on taloudellista, tehokasta ja suunnitelmallista
- 2) Kestävän kehityksen hankinnat
- 3) Riihimäen seudun pk-yritysten toimintaedellytysten parantaminen

Hankintastrategiavaiheessa on hyvä suunnitella hankintojen varainkäyttö ja aikataulu. Kunnassa tulisi selvittää ennen kilpailuttamispäätöksen tekemistä vaihtoehtolaskelmien ja edullisuusvertailun avulla, kuinka toiminta olisi järkevintä järjestää. Jos omaa tuotantoa tullaan kilpailuttamaan ulkopuolisten tuottajien kanssa, aiheutuu siitä yleensä kustannuksia, joita ei osata ennakolta huomioida. Sekä kunnan olemassa olevan organisaation purkamisesta että uudelleenorganisoinnista aiheutuu monia kustannuksia. Kilpailuttaminen ei välttämättä tee palvelujen järjestämistä edullisemmaksi. Todellisten kustannusten esille saaminen vaatii toimivaa sisäistä kustannus- ja seurantajärjestelmää.¹⁵⁷ Yksittäisen hankinnan suunnittelussa on kyse normaalista varainkäytön suunnittelusta. Hankinta pitää huomioida talousarviossa, tällöin pitää arvioida aiheutuuko hankinnasta muita kuluja (esimerkiksi vanhojen sopimusten irtisanominen tai erilaiset siirtomaksut) tai aiheuttaako hankinta jatkuvia kuluja kuten erilaisia huolto- ja ylläpitokuluja.

Hankintayksikön kannattaa suunnitella tulevat hankintansa ja niiden aikataulut hyvissä ajoin. Yksittäisen hankinnan tekemiseen on varattava riittävästi aikaa. Suurten hankintojen toimeenpanosta on järkevää tehdä projektisuunnitelma, joka sisältää esimerkiksi riittävän ajan määrittelyn, hankintailmoituksen lähettämisajankohdan, tarjouspyynnöstä esitettyihin kysymyksiin vastaamiseen kuluva aika, tarjousten viimeinen jättämisajankohta, tarjousten tarkastuksen ja vertailun vaatima aika, hankintaesityksen ja -päätöksen tekeminen ja tiedoksianto, sopimusneuvottelut sekä mahdollinen markkinaoikeusprosessin aiheuttama viivytys.¹⁵⁸

4.1.3.2 Tarjouskilpailu ja hankinnan valinta

¹⁵⁵ Eskola ym. 2017m s. 29

¹⁵⁶ Riihimäen hankintastrategia, s. 2

¹⁵⁷ Kilpailuttaminen ABC, Suomen Kuntaliitto 2001, s. 18 - 19

¹⁵⁸ Eskola ym. 2017, s. 30 - 31

Tarjouspyyntö on hankintamenettelyssä tärkeä asiakirja. Tarjouskilpailuun kutsuttavilta ehdokkailta on pyydetty tarjoukset samanaikaisesti ja kirjallisesti. Tarjouspyyntöön on liitettävä tarjouspyyntöasiakirjat ja niitä täydentävät asiakirjat, piirustukset ja vastaavat tiedot. Kaikki valinnan kriteerit on ilmaistava jo tarjouspyynnössä. Tarjousten tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu vaatii, että tarjouspyynnön perusteella voidaan tehdä vertailukelpoiset tarjoukset.¹⁵⁹

Hankitalain 93.1 §:n ja 115.1 §:n mukaan tarjouksista on valittava kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous. Kokonaistaloudellisesti edullisin on tarjous, joka on hankintayksikön kannalta hinnaltaan halvin, kustannuksiltaan edullisin tai hinta-laatusuhteeltaan paras. Hinta-laatusuhteen arvioinnissa käytettävien vertailuperusteiden tulee liittyä hankinnan kohteeseen ja mahdollistaa tarjousten puolueeton arviointi.

Järjestelmällinen tarjousten vertailu edellyttää, että tarjoukset ovat tarjouspyynnön mukaisia. Valintaperusteiden on perustuttava annettuihin kriteereihin ja annetuista tarjouksista on laadittava selkeä vertailutaulukko. Jos hankinta tehdään kokonaistaloudellisuuden perusteella, voidaan arvioinnissa käytettävien kriteerien painoarvot ilmoittaa etukäteen. Mikäli näin ei tehdä, katsotaan kaikkien kriteerien olevan samanarvoisia. Jos kriteerit jätetään kokonaan ilmoittamatta, on valintaperusteena käytettävä alinta hintaa.¹⁶⁰

Laatu on käsitteenä tulkinnanvarainen ja sen mittaaminen esimerkiksi palveluissa on vaikeaa. Kunnallisessa palvelutuotannossa luottamushenkilöt tai laki asettavat laatuvaatimukset. Hankintayksikön on otettava laatuvaatimukset huomioon järjestäessään kilpailua ja kirjatessaan täsmällisiä laatuvaatimuksia tarjouspyyntöön.¹⁶¹

Korkein hallinto-oikeus otti kantaa ratkaisussaan (KHO 55/2014) tarjouspyynnössä olleisiin laatuvaatimuksiin. Tarjouspyynnössä vanhusten palveluasumista koskevan palvelun kilpailuttamisessa hinta oli ilmoitettu 70 prosentin painoarvolla, ja asiakastyytyväisyys sekä asiakkaiden toimintakyvyn säilyttäminen molempien osalta 15 prosentin painoarvolla. Tarjoajien oli tullut antaa lupaus asiakastyytyväisyydestä sekä asiakkaiden toimintakyvyn säilymisestä tarjouslomakkeella asteikolle 1–5 siten, että lupaus annetaan asiakasmäärästä. Tarjouspyynnössä ja sen liitteissä oli esitetty yksityiskohtaisesti, millä tavalla kyseisten vertailuperusteiden mittaaminen sopimuskaudella toteutetaan ja mittaamisen ajankohdat. Tarjouspyynnössä oli myös ilmoitettu, millä

¹⁵⁹ Sutela 2003, s. 114

¹⁶⁰ Sutela 2003, s. 115

¹⁶¹ Sutela 2003, s. 115

tavalla tarjoajalle maksettava bonus lupauksen ylittävistä taikka sanktio lupauksen alittavista mittaustuloksista lasketaan. Korkein hallinto-oikeus katsoi, ettei hankintalain tarjouspyyntöä ja tarjousten vertailua koskevat säännökset olleet este hankintayksikön menettelylle. Asiakastytyväisyyttä ja asiakkaan toimintakyvyn säilymistä koskevat vertailuperusteet olivat näin hankintalain mukaisia eivätkä ne olleet päällekkäisiä hintavertailun kanssa.¹⁶²

Tarjousten käsittelyn ensimmäisessä vaiheessa arvioidaan tarjoajien toimitusvarmuus (kelpoisuus). Elleivät ehdot täyty, voidaan tarjoaja sulkea pois kilpailusta jo ennen tarjousten sisällön arviointia. Lisäksi tarjous voidaan hylätä teknisen muotovirheen takia, esimerkiksi jos se on saapunut määräajan päättymisen jälkeen. Tarjouskilpailun toisessa vaiheessa arvioidaan ja vertaillaan kelpoisiksi todetut tarjoukset niiden sisällön ja hinnan perusteella.¹⁶³ Hankintalain 79 § sääntelee tarjousten tarkistamista. Sen toisen momentin mukaan hankintasopimusta ei kuitenkaan voida tehdä sellaisen tarjoajan kanssa, joka olisi tullut sulkea menettelystä 80 - 81 §:n nojalla tai joka ei täytä hankintayksikön asettamia soveltuvuusvaatimuksia.¹⁶⁴

Hankintapäätöksen on perustuttava tarjousvertailuun ja tarjouspyyntöön; ulkopuolisia seikkoja ei saa ottaa huomioon. Päätös on perusteltava ja hylättyjä tarjoajia on informoitava hyvän hallinnon periaatteiden mukaisesti. Tällöin vältetään turhia valituksia. Hankintayksiköllä on oikeus hylätä kaikki tarjoukset niiden kalleuden perusteella. Hankintakohdetta on mahdollista supistaa ja hankinnasta voidaan järjestää uusi tarjouskilpailu. Jälkitinkiminen on kuitenkin kielletty. Uutta tarjouskierrosta ei saa väärinkäyttää kilpailulla saadun etusijajärjestyksen muuttamiseksi.¹⁶⁵

4.1.3.3 Hankintasopimus

Hankintasopimuksen määritelmän mukaan sopimuksen tulee olla kirjallinen. Hankintalain mukaan kaikista hankinnoista on tehtävä erillinen kirjallinen sopimus. Tätä edellyttävät hankintasopimuksen määritelmän lisäksi myös oikeusturvakeinoja koskevat säännöt.¹⁶⁶ Korkeimman hallinto-oikeuden muussa ratkaisussa (KHO 315/2017) hankintasopimusta ei ollut syntynyt, koska sitä ei ollut tehty kirjallisesti. Hankintalain 80 § 1 momentin mukaan hankintayksikkö voi poistaa virheellisen päätöksen, jos päätös tai muu hankintamenettelyssä tehty ratkaisu perustuu lain soveltamisessa

¹⁶² KHO 55/2014

¹⁶³ Sutela 2003, s. 117

¹⁶⁴ Kts. hankintalaki 80 – 81 §:t sääntelevät pakollisia ja harkinnanvaraisia poissulkemisperusteita.

¹⁶⁵ Sutela 2003, s. 117

¹⁶⁶ Eskola ym. 2017, s. 40

tapahtuneeseen virheeseen. Pykälän 2 momentin mukaan päätöksen tai ratkaisun korjaaminen ei edellytä asianosaisen suostumusta. Päätöstä tai ratkaisua ei kuitenkaan voida korjata hankintaoikaisuna, jos hankintasopimus on tehty. Hankintalain 5 §:n 1 kohdan mukaan hankintalaissa ja sen nojalla annetuissa säännöksissä hankintasopimuksella tarkoitetaan kirjallista sopimusta, joka on tehty yhden tai usean hankintayksikön ja yhden tai usean toimittajan välillä ja jonka tarkoituksena on rakennusurakan toteuttaminen, tavarankäytön hankinta tai palvelun suorittaminen taloudellista vastiketta vastaan. Hankintalain 76 §:n mukaan hankintapäätöksen tekemisen jälkeen hankintayksikön on tehtävä hankintasopimus. Hankintasopimus syntyy kirjallisen sopimuksen allekirjoittamisella. Tarjouspyynnössä oli ysiselitteisesti ilmoitettu, että sopimus syntyy, kun päätös on saanut lainvoiman ja sopimus on molempien osapuolten osalta allekirjoitettu. Korkein hallinto-oikeus katsoi, ettei hankintasopimusta ollut tehty, vaikka hankintayksikkö oli suullisesti ilmoittanut valittajalle, että palvelun tuottaminen voidaan aloittaa.¹⁶⁷

Hankintalain esitöiden mukaan hankintasopimuksen määritelmä edellyttäisi hankintayksikön taloudellisen suorituksen ohella myös vastasuoritusta sopimuskumppanilta. Hankkimisen käsite tulee ymmärtää laajasti hyötyjen saamisena kyseisistä rakennusurakoista, tavaroista tai palveluista, jolloin hankkiminen ei välttämättä edellytä omistusoikeuden siirtoa hankintaviranomaisille. Tällainen vastasuoritus olisi käsillä ensinnäkin silloin, kun hankintayksikön sopimuskumppani luovuttaa tavarankäytön, suorittaa palvelun tai toteuttaa rakennustyön sopimuksen mukaisesti hankintayksikölle.¹⁶⁸

4.1.3.4 Yhteishankinnat

Hankintalain 20 § 1 momentin mukaan hankintayksikkö voi hankkia tavaroita ja palveluita yhteishankintayksiköltä taikka tehdä tavara-, palvelu- ja rakennusurakkahankintoja käyttäen yhteishankintayksikön tekemää hankintasopimusta. Hankintalain esitöissä sanotaan, että Suomessa yhteishankintayksiköiden toiminta on laajalti vakiintunutta ja yhteishankinnoilla on pitkät perinteet¹⁶⁹. Käytännössä kunnat eivät aina kilpailuta kaikkia julkisia hankintojaan itse, koska tietyissä hankinnoissa on tarkoituksenmukaisempaa olla mukana useamman hankintayksikön yhteisessä kilpailutuksessa. Usein tällainen kilpailutus tarkoittaa yhteishankintayksikön toteuttamaa kilpailutusta. Yhteishankintayksiköllä tarkoitetaan sellaista hankintayksikköä, joka on keskittynyt julkisten hankintojen kilpailuttamiseen yhteishankintoina. Käytännössä yhteishankintayksikkö

¹⁶⁷ KHO 315/2017

¹⁶⁸ HE 108/2016 vp, s. 75

¹⁶⁹ HE 108/2016 vp, s. 108

kilpailuttaa erilaisia tavaroita ja palveluita suorille ja välillisille omistajilleen sekä mahdollisille muille hankintayksiköille, joille on erikseen annettu oikeus olla tietyn yhteishankintayksikön yhteishankinnoissa mukana. Kuntakentän tunnetuimpia yhteishankintayksiköitä ovat Sarastia Oy, Hansel Oy ja Kuntien Tiera Oy, joista Kuntien Tiera on keskittynyt ICT- ja järjestelmähankintoihin.¹⁷⁰

Hankintalain 21 § sääntelee muista yhteishankinnoista. Pykälän ensimmäisen momentin mukaan hankintayksiköt voivat sopia yksittäisen hankinnan toteuttamisesta yhdessä. Lain esitöissä sanotaan, että hankintayksiköt ovat merkittävässä asemassa erityisesti innovatiivisten hankkeiden yhteydessä. Tällaisia yhteishankintoja voidaan toteuttaa eri muodoissa, kuten yhteisellä koordinaatiolla toteutetuilla hankinnoilla, yhteisen hankinnan kohteen kuvauksen laatimisella, useiden hankintayksiköiden identtistä hankintaa koskevilla itsenäisillä hankintamenettelyillä sekä yhden hankintayksikön valtuuttamisella hallinnoimaan hankintamenettelyä muiden hankintayksiköiden puolesta.¹⁷¹

4.1.4 Palveluhankinnat ja henkilöstön asema

4.1.4.1 Palveluhankinnat

Kuntien hankintoja sääntelee hankintalaki (1397/2016), joka edellyttää hankinnat kilpailutettaviksi.¹⁷² Palveluhankinnoiksi katsotaan kaikki muut hankinnat, jotka eivät ole tavarahankintoja tai rakennusurakoita. Hankinnan määräytymisen tavara- tai palveluhankinnaksi ratkaisee se, kumman hankinnan arvo on rahamääräisesti suurempi.¹⁷³ Kappaleessa käsitellään erityisesti sosiaali- ja terveyspalveluiden hankintoja.

Sosiaali- ja terveyspalveluiden kilpailuttaminen lisääntyi huomattavasti vanhan hankintalain (julkisista hankinnoista annetun lain 348/2007) voimassaoloaikana. Esimerkiksi kuntien ja kuntayhtymien asiakaspalveluiden, ja erityisesti sosiaali- ja terveyspalveluiden, ostot yksityisiltä kasvoivat huomattavasti vuosina 1997 - 2012. Vuosittainen muutos oli keskimäärin 11,6 prosenttia kasvava. Työ- ja elinkeinoministeriö julkaisi vuonna 2013 raportin yksityisestä palveluntarjonnasta

¹⁷⁰ Hämeenlinna & hankinnat: <https://hmlhankinnat.blogspot.com/2019/10/osa-kaupungin-hankinnoista.html>. Linkki katsottu 23.3.2020

¹⁷¹ HE 108/2016 vp, s. 109 - 110

¹⁷² Harjula & Prättälä 2019, s. 203

¹⁷³ Sutela 2003, s. 101

ja yritysten kasvusta sekä julkisista hankinnoista ja toiminnan kehittämisestä sosiaali- ja terveyspalveluissa (TEM raportteja 34/2013). Raportissa selvitettiin yksityisten palveluntuottajien näkemyksiä sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen käytännön kilpailutuksista. Näkemysten mukaan kilpailutuksissa halvin hinta ja palvelun hinnoitteluperusteet ovat usein ratkaisevia sopimuskumppanin valintatekijöitä. Lisäksi laadullisia kilpailutekijöitä ei oteta oikealla tavalla ja riittävästi huomioon.¹⁷⁴ Sutelan mukaan siirryttäessä kilpailuttamiseen kunnan koko oman palvelutuotannon alasajo ei ole tarkoituksenmukaista. Kilpailuttamisella haetaan yleensä hinta-laatusuhteiltaan parhaita vaihtoehtoja. Kunnan oma asiantuntemus on välttämätöntä oikeiden tilausten tekemisessä ja palvelun laadun seuraamisessa sopimuskautena. Kunnalla on oltava valmiudet palvelutuotantoon sopimushäiriöiden varalta. Palvelun, esimerkiksi vanhusten hoitokodin hoitopäivän, todellisten kustannusten selvittäminen on vaativa tehtävä. Kunnan oman työn laskelmat eroavat yritysten tarjouslaskelmista tai urakkahinnoista. Kustannusten selvittämistä vaikeuttaa kuntien laskentatoimi, jossa eri kustannuslajeja on vaikea erottaa toisistaan. Kunnissa käytetään erilaisia tapoja vyöryttää kustannuksia tuotteille ja palveluille. Laskelmien yhdenmukaisuuden periaatteen mukaan kaikissa vertailtavissa vaihtoehdoissa on oltava mukana samat kustannuserät ja laatuvaatimukset.¹⁷⁵

Hankintalain esitöiden mukaan hankintalakiin otettiin omat menettelysäännöt sosiaali- ja terveyspalveluhankintoja sekä muita erityisiä palveluhankintoja varten. Näin haluttiin lisätä hankintayksiköiden harkinnanmahdollisuuksia ja menettelyiden joustavuutta niin hankintayksiköiden kuin tarjoajienkin kannalta sekä korostaa asiakkaiden aseman parempaa huomioimista osana hankintamenettelyjä. Hankintalain 12 luvussa pykälissä 107–115 säännellään sosiaali- ja terveyspalveluiden hankinnasta. Sosiaali- ja terveyspalveluiden ollessa hankinnan kohteena, tulee huomioon ottaa erityisesti palveluiden käyttäjät.

Pykälässä 108 palvelujen käyttäjien tarpeiden huomioon ottaminen hankinnoissa säännellään, että sosiaali- ja terveyspalvelujen hankinnassa palvelun käyttäjien yksilöllisten ja pitkäaikaisten sekä toistuvien hoito- tai sosiaalipalvelujen turvaamiseksi hankintayksikön olisi otettava huomioon käyttäjien erityistarpeet ja kuuleminen siten kuin asiasta muualla lainsäädännössä säädetään. Säännöksellä on haluttu korostaa sitä, että erityisesti sosiaali- ja terveyspalveluiden hankinnassa hankintayksikön tulisi jo esimerkiksi hankinnan suunnitteluvaiheessa huomioida kyseisten

¹⁷⁴ HE 108/2016 vp, s. 20

¹⁷⁵ Sutela 2003, s. 104 -105

palveluiden käyttäjät ja näiden mahdolliset erityistarpeet.¹⁷⁶ Eskolan mukaan tämä voisi mahdollisesti tarkoittaa sitä, että kehitysvammaisten asumispalveluiden sopimusehdoissa tulisi jatkossa huomioida palvelusopimuksen jatkuminen kunkin asiakkaan osalta toistaiseksi voimassa olevana. Eli vaikka puitesopimuskausi päättyisikin, eikä palveluntuottaja tulisi valituksi uudeksi palveluntuottajaksi, niin asiakaskohtaiset sopimukset jatkuisivat. Tämä turvaisi todennäköisesti palvelun käyttäjän erityistarpeet paremmin kuin palveluntuottajan vaihtaminen.¹⁷⁷

Pykälän 3 momentissa säädetään pitkäkestoisista hoito- ja asiakassuhteista. Hankintalain esitöiden mukaan jotkin palvelukokonaisuudet saattavat olla luonteeltaan sellaisia, joissa kokonaisuudesta muodostuu asiakkaalle pitkäaikainen hoito- tai hoivasuhde. Tällaisten palveluiden kilpailuttamisessa hankintayksiköitä muistutettaisiin kiinnittämään huomiota hankinnan sopimuskauden pituuteen sekä muihin keskeisiin ehtoihin siten, ettei hankinnan lopputulos johtaisi asiakkaan kannalta kohtuuttomuuteen tai epätarkoituksenmukaisuuteen. Tällaisia palveluita voisivat olla esimerkiksi muistisairaiden vanhusten, mielenterveyskuntoutujien tai vammaisten henkilöiden palvelut taikka lastensuojeluun liittyvät palvelut. Hankintalainsäädäntö ei pääsääntöisesti aseta rajoituksia hankintasopimusten pituudelle, vaan esimerkiksi toistaiseksi voimassa olevien sopimusten tekeminen on useimmissa tilanteissa lain mukaan mahdollista.

Hankintalain oma luku sosiaali- ja terveyspalveluiden hankintaa varten on tarpeellista, sillä nämä palveluhankinnat vaikuttavat oleellisesti asiakkaiden oikeusturvaan sekä perusoikeuksiin. Sosiaali- ja terveyspalvelujen laatua ja asiakkaan oikeuksia turvaavan lainsäädännön muodostavat perustuslain säännösten ohella lait sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista (812/2000) sekä palvelujen sisällöstä säättävänä lainsäädäntöinä sosiaalihuoltolaki ja terveydenhuoltolaki sekä niitä täydentävä erityislainsäädäntö, kuten esimerkiksi laki vammaisuuden perusteella järjestettävistä palveluista ja tukitoimista (380/1987), laki kehitysvammaisten erityishuollosta (519/1977), laki ikääntyneen väestön toimintakyvyn tukemisesta sekä iäkkäiden sosiaali- ja terveyspalveluista (980/2012), lastensuojelulaki (417/2007), erikoissairaanhoidolaki (1062/1989), mielenterveyslaki (1116/1990) ja tartuntatautilaki (583/1986).¹⁷⁸

Edellä mainitussa sosiaalihuollon yleis- ja erityislainsäädännössä säädetään velvoittavasti muun muassa palvelun käyttäjän edun ja hänen tarpeidensa huomioon ottamisesta sekä käyttäjän

¹⁷⁶ HE 108/2016 vp, s. 215

¹⁷⁷ Eskola ym. 2017, s. 493 - 494

¹⁷⁸ HE 108/2016 vp, s. 215

osallistumisesta ja kuulemisesta palveluprosessissa, joka kattaa palvelutarpeen arvioinnin ja palvelujen suunnittelun, päätöksenteon sekä palvelujen tosiasiallisen järjestämisen eli toteuttamisen. Jos kunta järjestää palvelut hankkimalla ne muilta toimijoilta kilpailuttamalla, olisi sen otettava huomioon edellä mainittu palvelujen sisältöä sekä palveluprosessia koskeva lainsäädäntö, mukaan lukien palvelun käyttäjien oikeuksien toteutuminen.¹⁷⁹

Hankintalain 115 § sääntelee kokonaistaloudellisesti edullisimman tarjouksen valintaa. Vaikka se vastaa pääosin hankintalain kansallisen hankintamenettelyn 106 §:ää, niin 115 §:ään on lisätty toinen momentti:

Jos hankintayksikkö käyttää kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteena ainoastaan halvinta hintaa, sen on esitettävä tätä koskevat perustelut hankinta-asiakirjoissa, hankintapäätöksessä taikka hankintamenettelyä koskevassa erillisessä kertomuksessa.

Toinen momentti on tärkeä lisäys koskien sosiaali- ja terveystaloudellisia palveluita, koska niiden osalta laatu on ensiarvoisen tärkeä hankintakriteeri. Perusteluvollisuutta on kuvattu hankintalain 93 §:n 1 momentin yksityiskohtaisissa perusteluissa:

Perusteluvollisuus oli kansallinen lisäys eikä se perustunut suoraan hankintadirektiiviin, vaan sen tavoitteeseen korostaa hankintojen laatuun liittyviä näkökohtia. Lainkohdan tarkoituksena on kiinnittää hankintayksikön huomiota erityisesti hankinnan laadullisiin näkökohtiin. Esimerkiksi sosiaali- ja terveystaloudellishankinnoissa ja elintarvikehankinnoissa rohkaistaan hankintayksiköitä harkitsemaan laadunäkökohtien käyttämistä tarjousten arvioinnin perusteina. Jos hankintayksikkö päättäisi käyttää kokonaistaloudellisen edullisuuden perusteena muissa kuin tavarahankinnoissa ainoastaan hintaa, tulisi sen tehdä läpinäkyväksi se, miten laadulliset näkökohdat on huomioitu hankittavassa kokonaisuudessa esimerkiksi kuvaamalla, miten se on ottanut laadun huomioon asettamissaan tarjoajan soveltuvuusvaatimuksissa, hankinnan vähimmäisvaatimuksissa, hankintasopimuksen erityisehdoissa tai muuten hankinnan kohteen kuvauksessa.¹⁸⁰

4.1.4.2 Palveluhankintojen mahdollinen vaikutus henkilöstöön

¹⁷⁹ HE 108/2016 vp, s. 215

¹⁸⁰ HE 108/2016 vp, s. 201

Erityisesti palveluhankinnoissa on pohdittava mahdollisimman tarkkaan henkilöstövaikutukset. Ennen vuotta 2007 työnantajan ja henkilöstön välisestä yhteistoiminnasta sovittiin työmarkkinajärjestöjen kanssa yleissopimuksella, joka oli oikeusvaikutuksiltaan virka- ja työehtosopimus.¹⁸¹ Nykyään asiaa sääntelee laki työnantajan ja henkilöstön välisestä yhteistoiminnasta kunnissa (449/2007), myöhemmin yt-laki). Tätä lakia on noudatettava silloin, kun palvelutoiminnan muutokset vaikuttavat henkilöstön asemaan oleellisesti. Tällaisia tilanteita ovat mm. (449/2007 4 § kohdat 1–2):

- 1) henkilöstön asemaan merkittävästi vaikuttavia muutoksia työn organisoinnissa, kunnan palvelurakenteessa, kuntajaossa tai kuntien välisessä yhteistyössä.
- 2) palvelujen uudelleen järjestämisen periaatteita, jos asialla voi olla olennaisia henkilöstövaikutuksia, kuten ulkopuolisen työvoiman käyttöä tai liikkeen luovutusta.

YT-lain esitöissä (HE 267/2006) todetaan, että kuntien toimintaympäristö on voimakkaassa muutoksessa väestön vanhenemisen, palvelukysynnän kasvun, sisäisen muuttoliikkeen, henkilöstön eläkkeelle siirtymisen, työvoiman niukkuuden ja julkisen talouden paineiden vuoksi. Paineet johtavat lisääntyvästi palvelutuotantotapojen uudelleen pohdintaan, jolloin vaihtoehtoina saattavat tulla harkittavaksi esimerkiksi lisääntyvä kuntien keskinäinen yhteistyö, kuntaliitokset, palvelutuotannon yksityistäminen, ulkopuolisen työvoiman käytön lisääntyminen tai ostopalvelujen hankkiminen. Nämä toimenpiteet yleensä merkitsevät muutoksia työn organisoinnissa. Siinä vaiheessa kun on tiedossa, että toimenpiteestä aiheutuu henkilöstön asemaan merkittävästi vaikuttavia muutoksia, tulee tällaista valmisteilla olevaa asiaa käsitellä yhteistoimintamenettelyssä.¹⁸²

Komulaisen mukaan henkilöstön asema ulkoistuksessa on hieman kaksijakoinen. Jos esimerkiksi kunta ulkoistaa palvelujaan voimakkaasti, työsuhteisten työntekijöiden oikeudellinen asema ei välttämättä muutu, koska tärkeimmät työntekijöitä koskevat säännökset ovat työsopimuslain seitsemännessä luvussa, jota noudatetaan orgaanimuodosta riippumatta. Työsopimuslain (55/2001) seitsemännen luvun keskeisimmät kohdat ulkoistuksen näkökulmasta ovat 3 ja 5 §. Luvun 3 § voi tulla kysymykseen, jos kunnalla on taloudelliset ja tuotannolliset irtisanomisperusteet.¹⁸³ Tällöin

¹⁸¹ HE 267/2006 vp, s. 1

¹⁸² HE 267/2006 vp, s. 15

¹⁸³ Työsopimuslain 7:3 § edellyttää, että tuotannollisten, taloudellisten tai toiminnallisten uudelleenjärjestelyjen takia työ on vähentynyt olennaisesti ja pysyvästi eikä työntekijä ole koulutettavissa tai sijoitettavissa työsopimuslain 7:4 §:n mukaisesti.

ulkoistamista ei voida lain mukaan käyttää perusteena henkilöstön vähennykselle, ellei ole osoitettavissa, että taloudellisten ja tuotannollisten tekijöiden lisäksi samoja töitä ei enää ole, eikä henkilöstöä ole koulutettavissa tai sijoitettavissa uuden palvelun tuottajan palvelukseen.¹⁸⁴ Kunnan työntekijöiden oikeudellinen asema määräytyy pääosin samoin kuin yksityisellä sektorilla. Keskeiset säännökset ovat työsopimuslaissa.¹⁸⁵

Virkasuhde eroaa tavallisesta työsuhteesta oleellisesti myös palveluiden ulkoistuksien osalta¹⁸⁶. Virkaa tai virkavastuuseen liittyviä asioita on mahdotonta ulkoistaa, koska virkaan sisältyy lainsäädännöllisiä vaatimuksia ja velvollisuuksia, kuten virantoimitusvelvollisuus, salassapitovelvollisuus sekä virkamiehen rikosoikeudellinen ja vahingonkorvausvastuu. Viranhaltijoilla on myös paremmat irtisanomis- ja palvelusturvasuojat. Olennaisin ja suurin muutos henkilöstön oikeusturvan kannalta on se, että kunnasta siirtyvillä viranhaltijoilla ei ole yksityisen palveluntuottajan palveluksessa virkasuhteeseen liittyviä etuja tai vastuita. Vaikka palveluntuottaja tuottaisi pääasiallisesti samat palvelut kuin esimerkiksi terveyskeskuksen virkalääkärikunta, kunnalla on oltava oma virkasuhteessa toimiva viranhaltija, joka käsittelee ja valvoo asioita virkavastuulla.¹⁸⁷

Hallintovaliokunta kiinnitti huomionsa mietinnössään siihen, että virkasuhteessa olevilla henkilöillä on erityinen virkavastuu. Terveysturvaluollossa on siirtymää virkasuhteista työsopimussuhteisiin hoitohenkilöstön osalta. Vaikka virkavastuu koskee osin myös kunnan työntekijöitä, heihin ei sovelleta rikoslain 40 luvun 10 §:ää ja 11 §:ää, joissa säädetään huolimattomuudesta tai varomattomuudesta tehdystä virkavirheestä. Tämä oli valiokunnan mielestä kansalaisten kannalta ongelmallista. Hallintovaliokunta totesi, että kansalaisen kannalta on tärkeää, että hän saa riittävää oikeussuojaa julkisyhteisön palveluksessa olevan henkilöstön suhteen.¹⁸⁸

Lainsäädäntö mahdollistaa ulkoistamisten tapahtuvan siten, että henkilöstö siirtyy vanhoina työntekijöinä uuden organisaation palvelukseen. Tällöin tehtäväsiirto olisi tulkittavissa työsopimuslain (55/2001)1 luvun 10 §:n ja kunnallisesta viranhaltijasta annetun lain (304/2003) 25 §:n tarkoittamaksi liikkeen luovutukseksi. Henkilöstön näkökulmasta etuna olisi, että työnantajan vaihtuminen ei vaikuta palkka-, oma- tai eläke-etuuksiin.¹⁸⁹

¹⁸⁴ Komulainen 2010, s. 540

¹⁸⁵ Harjula & Prättälä 2019, s. 556

¹⁸⁶ katso tarkemmat virka- ja työsuhteen erot Harjula & Prättälä 2019, s. 557

¹⁸⁷ Komulainen 2010, s. 540 - 541

¹⁸⁸ HaVM 11/2000, s. 10

¹⁸⁹ Komulainen 2010, s. 541 - 542

4.1.5 Koska hankintalakia ei sovelleta hankintoihin

Hankintalakia ei sovelleta hankintoihin, jotka jäävät alle kansallisen kynnyksarvon. Julkisten hankintojen kynnyksarvojen alittuessa toteuttamisessa noudatettaviksi voivat tulla muussa lainsäädännössä olevat velvoitteet. Siten esimerkiksi soveltuvat hallintolain ja kuntalain tasapuolisuus- ja avoimuusvelvoitteet sekä menettelytapavelvoitteet koskisivat edelleen myös hankintalain soveltamisalan ulkopuolella olevien hankintojen tekemistä. Kansallisen kynnyksarvon alittavien hankintojen mahdollisissa oikaisu- ja valitustilanteissa olisi kuitenkin otettava huomioon kunnallis- ja hallintovalituksen erityispiirteet sekä kuntalain ja hallintolain (434/2003) oikeussuojajärjestelmää koskevat säännöt.¹⁹⁰

Hankintalakia ei myöskään sovelleta kunnan sidosyksikköön. Sidosyksiköksi yksikkö (osakeyhtiö, kuntayhtymä jne.) katsotaan silloin, kun kunta yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa valvoo sitä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan (eli käyttää määräysvaltaa) ja yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on (hankintalain 10 §). Omalta liikelaitokseltaan kunta voi tehdä hankintoja niitä kilpailuttamatta. Jos kunta päättää kilpailuttaa hankinnan, kunnan liikelaitokset ovat samassa asemassa ulkopuolisten yritysten kanssa.¹⁹¹ Hankintalain toinen luku säätelee lain soveltamisalasta ja rajauksista. Pykälät 6–19 sisältävät kohdat, joihin hankintalakia ei sovelleta. Esimerkiksi puolustus- ja turvallisuushankinnat 12 §:n mukaan hankintalakia ei sovelleta julkisista puolustus- ja turvallisuushankinnoista annetun lain (1531/2011) 5 §:ssä tarkoitettuihin hankintoihin.

Sipilän hallituksen sote-uudistuksen keskiössä ollut valinnanvapaus ja palvelusetelijärjestelmät voivat tulevaisuudessa nousta jälleen esille, jos hankkeet menevät perustuslakivaliokunnassa läpi. Jos näin käy, niin osa sosiaali- ja terveystaloustalouksista jää kilpailulainsäädännön ulkopuolelle, sillä talousvaliokunnan mietinnössä todetaan, että asiakkaan valinnanvapautteen perustuvia järjestelmiä ja palvelusetelijärjestelmiä ei pidetä hankintalain soveltamisalaan kuuluvina.¹⁹²

¹⁹⁰ HE 108/2016 vp, s. 115

¹⁹¹ Harjula & Prättälä 2019, s. 203

¹⁹² TaVM 35/2018 vp, s. 4

4.2 Kunnallinen sopimustoiminta

4.2.1 Hallintosopimukset

Hallintolain (434/2003) 3 §:ssä kuvataan hallintosopimuksen tarkoitus. Sen mukaan hallintosopimuksella tarkoitetaan viranomaisen toimivaltaan kuuluvaa sopimusta julkisen hallintotehtävän hoitamisesta tai sopimusta, joka liittyy julkisen vallan käyttöön.

Hallintosopimusta tehtäessä on noudatettava hyvän hallinnon perusteita ja riittävällä tavalla turvattava niiden henkilöiden oikeudet sopimuksen valmistelussa sekä mahdollisuudet vaikuttaa sopimuksen sisältöön, joita sovittava asia koskee. Hallintolaissa säännellyn hallintosopimuksen sisältönä on siten pääasiassa julkisten palvelujen toteuttaminen ja hallinnolliseen sääntelyyn liittyvä viranomaisen päätöksenteko¹⁹³. Hallintopäätösten ohella hallintotoimia on ryhdytty toteuttamaan yhä laajemmin erityyppisin sopimuksin. Vaikka sopimusmalli eroaa merkittävästi perinteisestä hallintopäätöksellä toteutettavasta yksipuolisesta julkisen vallan käytöstä, tällaiseenkin osapuolten väliseen hallinto-oikeudelliseen suhteeseen liittyy usein yksipuoliselle päätöksenteolle ominaisia piirteitä¹⁹⁴.

Kunnallisten palvelujen ulkoistaminen on lähentänyt julkisoikeudellista ja yksityisoikeudellista sääntelyä keskenään. Usein liikutaan kuitenkin sääntelyjen välimaastossa ns. harmaalla vyöhykkeellä, jolloin asian oikeustila on epäselvä. Yrityselämän sopimusmenettelyt eivät ole sellaisenaan siirrettävissä julkiselle sektorille. Julkisissa palveluissa käytetään hyvin usein julkista valtaa esim. tosiasiallisen hallintotoiminnan muodossa. Julkiset palvelut kattavat suuren määrän hyvin erilaisia toimintoja tienaurauksesta lasten sijaiskotitoiminnan järjestämiseen. Vastaavasti myös näitä koskevat sopimukset ovat hyvin erilaisia ja niissä joudutaan ottamaan huomioon myös erityislakien säännökset ja määräykset palvelun laadusta.¹⁹⁵

Julkisen hallintotehtävän hoitamista koskeva hallintosopimus määrittelee lähinnä julkisten palvelujen toteuttamista ja jakamista. Perustuslain 124 §:stä johtuu, että julkisen hallintotehtävän, esimerkiksi julkisen palvelutehtävän antaminen yksityiselle on mahdollista vain lailla tai lain nojalla. Lailla

¹⁹³ Mäenpää 2008, s. 36

¹⁹⁴ HE 72/2002 vp, s. 49

¹⁹⁵ Sutela 2003, s. 138

säädetyissä rajoissa viranomainen voi siis sopia tällaisen tehtävänsiirron toteuttamisesta ja julkisen palvelun hoitamisesta. Hallintosopimuksen tekevä viranomainen huolehtii tällä tavoin julkisen palvelun tuottamisesta osaksi tai kokonaan käyttämällä sopimuksen määrittelemiä järjestelyjä, joiden mukaan varsinaisen palvelun toteuttaa palvelun tuottaja.¹⁹⁶ Julkista vallan käyttöä koskevat sopimukset ovat käytännössä ongelmallisia, koska niiden välittömänä kohteena on lähtökohtaisesti ja ainoastaan viranomaiselle kuuluva toimivalta lain soveltamiseen ja julkisen vallan käyttöön. Julkisen vallan käytön keskeinen muoto on hallintopäätöksen tekeminen. Hallintolaki ei määrittele, milloin ja missä laajuudessa hallintopäätös on mahdollista korvata hallintosopimuksella. Mutta kuten edellä todettu, niin lähtökohtana on, että julkisen vallan käyttöä koskevan hallintosopimuksen tekeminen edellyttää aina nimenomaista lainsäätötoimivaltasäännöstä.¹⁹⁷

Julkisen hallintotehtävän hoitamista koskevia hallintosopimuksia ovat muun ohella ajoneuvojen rekisteröinti- ja katsastustoimintaa koskevat sopimukset. Ajoneuvojen rekisteröinti- ja katsastustoimintaa koskevat hallintosopimukset määrittelevät katsastuksen tai rekisteröinnin suorittamiseen kuuluvia tehtäviä, mutta laissa määritellään yksityisen käyttämän toimivallan edellytykset ja rajat.¹⁹⁸ Julkisen vallan käyttöön liittyviä hallintosopimuksia ovat puolestaan esimerkiksi luonnonsuojelulain (1096/1996) 25 §:ssä tarkoitettut alueen määräaikaista rauhoittamista koskevat sopimukset sekä maatalouden ja ympäristöhallinnon alalla myönnettäviin eräisiin tukiin liittyvät sopimukset. Esimerkiksi luonnonmukaisesta tuotannosta tehdään ensivaiheessa hakemus, jossa viljelijä sitoutuu erityyppisiin järjestelyihin. Hakemuksen perusteella työvoima- ja elinkeinokeskus tekee päätöksen sopimuksen tekemisestä viljelijän kanssa ja vahvistaa päätöksellään sopimuksen sisällön. Sopimukseen sisältyy myös viljelijälle maksettavan tuen määrä.¹⁹⁹ Yleisimpiä hallintosopimuksia ovat niin sanotut ostopalvelusopimukset, joilla toteutetaan lakisääteisiä julkisia palveluja. Tällaisella hallintosopimuksella viranomainen ostaa palvelun yksityiseltä palvelun tuottajalta tai toiselta julkisyhteisöltä ja tarjoaa palvelun siihen oikeutettujen käytettäväksi. Etenkin kunnan viranomaiset hankkivat tällä tavoin palveluja, joiden sisältönä on esimerkiksi päivähoito, vanhusten hoito, sairaanhoito, päihdehoito tai koulutuksen järjestäminen. Tällaisten hallintosopimusten yleisenä oikeudellisena perustana on kuntalain 9 §:n 1 momentin säännös, jonka mukaan kunta voi hankkia tehtäviensä hoidon edellyttämiä palveluja myös muilta palvelujen

¹⁹⁶ Mäenpää 2008, s. 36

¹⁹⁷ Mäenpää 2017, s. 61

¹⁹⁸ Mäenpää 2017, s. 62

¹⁹⁹ HE 72/2002 vp, s. 50

tuottajilta. Myös esimerkiksi Kansaneläkelaitos tekee sopimuksia terveydenhuollon, kuntoutuksen ja kuljetuspalvelujen toteuttamisesta.²⁰⁰

Tarve erottaa hallintosopimukset, kuten muutkin julkisoikeudelliset sopimukset, yksityisoikeudellisista sopimuksista johtuu jo siitä, että hallintosopimus on käytettävissä ainoastaan julkisoikeudellisissa oikeussuhteissa. Toiseksi hallintosopimuksista aiheutuvat riidat käsitellään hallintoriita-asioina hallintolainkäytön järjestyksessä, kun taas yksityisoikeudelliset riidat kuuluvat yleisen lainkäytön piiriin (HLL 69.1 §).²⁰¹ Sopimusta voidaan pitää julkisoikeudellisena silloin, kun se koskee hallinnollista sääntelyä tai lakisääteisen tehtävän järjestämistä. Tällöin esimerkiksi kunnan yksityisen palveluntuottajan kanssa solmima sopimus vanhusten asumispalveluista on luonteeltaan julkisoikeudellinen. Vanhusten laitoshuollon järjestämisvelvollisuudesta – tämä kattaa myös asumispalvelut – säädetään sosiaalihuoltolaissa (710/1982, 17 §). Tämä on kunnan lakisääteinen velvollisuus. Sen sijaan on huomattava, että yksityisen hoitokodin ja sen asiakkaan välinen sopimus palvelun ja hoidon sisällöstä, vuokran suuruudesta jne. on luonteeltaan yksityisoikeudellinen.²⁰²

Viranomaisen tekemät sopimukset esimerkiksi julkisen hallintotehtävän hoitamisesta ovat päteviä samoin edellytyksin kuin sopimukset ovat päteviä yleensäkin. Pätevä hallintosopimus perustaa siten yleensä molemmille sopimuksen osapuolille velvollisuuden toteuttaa sopimuksen sisältö sellaisenaan. Sopimusrikkomus voi johtaa korvausvelvollisuuteen. Julkisen vallan käyttöä koskevat sopimukset ovat pätevyydeltään ja sitovuudeltaan ongelmallisempia. Viranomaisen on päätöksenteossaan noudatettava ensisijaisesti lakia ja harkintavallan käyttöä rajoittavia hallinnon oikeusperiaatteita (HL 6 §). Näissä rajoissa tehty hallintopäätös on lainmukainen ja pätevä riippumatta siitä, noudattaako se sopimusta vai ei. Viranomaisen ei toisin sanoen ole oikeudellisesti velvoittavalla tavalla sidottu julkisen vallan käyttöä koskevaan sopimukseen, ellei tällainen sidonnaisuus perustu välittömästi lakiin.²⁰³

Korkein oikeus linjasi tapauksessa KKO 2013:19, että Hyvinkään kaupungin ja yksityisen yrityksen solmima ostopalvelusopimus tähyystutkimusten suorittamisesta terveyskeskuksessa ei ollut hallintosopimus, koska se ei koskenut julkisen vallan käyttöä eikä kunta suorittanut julkista hallintotehtävää. Korkein oikeus joutui ratkaisussaan kiinnittämään huomiota kahteen kohtaan: 1)

²⁰⁰ Mäenpää 2008, s. 36. Lähteessä viittaus vanhaan (365/1995) kuntalain 2.3 §:ään. Uudessa kuntalaissa vastaava 9 §.

²⁰¹ Kulla 2018, s. 31

²⁰² Sutela 2003, s. 142

²⁰³ Mäenpää 2017, s. 64 - 65

pidetäänkö kaupungin ja yhtiön välistä ostopalvelusopimusta hallintosopimuksena ja 2) mikäli asiassa katsottaisiin, että kyseessä on hallintosopimus, piti lisäksi arvioida, voidaanko yhtiön korvauskanne tutkia yleisessä tuomioistuimessa. Ratkaisuaan tuomioistuin perustelee sillä, että kunta voi toteuttaa terveydenhuollon järjestämismääränsä monin erilaisin järjestelyin, muun muassa hankkimalla palveluja sopimuksin julkisilta tai yksityisiltä palvelujen tuottajilta. Vaikka julkisen hallintotehtävän hoitaminen on kunnalle syy tietyn sopimuksen tekemiseen, tämä ei sinänsä vielä tarkoita, että sopimuksen sisältönä olisi julkisen hallintotehtävän hoitaminen. Kun kysymys on tyypiltään kilpailutuksen alaisista palveluista, joista kunta tekee sopimuksia hankkiakseen markkinoilta terveydenhoidon järjestämiseen liittyviä palveluja, ei ole perusteita luonnehtia näin syntyviä sopimuksia hallintolaissa tarkoitetuiksi hallintosopimuksiksi. Tällaiset sopimukset eivät sisällöltään liity julkisen vallan käyttöön. Niiden kohteena ei myöskään ole julkisen hallintotehtävän hoitaminen, vaan tällöin on kysymys siitä, että kunta täyttää omaa julkista hallintotehtäväänsä hankkimalla sitä varten tarvittavia palveluja ulkopuoliselta taholta vastuun palvelujen järjestämisestä ja sisällöstä jäädessä kunnalle.

Tuomioistuin arvioi, että yhtiölle ei ole annettu julkista hallintotehtävää hoidettavaksi, koska sopimus on koskenut tähtystutkimusten suorittamista Hyvinkään terveyskeskuksessa, ja siten vain kapeaa osaa terveydenhuollon hallinnonalaan kuuluvista toiminnoista. Terveyskeskus on voinut päättää tutkimusten ajankohdista, ja terveydenhuollon johtaja on päättänyt toiminnan laajuudesta. Kysymys on siten ollut terveyskeskuksen toiminnan avuksi hankitusta tutkimustoiminnasta, johon ei ole sisältynyt itsenäistä hallinnollista päätösvaltaa eikä muutoinkaan julkisen vallan käyttöä. Näin olleen sopimuksen kohteena ollut vahingonkorvausvaade kuuluu yleisen tuomioistuimen toimivaltaan.

Tuomioistuin joutui ratkaisussaan ottamaan myös kantaa yhtiön endoskopistin sopimuksen mukaiseen mahdollisuuteen ohjata potilaita vastaanotolta erikoissairaanhoidon ja terveyskeskuksen hoitoon. Tuomioistuin perustelee, että tällaista potilaiden jatkohoitoon ohjausta koskeva päätösvalta perustuu ensisijaisesti terveydenhuollollisiin näkökohtiin. Mielenkiintoisen asiasta tekee se, että endoskopisti ei tuomioistuimen mukaan käytä ratkaisuisaan julkista valtaa.²⁰⁴

Korkein oikeus joutui ratkaisemaan (KKO 36/2008), oliko kuntayhtymän ja osakeyhtiön välillä sovittu sopimus ammattikorkeakoulutuksen järjestämisestä yhtiön omistamassa kauppaoppilaitoksessa hallintosopimus, ja oliko näin käräjäoikeudella toimivaltaa ratkaista asia

²⁰⁴ KKO: 2013:19, kohdat 19 - 30

vahvistuskanteen osalta. Korkein oikeus totesi, että ammattikorkeakoulujärjestelmä kuuluu perustuslain 16 §:n 2 momenttiin ja sitä edeltäneen hallitusmuodon 13 §:n 2 momenttiin, joiden mukaan julkisen vallan velvollisuutena on turvata jokaiselle yhtäläinen mahdollisuus saada kykyjensä ja erityisten tarpeidensa mukaisesti muutakin kuin perusopetusta. Näin ollen korkein oikeus katsoi ammattikorkeakouluopetuksen olevan julkisen vallan järjestämää ja lakisääteistä. Sopimus koskee opetusministeriön hallinnonalaan kuuluvaa ja valtioneuvoston antamaan toimilupaan perustuvaa lakisääteistä ammattikorkeakouluopetuksen järjestämistä. Sopimuksella on siten järjestetty julkisen hallintotehtävän hoitaminen ja sen toisena osapuolena oleva kuntayhtymä toimii sopijapuolena opetushallinnon alan julkisyhteisönä eikä yksityisoikeudellisena yhteisönä. Korkein oikeus katsoi, että sopimus on hallintolain 3 §:n 1 momentissa tarkoitettu hallintosopimus.

Kauppaoppilaitos katsoi sopimuksen vahvistuneen ja siten tulleen voimaan, eikä uusi ammattikorkeakoululaki ollut muuttanut sopimuksen sisältöä eikä vaikuttanut sen sitovuuteen. Tämän lisäksi kauppaoppilaitos vaati sen vahvistamista, ettei sopimusta ollut irtisanottu eikä irtisanominen ole voinut koskea vanhoja opiskelijoita. Kanne koski siten sopimuksen tulkintaa, sen sisällön ja voimassaolon vahvistamista. Korkein oikeus katsoi, että kysymys oli sellaisesta hallintosopimusta koskevasta riidasta, jonka käsittely kuului hallintolainkäyttölain 69 §:n 1 momentin mukaan hallinto-oikeuden toimivaltaan. Sen vuoksi asianosaiset eivät voineet sopia riidan käsittelystä Vantaan käräjäoikeudessa.²⁰⁵

Korkein hallinto-oikeus totesi, että maankäyttö- ja rakennuslaissa tarkoitettu maankäyttösopimus liittyi julkisen vallan käyttöön osana kunnan harjoittamaa maapolitiikkaa (KHO 2016:52). Maankäyttösopimusta oli siten sinänsä pidettävä hallintosopimuksena. Maankäyttö- ja rakennuslaissa tarkoitettu maankäyttösopimus liittyy siten jo tarkoituksensa vuoksi julkisen vallan käyttöön osana kunnan harjoittamaa maapolitiikkaa. Sillä seikalla, että sopimuksessa ei voida sitovasti sopia kaavojen sisällöstä, ei ole tässä suhteessa ratkaisevaa merkitystä. Sopimuksen määrittäminen oikeudelliselta luonteeltaan hallintosopimukseksi ei myöskään edellytä, että sillä olisi siirretty julkisen vallan käyttöä yksityiselle taholle. Maankäyttösopimusta voidaan näin ollen yleisesti luonnehtia hallintolaissa tarkoitetuksi hallintosopimukseksi. Maankäyttösopimukset sisältävät siitä huolimatta tyyppillisesti myös yksityisoikeudellisia sopimusehtoja, kuten alueluovutuksiin ja niistä maksettaviin korvauksiin liittyviä ehtoja. Kysymys siitä, missä järjestyksessä yksittäistä

²⁰⁵ KKO 2008:36, kohdat 1 – 19

maankäyttösopimusta koskeva riita-asia on ratkaistava, määräytyy tapauskohtaisesti toisaalta sopimuksen sisällön ja toisaalta asiassa esitettyjen vaatimusten suhteen.²⁰⁶

Aikaisemmin samana vuonna korkein oikeus tuli oikeudellisesti toisenlaiseen tulokseen maankäyttösopimusten osalta. Korkein oikeus perusteli ratkaisuaan (KKO 2016:8), että maankäyttö- ja rakennuslaissa ei ole säädetty siitä, missä tuomioistuimessa maankäyttösopimuksia koskevat riidat käsitellään. Myöskään lain 12 a lukua koskevissa esitöissä ei ole käsitelty sitä, onko maankäyttösopimuksissa kysymys yksityisoikeudellisista sopimuksista vai hallintosopimuksista. Maankäyttösopimuksia aikaisemmin säännelleen maankäyttö- ja rakennuslain 11 §:n esitöissä oli nimenomaisesti todettu, että maankäyttösopimus on luonteeltaan yksityisoikeudellinen sopimus (HE 101/1998 vp s. 64). Samaan aikaan maankäyttö- ja rakennuslain uudistuksen kanssa eduskunnan käsiteltävänä on ollut hallintolakia koskeva hallituksen esitys (HE 72/2002 vp s. 50). Siinä on sivuttu maankäyttösopimusta toteamalla, että hallintosopimukseen saattaa joskus sisältyä sekä julkisoikeudellisia että yksityisoikeudellisia aineksia. Maankäyttösopimukseen todettiin voivan liittyä yksityisoikeudellisia luovutustoimia. Esitöissä arvioitiin, että maankäyttösopimusta koskevien maankäyttö- ja rakennuslain säännösten uudistuksen jälkeen hallintolain soveltaminen maankäyttösopimukseen jäänee vähäiseksi. Korkein oikeus totesi, että ennen maankäyttö- ja rakennuslain 12 a luvun säätämistä oli oikeuskäytännössä vakiintuneesti katsottu, että maankäyttösopimuksia koskevat osapuolten väliset riidat kuuluivat yleisten tuomioistuinten toimivaltaan. Korkein oikeus katsoi, ettei edellä kuvattujen esityölausumien perusteella voinut tehdä sellaista johtopäätöstä, että maankäyttösopimuksia koskevat riitaisuudet olisi maankäyttö- ja rakennuslain uudistamisen yhteydessä tarkoitettu siirrettäviksi hallintotuomioistuimiin. Maankäyttösopimusten pätevyyttä, kohtuullisuutta ja yksityisoikeudellisia velvoitteita koskevia sopimusehtoja koskevat riidat ratkaistaan keskeisesti varallisuus- ja sopimusoikeudellisen sääntelyn perusteella, jonka soveltaminen on tyypillisesti yleisille tuomioistuimille kuuluva tehtävä. Korkein oikeus katsoi, että tapauksen maankäyttösopimus ei sisällä sellaisia ehtoja, joiden vuoksi sopimusta tulisi pitää hallintolain 3 §:n 1 momentissa tarkoitettuna hallintosopimuksena, vaan kysymys on yksityisoikeudellisesta sopimuksesta.²⁰⁷ Tulkinta on ennakkopäätös. Mielenkiintoista on se, että korkein hallinto-oikeus ratkaisi maankäyttösopimusten oikeudellisen luokittelun päinvastaiseksi edellä kuvatussa ratkaisussa.

4.2.2 Yksityisoikeudelliset sopimukset

²⁰⁶ KHO 2016:52

²⁰⁷ KKO 2016:8, kohdat 11 - 20

Yksityisoikeudellisen sopimuksen tekemistä julkisyhteisön puolesta ei pidettäisi laissa tarkoitettuna hallintosopimuksena. Yksityisoikeudellisia sopimuksia ovat tyypillisesti vuokrasopimus, konsulttisopimus ja työsopimus. Julkisyhteisö on yksityisoikeudellisessa sopimussuhteessa toisena osapuolena eikä julkisen vallan käyttäjän ominaisuudessa. Julkisyhteisön sisällä joudutaan kuitenkin usein tekemään erikseen päätös tai päätöksiä oikeustoimeen ryhtymisestä ja oikeustoimen sisällöstä. Tällainen päätöksenteko muodostaa oikeustoimen tekemisestä erillisen vaiheen, jossa sovellettaisiin hallintolain säännöksiä.²⁰⁸ Esimerkiksi julkisia hankintoja koskevat sopimukset ovat yksityisoikeudellisia sopimuksia, vaikka julkisia hankintoja onkin lailla säännelty yksityiskohtaisesti. Hallintosopimuksen ja yksityisoikeudellisen sopimuksen välinen ero ei aina ole yksiselitteinen. Hallintosopimukseen voi sisältyä myös yksityisoikeudellisia sopimusehtoja. Tällainen on esimerkiksi maankäyttösopimukseen sisältyvä luovutustoimia koskeva ehto.²⁰⁹

Puhtaassa yksityisoikeudellisen sopimuksen mallissa viranomainen on samassa asemassa kuin yksityinen sopijapuoli. Sopijapuolet ovat lähtökohtaisesti tasa-arvoisia eikä tuohon sopimussuhteeseen sisälly julkisyhteisön valtaelementtiä.²¹⁰ Kunnat voivat tehdä yksityisoikeudellisia sopimuksia keskenään yleisen toimialansa rajoissa perustamalla yhdessä esimerkiksi osakeyhtiön. Yhtiön perustamisen on oltava kuntalaisten yhteisen edun mukaista. Kunnille laissa säädettyjä tehtäviä ja siihen liittyvää päätösvallan käyttöä ei pääsääntöisesti voida hoitaa yhdessä toisen kunnan kanssa yksityisoikeudellisessa muodossa.²¹¹

Julkisyhteisö tai sen viranomainen ei ole erityisasemassa yksityisoikeudellisin oikeustoimin perustetuissa oikeussuhteissa. Se ei voi vedota omiin sisäisiin menettelyihinsä tai määrärahapäätöksiinsä irrottautuakseen sopimusvelvoitteistaan. Erityisesti hyvän hallinnon perusteet ovat keskeisiä viranomaisen tehdessä yksityisoikeudellisia oikeustoimia. Menettelyssä on noudatettava hallinnon oikeusturvaperiaatteita (HL 6 §) sekä esitettävä hallinnon palvelujen laatua ja tuloksellisuutta (HL 1 §). Esteellisyyttä koskevat säännökset ovat myös voimassa. Esimerkiksi kunnan käsitellessä julkista hankintaa, myydessä omistamiaan osakkeita tai ostaessa kiinteistöä on otettava huomioon muun muassa esteellisyyttä koskevat menettelyvaatimukset.

²⁰⁸ HE 72/2002 vp, s. 50 - 51

²⁰⁹ Mäenpää 2017, s. 62

²¹⁰ Mäkinen 2001, s. 57

²¹¹ Sutela 2003, s. 139

4.2.3 Ostopalvelusopimukset

Kun palvelut hankitaan kunnan ulkopuolelta, joko toiselta kunnalta, yhteisöltä tai yksityiseltä yritykseltä, on tästä tehtävä aina erillinen ostopalvelusopimus. Kunta voi tuottaa laajastikin palveluitaan yksityisten avulla, mutta se ei voi siirtää järjestämisvastuutaan yksityiselle.²¹²

Sopimusten moninaisuuden vuoksi yhtä ja ainoaa, oikeaa ostopalvelusopimuksen sisältömallia ei voida määrittellä. Ostopalvelusopimukset voivat koskea hyvin monenlaisia tilanteita. Kunnan kulttuuri- ja vapaa-ajantoimesta, nuorisotoimesta, palo- ja pelastustoiminnasta, nuohoustoimesta jne. laaditaan ostopalvelusopimuksia. Sosiaalitoimen alalla, kuten lasten päivähoidossa, vanhustenhoidossa, vammaispalveluissa, päihdehuollon palveluissa jne. ostopalvelusopimukset lisääntyvät koko ajan. Kysynnän kasvaessa myös yksityisten sosiaalipalvelujen tuottajien määrä on lisääntynyt.²¹³

Yksityisen palveluntuottajan ja kunnan kesken tehdään kulloinkin sopimus, jossa palvelun järjestämisen ehdot, laajuus ja kesto ja yksityiselle palveluntuottajalle maksettavat korvaukset määritellään. Näiden tulisi käydä ilmi jo kunnan laatimasta tarjouspyynnöstä, vaikkakin mm. hinnat täsmentyvät neuvotteluissa. Kunta korvaa yksityiselle palveluntuottajalle vain osoittamiensa henkilöiden käyttämät palvelut. Palveluntuottajan kanssa tehtävän puitesopimuksen perusteella kulloinkin annettavien palvelujen tulee perustua toimivaltaisen viranomaisen nimenomaiseen päätökseen (maksusitoumus). Palveluntuottajan on voitava varmistua siitä, että annettu maksusitoumus sitoo kuntaa ja kunnassa on varauduttava antamaan hänelle siitä viivytyksettä asianmukainen tieto. Palvelun antamiseen tulee ryhtyä vasta kun maksusitoumuksen tai muun osoituksen olemassaolosta on varmuus. Ostopalvelusopimusta laadittaessa on pidettävä huoli mm. siitä, että siitä selkeästi ilmenee palveluntuottajan asema itsenäisenä yrittäjänä ja että kysymyksessä ei ole työsopimussuhde kuntaan. Itsenäisellä yrittäjällä on mahdollisuudet solmia sopimuksia myös muiden palveluntarvitsijoiden kanssa. Hänen tulee voida osoittaa, että hänet on säädetyin tavoin merkitty ennakkoperintärekisteriin, jolloin hän on velvollinen huolehtimaan itse veroistaan, vakuutus-, työttömyys- ja eläketurvastaan. Häneen ei miltään osin sovelleta työ- tai virkaehtosopimusten, vuosilomalain tai työaikalain säännöksiä ja määräyksiä.

²¹² Sutela 2003, s. 143

²¹³ Sutela 2001, s. 147

Ostopalvelusopimukseen on liitettävä ns. palautuslauseke siltä varalta, että palveluntuottajan kaikesta huolimatta tulkittaisiin olevan työsuhteessa.²¹⁴

5 VIRANOMAISVALVONTA JA TARKASTELUTAPAUKSET

5.1 Yleistä

Aluehallintovirastot syntyivät valtion aluehallinnon uudistuksen yhteydessä 2009. Hallituksen esityksessä aluehallinnon uudistamiseksi esitystä perusteltiin tarpeella saada aikaan kansalais- ja asiakaslähtöisesti, tehokkaasti ja tuloksellisesti toimiva aluehallinto. Sen lisäksi esityksellä vahvistettiin ja lisättiin maakunnan liittojen roolia ja asemaa aluekehitystyössä sekä edistettiin valtion aluehallinnon ja maakunnan liittojen yhteistyötä. Esityksellä luotiin lainsäädännöllinen perusta aluehallinnon viranomaisten toiminnalle.²¹⁵ Aluehallinnon muutos oli huomattava, sillä valtion aluehallinto koottiin kahteen monitoimialaiseen viranomaiseen, eli aluehallintovirastoihin sekä elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksiin. Edellä mainitut viranomaiset syntyivät, kun lääninhallitukset, työ- ja elinkeinokeskukset, alueelliset ympäristökeskukset, ympäristölupavirastot, tiepiirit ja työsuojelupiirien työsuojelutoimistot yhdistyivät.²¹⁶

Edellä mainittujen aluehallinnon keskeisten viranomaisten (lääninhallitusten, työ- ja elinkeinokeskusten, ympäristökeskusten, tiepiirien, työsuojelupiirien, maakunnan liittojen ja metsäkeskusten) tehtävät jaettiin ennen aluehallinnon uudistusta viiteen eri tehtäväluokkaan: strategiset kehittämistehtävät, ohjaustehtävät, täytöntöönpanotehtävät, täytöntöönpanon valvonta ja oikeusturvatehtävät. Strategisiksi kehittämistehtäviksi luettiin alueelliset strategiat, alueelliset kehittämistehtävät, suunnittelutehtävät ja muut kehittämistehtävät. Ohjaustehtäviin kuuluivat tulosohejaus, informaatio-ohjaus, koordinaatio ja yhteistyö sekä muut ohjaustehtävät. Täytöntöönpanotehtäviä olivat palvelujen hankkiminen ja palvelujen tuottaminen, joka jaettiin edelleen päätöksiin, rekisteröintiin ja asiakaspalvelutehtäviin sekä muihin täytöntöönpanotehtäviin. Täytöntöönpanon valvontatehtäviin kuuluivat tarkastukset ja valvontatehtävät. Valvontatehtävät

²¹⁴ Sauvonsaari 1997, s. 4

²¹⁵ HE 59/2009, s. 1

²¹⁶ HE 59/2009, s. 6

jaettiin edelleen alaisen hallinnon valvontaan, kuntien valvontaan, yksityisten palvelutuottajien valvontaan ja muihin valvontatehtäviin. Oikeusturvatehtävät olivat pääosin kantelujen ja valitusten käsittelyä.²¹⁷

5.2 Aluehallintoviraston tehtävät ja toimivalta

5.2.1 Tehtävät

Aluehallintoviraston toiminta-ajatuksesta säännellään laissa aluehallintovirastoista (896/2009) (myöhemmin aluehallintovirastolaki) ja sen toisessa pykälässä. Pykälän mukaan aluehallintovirastot edistäisivät alueellista yhdenvertaisuutta hoitamalla lainsäädännön toimeenpano-, ohjaus- ja valvontatehtäviä alueilla. Tämän tarkoituksen toteuttamiseksi virastojen tulisi edistää muun muassa perusoikeuksien ja oikeusturvan toteutumista, peruspalvelujen saatavuutta, ympäristönsuojelua, ympäristön kestäväää käyttöä, sisäistä turvallisuutta sekä terveellistä ja turvallista elin- ja työympäristöä alueilla.²¹⁸ Aluehallintovirastojen roolista ja alueellisesta jaosta säädelään lisäksi valtioneuvoston asetuksessa aluehallintovirastoista (906/2009). Asetuksessa määritellään aluehallintovirastojen nimet, toimialueet ja toimipaikat (1 §) sekä organisaatio ja tehtäväjako kaikille aluehallintovirastoille (2 §). Tämän lisäksi asetuksella on säädetty yksittäisten aluehallintovirastojen toimialueesta ja toimivallasta eräissä tehtävissä (9§ - 13 a §).

Aluehallintovirastolain 4 §:ssä mainitaan aluehallintovirastojen tehtävät ja toimiala. Lain esitöiden mukaan toimiala ja tehtävät määritellään yleisluontoisesti, koska viraston tehtäväkenttä ja sitä koskeva lainsäädäntö on erittäin laaja. Viraston tehtävien ja niitä koskevan toimivallan yksityiskohtainen määrittely tapahtuu erityislainsäädännön kautta. Laki säädettiin vuonna 2009, jolloin selvitettiin, että aluehallintovirastolle kuuluvia tehtäviä koskevia erityislakeja oli kaikkiaan noin 140 ja näissä kaikkiaan noin 640 säännöstä. Nykyään määrä on vielä suurempi.²¹⁹

Pykälän 1 momentin mukaan aluehallintovirastot hoitavat niille erikseen säädettyjä tehtäviä seuraavilla toimialoilla: sosiaali- ja terveydenhuolto, ympäristöterveydenhuolto, koulutus-, lasten

²¹⁷ HE 59/2009 vp, s. 11

²¹⁸ HE 59/2009 vp, s. 44

²¹⁹ HE 59/2009 vp, s. 45

päivähoito-, kirjasto-, liikunta- ja nuorisotoimi, oikeusturvan edistäminen ja toteuttaminen, ympäristönsuojelu- ja vesilainsäädännön alaan kuuluvat lupa- ja muut hakemusasiat, pelastustoimi, työsuojelun valvonta ja kehittäminen, työssä käytettävien tuotteiden tuotevalvonta sekä työsuojelulainsäädännön noudattamisen valvonta työsuojeluviranomaisena, kuluttaja- ja kilpailuhallinto. Tämän lisäksi lain toisen momentin mukaan aluehallintoviraston tehtävänä on peruspalvelujen alueellisen saatavuuden arviointi. Aikaisemmin saatavuuden arviointi kuului lääninhallitusten tehtäviin.²²⁰ Virastojen toimivalta on alueellinen ja se noudattaa virastojen toimialuejakoa. Toimialueista säädetään aluehallintovirastolain mukaan valtioneuvoston asetuksella²²¹. Aluehallintovirastolain 6 §:n mukaan aluehallintovirasto voi hoitaa tehtäviä myös useamman kuin yhden viraston toimialueella, jos toimialueen laajentamisella voidaan tehostaa virastojen toimintaa ja valtion henkilöstö- ja muiden voimavarojen käyttöä, parantaa palvelujen saatavuutta, edistää alueen suomen- ja ruotsinkielisen sekä saamelaiskäräjistä annetussa laissa (974/1995) tarkoitettulla saamelaisten kotiseutualueella saamenkielisen vähemmistön kielellisten oikeuksien toteutumista.

5.2.2 Sosiaali- ja terveystalveluiden ohjaus ja valvonta

Hallituksen esityksessä Eduskunnalle terveydenhuoltolaiksi sekä laeiksi kansanterveyslain ja erikoissairaanhoidtolain muuttamiseksi sekä sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain muuttamiseksi sanotaan, että julkiselle vallalle riittävien terveydenhuoltopalvelujen tuottaminen on lakisääteinen velvoite. Terveydenhuollon toimeenpanotehtävistä vastaavat ensisijaisesti kunnat ja kuntayhtymät. Niiden ohjaus ja valvonta kuuluvat keskushallinnossa sosiaali- ja terveysministeriölle ja alueellisesti aluehallintoviranomaisille. Kuntien velvoitteesta järjestää terveydenhuollon palveluja säädetään kansanterveyslaissa (66/1972, KTL), erikoissairaanhoidtolaisissa (1062/1989, ESHL) ja mielenterveyslaissa (1116/1990). Yksityinen terveydenhuolto täydentää julkista, kunnallista palvelujärjestelmää. Yksityisen toimijan oikeudesta tuottaa terveyden- ja sairaanhoidtopalveluja säädetään laissa yksityisestä terveydenhuollosta (152/1994). Terveydenhuollon ammattihenkilöiden ammattitoimintaan liittyvistä oikeuksista, velvollisuuksista ja toiminnan valvonnasta säädetään terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetussa laissa (559/1994) ja asetuksessa (564/1994). Potilaan oikeuksia määrittävät laki potilaan asemasta ja oikeuksista (785/1992, potilaslaki) sekä potilasvahinkolaki (585/1986).²²²

²²⁰ HE 59/2009 vp, s. 45

²²¹ HE 59/2009 vp, s. 48

²²² HE 90/2010 vp, s. 4

Laissa yksityisestä terveydenhuollosta (152/1990) säädetään oikeudesta antaa väestölle yksityisesti terveydenhuollon palveluja. Lain 2 §:ssä säädetään, että kyseisen lain lupaviranomaisia ovat aluehallintovirastot ja Sosiaali- ja terveysalan lupa- ja valvontavirasto. Lain 13 §:n mukaan, yksityisen terveydenhuollon ohjaus ja valvonta kuuluu aluehallintoviranomaiselle. Lain mukaan palvelujen tuottajalla on oltava lupaviranomaisen myöntämä lupa terveydenhuollon palvelujen antamiseen (4 §), lupa myönnetään kirjallisena tuottajalle, joka täyttää 3 §:ssä säädetyt edellytykset. edellytykset 3.1 §:n mukaan ovat palveluntuottajan asianmukaiset tilat ja laitteet. Sen lisäksi palvelujen tuottajalla tulee olla toiminnan edellyttämä, asianmukaisen koulutuksen saanut henkilökunta. Ennen kuin itsenäinen ammatinharjoittaja antaa terveyden- ja sairaanhoidon palveluja, hänen tulee tehdä kirjallinen ilmoitus toiminnastaan aluehallintovirastolle (9 a § 1549/2009).

Lain 14 a §:ssä säädetään yksityisten palvelujen antajien rekisteristä, jota ylläpitävät Sosiaali- ja terveysalan lupa- ja valvontavirasto ja aluehallintovirastot. Tietojärjestelmä on valtakunnallinen ja sen tarkoituksena on lupa- ja ilmoitusasioiden käsittely sekä toiminnan valvonta ja tilastointi. Tietojärjestelmään kuuluvat erillisinä osina rekisteri yksityisistä terveydenhuollon palvelujen tuottajista ja itsenäisistä ammatinharjoittajista sekä rekisteri yksityisistä sosiaalipalvelujen tuottajista. Itsenäisen ammatinharjoittajan ilmoitus tehdään aluehallintovirastolle ennen toiminnan aloittamista. Ilmoitus tehdään sille aluehallintovirastolle, jonka alueella palveluja pääasiallisesti annetaan. Itsenäisen ammatinharjoittajan on ilmoitettava aluehallintovirastolle toiminnassaan tapahtuneista muutoksista ja toiminnan lopettamisesta.²²³

Sosiaali- ja terveydenhuollon lupa- ja valvontavirasto (Valvira) ohjaa sosiaali- ja terveysministeriön alaisena aluehallintoviranomaisten toimintaa niiden toimintaperiaatteiden, menettelytapojen ja ratkaisukäytäntöjen yhdenmukaistamiseksi kansanterveystyön ja erikoissairaanhoidon ohjauksessa ja valvonnassa. Valvira ja aluehallintovirasto voivat tarkastaa kunnan ja kuntayhtymän kansanterveyslaissa tai erikoissairaanhoitolaissa tarkoitettuun toimintaan käytettävät toimintayksiköt ja toimitilat silloin kuin tarkastuksen tekemiseen on perusteltu syy. Jos kansanterveystyön tai erikoissairaanhoidon järjestämisessä tai toteuttamisessa on potilasturvallisuutta vaarantavia puutteita tai muita epäkohtia taikka toiminta on muutoin tämän lain vastaista, Valvira ja aluehallintovirasto voi antaa määräyksen puutteiden korjaamisesta tai epäkohtien poistamisesta määräajassa. Jos potilasturvallisuus sitä edellyttää, toiminta voidaan määrätä välittömästi keskeytettäväksi taikka

²²³ HE 51/2017 vp, s. 12

toimintayksikön, sen osan tai laitteen käyttö kieltää välittömästi. Valvira tai aluehallintovirasto voivat velvoittaa kunnan tai kuntayhtymän noudattamaan määräystä puutteiden korjaamisesta tai epäkohtien poistamisesta sakon uhalla tai uhalla, että toiminta keskeytetään, taikka että toimintayksikön, sen osan tai laitteen käyttö kielletään.²²⁴

Aluehallintovirasto tai Valvira voivat antaa kunnalle, kuntayhtymälle tai virkamiehelle huomautuksen, jos kunta tai kuntayhtymä on menetellyt virheellisesti tai jättänyt velvollisuutensa täyttämättä. Jos asia ei anna aihetta huomautukseen tai varsinaisiin sanktioihin, valvontaviranomainen voi kiinnittää valvottavan huomiota toiminnan asianmukaiseen järjestämiseen tai hyvän hallintotavan noudattamiseen. Huomautus ja huomion kiinnittäminen eivät ole varsinaisia sanktioita, vaan lähinnä viranomaisen tai virkamiehen toimintaa ohjaavia kannanottoja, minkä vuoksi niihin ei saa hakea muutosta valittamalla.²²⁵

5.2.3 Mänttä-Vilppula

Mänttä-Vilppulan kaupunki ja Mäntänvuoren terveys oy saivat aluehallintovirastolta huomautuksen (LSSAVI/2921/2017) koskien Vilppulassa sijaitsevaa ulkoistettua kehitysvammaisten tehostetun palvelun asumisyksikköä. Ulkoistusvaiheessa yksityinen yritys ei saanut toimintalupaa toiminnan aloittamiseen puuttuvien asiakaskohtaisten saniteettitilojen vuoksi. Yksityinen palveluntuottaja aloitti kuitenkin kehitysvammaisten tehostetun palveluasumisen tuottamisen Pihlajakoti-toimintayksikössä 1.1.2013, vaikka sillä ei ollut toimilupaa palvelun tuottamiseen. Länsi- ja Sisä-Suomen aluehallintovirasto antoi valvontapäätöksen samanaikaisesti kaupungille sekä yksityiselle palveluntuottajalle joulukuussa 2016. Valvontapäätöksen mukaan kaupunki määrättiin ottamaan palvelu haltuunsa ja vastaamaan tosiasiallisesti sen toiminnasta 31.3.2017 mennessä. Aluehallintovirasto antoi Mänttä-Vilppulan kaupungille huomautuksen valvontavelvoitteen laiminlyömisestä kunnan alueella sijaitsevien yksityisten palveluntuottajien toiminnan valvomisesta. Kaupunki toimitti aluehallintovirastolle selvityksen kaupungin päätöksistä ja toimenpiteistä koskien Pihlajakoti-toimintayksikön haltuunottoa. Selvityksestä ilmeni, että pihlajakodin vastuuhenkilö oli Mänttä-Vilppulan kaupungin työntekijä ja hän vastasi toimintayksikön toiminnasta.

Aluehallintovirasto teki Pihlajakotiin ennalta ilmoittamattoman tarkastuksen 2.6.2017 sen kokonaistilanteen selvittämiseksi. Tarkastuskäynnillä selvisi, että Mänttä-Vilppulan kaupunki ei

²²⁴ HE 90/2010 vp, s. 36

²²⁵ HE 90/2010, s. 36

tosiasiassa vastannut Pihlajakoti-toimintayksikön toiminnasta vaan siitä vastasi Mäntänvuoren Terveys Oy. Mänttä-Vilppulan kaupunki toimitti selvityksen 17.8.2017, sen mukaan tarkastuskäynnillä todetut puutteet oli korjattu.

Aluehallintovirasto tapasi Mänttä-Vilppulan ja Mäntävuoren Terveys Oy:n toimijoita 18.5.2018. Tapaamisessa todettiin, että koska yksityinen palveluntuottaja ei ole saanut toimilupaa Pihlajakotiin, niin kyseessä on Mänttä-Vilppulan toimintayksikkö, jonka toiminnasta kaupungin tulee vastata kokonaisvaltaisesti.

Mäntävuoren Terveys Oy haki toimilupaa uudelleen Pihlajakotiin 26.9.2018 saapuneella hakemuksella. Aluehallintovirasto teki lupatarkastuskäynnin Pihlajakotiin 12.11.2018. Tarkastuskäynnillä tuli esiin, että Pihlajakodin toiminnasta tosiasiassa vastasi Mäntänvuoren Terveys Oy. Mänttä-Vilppulan kaupunki perusteli asiaa kaupungin vaikeuksilla rekrytoida yksikköön vastuuhenkilöä ja siksi toiminnasta vastasi yksityinen palveluntuottaja. Aluehallintovirasto totesi sekä Mänttä-Vilppulan kaupungin että Mäntänvuoren Terveys Oy:n toiminnan olevan lainvastaista ja kehotti kaupunkia ryhtymään toimenpiteisiin yksikön haltuun ottamiseksi. Mäntänvuoren Terveys Oy:n lupahakemukseen annettiin kielteinen päätös.

Mänttä-Vilppula toimitti aluehallintovirastolle kaupunginhallituksen pöytäkirjan 1.10.2019, jossa todettiin Pihlajakodin toiminnan siirtyvän kokonaan Mänttä-Vilppulan kaupungille 1.10.2019 ja toimintayksikön hoitohenkilöstön siirtyvän liikkeenluovutuksella Mänttä-Vilppulan kaupungille.

Ratkaisuaan aluehallintovirasto perustelee mm. sosiaalihuoltolain 5 §:llä, jonka mukaan kunnan on pidettävä huolta sosiaalihuollon suunnittelusta ja toteuttamisesta. Aluehallintovirasto totesi, että toiminnan asianmukaiseen järjestämiseen kuuluu olennaisena osana valvonta. Lisäksi sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta annetun lain 4 §:n kolmannen momentin mukaan hankittaessa palveluja yksityiseltä palveluntuottajalta kunnan on varmistuttava siitä, että hankittavat palvelut vastaavat sitä tasoa, jota edellytetään vastaavalta kunnalliselta toiminnalta. Yksityisistä sosiaalipalveluista annetun lain 3 §:n neljännen momentin mukaan kunnan toimitilin on kyseisessä laissa tarkoitettu valvontaviranomainen aluehallintoviraston ja Sosiaali- ja terveysalan lupa- ja valvontaviraston lisäksi. Saman lain 7 §:n ensimmäisen momentin mukaan yksityisten sosiaalipalvelujen tuottajan, joka jatkuvasti tuottaa ympärivuorokautisia sosiaalipalveluja, on saatava lupaviranomaiselta lupa palvelujen tuottamiseen ennen toiminnan aloittamista. Lain yksityisistä

sosiaalipalveluista 34 §:n toisen momentin perusteella kunnan toimielin ohjaa ja valvoo alueellaan tuotettuja yksityisiä sosiaalipalveluja.

Aluehallintovirasto totesi, että Mänttä-Vilppulan kaupungin on otettava toiminnassaan huomioon kunnan velvollisuus valvoa alueellaan tuotettavia sosiaalipalveluja ja varmistaa palveluntuottajien toiminnan olevan lainmukaista. Kunnan tulee edellä mainituilla perusteilla varata riittävät resurssit valvontatehtävien hoitamiseksi asianmukaisesti.²²⁶

5.2.4 Rääkkylä

Korkein hallinto-oikeus otti kantaa ratkaisussaan (KHO 98/2014) Rääkkylän kunnan ja A Oy:n sopimaan sosiaali- ja terveystalveluiden tuottamista koskevaan sopimukseen. Rääkkylän kunta oli maaliskuussa 2011 solminut A Oy:n kanssa sosiaali- ja terveystalveluiden palvelusopimuksen. Sopimuksella oli sovittu sosiaali- ja terveystalveluiden väliaikaisesta järjestämisestä. Rääkkylän järjestämisvastuun piiriin kuuluvat aikuisten psykososiaaliset palvelut, hoito- ja hoivapalvelut, vammais- ja suun terveydenhuolto, perhepalvelut, kuntoutuspalvelut, vastaanotto, aikuissosiaalityö ja erikoissairaanhoido olivat siirtyneet A Oy:lle. Sopimuksen ulkopuolelle oli jäänyt varhaiskasvatus ja ympäristöterveydenhuolto. Sopimus oli voimassa väliaikaisena sopimuksena siihen saakka, kunnes markkinaoikeuden lainvoimaisen päätöksen perusteella suorahankintapäätös oli voitu panna täytäntöön. Sopimuksen 9 kohdan mukaan henkilöstö siirtyi Rääkkylän kunnan palvelukseen ja kunta myöntää heille työ- ja virkavapaata sopimuksen voimassaoloajaksi. A Oy sitoutuu maksamaan kaikki henkilöstöstä aiheutuvat kustannukset. Sopimuksen julkisen vallan käyttöä koskevan 19.3 kohdan mukaan siltä osin kuin sosiaali- ja terveydenhuollon lainsäädäntö sitä edellyttää, päätökset, jotka sisältävät julkisen vallan käyttöä, teki Rääkkylän kuntaan palvelussuhteessa oleva viranhaltija. Rääkkylän kunta sitoutui siihen, että A Oy:n palveluksessa olevat yksittäiset työntekijät otetaan erikseen asiasta sopimalla näiden tehtävien hoitamista varten virkasuhteeseen. Yhtiö vastaa kaikista tällaisista henkilöistä aiheutuvista kustannuksista. Rääkkylän kunnan lääkärin virkaan ja samalla kansanterveystyöstä vastaavaksi lääkäriksi oli kunnanjohtajan 2.5.2011 tekemällä päätöksellä otettu B ajalle 1.5.–31.12.2011. B oli Valviran pyynnöstä antamassaan selvityksessä kertonut muun ohella, että vastaavan lääkärin työ on hänen päätyönsä ja että hän käyttää siihen niin paljon aikaa kuin kyseisen työn moitteeton hoitaminen vaatii ja että hän oli tavattavissa Rääkkylässä aina, kun siihen oli tarvetta.

²²⁶ LSSAVI 2019, s. 1 - 4

Itä-Suomen aluehallintoviraston Rääkkylän terveyskeskuksen vuodeosastolle 13.6.2012 tekemän tarkastuskäynnin pöytäkirjasta ilmenevien tietojen mukaan B työskenteli yhtenä päivänä viikossa ja hän kävi Rääkkylässä kahden viikon välein. Johtavan lääkärin virkatehtävien hoitamistarkoituksessa annettavia tilapäisiä virkamääräyksiä annettaisiin näistä tiedoista päätellen kaikkina muina aikoina. Johtava lääkäri B:n antaman selvityksen perusteella tilapäinen virkamääräys annettiin Rääkkylän terveyskeskuksessa toimivalle A Oy:n palveluksessa olevalle lääkärille. Rääkkylän kunnan ja A Oy:n välisen sosiaali- ja terveyspalveluiden palvelusopimuksen mukaan myös muita A Oy:n palveluksessa olevia työntekijöitä voitiin ottaa virkasuhteeseen Rääkkylän kuntaan julkisen vallan käyttöä sisältävien päätösten tekemistä varten. A Oy vastasi sopimuksen mukaan kaikista tällaisista henkilöistä aiheutuvista kustannuksista.

Sosiaali- ja terveysalan lupa- ja valvontavirasto Valvira perusteli korkeimmalle hallinto-oikeudelle antamassaan lausunnossa miksi Rääkkylän ja A Oy:n välinen sosiaali- ja terveyspalveluiden palvelusopimuksessa tarkoitettu menettely ei täyttänyt lain vaatimuksia. Valviran mukaan menettely ei täyttänyt kunnallisesta viranhaltijasta annetun lain 2 §:ssä säädettyjä virkasuhteen tunnusmerkkejä sekä kuntalain 44 §:n 2 momentissa ja terveydenhuoltolain 57 §:n 3 momentissa säädetty vaatimus siitä, että henkilön, jonka tehtäviin kuuluu julkisen vallan käyttäminen, on oltava virkasuhteessa kuntaan tai kuntayhtymään, ei täytynyt. Rääkkylän kunnan esittämässä menettelyssä ei täytynyt myöskään kunnallisesta viranhaltijasta annetun lain 4 §:n 1 momentissa säädetty edellytykset, jonka mukaan virkasuhteeseen ottaminen edellyttää pääsääntöisesti julkista hakumenettelyä.

Valviran mukaan viranhaltija-asemassa Rääkkylän kunnassa toimivien henkilöiden tekemät ratkaisut vaikuttivat myös A Oy:n etuihin, koska päätöksentekijä oli samanaikaisesti palvelussuhteessa molempiin osapuoliin. Tästä muodostui tilanne, jossa asian käsittelijän objektiivisuuden, tasapuolisuuden ja riippumattomuuden sekä hänen riippumattomuutensa kohdistuvan luottamuksen voitiin epäillä heikentyneen siten, että asian käsittelijän oli katsottava olevan esteellinen ainakin hallintolain 28 §:n 1 momentin 7 kohdassa tarkoitettulla perusteella.

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun sovellettavissa oikeusohjeissa mainitaan hallituksen esitys terveydenhuoltolaiksi (HE 90/2010 vp). Lakiehdotuksen 57 §:n kolmannen momentin yksityiskohtaisissa perusteluissa on todettu, että pykälän kolmas momentti koskee toimintayksikön vastuuta silloin, kun palveluja on ulkoistettu. Kunta voi sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionavustuksesta annetun lain 4 §:n ensimmäisen momentin neljännen kohdan nojalla hankkia

palveluja muun muassa yksityiseltä palvelujen tuottajalta. Ehdotuksen tarkoituksena on turvata virkalääkäripalvelujen olemassaolo erityisesti silloin, kun kunta hankkii kaikki tai lähes kaikki terveydenhuollon palvelut yksityiseltä palvelujen tuottajalta. Ehdotuksen mukaan näissä tapauksissa kunnan tulisi huolehtia siitä, että sillä on edelleen tarpeenmukainen henkilöstö niitä tehtäviä varten, joissa on kyse julkisen vallan käyttämisestä terveydenhuollossa.

Ratkaisussaan korkein hallinto-oikeus perustelee, että kunnallinen virkasuhde on kunnan tai kuntayhtymän ja viranhaltijan välinen julkisoikeudellinen palvelussuhde, jossa viranhaltija työn suorittajana on työnantajana toimivan julkisoikeudellisen yhteisön johdon ja valvonnan alainen, ja jossa julkisoikeudellinen yhteisö vastaa viranhaltijan virkasuhteesta johtuvista etuuksista ja oikeuksista. Julkisen vallan käyttäjänä viranhaltijalla on korostettu velvollisuus ottaa toiminnassaan huomioon puolueettomuuden, riippumattomuuden ja tasapuolisuuden vaatimukset sekä työsuhteeseen liittyvää vastuuta laajempi vastuu työssä tehdyistä virheistä eli virkavastuu, joka käsittää sekä vahingonkorvausoikeudellisen että rikosoikeudellisen vastuun. Näin ollen työn suorittajan ja julkisyhteisön välille ei synny aitoa virkasuhdetta. Korkein hallinto-oikeus katsoi, että kyseessä oli voimassa olevan virkasuhdetta koskevan lainsäädännön kiertäminen, ja että kuvattu tilanne on lainvastainen.²²⁷

6 JOHTOPÄÄTÖKSET

Pro graduni lähtökohta oli löytää oikeudelliset reunaehdot, joiden puitteissa palveluiden järjestämisvastuussa oleva viranomaisella voisi ulkoistaa palveluiden tuotantoa yksityiselle palveluntuottajalle. Edelliseen kuuluu oleellisesti se, millä edellytyksin yksityinen palveluntuottaja voi käyttää julkista valtaa, ja koska julkisen vallan käytön katsottaisiin olevan merkittävän julkisen vallan käyttöä, ja näin ollen sellaista, joka lainsäädännön mukaan on mahdollista vain viranomaisen käytettäväksi.

Perustuslain säädökset turvaavat ihmisten perusoikeudet. Yksi perusoikeuksista on PL:n 119 §, jonka kolmannen momentin mukaan julkisen vallan on turvattava jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut sekä edistettävä väestön terveyttä. Julkisten organisaatioiden toimintaympäristö on muuttunut aiempaa monimutkaisemmaksi lisääntyneen taloudellisen epävarmuuden ja siitä johtuvien

²²⁷ KHO 98/2014

poliittisten uudistamishankkeiden myötä. Lisääntynyt epävarmuus näkyy käytännössä julkisella sektorilla kahdella eri tavalla: budjettileikkauksina ja yksityisen sektorin kasvaneena roolina palveluntuotannossa. Julkisia palveluita ulkoistetaan ja ostetaan yksityiseltä ja kolmannen sektorin palveluntuottajilta enenevässä määrin.²²⁸ Tutkimukseni yksi tutkimuskysymys oli löytää vastaus siihen, vaarantuuko ihmisten perusoikeudet palvelutuotannon ulkoistamisissa.

Kuten edellä on todettu, niin julkisen palvelutuotannon ja -järjestämisen toimintaympäristö muuttuu vauhdilla. Sipilän ja Marinin hallitusten sosiaali- ja terveydenhuollon uudistuksen (sote-uudistus) on tarkoitus vastata ikääntyvän ja harvaanasutun maan palvelutuotannon ongelmiin siirtämällä kunnille kuuluvia tehtäviä laajemmille maakunnille. Varsinkin Sipilän hallituksen sote-uudistuksen lähtökohta oli siirtää julkista palvelutuotantoa yhä enemmän yksityisten palveluntuottajien tuotettaviksi. Esille on noussut kysymys ns. kokonaisulkoistusten mahdollisuudesta ja lainmukaisuudesta. Kokonaisulkoistuksella tarkoitetaan lähes kaikkien sosiaali- ja terveystalveluiden ulkoistamista yksityiselle palveluntuottajalle. Tutkimuksessani pyrin löytämään vastauksen siihen, ovatko ns. kokonaisulkoistukset oikeudellisesti mahdollisia.

Sipilän hallituksen sote-uudistus olisi tarkoittanut palvelutuotannon osalta historiallista muutosta, sillä esitetyt tehtävien siirrot yksityisille olisivat olleet laajuudessaan mittavat. Perustuslakivaliokunta otti lausunnossaan kantaa tehtävien siirrosta yksityisille palveluntuottajille. Sen mukaan tehtävien siirrosta erityisen ja merkityksellisen tekee se, ettei maakunnan liikelaitos pääsääntöisesti itse voisi tuottaa suoran valinnan palveluita tai asiakassetelillä tuotettavia palveluita. Sääntelyllä siis velvoitettaisiin julkista valtaa siirtämään sosiaali- ja terveydenhuollon palvelut muulle kuin viranomaiselle. Perustuslakivaliokunta myönsi, että sen lausuntokäytännön valossa tulkintatilanne on uusi, koska yleensä kyse on ollut tilanteista, jotka ovat koskeneet osakokonaisuuden ulkoistamista tai viranomaistoiminnalle edellytyksiä luovan palvelutoiminnan ulkoistamisesta. Lisäksi oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että perustuslain 124 §:n sääntely heijastelee ydintehtävien ulkoistamisen kieltoa²²⁹. Perustuslakivaliokunnan mielestä näin laaja hallintotehtävien siirto ei sovi yhteen niiden perustuslakiuudistuksen yhteydessä lausuttujen tavoitteiden kanssa, joiden mukaan julkisten hallintotehtävien hoitamisen tulee pääsääntöisesti kuulua viranomaisille ja joiden mukaan tällaisia tehtäviä voidaan antaa muille kuin viranomaisille vain rajoitetusti²³⁰.

²²⁸ Taponen 2018, s. 1

²²⁹ Keravuori-Rusanen 2008, s. 475 - 481

²³⁰ HE 1/1998 vp, s. 179

Perustuslakivaliokunnan mielestä perustuslain perusteluista ei siten ole saatavissa tukea näin laajan tehtävien siirron perustuslainmukaisuudelle²³¹.

Sosiaali- ja terveysministeriö pyysi vuoden 2019 loppupuolella neljältä perustuslakiasiantuntijalta asiantuntijalausunnot liittyen maakunta- ja sote-uudistuksen jatkovalmisteluun. Lausunnoissa pyydettiin erityisesti arvioimaan kysymyksiä, jotka koskevat maakunnan omaa tuotantoa ja tehtävien antamisesta yksityisten palveluntuottajien hoidettavaksi. Lausuntonsa antoivat Juha Lavapuro, Olli Mäenpää, Tuomas Ojanen ja Kaarlo Tuori. Lavapuro toteaa, että perustuslakivaliokunnalla olisi ollut mahdollista rajoituslakien yhteydessä yksinkertaisesti todeta, ettei perustuslaki muutenkaan mahdollista esimerkiksi kokonaisulkoistusten kaltaisia järjestelyjä. Koska se ei näin tehnyt, niin Lavapuro katsoo, etteivät kokonaisulkoistukset ole perustuslainvastaisia, jos kokonaisulkoistukset eivät johda perusoikeuksien vaarantumiseen.²³² Myös Ojanen katsoo, että perustuslaki ei estä maakuntaa ulkoistamasta sosiaali- ja terveyspalveluja, jos maakunta arvioi ulkoistuksen olevan tarkoituksenmukainen järjestely turvaamaan riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut²³³. Mäenpää ja Tuori katsovat, että perustuslaki ei salli kokonaisulkoistuksia. Mäenpää perustelee kantaansa perustuslaissa määritellyllä turvaamisvelvoitteella sekä perustuslain 124 §:llä.²³⁴ Tuorin mukaan järjestämistä vastaavalla julkisen vallan yksiköllä on perustuslakivaliokunnan mukaan oltava sellainen oma palvelutuotanto ja sellaiset palvelutuotannon voimavarat, joita tarvitaan perustuslain 19.3 §:n tarkoittamien riittävien sosiaali- ja terveyspalvelujen varmistamiseksi kaikissa tilanteissa²³⁵.

Palvelutuotannon muutos haastaa perustuslakivaliokunnan sekä lainsäätäjän, sillä nykyinen lainsäädäntö sekä perustuslakivaliokunnan tulkinnat koskien kokonaisulkoistuksien lainmukaisuutta ovat epäselvät. Perustuslakiasiantuntijoiden erilaiset tulkinnat tukevat tätä väitettä. Lainsäädäntöä lienee syytä tarkentaa kokonaisulkoistusten osalta. Sen lisäksi lainsäädännöllä voitaisiin tarkentaa julkisen vallan palvelutuotannon tasoa ja valmiutta, jotta se kykenee kaikissa olosuhteissa turvaamaan riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut.

Kunnan ns. lakisääteisinä tehtävinä sosiaali- ja terveydenhuollon alalla on pidetty perustuslain 19.3 §:ään liittyviä julkisia hallintotehtäviä. Niiden ulkoistamista koskeva perustuslain pykälä 124§ on avainasemassa arvioitaessa ulkoistamisen edellytyksiä. Perustuslakivaliokunta on tulkinnoissaan

²³¹ PeVL 26/2017 vp, s. 51 - 52

²³² Lavapuro 2019, s. 13

²³³ Ojanen 2019, s. 14

²³⁴ Mäenpää 2019, s. 8

²³⁵ Tuori 2019, s. 21

arvioinut laajasti julkisen hallintotehtävän antamista muulle kuin viranomaiselle. On kuitenkin todettava, että ratkaisukäytäntö on aina tapauskohtainen, ja tämän vuoksi tulevaisuudessakin perustuslakivaliokunnan tulkinnat ovat arvokas tulkintalähde lainsäätäjälle. Julkisen hallintotehtävän antaminen muulle kuin viranomaiselle ei saa vaarantaa perustuslain esitöiden mukaan perusoikeuksia, oikeusturvaa eikä muita hyvän hallinnon vaatimuksia. On kuitenkin mahdollista, että viranomaisvalvonnan puutteen ja heikon kilpailutuksen takia perusoikeudet eivät kaikissa ulkoistamistapauksissa toteudu. Tärkeää on, että asioita käsittelevät toimivat virkavastuulla. Palvelujen käyttäjien rooli omavalvojina on tärkeä, ja puutteita havaittaessa ilmoituskynnys aluehallintovirastoon pitäisi olla matala.

Merkittävän julkisen vallan käyttöä linjaa vahvasti perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntö, eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisut ja valtion aluehallinto. Lainsäätäjä vastaa merkittävän julkisen vallan käytön sisällöstä ja reunaehdoista. Tutkimuksessa käsitellyt tapaukset osoittavat, että lainvastainen tilanne saa joskus jatkua huomattavan pitkään. Tapauksissa on huomionarvoista se, että tilanteet ovat korjaantuneet vasta viimeisen oikeusasteen päätöksellä. Aluehallintovirastojen palveluiden valvontatehtävä korostuu tulevaisuudessa entisestään, ja on tärkeää turvata resurssit tähän työhön. Tapaukset yhdistää merkittävän julkisen vallan käytön siirtäminen pois viranomaiselta ja virkavastuun piiristä. Se omalta osaltaan heikentää kuntalaisten perusoikeuksien toteutumista. Rääkkylän sosiaali- ja terveyspalveluiden kokonaisulkoistuksessa merkittävää julkista valtaa käyttävät henkilöt olivat työsuhteessa kuntaan sekä yksityiseen palveluntuottajaan. Yksityisen palveluksessa viranhaltija toimeenpani virassa tekemiään päätöksiä. Kyseinen menettelytapa hämärsi palveluiden järjestämistä vastaavan kunnan ja yksityisen tuottajan välistä suhdetta, mahdollistaen jopa lainvastaisen tilanteen päätettäessä sosiaali- ja terveyspalveluiden saatavuudesta tai niihin liittyvistä sosiaalietuuksista.