

Mikko Komulainen

Ulkoistaminen kunnissa

Acta-väitöskirja

Mikko Komulainen

Ulkoistaminen kunnissa

Oikeudellinen tutkimus ulkoistamisen ilmenemismuodoista ja vaikutuksista sekä ulkoistamisen rajoituksista ja sille asetettavista vaatimuksista yhtenä kunnallisten palvelujen tuottamismuotona

TEKIJÄ
Mikko Komulainen

1. painos
ISBN 978-952-213-668-8
ISSN 1237-8569
© Suomen Kuntaliitto
Helsinki 2010
Painopaikka: Kuntatalon paino, Helsinki
Myynti:
Suomen Kuntaliiton julkaisumyynti
www.kunnat.net/kirjakauppa
Faksi (09) 771 2331
Tilausnumero 509324

Acta Electronica Universitatis Tamperensis 1008
ISBN 978-951-44-8254-0 (pdf)
ISSN 1456-954X
<http://acta.uta.fi>

Suomen Kuntaliitto
Toinen linja 14
PL 200
00101 Helsinki
Puh. (09) 7711
Faksi (09) 771 2291
www.kunnat.net

Esipuhe

Tämä tutkimus on saanut alkunsa useampivuotisesta mielenkiinnosta siihen, millaisia erilaisia mahdollisuuksia kunnilla on järjestää palveluja. Tutkimusintoa on ylläpitänyt ja vauhdittanut se, että työtehtäväni ja tutkimusaihe ovat tukeneet toinen toistaan. Olen saanut konkreettisesti havainnoida ulkoistamisiin liittyvää problematiikkaa ja toisaalta tutkijana olen pystynyt pohtimaan aiheeseen liittyviä kokonaisuuksia ja yksityiskohtia. Tutkimustyön rikkautena on ollut tieteellisen tutkimustyön riippumattomuus (ajasta, paikasta, näkemyksistä yms.), josta toivon olevan hyötyä myös laajemmin.

Tutkimuksen syntymiseen on vaikuttanut varsin suuri joukko eri tahoja. Keskeisimpänä henkilönä on ollut tutkimuksen ohjaajana toiminut professori Aimo Ryyänen, joka on kannustavasti ja ammattitaitoisesti ohjannut väitöskirjani valmistumista. Esitarkastajina toimineille professori Heikki Kullalle ja professori Teuvo Pohjolaiselle kiitokset asiantuntevasta ja nopeasta tarkastuksesta.

Johtava lakimies Antero Oksasen ja kunnallisoikeuden lehtori Asko Uotin asiantuntevat kommentit ovat edesauttaneet tutkimusprosessia eri vaiheissa. Hallintotieteiden maisteri Paula Vehkala on mahdollistanut monipuolisella auttamishalullaan sen, että olen voinut pääasiassa keskittyä väitöskirjani kirjoittamiseen. Filosofian maisteri Anna Lanteelle kiitokset väitöskirjani saattamisesta julkaistavaan muotoon, ja tiivistelmän käännöksestä kiitokset kielikeskuksen kääntäjälle Virginia Mattilalle.

Taloudellisesti työtäni on tukenut Kunnallisan Kehittämissätiö, mikä on mahdollistanut muutamien kuukausien virkavapaan tutkimusprosessin aikana. Oikeudellisen tutkimustyön vaativuus on vaatinut perheelliseltä työssä käyvältä myös uutta ajanhallintaa ja venymistä. Toisaalta perhe on auttanut jaksamaan ja irrottautumaan tutkimusprosessin eri vaiheissa. Puolisoni ja lasteni Auroran ja Williamin vilpittömät kommentit sekä ihmettelyt opiskeluani kohtaan ovat auttaneet jaksamaan ponnisteluisia silloin kun vuorokaudessa on meinannut loppua tunnit kesken.

Kouvolassa syyskuussa 2010

Sisältö

Esipuhe	3
Tiivistelmä	9
Resumé	12
Abstract	15
Lyhenteet	18
Ulkoistamisen keskeinen sanasto	20
1. LUKU	
Johdanto	22
1.1 Tutkimuksen lähtökohtia	22
1.2 Tutkimuksen tarkastelunäkökulmat	27
1.3 Tutkimustehtävä ja sen rajaus	36
1.4 Ulkoistaminen käsitteenä	41
1.5 Tutkimuksen eteneminen ja siinä käytetyt oikeuslähteet	49
2. LUKU	
Mistä ulkoistamisilmiö on tullut kunnallishallintoon?	53
2.1 Julkishallinnon kehitys ja ulkoistamisideologian taustaa	53
2.2 Uudet vaikutteet ja opit kunnallishallinnossa	61
2.2.1 Markkinaohjautuvuus	61
2.2.2 Managerialismi ja tulosjohtaminen	67
2.3 Markkinakeskeisyyden esilletulo kunnallishallinnossa	78
2.3.1 Markkinakeskeisyyden ongelmat	78
2.3.2 Sopimusohjaus	88
2.3.3 Näennäismarkkinat	91
3. LUKU	
Ulkoistamisen ilmenemismuodot	95
3.1 Tuottamis- ja järjestämisnäkökulmia muista maista	95
3.1.1 Pohjoismaat	96
3.1.2 Muu Eurooppa	101
3.1.3 Yhdysvallat	104
3.2 Palvelujen tuottamisen organisointimuodot kunnissa	107
3.2.1 Kuntayhtymä	107
3.2.2 Yhtiöittäminen ja liikelaitostaminen	112
3.2.2.1 Tunnuspiirteet	112
3.2.2.2 Onko yhtiöittäminen tai liikelaitostaminen ulkoistamista?	121

3.2.3	Kuntien välinen yhteistoiminta _____	127
3.2.4	Kuntien ja yritysten välinen yhteistoiminta _____	132
3.2.5	Yhdistykset ja säätiöt ulkoistamisen muotoina _____	133
3.3	Kunnallisten palvelujen tuotantotapamallit ja niiden merkitys _____	136
3.3.1	Tilaaaja-tuottamalli ulkoistamisen toimintatapana _____	136
3.3.2	Tilaaaja-tuottajamallin ongelmia _____	139
3.3.3	PPP-malli _____	146
3.3.4	Palveluseteli _____	148
3.4	Palvelusitoumus _____	155

4. LUKU

	Ulkoistamisen oikeudelliset rajoitukset ja vaatimukset _____	160
4.1	Kunnallishallinnon oikeusperusta ulkoistamisissa _____	160
4.1.1	Lainsäädännön kehitys _____	160
4.1.2	Julkisoikeuden ja yksityisoikeuden erottelu _____	165
4.1.3	Oikeusperiaatteet ja oikeusnormit _____	171
4.1.4	Perusoikeuksien turvaaminen _____	175
4.1.5	Kunnallinen itsehallinto _____	181
	4.1.5.1 Kunnallisen itsehallinnon sisältö _____	181
	4.1.5.2 Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirja _____	188
4.2	Ulkoistamista rajaavat käsitteet _____	192
4.2.1	Yksityistämisen- ja ulkoistamiskäsitteiden erottelu _____	192
4.2.2	Hyvä hallinto _____	198
4.2.3	Julkinen valta _____	199
4.2.4	Julkinen hallintotehtävä ja julkinen tehtävä _____	206
4.2.5	Toimivaltakysymykset _____	210
4.3	Ulkoistaminen kuntalaissa – KuntaL 2 §:n sisältö ja soveltaminen _____	215
4.3.1	Tuottamisesta järjestämiseen _____	215
4.3.2	KuntaL 2.3 §:n järjestämisvastuun sisältö _____	220
4.3.3	Järjestämisen laajuus ja problematiikka _____	226
4.3.4	KuntaL 2.1 §:n toimialajaottelun tarkoitus ja tarpeellisuus ulkoistamisissa _____	234
	4.3.4.1 Kunnan toimialan jakautuminen _____	234
	4.3.4.2 Erityisen toimialan tehtävät _____	236
	4.3.4.3 Yleisen toimialan tehtävät _____	249
4.3.5	Tehtävät, joita ei voida ulkoistaa _____	255
4.3.6	Valvonnan merkitys ja vaatimukset _____	262
	4.3.6.1 Preventiivinen valvonta _____	262
	4.3.6.2 Repressiivinen valvonta _____	268
4.4	Muut lainsäädännön tuomat rajoitukset _____	274
4.4.1	Säätelyn yleisiä lähtökohtia _____	274
4.4.2	Hyvälle hallinnolle asetetut vaatimukset _____	277
4.4.3	Sosiaali- ja terveydenhuollon muutos _____	286
	4.4.3.1 Säädosperusta _____	286
	4.4.3.2 Paras-puitelainsäädäntö _____	293

4.4.3.3	Verotuksellisia näkökulmia _____	298
4.4.4	Palveluiden laatu – oikeudellinen sisältö _____	302
4.5	EU-oikeuden tuomat vaatimukset _____	312
4.5.1	EU-säännösten ominaispiirteet _____	312
4.5.2	Kunnallishallintoon liittyvä EU-säätely _____	315
4.5.3	Yhteistyö- ja lojaliteettivelvoite _____	319

5. LUKU

Valmistelun ja kilpailuttamisen oikeudelliset reunaehdot _____		322
5.1	Ulkoistamisen valmistelu _____	322
5.1.1	Yleiset lähtökohdat _____	322
5.1.2	Esittelijän rooli ja vastuu _____	325
5.1.3	Valmistelun laajuus _____	328
5.1.4	Kilpailuttamisen menettelymuotoja _____	335
5.2	Hankintasäännösten asettamat rajoitteet ja ongelmat _____	339
5.2.1	Hankintalain kehitys ja soveltaminen _____	339
5.2.2	Hankinnan ja hankintayksikön käsitteet _____	347
5.2.3	Kunnallinen tarjouskilpailu _____	351
5.2.3.1	Huomioitavia näkökulmia _____	351
5.2.3.2	Valinta- ja poissulkemiskriteerit _____	356
5.2.4	Kilpailuttamiseen liittyvät ongelmat _____	362
5.3	Kilpailuoikeuden asettamat vaatimukset _____	371
5.3.1	Kilpailuoikeuden sovellettavuus _____	371
5.3.2	Kilpailuoikeuden tuomat rajoitteet _____	374

6. LUKU

Sopimuksellisuuteen ja vastuukysymyksiin liittyvät oikeudelliset vaatimukset _____		379
6.1	Sopimuksen tekoa, asemaa ja muotoa asemoivat säännökset _____	379
6.1.1	Sopimuksellisuuteen liittyvät normit ja periaatteet _____	379
6.1.2	Julkis- vai yksityisoikeudellinen sopimus? _____	384
6.1.3	Sopimuksellisuus ulkoistamisessa _____	393
6.1.4	Sopimuksen sisältö ja muotomääräykset _____	400
6.1.5	Häiriö- ja pätemättömyystilanteet _____	407
6.1.6	Positiivinen ja negatiivinen sopimusetu sekä sopimussakko _____	415
6.1.7	Sopimusmallien ja -tyyppien luokittelua _____	417
6.2	Ulkoistamisiin liittyvä vahingonkorvauksellinen ja rikosoikeudellinen vastuu _____	431
6.2.1	Kunnat ja vahingonkorvausoikeus _____	431
6.2.2	Rikosoikeudellinen vastuu _____	435
6.2.3	Julkinen valta vahingonkorvauslain näkökulmasta _____	438
6.2.4	Korvausvelvollisuus vahingonkorvauslain mukaan _____	442
6.3	Konfliktinratkaisumenetelmät ristiriitojen sovittelussa _____	456

7. LUKU

Oikeusturvakeinot ja muutoksenhaku	459
7.1 Sääntöjen sovellettavuus	459
7.2 Julkisuus ja salassapidon laajuus	464
7.3 Oikeussuojakeinot ulkoistamis päätöksen ja -sopimuksen välillä	473
7.4 Muutoksenhaketiet	477
7.5 Hyvitysmaksun suhde vahingonkorvaukseen	482

8. LUKU

Ulkoistamisen vaikutukset	486
8.1 Vahvistaako vai heikentääkö ulkoistaminen demokratiaa?	486
8.1.1 Demokratian asettamat vaatimukset	486
8.1.2 Toimielinten toimivalta	490
8.1.3 Toimielinten rooli tilaaja-tuottajatoimintatavassa	495
8.1.4 Ohjausmuodot	500
8.1.5 Valtuuston asema ja rooli	506
8.1.6 Demokraattisen päätöksenteon edellytykset	515
8.2 Asiakkaan oikeudellinen asema	521
8.3 Ulkoistusten arviointi	531
8.4 Henkilöstön asema	537
8.5 Toimintatavat muuttuvat – miten ulkoistaminen vaikuttaa kunnan organisaatioon?	542

9. LUKU

Kokoavia näkökulmia ja johtopäätökset	550
9.1 Kunnallishallinnon kehitys ulkoistamisen hallintaan	550
9.2 Ulkoistamisen muodot ja käsitteproblematiikka	551
9.3 Ulkoistetun toiminnan ohjaukselle ja oikeusturvalle asetettavat vaatimukset	554
9.4 Ulkoistamista rajoittavat ja mahdollistavat säännökset	558
9.5 Ulkoistamisten vaikutukset	562
9.6 Ulkoistamista koskevan sääntelyn näkökulmia	564
Lähteet	567

Taulukot ja kuvat

Taulukko 1. Ristikkoteoria	35
Taulukko 2. Ulkoistamismuotojen piirteitä.	46
Taulukko 3. Julkisen (byrokraattisen) ja yksityisen (markkinaohjautuvan) organisaation eroja.	66
Taulukko 4. Ulkoistamisen osapuolet ja niiden tehtävät asiakkaan näkökulmasta	525
Taulukko 5. Ulkoistamisen olennaiset vaikutukset.	563
Kuvio 1. Tilaaja-tuottajamallin roolit ja ongelmat kunnissa.	142
Kuvio 2. Tilaaja-tuottajaohjausjärjestelmä.	505
Kuvio 3. Toimielinten roolit ja tehtävät tilaaja-tuottajamallissa sekä ulkoistuksissa	545

Tiivistelmä

Mikko Komulainen (2010): Ulkoistaminen kunnissa: Oikeudellinen tutkimus ulkoistamisen ilmenemismuodoista ja vaikutuksista sekä ulkoistamisen rajoituksista ja sille asetettavista vaatimuksista yhtenä kunnallisten palvelujen tuottamismuotona. Acta nro 222. Suomen Kuntaliitto. Helsinki.

Kunnat ovat etenkin 2000-luvulle tultaessa ulkoistaneet entistä enemmän palvelujaan, mikä on vahvistanut kuntien roolin muutosta palveluiden tuottajasta niiden järjestäjäksi. Tutkimuksen keskipisteenä on, miten eri säännökset ohjaavat ja rajoittavat ulkoistamisia sekä mitä vaatimuksia niille on asetettavissa. Ulkoistaminen jaotellaan kokonaisulkoistamisiin, osa-alueen ulkoistamisiin ja osittaisulkoistamisiin. Näin pystytään asemoimaan, minkälaista ulkoistamista kunnissa ilmenee. Samalla tarkastellaan, mitä ulkoistamisella tarkoitetaan, mitä vaikutuksia ulkoistamisilla on sekä mitä problematiikkaa eri muotoihin liittyy.

Ulkoistamisen muodoissa on oikeudellisia, toiminnallisia sekä taloudellisia eroja. *Kokonaisulkoistamiseksi* voidaan ymmärtää kunnallinen päätös, jossa tietty toiminta annetaan kokonaisuudessaan ulkopuolisen toimijan tuotettavaksi. Sen oikeudellisiin pääpiirteisiin kuuluu myös, että palveluntuottaja on oikeustoimikelpoinen ja itsenäinen organisaatio. *Osa-alueen ulkoistamisessa* on pääsääntöisesti kyseessä toiminnallisesti ja oikeudellisesti erotettavan kokonaisuuden antaminen ulkopuolisen toimijan tehtäväksi. Pilkotun osa-alueen ohjaus ja seuranta on usein hankalampaa, ellei osa-alue ole erotettavissa toiminnallisesti mahdollisimman yksiselitteisesti. *Osittaisessa ulkoistamisessa* julkinen organisaatio tai kunta tuottaa palvelua yhdessä yksityisen organisaation kanssa. Rajapintoja voi olla useita, ja oikeudelliset vastuut voivat olla epäselvempiä kuin muissa muodoissa. Osittainen ulkoistaminen on oikeudellisesti heikoin ulkoistamisen muoto, koska siinä palveluntuottajan ei tarvitse olla itsenäinen organisaatio vaan riittää, että se on toiminnallisesti ja taloudellisesti erillinen ja itsenäinen yksikkö.

Uudentyyppiset toimintatavat ovat tuoneet kunnat myös uusien oikeudellisten kysymysten eteen, koska ulkoistamisissa liikutaan monella eri oikeudenalalla. Samalla ulkoistamista koskeva sääntely on lisääntynyt ja hajanaistunut. Tutkimuksen ulkoistamisjaottelun kautta tarkastellaan myös ulkoistamisiin välittömästi ja välillisesti liittyviä käsitteitä.

Erilaiset variaatiot tilaaja-tuottajamallista ovat yleistyneet. Toisaalta ulkoistamisen eri muodot eivät itsessään edellytä vain yhtä tietynlaista toimintamallia tai juridista organisaatiomuotoa. Luottamushenkilöiden rooli on kehittynyt etenkin niissä kunnissa, joissa on siirrytty tilaaja-tuottajamalliin. Aidossa tilaaja-tuottajamallissa luottamus-

henkilöiden roolit ovat selkeämpiä. On yksikertaisempaa keskittyä ulkoistetun palvelun seurantaan ja kehittämiseen, kun tilaaminen ja tuottaminen eivät ole samalla toimielimellä.

Eri oikeudenalojen soveltaminen on ulkoistamisprosessin oikeudellisen hallinnan näkökulmasta ongelmallista. Rajauksista huolimatta joudutaan ulkoistamisprosessin eri vaiheissa huomioimaan eri oikeudenalojen lähtökohdat. Ulkoistamista koskevien sopimusten luokittelun tarkoituksenmukaisuutta analysoidessa arvioidaan myös, mitä rajoituksia ja vaatimuksia ulkoistamis sopimuksissa pitäisi olla. Ulkoistamisissa sääntelyn painopiste näyttää siirtyvän entistä vahvemmin kunnallishallintoa yleisesti ohjaavista säännöistä kilpailuttamisen ja sopimusoikeuden säännöksiin. Ulkoistamista rajoittavien ja mahdollistavien säännösten tarkastelussa korostuu eri säännösten vuorovaikutus kuin muissa kunnan palveluntuottamistavoissa. Kuntien vaikutus- ja päätösmahdollisuudet ovat saaneet ulkoistamisen määrän ja koon kasvaessa aivan uusia elementtejä.

Oikeaoppinen ulkoistaminen on hyvin normisidonnaista. Vahvasti velvoittavina voidaan pitää erityislakeja, joiden merkitys voi olla kahdenlainen: Ensinnäkin ne tuovat hyvinkin yksityiskohtaisia vaatimuksia ja juridisia velvoitteita tilaajalle ja tuottajalle. Toisaalta ne voidaan nähdä myös ulkoistamista mahdollistavina etenkin sellaisissa tilanteissa, joissa kyseistä toimintaa ei pystytä tuottamaan omana toimintana.

Kunta ei voi osittaisulkoistaa sellaisia toimintoja, jotka eivät kuulu sen toimialaan. Kunnallisen itsehallinnon piiriin kuuluvat tehtävät ja toiminnat antavat kuitenkin ulkoistamiselle lopullisen raamin, jonka puitteissa erityisesti osittaisulkoistamisen vaihtoehtoja voidaan miettiä. Erilaiset palveluntuottamistavat tukevat kunnallista itsehallintoa, eikä esimerkiksi tietyn osa-alueen ulkoistus itsessään vielä heikennä kunnallista päätöksentekoa tai vaikuttamisen mahdollisuuksia.

Kaikissa toimintamalleissa ja ulkoistamisprosessin vaiheissa pitäisi säännösten edellyttämien vaatimusten toteutumisen lisäksi kiinnittää huomiota demokratianäkökulmiin, jotta kunnallisella itsehallinnolla olisi parhaat toimintaedellytykset kunnan toimintavasta riippumatta. Lisäksi kaikki ulkoistamisen muodot mahdollistavat oikeudellisesti sen, että kunnan kokonais-, osa-alue-, tai osittaisulkoistamat palvelut sisäistetään tietyn ajan jälkeen takaisin kunnan omaksi toiminnaksi.

Ongelmaksi kunnallisten palvelujen tuottamisessa nousee luottamushenkilöiden ja viranhaltijoiden ohjaus- ja valvontafunktion muutos, johon perinteinen kunnallishallinto ei sovi kovinkaan hyvin. Ei ole selvärajaisista, mitkä ongelmat aiheutuvat siitä, että kunta on siirtynyt palvelun tuottajasta sen järjestäjäksi, ja mitkä muista toiminnallisista tai lainsäädännöllisistä tulkinnallisuuksista, koska ulkoistamisen toimimattomuus voi johtua sekä toimintaympäristön ulkoisista että sisäisistä tekijöistä.

Kuntalaisten näkökulmasta yksityinen orgaani, jolle toimintoja on ulkoistettu, ei välttämättä toimi kaikilta osin samojen säännösten tai velvollisuuksien mukaisesti kuin virkavastuussa oleva henkilöstö. Vaarana on etenkin epäselvissä kokonais- ja osa-alueen ulkoistamisista koskevissa sopimuksissa, että julkisen vallankäytön rajat hämärtyvät ja vastuukysymykset monimutkaistuvat. Kuntalaisten näkökulmasta ulkoistamisprosessin yksi keskeinen asia on, että käytettävissä olevat oikeusturvakeinot eivät vaarannu.

Ulkoistamisnäkökulmasta arvioidaan KuntaL 2.3 §:ään sisältyvän tehtävien hoitamisen laajuutta ja sisältöä. Tähän säännökseen liittyy myös järjestämisvastuun

käsite, joka on oikeudellisesti osin ongelmallinen. Samalla tarkastellaan sellaisia lakisääteisiä tehtäviä, joiden ulkoistamista on rajoitettu tai joita ei voida antaa kunnan tai viranomaisorganisaation ulkopuolelle.

Ulkoistamisprosessin eri vaiheissa joudutaan tasapainoilemaan sen kanssa, mitkä asiat pitäisi ratkaista puhtaasti oikeudellisen tarkastelun pohjalta ja missä vaiheissa pitäisi huomioida poliittisia linjoja. Ulkoistusten vaikutukset näyttävät olevan kaksijakoisia. Kunnanvaltuustolla on viime kädessä päätösvalta ainakin mittavissa kokonais- ja osittaisulkoistuksissa. Toisaalta kaikkia ulkoistamisen muotoja on säännelty tarkasti, ja demokraattisen päätöksenteon liikkumatila aitoine vaihtoehtoineen joutuu monessa suhteessa entistä ahtaammalle. Ulkoistamisprosessin alussa poliittinen ja oikeudellinen vastuu olisi erotettava ja pidettävä erillään entistä selvemmin.

Resumé

Mikko Komulainen (2010): Ulkoistaminen kunnissa: Oikeudellinen tutkimus ulkoistamisen ilmenemismuodoista ja vaikutuksista sekä ulkoistamisen rajoituksista ja sille asetettavista vaatimuksista yhtenä kunnallisten palvelujen tuottamismuotona. (Utläggning i kommunerna: En rättslig undersökning om olika former för och effekter av utläggning, begränsningar vid utläggning samt de krav som ställs på utläggning som en form för kommunal serviceproduktion). Acta nr 222. Finlands Kommunförbund. Helsingfors.

Kommunerna har i synnerhet vid ingången av 2000-talet lagt ut allt mer av sin service, vilket har stärkt deras förändrade roll, från att vara serviceproducenter har de blivit tillhandahållare av service. Undersökningen fokuserar på hur olika bestämmelser styr och begränsar utläggning och vilka krav som kan ställas på den. Utläggning indelas i total utläggning, utläggning av delområden och partiell utläggning. På så sätt går det att gruppera utläggningen i kommunerna. Samtidigt granskas vad som avses med utläggning, vilka effekter utläggningarna har och vilken problematik som präglar de olika formerna.

De olika utläggningsformerna präglas av rättsliga, funktionella och ekonomiska skillnader. Som total utläggning kan uppfattas ett kommunalt beslut, som innebär att en viss verksamhet i sin helhet läggs ut på en utomstående aktör. Till de rättsliga huvuddragen hör också att serviceproducenten besitter rättshandlingsförmåga och är ett självständigt organ. Vid utläggning av ett delområde handlar det i regel om att ge en funktionellt och rättsligt åtskiljbar helhet i uppgift till en utomstående aktör. Det är ofta svårare att styra och följa upp ett uppdelat delområde, om området inte i funktionellt hänseende går att avskilja så entydigt som möjligt. Vid partiell utläggning är det ett offentligt organ eller kommunen som producerar tjänsten tillsammans med ett privat organ. Det kan finnas flera gränssytor och det rättsliga ansvaret kan vara otydligare än i de andra formerna. Rättsligt sett är partiell utläggning den svagaste formen för utläggning eftersom serviceproducenten inte behöver vara ett självständigt organ utan kan vara en separat och självständig enhet i funktionellt och ekonomiskt hänseende.

De nya verksamhetsformerna har också ställt kommunerna inför nya rättsliga frågor eftersom utläggning berör många olika rättsområden. Samtidigt har den reglering som gäller utläggning ökat och blivit mer splittrad. Genom indelningen i undersökningen granskas också begrepp som direkt och indirekt hänför sig till utläggning.

Olika variationer av beställar- utförarmodellen har blivit vanligare. De olika formerna för utläggning förutsätter emellertid inte att det bara finns en viss slags verksamhetsmodell eller juridisk form för organen. De förtroendevaldas roll har utvecklats

framför allt i de kommuner som har övergått till beställar–utförarmodellen. I en genuin beställar–utförarmodell är de förtroendevaldas roller tydligare. Det är enklare att koncentrera sig på att följa upp och utveckla en tjänst som lagts ut, om samma organ inte sköter både beställning och produktion.

Tillämpningen av olika rättsområden på utläggningsprocessen är problematisk med tanke på rättshandlingen. Oberoende av avgränsningar är man tvungen att i rättsprocessens alla skeden beakta utgångspunkterna för de olika rättsområdena. I analysen av hur ändamålsenlig klassificeringen av utläggningsavtal är bedöms också vilka begränsningar och förpliktelser som bör ingå i avtalen. Tyngdpunkten i regleringen tycks allt mer flyttas från bestämmelser som allmänt styr kommunalförvaltningen till bestämmelser om konkurrensutsättning och avtalsrätt. I granskningen av de bestämmelser som begränsar och möjliggör utläggning understryks en interaktion mellan andra bestämmelser än i fråga om de övriga kommunala serviceproduktionsformerna. I och med att mängden och omfattningen av utläggningar ökar har kommunernas möjligheter att påverka och besluta fått helt nya dimensioner.

En korrekt utläggning är mycket normbunden. Speciallagarna kan anses vara starkt förpliktande. De kan ha två olika slags betydelse: För det första ställer de mycket detaljerade krav och juridiska förpliktelser på beställaren och utföraren. Å andra sidan kan de också anses möjliggöra utläggning särskilt då verksamheten i fråga inte kan produceras i egen regi.

Kommunen kan inte partiellt lägga ut sådana verksamheter som inte hör till dess kompetens. De uppgifter och verksamheter som omfattas av den kommunala självstyrelsen ger ändå utläggningen de ramar inom vilka framför allt alternativ för partiell utläggning kan dryftas. Olika former för serviceproduktion stöder den kommunala självstyrelsen, och utläggning av till exempel ett visst delområde försämrar inte i sig kommunernas beslutsfattande eller möjlighet att utöva inflytande.

I alla verksamhetsmodeller och skeden av utläggningen bör förpliktelserna i bestämmelserna uppfyllas men vikt också läggas vid demokratiaspekterna för att ge den kommunala självstyrelsen de bästa verksamhetsförutsättningarna oberoende av kommunens verksamhetsprinciper. I alla utläggningsformer är det dessutom rättsligt möjligt att efter en viss tid återgå till produktion i egen regi av tjänster som lagts ut i sin helhet, som ett delområde eller partiellt.

Problematiskt i serviceproduktionen är att de förtroendevaldas och tjänsteinnehavarnas styr- och övervakningsfunktion förändrats, vilket inte lämpar sig så bra för den traditionella kommunalförvaltningen. Det är inte tydligt vilka problem som beror på att kommunen har övergått från att producera till att tillhandahålla service och vilka som beror på andra funktionella eller lagbaserade tolkningar, eftersom en dåligt fungerande utläggning kan bero på både yttre och inre faktorer i verksamhetsmiljön.

I ett invånarperspektiv verkar ett privat organ som funktioner lagts ut på, inte nödvändigtvis till alla delar enligt samma bestämmelser eller förpliktelser som en personal med tjänsteansvar. Framför allt i oklara avtal som gäller total utläggning eller utläggning av ett delområde riskerar gränserna för den offentliga makten att bli diffusa och ansvarsfrågorna komplicerade. För kommuninvånarna är en central fråga i utläggningsprocessen att de befintliga rättsmedlen inte äventyras.

För utläggningens del beaktas omfattningen och innehållet i skötseln av uppgif-

terna enligt 2 § 3 mom. i kommunallagen. Till denna bestämmelse hänför sig också begreppet ansvar för tillhandahållande av service, vilket juridiskt är delvis problematiskt. Samtidigt granskas sådana lagstadgade uppgifter där utläggningen har begränsats eller som inte kan läggas ut på aktörer utanför kommunen eller myndighetsorganisationen.

I de olika skedena av utläggningsprocessen är man tvungen att balansera mellan dels vilka frågor som bör avgöras på basis av en rent juridisk granskning, dels i vilket skede de politiska riktlinjerna bör beaktas. Effekterna av utläggningarna tycks vara tvådelade. I sista hand har kommunfullmäktige beslutanderätt åtminstone i omfattande totala och partiella utläggningar. Å andra sidan är alla utläggningsformer noggrant reglerade och det demokratiska beslutsfattandet med sina verkliga alternativ har i många fall en snäv handlingsfrihet. I början av utläggningsprocessen borde det politiska och rättsliga ansvaret skiljas åt och hållas åtskilt i allt högre grad.

Abstract

Mikko Komulainen (2010): Ulkoistaminen kunnissa: Oikeudellinen tutkimus ulkoistamisen ilmenemismuodoista ja vaikutuksista sekä ulkoistamisen rajoituksista ja sille asetettavista vaatimuksista yhtenä kunnallisten palvelujen tuottamismuotona. (Outsourcing in Finnish municipalities. A judicial study on the different forms and impacts of outsourcing, and the restrictions and demands placed on outsourcing as one form of local government service provision). Acta Publications No.222. The Association of Finnish Local and Regional Authorities. Helsinki.

Since the turn of the 2000s, municipalities have increasingly outsourced their services, which has emphasized the change in their role from service producers to that of service providers. The focus of this study is on how regulations direct and constrain outsourcing and what requirements must be imposed upon it. For the purposes of this study, I have divided outsourcing into three categories: total outsourcing, outsourcing of subareas and partial outsourcing. This makes it possible to establish how outsourcing manifests itself in municipalities. Moreover, this study explores what is meant by outsourcing, what effects it has and what problems are associated with its various manifestations.

There is variation in the judicial, operational and economic perspectives of the various forms of outsourcing. To put it concisely, total outsourcing can be taken to be a decision by a municipality to transfer a certain function as a whole to be produced by an external actor. One of the main judicial features of total outsourcing is that the service producer is a legally competent and independent organ.

Outsourcing of subareas refers mainly to the transfer of an operatively and judicially distinguishable entity into the hands of an external actor. The supervision and monitoring of a detached part is frequently more problematic unless the isolation of the subarea in question can be operationally achieved in as unambiguous a manner as possible.

In the case of partial outsourcing a public organ or municipality produces the service in collaboration with a private organ. There may be several interfaces and legal liability may be less clear than in the other forms of outsourcing. Partial outsourcing is the judicially most unstable form of outsourcing because the service producer need not be an independent body; it is sufficient that it is operationally and economically separate and an independent unit.

Along with these new modes of operation, municipalities have been confronted with new legal issues because the various forms of outsourcing fall within many diffe-

rent legal areas; also, the regulation governing outsourcing has increased and become more fragmentary. I will also use the classification adopted for the study to examine the concepts directly and indirectly associated with outsourcing.

While various combinations of the purchaser-provider model have become widespread, the various forms of outsourcing do not of themselves require one single action model or form of legal body. The role of elected representatives has changed, especially in those municipalities which have adopted the purchaser-provider model. In a genuine purchaser-provider model the roles of elected representatives are more clear-cut. It is simpler to concentrate on monitoring and developing the outsourced service when ordering and producing are not the responsibility of the one and the same body.

Applying different aspects of law is problematic from the perspective of legal administration. In spite of delineations it is necessary at various stages of the outsourcing process to take account of the basic elements of the different areas of law. The analysis of the adequacy of the classification of outsourcing contracts also provides an evaluation of what limitations and requirements these contracts should entail.

In the regulation of outsourcing the focus appears to be shifting increasingly from the regulations governing municipal governance in general to regulations governing competitive bidding and contractual arrangements. Examination of the regulations constraining and enabling outsourcing revealed an interaction of different legal provisions than in other forms of service provision in the municipality. With the increase in the extent and size of outsourcing the power of municipalities to exert influence and take decisions has acquired totally new dimensions.

Correct outsourcing is largely governed by norms. Special legal provisions with dual significance can be deemed as strongly binding: On the one hand they place very detailed demands and legal obligations on both purchaser and provider. On the other hand they can be deemed to enable outsourcing, especially in situations in which the activity in question cannot be produced in-house.

The municipality cannot outsource functions that do not fall within its competence. The tasks and functions which fall within the sphere of municipal autonomy, however, do indeed create the final framework for outsourcing within which partial outsourcing measures can be considered. Different service production methods support municipal autonomy, and, for example, the outsourcing of certain subareas does not of itself undermine municipal decision-making or the potential to exert influence.

In all action models and outsourcing stages attention should be paid not only to the requirements set by regulations but also to democratic considerations so as to ensure optimal preconditions for municipal autonomy regardless of the municipality's mode of operation. Additionally it should be legally possible for municipalities to take a function — whether total, partial or a subarea — back in-house after a certain period of time.

A problem emerging in the production of municipal services is the change in the supervision and monitoring function by elected representatives and office-holders, which fits poorly with traditional municipal administration. It is not unequivocally clear what problems are attributable to the municipality's transformation from a producer of services to a provider of services and what are due to other operational or legislative

interpretations because failure to implement outsourcing may be due to factors both within and outside the operating environment.

From the perspective of residents the private organ to which the functions have been delegated may not in all ways follow the same regulations or obligations as personnel under an official obligation by virtue of their employment. In ambiguous contracts concerning total or subarea outsourcing there is a danger that the limits of public power will become blurred and issues of liability become complex. One key issue in the outsourcing process from the perspective of residents is that the provisions for legal security are not compromised.

The extent and content of the concept 'performance of functions' included in Section 2(3) of the Finnish Local Government Act is assessed from the perspective of outsourcing. This provision also entails the concept 'obligation to provide' which in certain aspects is legally problematic. I will also examine statutory tasks whose outsourcing is restricted or which may not be delegated beyond the municipality or official organization.

In the various stages of outsourcing a balance must be found regarding what matters should be resolved on the basis of purely legal considerations and at what stages political directions should be taken into account. There would appear to be two types of effects of outsourcing. At least in major total outsourcing and partial outsourcing issues the ultimate power of decision rests with the municipal council. However, all forms of outsourcing are strictly regulated and the leeway for democratic decision-making with genuine alternatives is often limited. At the beginning of the outsourcing process political and legal liability should be separated and kept more distinctly separate than before.

Lyhenteet

A	Asetus
AsiakasmaksuL	Asiakasmaksulaki
AvL	Arvonlisäverolaki 1501/1993
AOK	Apulaisoikeuskansleri
AOKS	Apulaisoikeuskanslerin sijainen
AVI	Aluehallintovirasto
EAOA	Eduskunnan apulaisoikeuskansleri
ErikoisL	Erikoissairaanhoidolaki 1062/1989
EOA	Eduskunnan oikeusasiamies
EU	Euroopan unioni
EY	Euroopan yhteisö
HankL, hankintalaki	Laki julkisista hankinnoista 348/2007
HAO	Hallinto-oikeus
HaVL	Hallintovaliokunnan lausunto
HaVM	Hallintovaliokunnan mietintö
HE	Hallituksen esitys
HetiL	Henkilötietolaki 523/1999
HLL	Hallintolainkäyttölaki 586/1996
HM	Hallitusmuoto 94/1919
HMenL	Hallintomenettelylaki 598/1982
HO	Hovioikeus
Julkl, julkisuuslaki	Laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta 621/1999
KansanterveysL	Kansanterveyslaki 66/1972
KilpailunrajoitusL	Kilpailunrajoituksista 480/1992
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KKO	Korkein oikeus
KM	Komiteamietintö
KTM	Kauppa- ja teollisuusministeriö
KuntaL	Kuntalaki 365/1995
MAO	Markkinaoikeus
KVTES	Kunnallinen yleinen työ- ja virkaehtosopimus
KVTEL	Kunnallisten viranhaltijain ja työntekijäin eläkelaki 202/1964
LIU	Lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling

LOU	Lagen om offentlig upphandling
MRL	Maankäyttö- ja rakennuslaki 132/1999
NOU	Norges offentlige utredninger
OikTL, oikeustoimilaki	Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 228/1929
OKA	Valtioneuvoston oikeuskansleri
OM	Oikeusministeriö
OYL	Osakeyhtiölaki 734/1979
palvelusetelilaki	Laki sosiaali- ja terveydenhuollon palvelusetelistä 569/2009
PelastusL	Pelastuslaki 468/2003
PerusopetusL	Perusopetuslaki 628/1998
Perustuslaki	Suomen perustuslaki 731/1999
PeVL	Perustuslakivaliokunnan lausunto
PeVM	Perustuslakivaliokunnan mietintö
PotL, potilaslaki	Laki potilaan asemasta ja oikeuksista 17.8.1992/785
RL	Rikoslaki 1889/39
SFS	Svensk författningssamling
SosiaalihuoltoL	Sosiaalihuoltolaki 710/1982
SOU	Statens offentliga utredningar
STM	Sosiaali- ja terveystieteiden ministeriö
STVOL	Laki sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta 733/10992
TaVM	Talousvaliokunnan mietintö
TEO	Terveydenhuollon oikeusturvakeskus
TrVM	Tarkastusvaliokunnan mietintö
TSL	Työsopimuslaki 320/1970
TSS-oikeudet	Taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet
VahL	Vahingonkorvauslaki 412/1974
Viranhaltijalaki	Laki kunnallisesta viranhaltijasta 304/2003
VM	Valtiovarainministeriö
VN	Valtioneuvosto
VNS	Valtioneuvoston selonteko
YSospA	Valtioneuvoston asetus yksityisten sosiaalipalvelujen valvonnasta 1208/1996
YSospL	Laki yksityisten sosiaalipalvelujen valvonnasta 603/1996
YVL, ympäristö- vahinkolaki	Laki ympäristövahinkojen korvaamisesta 737/1994

Ulkoistamisen keskeinen sanasto

kokonaisulkoistaminen: Toiminta annetaan kokonaisuudessaan ulkopuoliselle toimijalle tuotettavaksi. Kunta on selvästi palvelun järjestäjän ja valvojan roolissa. Palveluntuottaja on itsenäinen ja oikeustoimikelpoinen orgaani ja toimii avoimilla markkinoilla. Taloudellisesti palveluntuottaja on itsenäinen, ja kunta vastaa vain sopimuksen mukaisista korvauksista. Kokonaisulkoistukset ovat pääsääntöisesti euro-määräisesti mittavia ja ylittävät aina kansallisen kynnyksarvon. Organimuoto voi olla esimerkiksi yhtiö, yhdistys tai säätiö.

osa-alueen ulkoistaminen: Ulkoistettava toiminto on toiminnallisesti ja oikeudellisesti järkevästi erotettava kokonaisuus. Palveluntuottaja on oikeudellisesti täysin itsenäinen orgaani. Organimuoto voi osa-alueen ulkoistamisen osalta olla sama kuin kokonaisulkoistamisissa. Osa-alueen ulkoistaminen on myös monelta osin vaikutuksiltaan yhtä vahva, mutta se kattaa vain osan toiminnasta. Oikeudellisesti rajanvedolla ulkoistamismuotojen välillä on merkitystä mm. vastuukysymyksissä.

osittaisulkoistaminen: Palveluntuottaja voi olla oikeudellisesti osa kunnan organisaatiota. Sen ei tarvitse olla itsenäinen orgaani vaan riittää, että se on toiminnallisesti ja taloudellisesti erillinen ja itsenäinen yksikkö. Kunnan ei yleensä tarvitse noudattaa julkisista hankinnoista annettua säännöstöä. Osittaisulkoistamiseen voidaan lukea tiettyjen reunaehtojen täytyessä esimerkiksi kunnallisille yhtiöille tai liikelaitoksille ulkoistettava toiminta.

sisäistäminen: Ulkoistettu toiminto otetaan takaisin kunnan järjestettäväksi, jolloin kunta vastaa kaikista toiminnoista niin kuin omasta toiminnasta. Osittaisulkoistus voi sisältyä sisäistämisen määritelmään.

budjetti-arvio: Arviota varten kunta kysyy palveluntuottajilta, ovatko he kiinnostuneita tarjoamaan mahdollisesti ulkoistettavaa toimintaa, sekä arvioita siitä, mihin hintaan he pystyvät tarjoamaan tietynlaatuista palvelua. Budjetti-arvion on pysyttävä vain alustavana valmisteluna eikä se sido osapuolia juridisesti. Hankintalain mukainen virallinen kilpailuttaminen on aina tehtävä täysin erikseen.

tilaajaohjaus: Johtamis- ja valvontajärjestelmä, jossa kunta tai yritys asettaa ulkoistetulle toiminnalle tavoitteita, joita seurataan ja kontrolloidaan erilaisin menetelmin. Jaetaan erikoistuneeseen, strategiseen, operatiiviseen ja marginaaliohjaukseen.

tilaaja-tuottajamalli t. tilaaja-tuottajatoimintatapa: Kuntalaki antaa hyvin laajan mahdollisuuden järjestää kunnan organisaatio tarkoituksenmukaisimmalla tavalla. Kunnalla on viimekätinen oikeudellinen vastuu omasta tai ulkoistetusta tuotannas-

ta. Malli on jaoteltavissa aitoon markkinaperusteiseen tilaaja-tuottajamalliin ja ns. näennäiseen tilaaja-tuottajamalliin. Palvelun tilaajan ja tuottajan roolit on eriytetty: tilaajana on kunta ja tuottajana esim. yksityinen, yhdistys tai säätiö. Järjestämismääräys on kunnalla, ja ulkoistamissopimuksen mukainen tuottamismääräys on tuottajaorganisaatiolla. Juridisesti erotetaan virkavastuuseen liittyvät tehtävät ja valvonta operatiivisesta johtamisesta.

sopimusohjaus: Kunnissa tilaajan (eli kunnan) mahdollisuus ohjata palvelujen tuotannon kehitystä, tarpeita ja laatua. Tarkoitetaan sellaista ohjausta, jossa määritellään tilaajien ja tuottajien väliset toiminta- ja järjestelyperiaatteet ja ehdot. Sen sisältö voi olla hyvinkin yksityiskohtainen, ja osapuolet voivat olla täysin itsenäisiä sopimusosapuolia. Sopimusohjaus ilmenee osittaisulkoistuksissa, jolloin se koskee kahden julkisen organisaation välistä palvelusopimusta.

palvelusopimus: Palvelusopimuksessa määritellään yksityiskohtaisemmin palvelujen määrä ja laatu sekä tilaajien ja tuottajien väliset toiminta- ja järjestelyperiaatteet. Kunnan sisäiset palvelusopimukset eroavat oikeudellisesti esim. sitovuudeltaan ulkoistamissopimukseen liittyvistä palvelusopimuksista.

sopimusjohtaminen: Kunta tekee kuntaorganisaation ulkopuolella olevan itsenäisen oikeustoimikelpoisen organisaation kanssa sopimuksen palvelujen tuottamisesta. Kunta johtaa toimintaa vain tilaajana sovittujen säännösten ja periaatteiden kautta. Oikeudellisesti velvoittavampi kuin sopimusohjaus.

ulkoistamisprosessi: Ulkoistamisen vaiheet ovat 1. tarve ja sen määrittely, 2. kokonaisuuden tai osien määrittely ja tuotteistaminen, 3. näennäisulkoistamisen läpikäyminen, 4. periaatepäätös, 5. kilpailuttaminen, 6. päätös tarjoajasta, 7. sopimus, 8. ohjaus, valvonta ja raportointi sekä 9. tuottajan vaihtaminen tai sopimuksen jatkaminen tai toiminnan sisäistäminen uudelleen omaksi toiminnaksi ja siihen valmistavat toimenpiteet.

ulkoistamissopimus t. ulkoistamista koskeva sopimus: Voi tarkoittaa ulkoistamista koskevan sopimuksen valmistelua, itse kunnassa käsiteltävää ulkoistamispäätöstä tai ulkoistamispäätöksen jälkeen tehtyä allekirjoitettua sopimusta. Suomen lainsäädäntö ei tunnista suoraan termiä ulkoistamissopimus. Ulkoistamista koskevat sopimukset voivat olla yksityisoikeudellisia tai julkisoikeudellisia, tai niissä voi olla ominaisuuksia kummastakin sopimustyyppistä.

palvelusitoumus: Tuottaja sitoutuu antamaan tiettyä palvelua tiettyjen kriteerien puitteissa. Ulkoistamissopimuksen sisällä tapahtuvaa palvelun mittareiden määrittelyä ja stiloimista tai sopimuksen laatutason määrittelyä. Ei voida pitää oikeudellisesti sitovana, ellei mainita erikseen sopimuksessa. Yksilöidyt kohdat ja asiat ovat muuta (ulkoistamis)sopimusta ohjaavia.

asiakasvalintamalli: Kun ulkoistettavaan ja omaan toimintaan sovelletaan asiakasvalintamallia, kilpailee kunnan oma tuotanto muiden palveluntuottajien kanssa ja kuntalaiset voivat valita, keneltä palveluntuottajalta palvelunsa ottavat. Kunta asettaa tavoitteet ja laatuksikriteerit sekä valvoo ja vastaa toiminnasta. Kunta valitsee kriteerit täyttävät tarjoajat, joiden palveluista kuntalaiset saavat vapaasti valita.

1. LUKU

Johdanto

1.1 Tutkimuksen lähtökohtia

Kunnat ovat viime vuosina voimakkaasti järjestäneet palvelujaan uudestaan. Ne ovat alkaneet ulkoistaa toimintojaan, ja yritykset ovat monella toimialueella laajentaneet toimintaansa niin, että ne tuottavat entistä enemmän palveluita kuntalaisille kuntien puolesta. Monia kunnan ydin- ja tukitoimintoja on siirtynyt kunnan ulkopuolisen orgaanin tuotettavaksi, eikä kehityksen kasvu näytä taittuvan ainakaan lähivuosina. Kuntien roolin muutos palvelujen tuottajasta palvelujen järjestäjäksi on tuonut paikallistasolle monia uusia asetelmia ja kysymyksiä.

Viime vuosina oikeudellinen keskustelu kuntien roolista hyvinvointipalvelujen järjestäjinä on ollut vilkasta. Valtakunnallinen palvelu- ja kuntarakennemuutos, kuntien taloudellinen ahdinko ja väestön ikääntyminen, johon liittyvät myös työvoimansaataavuuskysymykset, ovat kannustaneet kuntia etsimään uusia tapoja tuottaa ja järjestää palveluita. Useissa kunnissa on rakenteilla erilaisia sopimusohjaus- ja tilaaja-tuottajamalleja, joita on tutkittu oikeudellisesta näkökulmasta vielä hyvin vähän.

Kuntien toimintatapojen muutokset ja niihin liittyvien käsitteiden täsmentymätömyys ovat tuoneet uusia haasteita. Julkisessa keskustelussa kunnan roolista palvelujen järjestäjänä toistuvat melkein päivittäin sanat ulkoistaminen, yksityistäminen, yhtiöittäminen ja ostopalvelut. Monesti ei ole varmuutta siitä, puhuvatko eri osapuolet toiminnallisesti ja oikeudellisesti edes samasta asiasta.

Monet palvelujen uudelleenjärjestämis- ja tuottamisvaihtoehdot voivat joutua oikeudellisiin tai toiminnallisiin ongelmiin ennen kuin niitä on edes kunnolla sisäistetty. Kunnallisten palvelujen määrittäminen yksiselitteisesti on mahdotonta, koska ne muodostavat hyvin heterogeenisen kokonaisuuden. Jaon määrittelyä on vaikeuttanut etenkin viime vuosikymmenen alkupuolella voimistunut kuntien ja yksityisten orgaanien palvelujen yhteistuottaminen esimerkiksi lääkäripalvelujen osalta¹.

Vielä 1990-luvulla alussa vaihtoehtoiset palvelujenjärjestämistavat olivat kunta-sektorilla melko harvinaisia tai ne koskivat hyvin pieniä osa-alueita. Tuolloin laajamittaisempaan yhteiskunnalliseen keskusteluun nousivat palvelujen laatu, tilaaja-tuottajamalli, palvelujen priorisointi ja yhtiöittäminen sekä kuntien roolin muutos palveluiden tuottajasta niiden järjestäjäksi². Kunnallishallinnon uudelleenarviointi voidaan nähdä kokonaisvaltaisena prosessina, jonka tarkoituksena on parantaa kunnallishallinnon tehokkuutta ja kohdentaa toimintoja uudestaan samalla kun taloudellinen itsenäisyys

1 VM:n työryhmämuistio 21/1997 s. 17.

2 P. Mäkinen 1995 s. 48.

korostuu³. Siirrytään siis hallintokulttuurin painottamisesta asiakasnäkökulmaan painottuvaan kulttuuriin, jolloin on myös määriteltävä ja selkiytettävä kunnan ydintoiminnot. Keskeisiksi kysymyksiksi nousevat, millaiset mahdollisuudet ja mitä rajoituksia tai vaatimuksia eri säännökset ja hallinto-oikeuden periaatteet asettavat toimintatapojen muutoksille.

Monet tutkijat ovat ennustaneet 1990-luvulla, että julkinen sektori joutuu antamaan tilaa yksityissektorin tehokkuudelle ja dynaamisuudelle. Keskeisiä kysymyksiä ovat, miten kunta tulee kehittymään autonomisena yhteisönä ja miten tulevaisuus tulee huomioida strategisesta näkökulmasta. Yhtenä tärkeänä tekijänä on hahmotettava eri muutostekijöiden keskinäiset kohteet ja niiden merkitys kunnan organisaatiolle (hallinnolle), alueelle, politiikalle ja normiperustalle (oikeudelle). Vasta tähän kokonaisuuteen paneutumalla on mahdollista saada riittävän kokonaisvaltainen kuva tulevaisuuden haasteista.⁴

Samalla kuitenkin muutoksen hahmottaminen on tullut entistä vaikeammaksi, sillä muuttujia ja vaikuttajia on tullut entistä enemmän. On vaikea arvioida, millaisiksi kuntien asema ja rooli muodostuvat⁵. Toisaalta kunnat ovat muuttumassa toimintaympäristön mukaisesti, ja kuntien perinteinen palvelutehtävä ei enää riitä. Tällöin joudutaan tekemään entistä enemmän paikallisia valintoja erilaisten toimintamuotojen välillä, jotka kuuluvat kunnallisen päätöksentekoprosessin piiriin. Perinteiset johtamismallit tutkivat kuntaa palvelujen tuottajana, mutta uusissa johtamistavoissa haetaan joustavuutta ja vaihtoehtoisuutta, jotka vahvistaisivat paikallista itsehallintoa muuttuvassa toimintaympäristössä.⁶

Olennaista ei pitäisi olla sen, kuka palveluja tuottaa, vaan kuinka laadukkaita ne ovat ja kuinka paljon ne maksavat. Vastakkainasettelun sijasta toimintatapoja pitää organisoida uudestaan, koska kuntien vaikea talous tilanne vaatii toiminnan tehostamista ja tarkoituksenmukaisuutta samalla kun kuntalaisten osallistumista yhteisten asioiden hoitoon pitää edelleen kehittää⁷. Kunnan on pyrittävä hallitsemaan ympäristössä tapahtuvia muutoksia ja samalla sisäistettävä toimintaympäristössä tapahtuvien muutoksien syyt. Tämä voi tapahtua esimerkiksi strategisen ajattelun avulla. Olisi pystyttävä linjamaan, mitä palveluja voidaan tuottaa itse ja mikä on hyödyllistä tai tarkoituksenmukaista pitää omana toimintana, kun on huomioitu lainsäädännön velvoitteet.⁸

Toimintojen ulkoistaminen voi lähteä liikkeelle erilaisista lähtökohdista. Yleensä ulkoistaminen alkaa, kun haetaan kustannustehokkuutta eli huomataan, että jokin toiminto ei ole hinnaltaan tai laadultaan kilpailukykyinen⁹. Ulkoistaminen voi olla

3 Ks. Mennola 2008 s. 38 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008).

4 Hoikka 1995 s. 36. Ongelmaksi on muodostunut, että muutos ja muutoksen johtaminen tulisi nähdä kompleksisempänä ilmiönä, joka on vaikeasti hallittavissa ja vaatii erityisosaamista. Muutos tulisi hahmottaa dynaamisen jatkuvana prosessina, jossa painotetaan prosessien johtamisen tarpeita, informaation hallintaa, verkostojen johtamista ja strategista johtamista. Sotarauta–Laakso 2000 s. 120.

5 Mennola 2008 s. 33–34 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008).

6 Stewart 1993 s. 45–47.

7 Ks. Ryynänen–Telakivi 2006 s. 198.

8 Ks. Sotarauta 1990 s. 29, 43.

9 Monissa tutkimuksissa on päädytty siihen, että kuntaorganisaation prosessien ohjauksessa ja valvonnassa on parantamisen varaa. Ks. Karimaa 2001 s. 166.

strateginen valinta, jolloin keskitytään entistä enemmän ydintoimintoihin ja näitä tukevat toiminnot haetaan niihin erikoistuneilta palvelutarjoajilta¹⁰. Aina ulkoistaminen ei ole suunniteltua, vaan kunta voi myös joutua ulkoistuksen eteen pakkotilanteissa. Tällöin ei ole olemassa muuta vaihtoehtoa kuin ulkoistaa tietty toiminta, jotta kuntalaisten palvelut eivät vaarannu. Ulkoistaminen voi olla välttämätöntä esimerkiksi silloin, kun kunta ei saa rekrytoitua työvoimaa tai tiettyä osaamista, jota on tarjolla vain yksityisillä palveluntuottajilla.

Yrityksissä ulkoistamisella tarkoitetaan sitä, että yritys hankkii jonkin tarvitsemansa suoritteen yrityksen ulkopuolelta sen sijaan, että yrittäisi valmistaa tai tuottaa kyseisiä palveluja tai suoritteita itse¹¹. Tässäkin on huomattava, että ulkoistaminen on tullut puhtaasti liikemaailman opeista suomalaisen kuntakentän keskusteluun. Monissa kunnissa ulkoistamispaineeet ovat lähteneet liiketaloustieteen opeista ja toimintaympäristön paineista eli lähinnä tehokkuus- ja laatu- ja laatunäkökulmista. Liiketaloustieteen käsitteistö ei suoraan sovellu kuntien käyttöön, vaikka se antaakin hyvän taustan terminologiselle keskustelulle. Kunnissa on samat peruskäsitteet kuin liiketaloustieteessä, kuten asiakas, tuote ja työntekijä. Kunnallisen yksikön toimintaa voidaan osittain arvioida myös liiketaloustieteellisistä lähtökohdista, vaikka kunnallisen organisaation ominaispiirteistä johtuen ei liiketaloustieteen käsitteistöä voida suoraan soveltaa kunnalliseen toimintaan¹². Liiketaloustieteen termejä on kuitenkin käytettävä pidättyväisesti, vaikka ulkoistaminen käsitteenä on osittain tullut liiketaloustieteestä kuntiin.

Yrityspuolella toiminnat jaetaan tuki- ja ydinpalveluihin. Yleensä tukipalvelut ovat ensimmäisinä ulkoistettavissa. Kunnallishallinnossa ydin- ja tukipalvelujen erottaminen ei aina ole yksiselitteistä. Määrittely riippuu myös hyvin pitkälti siitä, onko näkökulmana koko kunnallishallinto vai yksittäinen toimiala tai yksikkö¹³. Yksittäisen tulosyksikön näkökulmasta tukipalvelu voi olla heidän ydinpalvelunsa. Kunnallishallinnossa ydinpalvelu voidaan määritellä käsittämään ne palvelut, jotka kunnalla on velvollisuus järjestää, kuten tietyt sosiaali- ja terveys- sekä koulupalvelut.¹⁴

10 Kunnille ulkoistuksia tarjoavat yritykset ovatkin pääsääntöisesti erikoistuneet tietyille kapealle palvelualueelle. Tätä tukee Lipiäisen toteamus, että osaaminen on etenkin yrityksissä noussut tälle vuosituuhannelle tultaessa yhdeksi keskeiseksi menestystekijäksi, joka vaatii nykyaikana aivan uusia johtamiskäytäntöjä. Ks. Lipiäinen 2001 s. 340–341.

11 Pajarinen 2001 s. 6. ”Suorite voi olla esimerkiksi jonkin välituotteen valmistus tai liiketoimintaa tukeva palvelu, kuten vaikkapa tehtaan kunnossapito- ja huoltopalvelu. Outsourcing-toimintaan ei sen sijaan yleensä katsota kuuluvan perusraaka-aineiden ja energian ostaminen yrityksen ulkopuolelta.” Pajarinen 2001 s. 6. Viimeisen parin vuosikymmen aikana yritysten mielenkiinto on noussut ulkoistamisista kohtaan. Ks. Saxena 2007 s. 2.

12 Vrt. Heinonen 1999 s. 68.

13 Ks. Oulasvirta 1996 s. 11–13. Ydinpalveluja ja lisäpalvelu on erotettava toisistaan. Ydinpalvelut ovat organisaation perustehtävää toteuttavia suoritteita, kun taas lisäpalvelut tukevat ydinpalveluja antamalla asiakkaalle enemmän valinnanmahdollisuuksia ja vaihtoehtoja. VM:n työryhmämuistioita 21/1997 s. 18.

14 Harisalo määrittelee peruspalveluiksi esimerkiksi sosiaali-, terveys-, koulu- ja kulttuuripalvelun ja tukipalveluiksi mm. siivous-, ruokailu-, kiinteistöjen huolto- ja kunnossapitotyypiset palvelut. Harisalo 1988 s. 118. Jos asiaa lähestytään enemmän kunnan lainsäädännöllisten velvoitteiden kautta, ydinpalveluihin sisältyy lähinnä sosiaali-, terveys- ja koulupalvelut, joita kunta on velvoitettu järjestämään.

Myös kunnallishallintokonstruktio voidaan jaotella käsitteellisesti kunnallishallinnon ydin- ja tukitehtäviin¹⁵. Kunnallishallinnon ydintehtävinä pidetään sosiaali-, terveys- ja koulupalvelujen järjestämistä sekä oikeus- ja demokratianäkökohtien vaalimista¹⁶. Vaikka kunnan ydin- ja tukitoiminnan jaottelu ei ole kaikilta osin yksiselitteinen ja voi olla osin keinotekoinen, selvittää se kuitenkin pääpiirteissään sitä jaottelua ja periaatetta, jonka kautta ulkoistamista lähestytään tutkimuksessa. Tarkastelun painopiste on niissä kunnan ydinpalveluissa eli kunnan erityistoimialaan liittyvissä tehtävissä, joita kunnan on järjestettävä kuntalaisille.

Yhteiskunnallinen keskustelu ja yleinen mielipide ovat saattaneet vaikuttaa vahvasti ulkoistamisen kuvaan kuntasektorilla. Monella eri tieteenalalla on ilmestynyt viimeisen kymmenen vuoden aikana kirjallisuutta erityisesti yksityistämisestä ja jonkin verran myös ulkoistamisesta. Ulkoistamista käsittelevät tutkimukset voidaan jakaa karkeasti kahteen päänäkökulmaan: Liikkeenjohdon koulukunnan edustajat näkevät yksityistämisessä ja ulkoistamisessa enemmän positiivisia vaikutuksia, kuten tehokkuuden, taloudellisuuden, joustavuuden ja palvelukyvyn parantumista¹⁷. Liikkeenjohdon periaatteita vastustavat katsovat, että individualistiset ja kilpailulliset arvot ovat tukahduttaneet kollektiivista yhteistyötä eivätkä liikkeenjohdon periaatteet ole tuoneet lisää tehokkuutta vaan lisää tehottomuutta ja vastakkainasettelua¹⁸.

Edellä mainittuihin ääriäkemyksiin viitaten voidaan kysyä, ovatko kunnat tulevaisuudessa yhteiskunnallisten muutosten valossa, kuten taloudellisen tilanteen kiristyessä ja työvoiman saatavuuden vaikeutuessa, pakotettuja yksityistämään ja ulkoistamaan toimintojaan enenevässä määrin vai pystytäänkö edellä mainitut haasteet ratkaisemaan muilla tavoin. Peruslähtökohdiltaan ongelmana on, että ulkoistamista on kuntien näkökulmasta tutkittu hyvin vähän ja yksittäiset tutkimukset ovat keskittyneet vain tiettyyn näkökulmaan. Ulkoistamisesta on myös syntynyt vahvoja mielipiteitä ja käsityksiä kuntalaisten keskuudessa, mikä osaltaan voi vaikuttaa kunnallisten luottamushenkilöiden ja viranhaltijoiden näkemyksiin heidän arvioidessaan palvelutuotannon järjestämisvaihtoehtoja taloudellisesta, toiminnallisesta ja oikeudellisesta näkökulmasta.

Tutkimukseen liittyy välillisesti kontingenssiteorian mukainen ajattelu. Kontingenssiteoria selvittää tietyltä osin sitä, miksi ulkoistaminen on kunnalliseen toimintaan tullut. Kontingenssiteorian mukaan organisaatio koostuu useasta osasysteemistä ja niiden välisistä vuorovaikutussuhteista, kuten organisaation ja ympäristön välisistä vuorovaikutussuhteista. Teoria korostaa organisaation monimuotoisuutta sekä pyrkii

15 Ulkoistukseen liittyy monesti ydinsaamisajattelu, jolla tarkoitetaan sitä, että kunta ulkoistaisi pääasiassa tukipalvelujaan. Kilpailuviraston selvityksiä 1/2001 s. 28. Hämeenlinnan seudulla osittaisulkoistettiin taloushallinnon palvelut viiden kunnan perustamalle osakeyhtiölle. Ks. Hämeenlinnan verkkosivut, os. www.hameenlinna.fi.

16 Oikeustieteellisten teorioiden pääperiaatteena on antaa järkevä, johdonmukainen ja oikeuslähteistä käsin tukea saava selitys sille ilmiöjoukolle, joka on teorian kohteena. Teoriat ja opit eivät varsinaisesti ole tosiasioiden kuvauksia, deskriptioita, vaan ne selittävät ja selkeyttävät oikeudellisia asiantiloja sekä antavat tätä kautta tulkinnallisia vastauksia. Kairinen 2001 s. 4.

17 Tällöin tuodaan esiin julkisen sektorin hitautta ja vanhoja toimintatapoja. Ulkoistamista on tutkittu runsaammin etenkin liiketaloustieteellisessä kirjallisuudessa, mutta siihen ei ole viitattu kuin osittain tai esimerkinomaisesti, koska ne eroavat monelta osin kuntien ulkoistamisista.

18 Martin 1994 s. 244–245.

ymmärtämään, miten organisaatiot toimivat tietyissä tilanteissa¹⁹.

Eri tutkimusten mukaan kontingenssitekijät voidaan jakaa toimintaympäristössä sisäisiin ja ulkoisiin tekijöihin. Sisäisiin kontingenssitekijöihin kuuluvat eri palveluiden järjestämismahdollisuudet. Kaikki toimintaympäristössä tunnistettavat kontingenssitekijät eivät ole ehdottomasti ulkoisia tai sisäisiä. Osa niistä asettuu välimaastoon, kuten maakuntapolitiikan sisältö, kuntayhteistyö tai työhyvinvointi. Jälkikäteen tilanteisiin reagoiva päätöksenteko voi etäännyttää aikaisemmin omissa käsissä olleen toimintaympäristöulottuvuuden oman päätöksenteon vaikuttamisen ulkopuolelle, jolloin kontingenssitekijän luonne on muuttunut sisäisestä ulkoiseksi.²⁰ Kontingenssiteorialla voidaan selittää monelta osin kuntien ulkoistamisia ja niiden organisoimista, mutta tässä tutkimuksessa kontingenssiteoriaa sivutaan tai siihen viitataan vain joiltain osin²¹.

Monissa tutkimuksissa on käsitelty demokratian ja tehokkuuden ristipainetta. Niissä on päädytty siihen, että kunnallishallinnolla on yhtäältä demokraattinen arvo ja toisaalta tehokkuusarvo²², jotka voivat olla tavoitteiden kanssa ristiriidassa. Kuntien perustehtävä on yhteiskunnallisten asioiden hoitaminen, ja uudet palvelutuotannon organisoimistavat tuovat samalla uusia haasteita hallinnolle²³. Toisaalta esimerkiksi Kaarlo Tuori on vastustanut byrokratian tuomitsemista pelkästään tehokkuuden ja tuloksellisuuden näkökulmasta. Julkisten tehtävien siirtäminen markkinoille saattaa siirtää ne demokraattisten menettelyjen, julkisuusperiaatteen ja hallinnon oikeusturvamekanismien ulkopuolelle.²⁴

Lähtökohtana on pidettävä sitä, että kunnat on perustettu tiettyjen yhteiskunnallisten tehtävien hoitamiseksi. Kunnallisoikeudellisen tarkastelun tarve voi lisääntyä tulevaisuudessa, jos jatkuu nykyinen kehityssuunta, jossa kunnan rooli on entistä selvemmin oikeudellisesta näkökulmasta palvelujen järjestäjä. Tällöin palvelujen kilpailuttaminen sekä valvonta ja ohjaus ovat entistä keskeisemmässä roolissa.

Julkisten palvelujen uudet järjestämistavat ovat aiheuttaneet sen, että julkisoikeudellisten ja yksityisoikeudellisten asioiden vuoropuhelu on lisääntynyt. Sopimusosapuolten intressien yhteensovittamisen haasteet ovat tuoneet uusia näkökulmia ja elementtejä kunnalliseen sopimustoimintaan. Ongelmana on, että kovinkaan yksi-

19 Vrt. ”The contingency view of organization and their management suggest that an organisation is a system composed of subsystems and delineated by identifiable boundaries from its environmental subsystem. The contingency view seeks to understand the interrelationship within and among subsystems as well as between the organisation and its environment and to define patterns of relationship or configurations of variables. It emphasizes the multivariate nature of organizations and attempts to understand how organizations operate under varying conditions and in specific circumstances.” Kast–Rosenzweig 1985 s. 115–116.

20 M. Kauppinen 2005 s. 20.

21 Tämän teorian mukaan ei ole olemassa yhtä ainoa, parasta organisoimistapaa, vaan organisaation tehokkuus edellyttää, että sen rakenteiden tulee sopia toimintaympäristöön ja siihen toimintaan, jota tässä ympäristössä harjoitetaan. Sinisalmi 1999 s. 84.

22 Ryynänen 1986 s. 506. Åbo Akademin tutkimuksessa nähtiin jo 1990-luvun alussa, että markkinaperusteisuudesta on kunnille hyötyä ja että valtaosa tutkimukseen vastaajista kytki ostopalvelut aleneviin kustannuksiin sekä kustannustietoisuuden yleisempäänkin leviämiseen kunnan toiminnassa. Ks. Harisalo–Rajala–Ståhlberg 1992 s. 165.

23 Public choice -tutkimuksissa on päädytty siihen, että julkinen sektori ei toimi niin tehokkaasti kuin yksityinen sektori. Salminen–Niskanen 1996 s. 44.

24 Tuori 1994 s. 33–36.

tyiskohtaista julkista keskustelua ei ole käyty hallintotehtävien ulkoistamisista tai niiden välillisistä vaikutuksista oikeusturvan näkökulmasta²⁵. Kunnissa julkista valtaa käyttävät vain viranomaiset, mutta asia ei ole etenäkään rajapintojen osalta erilaisissa ulkoistamistapauksissa yksiselitteisen selvä. Tätä problematiikkaa tarkastellaan ulkoistamisen näkökulmasta.

Hyvinvointivaltio hakee uutta muotoaan, ja tässä kunnilla on suuri rooli. Näin ollen tutkimuksessa joudutaan myös sivuamaan asioita joiltain osin oikeuspoliittisesta ja yhteiskuntapoliittisesta näkökulmasta²⁶. Hyvinvointivaltion muutos heijastuu myös lainsäädäntöön ja sen muuttumiseen tai jälkeenjääneisyyteen. Oikeuden funktiot muuttuvat, vaikka lainsäädäntö ei pysyisi kunnallisten toimintamuotojen ja tapojen perässä. Eräinä piirteinä ovat yksityisoikeuden ja julkisoikeuden suhteiden muutos ja se, miten sopimus-oikeudelliset ja vahingonkorvausoikeudelliset muodot ovat saaneet uusia elementtejä. Monesti yksityisoikeuden ja julkisoikeuden suhde on liian mustavalkoinen, ja niiden eri välineet voivat yhdessä vaikuttaa säännöksiin.²⁷ Siviilioikeuden ja julkisoikeuden vuoropuhelu on ulkoistamista tutkittaessa tärkeä näkökulma, johon joudutaan palamaan useaan otteeseen tutkimuksen aikana. Siviilioikeutta ei silti voida tulkita osaksi julkisoikeutta, koska tällöin on vaarana, että erilaisissa ulkoistamistilanteissa osapuolet ajautuvat kauemmaksi niistä lainsäädännöllistä kehyksistä, joita kunnanhallinnossa on noudatettava.

Tässä tutkimuksessa sosiaali- ja terveydenhuollon palveluiden ulkoistaminen otetaan erityistarkasteluun kahdesta syystä: Ensinnäkin nämä palvelut ovat toiminnaltaan ja kustannuksiltaan merkittävässä roolissa kunnan ja kuntalaisten kannalta. Toiseksi kunnilla on ollut vaikeuksia tuottaa niitä itse, vaikka lainsäädäntö velvoittaa esimerkiksi järjestämään riittävät terveyspalvelut kuntalaisille. Lisäksi terveyspalveluiden ulkoistukset ovat viime vuosien aikana kasvaneet kooltaan huomattavasti²⁸.

1.2 Tutkimuksen tarkastelunäkökulmat

Tutkimuksen pääotsikko on ”Ulkoistaminen kunnissa: Oikeudellinen tutkimus ulkoistamisen ilmenemismuodoista ja vaikutuksista sekä ulkoistamisen rajoituksista ja sille asetettavista vaatimuksista yhtenä kunnallisten palvelujen tuottamismuotona”. Tämä tutkimus kohdistuu pääasiallisesti ulkoistamiseen kokonaisuutena. Lähestymiskulma on puhtaasti kunnallishallinnollinen niin, että kaikki ulkoistamiseen liittyvät keskeiset oikeudelliset elementit ovat tarkastelun piirissä. Tutkimuksen ongelmakenttä on hyvin

25 Vrt. Hallberg 2005 s. 25.

26 Oikeustieteellisen tutkimuksen sisällä normeihin liittyvä tarkastelu on mahdollista suorittaa myös oikeuspoliittisin keinoin, jolloin tutkitaan yhteiskunnallista tavoitteenasettelua ja suunnittelua oikeudellisesta näkökulmasta. Oikeuspoliittista tutkimusta on esimerkiksi lainsäädännön vaikutusten arviointi. Rajan vetäminen oikeuspolitiikan ja yhteiskuntapolitiikan välille voi olla vaikeaa.” Husa–Mutanen–Pohjolainen 2005 s. 13.

27 Wilhemsson 2001 s. 50–65.

28 Terveyspalveluiden ulkoistuksia on tapahtunut tai oli meneillään vuoden 2008 aikana esimerkiksi Vantaalla, Espoossa, Lahdessa, Kouvolassa, Mikkelissä, Karjaalla, Imatralla ja Hattulassa. Vuonna 2007 kunnat ja kuntayhtymät ostivat sosiaali- ja terveyspalveluja 1,6 miljardilla eurolla. Sosiaali- ja terveyspalvelujen oston on arvioitu kasvavan vuodessa neljällä prosentilla. HE:n luonnos 5.3.2009 s. 8–9.

haastava, koska ulkoistaminen on suhteellisen uusi ilmiö kunnallishallinnossa niin teoreettisella tasolla kuin käytännön toimintakulttuurissa. Eri aikakausina myös kunnan aseman merkitystä, toimialan käsitettä ja palvelujen järjestämisen- ja tuottamisfunktioita on kuvattu eri näkökulmista samalla kun hallinnon vaatimukset ovat vaihdelleet.²⁹ Tutkimuksen yhtenä näkökulmana on, miten kuntien vapaus ja liikkumavara palvelujen järjestämisessä on muuttunut viime vuosikymmenien aikana. Toisaalta arvioidaan, heikentääkö ulkoistamisilmiö itsessään kunnallisen itsehallinnon todellista ydintä eli laadukkaiden palveluiden järjestämistä ja demokratia-arvoja. Itsehallintokomitean mietinnössä oli tuolloin ajan hengen mukaisesti painotettu itsehallinnon oikeutusta kunnan toimintojen laajuudella, työllistäjänä, kansalaisläheisyydellä ja demokratialla:

Itsehallintokomitean mietinnössä oli 1980-luvun alkupuolella kunnan aseman merkitystä kuvattu seuraavasti: ”kunnallishallinto huolehtii kaikista tärkeimmistä kansalaisille tarpeellisista hallinnon palveluksista paikallisella ja suurelta osalta alueellisellakin tasolla, kunnallistaloudella on merkittävä osuus julkisesta taloudesta ja kunnallishallinnossa toimivien luottamus henkilöiden sekä viranhaltijoiden ja työntekijöiden määrä on huomattava”.³⁰

Kunnallishallinto on eri tutkimuksissa hyvin vakiintunut käsite. Tarkasteltaessa ulkoistamista kunnallishallinnon käsitteen sisällä joudutaan myös käsittelemään kaikkia sellaisia ulkoistamiseen liittyviä asioita, joita toimintojen hoitamisessa, järjestämisessä tai valmistelussa – operatiivisella tai poliittisella tasolla – tarkoitetaan. Hallinto on toisaalta käsitteenä laajempi, ja siihen voidaan sisällyttää melkein kaikki se julkisen vallan käyttö, joka ei ole lailla säädettyä tai lainkäyttöä³¹. Hallinnon tehtävä on seurata, että organisaatio toimii toiminta-ajatuksensa, päämääriensä ja tavoitteidensa mukaisesti³². Perustuslaki ei myöskään anna täysin yksiselitteistä kuvaa hallinnosta, vaikka se luo pohjan hallinnon toiminnalle ja järjestämiselle³³. Näitä käsitteitä joudutaan lähestymään erikseen myös julkisen ja yksityisen organin (tuottajan) näkökulmasta.

Yleishallinto-oikeuteen kuuluvat säännökset sääntelevät pääasiallisesti hallintoasioiden käsittelyssä noudatettavia menettelyjä ja niitä koskevaa muutoksenhakua mutta ohjaavat vain välillisesti päätösten sisältöä. Yleiset hallinto-oikeuden periaatteet taas ovat tärkeitä päätösten sisältöä ohjaavia oikeusnormeja³⁴. Arvioitavaksi tulee, erottuuko ulkoistamiskonstruktio normaalista hallintovalmistelusta, mitä vaikutuksia hyvän hallinnon periaatteilla on ulkoistamisprosessin eri vaiheissa ja asettavatko ne erityisvaatimuksia viranhaltijavalmistelulle sekä mitä vaatimuksia ulkoistamisen ohjaus tuo.

29 Harjula–Prättälä 2007 s. 106–107.

30 KM 1983:3 s. 2–3. Edellisessä argumentoinnissa on haettu itsehallinnolle oikeutusta kunnan toimintojen laajuudella, työllistäjänä, kansalaisläheisyydellä ja demokratialla.

31 Hallberg 2001 s. 37.

32 Hoikka 1995 s. 63. Lisäksi Paavo Hoikka on todennut, että ”julkisessa oikeudessa siis käytetään hallinto-nimitystä kaikesta sellaisesta toiminnasta, joka ei ole lainsäädäntöä eikä lainkäyttöä. Käsite jää varsin epämääräiseksi.” Samalla hän on todennut, että hallinto-sanalla tarkoitetaan toimintaa tarkoitusten toteuttamiseksi ja niitä toimielimiä ja viranomaisia, jotka käyttävät toimeenpanovaltaa. Hoikka 1995 s. 75.

33 Heuru 2003 s. 64.

34 Bruun–Mäenpää–Tuori 1995 s. 45.

Yhtenä keskeisenä terminologisena ongelmana on tutkimuksen otsikon mukaisesti, miten ulkoistamista oikeudellisesta näkökulmasta systematisoidaan osana kunnallishallintoa. Eri ulkoistamistilanteissa voidaan laintulkinnan kannalta erottaa kaksi ääripäätä: analoginen lain soveltaminen ja *contra legem* -ratkaisu³⁵. Oikeudellinen ajattelu rakentuu monista elementeistä, kuten oikeussäännöistä, yleisistä opeista ja oikeudellisista arvoista. Poliitikkaa, moraalialia ja oikeutta on kuitenkin vaikeaa erottaa selvästi toisistaan.³⁶ Oikeudellisessa ajattelussa on huomioitava myös yhteiskuntatodellisuus ja yhteiskunnan valtarakenteet, koska ne vaikuttavat siihen, millaisia tulkintavaihtoehtoja on ylipäätään mahdollista esittää³⁷.

Kunnallishallinnon peruslakina toimii kuntalaki. Kuntalakea valmistellut kunnalliskomitea otti 1990-luvun alussa työlleen kaksi lähtökohtaa: Ensinnäkin, miten pyrkiä turvaamaan kuntalain asema kunnallishallinnon peruslakina ottamalla lakiin kaikki keskeiset kunnan hallintoa, taloutta ja toimintaa koskevat säännökset. Toiseksi komitea esitti, että nykyisestä jaottelusta yleiseen ja erityiseen toimialaan luovutaan.³⁸ Kaikki kunnan tehtävät olisivat kunnan itsehallintoon kuuluvia tehtäviä, joita hoidettaisiin mahdollisimman pitkälti samanlaisin oikeudellisin periaattein³⁹. Tuolloin kuntalakea valmisteltaessa tuotiin esille kunnallislain asema kunnallishallinnon peruslakina ja se, että kuntaa koskevien säännösten tulisi pääasiallisesti sisältyä kuntalakiin. Sen asema kunnallishallinnon peruslakina ei toteutunut. Tätä taustaa vasten pyritään pohdiskelemaan myös kuntalain asemaa ja kehityssuuntaa palvelujen järjestämisen näkökulmasta.

Vaikka kuntalain eräissä säännöksissä korostetaan kuntalain asemaa suhteessa muihin lakeihin, kuntalaki on säädöshierarkiassa ns. tavallinen laki, josta voidaan poiketa tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä. Kuntalaki voi saavuttaa peruslain aseman vain, jos erityislaeissa olevia tarpeettomia poikkeuksia karsitaan ja uusien poikkeusten säätämistä vältetään.⁴⁰

KuntaL 2 §:n pohjalta voidaan jäsenellä, mitä edellytyksiä kunnalla on ulkoistaa toimintojaan. Ensimmäiseksi voidaan tarkastella yleisen ja erityistoimialan merkitystä ja niiden tuomia rajoja ulkoistamisfunktiolle. Toiseksi ulkoistamisfunktiota on tarkasteltava keskeisesti kunnan tehtävien hoitamisen muotojen eli järjestämismuotojen ja tuottamisen näkökulmasta. *Koko tutkimuksen päätarkoituksena on tarkastella kunnan roolin muutosta palvelun tuottajasta palvelun järjestäjäksi ulkoistamisen näkökulmasta.* Eri luvuissa tarkastelunäkökulma vaihtelee sen mukaan, *arvioidaanko järjestämiseen liittyviä oikeudellisia vaatimuksia, rajoituksia tai vaikutuksia.* Kolmanneksi kysymyk-

35 *Contra legem* -ratkaisulla tarkoitetaan sitä, että tietyssä tapauksessa ratkaisu olisi tehtävä oikeussäännösten mukaan tietyllä tavalla – *contra legem* -tilanteessa ei näin kuitenkaan tehdä. Analogisella lainsoveltamisella tarkoitetaan tapausta, jossa oikeusnormia sovelletaan sellaisissa tilanteissa, joihin se ei välttämättä soveltuisi mutta on kuitenkin suurelta osin samantyyppinen kuin laissa on säädetty. Ks. Klami 1986 s. 71; J. Pöyhönen 1988. Vrt. luku 6.1.1.

36 Laakso 1990 s. 6–7.

37 Kultalahti 1990 s. 8.

38 KM 1993:33 s. 2, 8–10.

39 Kuntalain asema peruslakina sekä kunnallisen itsehallintoon kuuluvien tehtävien jakamattomuus edellyttävät, että kunta mahdollisimman pitkälti voi oman itsehallintonsa keinoin määrittellä sen, mitä kunnan vastuu kussakin kunnassa käytännössä merkitsee. Ks. HE 192/1994 s. 4–5; Hanus–Hallberg–Niemi 2009 s. 18–23.

40 Harjula–Prättälä 1998 s. 38.

seksi nousee, mitä muita hallinnon periaatteita kunnan on noudattava tai valvottava ulkoistettaessa toimintojaan.

Oikeudelliseen tulkintaan liittyy myös aina välillisesti keskeisen lainsäädännön kehitys ja sen tulkinta, joten esimerkiksi hankintalain säännösten kehitys ja tarkastelu nousee useassa kohdassa esille. Kuntien hankintojen kilpailuttaminen on aiheuttanut viime vuosina paljon tulkinnallisuutta siitä, miten ulkoistukset on kilpailutettava. Vaikka hankintalakia käsitellään omassa luvussaan, siihen viitattu tai sivuttu useassa eri kohdassa, koska se vaikuttaa tai tuo rajoituksia ulkoistamisprosessin eri vaiheisiin.

Kunta- ja palvelurakennemuutoksen yhteydessä kunnat ovat erityisesti tiivistäneet ja hakeneet uusia yhteistyömuotoja. Ongelmia ja tulkinnallisuutta hankinnoissa on esimerkiksi aiheuttanut se, milloin palvelusopimuksessa on kysymys ostopalvelusta ja milloin sopimus voidaan tulkita normaaliksi yhteistoimintasopimukseksi⁴¹. Ei ole kovinkaan yksiselitteinen asia, millaisesta ulkoistamisesta on milloinkin kysymys. Tutkimuksen tehtävä onkin selkeyttää tätä problematiikkaa ja rajanveto-ongelmaa.

Hankintadirektiivin uudistus on ollut vireillä vuodesta 1996 alkaen, ja uudet hankintadirektiivit tulivat voimaan vuonna 2004. Kansallisella tasolla lainsäädäntöämme tarkistettiin siten, että uudet hankintalait tulivat voimaan 1.6.2007. Tutkimuksen kannalta on pyritty seuramaan, mitä vaikutuksia direktiivillä voi olla tutkimusaiheen kannalta. Vaikka kansallinen normisto harmonisoituu yhteisöoikeuden myötä, säilyttävät monet hallinnolliset säännöt ja periaatteet kansalliset erityispiirteensä. Kunnallisten palvelujen järjestämisessä on huomioitava, että EY:n oikeutta sovelletaan rinnan kansallisen materiaalisen oikeuden kanssa siten, että tietyt asiat ratkeavat kansallisen oikeuden mukaan, kun taas tietyt asiat on säädetty EY:n oikeudella⁴². Kun kansallinen viranomaisen soveltaa Eurooppa-oikeutta⁴³ sen eri muodoissa, määräytyvät menettelymuodot ensisijaisesti kansallisen oikeuden mukaan, ellei yhteisöoikeuden normeissa ole määritelty muuta. Muita yhteisöoikeudellisia asioita käsitellään vain siltä osin kuin ne ovat olennaisia tutkimustehtävän kannalta⁴⁴.

Kun kunnanvaltuusto on hyväksynyt tietyn toiminnan ulkoistamisen, voi virallisten päätösten jälkeen tulla monia ennalta arvaamattomia tai tulkinnallisia asioita eteen. Nämä asiat voivat liittyä toiminnallisiin, taloudellisiin tai oikeudellisiin asioihin. Tutkimusongelmana ja tarkastelunäkökulmana on, miten ulkoistaminen muotoutuu abstraktista käsitteestä konkreettiseksi tilanteiksi kunnallishallinnossa. Juridisen tarkastelun kohteena voivat olla eri säännösten tulkinta tai kuntien vastuukysymykset sekä niiden oikeudellinen arviointi.

Suomen perustuslaissa (731/1999) säädetyt kuntien yhteistyöhön liittyvät säännökset koskevat tutkimustehtävää lähinnä hallintotehtävien siirtämisessä yksityiselle sekä perusoikeuksissa ja niiden turvaamisessa. Perustuslain 124 §:ssä mainitaan julkisen

41 Myllymäki–Kalliokoski 2006 s. 162.

42 Hallberg–Ignatius–Kanninen 1997 s. 20.

43 Mäenpää 1996 s. 5–6. Hallinto-oikeuden kannalta keskeisenä osana voidaan pitää Eurooppa-oikeutta, joka muodostuu kahdesta oikeudenalasta eli EY-oikeudesta eli yhteisöoikeudesta ja Euroopan neuvoston oikeudesta. Erityisesti tähän lukeutuvat Euroopan ihmisoikeussopimukset.

44 Esimerkiksi liikkeen luovutustilanteissa ns. liikkeenluovutusdirektiivillä (2001/23/EY) voi olla kunnallisiin työntekijöihin ja viranhaltijoihin keskeinen merkitys. Ks. Bruun–Mäenpää–Tuori 1995 s. 48.

hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle.⁴⁵ Tällöin on tarkasteltava, millä tavoin perustuslaki ohjaa ulkoistamista ja tuoko perustuslaki sinällään rajoituksia ulkoistuksiin. Edellä todetun mukaisesti julkisen vallan käytön käsitteen kautta on mahdollista tarkastella, miten ja missä laajuudessa toimintoja on mahdollista ulkoistaa.

Kun lainsäädäntöä joudutaan soveltamaan ulkoistamisen eri vaiheissa, voidaan törmätä siihen, mikä säännös asetetaan etusijalle, jos soveltamistilanteessa on kaksi samaan tapaukseen soveltuva keskenään ristiriitaista ja hierarkkisesti eriasteista säännöstä⁴⁶. Tulkinnallisuus lisääntyy erityisesti silloin, kun myöhemmin annettu alemmanasteinen säännös (*lex posterior & inferior*) on olla ristiriidassa aiemmin annetun ylemmänasteisen säännöksen kanssa⁴⁷.

Jossakin ulkoistamisprosessin vaiheessa ongelmaksi voi tulla looginen normikonflikti, jossa toinen sääntö määrää tai sallii tietyn toimintatavan mutta toinen sääntö kieltää sen. Koska ulkoistaminen on vielä nuori käsite ja ilmiö kunnallishallinnossa, joudutaan käyttämään myös analogista päättelytapaa, *argumentum ex analogi*. Sitä käytetään laissa mainitun ja mainitsemattoman seikan välisen suhteen arviointiin ja lain soveltamiseen sellaisessa tilanteessa, jota laki ei nimenomaisesti tunne mutta joka on ominaisuuksiltaan samankaltainen.⁴⁸ Tällainen tilanne voi liittyä esimerkiksi tarjouspyynnön laadintavaiheeseen, tietojensaantioikeuteen tai itse sopimukseen, jolloin eri sääntöjen ristiriita voi aiheuttaa konflikteja tai tulkintavaikeuksia. Normiristiriidan käsitteistöä käydään tutkimuksen alussa tarkemmin läpi.

Markkinaohjausvaihe on edesauttanut ulkoistamista kunnissa, sillä siinä annetaan julkisen hallinnon toimintoja entistä enemmän avointen markkinoiden hoidettavaksi. Yksi suurimmista haasteista kunnallisen palvelutoiminnan tuloksellisuuden kehittämisessä on sovittaa vaatimukset oikeudenmukaisuudesta, tasapuolisuudesta ja kunnallisesta demokratiasta yhteen pienenevien talous- ja henkilöstöresurssien kanssa.

Kunnalliseen palvelutuotantoon voidaan soveltaa markkinaohjausta monella tavalla. Pisimmälle vietyinä tämä tarkoittaa sitä, että palvelutuotanto siirtyy kokonaisuudessaan markkinamekanismien hoidettavaksi. Lievemmissä versioissa deregulaatio toteutetaan niin, että julkisten palvelujen rinnalle luodaan yksityinen vaihtoehto.

Kunta voi hankkia palveluja esimerkiksi yrityksiltä ja yhteisöiltä edellyttäen, että erityissäännökset eivät tätä estä. Kunta voi myös hankkia lakisäätteisten tehtäviensä hoidon edellyttämiä palveluja yksityisiltä. Peruslähtökohtana on, että kunnilla on mahdollisuus itse ratkaista, miten ja millä tavoin sen järjestettävänä olevat palvelut tuotetaan⁴⁹. Yksityistämisen ja ulkoistamisen on toiminnallisesti ja oikeudellisesti monia eroja. Palvelutuotannon organisoinnissa voidaan toisistaan erottaa palvelujen tuotanto, ohjaus ja rahoitus, joka varsinaisessa yksityistämisen⁵⁰ eroaa monella tavalla

45 Perustuslakiuudistus on tärkeä perusoikeuksien soveltamisen kannalta, koska perustuslaki on normihierarkiassa *lex superior* -laki tavalliseen lakiin nähden. Thure 1999 s. 34.

46 Jyränki 1998 s. 166. Jyränki toteaa, että hierarkiaopin mukaan kyseisessä tilanteessa pitäisi valita ylemmän asteinen säännös, koska alemmanasteisella ei ole voitu muuttaa ylemmänasteista ja näin ollen soveltajan olisi jätettävä huomioimatta alemmanasteinen säännös, vaikka se olisi asetettu myöhemmin kuin ylempi (*lex posterior*). Jyränki 1998 s. 166. Vrt. Klami 1986 s. 52–53.

47 Jyränki 1998 s. 167; Ks. myös Heuru 1989 s. 179–181.

48 Laakso 1990 s. 134, 152–153.

49 Vrt. Harjula–Prättälä 2004 s. 136; Hannus–Hallberg 1997 s. 90.

50 Ryyänen 1987 s. 3.

ulkoistamisesta. Tutkimuksessa tarkastellaan edellä mainittuja näkökulmia mutta vain siltä osin kuin niillä voidaan taustoittaa, soveltaa tai selventää ulkoistamiseen liittyvää problematiikkaa.

Tulosohjauksen keskeisenä ajatuksena on, että tulos- tai palveluyksiköt saavat enemmän autonomiaa ja niiden säädösohjausta puretaan, jolloin kunnan eri yksiköt pystyvät vaikuttamaan paremmin tavoitteisiinsa ja niiden saavuttamiseen⁵¹. Managerialistisen tulosjohtamisen yhtenä varjopuolena on se, että se keskittää valtaa kunnissa pienelle luottamus- ja virkamiesjohdossa olevalle eliitille⁵². Keskeiseksi kysymykseksi nousee, joutuuko kunta ulkoistamistilanteessa toimimaan managerialististen tulosjohtamisvälineistön mukaisesti.

Tulosjohtamisen haasteena kunnallishallinnossa on se, miten yksityissektorilta saadut opit ovat siirrettävissä kunnallishallintoon ja miten tulos ja tuloksellisuus kunnallishallinnossa ymmärretään ja määritellään. Ongelmana on, että kunta on tietyllä tavalla yksi kokonaisuus, jota voidaan kutsua ”monialakonserniksi” ja tulosjohtamisen opit saattavat näin myös hajottaa kunnan kokonaisjohtamista. Eri tutkimuksissa on myös todettu, että liian kova tulosyksikköajattelu voi hävittää konserniedun eli suuren yksikön synergiaedun.⁵³ Perusolettamuksena on, että managerialistisilla toimintavoilla ja taloutta ohjaavilla säännöksillä on tietty yhteys ulkoistamisiin. Toisaalta on myös arvioitava, millaiset mahdollisuudet kunnilla on eri säännösten valossa huomioida talouden ja toiminnan realiteetit eri ulkoistamistilanteissa.

Toiminnallisesti ja oikeudellisesti ulkoistamiskäsitettä puretaan tutkimuksen aikana. Yksityiskohtaisena käsitteenä se ei tarkoita samaa kunnissa ja yrityksissä⁵⁴. Kunnalliset yksiköt toimivat vain sisäisillä markkinoilla, jossa ne voivat harjoitella kilpailua mutta eivät kuitenkaan ole suoraan avoimen kilpailun armoilla.

Kilpailuttamis- ja sopimusoikeudellisesta näkökulmasta tarkastellaan, onko erilaisissa ulkoistamistilanteissa mahdollista oikeudellisin keinovalikoimin säännellä ja turvata riittävät palvelut kuntalaisille. Tutkimuksen aiheen kannalta oikeustaloustieteellinen näkökulma voisi olla hyvinkin mielenkiintoinen, kun ajatellaan yhteiskunnallista keskustelua kunnasta hyvinvointipalvelujen järjestäjänä. Tutkimuksen kompaktisuuden ja aiheen laaja-alaisuuden kannalta ongelmakentän spesifiointi ja analysointi on kuitenkin pääasiallisesti oikeudellista, erityisesti kunnallishallinnon näkökulmasta.

Oikeustaloustieteellisiä kysymyksiä olisi myös mahdollista käsitellä lähinnä positiivisen regulaatioteorian kautta⁵⁵. Tässä tutkimuksessa regulaatioteorian käytöllä tarkoitetaan kunnallistalouden tilannetta ja tutkimustuloksia, joilla voi olla vaikutusta

51 Partanen 1992 s. 31, 49.

52 Ks. Heuru 2000a s. 258.

53 Salminen–Niskanen 1996 s. 105; Hämäläinen–Teikari 1995 s. 23.

54 Walsh on tutkinut markkinoita ja sisäistä asiakkuutta ja todennut, että niiden olemassaolo sisältää mm. seuraavanlaisia elementtejä: tuottaja ja ostaja on eriytettävä, pitää olla tietty sopimuskäytäntö ja hinnoittelu- ja laskentajärjestelmää pitää kehittää. Walsh 1995 s. 139.

55 Regulaatioteoriaksi eli sääntelyteoriaksi nimitetään sellaista lainsäädännön valmistelua ja lainsäädännön kriittistä analyysiä palvelevaa tutkimusta, jossa hyödynnetään talousteoraa ja taloustieteen empiirisiä tutkimustuloksia. Positiiviseksi regulaatioksi nimitetään taas sellaista ulottuvuutta, jossa analysoidaan lainsäätäjän valintoihin liittyviä tekijöitä. Pääasiallisena lähtökohtana tarkastelussa on se, että lainsäätäjät ei aina kaikissa tilanteissa ja kiistatta toimi yleisen edun edistäjänä vaan lainsäädännön sisältöön vaikuttavat olennaisesti myös tiettyjen eturyhmien ja virkamieskunnan intressit. Kanninen–Määttä 1999 s. 23.

ulkoistamisiin. Yhdeksi kysymykseksi nousevat ne lainsäätäjän toimenpiteet, jotka ovat edesauttaneet ulkoistamista tai rajoittaneet ulkoistamisen käyttöä. Tutkimustehtävän osalta oikeustaloustieteellinen näkökulma on rajattu pois.

Uusia palvelujen järjestämisvaihtoehtoja tutkittaessa yhtenä osa alueena ovat kuntalaisten oikeusturvanäkökulmat ja niiden kehittyminen. Hallinto-oikeustieteellisestä perspektiivistä katsottuna voidaan kysyä, millaisia mahdollisuuksia kuntalaisilla on vaikuttaa hallinnolliseen päätöksentekoon sen eri vaiheissa, millä normatiivisilla edellytyksillä ja laajuudessa hallinto voi vaikuttaa kuntalaisten oikeuksiin sekä millaiset mahdollisuudet asianosaisella on jättää tutkittavaksi päätöksen lainmukaisuus⁵⁶. Miten oikeusturvanäkökulmille käy, kun julkinen taho ei ole palvelun tuottajana?

Oikeusturvanäkökohdista katsottuna olennaista on oikeus valittaa kunnallisista päätöksistä. Hallintolainkäyttötoiminnan oikeussuojaelementti on korostunut entisestään, ja kunnallisvalituksen piirissä pitäisi erotella tarkemmin oikeussuojavalitukset selvistä kunnan jäsenien tekemistä valvontavalituksista⁵⁷. Palveluiden ulkoistaminen tuo myös omalta osaltaan uusia elementtejä kuntalaisten oikeusturvanäkökulmiin, mitä pyritään tarkastelemaan myös palvelun käyttäjän eli kuntalaisen näkökulmasta.

Kunnan palvelujen järjestämisvastuun ja tuottamiskäsitteen erottelu on ulkoistamisessa olennaista. Keskeiseksi kysymykseksi nousee, pystytäänkö palvelun järjestämisvastuun ja tuottamisen erottamisella selkeästi purkamaan niitä velvollisuuksia, oikeuksia ja muita vastuita, joita kunnalle jää ja palvelun tuottajalle tulee vai onko palvelun järjestämis- ja tuottamiskäsite vain yleisellä tasolla liikkuva käsite, jota ei aina oikeudellisesti pystytä ulkoistamisissa tarkasti paikallistamaan tilaajan ja tuottajan välillä. Yksi kysymys on, mitä kunnan järjestämisvelvollisuus lainsäädännön osalta kattaa, ja toinen, mitä säännöksiä kyseisiin toimintoihin liittyy. Toisaalta esille nostetaan yksittäisiä ajankohtaisia säännösten kehittämiseen liittyviä näkökulmia, kuten Paras-hankkeeseen liittyvä puitelainsäädäntö. Paras-hanketta tarkastellaan eri luvuissa kunkin aihealueen näkökulmasta.

Hallinnolta vaaditaan oikeusturvan toteutumisen lisäksi asiakaslähtöisyyttä, joutuisuutta, taloudellisuutta ja tehokkuutta. Kaikissa kunnan toiminnoissa on noudatettava hyvää hallintoa ja hyvää tiedonhallintatapaa⁵⁸. Suurin ero yksityissektorin ulkoistamistapauksiin tulee lainsäädännöstä ja kunnallisesta päätöksentekoprosessista. Tehokkuusvaatimus kohdistuu toiminnan tulokseen, demokratiavaatimus taas toimintaan sinänsä sekä tämän lisäksi ratkaisun yleiseen hyväksyttävyyteen. Näin ollen demokratiaan kuuluu päätöksenteon julkisuus ja alistaminen kuntalaisten kontrolloitavaksi. Tehokkuusvaatimukseen ei välttämättä sisälly samoja elementtejä, joten julkisuus voi joissakin tilanteissa olla tehokkuutta hidastava tekijä.⁵⁹ Tutkimuksen yhtenä haasteena onkin selvittää ja selkiinnyttää niitä tilanteita, joihin ulkoistamisen eri vaiheissa voidaan joutua silloin kun demokratia- ja tehokkuusnäkökulma eivät sovi yhteen.

Ulkoistamiseen liittyy monia avoimia kysymyksiä: millainen formaalisuus ulkoistamisprosessille annetaan oikeudellisessa mielessä ja miten kunnallishallinnossa noudatettavat hyvän hallinnon periaatteet toteutuvat ulkoistamisen eri vaiheissa?

56 Mäenpää 1992 s. 316.

57 Tarukannel–Jukarainen 1999 s. 161.

58 Mäenpää 2000 s. 274.

59 Heuru 2000a s. 54.

Historiallisesta näkökulmasta näyttää siltä, että hallintotoiminnan muodolliset puitteet ja sisältö ovat laajasti muuttuneet⁶⁰. Tämän seurauksena on syntynyt tarve arvioida uudelleen ja uusista näkökulmista hallinto-oikeuden peruskäsitteistöä, kuten hallintotoimi, julkisen vallan käyttö, julkinen ja yksityinen, oikeusturva, valvonta ja virkavastuu. Hallinto-oikeuden yleisten oppien muutospainesta Mäenpää on todennut, että ”hallintokulttuuria muovaavat piirteet, jotka ovat mm. aiheuttaneet sen, että viranomaisen toiminnassa julkisen luotettavuuden, objektiivisuuden ja uskottavuuden kriteerit korostuvat”.⁶¹

Onko mahdollista, että julkiseen valtaan liittyviä hallintotoimia tai hallintopäätökseen liittyvää toimivaltaa siirtyy yksityisoikeudelliselle palveluntuottajalle silloin, kun kuntien hallintoa on kevennetty ja joitakin tehtäviä siirretty hallintokoneiston ulkopuolelle? Yksityisoikeuden ja julkisoikeuden ero on monessa tilanteessa kunnallishallinnossa hämärtynyt. Tätä kehitystä on edesauttanut se, että kunnat siirtävät toimintojaan yksityisoikeudellisille tahoille, joissa voidaan laajasti tulkittuna käyttää ainakin tietyissä yksittäistapauksissa julkista valtaa⁶². Julkisen vallan ja yksityisoikeudellisten subjektien hallintotoiminnat ovat viimeiset kolme vuosikymmentä keskusteluttaneet etenkin oikeustieteen tutkijoita⁶³. Tämä on palvelujen järjestämisen kannalta olennainen kysymys, kun arvioidaan ulkoistamisiin liittyviä vaikutuksia ja rajoituksia.

Kunnan taloudenpito ja muu valvonta voidaan jakaa sisäiseen ja ulkoiseen valvontaan, jota kunnissa johtaa kunnanhallitus. Tutkimusongelman kannalta kunnanvaltuuston lisäksi kunnanhallituksen rooli on keskeinen, koska laajemmissa ulkoistamistilanteissa kunnanhallitus tekee esityksen kunnanvaltuustolle valmistelun pohjalta ja valvoo myös laillisuutta. Perinteisen kunnallisen valvonnan ja ohjauskeinojen lisäksi tutkimuksessa tarkastellaan sitä, kuinka hyvin perinteinen funktionaalinen hallintoorganisaatio tai tilaaja-tuottaja malli soveltuu ulkoistamiseen ja aiheutuuko tällöin joitakin oikeudellisia lisäongelmia palveluntuottajan ohjauksessa ja valvonnassa.

Tutkimuksen tarkoituksena on selvittää myös ulkoistamisiin pohjautuvien sopimusten lähtökohtia ja perusteita, koska julkisoikeudellisten ja yksityisoikeudellisten sopimusten lähtökohdat ja taustat voivat olla erilaiset eri palvelusopimuksissa⁶⁴. Perinteisesti kuntien tekemät sopimukset yritysten kanssa ovat pääasiallisesti yksityisoikeudellisia sopimuksia, ja voidaan kysyä, voidaanko kunnallishallinnossa tehtyjä ulkoistamisia pitää edelleen yksityisoikeudellisina sopimuksina.⁶⁵ Sopimusoikeudellisten kysymysten lisäksi julkisuus- ja salassapitovelvollisuuksista voi tulla ongelmia päätöksentekoprosessin eri vaiheissa. Esille nostetaan, millaisia valtanäkökulmia (sisäisiä ja ulkoisia) kunnallisiin ulkoistamisiin voi liittyä, ja minkälaisia ongelmia eri osapuolten näkökulmasta voi ilmetä sopimusta laadittaessa⁶⁶.

60 Mäenpää 1997a s. 86.

61 Mäenpää 1997a s. 86–90.

62 Vrt. Kuusikko 2000 s. 39–40. Kuusikko on väitöskirjassaan todennut, että samalla kun lainsäädännöllä puututaan yksityisoikeudellisen sopimusoikeuden alueeseen, ensin julkinen valta subjektimerkityksessä ryhtyi tekemään yksityisoikeudellisesti rinnastettavia toimia, ja nyttemmin perinteisiä julkisen vallan tehtäviä siirretään toisille orgaaneille sopimussuhteita käyttäen. Kuusikko 2000 s. 40.

63 Ks. Vilkkonen 1970 s. 36–37.

64 Vrt. Rasinmäki 1997 s. 353–354.

65 Ks. Paaso 1992 s. 214.

66 Vrt. Paaso 1992 s. 213.

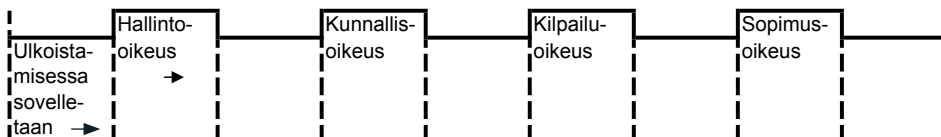
Liian jyrkkä rajanveto julkisoikeuden ja yksityisoikeuden välillä ei ole hedelmällistä, koska esimerkiksi yleisiä oikeusperiaatteita on noudatettava niin julkisoikeuden kuin yksityisoikeuden puolella huolimatta siitä, käyvätkö ne ilmi säädetyistä laista. Julkisoikeuden puolelta tunnetuimpia ovat viranomaisen harkintavaltaa rajoittavat oikeusperiaatteet ja sopimusoikeuden puolelta *pacta sunt servanda* -periaate.⁶⁷

Vaikka joissakin tutkimuksen kohdissa liikutaan abstraktilla tasolla, pyritään kuitenkin myös samaan selkeitä vastauksia siihen, miten oikeuskäytännöissä, lakiteksteissä tai niiden esitöissä ja oikeuskirjallisuudessa tietty yksittäinen ulkoistamiseen liittyvä asia tai käsite on tulkittavissa. Tutkimuksessa pyritään tuomaan esimerkiksi esille sellaisia sopimus- ja vahinkotilanteita, joihin kunnat voivat joutua ulkoistettujen palvelujen osalta. Toiseksi pyritään tarkentamaan ulkoistettuihin toimintoihin liittyvää kunnan vahingonkorvausvelvollisuuden problematiikkaa. Tällöin on pohdittava, mitkä säännökset liittyvät välittömästi ja mitkä vain välillisesti kyseiseen ulkoistamistapaukseen erilaisissa ongelma- tai kiistatilanteissa. Tässä ulkoistamisen osa-alueiden erittelyllä ja tulkinnalla voi myös olla keskeinen merkitys.

Ulkoistamisesta johtuvien vastuukysymysten selvittelyssä voidaan kunnallishallinnossa joutua käsittelemään sopimusoikeudellisia tilanteita ja vahingonkorvausasioita. Useat kunnat ovat ulkoistaneet esimerkiksi yleisten teiden ja katujen kunnossapidon. Vanhasta roomalaisesta oikeudesta periytyvä periaate sopimusoikeudessa on, että sopimukset on pidettävä (*pacta sunt servanda*). Sopimusoikeuden peruslähtökohtana siis on, että osapuolten on täytettävä ne velvoitteet, joihin sopimuksella ovat sitoutuneet. Vahingonkorvauslain mukaan kuntien vastuu konkretisoituu silloin kun ”toimen tai tehtävän suorittamiselle, sen laatu tai tarkoitus huomioon ottaen, kohtuudella asetettuja vaatimuksia ei ole noudatettu”.⁶⁸

Laajasti tulkittuna ulkoistamiseen sovellettavia eri oikeusalojen normeja voitaisiin kuvata analyttisellä ristikkoteorialla, jonka mukaan samojen subjektien väliseen oikeussuhteeseen voidaan soveltaa eri oikeusalojen normeja ja nämä normit voivat olla ristikkäisiä toisiinsa nähden⁶⁹. Kun tarkastellaan ulkoistamista kunnallishallinnossa, voidaan kunnallisoikeudellisesta näkökulmasta soveltaa ristikkoteoriaa (taulukko 1).

Taulukko 1. Ristikkoteoria



67 Heuru 1989 s. 161.

68 Routamo–Ståhlberg 2000 s. 119, 180; Kairinen 2001 s. 1.

69 Kairinen 1995 s. 83. Lisäksi Kairinen on todennut, että ristikkäistilanteet tulisi analyttisen teorian mukaan ratkaista tapauskohtaisella argumentoinnilla erikseen ja, jos oikeusalojen normit vain täydentävät toisiaan, ei myöskään ole tulkintaongelmia. Ks. Kairinen 1995 s. 85.

Ristikkoteoriataulukko osoittaa kiteytettynä ulkoistamisen oikeudellisen tarkastelunäkökulman problematiikan ja moninaisuuden. Asia vaikeutuu vielä joiltain osin, kun ulkoistaminen jaetaan käsitteenä eri osa-alueisiin. Toisaalta ulkoistamisprosessin eri vaiheet voidaan purkaa niin, että keskitytään kussakin ulkoistamisen vaiheessa tarkastelemaan vain niitä säännöksiä, jotka ovat kyseisessä tilanteessa olennaisia.

1.3 Tutkimustehtävä ja sen rajaus

Miten ulkoistamista voidaan tutkia? Tähän kysymykseen voidaan lainata oikeustieteellisen tutkimuksen yhtä peruslähtökohtaa, jonka mukaan oikeustiede selvittää ja taustoittaa oikeutta yleisesti, kuten siihen liittyvää sisältöä, kehitystä ja päämääriä. Näin oikeustiede voi olla lähellä yhteiskuntatieteitä.⁷⁰ Lainsäädäntö ei tunne suoraan ulkoistamiskäsitettä, vaan se on systematisoitavissa muiden, kuten yksityistämiskäsitteen, rinnalle. Useassa teoksessa ja eri tutkimuksissa ulkoistaminen on määritelty kunnallisessa toiminnassa tarkoittamaan kaikkea kunnan oman organisaation ulkopuolella tuotettua palvelua⁷¹. Jos ulkoistaminen ymmärretään näin, on tutkittava, *missä menee oikeudellisesti tai toiminnallisesti se raja, jolloin kyse ei enää ole ulkoistamisesta*. Tässä tutkimuksessa lähestymistapana käytetään perinteistä lainoppia eli oikeusdogmatiikkaa myös siltä osin kuin oikeusdogmaattisessa mielessä on kysymys kunnan eri palvelujen järjestämisvaihtoehtojen systematisoinnista ja vertailusta.

Oikeustieteellisistä tutkimuksista pääosa on oikeusdogmaattista tutkimusta, jossa selvitetään oikeussäännösten sisältöä systematisointia ja tulkintaa apuna käyttäen. Muita oikeustieteen osa-alueita ovat mm. oikeussosiologia, oikeushistoria, vertaileva oikeustiede, oikeuspoliittinen ja oikeusteoreettinen tutkimus.⁷² Tämän tutkimuksen lähestymistapoihin linkittyvät selvimmin oikeusdogmatiikan ja oikeuspolitiikan osa-alueet sekä osittain oikeussosiologia.

Oikeusdogmatiikkaa on pidetty hyvin rajattuna alueena, koska sen tehtävät on rajattu oikeussäännösten tulkintaan ja systematisointiin. Tästä on seurannut se, että juridiikkaan kuuluvien yhteiskunnallisten ongelmien tieteellinen käsittely vaatii juridisen, poliittisen ja moraalisen asioiden erillään pitämistä⁷³. Oikeusdogmatiikassa pyritään tulkitsemaan oikeussääntöjä niin, että niille saadaan tietty sisältö, ja siten luodaan monista tulkintavaihtoehdoista mahdollinen tulkintasuositus⁷⁴.

Tutkimuksen ensisijainen tavoite on selvittää, *mitä oikeusjärjestys sanoo ulkoistamisesta. Oikeusdogmaattisesta näkökulmasta tarkoituksena on selvittää, mitä eri säännökset edellyttävät ja mitä rajoitteita oikeussäännöksistä ulkoistamisille löytyy. Samalla täsmennetään ja rajataan ulkoistamiskäsitettä ja siihen välittömästi liittyvää käsitteistöä. Tältä osin on kyse ulkoistamisen oikeudellisesta systematisoinnista, jotta tiedetään mitä oikeudellisia elementtejä kunnallisiin ulkoistuksiin liittyy tai voi liittyä sekä kuinka merkityksellisiä eri säännökset ovat ulkoistamisen näkökulmasta ja miten niitä pitäisi tulkita*.

70 Merikoski–Vilkkonen 1982 s. 10.

71 Vrt. Sutela 2003 s. 62; Valkama–Siitonen–Martikainen 2002 s. 241.

72 Ks. Kultalahti 1990 s. 71–71; Aarnio 1978 s. 52–53.

73 Pöyhönen 1997 s. 252.

74 Ks. Jyränki–Perttunen–Vilkkonen 1982 s. 61–63.

Oikeuspoliittisen osa-alueen käyttäminen tässä tutkimuksessa on perusteltua jos sen vuoksi, että yhtenä tutkimustehtävänä on heijastella aihetta erilaisten ongelmakysymysten kautta. Oikeuspoliittisen tutkimuksen yksi tärkein tehtävä on juuri tarkastella lainsäätämiseen liittyviä ongelmia, joissa on kysymys lainsäädännön tavoitteiden asettamisen ja keinojen ongelmasta. Tässä tutkimuksessa pohditaan, miten lainsäädännön tavoitteet tulisi asettaa ja miten sen keinot pitäisi valita asetettujen tavoitteiden saavuttamiseksi⁷⁵. *Toiseksi tutkimustehtävän kannalta myös oikeuspoliittisen tutkimuksen osuus on tärkeä ulkoistamisen vaikutusten näkökulmasta*⁷⁶. *Erityisesti tarkastellaan ja taustoitetaan, mitä elementtejä ja tavoitteita ulkoistamiskäsitteeseen liittyvien säännösten ympärille liittyy ja miten ulkoistamiseen liittyviä ongelmia olisi ratkaistavissa* tai mitä voitaisiin mahdollisesti ottaa tulevaisuudessa tarkemmin huomioon. Edellinen liittyy myös tutkimuksen *de lege ferenda* -kysymykseen ulkoistamiseen liittyvää lainsäädäntöä tarkasteltaessa⁷⁷.

Oikeuspolitiikan lisäksi sivutaan joiltain osin oikeussosiologiaa. Oikeussosiologia tutkii oikeusjärjestyksen ja muiden yhteiskunnan instituutioiden välistä vuorovaikutussuhdetta. Oikeuden kehittymistä voidaan tarkastella sosiologian näkökulmasta. Tällöin voidaan tiivistettynä tuoda esille kolme näkökulmaa. Yhdeksi näkökulmaksi nousee norminäkökulma, jossa normit vaikuttavat oikeuden kehitykseen. Toisena on elämys-perspektiivi, jossa yhteiskunta sinällään vaikuttaa myös oikeuden kehitykseen. Kolmatta voidaan kutsua materiaalinäkökulmaksi, jossa kaikki materiaallinen, kuten yhteiskunnan tuotanto-olosuhteet, vaikuttavat myös oikeudelliseen kehitykseen.⁷⁸

Tutkimuksen kohteena voi olla oikeuden vaikutus yhteiskuntatodellisuuteen ja yhteiskunnallisten tekijöiden merkitys oikeuden syntyyn⁷⁹. Oikeussosiologian ja myös oikeuspolitiikan näkökulmasta voidaan ulkoistamista lähestyä tarkastelemalla oikeuden yhteiskunnallisia vaikutuksia. Näiden avulla voidaan arvioida KuntaL 2.3 §:ssä mainittujen kunnan tehtävien hoitoon liittyvän järjestämisvastuun käsitteen merkitystä

75 Linna 1987 s. 1–46; Kultalahti 1990 s. 73, 100–101. Samalla ulkoistamista tarkasteltaessa on huomioitava kunnissa toimivien luottamushenkilöiden ja viranhaltijoiden sekä kuntalaisten näkökulmat, jolloin ulkoistamista on tarkasteltava monesta eri näkökulmasta. Samalla voidaan nähdä sen vaikutus laajempaan kuin pelkästään hallinnollisena tai kilpailuoikeudellisena toimenpiteenä.

76 Mennola on todennut, että oikeuspolitiikka antaa mahdollisuuden tarkastella, miten oikeusjärjestystä voitaisiin muttaa, jotta uusiin vaatimuksiin on mahdollista vastata oikeudellisin keinoin. Mennola 2008 s. 34 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008).

77 Oikeuspoliittiseen tutkimukseen kuuluu muutakin kuin *de lege ferenda*- tutkimus. Aiheesta lisää ks. Linna 1987 s. 8.

78 Mathiesen 1985 s. 56–57.

79 Aubert 1983 s. 194–205; Kultalahti 1990 s. 97. Husa määrittelee oikeussosiologian keskeiseksi tehtäväksi etsiä ”oikeuden ja muiden yhteiskunnallisten ilmiöiden välisiä rakenteellisia ja historiallisia yhteyksiä, jotta näitä ilmiöitä voitaisiin yhteiskuntateoreettisesti selittää ja tulkita”. Husa 1998 s. 44. Heuru taas on todennut että, oikeussosiologian tehtävänä on selvittää oikeudellisten ja muiden yhteiskunnallisten ilmiöiden keskinäiset vuorovaikutukset ja niiden muutokset. Oikeussosiologiasta voidaan erottaa kaksi eri suuntausta: Strukturaalis-funktionalistinen suuntaus painottaa yhteiskunnan rakenteiden ja instituutioiden yhteiskunnallisten vaikutusten tutkimista. Konfliktiteoreettinen suuntaus on myös kiinnostunut yhteiskunnan rakenteista ja instituutioista, mutta se rakentuu enemmän käsitykseen, että yhteiskunta perustuu ristiriidoille ja vahvemman pakkovallalle. Ks. Heuru 1989 s. 136. Oikeussosiologisen tutkimusnäkökulman yhdistäminen oikeusdogmatiikkaan joiltain osin avaisi myös yhteiskunnallisen aspektin, jolloin voidaan arvioida oikeussosiologiseen lähestymistavan mukaisesti, mikä on oikeuden yhteiskunnallinen vaikutus tässä tutkimuksessa.

ja tulkita niitä ulkoistamista rajoittavina tai mahdollistavina. Samaa kuntalain kohtaa voidaan pitää tarkastelun kohteena silloin, kun on kyseessä kyseisen säännöksen sisällön kuvaileminen ja järjestämisvastuun käsitteen tulkinnan taustoittaminen.

Oikeusdogmaattinen ja oikeuspoliittinen näkökulma ovat tutkimuksen ensisijaisia tutkimustehtäviä. *Oikeussosiologinen tutkimustehtävä on toissijainen, ja sen tarkoituksena on löytää ja nostaa esille kuntien ulkoistamisen kehitykseen liittyviä yhteiskunnallisia vaikutteita ja suuntauksia.*

Edellä mainittujen oikeustieteen osa-alueiden rajat eivät ole kuitenkaan aina tarkkoja. Raja-alueilla ei aina ole yksiselitteistä, mihin osa-alueista nojaututaan.⁸⁰ Tällöin selvitetään, mikä on voimassa olevan oikeuden kanta tiettyyn ulkoistamiseen liittyvään kysymykseen. Tarkastelu suoritetaan monelta osin oikeuslähteiden tulkinnan kautta. Yksittäisten tapausten tulkinnallisuutta lisää se, että lainsäädännössä on otettu entistä enemmän käyttöön joustavia ja avoimia tunnusmerkistöjä, jotka lisäävät entistä enemmän päätöksentekijöiden liikkumisvapautta ja harkintavaltaa⁸¹. Oikeudellisesta näkökulmasta tärkeää on kunnallisten palveluiden velvoittavuuden aste: millä säädösten tasolla tietyistä toiminnasta tai asiasta on säännelty ja onko jokin kunnallinen toiminta turvattu subjektiivisena oikeutena vai onko kyse vain kunnille asetetusta toimintavelvoitteesta. Ulkoistamistilanteissa voidaan joutua punnitsemaan, onko kuntalaisella subjektiivinen oikeus tiettyyn sosiaali- tai terveysalan palveluun, vaikka kunta ei pysty kyseistä palvelua itse tuottamaan.

Oikeudellisessa tulkinnassa⁸² voidaan erottaa käsitteiden erittely, deduktiivinen päättely, kokemuslauseiden esittäminen ja arvo-asetelmat. Nämä neljä tulkintaa eroavat toisistaan joiltain osin. Käsitteiden erittely tarkoittaa niiden semanttista analyysia. Deduktiivisessa päättelyssä taas on kyse tulkinnan sisäisestä perustelusta. Kokemuslauseiden esittämisessä haetaan induktiivisen päättelyyn perustuen kokemuslauseita, jolloin voidaan esittää tulkintoja seuraamuksista. Arvoasetelmat päätyvät tulkintavaihtoehdon valintaan. Oikeustieteen metodit ja oikeudellinen ajattelu eivät ole ainoastaan yksittäisin sääntöihin sidottuja prosesseja, vaan monesti keskeisessä roolissa ovat harkinta ja oikeusnormien punninta.⁸³

Pääasiallisena tutkimustehtävänä on kuitenkin ulkoistamiskäsitteen systematisointi (oikeusdogmaattinen tehtävä) eli kartoittaa voimassa oleva lainsäädäntö, jonka avulla pyritään luomaan ja kehittämään käsitejärjestelmää, jonka varassa oikeutta tulkitaan.

80 Lainopin eli oikeusdogmatiikan avulla selvitetään, mikä on voimassa olevan oikeuden sisältö ulkoistamisnäkökulmasta ja kuinka eri aktuaalisissa tilanteissa pitäisi toimia voimassa olevan oikeuden mukaan. Ks. Husa–Mutanen–Pohjolainen 2005 s. 13–14. Husa on todennut, että ”oikeusdogmatiikka pyrkii vastamaan voimassa olevan oikeuden sisällöstä, ja oikeusdogmatiikassa on yleensä kyse oikeudellisten sääntöjen tutkimuksesta, joita yritetään kielellisesti tulkita, samalla kun oikeusdogmatiikka pyrkii jäsentämään tutkimuskohdetta systematisoimalla sitä. Teoreettisen lainopin tehtävänä on tuottaa oikeusjärjestyksen tiedollista ylläpitämistä helpottavia systematisointeja eli suorittaa oikeusmateriaalin uudelleenorganisointia.” Husa 1998 s. 43.

81 Aarnio–Uusitupa 2002 s. 8.

82 Tulkinnassa on eroteltavissa neljä eri elementtiä: käsiteanalyysi, deduktiivinen päättely, tosiväitteiden esittäminen ja arvoasetelmat. Kunkin elementin merkitys vaihtelee tulkintatilanteen mukaan, ja jokainen osa-alue voi liittyä lainopillisen tulkinnan muodostamiseen. Ks. tarkemmin Aarnio 1982 s. 82–86.

83 Aarnio 1982 s. 82–83.

Oikeudellisella systematisoinnilla⁸⁴ pyrin helpottamaan ulkoistamiseen liittyvien säännösten hahmottamista ja selventämään myös sellaisia käsitteitä, jotka liittyvät ulkoistamiseen välittömästi tai välillisesti.

Tutkimuksessa on kuitenkin rajattu pois vertaileva oikeustutkimus, koska kunnallisen ulkoistamisen näkökulmasta muiden maiden lainsäädäntö eroaa suomalaisten kuntien asemasta ja tehtäväpiiristä. Tilaa- ja tuottajatoiminnan osalta on viitattu joiltain osin Ison-Britannian ja Ruotsin malleihin ja kokemuksiin. Etenkin Ruotsin kokemukseen on monessa tutkimuksen eri vaiheissa viitattu, koska Ruotsissa ollaan Suomea monessa suhteessa edellä ulkoistamisessa ja Ruotsin lainsäädäntö vastaa pääpiirteissään Suomen vastaavaa lainsäädäntöä.

Yhdeksi tärkeäksi näkökulmaksi nousee, miten ulkoistamiskäsitettä ja siihen liittyviä asioita voidaan oikeustieteellisesti argumentoida. Argumentit voivat olla hyvinkin erilaisia, eikä oikeustieteessä voida nojautua yhteen ainoaan absoluuttiseen teoreettiseen selitysmalliin⁸⁵. Oikeudellisessa tulkinnassa ei ole kyse ainoastaan merkityksistä ja normeista vaan myös virkamiesten päätöksenteosta ja sen etenemisestä. Tärkeässä roolissa on eri argumenttien punninta, koska eri argumenteilla on eri painoarvo ja niille on mahdollista määritellä argumentin oikea painoarvo kyseisessä tilanteessa.⁸⁶ Ulkoistamisprosessin eri vaiheissa voidaan joutua monesti punnitsemaan ja argumentoimaan, miksi toinen vaihtoehto on painavampi kuin toinen. Argumentointi voi nousta esille myös sen vuoksi, että oikeuskäytännössä on ulkoistamisen eri osa-alueilla käyty hyvin vähän laajamittaista pohdintaa.

Vaikka kysymyksessä on oikeudellinen tutkimus, on hyödyllistä tarkastella myös oikeuden ja muun yhteiskunnan välisiä vuorovaikutussuhteita. Tutkimuksessa tarvitaan myös hallinto-oikeudellista ja oikeuspoliittista näkökulmaa, vaikka edellä mainittujen oikeudellisten tutkimusmenetelmien raja voi olla monessa kohtaa häilyvä. Mäenpää on todennut hallinnon prosessuaalisesta määritelmästä, että hallinto-oikeudellisen tutkimuksen kohteena on perinteisesti ollut sellainen hallintotoiminta, joka on varsinaisen lainsäädännön soveltamista ja siihen liittyvän toimeenpanovallan käyttöä⁸⁷. Miten ulkoistamista tulisi ilmiönä tutkia kunnallishallinnossa oikeustieteen näkökulmasta? Jos tarkastellaan tutkimusaihetta hallinnollisena ilmiönä oikeustieteen näkökulmasta, tulisi tutkimusaihetta lähestyä oikeustieteelliselle positivismille ominaisien kysymyksenasetteluin ja tutkimusmetodein⁸⁸. Ulkoistamista tutkittaessa ei sitä voida täysin erottaa niistä opeista ja suuntauksista, joihin se perustuu. Tarkoituksena on tuoda ulkoistamiseen liittyviä syitä esille ja taustoittaa sitä, mistä ulkoistaminen on kuntiin tullut ja mitä edellytyksiä ja vaatimuksia ulkoistaminen itsessään asettaa hallinnolle.

Esille nousee myös, miten toimintojen valvominen ja johtaminen soveltuu operatiiviselle ja poliittiselle tasolle, kun ulkoistamisprosessin etenemisestä ja soveltamisesta on vähän tietoa ja kuntien perinteisiä organisaatiojärjestelmiä ei ole suoranaisesti rakennettu tähän. Keskeinen kysymys on, miten erilaiset tilaa- ja tuottajamallit ja sopimusohjausmallit tukevat ja edesauttavat ulkoistettavan toiminnan ohjausta ja valvontaa

84 Ks. Jyränki–Perttunen–Vilkkonen 1982 s. 60–61: määritelmä oikeussääntöjen systematisoinnista.

85 Klami 1986 s. 97.

86 Ks. Klami 1997 s. 15.

87 Mäenpää 1991a s. 19–20.

88 Mäenpää 1979 s. 41–61.

ja antaako voimassa oleva lainsäädäntö riittävästi eväitä erilaisten toimintamallien soveltamiseen. On myös tarkasteltava, mitä oikeudellisia näkökulmia tai muita elementtejä kunnan tilaajina pitäisi erityisesti huomioida ulkoistaessaan toimintojaan.

Tutkimuksen ote on pääsääntöisesti kunnallisoikeudellinen, mutta laajemmin taustaa on haettava myös julkishallinnon kehittämisen lähtökohdista. Perinteisesti kunnallisoikeus katsotaan hallinto-oikeuden ja edelleen julkisoikeuden osaksi. Eri-tyispiirteinä voidaan mainita, että kuten muidenkin ”temaattisten oikeustieteen alojen tapaan, kunnallisoikeudessa voi olla vahvoja ei-juridisia substansseja tai monitieteistä lähestymistapaa edellyttäviä sääntelytilanteita”.⁸⁹ Kunnallisoikeuden toisena erityispiirteinä on, että kuntalaki perustuu dualistiselle periaatteelle, jonka mukaan kunnan toiminnot voidaan jakaa toisaalta kunnan päätösvallan käyttöön ja toisaalta valmisteluun sekä täytäntöönpanoon, joista kahdesta jälkimmäisestä huolehtivat pääasiassa viranhaltijat. Perusolettamuksena on myös, että kunnallisessa päätöksenteossa päätöksentekijät tekevät ratkaisunsa viranhaltijoiden selvitysten ja esittelyn pohjalta, jolloin yhtenä tutkimusteemana on koko ulkoistamisprosessin ja sopimusohjausjärjestelmien⁹⁰ oikeudellinen hallinta ennen lopullista päätöstä.

Ulkoistamisilmiötä pyritään selkiyttämään myös kunnallishallinnollisesta näkökulmasta. Kunnallisoikeus etenkin suppeasti ymmärrettynä ei anna tarpeeksi laajaa näkökulmaa ulkoistamiseen liittyvien lakien analysointiin, vaan on tarpeen purkaa tiettyjä hallinto-oikeudellisia ja sopimusoikeudellisia käsitteitä ja tulkintoja. Tutkimusta voidaan pääasiallisesti kuitenkin pitää teoreettisena lainoppina. Tutkimuksessa pyritään selvittämään oikeudellista doktriinia, löytämään tulkinnallisuuksia ja ongelmakysymyksiä sekä systematisoimaan oikeudellista tulkintaa. *Yhtenä pääasiallisena analyysin kohteena ovat sellaiset tulkintatilanteet, joissa tarkastellaan kunnan ulkoistamisen muotoa tai alaa rajoittavia säännöksiä.* Tarkastelun pohjana on kolme ulkoistamisen eri astetta.

Kunnallistiede on nähty kunnallisen elämän yleisiä säännönmukaisuuksia ja kunnallisen päätöksentekijän näkökulmasta itsehallinnon päätöksentekoaspektia tutkivana tieteenä. Siinä korostuvat kunnalliselämän yleiset säännönmukaisuudet sekä kunnallista päätöksentekijää ja itsehallintoa painottava näkökulma⁹¹. Kunnallisoikeuden on myös nähty nojautuvan hyvin pitkälle lainopin traditioihin perustuvaan tulkintaan. Kunnallisoikeudessa ei voida rajoittaa liian kapea-alaiseen tarkasteluun, ja kunnallisoikeudellisen tutkimuksen eriyttämistä vahvistaa kunnallishallinnon yhteiskunnallisen merkityksen kasvu ja sen perusluonne kansalaisten itsehallintona⁹².

89 Oikeustiede ei anna yhtä ainoaa tapaa siihen, miten tutkimuksen sisältöä, kohdetta ja metodia pitäisi tutkia, koska oikeustieteen tavoitteena on parantaa totuutta ja spesifoida oikeudesta koskevaa käsitystä. Häyhä 1997 s. 19. Häyhä on todennut oikeustieteen tavoitteista, että sen olisi pyrittävä osoittamaan, että oikeudesta on mahdollista tuoda ilmi muutakin kuin asetetun lain normit, lainvalmisteluaineisto ja oikeuskäytäntö. Samalla hän on todennut, että jokaisen tieteellisen tutkimuksen tulisi tuoda tutkittavasta kohteesta ilmi jotakin uutta. Häyhä 1997 s. 28.

90 Vrt. Sutela 2003 s. 145.

91 Pystynen 1972 s. 69.

92 Jotkut tutkijat näkevät kunnallisoikeuden hyvinkin laaja-alaisena osana yhteiskuntatieteellistä kunnallistutkimusta, jolloin huomiota voitaisiin kiinnittää enemmän siihen, mitä normeilla tuotetaan ja ylläpidetään. Ks. Anttiroiko 1994 s. 19.

Tässä tutkimuksessa ulkoistamista on heijasteltava myös laajempaan yhteiskunnallisena ilmiönä kuin pelkästään yhtenä palveluntuotantotapana. Erityisesti ulkoistamista tarkastellaan laajemmin kunnallisessa toimintaympäristössä. Keskeisiä kysymyksiä ovat, millaisia vaikutuksia ulkoistamisella on ja millaisia näkökulmia tai oikeudellisia ongelmia ulkoistamisessa voi ilmetä. Voidaan myös esittää kysymys, onko ulkoistaminen soveltuva palvelujentuottamistapa perinteisessä kunnallishallinnossa vai johtaako se liian kompleksiseen järjestelmään toiminnan, ohjauksen ja valvonnan kannalta.

Kuten edellä esitetyssä tutkimusongelmaosiosta kävi ilmi, ovat tutkimukseen liittyvät ongelmat hyvin monimuotoisia ja rikkovat eri oikeudenalojen perinteisiä rajoja. Asioita tarkastellaan hallinto-oikeudellisten näkökulmien lisäksi myös sopimus- ja kilpailuoikeudellisista näkökohdista. Tutkimuksen aiheen laaja-alaisuuden vuoksi pyritään nostamaan esille aiheeseen liittyviä kysymyksiä, vaikka kaikkiin ei tässä tutkimuksessa saataisi vastausta.

Tutkimuskysymyksenä voidaan myös esittää, kuinka hyvin ulkoistaminen kokonaisuudessaan soveltuu kuntiin yhtenä palveluntuottamistapana ja miten mahdollinen kunta-palveluntuottaja-kuntalaisakseli toteutuu valvonta-, ohjaus- ja vastuukysymyksissä. Tutkimusasetelma tuo myös tiettyjä haasteita tutkimukselle, koska ulkoistaminen on käsitteenä nuori ja vakiintumaton. Jo sen erottelu, mikä on ulkoistamista ja mikä ei, ei aina ole yksiselitteistä.

1.4 Ulkoistaminen käsitteenä

Monet käsitteet, joita käytetään hallinnossa ja joita pyritään tulkitsemaan oikeudellisesti, ovat hyvin vakiintumattomia ja uusia. On myös useita oikeudellisia peruskäsitteitä, jotka ovat saaneet uudenlaisia piirteitä. Oikeudellisen tutkimuksen yksi päätehtävä on selkiyttää ja luoda järjestystä oikeudelliseen systematiikkaan, jolloin tietyt käsitteet suhteellistuvat.⁹³ Ulkoistamista käsitteenä ei suoranaisesti ole viime vuosiin asti tutkittu paljonkaan, vaan se on määritelty ja johdettu lähinnä ostopalveluista ja yksityistämisestä. Yksityistämistä on Suomessa tutkittu etenkin 1990-luvulla runsaammin kuin ulkoistamista. *Ongelmana on, että ulkoistaminen on viety liiaksi yksityistämisen alle, jolloin näiden erot ovat jääneet epäselviksi.* Ulkoistamiskäsitteen nuoruutta kuvaa hyvin Suomessa se, että 1980–1990-luvuilla monissa kunnissa toimintoja ulkoistettiin ainakin osittain, mutta kuntia käsittelevissä kirjallisuudessa ja selvityksessä termi ulkoistaminen on vakiinnuttanut paikkansa vasta 2000-luvulle tultaessa.

93 Mäenpää 2007 s. 32. Kriittisen oikeusteorian näkemyksen mukaan argumentti seuraa käsitteiden logiikkaa ja voi ajautua eri suuntaan kuin oli tarkoitus. Oikeudellisen tulkinnan ja ratkaisutoiminnan uhkana on, että oikeudellisia tekstejä voidaan tulkita loputtomasti, koska käsitteet eivät ole selviä. Ks. Petman 2002 s. 74. Makkonen on todennut, että oikeudellista käsitteenmuodostusta on leimannut substanssijattelu. Siinä on kysytty oikeudellisten käsitteiden, esimerkiksi oikeuden, oikeudenmukaisuuden tai sopimuksen, olemusta. Kyseistä olemusta on selvitetty määrittelemällä sen erityispiirteitä. ”Oikeudellisia käsitteitä on lähestytty olettamalla, että ao. termit peittävät jotakin reaalista ja että voimme selvittää, mitä se on. Määritelmät eivät ole olleet luonteeltaan sellaisia, että olisi vain keskitytty käyttämään tiettyä sanaa niin tai näin, vaan tarkoituksena on ollut antaa käsitteelle oikea määritelmä.” Makkonen 1978 s. 100.

Yksi tapa lähestyä ulkoistamisen käsitettä olisi käydä läpi kaikki määritelmät, joita sille on eri maiden lainsäädännössä annettu organisaation ulkopuolelta⁹⁴. Tällöin voitaisiin päätyä tiettyyn lopputulokseen ja lähinnä vertailevan oikeustutkimuksen keinoin saada käsitteelle myös sisältö. Todennäköisesti yksittäisten määrittelyjen pohjalta voidaan päättelemällä saada ulkoistamiskäsitteelle myös tietynlainen yleinen sisältö. Suomen lainsäädäntö ei kuitenkaan suoraan tunnista ulkoistamista käsitteenä, joten tutkimusekonomistisista syistä on järkevää keskittyä kansalliseen problematiikkaan. Myöskään Suomalainen oikeustietosanakirja *Encyclopaedia Iuridica Fennica* ei tunnista ulkoistamisen käsitettä. Tässä asiaa tarkastellaan kuitenkin ulkoistamisen näkökulmasta, vaikka tiettyjä yhtäläisyyksiä ja rajapintoja on olemassa yksityistämiseen liittyvien käsitteiden kanssa.

Ulkoistamiskäsite on etenkin viime vuosina alkanut esiintyä selvityksissä ja mietinnöissä⁹⁵. Sillä on tarkoitettu pääasiallisesti yhtä palvelujen tuottamismuotoa, mutta muuten sen sisältöä ei yksityiskohtaisemmin käsitelty. Esimerkiksi hallintovaliokunta on mietinnössään todennut ”kunnallisen demokratian toteutumiseen vaikuttavan kunta- ja palvelurakennemuutoksen ohella toimintojen ulkoistaminen ja yksityistäminen sekä uudentyypisten palvelutapojen käyttöönoton lisääntyminen”⁹⁶. Hallituksen esityksessä hankintalaiksi on todettu kohdassa esityksen vaikutuksista viranomaisten toimintaan, että ”erityisesti julkisiin palveluihin liittyvät rakenteelliset muutokset lisäävät ulkoistamista, joten koulutustarve lisääntyy myös tästä syystä”⁹⁷. Ulkoistaminen voidaan nähdä myös yksityiskohtaisempana ja konkreettisempana käsitteenä, joka määrittelee tarkemmin oikeudellisia ja toiminnallisia elementtejä, kun kunnissa pohditaan erilaisia järjestämis- ja tuottamistapoja.

Ulkoistamiskäsitettä voidaan oikeustieteen lisäksi lähestyä ainakin taloustieteen, yhteiskuntatieteen sekä teknisten tieteiden näkökulmasta, siihen liittyy monesti myös poliittinen ulottuvuus. Oikeustieteen piirissä ulkoistamista on tutkittu vähän, vaikka juuri oikeustieteen keinoin voidaan tutkia, miten esimerkiksi ulkoistaminen käsitteenä liittyy kunnan järjestämisvelvollisuuteen, yksityis- ja julkisoikeudelliseen jaotteluun, sekä muihin hallinto-oikeudellisiin käsitteisiin.

94 Ulkoistamisen englanninkieliset käsitteet ”contracting-out” ja ”outsourcing” ymmärretään sellaiseksi julkisten orgaanien tehtävien tai palvelujen sopimusperusteiseksi mekanismiksi, johon liittyy yleensä kilpailuttaminen ja sen perusteella tehtävien tai palvelujen ulkoistaminen tietyille ulkopuoliselle tuottajalle. Kähkönen 2007 s. 26. Ks. Rajala–Tammi–Meklin 2008 s. 45. Ongelmana on, että eri kielissä ulkoistaminen-termi ei ole kovinkaan yksiselitteinen. Ks. Valkama–Kallio–Kankaanpää 2008 s. 45.

95 Ks. esim. Terveystieteen tutkimuskeskuksen muistio 2008 s. 89.

96 HaVM 31/2006 s. 10. Terveystieteen tutkimuskeskuksen muistioissa on otsikkona kohdassa 2.3.5 ulkoistamiskäsitteestä, jossa on yleisesti käyty läpi, että maahamme on syntynyt kattavaa yritysten hallinnoimaa sosiaali- ja terveydenhuollon työvoiman välitystä ja vuokrausta. Terveystieteen tutkimuskeskuksen toimintaa on myös ulkoistettu, ja toiminta lisääntyy erityisesti hoivapalveluissa ja suun terveydenhuollossa. Kokonaisten terveyskeskusten ja yksittäisten terveysasemien ulkoistaminen jatkuu. Lisäksi tukipalveluja on siirretty kunnallisiin liikelaitoksiin tai osakeyhtiöissä. Terveystieteen tutkimuskeskuksen muistio 2008 s. 89. Kuntalain kommentaariteoksessa on vastaavasti todettu, että kunnalla on mahdollisuus pitää itsellään järjestämisvastuu ja tehdä sopimus palvelun tuottamisesta yksityisen yrittäjän kanssa, mistä käytetään yleensä ulkoistamiskäsitettä. Harjula–Prättälä 2004 s. 136–137. Kuten edellä oleva esimerkki osoitti, käsitettä käytetään yleisesti kuvamaan ulkopuolelta ostettuja palveluja, vaikka itse käsite on vielä joiltain osin vakiintumaton.

97 HE 50/2006 s. 38.

Tutkimuksen kohteena ovat ulkoistamiseen liittyvät keskeiset oikeudelliset käsitteet, joita ovat tehtävien hoitaminen ja järjestämisvastuu, palveluiden tuottaminen, yleinen ja erityinen toimiala, julkinen hallintotehtävä, julkinen tehtävä, julkinen valta sekä hyvä hallinto. Kilpailuttamisen ja sopimuksellisuuden näkökulmasta arvioidaan myös seuraavia käsitteitä: yksityis- ja julkisoikeudellinen sopimus, yksityistäminen ja hankintayksikkö, kuntakonsernin sisäinen hankinta, tilaaja ja tuottaja sekä sopimusohjauksen ja sopimusjohtamisen erot. Mitä kauemmaksi itse ulkoistamiskäsitteestä mennään, sitä myöhemmin ulkoistamisprosessin aikana voidaan käsitettä analysoida. Toisin sanoen ulkoistamiskäsitteen ytimeen kuuluvia käsitteitä ei voida ohittaa, tai muuten ulkoistamiseen liittyvät oikeudelliset näkökohdat hämärtyisivät. *Tarkoituksena on selvittää, mitkä eri käsitteet ja elementit ulkoistamisprosessin aikana ovat toistuvia ja vakioita.*

Käsite ulkoistamisprosessi on johdettu prosessilähtöisestä ajattelusta, jossa keskeisiä ovat asiakkaan tarpeet ja kokonaisvaltaisuus. Prosessi voidaan ymmärtää toisiinsa liittyviksi toistuviksi toiminnoiksi. Tässä ulkoistamisprosessilla tarkoitetaan kokonaisvaltaista ulkoistamisen tarkasteluketjua kunnallisessa toimintaympäristössä kuntalaislähtöisesti. Ulkoistamisprosessi voidaan jakaa ulkoistamisen esivalmisteluun ja toimivaltuuden saamiseen, tarjouspyynnön valmisteluun ja pyytämiseen, tarjouksen hyväksymiseen, sopimuksen tarkentamiseen ja hyväksymiseen sekä sopimuksen seurantaan ja valvontaan. Käytän ulkoistamisprosessia käsitteenä koko ulkoistamisesta. Kilpailutusprosessilla tarkoitan vain kilpailutukseen liittyvää valmistelua.

Yksi keskeinen tarkastelunäkökulma on myös ulkoistamisen sekä muiden palvelujenjärjestämis- ja tuottamistapojen vertailu. Lisäksi ulkoistamisen eri muotoja ja asteita on monia, mikä jo sinänsä lisää laajuutta ja tulkinnallisuutta. Ulkoistamiseen liittyvien säännösten tarkastelu edellyttää jo sinällään rajauksia siitä, mitä käsite kattaa ja miten muita käsitteitä on analysoitava tarkemmin, jotta tutkittavana olevan käsitteen sisältö aukenisi ja rajautuisi selvemmin. Ulkoistamiskäsitteen sekavuus voi osaltaan johtua myös siitä, että tutkijat voivat tutkimusalan mukaan painottaa sitä erilailla eri tutkimuksissa.

Kuntien ulkoistamiset ovat viime vuosina lisääntyneet ja laajentuneet⁹⁸. Yrityspuolella ulkoistaminen on määriteltävissä yksinkertaisemmin kuin kuntapuolella. Yksityisen orgaanin ja kunnan toimintojen ulkoistaminen eroavat monella tavalla toisistaan. Yksi suurimmista eroista löytyy niistä lainsäädännöllisistä reunaehdoista, joilla säännellään kuntien ulkoistamisia. Ulkoistamisen muotoja voivat yksityisellä sektorilla olla sopimusulkoistaminen, jolloin voi siirtää omaisuutta ja henkilöstöä, *joint venture*, jossa yritykset voivat perustaa yhteisyrityksen, tai sisäinen ulkoistaminen, jossa yrityksen sisäinen osasto voidaan eriyttää toiseksi yhtiöksi⁹⁹.

98 Ks. Valkama–Kallio–Kankaanpää 2008 s. 43; Valkama 2008 s. 164. Esimerkiksi vuonna 2005 Askolan kunta ulkoisti koko teknisen toimen ulkoalueiden ja väylien hoidon sekä isännöinnin, kiinteistönhoidon ja vesihuollon Coor Service Management Oy:lle. Kouvolan seudun kansanterveysyön kuntayhtymä ulkoisti avoterveydenhuollon vastaanottopalveluita 2006 ja 2007. Yksityinen palvelutuottaja vastaa Kouvolan ja Kuusankosken kaupunkien terveysasemien palveluiden koko toiminnasta. Vantaa ulkoisti vuonna 2008 terveyskeskuspäivystyksen Peijoksen sairaalaan. Terveystenhuollossa uusien ulkoistusten lukumääräinen kasvu on ollut rajua viimevuosien aikana.

99 Ks. Kiiha 2002 s. 2.

Ulkoistamistermin käyttö ja siihen liittyvä keskustelu on lisääntynyt sekä kansallisesti että EU-tasolla. Pelkistettynä sillä voidaan julkisella sektorilla tarkoittaa toimintaa, jossa organisaatio hankkii palveluita sopimuksella organisaation ulkopuoliselta palveluntuottajalta¹⁰⁰. Näin voidaan supistaa omaa palvelutuotantoa, keskittyä ydintoimintoihin ja hankkia erityisosaamista. Kunnissa voi aiheuttaa tulkintaongelmia se, mikä luetaan omaksi toiminnaksi ja mihin kunnalliset liikelaitokset tai yhtiön tuottamat palvelut kategorisoidaan.

Tarkastelun keskipisteenä on, kuinka selvästi ulkoistaminen on eroteltavissa kunnan muista toiminnoista ja onko sille löydettävissä keskeisiä tunnusmerkkejä, kuinka se eroaa käsitteenä muista palvelun tuottamistavoista ja mitä käsitteitä ulkoistamisen ympärille kuluu. Ulkoistaminen liitetään usein lähes synonyyminä yksityistämiseen, vaikka yksityistämisen käsite sisältää vain osin samoja elementtejä.¹⁰¹ Ulkoistamisessa voi vähimmillään olla kyse tietyn pienen yksittäisen palvelun siirrosta toiselle organalle tai suurimmillaan koko palvelukokonaisuuden siirtymisestä henkilöstöineen ulkopuolisen organisaation palvelukseen¹⁰². Jos ulkoistamisessa luovutetaan toiminnallinen kokonaisuus, voi kysymyksessä olla liikkeen luovutus¹⁰³.

Sutela on todennut ulkoistamisesta, että ”julkisella sektorilla ulkoistamisella tarkoitetaan sitä, että julkisyhteisö – tässä teoksessa useimmiten kunta – siirtää aiemmin itse hoitamansa toiminnon ulkopuolisen hoidettavaksi. Tämä ulkopuolinen voi olla yksityisoikeudellinen yhteisö, kuten osakeyhtiö, mutta se voi olla myös julkisoikeudellinen orgaani, kuten kunnallinen liikelaitos”¹⁰⁴. Tällöin kunta antaa kyseisten palvelujen tuotantovastuun osittain tai kokonaan palveluntuottajalle¹⁰⁵. Ulkoistaminen voi kohdistua sekä kunnan lakisääteisiin että vapaaehtoisin tehtäviin. Lakisääteisissä tehtävissä kunnalla on järjestämisvastuu ja velvollisuus valvoa, että lainsäädännön seikat

100 Ulkoistamiseen (outsourcing; contracting-out) on viitattu ja termiä on alettu käyttää melko aktiivisesti myös EU-tasolla. Ks. CEMR Position paper 2004 s. 5; CEMR/EPSC: Reform of public services 2008 s. 21–22. Eri maiden osalta ei ole helppo asemoida ja oikeudellisesti arvioida, puhutaanko todellisuudessa eri määritelmissä ulkoistamisesta, miten se pitäisi oikeudellisesti asemoida, vai onko kyse vain käsitteiden ja termien täsmentymättömyydestä. Vrt. ulkoistaminen, outsourcing (eng.), avkommunisering tai utlokalisering (ruots.), Auslagerung (saks.). Ks. Kiiha 2002 s. 1.

101 Vrt. Sutela 2003 s. 14; Rasinmäki 1997 s. 40–41. Yksityistämisen käsitteeseen palataan vielä myöhemmin tarkemmin. Eilavaara on vuoden 1980 loppupuolella todennut yksityistämiskäsitteen olevan jäsentymätön ja sillä voitavan tarkoittaa eri asioita. Käsitteen sisältö riippuu tarkastelijan näkökulmasta. Eilavaara 1987 s. 166.

102 VM:n suositus 2/1999 s. 13.

103 Liikkeen luovutuksen vaikutuksista on säädelty työsopimuslaissa (55/2001) ja kunnallisesta viranhaltijasta annetussa laissa (304/2003).

104 Sutela 2003 s. 13. Ulkoistamisen osa-alueproblematiikkaan palataan myöhemmin. Ulkoistamisella voidaan myös eri tutkimuksissa tarkoittaa hieman eri asioita sen mukaan, mikä on tutkimuksen tarkastelunäkökulma. Karisto ja Lohivesi ovat tutkimuksessaan Hankintamentaliteetit julkisten palvelujen ulkoistamisessa todenneet, että kyseisessä tutkimuksessa ulkoistamisella viitataan prosessiin, jonka mukaan palvelujen tuottamisvastuu siirtyy yritykselle. Karisto–Lohivesi 2007 s. 35. Valkama on todennut, että ulkoistamisessa vastuu palvelutuotannosta siirretään oman organisaation ulkopuolelle. Valkama 2008 s. 126. Vrt. myös Lukkarinen 2007 s. 40–41.

105 Ks. Lukkarinen 2007 s. 40.

tulevat täytetyksi ulkoistetussa palvelussa.¹⁰⁶

Yhtenä tämän tutkimuksen osa-alueena on tilaaja-tuottajamallin analysointi: miten eri tilaaja-tuottajamaalit liittyvät ulkoistamiseen ja onko kunnan palveluiden organisoitumisvaihtoehdoilla merkitystä ulkoistettaessa toimintoja. Kuten myöhemmin käydään tarkemmin läpi, käsitteet tilaaja ja tuottaja voivat saada eri oikeudellisen merkityksen eri ulkoistamistilanteissa.

Ostopalveluja voidaan pitää yläkäsitteenä kaikille sellaisille kunnallisille palvelujen ostoille, joihin ei kuulu viranomaistoimintoja. Sutela on todennut, että ulkoistamista on myös kunnan tehtävien liikelaitostaminen ja että ulkoistaminen vaatii tilaaja-tuottajamalliin siirtymistä.¹⁰⁷ Edelliseen näkökulmaan nojaten joudutaan arviomaan, mitä hyötyjä ja näkökulmia on tilaaja-tuottajamalliin siirtymisessä. Lainsäädäntö ei velvoita kuntaa siirtymään tilaaja-tuottajamalliin, vaan kunta voi myös ulkoistaa toimintojaan täysin perinteisillä kuntien organisaatiomalleilla. Tilaajan ja tuottajan erottaminen voi kuitenkin selkiyttää oikeudellisia, taloudellisia ja toiminnallisia rajapintoja silloin, kun ulkoistaminen on laajamittaisempaa.

Kysymykseen, onko liikelaitostaminen tai yhtiöittäminen ulkoistamista, ei voida antaa tiettyä yleistä sääntöä, vaan kulloinkin on erikseen tarkasteltava kunnan suhdetta, toimintavaltuuksia ja valvontamahdollisuuksia kyseiseen orgaaniin. Tällöin on jäseneltävä, mitä ulkoistamiskäsitteellä tarkoitetaan, mitä muotoja tai eri asteita sillä on, kenen näkökulmasta asiaa tarkastellaan (kunnan, kuntalaisen vai yksityisen palveluntuottajan) sekä mitä toimenpiteitä ulkoistaminen vaatii ja mitkä säännökset ulkoistamiseen liittyvät.

Oikeudellisesti palvelujen järjestämisvastuuseen liittyvät rajoitteet ja elementit eroavat monelta osin palveluiden tuottamisesta. Tällöin tullaan järjestämiskäsitteen avaamisen problematiikan lisäksi myös kunnan yleiseen ja erityiseen toimialaan kuuluvien tehtävien määrittelyyn.

Kunnallinen ulkoistaminen ei ole samaa kuin juridinen kilpailuttamismenettely, joka on vain yksi tärkeä osa koko ulkoistamisprosessia. Jos ulkoistaminen ymmärretään liian kilpailuttamisorientoituneena toimintana, muut paikalliseen itsehallintoon liittyvät säännökset ja periaatteet voivat jäädä arvioimatta¹⁰⁸. Ulkoistaminen voitaisiin suppeimmillaan nähdä vain kilpailuoikeudellisena teknisenä suorituksena, jossa kuntalaisten perustuslailliset oikeudet ja demokratian arvot voisivat jäädä taka-alalle, jolloin kunnan demokratia-arvoja olisi laiminlyöty.

Yksityistäminen ja ulkoistaminen sekoitetaan niin oikeudellisesti kuin toimin-

106 Oksanen 2005 s. 36. Tässä voidaan aiheellisesti kysyä, pystytäänkö edes oikeustieteen keinoin selvittämään ja täsmentämään käsitteellisesti tutkimusaihetta ulkoistaminen kunnallishallinnossa. Häyhä on vastannut tähän, että ”tietoa oikeudesta tuotetaan kuitenkin myös oikeustieteen sisällä eri tavoin. Oikeustieteellä ei ole tarjota yhtenäistä ja yksimielistä vastausta tutkimuksen oikeaa sisältöä, kohdetta, ja metodia koskeviin kysymyksiin. Tieteen luonteen mukaisesti oikeustiede pyrkii jatkuvasti parantamaan totuutta, tarkentamaan oikeutta koskevaa käsitystään. Tämä keskustelu on jatkuvasti käynnissä, sen ylläpitäminen on keskeinen osa oikeustieteen tehtävää. Oikeustieteen on kyettävä perustelemaan vastaukset tutkimuksen kohdistumista, tekotapaa ja yhteiskunnallista merkitystä koskeviin kysymyksiin”. Häyhä 1997 s. 28.

107 Sutela 2003 s. 13, 16.

108 Karisto ja Lohivesi ovat todenneet käyttäneensä ulkoistamistermiä kilpailuttamisen sijasta, jotta oikeudellinen kilpailuttamismenettely pystyttäisiin erottamaan yhdeksi osaksi ulkoistamisprosessia. Karisto–Lohivesi 2007 s. 35.

nallisesti. Asiasta voidaan keskustella ymmärtämättä, mitä käsitteillä tarkoitetaan.¹⁰⁹ Käsitteiden täsmentämättömyys voi olla vaaraksi myös kunnalliselle demokraattiselle päätöksenteolle: miten voidaan punnita eri vaihtoehtoja, jos valmistelussa ei voida tai haluta erotella ulkoistamisen keskeisiä eroja? Tällöin voidaan joutua kunnallisen päätöksenteon näkökulmasta ongelmallisiin tilanteisiin silloin kun punnitaan valmistelun riittävyttä. Ulkoistaminen on levinnyt monissa kunnissa yhdeksi keskeiseksi palveluntuotantotavaksi, mikä asettaa demokraattisen päätöksenteon eri asteille aivan uusia haasteita. Kunnissa ei välttämättä ole tiedostettu riittävän yksityiskohtaisesti, miten ulkoistaminen eroaa toiminnallisesti ja oikeudellisesti muista palveluntuottamistavoista.

Jorma Rasinmäki on käsitellyt yksityistämistä hallinto-oikeudellisesta näkökulmasta neljän käsitteen kautta: organisaatioyksityistäminen, omaisuuden yksityistäminen, materiaallinen yksityistäminen ja funktionaalinen yksityistäminen¹¹⁰. Näihin käsitteisiin on mahdollista sisällyttää täydellinen ja osittainen yksityistäminen, liikelaitostaminen ja yhtiöittäminen sekä ostopalvelut ja sisäiset kehitykset julkishallinnossa¹¹¹. Vaikka itse ulkoistamisprosessi koostuu monimutkaisista yksittäisistä tekijöistä ja eri säännöksistä, voidaan tutkimuksen kohdetta selkiyttää ja asemoida eri ulkoistamisen osa-alueiden oikeudellisilla jaotteluilla seuraavasti:

Taulukko 2. Ulkoistamismuotojen piirteitä.

Ulkoistamismuoto	Kokonais- ulkoistaminen	Osa-alueen ulkoistaminen	Osittais- ulkoistaminen
Kuuluu kuntakonserniin	Ei	Ei	Kyllä
Omistus	Ei kunnalla	Ei kunnalla	Voi olla kunnalla
Kunnan vastuu	Ei välitöntä työnjohtoa	Ei välitöntä työnjohtoa	Voi olla myös välitön työnjohto
Tuottajan itsenäisyys	On itsenäinen	On itsenäinen	Ei itsenäistä asemaa
Sovelletaan samoja säännöksiä kuin kuntaan	Ei aina sovelleta kaikkia samoja säännöksiä kuin omaan toimintaan	Ei aina sovelleta kaikkia samoja säännöksiä kuin omaan toimintaan	Sovelletaan pääasiassa
Orgaani kilpailee avoimilla markkinoilla	Kyllä	Kyllä	Ei

109 Kansalaismielipide ja kunnat 2006 s. 19. Kunnissa ulkoistaminen on kunnallispoliittinen päätös, jossa kunta siirtää tietyn ennalta määritellyn osan palveluistaan toiselle organille mutta huolehtii kuitenkin lakisäteisestä järjestämisvastuusta. Yksityistäminen eroaa ulkoistamisesta siinä, että yksityistämässä kunta luovuttaa kokonaan tietyn toimintansa ja siihen liittyvän järjestämisvastuun yksityiselle organille. Ks. Oksanen 2007a s. 9–10. Kirjoittaja on ollut valmistelemaan ja seurannut usean ulkoistamispalvelun valmistelua ja huomionnut, että ulkoistamisen käsitteet ja tarkoitukset voivat olla kunnissa epäselviä ulkoistamisprosessin eri vaiheissa. Voidaan kysyä, mistä keskustellaan jos ja kun myös viestinvälineiden välityksellä tulevassa informaatiossa termit ovat olleet sekaisin. Kuntalaisten kannalta tullaan objektiivisen informaation saamisen problematiikkaan.

110 Ks. tarkemmin Rasinmäki 1997. Yksityistämiskäsitteen määrittely ja kattavuus on vaihdellut eri aikoina eri tutkimuksissa. Esimerkiksi puhtaalla yksityistämällä on tarkoitettu julkisten tehtävien siirtämistä yksityisen vastuulle ja rahoitettavaksi. Lievemällä yksityistämällä taas on tarkoitettu sitä, että valtio tai kunnat muuttavat hallinto-organisaatioitaan määriteltävien tehtävien osalta. Eilavaara 1987 s. 168; Rasinmäki 1997 s. 35.

111 Rasinmäki 1997 s. 42. Rasinmäen Yksityistäminen kunnallishallinnossa käsittelee tutkimusaiheen mukaisesti aihetta yksityistämisen, ei ulkoistamisen näkökulmasta. Lisäksi painotuksissa ja lähestymistavoissa on olennaisia eroavuuksia.

Ulkoistamisen eri asteita on monia. Tässä tarkoitan ulkoistamisella samaa kuin kokonaisulkoistamisella, ellei toisin mainita. Kuntien *ulkoistamiset ovat jaoteltavissa kolmeen eri muotoon: kokonaisulkoistamiseen, osittaiseen ulkoistamiseen ja osa-alueiden ulkoistamiseen. Muodot eroavat toistaan oikeudellisesta, toiminnallisesta ja taloudellisesta näkökulmasta.*

Pääasiallisesti *kokonaisulkoistamisella* tarkoitetaan päätöstä, jossa toiminta, esim. tekninen toimi, annetaan kokonaisuudessaan ulkopuoliselle toimijalle tuotettavaksi. Lainsäädäntö ohjaa kuitenkin eniten juuri kokonaisulkoistamisen muotoa kunnissa, koska kunta on selvästi palvelun järjestäjän ja valvojan roolissa. Tällöin kunnalla on mahdollisuus sopimusohjauksen avulla kehittää ulkoistettavaa toimintaa. Taloudellisesti palveluntuottaja on itsenäinen, ja kunta vastaa vain sopimuksen mukaisista korvauksista¹¹². Kokonaisulkoistamisen oikeudellisiin pääpiirteisiin kuuluu myös, että palveluntuottaja on itsenäinen ja oikeustoimikelpoinen orgaani ja toimii avoimilla markkinoilla.

Osa-alueen ulkoistamisessa on pääsääntöisesti kysymyksessä toiminnallisesti ja oikeudellisesti järkevästi erotettava kokonaisuus, kuten yksi terveyskeskus. Tällöin palveluntuottaja voi olla oikeudellisesti täysin itsenäinen yhtiö. Osa-alueen ulkoistaminen on monelta osin vaikutuksiltaan yhtä vahva kuin kokonaisulkoistaminen. Sen toimintakykyä ja itsenäisyyttä voi kuitenkin heikentää se, että ulkoistettu osa-alue on hyvin riippuvainen kunnan oman toiminnan toimivuudesta, koska rajapintoja voi olla useita. Osa-alueen ulkoistuksen hyödyt ja haitat riippuvat hyvin pitkälti ulkoistetun palvelun toimialasta ja koosta. Pilkotun osa-alueen ohjaus ja seuranta on usein oikeudellisesti hankalampaa, ellei osa-alue ole erotettavissa mahdollisimman yksiselitteisesti toiminnallisesti ja oikeudellisesti.

Osittaisessa ulkoistamisessa kunta tuottaa palvelun yhdessä yksityisen orgaanin kanssa. Yritys tuottaa palvelut kunnalle vain osittain, ja rajapintoja voi olla useita. Tällöin oikeudelliset vastuut ovat epäselvempiä ja tulkinnallisempia. Osittainen ulkoistamisen muoto on oikeudellisesti katsottuna heikoin ulkoistamisen muoto. Siihen voidaan lukea tiettyjen reunaehtojen täyttyessä myös yhtiöille tai liikelaitoksille annettava toiminta. Osittaisessa ulkoistamisessa palveluntuottaja ei ole kunnasta taloudellisesti täysin itsenäinen orgaani vaan kunta voi joutua panostamaan siihen lisäresursseja, jolloin kyseinen orgaani voi olla myös osa kunnan organisaatiota. Osittaisessa ulkoistamisessa palveluntuottajan ei tarvitse olla itsenäinen orgaani vaan riittää, että se on toiminnallisesti ja taloudellisesti erillinen ja itsenäinen yksikkö. Osittaisista ulkoistuksista on esimerkkejä teknisen toimen ja elinkeinotoimen alueilta. Osittaisen ulkoistamisen eri muodoissa joudutaan myös punnitsemaan, onko kyse ulkoistuksen tunnusmerkit täyttävästä toiminnasta vai pelkästä kunnan oman toiminnan jatkeesta.

Haasteena on kuitenkin, että ulkoistamiseen liittyy termejä, joita lainsäädäntö ei tunne. Esimerkiksi termiä ulkoistamissopimus käytetään jo aika yleisesti yleiskielessä, mutta se ei kerro, mistä ulkoistamisprosessin vaiheesta on kysymys.¹¹³ Tarkastelussa olisi ilmeistä, tarkoittaako ulkoistamissopimus-termi tietyssä kohdassa ulkoistamista koskevan sopimuksen valmistelua, itse kunnassa käsiteltävää ulkoistamispäätöstä vai

112 Ks. Heikkinen ym. 1996 s. 99.

113 Tässä ulkoistamissopimuksella tarkoitetaan lopullista kilpailutettua ja hyväksyttyä tarjousta, jonka pohjalta ulkoistamissopimus on laadittu.

ainoastaan ulkoistamispäätöksen jälkeen tehtyä allekirjoitettua sopimusta. Ulkoistamis-sopimusta on sinällään yritetty terminä käyttää varovaisesti, koska Suomen lainsäädäntö ei sitä tunnista ja ilman täsmennystä se olisi usein liian epätarkka.

Kunta eroaa toiminnallisesti ja lainsäädännöllisesti yrityksen ulkoistamiseen liittyvistä tekijöistä. Kunnat eivät ole toiminnassaan sisäistäneet, miksi ja miten ulkoistaminen tehdään ja miten tätä voidaan soveltaa oikeaoppisesti kunnalliseen toimintaympäristöön¹¹⁴. Ulkoistamiseen liittyy ainakin välillisesti tietynlainen irtiotto perinteisestä ajattelumallista kunnallisesta toiminnasta ja organisoinnista.

Ulkoistaminen on käsitteenä haasteellinen, koska se on hyvin tapauskohtainen. Erittäin karkeana peruslähtökohtana on, että jos kunnallinen toiminta siirretään kuntaorganisaation ulkopuolelle tuotettavaksi, on kyseinen toiminta ulkoistettu ainakin osittain¹¹⁵. Kun kunnallinen palvelu on jo kerran ulkoistettu ja kyseistä palvelua jatketetaan kunnan ulkopuolisena palveluna, ei kyse ole enää ulkoistamisesta¹¹⁶.

Ajatusmallia ulkoistamisesta voidaan jatkaa tilanteeseen, jossa kunta alkaa uudelleen tuottaa aiemmin pois annettua palvelua. Jos kunta antaa saman, kerran jo ulkoistetun palvelun myöhemmin taas uudestaan ulkopuoliselle tuotettavaksi, on taas kysymyksessä ulkoistaminen. Silloin kun kunta ottaa omaksi toiminnakseen kertaalleen ulkoistetun toiminnon, voisi terminologisesti kysymyksessä olla kunnan palvelujen sisäistäminen uudestaan kuntaan. Yhtenä keskeisenä asiana ulkoistamisen määrittelyssä on, *miten kyseinen palvelu on tuotettu kunnassa* ennen kuin se annetaan oman organisaation ulkopuolelle tuotettavaksi. Toinen keskeinen oikeudellinen kysymys liittyy ulkoistamisen *asteeseen sekä siihen, mille orgaanille palvelu ulkoistetaan*, eli onko kyse ulkoistamisesta, oman toiminnan jatkeesta vai yksittäisen toiminnan (suorituksen) ostamisesta.

Ulkoistamiskäsitteen määrittelyssä ja täsmentämisessä keskeiselle sijalla nousee HankL 10 §:n määritelmä sidosyksikköhankinnasta. Ongelmana on, että kunnat joutuvat tulkitsemaan, milloin kunnan sidosyksiköiltä tai tytäryhtiöiltä ostettua palvelua pidetään hankintana ja milloin taas ostaminen tulkitaan kunnan omaksi toiminnaksi tai ns. *in house* -hankinnaksi. HankL 10 § antaa kuitenkin hyvän kehyksen, kun mietitään ulkoistamista käsitteenä ja sen eri muotoja.

Ulkoistamiskäsitteen selventämiseksi joudutaan pureutumaan siihen, missä tilanteissa ja muodoissa ulkoistamista voi kunnissa ilmetä. Tutkimuksessa nostetaan esiin niin julkisoikeudellisia kuin yksityisoikeudellisia säännöksiä, koska ne auttavat avaamaan ulkoistamista myös käsitteellisesti. Ulkoistamisen *jaottelu kolmeen eri osa-alueeseen* ei ole kaikissa tapauksissa selväpiirteinen, vaan joissakin ulkoistamisissa voi olla tunnusmerkkejä useasta eri osa-alueesta. Ulkoistamisen käsitteeseen liittyvää problematiikkaa lähestytään oikeudellisen näkökulman lisäksi *organin taloudellisen ja*

114 Visio tulevaisuuden palvelujärjestelmä -selvityksessä on todettu, että useissa terveyskeskuksissa johtamisongelmat ovat johtaneet lääkäripulaan. Sopivilla työaikajärjestelyillä ja ostolääkäreillä on toimintaa pystytty jatkamaan, mutta samalla menetetään potilas-lääkärisuhde. Pitkäaikaiset sopimukset ovat hyvin kannattavia palvelun tuottajalle, jos toiminnot pystytään eläköitymisen yhteydessä järjestämään toisin. Johtamisongelmista johtuva toiminnan ulkoistaminen on kunnissa yleistä. Näin esimerkiksi meneteltiin Helsingin kaupungilla vuonna 2006. Eklund ym. 2007 s. 48.

115 Collier 1999 s. 391; Valkama 2004 s. 229.

116 Vrt. Valkama 2004 s. 229.

toiminnallisen itsenäisyyden kannalta sekä sen kautta, millaista *omistajaohjausta kunnalla* on mahdollisuus harjoittaa ulkoistettuun orgaaniin nähden.

1.5 Tutkimuksen eteneminen ja siinä käytetyt oikeuslähteet

Tässä tutkimuksessa ulkoistamista lähestytään prosessina, jonka eri vaiheita analysoidaan oikeudellisen tarkastelun kautta. Ulkoistaminen asemoidaan kunnallishallinnon näkökulmasta eri sääntöihin ja normeihin. Tutkimuksen yhtenä päätavoitteena on määrittellä ja systematisoida ulkoistaminen niin, että se tunnistetaan ja erotetaan muiden kuntapalvelujen järjestämisvaihtoehtojen käsitteestä ja että sen eri asteet voidaan hallinnollisesti ja terminologisesti jakaa eri alamuotoihin sekä saada niille selvä sisältö. Kunnallisessa valmistelussa olisi aina pyrittävä *tarkastelemaan ulkoistamisprosessia sekä kokonaisuutena että yksittäisinä vaiheina*, jotka alkavat tarpeen määrittelystä ja loppuvat sopimuksessa määritellyn ajanjakson jälkeen. Tutkimuksen aikana käydään läpi tai ainakin sivutaan jokaista vaihetta.

Tutkimuksen toisessa luvussa taustoitetaan, miten viime vuosikymmenen managerialismin ja tulosjohtamisen opit sekä liikekirjanpitoon siirtyminen muuttivat monelta osin kunnallishallintoa lähemmäs yksityissektorin toimintatapoja ja arvoja. Ennen kuin *ulkoistamiskäsitettä ja -ilmiötä* tarkastellaan kunnallishallinnollisesta ja oikeudellisesta näkökulmasta, on syytä käydä läpi ulkoistamiseen välittömästi ja välillisesti liittyviä suuntauksia ja koulukuntia. Ulkoistamisen ideologisen taustoittamisen lisäksi toisessa luvussa nostetaan esille *ulkoistamisen kehityspiirteitä*. Tarkoitus on lisätä yhteiskunnallista keskustelua niin ulkoistuksen positiivisista kuin negatiivisistakin piirteistä.

Kolmannessa luvussa hahmotellaan, miten muut *palvelunjärjestämistavat ja -mallit liittyvät ulkoistamiseen* sekä miten ulkoistamisen eri muodot voivat ilmetä kunnissa. Lisäksi tarkastellaan kunnallisten palvelujen järjestämis- ja tuottamisvaihtoehtoja, kuten sitä, miten viime vuosikymmenen alkupuolelta lähtien kunnat ovat pyrkinet tehostamaan toimintojaan yhtiöittämällä ja liikelaitostamalla eräitä palvelutuotantojaan. Yhtiöittäminen sinänsä on rajattu tutkimusaiheen ulkopuolelle, mutta sitä tarkastellaan eri palvelutuotantotapojen oikeudellisten vertailujen kautta ja selvitetään, onko yhtiöittäminen ulkoistamista ja jos on, minkä asteista¹¹⁷.

Tutkimuksen neljännessä luvussa käsitellään yksityiskohtaisemmin niitä oikeudellisia rajoituksia ja vaatimuksia sekä reunaehtoja, joita ulkoistuksiin liittyy. Neljännessä luvussa nostetaan esille myös, mitä oikeusjärjestys sanoo ulkoistamisesta ja rajoittavatko vai mahdollistavatko eri säännökset ulkoistamisia. Keskeisenä asiana on oikeudellinen tulkinta. Tutkimuksessa käydään läpi nykyinen voimassa oleva lainsäädäntö mutta samalla kuvataan sitä ongelmakenttää, johon on kunnissa jouduttu ulkoistamiseen liittyvän sääntelyn lisääntyessä.¹¹⁸ Neljännessä luvussa tarkastellaan myös ulkoistuksiin

117 Ulkoistamiskäsitteen rajausta ja systematisointi ovat ajankohtaista, koska ulkoistamiskäsitettä käytetään kirjallisuudessa eri tarkoituksissa. Vrt. Sutela 2003 s. 62, Oksanen 2005 s. 36.

118 Esimerkiksi julkisista hankinnoista annetun lain (1505/1992) kokonaisuudistusta valmistellut työryhmä esitti kolmea uudistusta, jotka koskisivat avoimuusperiaatteen voimaansaattamista ja ilmoitusmenettelyn laajentamista sekä kansallista kynnyksarvoa. Ks. KTM:n julkaisu 36/2004 s. 13.

välittömästi liittyviä käsitteitä ja KuntaL 2 §:n sisältöä. Lisäksi yksittäisenä tarkastelualueena otetaan useassa kohtaa erityistarkasteluun sosiaali- ja terveydenhuollon sääntelyn kehitys. Neljäs luku etenee yleisistä oikeuseriaaiteista yksittäisiin oikeudellisiin käsitteisiin ja säännöksiin. Luvun lopussa palataan yleisiin EU-oikeuden tuomiin vaatimuksiin, joista konkreettisena esimerkkinä voidaan mainita hankintadirektiivit, joihin joudutaan niiden laajuuden vuoksi palamaan omassa luvussaan (5 luku).

Viidennessä ja kuudennessa luvussa on lähestytty kilpailuttamiseen ja sopimuksellisuuteen liittyviä erityiskysymyksiä, ongelmia ja rajoituksia, joita ulkoistamisen eri vaiheissa voi ilmetä. Viidennen luvun näkökulma on kilpailuoikeudellinen ja kuudennen luvun sopimusoikeudellinen. Kuudennessa luvussa ulkoistamista lähestytään *sopimuksen ja vastuun näkökulmista*. Niiden eri vaiheita analysoidaan, ja samalla ne asemoidaan kunnallishallinnon sääntöihin ja normeihin. Tällöin hallintosopimuksia voidaan tarkastella eri lähtökohdista¹¹⁹. Hallintosopimuskonstruktion suhdetta tutkimusaiheeseen analysoidaan etenkin sopimussuhteen täytäntöönpanossa ja toimivaltuuksiin liittyvissä asioissa.

Kuudennessa luvussa käsitellään myös vahingonkorvausasioita siltä osin kuin ne liittyvät ulkoistamiseen ja tuovat uusia näkökulmia kuntien vahingonkorvaustilanteisiin. Tässä ei kuitenkaan perehdytä yksityiskohtaisesti yksityisoikeudellisiin subjektien vahingonkorvauksiin ja niiden muotoihin, elleivät ne ulkoistamisesta johtuen voi suurella todennäköisyydellä aiheuttaa vahingonkorvausta kunnille. Kunnan vahingonkorvausvelvollisuutta tutkittaessa keskeiseksi kysymykseksi nousee esimerkiksi valvonnasta aiheutuva vastuu, käsite julkisen vallan käyttö¹²⁰ sekä ulkoistamissopimuksen taso vastaaviin standardisopimuksiin eli julkisyhteisöjen toiminnan tasoon nähden¹²¹. Ensiksi käydään läpi yleisesti, mihin ja millä lailla kunta voi joutua vahingonkorvausvelvolliseksi oikeustapausten valossa. Toiseksi analysoidaan ulkoistamisiin liittyviä keskeisiä vahingonkorvausongelmia¹²².

Seitsemännessä luvussa analysoidaan ulkoistamisprosessiin liittyviä *oikeusturva- ja muutoksenhakuaineita*. Samalla arvioidaan, miten kuntalain julkisuuden ja muutoksenhakuoikeuden periaatteita sovelletaan erilaisiin organisaatiomuotoihin¹²³. Kahdeksannessa luvussa keskitytään demokratian näkökulmista ulkoistuksen vaikutuksiin ja siihen oikeudelliseen problematiikkaan, jota ulkoistaminen voi tuoda *kuntalaiselle ja kunnan luottamuselimille*. Erityisesti nostetaan esille ulkoistamisen vaikutusta itsehallintoon, demokratiaan, asiakkuuteen ja henkilöstöön.

119 Yksityisoikeudelliset hallintosopimukset, modifoidusti yksityisoikeudelliset hallintosopimukset, sopimukset viranomaiselle kuuluvien julkisten tehtävien hoitamisesta sekä varsinaiset hallintosopimukset. Miten edellä mainitut hallintosopimusten eri alat koskisivat hallintoviranomaisen ja yksityisen välillä julkisen palvelun toteuttamista koskevia sopimuksia. Mäenpää 1989 s. 2, 64.

120 Julkisen vallan käyttäjä nähdään vahvempana osapuolena ja vastapuolen oikeusturvaan vaikuttavana. Siksi yksityinen taho voi tarvita erityistä oikeusturvaa ja apua oikeuksiensa toteuttamiseksi esimerkiksi raskaan elämäntilanteensa vuoksi. Ks. Tuori 2000b s. 355.

121 Kukkonen 1996 s. 14.

122 Vahingonkorvausoikeudellisten vastuuperusteiden kehitys pitäisi ymmärtää osana laajempaa yhteiskunnallista muutosta sen sijaan, että se ymmärretään ainoastaan ahtaasti oikeuslähdeopin avulla. Tuottamisvastuun ja ankaran vastuun välillä se olisi Häyhän mukaan paremmin tehtävissä oikeustaloustiedettä hyödyntäen. Häyhä 1999 s. 88–89.

123 Ks. Kulla 2008 s. 350.

Yhteenvedossa esitetään johtopäätelmien lisäksi, miten ulkoistaminen on jaoteltavissa kunnallisoikeudellisesti ja mitä lainsäädännöllisiä ongelmia ulkoistamisen eri vaiheissa voi ilmetä. Tutkimuksen olennaisuusperiaatteen mukaan on tarkoitus selvittää ja löytää tilanteita, joilla on huomattava tai suuri merkitys ulkoistamisen kannalta. Tutkimuksen tarkoituksena on saada myös selville, millaisiin ongelmiin ja lainsäädännöllisiin ristiriitatilanteisiin kunnat ovat joutuneet tai mahdollisesti joutumassa ulkoistaessaan toimintojaan. Samalla pyritään tarkastelemaan ja avaamaan ulkoistamisen asemaa ja roolia kunnassa sekä kunnan organirakenteelle asetettavia edellytyksiä ja vaatimuksia.

Tutkimuksen loppupuolella arvioidaan, kuinka hyvin nykyinen kuntalaki on mahdollistanut erilaiset kunnan johtamis- ja hallintojärjestelmät erityisesti ulkoistamisprosessin hallinnan näkökulmasta. Samalla kartoitetaan ulkoistamisen ja hyvinvointivaltion muotoja ja mahdollisia keskinäisiä ristiriitoja.

Peruslähtökohta ulkoistamisprosessin onnistumiselle on, että hallinnon omat organisatoriset lähtökohdat ja valmiudet ovat hyvät kustannuslaskennan, sopimusohjauksen- ja valvonnan sekä laatumääritysten ja standardien osalta. Valtuuston päätäntävaltaa ja asioiden valmistelua käsitellään siltä osin kuin tutkimusaihe tuo uusia tai tulkinnallisia elementtejä kunnan perinteisiin ohjaus- ja johtamisjärjestelmiin.

Kuntalaisten oikeusturvanäkökulmia analysoidaan ja jäsennellään päätöksentekoprosessin eri vaiheiden kautta. Tutkimuksen alkuluvut (1–3) keskittyvät selvittämään ja taustoittamaan ulkoistamisilmiötä sekä selkiinnyttämään ulkoistamisen käsitteistöä ja eri muotoja ja tarkastelemaan sen yleistä soveltuvuutta kunnallishallintoon. Tutkimuksen tärkeimpiä osa-alueita ovat oikeustapaukset sekä lainsäädännön uudistukset, tavoitteet ja sisältö kunnallisesta näkökulmasta. Tutkimuksen painopisteenä oleva lainsäädäntö keskittyy niihin oikeustapauksiin ja lainsäädännöllisiin muutoksiin, joilla on merkitystä tutkimustehtävälle.

Ulkoistamisen vaikutuksista ja hyödyistä on olemassa jonkin verran kotimaista ja kansainvälistä kirjallisuutta. Yksityistämisestä on kotimaisen aineiston lisäksi myös enemmän kansainvälisiä tutkimuksia. Tutkimuksen aineisto perustuu pääasiassa oikeustieteelliseen ja yhteiskuntatieteelliseen kirjallisuuteen, lainvalmisteluasiakirjoihin sekä tuomioistuinten ratkaisuihin. Oikeusjärjestyksen sisäiset hierarkkiset suhteet, kuten lain etusija suosituksiin ja ohjeisiin nähden, antavat oikeuslähdeopillisen näkemyksen siitä, miten oikeudellista normistoa on tietystä ratkaisutilanteessa sovellettava. Oikeuslähdeoppi pohjautuu monelta osin oikeusjärjestykseen, jonka piiriin kuuluvia oikeusnormeja tulkitaan ja sovelletaan erilaisissa oikeudellisissa ratkaisuisa.¹²⁴ Kotimaisen kirjallisuuden lisäksi on käytetty ulkomaista kirjallisuutta siltä osin kuin se selvittää tai valottaa ulkoistamista ilmiönä tai -käsitteenä. Ulkomaista oikeuskirjallisuutta ja sopimuksia on käsitelty vain esimerkkitapausten kautta. Tutkimusaiheen laaja-alaisuuden ja käsitteistön tulkinnallisuuden vuoksi laajempi kansainvälinen tarkastelu olisi oma tutkimusaiheensa.

Ulkoistamista on pohdittu esimerkiksi Yhdysvaltoja ja Isoa-Britanniaa käsittelevissä tutkimuksissa. Suomessa ei ole tehty kovinkaan laajoja oikeudellisia tutkimuksia

124 Nuotio 2004 s. 1268.

lukuun ottamatta Marja Sutelan kirjaa ulkoistamisesta¹²⁵. Marietta Keravuori-Rusanen on tutkinut julkisen hallintotehtävien antamista muulle kuin viranomaiselle valtiosääntöoikeudellisesta näkökulmasta¹²⁶. Jorma Rasinmäki puolestaan on käsitellyt yksityistämistä hallinto-oikeudellisesta näkökulmasta¹²⁷.

Tärkeimpiä lainvalmisteluaineistoja ovat komiteamietinnöt ja hallituksen esitykset sekä lainvalmisteluun liittyvät selvitykset ja itse lakitekstien sanamuodot. Lisäksi mukana on myös yleisten oikeusperiaatteiden tarkastelunäkökulma. Niiden merkitystä selvitetään, vaikka ne liikkuvatkin hyvin yleisellä tasolla. Koska ulkoistamisesta ei ole laajasti saatavissa tutkimusaiheeseen liittyvää oikeudellista tutkimusta, on tässä tutkimuksessa tarkasteltu myös oikeustapauksia, etenkin KHO:n ja KKO:n ratkaisuja¹²⁸ sekä OKA:n ja EOA:n päätöksiä siltä osin kuin ne voivat välillisesti tai välittömästi liittyä ulkoistamiseen. Oikeuskäytännössä on keskitytty pääasiassa korkeimman hallinto-oikeuden ja korkeimman oikeuden ratkaisuihin. Lisäksi myös markkinaoikeuden päätöksiä on tutkittu ja käytetty esimerkkinä. Muuna tutkimusmateriaalina on käytetty kuntien ulkoistuksia koskevia sopimuksia ja sisäisiä sääntöjä. Soveltuvin osin hyödynnetään myös yksityistämiseen liittyviä lähteitä ja oikeustapauksia. Tutkimustehtävän mukaisesti käsitellään myös sellaisia oikeustapauksia, joista käy ilmi edellä mainittu käsiteproblematiikka.

Tutkimusaihetta suoraan koskevia oikeustapauksia ei ole monta, joten joudutaan turvautumaan myös sellaisiin tapauksiin, joiden sisältö tai vastaavuus on lähellä tutkittavaa ilmiötä. Kokonaisulkoistamisista on vaikea löytää prejudikaatteja eli ennakkopäätöksiä, mutta tiettyjä ulkoistamiseen liittyviä osa alueita pyritään nostamaan oikeuskäytännön valossa esille¹²⁹.

Ulkoistamiseen liittyvää lainsäädäntöä ja sen tulkinnalle annettuja rajoituksia on tarkasteltu kolmen ryhmittelyn kautta:

- 1) Ulkoistamiseen liittyvä yleinen lainsäädäntö, joka mahdollistaa tai rajoittaa ulkoistamista kunnissa, kuten perustuslaki ja kuntalaki.
- 2) Erityislainsäädäntö, joka rajoittaa ulkoistamista, kuten sosiaali- ja terveydenhuollon erityislainsäädäntö.
- 3) Hallinto-oikeuden periaatteiden sekä ohjeiden, suositusten tai säännösten merkitys.

125 Ks. Sutela 2003.

126 Ks. Keravuori-Rusanen 2008.

127 Ks. Rasinmäki 1997.

128 Hallberg on todennut, että yksittäistapauksissa tapahtuvan lainkäytön tulkinta, yleistäminen ja johtopäätökset vaativat, että on tietoinen oikeustapausten tietynlaisesta rajoittuneisuudesta. Tällä hän tarkoittaa lähinnä sitä, että oikeustapaukset valikoituvat sattumanvaraisesti, kontrolli suuntautuu tuloksiin eikä rakenteisiin tai menettelytapoihin ja kontrollia muokkaavat valitusperusteet. Hallberg 1990 s. 4.

129 Prejudikaattikäsitteellä tarkoitetaan ennakkoarvoasetelmaa, joka on otettava vakavasti. Kyse on hyvästä ja tärkeästä soveltamisratkaisusta, jossa kyseisen ratkaisuun liittyvä tulkinta on mahdollista ottaa pohjaksi, kun samanlainen tapaus on vastassa. Prejudikaatti on kuitenkin vain esikuvallinen soveltamisratkaisu, eikä sen uudelleensoveltaminen voi olla pelkästään mekaaninen tehtävä. Nuotio 2002 s. 5: Ks. Laakso 1990 s. 98–109.

2. LUKU

Mistä ulkoistamisilmiö on tullut kunnallishallintoon?

2.1 Julkishallinnon kehitys ja ulkoistamisideologian taustaa

Viimeisen kahden vuosikymmenen vuoden aikana teoreettinen keskustelu ja tutkimus uusista palvelujen järjestämismuutoksista ovat edistyneet. Kehitys näkyy myös paikallishallinnon käytännön toimenpiteissä.¹³⁰ Julkisen talouden ja palvelujen tilanne on Suomessa viime vuosikymmenien aikana heitellyt hyvinkin voimakkaasti. Historiallisesta näkökulmasta suomalaista yhteiskuntaa on rakennettu pääasiallisesti niin, että julkisyhteisöt olivat palvelun tuottajan roolissa.¹³¹

Vielä 1980-luvulla julkisten palvelujen määrää kasvatettiin ja taloudellinen kasvu oli OECD-maiden nopeinta, kun taas monissa OECD-maissa julkisia kulutusmenoja yritettiin hillitä. Suomessa alettiin 1990-luvun alkuvuosina taas vastaavasti pienentää julkisia kulutusmenoja erittäin mittavasti muihin OECD-maihin verrattuna. Suomen julkinen sektori on OECD-maiden suurimpia, mikä asettaa haasteita esimerkiksi palvelujen uudelleenjärjestämiselle ja eläkemenoilte tulevana vuosikymmeninä.¹³² OECD:n arvion mukaan paikallishallinnossa tarvitaan entistä enemmän tehokkuutta lisääviä toimenpiteitä. Tällaisiksi nähdään kustannustietoisuus, avoin kilpailuttaminen ja ulkoistaminen, kunnan aseman vahvistaminen palveluiden hankkijana sekä kustannus- ja laatuvertailujen kehittäminen.¹³³

130 Temmes 1987 s. 90, 100. Temmes on väitöskirjassaan todennut, että ei ole selvää yhtä ainoa teoriaa, joka selittäisi hyvinvointivaltion syntymisen, eikä sille ole löydettävissä suoraa ideologista perustaa. Hänen mukaansa hyvinvointivaltioteoriat ovat kuitenkin hyvin ideologispainotteisia, koska teoria-aines on hajanaista. Tämän takia monet hyvinvointivaltioteoriat ovat keskittyneet kritisoimaan muita, kuten marxilaisen valtioteorian koulukuntaa. Temmes 1987 s. 90, 100. Vrt. Harisalo 2009 s. 4.

131 Ks. Anttonen–Sipilä 2000 s. 108–109.

132 Mäki 1995 s. 81.

133 VM:n julkaisu 4/2003 s. 73. Peruskäsityksenä yleensä on, että julkiset palvelut ovat kalliimpia kuin yksityisellä sektorilla tuotetut palvelut, mikä taas johtuu mm. siitä, että julkisia palveluja ei tuoteta niin tehokkaasti kuin yksityisiä palveluja, ja julkinen palvelu on subventoitua. Anttonen–Sipilä 2000 s. 144. OECD:n mukaan kunnissa ei ole tulosjohtamista vielä sovellettu suuressa määrässä, ja vertailututkimusten tekeminen on puutteellista. Sähköisten palvelujen käytöllä on mahdollista lisätä tehokkuutta, ja niitä voitaisiin soveltaa mm. hankintatoimeen ja hallintoon. Tällaisten palvelujen hyödyntäminen ei kuitenkaan ole edennyt suunnitelmien mukaisesti. VM:n julkaisu 4/2003 s. 75.

Kun vertaillaan palveluntuottamistapoja, on havaittavissa, että perinteiselle kunnallisille palveluntuottamistavoille annettu vahva asema¹³⁴. Jos aitoja vaihtoehtoja on vähän eikä lainsäädäntö anna kunnille tarpeeksi liikkumavaraa, kuntalaisten asema saattaa muuttua palvelujen osalta ainoastaan lakisääteiseksi objektiksi¹³⁵, joille on pakko tuottaa palveluja. Tällöin aitoja uusia asiakasnäkökulmasta tulevia vaihtoehtoja ja innovatiivisia ratkaisuja ei yritetä löytää.

Pohjoismainen hyvinvointivaltio on institutionalisoitunut ja tavoittelee monessa suhteessa yleistä tulojen ja hyvinvoinnin jakoa¹³⁶. Pohjoismaisen hyvinvointivaltion ja hyvinvointiyhteiskunnan käsitettä käytetään monessa yhteydessä synonyymeinä, jotka saavat oikeudellisen kehyksensä samoista lainsäädännöllisistä lähtökohdista. Tällä tarkoitetaan lähinnä perustuslaillisia oikeuksia, jotka on taattu mm. perus- ja sosiaaliturvalla sekä hyvinvointipalveluilla. Ensin mainitulla on monella tavalla vaikutusta paikallistason hyvinvointipolitiikkaan, ja Suomessa kuntia voidaan pitää hyvinvointiyhteiskunnan peruspilarina.¹³⁷ Oikeusjärjestyksemme peruslähtökohtana on, että julkista valtaa voivat käyttää vain viranomaiset¹³⁸.

Pohjoismainen hyvinvointivaltio on rakentunut pitkälti julkisten, professionaalisesti tuotettujen hyvinvointipalvelujen varaan, ja kunnat ovat vastanneet palveluiden järjestämisestä paikallistasolla. Tämä on johtanut siihen, että kuntien talous ja kuntien palveluksessa työskentelevän henkilöstön määrä ovat kasvaneet. Kun kunnallista palveluorganisaatiota kehitetään tai uudistetaan, on huomioitava paikallistason professionaalisten kulttuurien erityispiirteet ja toimintatavat.¹³⁹

Oikeussääntöjen ymmärtämisen lisäksi tärkeäksi kysymykseksi nousee, mitä oikeusnormien taakse kätkeytyy eli mihin yhteiskunnalliseen asiaan tai ongelmaan normi liittyy. Toiseksi oikeussääntöjen sisäisten yhteyksien selvittäminen auttaa kokonaisuuden hahmottamisessa. Julkisen hallinnon lainsäädännön kehitys on ollut niin nopeaa, että oikeussääntösten voimassaolo ja sääntösten uudet velvoitteet ovat muuttaneet myös kuntien mahdollisuuksia ulkoistaa toimintojaan¹⁴⁰. Hyvinvointivaltioon liittyy myös

134 Temmes on todennut, että yhteiskunta, joka pohjautuu liberalistiseen demokratiaan, markkinatalouteen ja oikeusvaltion periaatteisiin, on taannut kansalaisilleen hyvinvointia ja turvallisuutta toisiin vaihtoehtoihin verrattuna. Temmes 1994 s. 62.

135 Jylhä 1989 s. 5. Jylhän mielestä viranomaisen näkökulmasta kansalaisten asema voi muuttua yksilöllisestä subjektista palvelujen objektiksi.

136 Julkunen 1992 s. 35.

137 Tanskanen 2005 s. 17.

138 Holopainen 1969 s. 68–69, 72. Jo vuonna 1969 Holopainen on käsitellyt tarkoituksenmukaisuusharkinnan ja oikeusharkinnan eroja ja käsitteellisesti selkiyttänyt tarkoituksenmukaisuusharkinnan rajoja. Keskeiset harkintavaltaa rajoittavat periaatteet ovat taanneet oikeusvaltiossa sen, että palvelujen järjestämisen lähtökohta on ollut kuntalaisten tasapuolisuus, oli kysymyksessä sitten oikeusharkintaa tai tarkoituksenmukaisuusharkintaa vaativa päätös. Samalla hän on käsitteellisesti selkiyttänyt tarkoituksenmukaisuusharkinnan rajoja. Ks. lisää laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan eroista. Holopainen 1969 s. 68–69, 72. Vrt. Laakso 2006 s. 307–310.

139 Kasvion mukaan päätösvaltaa tärkeiden hyvinvointipalvelujen tuotannossa pitäisi siirtää alas kunnille ja kunnilta palvelujen tuottajille sekä palveluiden tuottajilta palveluja käyttäville kuntalaisille. Kasvio 1991 s. 316, 323.

140 Jyränki–Perttunen–Vilkkonen 1982 s. 31, 78–79. Oikeuslähdeoppi voidaan jakaa deskriptiiviseen ja normatiiviseen oikeuslähdeoppiin. Deskriptiivinen oikeuslähdeoppi kuvaa oikeuslähteiden tosiasiallista käyttöä. Normatiivinen oikeuslähdeoppi taas antaa normatiivisia ohjeita oikeuslähteistä ja niiden välisistä suhteista. Tuori 2004 s. 111.

hallinto-oikeudellisia ongelmia: sen käsitteistö ei pysy hyvinvointivaltion uusien haasteiden mukana eikä näin pysty tavoittamaan hyvinvointivaltion kaikkia oikeudellisia ilmiöitä. Monesti käsitteistö joutuu ristiriitaan kansalaisen ja julkisen vallan välillä.

Poliittisen ja juridisen toiminnan on kummankin pystyttävä kuitenkin omaksumaan toisiltaan¹⁴¹ keskeisiä elementtejä, jotta kunnallinen toiminta voisi kehittyä entistä monimutkaisemmassa oikeudellisessa toimintaympäristössä. Eduskunnan tarkastusvaliokunta on myös todennut, että kansalaisten kohtelu ei ole aina ollut sosiaali- ja terveydenhuollon alalla eri kunnissa ja sosiaaliryhmissä yhdenvertaista, vaan palveluiden laatuun vaikuttavat kunnan taloustilanne, henkilöstön saatavuus ja muut kunnan päätökset¹⁴².

Kysymykseen, miksi hallinto-oikeus sisältää vajavaista dogmaattista systematisointia on vastausta etsitty hallinto-oikeudelle tyypillisistä pääpiirteistä. Ne ovat säädösten suuri määrä, sääntelykokonaisuuksien hajanaisuus, nopea muutostahti sekä muita oikeudenaloja suurempi riippuvuus poliittisista ja tarkoituksenmukaisuusnäkökohdista¹⁴³. Hallinto-oikeuden dogmatiikka¹⁴⁴ ei pysty täysin selittämään käsitteellisesti hyvinvointivaltion hallinto-oikeutta. Tuorin näkemys on, että oikeusvaltio on luonut käsitteistöä, jonka lähtökohtana on ollut kansalaisen ja hallinnon vastakkainasettelu. Hallinto-oikeus pyrkii tavoitteisiin, jotka lopettavat säänneltävien suhteiden subjektien keskinäisen riippumattomuuden.¹⁴⁵

Jo 1970-luvulla puhuttiin hyvinvointivaltion kriisistä¹⁴⁶, jota kutsuttiin lähinnä kustannus- ja legitimitteettikriisiksi. Perusteluina oli, että perinteiset hallintojärjestelmät eivät pysty suoriutumaan tarpeeksi tehokkaasti kasvavan hyvinvointivaltion tehtävistä.¹⁴⁷ Hyvinvointivaltiokeskustelussa ongelmana on, että käsitykset hyvinvointivaltion tavoitteista ovat hyvinkin erilaisia. Julkishallinnon muutosvaiheet voidaan jaotella oikeusvaltion, hyvinvointivaltion ja modernin hallinnon vaiheiksi, joissa oikeus on

141 Ks. Luhmann 1990 s. 198.

142 TrVM 6/2008 s. 10.

143 Tuori 1990 s. 62–63.

144 Vrt. Laakso on todennut hallintotoiminnan kehitysuunnista seuraavasti: ”Hallintotoiminnan laajentumisesta ja toisaalta sen samanaikaisesta eriytymisestä (segmentoitumisesta) on seurannut myös hallinto-oikeuden eriytyminen hallinnon eri funktioiden mukaan. Perinteinen, hallinnon ja kansalaisen välisen epätasa-arvoisen suhteen varaan rakentuva ja julkisen vallan käyttöön liittyvä hallintokäsite (”Eingriffsverwaltung”/”Hoheitsverwaltung”) on saanut rinnalleen julkisia palveluita ja hyvinvointia toteuttavan hallintokäsitteen (”Leistungsverwaltung”) sekä yhteiskunnallista infrastruktuuria ylläpitävän hallintokäsitteen (”Infrastrukturverwaltung”). Laakso 1990 s. 14.

145 Subjektit voivat olla viranomaisia tai yksittäisiä henkilöitä. Tuori 1990 s. 69.

146 Tuorin mukaan hyvinvointivaltion kritiikin voidaan monelta osin tulkita tai muuntaa byrokraatiakriisiksi. Aina ei silti ole perusteltua puhua edes hyvinvointivaltion kriisistä, vaan lähinnä siihen kohdistuvasta kritiikistä, joka koskee valtion ja talouselämän suhteita ja yhteiskunnan jäsenten välitöntä elämänpääpiiriä. Oikeudellistuminen ja normien lisääntymistä koskevat näkemykset voidaan myös kytkeä koko yhteiskuntaan liittyvään keskusteluun byrokraatiakritiikistä. Ks. Tuori 1990 s. 37–38. Mäenpää on taas todennut, että hyvinvointivaltion hallinnon muodostumiseen vaikuttavat taloudelliset ja poliittiset tekijät. Hyvinvointivaltion kalleus ja laaja hallinnollinen sääntely ovat aiheuttaneet sen, että julkiseen hallintoon on tullut uusia painotuksia, joilla pyritään hallinnon tehostamiseen ja hajauttamiseen sekä sääntelyn purkamiseen ja yksityistämiseen. Muita hallinnon kehittämisideologian päämäärinä ovat olleet organisaatorakenteen väljentäminen, hallintotehtävien ja vastuun hajauttaminen sekä viranhaltijoiden vähentäminen. Mäenpää 1991a s. 41, 60.

147 Temmes–Kiviniemi 1997 s. 11–12.

eroteltu formaaliseksi ja materiaaliseksi differentioituvan oikeuden vaiheiksi.¹⁴⁸

Julkisten palveluiden järjestämistä on toisaalta tutkittu jo monta vuosikymmentä. Jo 1980-luvulla tutkittiin julkista palvelutuotantoa rakenneteorian ja julkistalouden valintateorian näkökulmista. Rakenneteoria korostaa kuntien välistä tasapuolisuutta ja oikeudenmukaisuutta, kun taas julkistalouden valintateorian mukaan kilpailulla saavutetaan samoja etuja kuin yksityisillä markkinoilla. Julkistalouden valintateoria korosti, että on tarpeellista erottaa toisistaan kollektiiviset kulutusyksiköt (esim. kunnat) ja palveluidentuotantoyksiköt. Julkistalouden valintateoria painotti jo tuolloin, että julkisten palveluiden tuotanto riippuu pitkälti siitä, kuinka näiden eri yksiköiden väliset suhteet järjestetään ja kuinka niihin liittyvät eri mahdollisuudet voidaan hyödyntää.¹⁴⁹ Tutkimuksen alussa pohditaan, tukevatko esimerkiksi edellä mainitut julkisen palvelun teorit kunnan ulkoistamissuuntauksia.

Julkisen sektorin hyvinvointipalvelujen tuotanto voidaan jakaa rakenneteoreettiseen ja valintateoreettiseen koulukuntaan. Rakenneteoreettisesti katsottuna hyvinvointipalveluja tuottaa pääasiallisesti julkinen valta ja päätöksenteon keskittäminen on edellytys suunnitelmalliselle ja rationaaliselle toiminnalle.¹⁵⁰ Meneillään oleva kunta- ja palvelurakennemuutos (Paras-hanke) on antanut konkreettisesti hyvän viitekehityksen eri organisaatorakenteiden vertailuihin. Rakenneteoriassa keskeistä on kunnan riittävä koko, jota perustellaan taloudellisuudella ja erikoistumisella, mutta se painottaa myös suurtuotannon etujen saamista tehokkaan ja taloudellisesti hyvin hoidetun palvelutuotannon avulla. Valintateoreettisen koulukunnan perusajatuksena on, että hyvinvointipalvelujen tuotantoyksiköt voivat olla julkisia ja yksityisiä. Julkisen vallan tehtäväksi jää määrittellä palvelujen tuottajat, minkä jälkeen poliittiset päättäjät arvioivat, mitkä palvelut tuotetaan itse julkisella sektorilla ja mitkä voidaan toteuttaa vaihtoehtoisilla tuotantotavoilla.¹⁵¹

Kunnallisesta ulkoistamisesta keskusteltaessa voidaan lainata edellä mainittujen koulukuntien oppeja. Ideaalitilanteessa kunnassa olisi vain yksityisesti ja julkisesti tuotettua palvelua, jolloin kunnanvaltuusto pystyisi eri vaihtoehtoisissa arvioimaan, kuinka taloudellisesti palvelut on tuotettu lainsäädännöllisten reunaehtojen mukaisesti. Kyseiset teoriat antavat ainakin historiallista pohjaa eri palvelujenjärjestämistapojen taustoittamiselle. KuntaL 2.3 §:n mukainen kunnan järjestämisvastuu voidaan nähdä hyvin valintateoreettisen koulukunnan perusajatuksen mukaisena.

Vuonna 1989 aloitettiin ns. vapaakuntakokeilu. Sen tavoitteeksi asetettiin kunnallisen itsehallinnon vahvistaminen, tehokkuuden ja taloudellisuuden parantaminen hallinnossa ja palveluissa sekä palvelukyvyyn parantaminen ja kuntalaisten osallistumis-

148 Mäenpään mukaan oikeudellisissa muutosvaiheissa kehitys on mennyt täsmällisestä normien soveltamisesta (tavoitteena on ollut vapauden turvaaminen formaalinen oikeus) kohti tavoiteorientoitunutta oikeutta (materiaalinen oikeus, jossa talouden ja sosiaalista toimintaa säännellään) ja kohti puitteita ja menettelyä sääntelevää oikeutta, jossa jälkikäteisvalvonta on keskeisessä asemassa. Modernissa hallinnossa hallinnon laatuvaatimukset ja tulosvastuullisuus lisääntyvät ja hallintokoneiston rakenne ohjausjärjestelmien osalta muuttuu joustavammaksi samalla kun hallinnon ja yhteiskunnan roolit tasapuolistuvat ja yksityisoikeudellistuvat. Samalla hallinnollisen sääntelyn näkökulmista siirrytään korjaavaan ja väljemmin ohjaavaan hallinnon sääntelyyn, jossa hallinnon tavoitteina ovat palveluperiaate, joustavuus ja tuloksellisuus. Mäenpää 1991 a s. 62.

149 Harisalo 1987 s. 6. Ks. myös Turtiainen 2000 s. 50.

150 Ks. Harisalo 1987 s. 6.

151 Ks. VNS kunta- ja palvelurakennemuutuksesta 2009 s. 5–7; Harisalo 1987 s. 6–8.

mahdollisuuksien lisääminen.¹⁵² Vapaakuntakokeilussa kevennettiin kunnallishallintoa ohjaavia säädöksiä. Ohjailun väljennyttä ovat markkinaperusteiset toimintamuodot ja kokeilut yleistyneet.¹⁵³

Vapaakuntatyöryhmän mietinnössä annettiin kunnallishallinnon uudelleenarvioimisen perusteeksi mm. kunnallisiin palveluihin liittyvät paineet, kunnallistalouden kiristyminen, byrokratisoituminen ja kunnallishallinnon sektorisoitumiseen liittyvä lainsäädäntö¹⁵⁴. Vapaakuntakokeilun aikana spekulointiin kuntien taloudellisilla ongelmilla, jotka liittyvät osittain siihen, että hyvinvointipalvelut tuotetaan pääasiallisesti kunnilla, kuntarakenne on liian pirstoutunut ja demokratian ohjaus ja kontrolli eivät toteudu. Näiltä osin komiteamietinnössä mainitut ja vapaakuntakokeilun seurantaraportissa noin parikymmentä vuotta sitten mainitut aiheet ovat edelleen joiltain osin ajankohtaisia.¹⁵⁵

Vapaakuntatyöryhmän mietinnössä todetaan, että kunnallisessa palvelutuotannossa on melko rajoitetusti sellaisia elementtejä, joissa liiketaloudellisia periaatteita voidaan soveltaa. Lisäksi kunnalliseen palvelutuotantoon liittyy myös paljon sellaisia palvelujentuottamisia, joihin liiketaloudellisten periaatteiden soveltaminen soveltuu paremmin. Tiettyjä palveluja voi olla tarkoituksenmukaisempaa ostaa yksityisiltä palveluntuottajilta. Tavoitteeksi oli asetettu, että kunnallishallinto toimisi palveluhenkisesti ja -kykyisesti, taloudellisesti ja tehokkaasti sekä tarkoituksenmukaisesti.¹⁵⁶

Liikkeenjohdolliset opit ja keinot tulivat julkisella sektorilla vahvemmin esille 1980-luvulla, ja niillä pyrittiin parantamaan lähinnä tuloksellisuutta ja palvelukykyä. Seuraavalla vuosikymmenellä tulos- ja palvelujohtamisen näkökulmia on tuotu esiin monien hankkeilla ja komiteauudistuksilla. Tällaisia uudistuksia 1990-luvulla olivat Parempaa julkista palvelua -yhteishanke, valtionosuus- ja vapaakuntahanke, tulosohjaus- ja tulosjohtamisuudistus sekä liikelaitos- ja yhtiöittämisuudistus. Uudistukset tähtäsivät hallinnon ja tehtävien hajauttamiseen, mikä aiheutti sen, että yksityiskohtaista normiantoa ja ohjausta oli vähennettävä.¹⁵⁷ 1990-luvulla toteutuneisiin uudistuksiin oli monia syitä. Kansainväliset vaikutteet ja 1990-luvun alkupuolella toteutunut lama vauhdittivat myös monia uudistuksia¹⁵⁸.

Julkisen hallinnon tavoitteista ja ongelmista puhuttaessa on keinoiksi tarjottu normiannon karsimista ja selkeyttämistä, hallinnon hajauttamista, yksityistämistä sekä palvelutason parantamista. Toisaalta on myös todettu, että julkisten palveluiden mittaaminen ja vertaaminen eri on aikakausina hyvin ongelmallista tai jopa mahdotonta. Palvelujen muodot, määritelmät ja saatavuus eivät ole pysyneet eivätkä pysy stabiileina. Toisena tekijänä voidaan mainita se, miten suuri painoarvo annetaan julkisen sektorin

152 Ks. KM 1987: 2.

153 Niemivuo 1998 s. 11.

154 KM 1987:2 s. 106–107.

155 Ks. Hoikka 1989 s. 27–28.

156 KM 1987:2 s. 18. Mietinnössä mainitut periaatteet ovat osaltaan kannustaneet kuntia hakemaan ja kokeilemaan vaihtoehtoisia palvelujentuottamistapoja, ja tavoitteet ovat tulleet pitkälti avoimelta sektorilta. Esimerkiksi terveydenhuollossa on painotettu 1990-luvulta lähtien tulosjohtamista, avohoidon osuuden kasvattamista, hoito- ja palveluketjuja sekä muita laadullisia ja sisällöllisiä painopistealueita.

157 Määttä–Ojala 2001 s. 18.

158 Ks. Temmes–Kiviniemi 1997 s. 18. Ks. myös Asikainen 1998 s. 7.

demokratialle ja muille arvoille.¹⁵⁹ Myös Ruotsissa haasteiksi on nähty, että samalla kun valtio antaa kunnille lisää tehtäviä, vaaditaan lisää keskustelua tehokkuudesta. Monissa tapauksissa painotetaan, että vaihtoehtoisilla palvelujen järjestämisen- ja tuotantotavoilla¹⁶⁰ voidaan turvata taloudellinen tilanne sekä orientoitua asiakassuuntautuneisuuteen ja kilpailukykyyn. Yhtenä pelkona on, pystytäänkö tulevaisuudessa takamaan samat palvelut kuin nyt, etenkin jos kuntien taloudellinen tilanne heikkenee edelleen olennaisesti. Siksi laajamittaisempi keskustelu ja selvitys eri palveluntuottamistavoista ja uudelleenjärjestämisestä pitäisi aloittaa mahdollisimman nopeasti¹⁶¹.

Vanhasen ensimmäisen hallituksen ohjelmassa on todettu, että väestön terveyseroja pyritään kaventamaan terveys- ja sosiaalipoliittisin toimin sekä vahvistamalla terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin näkökulmaa yhteiskunnallisessa toiminnassa ja päätöksenteossa¹⁶². Terveyserojen kaventamisessa yhtenä keskeisenä tekijänä on nähty palvelujärjestelmien kehittäminen. Vanhasen toisen hallituksen ohjelmassa terveys ja hyvinvointi on myös nostettu keskeiseen rooliin, koska niiden on nähty olevan Suomen taloudellisen menestyksen ja kilpailukykyyn perusta¹⁶³. Kun Suomessa kuntien ja eri alueiden taloudelliset resurssit hoitaa tehtäviään heikkenevät ja erilaiset palveluntuotantotavat lisääntyvät, alueelliset erot kuntalaisille tarjottavissa palveluissa saattavat kasvaa. Näitä asioita tai valittua kehitystä ei kuitenkaan voi ratkaista pelkästään säättämällä uusia, tarkempia velvoitteita kunnille. Osa markkinakeskeisistä toimintavoista on etenkin 2000-luvulla rantautunut entistä selvemmin kuntiin. Voidaan myös kysyä, mitä oikeudellisia vaikutuksia eri toimintatavoilla on.

Julkisten palvelujen tuotanto voidaan monissa tapauksissa erottaa niiden julkisesta rahoituksesta. Julkisten palvelujen tehokkuusvertailut osoittavat, että monilla aloilla on tehostamisen varaa. Näiden vertailujen tietopohja on kuitenkin varsin rajoittunut. Kaikista palveluista täytyisi erikseen arvioida, pystyykö yksityinen palveluntuottaja tuottamaan ne tehokkaammin ja tuottavammin laatuksiteereitä unohtamatta.¹⁶⁴

159 Nummela ja Ryyänen ovat kritisoineet sitä, että hallinnon uudistustoiminnoissa katsontakulma on liian hallintotekninen ja taloudellinen, eikä aina huomioida tarpeeksi sitä, että julkiseen toimintaan liittyvät omat välttämättömät vaatimukset. Tämän vuoksi se eroaa peruslähtökohdiltaan yksityisestä toiminnasta ja näyttää myös tehottomammalta. Julkiseen tehokkuuteen ja kustannuksiin kuuluvat sille ominaiset arvoja ylläpitävät menettelyt ja niistä aiheutuvat kustannukset. Nummela-Ryyänen 1996 s. 135. Myös ruotsalaisessa Civil Departmentin julkaisussa on jo 1990-luvun alkupuolella haastateltu 70:ää kuntaa tehokkuuden ja demokratian yhteensovittamisen lähtökohdista. Ks. lisää Ds 1991:25.

160 Tutkimusaiheen kannalta teoksessa on vaihtoehtoisista palvelutuotantomalleista ja siihen liittyvästä ohjauksesta todettu seuraavasti: ”Alternativ till kommunal verksamhet i egen regi typ kooperationer och föreningar ökar. Fler och fler servicegivare koommer att dyka upp i gränslandet mellan privat och offentlig verksamhet. Idag saknas styrsytem för dessa. Det krävs en tydligare politikerol, som inte har produktionsansvar. Samtidigt måste en prioritering göras. Det vore olyckligt om kommunen förlorar styrningen över den primära servicen”. Ds 1991:25 s. 11.

161 Ks. Ds 1991:25 s. 7–20.

162 Pääministeri Matti Vanhasen hallitusohjelma 24.6.2003 s. 15.

163 Matti Vanhasen II hallituksen ohjelmassa on todettu, että ”sosiaali- ja terveyspolitiikan tavoitteena on edistää terveyttä, toimintakykyä ja omatoimisuutta sekä kaventaa eri väestöryhmien välisiä terveyseroja. – – sekä varmistettava toimivat peruspalvelut kansalaisten saataville asuinpaikasta ja varallisuudesta riippumatta.” Pääministeri Matti Vanhasen II Hallituksen ohjelma 19.4.2007 s. 52. Keskeistä on, mitä lainsäädännöllisiä keinoja kyseisten tavoitteiden toteutumiseksi on suunnitteilla tai tulossa. Näihin palataan vielä myöhemmin.

164 Puoskari-Taimio 2002 s. 7.

Kunnissa on ymmärretty, että hyvän hallinnon periaatteisiin¹⁶⁵ kuuluu myös julkisella sektorilla palveluperiaate. Palvelujen järjestämisen muodot ja vaihtoehdot ovat hyvinvointivaltioissa lisääntyneet. Hyvinvointivaltiolla tarkoitetaan myös hyvinvointitehtäviä suorittavia julkisyhteisöjä kokonaisuutena, ja palvelutuotannon ongelmat on ratkaistava yhteistoiminnassa valtion ja kuntien kesken¹⁶⁶.

Pohjoismaisella hyvinvointivaltiolla¹⁶⁷ on kaksi keskeistä tunnusmerkkiä: Valtion ja kuntien merkitys on suuri ja markkinoiden merkitys on pienempi kuin monessa muussa maassa. Lisäksi sosiaaliturva on kattava. Toiseksi valtaosa palveluista on julkisesti tuotettuja ja rahoitettuja. Perinteinen palveluorganisaation ohjausjärjestelmä on 1990-luvun taitteesta alkanut lähestyä palveluyrityksiä.¹⁶⁸ Tämä on johtunut pääasiallisesti kuntien taloudellisesti kiristyneestä tilanteesta, lainsäädännöllisten esteiden purkamisesta ja pyrkimyksestä kopioida yksityissektorin oppeja kunnallisten palvelujen tuottamiseen.

Euroopan unioniin liittyminen on myös tuonut uusia näkökulmia pohjoismaiselle hyvinvointivaltion roolille ja kunnille etenkin muihin Euroopan maihin verrattuna. Pohjoismainen kunnan velvollisuus hyvinvointimallin ylläpitäjänä ja järjestäjänä on vahvempi sekä tehtäviltään ja taloudeltaan kuin mihin Euroopan muissa valtioissa on totuttu. Yksityisen palveluntuotannon lisääntyminen julkishallinnossa on johtanut yksityisoikeuden merkityksen kasvuun sekä yksityisoikeuden ja julkisoikeuden rajan hämärtymiseen. Julkisissa organisaatioissa on omaksuttu entistä enemmän liiketoiminnan muotoja samalla kun yksityisille orgaaneille on annettu lisää julkisia tehtäviä ja ostopalvelut hallintotoiminnassa ovat lisääntyneet. Lisäksi julkisia toimintoja on siirtynyt liikelaitoksille ja yrityksille.¹⁶⁹

Pohjoismaisen hyvinvointivaltion asiakaskunta on hyvin suuri. Sitä kuvaa myös vahva ohjaus, normitus ja valvonta, mikä voi olla myös sen suurin heikkous. Pohjoismainen hyvinvointijärjestelmä on myös hyvin haavoittuva ja joustamaton esimerkiksi kustannusten osalta. Tämä johtuu osaltaan siitä, että pohjoismaat ovat rakentaneet hyvinvointivaltion julkisen palvelujärjestelmän varaan. Se ei aina pysty riittävän nopeasti reagoimaan toimintaympäristön muutoksiin ja hakemaan uusia palvelujen järjestämis- ja tuottamistapoja.¹⁷⁰

165 Ks. Jylhä 1989 s. 29.

166 Rynnänen 2008 s. 64.

167 Pohjoismaisen hyvinvointivaltion kriteereistä löytyy esimerkiksi seuraavia toiminnallisia ja laadullisia periaatteita: julkisen sosiaalipolitiikan olemassaolo, aktiivinen työvoimapolitiikka, toimeentuloturva, paikallinen demokratia ja tasainen tulonjako sekä tasa-arvo. Ks. lisää Kautto–Heikkilä 1999.

168 Jylhä 1989 s. 55.

169 Vrt. Mäenpää 1997a s. 12.

170 Temmes 1994 s. 35–36. Kosonen on teoksessaan Eurooppalaiset hyvinvointivaltiot todennut, että Pohjoismainen hyvinvointivaltion malli perustuu kattavaan sosiaalipolitiikkaan, alhaiseen työttömyyteen ja laajaan työhön osallistumiseen. Valtiolla on näissä hyvin keskeinen rooli, ja siksi myös sosiaalimenot ovat kasvaneet merkittävästi. Kasvua selittävät hyvin pitkälle menevät sosiaaliset oikeudet. Tärkeä kysymys on, missä määrin ja minkä tasoisina palveluita tarjotaan, koska tämä liittyy julkis palvelujen tuotantoon ja subjektiivisten oikeuksien laajuuteen. Kosonen 1995 s. 25. Ks. myös Julkunen 1992 s. 35–37, 65. Julkunen mukaan julkisen palvelutuotannon rinnalle tulee muita palvelujen tuottajia.

Oikeuden sisällölliset kehitysvaiheet voidaan erotella pääsääntöisesti primitiiviseen oikeuteen, traditionaliseen oikeuteen, luonnonoikeuteen nojautuvaan oikeuteen ja moderniin säädännäiseen oikeuteen. Moderni säädännäinen oikeus koskettaa yksityis- ja julkisoikeutta ja käsittää oikeudellisten periaatteiden määrittelyä.¹⁷¹ Modernille oikeudelle on asetettu erikseen seuraavanlaisia pääperiaatteita: Oikeus on säädännäistä ja refleksiivistä, ja kehitystendenssinä on ollut oikeuden osajärjestelmien funktionaalinen (tehtävänmukainen) eriytyminen ja erikoistuminen. Modernille oikeudelle tyypillinen tunnusmerkki on myös valtio-kuntasuhteeseen liittyvän paradigman eli oikeutta asettavan ja oikeutta soveltavan päätöksenteon eroaminen toisistaan¹⁷².

Monissa teoksissa on korostettu pohjoismaisen hyvinvointijärjestelmän tasoa¹⁷³ mutta kritisoitu julkisen organisaation liiallista kasvua ja byrokralisoitumista. Useat kunnallishallinnon kehittämistä tai muutosta käsittelevät tutkimukset sisältävät asiakas-keskeisyyden, tehokkuuden, tulohajauksen, hallinnon joustavuuden ja yksityistämisen näkökulmia. Kunnallishallinnon muutoshalukkuuden kannalta keskeinen kysymys on, miten toimintaympäristö muuttuu tai kehittyy. Joidenkin tutkimusten ainakin välillinen viesti on ollut, että taloudellisen pakon edessä kunnat joutuvat miettimään toimintatapojaan uudestaan, kuten 1990-luvun taloudellinen niukkuus osoitti. Kunnallishallinnon uudistuksia ja muutoksia tutkittaessa täytyy huomioida kunnallishallinnon erityisluonne ja selvittää, mitä kunnallishallinnon uudistuksista olisi opittava ja mitä uusia kehittämispaineita ja muutoksia kuntakenttään kohdistuu¹⁷⁴.

1990-luvulla kunnallishallinnon kodifointi ja lakitasoinen sääntely lisääntyivät mutta yhteisöoikeudelliset velvoitteet sekä kunnallishallintoon liittyvä yksityiskohtainen sääntely vähenivät¹⁷⁵. Hyvinvointivaltion kehitykseen on monelta osalta vaikuttanut lainsäädännön kehitys. Erilaisilla normiannoilla on viety lainsäädäntöä konkreettisemmaksi ja tavoitteisiin sidonnaisemmaksi. Tällöin lainsäädäntö ei ole aina pysynyt sille asetetuissa yleisyyden, abstraktisuuden ja pysyvyyden periaatteissa. Ongelmaksi tulee, että oikeudellisten ja poliittisten näkökulmien raja niin paikallistasolla kuin valtakunnan tasolla hämärtyy.

171 Schluchter 1981 s. 100. Schluchterin mukaan primitiivisellä oikeudella tarkoitetaan aistimellisesti havainnoivaa oikeutta, traditionaalilla oikeudella tarkoitetaan oikeutta, jossa ymmärretään normin käsite mutta ei systematisoida niitä. Luonnonoikeuteen perustuva oikeuden periaatteet tulevat oikeuden ulkopuolelta mm. filosofiasta. Ks. Schluchter 1981 s. 100.

172 Luhmann 1982 s. 133–137; Luhmann 1972 s. 207.

173 Temmes on todennut, että ”on paradoksaalista, että kuitenkin pohjoismaiset julkiset organisaatiot ovat rakenteiltaan, järjestelmiltään ja hallintokulttuuriltaan maailman huippuluokkaa. Ongelmaksi on muodostunut niiden em. syistä ylikorostunut asema ja julkisen toiminnan yliorganisoituminen, joka on julkisoikeudellistanut ja byrokralisoinut koko yhteiskuntaa.” Temmes 1994 s. 34–35.

174 Haveri 2000 s. 22; Mennola 2008 s. 37–38 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryyänen 2008). Eräs näkemys on, että valtion vahvempi ohjaus perustuu lakisäateisten tehtävien kasvuun. Toinen näkemys nojaa vahvemmin kunnan autonomiseen asemaan ja erillisyyteen valtiosta. Kunnallishallintoon liittyviä muutoksissa keskeiseksi kysymykseksi nousee kuntien rooli: nähdäänkö kunnat ainoastaan valtion hallinnon jatkeena, jolloin kuntien tehtävänä on panna täytäntöön valtion asettamia ja ohjaamia palvelutuotantotavoitteita, vai toimiiko kunta aitona itsehallintoyksikkönä, joka hakee aidosti kuntalaisten näkökulmasta tarkoituksenmukaisinta palvelutuotantotapaa. Vrt. Ryyänen 2008 s. 114, 145; Heuru 2000a s. 141–142.

175 Niemivuo 1998 s. 3. Yksityiskohtaisesta sääntelystä luopuminen ei kuntien kannalta ole täysin toteutunut, koska valtio on 90-luvulta lähtien lisännyt sosiaali- ja terveydenhuollon sääntelyä ja velvoitteita.

Kunnallishallinnossa joudutaan toimimaan itse luodun toimintaympäristön lisäksi myös keinotekoisessa toimintaympäristössä¹⁷⁶. Hyvinvointipalvelujen uudistamiseksi vaaditaan erilaisia rakenteellisia muutoksia, mutta ongelmana on, että toimintaa koptoidaan toiminnan sisällöstä irtaantuneiden käsitteiden ja määreiden, kuten laadun, kilpailukyvyyn, priorisoinnin ja kustannustehokkuuden, kanssa¹⁷⁷. Kunta- ja palvelurakennetta koskevassa hallituksen esityksessä todettiin, että kuntien toimintaympäristön muutokset vaativat kunta- ja palvelurakenteen muuttamista. Esityksen tavoitteena oli, että kuntien vastuulla olevien palvelujen saatavuus ja laatu olisi turvattu myös tulevaisuudessa¹⁷⁸.

Viime vuosina sosiaali- ja terveystalouden ulkoistaminen on lisääntynyt rajusti. Sillä haetaan uusia näkökulmia ja muotoja palvelujen kehittämiseen ja kustannusten hallintaan¹⁷⁹. Etenkin terveydenhuollossa on jouduttu ulkoistamaan toimintoja pakon sanelemana. Perustuslailliseksi ongelmaksi on noussut, että vauraimmilla kunnilla on mahdollisuus miettiä moninaisia ratkaisuja sosiaali- ja terveystalouden järjestämiselle, kun taas muilla kunnilla ei välttämättä pidemmän päälle ole realistisia taloudellisia mahdollisuuksia tuottaa pitkälle erikoistuneita palveluita laajalla palveluverkolla¹⁸⁰.

Ulkoistaminen on tuonut lisänäkökulmia eri palveluntuottamistapojen määrittelyyn ja arviointiin järjestämisvastuun pohjalta. Kunnat järjestävät yhä enemmän palveluitaan markkinaperusteisesti, mutta antaako perinteinen hallintolegalistinen tarkastelutapa enää riittäviä eväitä ohjata ja valvoa kuntien palvelutuotantoa nopeasti muuttuvassa toimintaympäristössä?

2.2 Uudet vaikutteet ja opit kunnallishallinnossa

2.2.1 Markkinaohjautuvuus

Hyvinvointivaltion siirtyminen oikeudellisesta ja hallinnollisesta funktiosta yrityskulttuuria jäljittelevään hallinto- ja hyvinvointipolitiikkaan on ollut monivuotinen ja -vaiheinen prosessi, jossa perinteistä byrokraattista hallintoa on yritetty syrjäyttää eri opeilla eri vuosikymmeninä¹⁸¹. Jotta voisimme vertailla ja löytää pääasialliset erot eri palvelujen järjestämis- ja tuottamisvaihtoehdoista ulkoistamisen näkökulmasta, on löydettävä perusajatukset markkinoista ja niiden toiminnasta. Yhtenä oikeudellisenä neutraliteettiongelmana on, että ulkoistusten eri muodoissa julkisen toiminnan ja markkinataloudessa toimivien yritysten peruslähtökohdat ovat erilaisia. Eroja on mm. kilpailutekijöissä, tehokkuudessa, kannustinjärjestelmissä sekä verotuksessa. Taloustieteelliset tutkimukset painottavat, että avoin kilpailu takaa yrityksen tehokkaan

176 Haveri–Majoinen 1995 s. 18; Sotarauta–Oulasvirta 1995 s. 386–392.

177 Tanskanen 2005 s. 11; Vrt. Juppo 2007. Juppo käsittelee muutoksen luonnetta ja sitä, mitkä tekijät tuovat paineita muutokselle.

178 HE 155/2006 s. 7.

179 Tampereen kauppakorkeakoulu on tehnyt kyselyn 70 pirkanmaalaiselle sosiaali- ja terveystalouden tuottajalle ja 50:lle kuntien edustajalle. Noin 60 % Pirkanmaan kuntien edustajista toivoi ulkoistamisen tuovan kustannussäästöjä ja lähes 85 %:n mielestä palveluiden ostamisesta olisi myös apua kunnan oman palvelutuotannon tehostamisessa ja kehittämisessä. Larjo vuori 2007 s. 38–39.

180 Vrt. Salmela 1992 s. 36.

181 Tiuhonen–Tiuhonen 1990 s. 164.

toiminnan ja markkinatalous on hallinnollisesti yksinkertainen, joustava ja innovoiva verrattuna suunnitelmatalouteen.¹⁸²

Hallituksen esityksessä kuntalaiksi oli jo todettu, että perinteinen viranomaistointimintaan pohjautuva hallintomalli on uudistumassa palvelun tuottamisen näkökulmasta omaksumalla entistä enemmän yksityissektorin toimintatapoja¹⁸³. Etenkin viime vuosina kuntien toimintaympäristö on markkinaehtoistunut entistä enemmän. Kunnat ovat ylittäneet perinteisiä toimialarajoja ja ryhtyneet soveltamaan mm. tilaaja-tuottaja- ja sopimustuotantomalleja¹⁸⁴. Voidaankin hyvin kysyä, mistä nämä uusvanhat mallit ovat tulleet ja mihin ne pohjautuvat.

Keskustelu markkinasuuntautuneisuuden lisäämisestä alkoi laajemmin vasta 1980-luvun loppupuolella, ja tätä osaltaan edistettiin myös julkishallinnon uudistamiseen liittyvillä ohjelmilla¹⁸⁵. Markkinasuuntautuneissa toimintatavoissa on monia eroja hierarkkiseen toimintatapaan. Ne voivat ilmetä kunnallishallinnossa sisäisenä ja ulkoisena tilaaja-tuottajamallina, tietyn palvelun ostamisena aidolta markkinoilta tai näennäismarkkinoilta tai muina yhteistyömalleina¹⁸⁶.

Keskustelu siitä, tuottaako palvelut paremmin yksityinen vai julkinen, painottaa liian mustavalkoisesti oletusta, että toinen osapuoli on häviäjän ja toinen voittajan roolissa. Samalla pelätään, että julkisilta organisaatioilta katoaa julkinen valta.¹⁸⁷ Oikeudellisesti asia ei ole niin yksinkertainen, koska itse palvelun tuottamisen siirtäminen julkiselta vallalta yksityiselle organisaatiolle ei vielä hävitä kunnan toimivaltaa. Julkishallinnon uusia palvelujenjärjestämis- ja tuottamistapoja tutkittaessa on hyvä ymmärtää konteksti, jolla julkisen sektorin kasvua on selitetty teoriasolla. Julkisen sektorin kasvua selittäviä teorioita voidaan tarkastella kysyntä- ja tarjontateorioina. Kysyntäteoriat lähestyvät julkisen sektorin kasvua kysyntää tarkastelemalla, kun taas tarjontateoriat selittävät kasvun tarjonnan näkökulmasta.¹⁸⁸ Tarjontateorian perusajatuksena ovat kysyntään pohjautuva kilpailu äänestäjistä ja uusi tulonjako. Teorian mukaan äänestäjillä on

182 Andersson ym. 1993 s. 179, 181. Talousteorian kantavia oppeja on, että kilpailu markkinataloudessa johtaa parhaaseen taloudelliseen tehokkuuteen, jota voidaan kuvailla Pareto-optimaalisuuden käsitteellä. Pareto-optimaalinen tilanne on taloudellisesti mahdollisimman tehokas, ja yhteiskunnassa resurssit ovat maksimaalisesti käytössä eri toimialojen välillä. Andersson ym. 1993 s. 181. Pareto-optimaalisuuden periaatteen mukaan muodostelma on tehokas vain silloin, kun sitä ei voida muuttaa paremmaksi muuttamatta samalla toista yksilöä huonompaan asemaan. Rawls 1988 s. 49.

183 HE 192/1994 s. 14.

184 Pöyhönen-Koski 2006 s. 27. Ks. Ihalainen 2007 s. 179–182.

185 Ks. VnP 12.5.1988. Toisaalta monessa maassa, kuten Ruotsissa, markkinaorientoitunut ohjausmuoto lisääntyi julkisessa hyvinvointipalvelujen tuottamisessa jo 1990-luvun alkupuolella. Häggroth 2005 s. 13.

186 Rajala-Tammi-Meklin 2008 s. 37.

187 Harisalo 1988 s. 103.

188 Yksi vanhimmista kysyntäpuolen teorioista on Wagnerin laki. Tässä teoriassa on eroteltu kolme julkisen sektorin kasvutekijää, jotka painottavat monelta osin valtion roolia ja vastuuta. Tasosiirtymähypoteesin mukaan julkisen menojen kasvun käynnistää jokin yhteiskunnallinen häiriö. Kriisiin tai häiriön jälkeen julkisen sektorin menot ja tulot vakiintuvat korkeammiksi kuin ennen häiriötä. Baumolin teoriassa julkisen palvelutuotannon tuottavuuden kasvu on hitaampaa kuin avoimen sektorin. Palvelujen yksityistämistä tai ulkoistamista on usein perusteltu julkisten palvelujen kysynnän joustamattomuudella hintaan nähden ja toisaalta joustavuudella tulojen suhteen. Myös tuottavuuden parantaminen teknologiaa hyödyntämällä on vaikeaa. Mäki 1995 s. 20.

erittäin tärkeä asema julkisen sektorin kasvussa¹⁸⁹.

Eturyhmäteoriassa painottuu nimensä mukaisesti erilaisten eturyhmien rooli julkisen sektorin kasvussa. Keskeisenä ongelmana on, että erilaiset ryhmät ja järjestöt yrittävät vaikuttaa päättäjiin saadakseen hankkeelleen kannatusta, mikä voi johtaa julkisen sektorin kasvattamiseen. Kunnallisissa uudistuksissa painotetaan monesti tehokkuutta ja tehokasta johtajuutta, koska kehitys jakaa kunnat entistä enemmän häviäjiin ja voittajiin. Kilpailuun on yritetty vastata hakemalla uusia toimintatapoja, kuten sopimus- ja tulosjohtamista. Eturyhmät yrittävät usein vaikuttaa kunnalliseen valmisteluun ja päätöksentekoon silloin, kun toimintoja ja henkilöstöä on ehdotettu siirrettäväksi työsopimuslain 10 §:n mukaisesti liikkeen luovutuksella. Kuntatyöntekijän kannalta positiivista on se, että tällöin asiaa tarkastellaan monipuolisesti jo valmistelussa ja toimintaan ja henkilöstöön liittyvät asiat tulevat huomioiduksi monesta näkökulmasta myös oikeudellisesti.¹⁹⁰

Julkisen valinnan teoria on yksi tunnetuimpia teorioita, jolla voidaan selittää julkisen sektorin kasvun ja palvelujen järjestämiseen liittyviä valintoja ja syitä sekä avointen markkinoiden hyötyjä julkishallinnossa. Julkisen valinnan epistemologisen teorian yhtenä periaatteena on, että kaikki julkisella sektorilla toimivat vain omia intressejään maksimoivalla tavalla ja että kaikki sosiaaliset kokonaisuudet koostuvat perustaltaan itsenäisistä yksilöistä.¹⁹¹

Yksi tärkeimmistä julkisen valinnan käsitteistä on *self-interest* eli itseintressi. Sen perustana on taloudellinen näkökulma, jonka mukaan valintatilanteessa ihminen valitsee vaihtoehdoista vähän/paljon vaihtoehdon paljon. Tämän väittämän mukaan viranomaiset tavoittelisivat enemmän omia etujaan kuin organisaatioin etuja. Toiseksi on esitetty, että julkisella vallalla on taipumus laajentua, mistä on selvää hyötyä poliitikoille ja byrokrateille.¹⁹² Ulkoistamisen toimintaideologian kehittyminen ”vastavoimaksi”

189 Tämä selittyy sillä, että jos äänestäjäkunta on pienituloista ja sekä vaaleissa että poliittisessa päätöksenteossa käytetään enemmistöperiaatetta, yrittää päätäntävaltaa käyttävä enemmistö hakea neutraalimpaa tulonjakoa esimerkiksi julkista palvelua lisäämällä. Fiskaalisen illuusion teorian peruslähtökohtana on, että veronmaksajat aliarvioivat todellisen verotaakkansa. Tämän teorian mukaan julkisen sektorin kasvu voi jatkua niin kauan kuin kansalaisten käsitys saatavista palveluista ja etuuksista ja niiden rahoittamisesta jää epäselväksi. Buchanan 1967 s. 98–99, 126–127. Teoria painottaa myös julkisen sektorin kasvattamisen hyötyjä, mutta sen todellisia kustannuksia voidaan aliarvioida.

190 Laajat ulkoistamiset vaikuttavat myös kuntien eläketurvajärjestelmään. Vrt. Vidlund 2000 s. 15, 33.

191 Lane 1993 s. 150–155. Julkisen valinnan teoria (public choice theory) sai alkunsa jo 1950-luvulla. Julkisen valinnan koulukuntia ovat Virginian, Rochesterin ja Bloomingtonin koulukunnat. Pisimmälle näistä on edennyt Virginian koulukunta, joka on mm. analysoinut byrokratiaa, eri intressiryhmien toimintaa, julkisen vallan sääntelyä ja perustuslakien merkitystä. Virginialainen koulukunta on painottunut enemmän poliittisten, juridisten ja hallinnollisten näkökulmien tutkimista. Rochesterin koulukunta on keskittynyt enemmän politiikkaan peliteorian ja tilastotieteen metodein. Teoria käsittää julkisen sektorin kaikki osa-alueet eli myös paikallistason. Yksi pääperiaate on yksilönvapaus, ja liberaalistit näkevät, että avoin sektori tai yksilö pystyy tuottamaan tai huolehtimaan näistä palveluista. Liberalistit eivät kuitenkaan kiistä hyvinvointipalvelujen tarvetta vaan painottavat sitä, että ne voidaan rahoittaa, tuottaa ja ohjata asiakkaan omien tarpeiden mukaisesti. Liberalistisessa näkökulmassa kansalaisten pitäisi omistaa hyvinvointipalvelujen tuotantovälineet suoraan. Lane 1993 s. 150–155.

192 Rowley 1987 s. 134, 140. Byrokratiamallaan mukaan byrokratia vaatii tuottamaan hyödykkeitä ja palveluita mahdollisimman paljon. Buchana selittää yksilön ja yhteisön käyttäytymistä seuraavas-

edellä kuvatuille käsityksille selittää osin sen, miksi ulkoistamis- ja yksityistämismiöt ovat levinneet niin nopeasti useassa maassa. Julkisen valinnan teoriasta on löydettävissä osittain samoja elementtejä, joita liittyy myös omana tuotettujen, ulkoistettujen ja yksityistettyjen palveluiden erojen pohdintaa eri intressiryhmien osalta.

Julkisen valinnan teorian¹⁹³ on tuonut esille uusi poliittinen taloustiede. Siinä on kysymys demokratian ja tehokkuuden yhteensovittamisesta. Julkisen valinnan teoreetikot yrittävät joiltain osin selittää poliittisen järjestelmän suhdetta ja osuutta byrokraattiseen järjestelmän ylläpitämisessä. Teorian mukaan julkinen valta yrittää maksimoida ja ylläpitää omia rakenteitaan.¹⁹⁴ Ongelmana pidetään sitä, että julkiset palvelut kasvavat tarpeettoman suuriksi eivätkä pysty muuntautumaan joustavasti asiakkaiden kysynnän mukaisesti. Julkisen sektorin toiminnan taloudellisuudella vähennetään tehottomuutta ja byrokratiaa.¹⁹⁵ Yhtenä näkökulmana kuntien tehottomuuden ylläpitämisessä on ollut vapaan kilpailun puute joka on voinut osaltaan vaikuttaa siihen, että on ylläpidetty elinkelvottomia yksiköitä¹⁹⁶.

Markkinakeskeinen suuntauksen ja legalistisen julkisen hallinnon suurimpia painotuseroja ovat tehokkuuden ja oikeusturvanäkökulmien prioriteetit hallinnossa. Markkinakeskeinen hallinto voi myös osaltaan painottaa oikeusturvanäkökulmia, mutta muina vähintään yhtä painavina arvoina nähdään myös tehokkuutta korostavat periaatteet. Hallintodoktriinit voidaan jakaa lakisidonnaiseen, kansanvaltaiseen ja markkinakeskeiseen.¹⁹⁷ Markkinakeskeinen ajattelu lähtee tehokkuudesta, taloudellisuudesta ja kilpailukyvyistä. Kunnallishallinnossa markkinakeskeisen toimintatavan haasteiksi nousevat perustuslailliset oikeudet ja oikeusvarmuuden toteuttaminen. Jos kunnan pääasialliseksi lähtökohdaksi ja strategiaksi otetaan markkinakeskeisyys, tulee hallinnon yhdeksi keskeiseksi tavoitteeksi tehokkuus. Markkinaehtoisessa toimintatavassa kuntalaisista tulee asiakkaita, jotka omilla valinnoillaan ohjaavat hallintoa, missä määrävänä tekijänä on taloudellisuusaspekti.¹⁹⁸ Kunnallishallinnossa lakikeskeinen hallintodoktriini on historiallisesti painotetuin¹⁹⁹. Tämän periaatteen mukaan virkamiehen tehtävänä on soveltaa oikeussäntöjä objektiivisella ja puolueettomalla tavalla ja peruslähtökohtana pidetään oikeusvarmuutta.

Mäenpää ei puhu markkinakeskeisestä hallintomallista vaan modernin hallinnon kehittämisideologiasta, jonka tavoitteet ovat hyvin samanlaiset kuin markkinakeskeisessä toimintatavassa. Modernin hallinnon kehittämisideologian päämääränä on

ti: ” – det för alla varor finns två val, dels hur stor mängd individen skall konsumera, dels hur många han skall dela konsumtionen med”. Klubiteoriaa voidaan lähestyä esimerkiksi uimahallin rakentamisesta: lähteekö yksilö rakentamaan uimahallia itselleen vai yhdessä naapureiden kanssa vai ajattelisiko yksilö kaikkia kuntalaisia ja rakentaisi sen kuntalaisille? Lane–Stenlund 1989 s. 113, 115.

193 Ahonen 1989 s. 16–17.

194 Toisaalta on myös esitetty, että suuri organisaatio kuluttaa suhteellisesti enemmän kuin pienempi ja organisaatioiden löysyys on myös sidoksissa organisaation kokoon. Ainoastaan organisaatio voi itse tietää, mitkä ovat todelliset yksittäiset kustannukset niistä palveluista ja tehtävistä, joilla se on aloittanut toimintansa. Salminen–Niskanen 1996 s. 32.

195 Lane 1993 s. 151–154; Anttiroiko 1994 s. 36–41; Ks. Heuru 2000a s. 328.

196 Kalliomaa–Puha 1992 s. 2.

197 Söderlind–Pettersson 1988 s. 22–32.

198 Heuru 2003 s. 154.

199 Hallinnon legaliteettiperiaatteesta. Ks. Heuru 2003 s. 154.

hallinnon pienentäminen, tehtävien ja vastuun hajauttaminen sekä byrokratian ja sääntelyn purkaminen. Edellä mainittuihin tavoitteisiin kuuluu myös yksityisten ja julkisten organisaatioiden uudelleenarviointi. Jotta tavoitteet toteutuisivat, pitää hallintoa myös desentralisoida lähemmäs ihmistä, sisäistä norminantoa purkaa ja suunnittelujärjestelmistä on luovuttava ainakin joiltain osin.²⁰⁰

Markkinataloutta pidetään itsesäätelevänä järjestelmänä. Perinteinen markkina-keskeinen talous on lähellä refleksiivistä²⁰¹ oikeutta, jossa painotetaan kompetenssien, organisaatioiden, muotojen ja sopimusmenettelyiden sääntelyä. On katsottu, että refleksiivistä oikeutta vastaavat säännökset tarvitsisivat tukea esimerkiksi punnintanormien tai tavoitekeionormien tyylistä toimintasäännöistä.²⁰² Kunnallisissa ulkoistamisissa on huomioitava eri toimintasäännösten tuomat rajoitteet. Toimintasäännöt määrittelevät toiminnan sisällön, ja ne jakautuvat velvollisuusnormeihin, punnintanormeihin ja tavoite-keionormeihin. Velvollisuusnormeissa keskeisiä ovat oikeustositteet ja oikeusseuraamukset, jotka vaativat oikeudellista asiantuntemusta, ja päätöksenteko perustuu jo toteutuneisiin faktoihin. Punnintanormeihin kuuluvat toimintasäännöt näyttävät ne intressit, jotka niiden sääntelemässä toiminnassa on huomioitava. Soveltavassa päätöksenteossa pyritään punnitsemaan normien merkitystä. Tavoite-keionormeissa päätöksenteko on tavoiterationaalista, eli arvioidaan, mitä eri päätösvaihtoehdot aiheuttaisivat ja mitkä olisivat niiden seuraukset. Tavoite-keionormit korostavat päätöksenteossa tulevaisuutta eivätkä ne vaadi samanlaista asiantuntemusta kuin toimintasäännösten muut normit.²⁰³

Markkinaohjautuvuus vaikuttaa julkisiin organisaatioihin mm. tilaaja-tuottajamallin, liikelaitostumisten, osakeyhtiöiden perustamisen ja omistusosuusien lisääntymisten kautta sekä yksityistämisen eri muodoissa²⁰⁴. Kuinka markkinaohjautuva kunnan organisaation pitäisi olla, jos lähdetään laajamittaisesti ulkoistamaan toimintoja, ja pystytäänkö kaikkia hallinto-oikeudellisia sääntöjä noudattamaan samalla tarkkuudella kuin perinteisessä byrokraattisessa organisaatiossa? Taulukossa 3 on tiivistettynä vertailtu byrokraattisen organisaation (teesi) ja markkinaohjautuvan organisaation (antiteesi) pääeroja²⁰⁵.

Kun kunnallishallinnossa mietitään palvelujen uudelleenjärjestämistä, tuottamista tai ostamista organisaation ulkopuolelta, on hyvä tutkia, mitkä ovat perinteisen organisaation ja markkinaohjautuvan organisaation erot ja miten ne ilmentyvät. Julkisen sektorin taustateoriat eivät selitä kaikilta osin sitä, mitä esimerkiksi markkinaohjautuvuus kunnallishallinnossa sisältää ja miten se on organisoitu²⁰⁶. Kunnallishallinto on

200 Mäenpää 1991b s. 60. Modernin hallinta-ajattelun näkökulmista vrt. Tanttu 2007 s. 24.

201 Refleksiivinen oikeus nojautuu kompetensseihin sekä organisaatioiden ja menettelymuotojen määrittelyyn, ja se painottaa erilaisissa sääntelytilanteissa itsesääntelyä. Tuori 1990 s. 45.

202 Tuori 1990 s. 33–34, 45. Normitypologia voidaan jakaa kolmeen pääalueeseen: konstituoiviin sääntöihin, menettelysääntöihin ja toimintasääntöihin. Konstituoiviin säännöksiin kuuluvat esimerkiksi kompetenssi- ja organisaationormit. Menettelysäännökset näyttävät, millaisia muotoja niiden sääntelemässä toiminnassa noudatetaan. Ks. Tuori 1990 s. 33–34.

203 Tuori 1990 s. 33–34.

204 Salminen–Niskanen 1996 s. 57. Jos kunnissa ja kuntayhtymissä lähdetään hakemaan aitoa avointa tilaaja-tuottajamallia, jota sovelletaan johdonmukaisesti ulkoistamisiin, kunta siirtyy markkina-perusteiseen ohjaukseen. Vrt. Kilpailuvirasto 2001 s. 30–31.

205 Salminen–Niskanen 1996 s. 70; Ghobadian ym. 2004 s. 297–298.

206 Ks. Salminen–Niskanen 1996 s. 49.

perinteeltään byrokraattinen organisaatio, jonka hierarkkisuus, säännöt, ohjeet ja monet muodollisuudet erottavat sen puhtaasta markkinaohjautuvasta organisaatiosta²⁰⁷. Pitkälle vietyinä voidaan ajatella, että markkinaohjautuvassa organisaatiossa²⁰⁸ kunnallista palvelua ei pidettäisi kaikilta osin oikeudellisena toimintana ja kuntalaisen oikeutena vaan kunnallinen organisaatio vastaa asiakkaan eli kuntalaisen tilaukseen järjestämällä kustannustehokkaasti palveluja. Tätä ei aina voida oikeudellisesta näkökulmasta pitää oikeudenmukaisuutta parantavana suuntauksena²⁰⁹.

Taulukko 3. Julkisen (byrokraattisen) ja yksityisen (markkinaohjautuvan) organisaation eroja.

Perinteinen byrokraattinen organisaatio (julkinen)	Markkinaohjautuva organisaatio (yksityinen)
sääntöihin sidottu	tulostavoitteet
rajattu toimivalta	väljä toimivalta
hierarkkinen toimivalta, ei joustoa	kilpailu ja joustava
toimintaa säännellään normein	toimintaa sääntelevät kysyntä ja tarjonta
työntekijät ja viranhaltijat eivät omista	työntekijät voivat omistaa
tuotantovälineitä eivätkä orgaaniaan	tuotantovälineitä ja orgaaninsa
byrokraattinen	tehokkuus ja markkinat ohjaavat
pitkä aikajänne	lyhyt aikajänne
huonosti tai vähän asiakasorientoitunut	asiakasorientoitunut

Nykyisen KuntaL 2.3 §:n mukaan kunnilla on varsin väljät puitteet tehtäviensä hoitamiseen. Toisaalta ongelma on tullut erityislakien kasvava määrä ja sellainen erityislainsäädäntö, jossa säännellään yksityiskohtaisesti kunnan velvollisuuksista. Vaarana on, että kuntalain merkitys vähenee²¹⁰, kun hyvinvointipalveluja on alettu tuottaa yhdessä yksityissektorin kanssa ja joitakin toimintoja sekä henkilöstöä on siirtynyt julkiselta yksityiselle. Samalla ohjaus ja sääntely ovat lisääntyneet, mikä voi osaltaan vähentää yleislakien merkitystä.

Valtion ohjaus ja tiettyjen normien antaminen sosiaali- ja koulutuspalveluihin on taannut sen, että kuntalaisten eriarvoisuus ei lisäänty. Kyseiset toimintatavat ovat toimineet kohtalaisesti silloin, kun kunta tuottaa itse valtaosan palveluista. Tarkasteltavaksi tulee, miten tämä repressiivinen toimintatapa soveltuu tulevassa toimintaympäristössä, jossa voidaan joutua allokoimaan kunnallista tuotantoa uusista lähtökohdista. Sosiaali- ja terveydenhuollon toimialueilla on tietyissä kohdissa täsmällisesti määritelty

207 Markkinaohjautuva organisaatio tarvitsee myös sääntöjä ja ohjeita, mutta markkinaohjautuvuudessa ne toimivat toimintaa ohjaavana kehyksenä, joilla päästään asetettuihin tulostavoitteisiin. Salminen–Niskanen 1996 s. 70. Vrt. Byrokratian taustoista. Heuru 2003 s. 34–35.

208 Tanskanen on väitöskirjassaan todennut, että kun hyvinvointiyhteiskunta oikeudellistuu ja hallinnon prosessit avataan vapaalle markkinataloudelle, on vaarana, että hyvinvointitulokinnan sisällön lisäksi muuttuvat myös sen rajat. Edelleen Tanskanen toteaa ”tämä on nähdäkseni hämärtänyt myös toimijoiden välisiä suhteita ja näkynyt käytännössä mm. vaikeuksina ymmärtää julkisen ja yksityisen sektorin keskinäisissä suhteissa tapahtuvien muutosten konkreettisia seuraamuksia”. Tanskanen 2005 s. 224.

209 Vrt. Ryyänän 2008 s. 156–157.

210 Ks. Harjula–Prättälä 2004 s. 8–11.

esimerkiksi subjektiivisilla oikeuksilla, mihin kuntalaiset ovat oikeutettuja.

Markkinatalous voidaan kuitenkin nähdä hyvänä sillä edellytyksellä, että kuntalaisilla on todellinen valinnanmahdollisuus ja palveluntuottajat joutuvat kilpailemaan tuotteillaan ja kustannustehokkuudella²¹¹. Samalla entistä epäselvemmäksi on tullut, mihin kunnan toimintoihin markkinaehtoisuus soveltuu. Talousvaliokunta on mietinnössään todennut, että markkinaehtoisuus ei kuulu kuntien yhteistoimintaan²¹². Suurena haasteena on, missä määrin perinteinen kunnallinen poliittinen järjestelmä pystyy kehittymään ja rakentumaan niin, että se pystyy edelleen vaikuttamaan kuntalaisten palveluihin palvelunjärjestämis- ja tuotantotapojen moninaisuudessa²¹³. Tähän kysymykseen ei liity pelkästään valtuuston vallan hajautuminen monille muille välillisen demokratian orgaaneille vaan myös se, että laajentuvalla sääntelyllä on jo itsessään joiltain osin kavennettu kunnan toimielinten harkintavaltaa tiettyjen palveluiden järjestämisessä.

Markkinaohjautuvuus on tuonut kunnat ja niiden päättäjät aivan uusien kysymysten eteen, joihin ei aina edes löydy oikeudellisesti yksiselitteisiä vastauksia. Edellä käyty läpileikkaus osoitti osaltaan sen, että monille teorioille ja suuntauksille löytyy myös ideologinen tausta, jolla voidaan suoraan tai välillisesti selittää, miten ja mistä ulkoistamisilmiö on tullut. Toiseksi, vaikka itse markkinaohjautuvuus ja siihen liittyvät toimintatavat eivät ole uusia, on paikallishallinnossa jouduttu uusien asioiden eteen ja sellaisten kysymysten äärelle, kuinka pitkälle eri toimintavoissa ja malleissa voidaan ylipäänsä oikeudellisesta näkökulmasta mennä ja miten mahdolliset ongelmat pitäisi ratkaista, olivatpa ne sitten yksilöön kohdistuvia tai koko demokraattiseen päätöksentekoon liittyviä.

2.2.2 Managerialismi ja tulosjohtaminen

Hyvinvointipalvelujen tuottamisesta on käyty paljon keskustelua. Hyvinvointivaltioon liittyvä roolijako julkisen sektorin ja yksityisen sektorin välillä on hyvin monisäikeinen²¹⁴. Kunnallishallinnossa alettiin 1980-luvulla korostaa tehokkuutta ja taloudellisuutta. Jo tuolloin keskeisinä asioina julkisen hallinnon kehittämisessä

211 Yhtenä avauksena on ollut, että kuntien terveydenhuollon järjestäminen voisi siirtyä asiakasyhteisöille, jotka olisivat asiakkaitten omistamia ja valtion hyväksymiä. Yhteisöt voisivat hankkia palvelunsa yksityisiltä tai kilpailuttaa yksityisiä ja julkisia palvelun tuottajia keskenään. Kansalaiset voisivat myös ostaa lakisääteiset sosiaaliturvaan liittyvät tuotteet haluamaltaan asiakasyhteisöltä. Ks. Lehto 2006a s. 70–72.

212 TaVM 26/2006 s. 8.

213 Poliittinen rakenne Luhmannin mukaan rakentuu eri aikoina eri tavalla ja riippuvuus sisäisestä kommunikoinnista kasvaa. Tätä lisää erityisesti päätöksenteon monimutkaistuminen. Ks. Luhmann 1990 s. 47, 49.

214 Vielä 1970- ja 1980-luvuilla kunnat tuottivat valtaosan palveluista itse ja valtion ohjaus oli merkittävää. Tällaisia ohjausmekanismeja erityislainsäädännön lisäksi ovat erilaiset taloudelliset kannusteet ja rajoitteet. Pääministeri Holkerin hallitus teki vuonna 1989 linjauksen, että kustannusperusteisista valtionavusta luovutaan ja siirrytään laskennallisiin valtionosuuksiin. Asiasta valmistui komiteamietintö, jossa korostettiin näkökantoja laskennallisen valtionosuusjärjestelmän puolesta. Ks. lisää KM 1989:56.

olivat palvelukyky, kansalaisläheisyys ja hallinnon hajautus.²¹⁵ Kunnallishallinnolle 1990-luku on ollut monelta osin uudistusten aikaa samalla kun koko julkista hallintoa ovat koskeneet monet uudistukset, kuten liikelaitosuudistus, tulosjohtamisuudistus ja valtionosuusuudistus.

Kuntien kannalta 1990-luvun vaihteeseen tai alkuun osuu kaksi merkittävää asiaa, jotka liittyvät ainakin välillisesti myös palvelujen järjestämisen ja tuottamistapojen kehittämiseen: jo alussa esille nostettu vapaakuntakokeilu²¹⁶ sekä vuoden 1993 valtionosuusuudistus, jonka tarkoituksena oli vahvistaa kunnallista itsehallintoa ja pienentää valtion holhousa. Valtionosuusjärjestelmä muuttui pääperiaatteiltaan niin, että vanhoista kustannusperusteisista valtionosuuksista siirryttiin laskennallisiin valtionosuuksiin. Valtionapu sidottiin asioihin, joihin kunta ei suoraan pystynyt vaikuttamaan. Uudistuksen tavoitteena oli kuntien tehokkuuden lisääminen siinä tahdissa, kun kunnat kehittävät palveluprosesseja, tehostavat palvelujen organisointia ja luovat uusia kannustusmenetelmiä henkilöstölle²¹⁷.

Käsite managerialismi²¹⁸ on tullut *new public management* -suuntauksesta (NPM) tai termistä uusi julkisjohtaminen, jota suomennoksena käytetään kuitenkin harvoin. Uudet julkisen johtamisen opit ovat alkaneet voimistua 1980-luvulla²¹⁹. Niiden keskeisenä periaatteena on yksityisen ja julkisen sektorin raja-aitojen lieventäminen sekä siirtyminen toimintatavoitteiden asettamisesta tuloskeskeisempään ajatteluun. NPM-ajattelulla on ollut viimeiset kaksikymmentä vuotta merkittävä rooli julkishallinnon kehittämisessä ja muotoutumisessa.²²⁰ Samalla kun uuden julkisen hallinnon (NPM) oppeja kehiteltiin, kunnissa pyrittiin väljentämään lainsäädäntöä, hallinnon normeja ja valtionosuusohjausta²²¹. Hallituksen esityksessä todettiin, että kuntien valtionosuusjärjestelmän uudistuksen tavoitteena oli kunnallisen itsehallinnon vahvistaminen ja kuntien kustannusvastuun lisääminen²²².

215 Palvelutoimintojen tulosjohtamisessa julkista sektoria on syytelty tehottomuudesta, koska se ei ole pystynyt ainakaan 1980- ja 1990-luvulla uudistautumaan tarpeeksi. Tätä on perusteltu lähinnä sillä, että julkinen sektori kokonaisuudessaan ei ole pystynyt hyödyntämään suurtuotannon etuja ja kuluttajiin on suhtauduttu passiivisesti. Ongelmaksi on tullut, että palvelu koetaan hyvin subjektiivisesti. Tilannetta vaikeuttaa se, että esimerkiksi monilla julkisilla toimijoilla on kielteinen palvelukuva. Virkkunen ym. 1987 s. 109–113.

216 Vapaakuntalain tarkoituksena oli vahvistaa paikallista itsehallintoa, kehittää kunnallishallintoa huomioiden paremmin paikalliset olosuhteet, parantaa kuntalaisten osallistumismahdollisuuksia, tehostaa kuntien voimavarojen käyttöä sekä parantaa palveluja kuntalaisille. Vapaakuntakokeilu on ollut tärkeässä roolissa, kunnan sisäisessä kehittämisessä ja koko julkisen hallinnon päätöksenteon ja johtamisen kehittämisessä. Ks. Laki vapaakuntakokeilusta 29.7.1988/718, 1 §.

217 Laasanen 1999 s. 89. Voidaan hyvin kysyä, päästäänkö kunnallisissa toiminnassa edes markkinoita hyödyntäen ja kilpailuttamisen eri keinoilla sellaiseen allokatiiviseen (oikeita asioita), tuotannolliseen (oikealla tavalla) ja dynaamiseen (uusia oikeita asioita ja uusia tapoja) tehokkuuteen. Ks. Pohjola–Koponen 2008 s. 162.

218 Heuru on todennut, että NPM:stä käytetään myös muotoa new public management movement, joka liitetään managerialismiin tai managerismiin. Heuru 2000a s. 249.

219 Pohja tieteelliselle public management -ajattelulle alkoi jo liikeloustieteen johtajuusoppien mukana 1900-luvun alussa Yhdysvalloissa. Tämän jälkeen 1920-luvulla Yhdysvalloissa asiaa alettiin huomioida myös julkisen hallinnon johtamisesta käsin. Heuru 2000a s. 247.

220 Almqvist 2004 s. 24. NPM voidaan nähdä yläkäsitteeksi kilpailutusta edistävälle toiminnalle ja talouden ohjaukselle julkisella sektorilla. Ks. myös Ihalainen 2007 s. 59.

221 Kilpailupoliittinen toimintaympäristö 2007 s. 7. Ks. myös Temmes 1994 s. 136, 289.

222 HE 214/1991 s. 3.

Kunnallishallinnon uudistamisessa vaikutteita on saatu NPM:stä ja julkisen valinnan teoriasta sekä monista liikkeenjohdon suuntauksista, joita on modifioitu paikallisiin olosuhteisiin. Ulkoistamisilmiötä ja ideologiaa tutkittaessa pohditaan, taustoittaako NPM-suuntaus osaltaan kunnan roolin muuttumista palvelujen tuottajasta palvelujen järjestäjäksi. Tätä voidaan perustella esimerkiksi sillä, että NPM korostaa osaltaan samaa asiakasnäkökulmaa kuin oikeista lähtökohdista tehty kokonaisvaltainen ulkoistaminen. Kunnan palvelujen käyttäjät nähdään asiakkaina, joiden näkemyksiä ja toiveita on kuunneltava ja seurattava ja joihin kunnallishallinnon on myös reagoitava²²³.

NPM muodostuu pääperiaatteiltaan mangerialismista ja julkisen valinnan teoriasta, ja NPM voidaan nähdä kuitenkin managerialismia laajempänä käsitteenä²²⁴. NPM linkittyy ainakin aatteellisesti myös edellä käsiteltyyn julkisen valinnan teoriaan²²⁵. NPM-doktriinia on pidetty monessa maassa vastauksena heikkoon tehokkuuteen ja tuottavuuteen sekä byrokratian kasvuun. NPM-suuntauksen kannattajien yksi keskeinen vastustaja on vanha byrokraattinen hallinnollinen päätöksentekojärjestelmä, joka näkyy hallinnossa raskaina ja kankeina organisaatioina sekä vahanaikaisina menettelytapoina, joissa asiakaskeskeisyys on vieras käsite²²⁶. NPM-johtamisella on useita yhtäläisyyksiä ulkoistettavan toiminnan lähtökohtiin.

New public management -oppien mukaan yritysmaailman opit hallinnosta ja johtamisesta olisivat suoraan sovellettavissa julkiselle sektorille. NPM-suuntaus on tuonut kunnallishallintoomme sellaisia termejä kuin liikekirjanpito, konsernihallinto, tytäryhtiö, vapaa kilpailu, palvelusitoumus ja asiakas. Liiketaloudellisten oppien korostaminen ja ammattimainen johtaminen leimaavat vahvasti NPM-ajattelua.²²⁷ Kuntien johtamisessa on entistä enemmän siirrytty taloudellisuutta ja tehokkuutta

223 Ks. Cole–John 2001 s. 10; Haveri 2000 s. 34.

224 Haveri 2000 s. 34.

225 Monissa maissa yleinen käsitys on, että NPM on alkuperältään lähtöisin public choice -teoriasta. Ronald M. Almgvist on väitöskirjassaan todennut, että ”a common view has been that NPM has its origin in Public choice theory, which includes the assumption that individuals act according to their own preferences and try to pursue their own aims according to the situation. Some commentators, however, believe that this is to over-simplify the rise on NPM. For example, it has been held that NPM has its origins in other disciplines that have dominated the scene during different decades”. Almgvist 2004 s. 24.

226 Haveri 2000 s. 34–36. NPM:n mukaan uuden johtamisen keinot voidaan jakaa kolmeen kohtaan: Ensimmäinen painottaa tehokkaamman organisaation merkitystä, jossa keskeisessä asemassa on uudistavan johtajan rooli julkisten palvelujen uudistamisessa. Toisessa painotetaan markkina- ja kilpailunäkökulmaa julkisten palvelujen järjestämisessä. Kolmannessa painotetaan verkostosuhteiden merkitystä niin, että palvelujen tuottajilla ja asiakkailla on mahdollisuus tehdä yhteistyötä keskinäisen luottamuksen ja sitoutumisen lähtökohdista. Haveri 2000 s. 36. Euroopassa uudistukset käynnistyivät Margaret Thatcherin konservatiivihallituksessa 1980-luvun lopussa, jolloin toteutettiin laaja valtiollinen ja kunnallinen yksityistäminen. NPM-suuntaus on globaali ilmiö, ja siitä on eri variaatioita. Julkishallinnossa ja julkisessa johtamisessa voidaan käyttää NPM:n tarjoamia eri näkökulmia, ja monet variaatiot voivat myös olla mahdollisia. Hyvänä esimerkkinä voidaan mainita, että mm. Japanissa, Saksassa ja Sveitsissä ei ole sovellettu NPM-reformejä niin innokkaasti kuin Uudessa-Seelannissa, Isossa-Britanniassa ja Ruotsissa. Ks. Almgvist 2004 s. 29. Ks. myös Siltalan artikkeli NPM:n ristiriidoista hallintoteoreettisesta näkökulmasta katsottuna. Siltala 2008.

227 Nummela–Ryynänen 1996 s. 291–293; Sinisalmi 1999 s. 53.

painottavaan johtajuuteen eli managerialismiin²²⁸, ja NPM-ajattelu tukee esimerkiksi kilpailuttamispyrkimyksillään ja liiketalouden opeilla monelta osin ulkoistamista²²⁹. Keskeinen kysymys on, voidaanko managerialistista ajattelua tuoda kovinkaan pitkälle sellaiseen palveluntuotantoon, jossa asiakkaina on yksilöitä, jotka eivät pysty ratkaisemaan esimerkiksi sosiaalisia ongelmiaan itse²³⁰. Managerialismin mukaan organisaatio ei ole itseisarvo vaan ihmisten ja ihmisryhmien järjestäytynyt muoto aikaansaannosten eli tulosten toteuttamista varten. Tällöin tulosten on oltava toiminnan johtamisen perusta, ja organisaation on kokonaisuudessaan yritettävä saavuttaa sille asetetut tavoitteet eli tulokset.²³¹

Kunnallishallinnon kannalta managerialistinen suuntaus on haastava, koska se ei ota kaikilta osin huomioon kunnille annettujen tehtävien monimuotoisuutta. Managerialismi ei anna arvoa eikä huomiota kunnallisen itsehallinnon yhdelle peruseriaatteelle eli demokratia-arvoille vaan korostaa tuotantosuuntautunutta organisaatiota, jossa keskeistä on tavoitteisiin ja tuloksiin tähtäävä hallinto tulosbudjetiteinen. Keskeistä on myös sopimusperusteinen johtaminen autonomisten tulosityksiköiden avulla ja sopimusperusteinen toiminta markkinoilla, jossa korostetaan asiakassuuntautuneisuutta.²³² Nämä periaatteet asettavat perinteisen kunnallishallinnon aivan uusien kysymysten eteen niin oikeudellisesti kuin toiminnallisesti.

Tutkimusaiheen kannalta managerialismilla ja yleensä NPM-ajattelulla on todennäköisesti ollut ulkoistamiselle välillisiä ja välittömiä vaikutuksia, joita tarkastelen myöhemmin. NPM:ään liittyy seuraavanlaisia näkökulmia ja ajatuksia: julkisten menojen hillintä, tuottavuuden ja tehokkuuden lisääminen, julkisten monopoliin välttäminen, yksityistämisen ja kilpailuttamisen suosiminen sisäisesti ja ulkoisesti, tulosohjauksen vahvistaminen kustannus- ja laatustandardien kautta, asiakaskeskeytyksen heijastuminen julkisten palvelujen määrittelyjen ja tuotteistamisen kautta sekä sopimusperusteinen toiminta²³³.

Monet edellä mainituista näkökulmista, kuten tuottavuuden, tehokkuuden ja kilpailun lisääminen, kustannus- ja laatustandardien kehittäminen sekä tuotteistaminen ja sopimusperusteinen toimintatapa, ovat ulkoistamisessa keskeisessä roolissa. Tätä

228 Karila 1998 s. 17. Markkinaohjautuvuuden korostaminen painottaa kuntien laskenta- ja talousraportoinnin merkitystä. Samalla kun on siirretty nettobudjetointiin, haetaan kustannuslaskennalla vertailutietoja kunnan eri menolajeista. Mitä enemmän kunnassa omaksutaan uusia toimintamekanismeja liiketalouden puolelta, kuten nettobudjetointi, tulosjohtaminen ja tilaaja-tuottajamallit ulkoistamisineen, sitä vaikeampaa valtuuston on hahmottaa kokonaiskuvaa ainakaan perinteisillä kunnan ohjausjärjestelmillä. Karila 1998 s. 42–43.

229 Monesti esimerkiksi käsitteitä ulkoistaminen ja yksityistäminen käytetään synonyymeina. Vrt. Kansalaismielipide ja kunnat 2006 s. 19. Ks. myös Kansalaismielipide ja kunnat 2000 s. 35–36.

230 Vrt. Luhmann 1990 s. 84.

231 Virkkunen ym. 1987 s. 49–50.

232 Möttönen 1997 s. 56; Heuru 2000a s. 251. Vrt. Temmes 1994 s. 81–82. Pohjoismaisessa hallinnossa korostetaan julkista toimintaa ja suunnittelua sekä byrokratiaa. Manageristinen hallintomalli pohjautuu pääasiassa liikkeenjohdon innovaatioihin ja erilaiseen johtamismalliin. Eri palvelujen tuottamistavoissa on kuitenkin kunnan ensin itse harkittava, mitä eri malleilla tavoitellaan. Yksityisen palveluntuottajan uusi konsepti ei välttämättä sovellu suoraan kunnallisen toimintaympäristöön, jota säädellään eri tavoin kuin yksityistä yritystä.

233 Lähdesmäki 2003 s. 25. Vrt. Almgvist 2004 s. 24–27.

käsitystä tukee se, että yksityistämistä pidetään NPM:n pääsuuntauksena.²³⁴ Julkisten palvelujen uusien järjestämis- ja tuottamistapojen lisäksi talous-, ohjaus- sekä raportointijärjestelmien kehittäminen on myös keskeistä. NPM:n lisäksi on alettu puhua NPFM-uudistuksesta, jolla tarkoitetaan julkista johtamista kehittäviä laskenta- ja talouspuolen uudistuksia.²³⁵ NPM-suuntauksen jälkeen ovat verkostot ja niiden johtaminen korostuneet entistään. Toisaalta eri suuntauksia taustoitettaessa on huomioitava kunnan erityispiirteet muihin palveluntuottajiin verrattuna.²³⁶

Talousohjauksen kehittämisessä kysymyksessä on ollut kuntien kannalta tulosohjaukseen siirtymisestä²³⁷. Tulosohtaus eroaa joiltain osin muista tavoitteenasettelun muodoista esimerkiksi siten, että siinä tavoitteet pohjautuvat enemmän numeraalisiin tunnuslukuihin²³⁸. Tulosohtaus voidaan myös kiteyttää kunnissa siten, että valtuusto ohjaa hallintokuntia kun taas tulosjohtaminen nähdään ensisijaisesti operatiiviseksi johtamistavaksi.²³⁹

KuntaL 80.3 §:n ja 65 §:n säädökset ovat jo 1990-luvun alkupuolella saakka antaneet tilaa nettobudjetoinnille, joka on taas lisännyt kuntien mahdollisuuksia soveltaa paremmin tuloksellisuusoppeja, kun palveluja järjestetään uudestaan. Toisena keskeisenä asiana on, mitä ongelmia nettobudjetointi on tuonut ja pystytäänkö sillä tosiasiallisesti tehostamaan kunnallista palvelutuotannon järjestämistä.²⁴⁰ Kun palveluja ulkoistetaan, joudutaan miettimään, mitä elementtejä käytetään ja miten sovelletaan edellä mainittuja talousohjauksen, tulosohtauksen ja tulosjohtamisen muotoja niin, että ne toimisivat ja tuottaisivat oikeaa informaatiota ulkoistetusta palvelun kustannuksista ja laadusta.

Kunnallisten palvelujen tehokkuusajattelussa oikeuksien ja velvollisuuksien järjestely on tehokasta vain silloin kun sääntöjä ei voida muuttaa kuin siten, ettei toisen kuntalaisen asemaa paranneta huonontamalla toisen²⁴¹. Pareto-optimaalisuuden ajatusta²⁴² on mahdollista hyödyntää myös oikeudellisesta näkökulmasta ja erityisesti palvelujen järjestämisen tehokkuutta haettaessa etenkin kuin pohdiskellaan kuinka pitkälle tehokkuusperiaatetta voidaan viedä erilaisilla toimenpiteillä ja sääntelyllä.

234 Savas on todennut, että ”Privatization is obviously in the mainstream of the New Public Management, Exhibiting all these characteristics. – Privatization is the New Public Management”. Savas 2000 s. 319.

235 Tällaisia NPFM:ään liittyviä suuntauksia ovat mm. seuraavat: Ensimmäiseksi ulkoistamisen vertailu, jota on sisäisten ja ulkoisten hinnoittelumekanismien ja markkinasuuntautuneiden johtamisjärjestelmien kehittäminen sekä siirtyminen suoritusperusteiseen tilinpäätösraportointiin. Tähän liittyy rahamääräisten ja ei-rahamääräisten suoritettavien ja indikaattoreiden kehittäminen. Toisena kohtana on laskentatoimen ja johdon laskentatoimen ja muun taloudellisen tiedon integroiminen sekä budjettivallan ja vastuun jakaminen. Viimeisenä kehittämiskohteena on julkisen sektorin sisäisen ja ulkoisen tarkastuksen sekä tehokkuuden ja vaikuttavuuden arviointi. Haveri 2000 s. 36–37.

236 Ks. Huotari 2009 s. 71–72.

237 Meklin 2001 s. 91–93.

238 Vrt. Myllyntaus 2002 s. 26.

239 Meklin 2001 s. 91.

240 Valtiovarainministeriö on ollut aktiivinen erilaisten tulos- ja tuottavuusoppien esiintuojana. Se lanseerasi ohjeillaan 1988 uusia, yritysmaisia oppeja sekä ohjaus- ja johtamismenetelmiä valtion virastoihin. Uoti 2003 s. 93.

241 Rawls 1988 s. 51.

242 Ks. luvun 2.2.1. alku.

Edellinen näkökulma voidaan liittää ulkoistamisiin siten, että ulkoistamisia pitäisi aina pystyä tarkastelemaan myös kokonaisuutena muuhun toimintaan nähden, niin että vältetään osaoptimoituneita.

Managerialismi sisältää hieman eri painotuksia kuin edellä mainitut NPM- ja NPFM-suuntauksat ja -ajattelutavat, vaikka siinä on samoja elementtejä tehokkuuden, tulosjohtamisen, alaspäin valtuuttamisen sekä avointen markkina- ja kilpailumekanismien hyödyntämisen osalta. Managerialismissa korostuvat seuraavat näkökulmat: hyödynnetään markkinamekanismeja, painotetaan palvelujen laatua ja asiakasnäkökulmaa, palveluiden tuottaminen eriytetään tuotannon ohjauksesta, painotetaan tulosorientoituneisuutta ja läpinäkyvyyttä sekä delegoidaan eri yksiköille toimivaltuuksia byrokratian vähentämiseksi²⁴³. Lisäksi nykyisestä ”liittokohtaisesta” palvelusuhdejärjestelmästä siirrytään tulos- ja virastokohtaiseen palkkaukseen, ja samalla korostetaan suoritusvoittoja ja suoritusindikaattorien kehittämistä ja käyttöönottoa johtamisessa²⁴⁴.

Tulosjohtaminen kuuluu managerialismi- ja *new public management*-suuntauksiin. Tulosjohtamisajattelu on osa managerialistista kehittämissuuntausta. Tutkimustehtävän kannalta on syytä taustoittaa tulosjohtamissuuntausta tarkemmin, koska tulosjohtamisjärjestelmän asema korostuu uusien vaihtoehtoisten palvelujen järjestämisen ja tuottamisvaihtoehtona paremmin kuin perinteiset byrokraattiset järjestelmät.²⁴⁵ Tulosjohtamisen opit ovat myös luonnollisesti lähteneet liiketaloustieteen johtamisopeista. Edellä mainittu kehityssuunta on tuonut kunnalliseen palvelun järjestämiseen myös tuloksellisuusajattelun, mikä on taas samalla nostanut esiin uudenlaista problematiikkaa oikeudellisten säännösten soveltamisessa ja tulkinnassa. Tulosvastuu voidaan oikeudellisesti nähdä yhdeksi tarkoituksenmukaisuusvastuun muodoksi, eikä sitä voi suoranaisesti soveltaa luottamushenkilöihin²⁴⁶. Tulosvastuullisuuteen liittyvä tavoitteellisuus sopii toisaalta hyvin siihen, mitä monesti palvelujen tuottamistapojen muutoksilla haetaan. Ongelmalliseksi asian tekee se, että kunnan viranhaltijajohtoa voidaan sitoa tulos- ja tarkoituksenmukaisuusvastuuseen mutta kunnan luottamuselimiä vain jälkimmäiseen. Tällöin voi tulla tilanteita, joissa luottamushenkilöt eivät ole sitoutuneita pitkäjänteisesti noudattamaan yhteisesti sovittuja tuloksellisuustavoitteita.

Valtionosuus ja verotulojärjestelmien muodot ja kannustavuuselementit²⁴⁷ ovat tärkeitä kuntien kannalta, koska ne voivat ruokkia passivisuutta tai kannustaa kuntia aktiivisesti hakemaan uusia tehokkaita ja laadukkaita palvelujen järjestämistapoja. Oikeudellisesti katsottuna valtionosuusjärjestelmän tehtävässä voidaan erottaa kaksi pääperiaatetta: Valtio on asettanut tietyt tavoitteet, joita kunnallisessa palvelun tuotannossa yritetään tavoitella. Lisäksi valtio ohjaa valtionapujen kautta kuntien palve-

243 Hieman eri näkökulmasta on managerialismia ja professionalismia on myös verrattu toisiinsa. Ks. Exworthy–Halford 1999 s. 25–26.

244 Temmes–Kiviniemi 1997 s. 21; Ks. Heuru 2000a s. 250.

245 Möttönen 1997 s. 53, 56.

246 Ks. Heuru 2008 s. 206–207 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008).

247 Tehokkuutta ja valtionapujen riippuvuutta voidaan arvioida sen mukaan, kannustavatko valti-onavut kuntia järjestämään ja tuottamaan palvelunsa taloudellisesti. Laasasen mukaan uudessa laskennallisessa valtionosuusjärjestelmässä painottuvat taloudellisuus, tehokkuus ja kustannus-tietoisuus. Tämä toteutuu niin, että kunnat yrittävät tuottaa palvelut mahdollisimman pienillä kustannuksilla, mutta vaarana on, että kunnat yrittävät tiputtaa palvelujen kustannuksia laadun kustannuksella. Laasanen 1999 s. 89.

luiden tuottamista. Tällaisia peruspalveluja, joissa valtio ohjaa kuntia, ovat koulu-, terveydenhuolto- ja sosiaalipalvelut.²⁴⁸

Vuonna 1993 valtionosuusuudistus legitimoï omalla tavallaan tulosoajaukseen siirtymistä, koska hallituksen esityksessä valtioapujärjestelmän uudistamiseksi mainittiin mm., että kunnille annetaan suuremmat toimintavapaudet, kustannusperusteiset valtionosuudet tullaan vaihtamaan laskennallisiin valtionosuuksiin, joihin sisältyi myös kuntakohtaisia määrätymisperusteita, sekä kuntien kustannustietoisuutta ja toiminnan tuloksellisuusajattelua tullaan painottamaan.²⁴⁹ Tuloksellisuusajattelu sopii hyvin kunnallisen palvelujen tuottamisnäkökulmaan, koska yhtenä pääkohtana tiettyjen palvelujen antaminen avoimelle kilpailulle oli kustannustehokkuuden hakeminen. Hyvinvointipalvelujen kannalta tulosoajaukseen siirtyminen ei ole ollut ongelmatonta. Kunnallisten hyvinvointipalvelujen kannalta keskeistä on, miten tulokulttuurissa pystytään valvomaan niin että kuntalaisten perustuslain mukaiset sivistykselliset oikeudet ja riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut turvataan kaikissa kunnissa myös tiukkenevien taloudellisten resurssien aikana.

Tuloksellisuuden arvioinnissa, niin yksityisellä kuin julkisella, ongelmana voi monesti olla myös mittareiden runsaus. Esimerkiksi Ison-Britannian hallituksen raportissa oli vuonna 1988 noin 2 000 tuloksellisuuden ilmaisinta²⁵⁰. Vuoden 1976 kunnallislain muuttamista koskevassa hallituksen esityksessä oli maininta, että kuntien taloussäännöt tulisi tehdä valtakunnallisten suositusten mukaisesti²⁵¹. Sen sijaan uudessa vuonna 1995 säädetyssä kuntalaissa ei mainittu, miten tuloksellisuuden käsite pitäisi ymmärtää²⁵². Tuloksellisuuden mittaamisesta julkishallinnossa on hyvin erilaisia käsityksiä, ja kriteerit ja lähestymistavat voivat olla eri kunnissa hyvinkin organisaatiokohtaisia²⁵³.

Vartiainen on vertaillut tuloksellisuutta kolmen eri teoreettisen mallin pohjalta ja arvioinut, mitä nämä mallit antavat palveluorganisaation tuloksellisuuden arvioinnille. Päämääräorientoitunut tuloksellisuuden arviointi on tunnetuimpia ja vaatii hyvin tarkkaa näkemystä päämääristä. Monesti suurin haaste liittyy juuri päämäärien laaja-alaisuuteen, ja niiden tarkka arviointi on hyvin vaikeata. Ulkoistamisen kannalta eri lähestymistavoissa on liittymäkohtia kuntiin. Etenkin päämääräorientoituneen tuloksellisuuden arvioinnin mukaisesti kunnilla on monesti suuria haasteita saada selvä käsitys keskeisistä päämääristä palvelua ulkoistaessaan. Vastaus on todennäköisesti erilainen sen mukaan, liitetäänkö keskusteluun hyvinvointipalvelujen taso, perusoi-

248 Laasanen 1999 s. 83–84.

249 Myllymäki 1994 s. 162; Häggroth on pohdiskellut hyvinvointipalvelujen rahoittamisen problematiikkaa. Ks. Häggroth 2005 s. 41–42.

250 Uoti 2003 s. 120.

251 HE 70/1992 s. 18.

252 Uoti 2003 s. 121. Kunnallinen työmarkkinalaitos on suositellut, että tuloksellisuuden osatekijöihin kuuluisi monia kohtia, kuten palvelujen vaikuttavuus, riittävyys, kohdentuvuus, laatu, asiakastytyväisyys, saatavuus, tuottavuus, taloudellisuus ja henkilöstön aikaansaannoskyky. KT:n yleiskirje 15/2000 s. 4–6.

253 Vartiainen 1994 s. 84, 115–117.

keudet, taloudelliset näkökulmat vai tulonjako ja valvontakysymykset.²⁵⁴

Jos kuntatilaaja hakee tuloksellisuutta, pitää sen pystyä määrittelemään mahdollisille palvelun tarjoajille vertailuperusteet siten, että ne tukevat toiminnan tuloksellisuutta tai vaikuttavuutta²⁵⁵. Vaikuttavuutta on kuitenkin vaikeampi mitata, ja juridisesti täytyisi pystyä osoittamaan ja sopimaan ne indikaattorit, joita palvelun tuottaminen koskee. Näin pystytään jälkeenpäin arviomaan, onko palvelun tuottajan tuottama palvelu ollut myös vaikuttavaa.

Pohjoismaissa hallinnon kehittämissuuntauksat ovat olleet hyvin samanlaisia. Normisääntelyä on väljennetty ja hallintoa kevennetty ja hajautettu. Välineinä on käytetty tulosohjausta ja tulosjohtamista. Tulosjohtaminen ja tulosohjaus eivät ole täysin ongelmattomia, koska niitä voidaan pitää rationaalisen suunnitteluajattelun uudelleen esiin ottamisena, jossa painotetaan tuottavuus- ja tehokkuusnäkökulmia²⁵⁶. Ensimmäisenä Suomen julkishallinnon kehittämisen yhdeksi teemaksi nousi suunnitteluajattelu²⁵⁷. Suomessa kunnallishallinnon suuntauksat ja ajatukset tulosjohtamisesta suunnitteluajattelussa olivat epärealistinen tieteellinen ja rationaalinen ajattelu. Suunnittelu nähtiin keinona panna julkisen sektorin uudistukset täytäntöön sosiaalisesti ja alueellisesti oikeudenmukaisesti, ja sitä pidettiin keskeisenä hallinnon ohjausjärjestelmänä. Suunnitteluideologia omaksui ajatuksia yritysten suunnittelumenetelmistä, joita alettiin muokata julkiselle sektorille.²⁵⁸

Tulosjohtaminen liittyy monelta osin markkinamekanismien tuloon kunnallishallintoon. Niillä on pyritty tehostamaan kuntien toimintaa. Tulosjohtamista on pidetty yhtenä välineenä saavuttaa managerialistisimmat tavoitteet. Tulosjohtaminen sopii sinänsä viime vuosikymmenien suuntauksiin, koska siinä yritetään pääasiallisesti kiinnittää huomiota panos-tuotossuhteeseen ja toimintaa mittaviin tuloksiin. Kuntalaista on pyritty jo valmisteluvaiheessa samaan niin väljä ja joustava, että se

254 Ks. Vartiainen 1994 s. 84–90. Ympäristöorientoituneessa tuloksellisuuden arvioinnissa organisaation muotoon ja käyttäytymiseen vaikuttavat mm. ympäristön asenteet ja säännöt. Vaarana on, että ympäristöorientoitunut organisaatio fokusoituu toiminnan legitoimiseen ja responsiivisuuteen palvelujen tehokkuuden kustannuksella. Kun kilpailu kiristyy hyvinvointipalvelujen tuottamisesta ja haetaan mm. yksityistämistä, on palvelun käyttäjän kannalta tärkeää, että palvelun laatua voidaan arvioida tarpeeksi hyvin. Tällöin korostuu toimintaympäristön ja organisaation välinen vuoropuhelu. Kolmas lähestymistapa on teknologiaorientoitunut tuloksellisuudentarkastelu, joka pohjautuu mm. kontegenssiteoreettiseen ajattelutapaan. Ks. lisää Vartiainen 1994 s. 84–90.

255 Vrt. Pekkala 2007 s. 403; Kanerva 2008 s. 11–12. Ruotsissa seurattiin 1990-luvulla vanhus-
tenhuollon kilpailuttamista ja tuloksena oli, että kilpailutetuista palveluista puolet oli tuonut
kustannussäästöjä. Kilpailuttamisen seurauksena kuntien omat tarjoukset olivat keskimäärin 7 %
edullisempia, kun taas yksityisten tarjoukset olivat noin 9 % kunnan tarjouksia edullisempia.
Kähkönen–Volk 2008 s. 203.

256 Stålberg 1991 s. 186–187. Norjaan vuonna 2001 alkanut omalääkärijärjestelmä takasi kaikille hen-
kilökohtaisen lääkärin, jonka vastuulla olivat ennaltaehkäisevä työ ja hoitorekisterin ylläpitäminen.
Kuntalaisille tuli mahdolliseksi valita valtion rahoittama omalääkäri tai yksityinen lääkäri. Tämä
suuntaus liittyy hyvin pitkälti NPM-suuntaukseseen, koska useat virkalääkärit alkoivat perustaa omia
yrityksiä, joiden kautta he myivät palveluja kunnille. Forma–Niemelä–Saarinen 2006 s. 45.

257 Temmes 1994 s. 41. Möttönen on todennut, että yksi keskeinen asia oli tavoitteiden ja niiden
mittaamistapojen määrittely, jotta tulostavoitteet saavutettaisiin. Julkisen hallinnon suunnittelu-
ajattelu voidaankin nähdä yhtenä tulosjohtamisen varhaisista haaroista. Möttönen 1997 s. 42.

258 Vanhassa kunnallislain 13.1 §:ssä (953/1976) oli määritelty, että kunnalla tulee olla ”kunnanval-
tuuston ohjeellisena hyväksymä kunnan olojen kehittämistä, sen hallinnon ja talouden hoitamista
sekä toimintojen sijoittumista koskeva kuntasuunnitelma”.

mahdollistaa hallinnossa ja tehtävien hoitamisessa hyvinkin paikalliset näkökulmat ja ratkaisut. Valtuustojen rooli on myös useissa kunnissa muuttunut talousarvioiden yksityiskohtaisuuden pois jäämisen takia laajempien kokonaisuuksien käsittelijäksi ja tavoitteiden asettelijäksi.²⁵⁹ Tulosjohtamista on alan kirjallisuudessa tutkittu viimeisen parinkymmenen vuoden aikana runsaasti. Näkökulmat ja lähestymistavat tosin eroavat vähän toisistaan.²⁶⁰ Tuloksellisuus voidaan ymmärtää tuottavuuden, taloudellisuuden ja vaikuttavuuden yläkäsitteeksi. Kunnissa toiminta voidaan kiteyttää tulokselliseksi silloin, kuin kunta pystyy järjestämään laadukkaita palveluita tietyillä resursseilla. Vaikuttavuudella taas voidaan selvittää, kuinka hyvin on pystytty tietyillä suoritteilla suoriutumaan asetetuista tavoitteista, kuten asiakkaiden tarpeista.²⁶¹

Tulosjohtamisen periaatteet on huomioitava ennen kuin lähdetään tuottamaan ulkoistettua palvelua, koska repressiivinen arviointi ei ole objektiivista, jos arvioitavia asioita ei ole sovittu etukäteen. Tuottavuustarkasteluongelmaksi voi etenkin sosiaali- terveydenhuollon alalla tulla vaikuttavuuden huomioiminen. Vaikuttavuuden ja tuottavuuden samanaikainen tarkastelu voi olla ongelmallista, koska vaikuttavuuden parantaminen voi heikentää palvelun tuottajan tuottavuutta. Toisaalta silloin kun vaikuttavuuden tarkastelu jää ulkopuolelle, jää samalla suuri osa palvelun tuottamisprosessista myös tuottavuustarkastelun ulkopuolelle.²⁶² Tuloksellisuuden arviointi ja mittaaminen on ulkoistamisessa erityisen tärkeätä, koska näin vältetään jälkikäteen monelta tulkinnallisuudelta ja täysin mielivaltaiselta arvioinnilta²⁶³. Tuloksellisuuden arviointi on myös tietyiltä osin yksinkertaisempaa ja selvempää ulkoistetulle palvelun tuottajalle kuin sellaiselle toiminnalle, jota kunta tekee itse.

Tulosohjausmallissa parannetaan vastiketta kuntalaisten maksuille, eli parannetaan taloudellisuutta, tuottavuutta ja vaikuttavuutta. Tuloksellisuuteen vaikuttaa se, kuinka optimaalisesti kunnanvaltuusto pyrkii fokusoimaan resurssit tulos- ja toimintayksiköille ja miten tehokkaasti tulosityksiköt suoriutuvat tavoitteistaan. Tulosohjausta ei löydy suoranaisesti kuntalaista, mutta se on johdettavissa KuntaL 65 §:stä jossa on mainittu toiminnallisista tavoitteista ja määrärahoista. Tulosohjaus ei ole täysin ongelmatonta, vaan siinä on kulttuurisia ja teknisiä ongelmia, jotka liittyvät tuloksen mittaamiseen,

259 Haveri 2000 s. 61–62; Hoikka ym. 1999 s. 118, 120.

260 Tulosjohtamisen keskeiset ajatukset ja periaatteet voidaan jakaa kunnallishallinnossa ainakin neljään osaan: Keskeisintä on tavoitteiden asettaminen ja määrittely, jotta tulosjohtaminen ymmärretään oikein. Toisena on keskeisten tavoitteiden ja suunnitelmien sisäistäminen organisaatiossa niin, että tulostietoisuus ja -ajattelu lisääntyvät. Kolmantena on tulos- ja arviointimittareiden rakentaminen niin, että tulosvastuu on mahdollisimman selkeä eri tulosityksiköillä. Samalla on tärkeää luoda järjestelmät, jotka kannustavat saavuttamaan tavoitteet ja motivoivat kunnallista organisaatiota itseohjautumaan. Tilaajan ja tuottajan pitäisi pyrkiä ohjautumaan entistä enemmän kuntalaisten odotusten mukaisesti. Möttönen 1997 s. 47–48; Karila 1998 s. 166–168; Salminen–Niskanen 1996 s. 51. Tällöin keskeiseksi asiaksi nousee, kuinka paljon kunnan organisaatorakenne ja toimintaprosessit pystyvät muuntumaan tilaajaorganisaatiomalliin siirryttäessä ja mitä lainsäädännöllisiä rajoituksia eri toimintavoille on asetettava.

261 Porokka–Maunuksela–Säilä–Honka 2001 s. 27.

262 Meklin 2008 s. 392.

263 Hallituksen esityksessä on esimerkiksi todettu, että Suomessa on tutkittu 1960-luvulta lähtien julkisten rakentamisen kustannuksia. Tutkimusten mukaan kilpailuttaminen on ollut 10–20 % halvempi vaihtoehto kuin kunnan omana työnä tekemä urakka. HE 69/1997 s. 13.

rahoitukseen sekä kustannuksiin.²⁶⁴ Valtion peruspalveluohjelmassa tätä pyritään ratkaisemaan arvioimalla sellaisia indikaattoreita, joilla pystytään mittamaan palvelun laatua asiakasnäkökulmasta, sekä kustannustehokkuutta, tuottavuutta ja vaikuttavuutta²⁶⁵.

Alijäämän kattamisvelvollisuus ja talouden tasapainovaatimus tulivat kuntalakiin vuonna 2001. KuntaL 65.3 §:n on tullut tarkennuksia vuonna 2006 siten, että kunnan ja sen toimielinten on ryhdyttävä toimenpiteisiin talouden tasapainottamiseksi, jos alijäämä on määrältään merkittävä. Toisaalta on huomattava, että kyseisen KuntaL 65.3 §:n noudattamatta jättämisestä ei ole säädetty erillisiä seuraamuksia, vaan tasapainovaatimusta valvotaan yleisillä laillisuusvalvontakeinoilla²⁶⁶. KuntaL 65 §:n lisäykset ovat tuoneet ensisijaisesti tilintarkastajille ja tarkastuslautakunnille lisää harkintavaltaa siinä, ovatko kunnanhallituksen KuntaL 69.2 §:n toimintakertomuksessa esittämät selvitykset riittävät. Tällöin voidaan joutua punnitsemaan, ovatko palveluiden tuottamistapojen muutokset, kuten ulkoistukset ja siitä koituvat mahdolliset säästö- tai henkilöstövähennystoimenpiteet, nähtävä kuntalain tarkoittamina riittävinä toimenpiteinä. Toisaalta talousarvio ja -suunnitelma eivät juridisesti sido valtuustoa. Alijäämien kattamisen toimenpideohjelman lopullisen suunnan ja yksityiskohtaisuuden päättää valtuusto niin, että niiden kesken ei ole ristiriitaisuuksia²⁶⁷.

Kuntalain kehitys on osaltaan vahvistanut myös tulosjohtamisen esilletuloa, koska perusolettamuksena on, että kunnat, jotka ovat ulkoistaneet toimintojaan, ovat tehneet sen pääosin tehokkuuden nimissä²⁶⁸. Tätä oletusta puoltaa käytännön kokemusten lisäksi KuntaL 70 §:ssä oleva maininta, että kunnanhallituksen on toimintakertomuksen tai sen antamisen yhteydessä tehtävä esitys tilikauden tuloksen käsittelystä sekä talouden tasapainottamista koskevista toimenpiteistä²⁶⁹.

Uudella KuntaL 65 §:n säännöksellä on luotu kunnan talouden tasapainolle ulkoisen kirjanpidon arviointiperuste. Käytännössä kyse on terveen kunnallistaloudenhoidon vahvistamisesta. Taloudeltaan alijäämäisissä kunnissa lisääntyy tarve löytää uusia toimintatapoja, koska näyttää siltä, että paineet ohjata kuntia terveeseen taloudenpitoon kasvavat tulevaisuudessa²⁷⁰. Hallituksen esityksestä ilmenee, että valtaosa kunnista oli yrittänyt saattaa taloutensa tasapainoon ja siten noudattaa tasapainosäännöksiä lain tarkoittamalla tavalla²⁷¹. Taloudellisen liikkumavaran kaventuessa monet kunnat alkavat

264 Meklin 2000 s. 141. Ryynänen on pohtinut sitä ”missä laajuudessa byrokratia on kahlinnut itse itsensä ja välttänyt kehittämästä menestyksekkään toiminnan edellyttämiä rakenteita. Mikään oikeussäännös ei esimerkiksi ole estänyt kunnallispoliitikkaa ja -hallintoa ohjaamasta riittävän vaikuttavalla tavalla yksityistettyjä kunnan yhtiöitä tai kytkemästä kansalaisia tiiviimmin kyselyin, laatuutakuin tai kansalaisaktiviteettien mobilisoinnein heitä koskevien asioiden hoitoon”. Ryynänen 1996 s. 19. Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirja korostaa myös suoraan vaaleilla valitun toimielimen päätösvalan ensisijaisuutta.

265 VM julkaisuja 21a/2010 s. 44.

266 Harjula–Prättälä 2007 s. 504.

267 Heuru 2008 s. 299 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008).

268 Kalima oli 80-luvun lopulla todennut, että taloudellisen tehokkuuden vaatimusta pidetään kunnallishallinnossa tärkeämpänä kuin sitä, miten tavoitteet asetetaan. Ongelmana näyttää olevan kunnallisten palvelujen laatu. Kalima 1988 s. 257.

269 Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 396; Hannus–Hallberg 1997 s. 444.

270 Myllymäki 2002 s. 37. Ks. myös KHO:n päätös, joka liittyi alijäämän kattamiseen ja toimenpideohjelmaan sekä siihen liittyvään valitusoikeuteen. KHO:2009:75.

271 HE 8/2006 s. 10.

vasta aktivoitua ja hakea uusia yhteistyö- ja toimintamuotoja²⁷². Kovissa taloudellisissa paineissa olevat kunnat lähtevät todennäköisesti herkemmin hakemaan kunnallishallinnolle uusia ja tehokkaampia malleja, kuten tulosjohtamista²⁷³.

Hallintovaliokunta on mietinnössään valtioneuvoston selonteon johdosta todennut seuraavasti:

” – – kuntien asema paikallisen kehityksen ohjaajana ja hyvinvointipalvelujen turvaajana on 1990-luvulla entisestään korostunut. Kuntien toimintamahdollisuuksiin vaikuttavat olennaisesti taloudelliset voimavarat. – – Valiokunta kiinnittää huomiota siihen, ettei selonteko sisällä arviota kunnallisen itsehallinnon todellisesta tilasta kuntatalouden näkökulmasta. Ainakin kuntien valtionosuuksien leikkaukset 1990-luvulla ovat lisänneet kuntien omarahoituksen merkitystä lakisääteisten tehtävien järjestämisessä. Ottaen huomioon muun muassa meneillään olevan kuntien eriytymiskehityksen hallintovaliokunta katsoo selonteosta poiketen, ettei valtion puolelta kaikilta osin ole huolehdittu siitä, että kunnilla on tosiasialliset mahdollisuudet suoriutua tehtävistään. Valiokunta edellyttää, että kuntalain tarkistamisen yhteydessä uudistetaan valtion ja kuntien neuvottelumenettelyä kunnallistaloudellisten vaikutusten ennakoitavuuden lisäämiseksi siten, että kuntien ja valtion välillä voidaan sopia kustannusten jaosta.”²⁷⁴

Vaikka tulosjohtaminen voidaan ymmärtää markkinaohjautuvuuden yhdeksi muodoksi tai osa alueeksi, on niillä myös kunnallishallinnossa paljon eroja. Tulosjohtaminen sinänsä ei esimerkiksi vaadi palvelujen järjestämistä oman organisaation ulkopuolella, vaan kunta voi tuottaa hyvinkin tehokkaasti palveluja tulosjohdetussa kunnassa. Tulosjohtamisessa valtaa²⁷⁵ ja vastuuta annetaan tulosityksiköille entistä enemmän, mikä voi uhata kunnallisen henkilöstön asemaa samalla tavalla kuin puhtaasti kilpailutettu ulkopuolelta hankittu palvelu.²⁷⁶

Managerialismin ja tulojohtamisen oppien soveltaminen kunnalliseen toimintaympäristöön ei ole täysin ongelmatonta, koska KuntaL 65 §:n mukaan kunnissa ylintä taloudellista päätäntävaltaa määrärahojen suhteen käyttää kunnanvaltuusto, joka talousarvion hyväksymisen yhteydessä vahvistaa seuraavan vuoden määrärahat. Ongelmaksi muodostuvat tulosjohtamisen välineistö sekä se, pystytäänkö ja halutaanko kunnanvaltuustossa määritellä tavoitteet sitovasti vai määritelläänkö tavoitteet väljemmin, jolloin niiden yksityiskohtainen sitovuus kärsii mutta eri osastoille ja tulosityksiköille jää

272 Harisalon mukaan on todennäköistä, että taloudellisissa ahdingossa oleva kunta kokee, että mahdollisuudet järjestää kunnalliset palvelut omalla tavallaan ovat vähentyneet. Harisalo 1988 s. 116.

273 Möttönen 1997 s. 45. Möttönen on todennut, että tulosjohtaminen on yksi keino, jolla voidaan tuoda markkinamekanismeja ja managerialistisia oppeja ja näkemyksiä kunnallishallinnon toimintaympäristöön ja joilla on merkitystä julkisen toiminnan tehostamiselle ja taloudellisten ongelmien ratkaisemiselle. Ks. lisää Möttönen 1997 s. 45.

274 HaVM 11/2000 s. 3. Hallintovaliokunta sai käsiteltäväkseen valtioneuvoston selonteon uuden kuntalain soveltamisen vaikutuksista kuntien hallintoon ja toimintaan.

275 Tulosjohdetussa organisaatiossa esimiehillä pitää olla mahdollisuus vaikuttaa mm. alaiensa kannustinmekanismeihin, rekrytointeihin ja tehtäviin.

276 Salminen–Niskanen 1996 s. 52. Vrt. Heuru 2003 s. 398.

enemmän liikkumavaraa tulostavoitteiden toteuttamisessa.²⁷⁷ Laajamittaisesti toimintoja ulkoistettaessa kunnanvaltuuston pitäisi samalla tavalla talousarvion hyväksymisen yhteydessä määritellä palveluiden taso tai tavoitteet ulkoistetulle toiminnalle vähintään yhtä tarkasti kuin jos toiminta tuotettaisiin itse.

Tulosjohtamisen soveltajat ja kehittäjät ovat etsineet erilaisia malleja tulosjohtamisen esteiden voittamiseksi. Kuntien ulkoistamisessa tarvitaan monia tulosjohtamisen keinoja, joihin on otettava kantaa viimeistään ulkoistamisten valmistelun yhteydessä. Sen jälkeen on päätettävä, miten ne pannaan täytäntöön. Kunnallishallinnosta katsottuna joissakin laeissa on viitattu tai määritelty kuntien taloudenhoidon tuloksellisuudesta. Suoranaisesti oikeussäännöstömme ei silti velvoita kuntia käyttämään tulosjohtamisen mekanismeja tuotettiin palvelut itse tai yrityksen toimesta²⁷⁸. Heurun mukaan tulosjohtamiselle on kunnissa asetettava ainakin kaksi ehtoa siten, että rationaalinen toiminta ja operatiivinen johtaminen sekä strateginen päätöksenteko on erotettava toisistaan²⁷⁹.

Lainsäädännöllinen kehitys on mennyt entistä enemmän kohti perusoikeuksien turvaamista. Lainsäädäntö on monelta osin pakottavaa, ja terveeseen taloudenpitoon liittyvät vaatimukset ja säännökset ovat lisääntyneet. Erityisesti kunnallisoikeudellisesta näkökulmasta katsottuna tulosjohtamiseen liittyy myös monta ongelmallista kohtaa. Tulosjohtamisen keskeiset periaatteet eivät painota oikeusvarmuutta ja virheetöntä käsittelyä tai muita kuntalaisen oikeuksia tilanteissa, joissa palvelun tuotanto on ulkoistettu. Lisäksi on huomattava, että monissa tilanteissa ulkoistettavaan toimintaan soveltuu paremmin tuottavuuden parantaminen. Tiettyjen kunnallisten toimintojen tehostamiseen ja tuottavuuden parantamiseen sisältyy myös monia käytännöllisiä ja periaatteellisia ongelmia, jotka eivät ole ajan myötä muuttuneet²⁸⁰.

2.3 Markkinakeskeisyyden esilletulo kunnallishallinnossa

2.3.1 Markkinakeskeisyyden ongelmat

Markkinakeskeiseen toimintatapaan liittyy monia haasteita, joita on tarkasteltava mietittäessä eri palvelujentuottamistapoja. Kunnan näkökulmasta kyse ei ole pelkästään siitä, ovatko tietyt vaikutukset kuntalaisiin nähden positiivisia vai negatiivisia, vaan että kyseiset vaikutukset tunnustetaan ja seuraukset pystytään ennakoimaan hyvissä ajoin. Kunnallishallinnolta vaaditaan oikeus- ja toimintavarmuuden lisäksi hyvin pitkälle

277 Tuori 1985 s. 29–30; Heuru 2000a s. 320.

278 Möttönen käsittelee väitöskirjassaan erilaisia tulosjohtamisen malleja. Mallit voidaan jakaa viiteen ryhmään, jotka ovat rationaalinen, behavioristinen, institutionaalinen, kriittinen ja poliittis-hallinnollinen selitysmalli. Poliittis-hallinnollinen selitysmalli suhtautuu neutraalisesti tulosjohtamiseen, koska se yrittää etsiä tekijöitä, jotka rajoittavat sen soveltamista ja toisaalta mahdollistavat sen. Tulosjohtamisen soveltamisessa avainasemassa tässä mallissa on politiikan ja hallinnon välinen suhde ja vuorovaikutus. Kriittisen selitysmallin mukaan tulosjohtaminen ei ratkaise kunnallishallinnon ongelmia vaan voi pahimmillaan johtaa tulosyksikköjen väliseen kilpailuun eikä ota huomioon kokonaisuutta. Kriittisen selitysmallin mukaan tulosjohtamisesta ei ole kunnallishallinnon uudistamissuuntaukseksi vaan se voi lisätä ongelmia ja jäykistää hallintoa entisestään. Möttönen 1997 s. 63–71.

279 Heuru 2000a s. 338.

280 Ks. Ross–Buckhead 1974 s. 35–36.

menevää säädös- ja muutosidonnaisuutta, joka taas vaikeuttaa markkinakeskeisten oppien soveltamista.

Markkinaperusteisilla toimintamuodoilla tavoitellaan vaihtoehtoisuutta ja julkisen palvelutuotannon keventämistä palvelujen tuottamisessa. Kilpailuttaminen voi tuoda myös uusia mahdollisuuksia palvelujen kehittämisessä ja kustannustehokkuudessa. Samalla kun kunnan keinovalikoimat lisääntyvät, joudutaan kiinnittämään entistä enemmän huomiota kilpailunrajoituslain ja hankintalain noudattamiseen. Monissa kunnissa ongelma on nousta se, että toimivia markkinoita²⁸¹ ei ole olemassa kaikilla toimialoilla.²⁸² Silloin kun kunnan oma toiminta on laitettu kilpailemaan markkinoiden kanssa, haasteeksi oikeudellisesta näkökulmasta tulee kunnan kaksoisroolin välttäminen²⁸³.

Viime vuosikymmeninä kuntiin on noussut kolme pääsuuntausta: deregulaatio, desentralisaatio ja markkinaohjautuvuus. Deregulaatiolla tarkoitetaan kuntiin kohdistuvan sääntelyn purkamista ja desentralisaatiolla hallinnon hajauttamista. Markkinaohjautuvuudessa korostetaan markkinaperusteisten toimintamekanismien ja tapojen hyödyntämistä ja kehittämistä kunnallishallinnossa. Markkinamekanismien ja muiden vaikutusten myötä on hallinnon käsite muuttunut julkisyhteisöissä²⁸⁴.

Markkinatalousjärjestelmän toimivuus lainsäädännöllisestä näkökulmasta vaatii monesti erilaisten näkökulmien esilletuomista ja paikoin kriittistäkin keskustelua, jotta juridisessa ja hallinnollisessa soveltamisessa eri näkökulmat ja ongelmat on riittävän hyvin tiedostettu²⁸⁵. Tällöin keskeiseksi kysymykseksi nousee, kuinka paljon markkinakeskeisyyden lisäksi tarvitaan sääntelyä, jotta kunnallinen palvelutuotanto voisi toimia yhteisten periaatteiden mukaisesti tilanteissa, jossa palvelun tuottavan orgaanin muotoa ei ole määritelty tai säädetty. Markkinaperusteisessa toimintatavassa painottuu deregulaatio, ja liian voimakas oikeudellistuminen voi hidastaa markkinakeskeisten toimintatapojen leviämistä ja omaksumista.

Yhdeksi keskeiseksi piirteeksi on noussut voimakas oikeudellistuminen. Viime vuosina on myös ajoittain nostettu uudestaan esille deregulaatio, joka ei ainakaan Suo-

281 Pekka Valkama on käsitellyt myös kilpailuneutraliteettirajoitusta historiallisena hallinto- ja tuotantoideana. Pragmaattisena argumenttina Valkama näkee, että kilpailuneutraliteettirajoituksesta ei aiheudu vahinkoa, koska valtaosassa kunnista ei ole vaihtoehtoisia palveluntuottajia. Valkama 2004 s. 319.

282 Myllymäki 2003 s. 57.

283 Vrt. KHO:2003:74. Päätös koski yhtiön osallistumista tarjousmenettelyn kohteena olleen hankkeen suunnitteluun.

284 Max Weberin teoria on vielä joiltain osin ajankohtainen julkishallinnon keskustelussa, vaikka teoria ei täysin enää anna vastauksia nykyajan hallinnon kehittämiseen. Nykyaikana byrokratian parhaita puolia ovat rationaalisuus ja ennustettavuus. Weber näki, että byrokraatioitumista tapahtuu kaikissa moderneissa valtioissa ja normaalitilanteissa byrokratian valta-asema on ylivoimainen, koska se yrittää lisätä professionalismin valtaa. Byrokratian liittyy pyrkimys että kaikki ovat tasa-arvoisia lain edessä. Weber 1978 s. 983. Ks. myös Leväsvirta 1999 s. 31.

285 Tolonen 1997 s. 306–307. Yksi keskeinen asia liittyy markkinaperusteisen toiminnan tehokkuuteen erittäin rajatulla tuotantoalueilla, jolloin palvelu voi olla kuntalaisten kannalta liian rajattua. Vrt. Bailey 2008. s. 143. Alue- ja paikallistason toimijoiden vahvistaminen ja yhtenäisen strategian saaminen on nähty EU:ssa aluetasolla tärkeäksi. Ks. CEMR Response 2007 s. 2, 5–6.

nessa ole edennyt toivotulla tavalla.²⁸⁶ Kunnallisesta palvelunjärjestämisperspektiivistä katsottuna viime vuosien kehitys on ollut vahvasti oikeudellistumiskehitystä tukevaa²⁸⁷. On huomattava, että kaikkia asioita ei voida siirtää suoraan yksityissektorilta julkiselle. Kun ulkoistamisissa hyödynnetään monia markkinaperusteisia toimintotapoja ja niitä siirretään julkiselle puolelle, pitää ymmärtää organisaatioiden ja toimintaympäristön erilaisuudet, liiketalouden lainalaisuudet sekä hyödykkeen ja palvelun erot²⁸⁸. Deregulaatiosta ei välttämättä ole apua markkinaohjautuvuuden lisääntyessä. Ensinnäkään deregulaatio ei takaa sitä, että päätösten demokraattisuus ja legitimeetti parantuisivat, koska kunnallishallinnossa voi olla omia sisäisiä tekijöitä, jotka lisäävät byrokratiaa²⁸⁹. Toisaalta sääntelyn lisääntymiseen ei aina voida vaikuttaa edes kansallisella tasolla.

Vaikka kuntien ja yksityissektorin palveluntuotantometodit ovat viime vuosikymmenien aikana monelta osin lähentyneet toisiaan esimerkiksi kunta- ja palvelurakennemuutostuksen optimaalisen palveluverkostoajattelun²⁹⁰ myötä, pääsääntöisesti yritysten ja kuntien perustehtävä eroaa siinä määrin, että lähestymistavat palveluntuottamisasioihin voivat olla hyvin erilaiset. Tällöin ongelmia pitää pystyä tarkastelemaan konkreettisine yksittäistapauksina reaaliajassa, jotta kumpikin osapuoli tiedostaa, miten asioita pitää kehittää eteenpäin. Keskeistä on, että kunta on perehtynyt myös markkinoihin ulkoistuksissa määritellyt mitä sillä tavoitellaan eli mitä kunta ja kuntalaiset siitä hyötyvät²⁹¹.

Saksasta peräisin oleva positivistinen hallinto-oikeus korostaa lakisidonnaisuutta ja oikeusvaltioajattelua, josta meidän hallintoamme tyypillinen legalistinen piirre on rakentunut²⁹². Näin ollen hallintoamme leimaa monelta osin hierarkkisuus, keskitys, laillisuus ja sektoroituminen, mikä taas näkyy hallinnollisissa tehtävissä jäykkänä, hitaana ja muodollisuuksiin nojaavana toimintatapana²⁹³. Suomessa hallinnon toimivuutta on kuitenkin pidetty yhtenä kilpailutekijänä, mikä liittyy keskeisesti normijärjestelmän selkeyteen ja yksiselitteisyyteen. Vaikeaselkoiset ja epäselvät normit lisäävät eriarvoisuutta ja huonontavat kuntalaisten mahdollisuuksia valvoa oikeuksiaan.²⁹⁴ Tämä tarkoittaa sitä, että markkinamekanismien mukaisia oppeja sovelletaan tietyltä osin myös julkisessa hallinnossa. Julkisen hallinnon toimintaympäristön vaatimukset tulevat poliittisen järjestelmän ja hallintokoneiston tavoitteista, kansalaisten tarpeista, odotuksista ja intresseistä, kansantaloudellisista ja muista taloudellisista realiteeteista

286 Oikeudellistumisella tarkoitetaan sitä, että sääntely lisääntyy ja sen piiri laajenee uusille alueille ja tuomioistuimiin tulevien asioiden määrä kasvaa. Lisäksi on havaittavissa vastakkainen piirre eli deregulaatio, jolla tarkoitetaan voimassaolevan sääntelyn uudelleenarviointia ja sääntelyn purkamista. Sillä voidaan tarkoittaa myös sääntelytason laskemista, eli julkista sääntelyä korvataan alemmanasteisella sääntelyllä. Wilhemsson 1993 s. 438–439.

287 Tala 2005 s. 4.

288 Ks. Herbert 1991 s. 42–43.

289 Tuori 1990 s. 41. Uusliberalistinen näkemys hyvinvointivaltion ja sen oikeuden ajautumisesta kriisiin on ollut deregulaatio, jolla tarkoitetaan oikeudellisten sääntelyjen purkamista. Deregulaatioon on suhtauduttu hyvin varauksellisesti, koska ei ole pystytty yksiselitteisesti selittämään ja ennustamaan, mitä oikeudellisten sääntöjen tilalle tulisi. Tuori 1990 s. 41.

290 Ks. Lehto 2006a s. 83–84.

291 Ks. lisää Björkroth ym. 2006 s. 59–71.

292 Salminen–Kuoppala 1985 s. 74–85.

293 KM 1989:8 s. 6, 4.

294 Temmes–Kiviniemi 1997 s. 47–48.

sekä oikeudellisista vaatimuksista ja velvoitteista.²⁹⁵

Keskeisenä haasteena on, miten yhdenvertaisuus- ja oikeudenmukaisuusnäkökohdat toimivat markkinakeskeisessä kunnallishallinnossa. Kunnallishallinnolta voidaan edellyttää ainakin seuraavanlaisia hallintolegalistisia piirteitä: Ensimmäiseksi päätöksiltä ja säännöiltä vaaditaan kirjallista muotoa ja tallentamista. Toiseksi viranhaltijan kompetenssi määräytyy ennalta annettujen kirjallisten sääntöjen mukaan. Kolmanneksi toimivaltarajat ovat jäykät, ja tarvitaan hallintoon kuuluvaa virkaa ja viranomaistoimintoja. Viimeiseksi kunnallishallinnolta vaaditaan hallintolegalistista muutoksenhakujärjestelmää ja tarkkaa muutosidonnaisuutta.²⁹⁶

Kuten edellä käsiteltiin, kuntien tuloksellisuutta on tarkasteltu monelta kanalta. Tulosjohtamisen tavoitteena on ollut systematisoida ja kehittää eri tasojen välistä vuoropuhelua. Sen keskeisiä haasteita kunnallishallinnossa on, miten taata perinteiseen hallintoon verrattuna lakien ja säädösten tarkka noudattaminen, oikaisu- ja valitusmekanismit, valvonta sekä poliittisten ohjausjärjestelmien toimivuus.²⁹⁷ Kuntien ja yksityisten organien toiminta ovat entistä enemmän sidoksissa toisiinsa monella palveluntuotantoalueella. Niinpä vaatimukset markkinoiden tuntemukseen ovat lisääntyneet, kun omaa ja ulkoistettua toimintaa pitää saada entistä vahvemmin tulosohjaukseen²⁹⁸. Kuntien palvelujen entistä suurempi markkinaehtoisuus on nostanut esille sen, että kuntien perinteiset arviointivälineet eivät ole riittäviä²⁹⁹. Esimerkiksi Tanskassa keskeisenä julkisen palvelun uudistamismallina on pidetty markkinamallia, jonka pääperiaatteena on, että kansalaiset voivat valita laitosten ja avustusten välillä. Pahimmillaan laitos voi juotua lopettamaan toimintansa, jos asiakkaat eivät käytä sen palveluja.³⁰⁰

295 Nikkilä 1994 s. 71. Bogdan on todennut, että ”vissa existerande rättsregel utgjorde en direkt broms för marknadsekonomi och fick avskaffas, såsom hela den komplicerande” planeringsjuridiken” och det stragsanktionerade förbudet mot ”spekulation”, varmed ofta avsågs handlande som i en marknadsekonomi utgör en uppskattad (men också beskattad!) legitim affärsverksamhet. Å andra sidan blev vissa existerande men förtvinade delar av rättssystemet väckta ur sin törnrosasömn, exempelvis varumärkesrätten”. Bogdan 1994 s. 209. Julkisen hallinnon virastoissa vaaditaan myös monenlaisia muutoksia, jotka liittyvät kansalaisten tarpeisiin eli asiakassuuntautuneisuuteen, tuottavuuden parantamiseen, osaamiseen, päätöksenteon nopeuttamiseen ja julkisuuteen. Ks. KM 1989:8 s. 4. Markkinakeskeisiä toimintatapoja on voimakkaasti kritisoitu usean vuosikymmenen ajan etenkin terveydenhuollon alalla. On myös kyseenalaistettu, voidaanko terveydenhuoltoa yleensä kilpailuttaa ja standardisoida.

296 Heuru 2000a s. 285, 286.

297 Virkkunen 1990 s. 199; Partanen 1992 s. 102. Tukholman kaupungissa on vuosina 1998–2000 saatu hyviä kokemuksia kunnallisten toimintojen avaamisesta kilpailulle. Kilpailuttaminen ei saa kuitenkaan olla itse tarkoitus, koska yksityinen monopoli ei ole julkista monopolia parempi asia vaan yrityksillä täytyy olla kiinnostusta kunnallisten tehtävien hoitamiseen, jotta kilpailu syntyy. Utvärdering av konkurrensutsättning inom Stockholms stad 2001 s. 3, 9, 13.

298 Rajala–Tammi–Meklin 2008 s. 21. Markkinakeskeisyyden ihannointi on johtanut tulosohjaukseen. Kuntien talousarviot ovat joltakin osin siirtyneet myös tulosbudjetteihin, joissa tulosvastuu on määritetty tulosyksiköille, jolloin kyseiselle yksikölle on asetettu toiminnalliset ja taloudelliset tavoitteet. Myllyntaus erottaa toisistaan käsitteet tulos- ja tavoiteohjaus. Tavoiteohjaus nojaa tavoitteen asettamisessa käytettävissä olevaan tietoon ja merkitys vähenee sitä enemmän, mitä enemmän toimintaympäristössä tapahtuu muutoksia. Tulosohjauksessa asetetut tunnusluvut säilyvät stabiilimpina toimintaympäristön muutoksista riippumatta. Myllyntaus 2002 s. 25–26.

299 Vrt. Ryyänen 2008 s. 47.

300 Ryyänen 1991b s. 400.

Kunnallishallinnon markkinamekanismien hyödyntämiseen vaikuttaa ainakin välillisesti valtionapu- ja verotulojärjestelmän kannustavuus. Yhtenä keskeisenä tekijänä on myös ollut kirjanpitolain uudistaminen eli liikekirjanpitoon siirtyminen, joka osaltaan vahvistaa talous- ja tehokkuusajattelua. Vuonna 1994 hallituksen esityksen perusteluissa todettiin, että tulosohjaus ja kehysbudjetointi ovat kunnissa lisääntyneet ja taloudellista päätöksentekoa on annettu entistä enemmän niille yksiköille, jotka myös vastaavat palvelujen tuottamisesta. Samalla mainittiin, että tulosohjauksen budjetointi toimii kahdella tasolla: Ensiksi oikeudellisesti sitova talousarvio antaa raamit poliittisten päättäjien toimivaltuuksille ja voimavaroille. Seuraavaksi toimielinten alapuolella olevat virastot ja laitokset tekevät käyttösuunnitelman, jossa toiminnan tavoitteista ja resurssien jaosta sovitaan luottamuselinten ja viranhaltijoiden kesken yksityiskohtaisemmin kuin alkuperäisessä talousarviossa.³⁰¹

Markkinaehtoisten palvelujen käyttö voi ilmetä esimerkiksi siten, että sopimus-pohjainen palvelutuotanto lisääntyy kunnissa, esimerkiksi puhtaanapito- ja pesula-palveluissa sekä ravitsemuspalveluissa. Suhteellisesti eniten ostopalveluja käytetään kuitenkin kunnan teknisellä sektorilla. Teknisen toimen tehtävien tai palveluiden, kuten kiinteistön- tai alueiden hoidon, ulkoistamisille ei juuri ole oikeudellisia tai hallinnollisia esteitä. Silloin kun ei ole kysymys viranomaistehtävistä tai julkisen vallan käyttämisestä, kunnat joutuvat lähestymään asiaa tarkoituksenmukaisuuden ja taloudellisuuden näkökulmasta.³⁰² Näitä näkökulmia rajoittavat kuitenkin monet säännökset, jotka määrittelevät, millaista tai -laatuista palvelun tulee olla. Minimissäännösten täyttyminen ei silti vielä tarkoita sitä, että palvelu olisi laadukasta tai että sitä olisi tarjolla aina riittävästi.

On esitetty, että kuntien tulisi vähentää omaa palveluntuotantoa ja käyttää paremmin hyödyksi yksityisen sektorin tarjontaa. Ongelmalliseksi on nähty se, että uudet säännökset ja aloitteet pienentävät yritysten mahdollisuutta toimia palvelumarkkinoilla.³⁰³ Palvelumarkkinat ovat monelta osin muuttumassa, ja markkinoilla on toimijoita erilaisissa rooleissa. Markkinamekanismien toiminnasta tekee haasteellista se, että kunnat voivat maksaa asiakkaiden puolesta osan kuluista. Samalla ne voivat asettaa ehtoja palvelun laadulle, jolloin kyseisen palvelun käyttäjä ei ole ainoastaan maksajan

301 HE 192/1994 s. 50.

302 Kilpailupoliittinen toimintaympäristö 2007 s. 63.

303 Näin on todettu Eva-analyysissä. Ks. Ekström–Pohjonen–Haavisto 2007 s. 2, 4. Sosiaalipalvelun yritysten määrä on myös kasvanut voimakkaasti, ja niiden liikevaihdosta peräti 80–90 % voi tulla kunnalta ostettavista palveluista. On arvioitu, että tulevaisuudessa mm. lasten päivähoitopalvelut sekä vanhusten asumis- ja kotipalvelut lisääntyvät. Lith 2001 s. 43; Lith 2000 s. 21; Valkama 2004 s. 14. Etenkin terveydenhuollon toimintaympäristössä tapahtuu monia suuria muutoksia, kuten väestön ikääntyminen, hoitoteknologian kehittyminen sekä kilpailulainsäädännön muutokset. Lisäksi erityisosaajien saaminen julkiselle terveydenhoitopuolelle vaikeutuu ja resurssien niukkuus jatkuu. Nämä muutokset luovat edellytyksiä sille, että kunnat ja kuntayhtymät eivät voi pitää toimintaansa ja rakenteitaan ennallaan vaan niiden on aktiivisesti haettava uusia toimintatapoja em. haasteiden ratkaisemiseksi. Esimerkkinä voidaan mainita, että pelkästään kuntien tietoliikennemenot ovat 500 milj. € vuodessa. Noin 80 % menoista muodostuu ulkopuolisista palvelu- ja tavarahankinnoista. Toisaalta ei ole yhdenmukaisia säädöksiä siitä, millaista tieto- ja tietoliikennetekniikkaa kunnan pitäisi hankkia. Ks. Kilpailupoliittinen toimintaympäristö 2007 s. 68.

roolissa³⁰⁴. Esimerkiksi tietoliikenteen kokonaispalveluiden ulkoistamisen yleistymistä on helpottanut se, että ne eivät kuulu kunnan omiin ydintehtäviin eikä niiden tuottamista ole aina säädelty niin tarkasti kuin kunnan erityistoimialaan kuuluvia tehtäviä. Tietoliikennepalveluiden ulkoistamiseen liittyvä sääntely voi myös vaihdella hyvinkin paljon toimialan mukaan. Perusterveyden- tai erikoissairaanhoidon tietoliikennetoimintojen ulkoistamisiin liittyy myös paljon pakottavaa säännöstöä, jonka tehtävänä on mm. turvata yksilön suoja ja potilasturvallisuus kaikissa tilanteissa.

Kunnan palvelujen järjestäminen osittain yksityisten organaaniin kautta tuo uusia haasteita esimerkiksi kuntalaisten ohjaukseen ja neuvontaan sekä tiedottamiseen. Tilaaajan kannalta oikeudellisia ongelmia voi alkaa muodostua, jos tietyt ydintoiminnot ovat täysin riippuvaisia tietyistä tukitoiminnoista³⁰⁵. Tukitoimintojen huono laatu tai toimimattomuus saattaa vaikuttaa ratkaisevasti ulkoistettuun ydintoimintaan. Tällöin voidaan olla tilanteessa, jossa tilaajan ja tuottajan välinen sopimuksellisuus ja palvelu toimivat mutta kolmas osapuoli eli tukitoiminnan palveluntuottaja, joka voi olla kunnallinen tai yksityinen organaani, ei pysty ratkaisemaan tai takamaan omaa toimintaa, mikä vaikuttaa sekä tilaajan että tuottajan toimintaan. Ongelmia syntyy, jos tukitoiminnot alkavat vaikeuttaa ulkoistetun palvelun saatavuutta tai toimintaa. Yhä yleisempiä ovat tilanteet, joissa tilaajan ja tuottajan ydintoiminnoissa ei ole ongelmia vaan ongelmat heijastuvat oman toiminnan tai ulkoistetun tukipalvelujen toimimattomuutena lakisäätöihin ulkoistettuun ydinpalvelun toimintaan.

Kunnallisten toimintojen markkinoille avaamisen negatiivisina puolina on nähty, että kilpailu ei toimi riittävän hyvin ja palvelujen tuottaja voi vaihtua liian usein³⁰⁶. Markkinat eivät toimi ulkoistettujen palvelujen osalta alueellisesti samalla tavalla, mutta kunnilla on kuitenkin mahdollisuus vaikuttaa strategisilla päätöksillään toimivien markkinoiden syntymiseen³⁰⁷. Kilpailun aikaansaaminen kuntarakenteemme pienemmissä kunnissa, jotka ovat kaukana suurista asutuskeskuksista, on ongelmallista. Teknisten palvelujen kilpailuttaminen on kuitenkin levinnyt laajemmalle kuin hyvinvointipalvelujen kilpailuttaminen, koska tiettyjen palveluiden tarjoajia on vähän

304 Kallioma-Puha-Petäjä-Leinonen 2002 s. 308. Ongelmia voi tulla myös sosiaalipalvelun yrityksille, jos ne ovat liian riippuvaisia yhden kunnan palvelujen ostoista, koska kunnan palvelujen ostomäärät ovat hyvin huonosti ennustettavissa. Em. palvelujen ostoissa on monesti kyse ulkoistamisesta. Ulkoistamisen laajuus ja muoto riippuvat kuitenkin hyvin pitkälti siitä, annetaanko tietyn alueen päivähoitopalvelut, vanhushuollon palvelut tai tietty terveysasema tai työterveyspalvelujen tuottaminen kokonaisuudessaan yksityisille yrityksille. Ks. Kilpailupoliittinen toimintaympäristö 2007 s. 69–70; STM:n selvityksiä 2008:23 s. 10–11.

305 Joissakin ulkoistuksissa kunnan oman organisaation tukipalvelu voi haitata kunnallisen tilaajan ja yksityisen organaaniin tuottaman palvelun toimimattomuutta, mikä taas luo toimimattomuutta myös ulkoistettuun ydinpalveluun. Tällöin tietyn ydintoiminnan turvaaminen vaatii myös tilaajan ja tuottajan lisäksi niin kunnan sisäisten kuin ulkopuolisten tukipalveluntuottajien toiminnan varmistamisen.

306 Ks. Utvärdering av konkurrensutsättning inom Stockholm stad. 2001 s. 13; ks. myös Kuntaliiton kilpailupoliittikan strategiset linjaukset 2002 s. 3.

307 Granqvist 1997 s. 397–398; Kuntaliiton kilpailupoliittiset linjaukset 2002 s. 6. Kilpailukyvyn mittaamisessa on omat ongelmansa. Esimerkiksi terveydenhuollon palvelujen markkinoilla toimivan ja voittoa tavoittelemattoman organaaniin vertailuun vaikuttavat useat tekijät. Toisaalta yksityisellä tai julkisella toimijalla voi olla lähinnä monopoliasema alueellaan.

ja niiden määrittelemisen ja tuotteistus on monimutkaista.³⁰⁸

Kun uusia innovatiivisia palvelutuotantotapoja tutkitaan ja kehitetään, on tärkeä selvittää, jätetäänkö tuottajalle ratkaisuvälta toimintojen kehittämisessä vai pyydetäänkö jo tarjouspyyntivaiheessa tarjoajia nimeämään ehdotukset palvelun saannin yksinkertaistamisesta ja nopeuttamisesta toimenpiteineen. Jos kunnan pitää resursoida ja sitoa paljon työpanosta asian selvittämiseen ja kehittämiseen, pitäisi osapuolten sopimusta tehdessä ottaa tämä huomioon, koska palveluntuottaja voi siirtää ainakin helposti monistettavat mallit muihin kuntiin.³⁰⁹ Ulkoistamisissa käytetystä välineistöstä on apua myös edellä esitettyyn kritiikkiin yksikkökustannusten ja kiinteiden kustannusten pienentämiseksi. Isossa-Britanniassa on nähty haasteeksi myös palveluiden kustannusten ja vertailun yhdenmukaistaminen sekä kuntien tarjoaman palvelun heterogeenisuus, jota varten on kehitetty kansallinen ohjelma³¹⁰.

Myös julkisen sektorin ennakoasenteet yksityistä palvelun tuottajaa kohtaan voivat olla esteenä ulkoistamisille. Monesti on ajateltu, että kunnan ydinpalveluissa, kuten terveydenhuollossa, markkinavaihdanta voi johtaa siihen, että osa kuntalaisista jäisi ilman hyvinvointipalveluja. Tällöin palvelut on turvallisinta tuottaa itse³¹¹. Monesti ongelmana on, että kunnissa ei tunneta tarpeeksi syvällisesti eri kilpailuettujen saavuttamisen perustana olevia mittareita, kuten resurssiyhdistelmää (mm. asiakassuhteiden kesto ja hallinta), organisaation suorituskykyä (mm. tuotannon toteuttaminen, erikoistuminen ja verkostoituminen) tai johtamiskulttuuria (mm. rekrytointi, teknologian hyödyntäminen ja prosessien johtaminen), mikä osaltaan vaikeuttaa markkinoiden hyödyntämistä tehokkaasti³¹².

Ulkoistamista ja yksityistämistä vastustavat eniten julkisen alan ammattiliitot, jotka ovat huolestuneita työntekijöiden ja etujen menettämisestä sekä voitontavoittelusta ja siihen liittyvästä huonosta sitoutumisesta julkisiin tavoitteisiin. Lisäksi keskeisinä ongelmina on, kuinka kunta voi jatkossa vaikuttaa hintaan, kuinka hyvin hoidetaan sopimukseen kuuluvat asiat sekä kuinka kunta pystyy ohjamaan ulkoistettua ja omaa toimintaa³¹³. Tiettyjen kunnallisten toimintojen ulkoistusten, kuten puhtaus- ja ruokapalveluolujen, seurauksena voi olla palkkojen ja muiden etujen heikentyminen. Ammattiyhdistysliikkeen vastustuksen lisäksi ulkoistamista ovat hidastaneet monet ennakoasenteet yksityisiä palveluntuottajia kohtaan, omien kustannusten ja lasken-

308 Entistä monimutkaisemmat toimintamuodot, kuten tilaaja-tuottajamallit sekä ulkoistamisen eri muodot, vaativat entistä paremmat laskenta- ja raportointijärjestelmät. Samalla informoinnin pitäisi olla mahdollisimman reaaliaikaista, vertailukelpoista ja helposti hyödynnettävissä. Vrt. Tammi 2006 s. 60.

309 Virén 2006 s. 25. Virén on todennut, että kunnat ovat organisatorisesti melko mahdottomia johtaa ja kuntien tehtäväkenttä on aivan liian laaja. Toisaalta aivan pienissä kunnissa yksikkökustannukset voivat olla korkeita tietyissä palvelusegmenteissä, koska kiinteät kustannukset ovat suuret pienissä tuotantomäärissä. Virén 2006 s. 45.

310 Boyne 1999 s. 53, 59.

311 Kilpailuviraston selvityksiä 1/2001 s. 15–16. Toisaalta Eva on analyysissaan arvioinut, että ulkoistettu toiminta voisi kasvaa yli nelinkertaiseksi eli noin 22 miljardiin euroon vuoteen 2015 mennessä edellyttäen, että kuntien oma tuotanto ei kasva. Eksröm–Pohjonen–Haavisto 2007 s. 12.

312 Vrt. Björkroth ym. 2006 s. 98–100.

313 Savas 2000 s. 210; STM:n selvityksiä 2008:33 s. 20.

tamenetelmien kehittymättömyys sekä poliittisen päätöksenteon vaikeus³¹⁴. Monesti tiettyjen hyvinvointipalvelujen ostamisen epäonnistumiset ja siitä aiheutuva kritiikki johtuvat siitä, että kunta tilaajana ei ole määritellyt tarpeeksi yksityiskohtaisesti, millaista palvelua se haluaa ja miten palvelun tuottamista seurataan ja arvioidaan³¹⁵.

Kunta voi joutua myös arvioimaan, haluaako se lähteä kehittämään palvelutuotantonsa yksityisten toimijoiden kanssa mahdollisimman tehokkaaksi tiettyjen tuotettujen standardoitujen palvelujen osalta vai kehittää erilaisten variaatioiden mukaisesti monipuolisia palveluja, jotka eivät ole aina yhtä tehokkaasti tuotettuja³¹⁶. Ulkoistamisen problematiikka heijastuu siinä, että kunnan pitäisi pystyä tilaajana hallitsemaan monta uutta elementtiä, joita omassa hallintolegalistisessa toimintaympäristössä ei ole tarvinnut huomioida. Oikeudellisesti tämä tarkoittaa myös sitä, että kunnan määräävä institutionaalinen asema muuttuu entistä enemmän vain yhdeksi sopimuksen osapuoleksi, johon myös avoimen markkinoiden tilanne, toimintatavat ja pelisäännöt vaikuttavat.

Ulkoistamisessa ongelmaksi voi muodostua, että funktionaalinen tehokkuus voi toimia mutta horisontaalinen tehokkuus ei toimi niin hyvin. Tällöin kuntalainen saa ulkoistetulta palveluntuottajalta kunnan tilamaan palvelun, mutta kokonaisuudenhallinta- ja tarkoituksenmukaisuuskysymyksiä ei arvioida riittävästi. Toiseksi on tärkeää rajata, millaisiin asioihin tuotteistamista ja kustannuslaskentaa voidaan soveltaa.

Liiallisen markkinakeskeisyyden tavoittelu voi tuoda kunnalliseen toimintaan myös monia uusia ongelmia, etenkin jos kaikkia oheisvaikutuksia ei ole tutkittu ja arvioitu. Ongelmallisen kehityssuuntana voidaan pitää sitä, että monet kunnalliseen palveluiden järjestämiseen liittyvät asiat ovat kilpailuttamisen osalta jääneet pitkäksi ajaksi markkinaoikeuteen. Tätä voidaan pitää kuntien palveluidenjärjestämisvastuun näkökulmasta tärkeänä oikeuspoliittisena ongelmana³¹⁷. Ongelmana on myös etenkin terveydenhuollon osalta ollut se, että erilaiset seuranta-, tuloksellisuus- ja vaikuttavuusmittarit eivät ole olleet kohdallaan ja tarkastelu on suuntautunut liaksi hallinnollisten rakenteiden tarkasteluun.³¹⁸ Tällöin vaarana on esimerkiksi tuottavuustavoitteita asetettaessa se, että palvelutuotantoa tehostettaessa voidaan joutua kollision muiden säännösten ja tavoitteiden kanssa.

314 Ulkoistamisesta keskustellaan paljon kustannussäästöjen näkökulmasta. Jensen ja Stonecash toteavat, että "private ownership is necessary and sufficient for improving efficiency. If this assertion is correct, services outsourced to private firms should result in larger cost savings than services outsourced to a public (in house) team". Jensen–Stonecash 2004 s. 9. Ks. myös Lith 2006 s. 21.

315 Ks. Kilpailuviraston selvityksiä 1/2001 s. 21. Ongelma on myös vahvasti oikeudellinen, koska usein palvelun laadun arviointi, mittaaminen tai tuotteistaminen alkaa vasta sitten, kun toimintoja kilpailutetaan, ja vasta tällöin kunnan palvelun todellinen luonne ja sisältö kehittyvät. Ks. Valkama 2008 s. 123–124. Useissa ulkoistamistilanteissa ei kysymys ole siitä, onko kunnan tai yksityisen organin palvelu huonompaa, vaan siitä, että kunnissa ei ole aina systemaattisesti seurattu ja vertailtu omaa toimintaa yksityiseen toimintaan.

316 Vakkuri 2008b s. 111. Kilpailutetulla toiminnalla on saatu huomattaviakin säästöjä. Säästöjen suuruus riippuu monesta tekijästä, kuten palvelun luonteesta sekä toiminnan lähtötasosta ja sen seurannasta. Ks. Bailey 2008 s. 139. Ruotsissa vanhustenhuollon kilpailuttamisen tulokset eivät ole kovinkaan yksiselitteisiä. Toisaalta ei ole myöskään havaittavissa selkeästi, että kuntien ja yksityisten organien tuottamien palvelujen välillä olisi isoja kustannus- ja laatueroja. Ks. Bailey 2008 s. 139.

317 Neimala 2006 s. 76–78; Kalima 2007a s. 8.

318 Ks. Terveydenhuoltolakitöryhmän muistio 2008 s. 53.

Edellä mainittujen mittareiden soveltuvuus on monelta osin paljon yksinkertaisempaa ja yksiselitteisempää teknisen toimen, ruoka- ja siivouspalveluiden sekä kiinteistönhoidon toiminnassa. Tällaisia asioita ja rajapintoja, joihin on vaikeaa suoranaisesti soveltaa esimerkiksi tuotteistamista, kustannuslaskelmaa tai muita sopimuksessa sovittuja seurantamekanismeja, on jonkin verran sosiaali- ja terveydenhuollossa (esimerkiksi potilaan tarpeiden huomioiminen³¹⁹, joka ei välittömästi kuulu palvelun järjestäjälle tai tuottajalle).

Kunnallisten palvelujen kilpailuttamiseen liittyvä lainsäädännön tarkentuminen ja lisääntyminen edellyttää, että kunnilla on selkeä ja yksiselitteinen käsitys siitä, mitä tilataan ja mitä ominaisuuksia ja vaatimuksia kilpailutettavalle palvelulle tulee asettaa. Myöskään kunnallisen demokratian näkökulmia ei sovi unohtaa³²⁰. Kuntien ongelmiksi voi monesti tulla, että niitä ei ole rakennettu hallinnollisesti tilaajaorganisaatioiksi. Uudet toimintatavat voivat tuoda uusia poliittisia, toiminnallisia ja oikeudellisia konflikteja kuntien johtamiseen. Silloin kun uusia organisatorisia ratkaisuja haetaan tai toimintoja kehitetään, on kriittisesti tarkasteltava myös, kuinka paljon voimavaroja kannattaa sitoa tiettyjen sisäisten hallintomallien kehittämiseen, etenkin jos ne ovat epäolennaisia toiminnan ja lainsäädännön asettamien tavoitteiden kannalta.

Miten uudet markkinaehtoiset suuntauksset ja opit, jotka korostavat suoraviivaista ja tehokasta tulosjohdettua kunnallishallintoa, sopivat hyvän hallinnon periaatteisiin? Monia yksityissektorin palvelun järjestämisen malleja ja analyysyjä on mahdollista soveltaa kuntiin, kunhan pystytään huomioimaan kunnallisen toiminnan erityispiirteet³²¹. Riskit on tällöin pidettävä tasapainossa kaikissa palveluntuotantotavoissa ja -malleissa, joissa tehdään yhteistyötä julkisen ja yksityisen sektorin toimijan välillä.

Perinteistä kunnallista luottamushenkilöjärjestelmää ei ole rakennettu kilpailutilanteeseen. Jos sisäisesti toimivia tuottajayksiköitä ja ulkopuolisia toimijoita aletaan kilpailuttaa keskenään, voi kunnallisessa johtamisessa ja päätöksenteossa tulla konflikteja, koska tuottajien tehokkuus- ja taloudellisuusaspektrit pitäisi sovittaa kunnalliseen demokratiaan. Toiseksi lainsäädäntö asettaa tiettyjä reunaehtoja kunnalliselle kilpailulle.

Kilpailuttamisessa ongelmaksi on muodostunut, että kunnille on tullut lainsäädännössä monia velvoitteita ja vastuuta, jotka vaativat tietynlaisia resursseja ja toimintavarmuutta. Perinteinen kunnallinen palvelujenorganisointimalli, jossa lähes kaikki palvelut tuotetaan itse, voi lainsäädännön näkökulmasta olla turvallisempi ja yksinkertaisempi.

319 Tällainen oikeudellinen tulkinta tilanne voi tulla esimerkiksi PotL 6 §:n mukaan, jossa mainitaan, että ”potilasta on hoidettava yhteisymmärryksessä hänen kanssaan”. Jos terveydenhuoltopalvelu on ulkoistettu ja potilas katsoo, että PotL mainittujen asioita ei ole huomioitu tarpeeksi hoitosuhteen aikana, joutuu kunta tai kuntayhtymän ulkoistusta valvova viranomainen ensisijaisesti arviomaan, täyttääkö ulkoistettu palvelu saman tason kuin omana tuotettu palvelu ja potilaslaissa mainitut määräykset.

320 Rissanen mukaan lakiehdotusten tarve kasvaa. Myös lakien vaikutusten arviointiin ja huomion kiinnittäminen siihen, mitä lakiuudistusten toimeenpano käytännössä edellyttää, on merkki siitä, että oikeusjärjestyksen hallitseminen ja ymmärtäminen ovat käymässä entistä vaativammaksi ja samalla välttämättömämmäksi. Muuttuva toimintaympäristö pitää sisällään riskin siitä, että asetetaan epärealistisia tavoitteita tai että syntyy epäsuhte tavoitteiden ja keinojen välille. Tällöin lisätään eikä vähennetä yhteiskunnassa vallitsevia jännitteitä. Poliittinen järjestelmä ei silloin myöskään vastaa kansalaisten oikeutettuihin odotuksiin. Rissanen 2005 s. 330.

321 Vrt. Vartiainen 1994 s. 13, 17.

Vaarana voi kuitenkin olla, että kuntaa ohjaa byrokraattinen palvelujentuottamismalli, joka ei huomioi toimintaympäristön muutoksia.

Ulkoistamisilla voidaan joissakin tilanteissa hakea kunnallisille toiminnoille entistä enemmän adaptiivisuutta ja responsiivisuutta³²². Kunnallisten palvelujen avaamisesta markkinoille on kyse silloin, kun palveluja tuottaa esimerkiksi yksityinen orgaani. Erityislainsäädännöllä voidaan kuitenkin rajoittaa KuntaL 2.3 §:n peruslähtökohtaa, tehtävien edellyttävien palvelujen hankkimista. Asiaa voidaan myös tarkastella siten, että kunnilla on ensisijaisesti lakisääteinen vastuu peruspalveluiden toteuttamisesta ja vasta toissijaisesti vastuu sellaisista tehtävistä, joita kunta on yleisen toimialan perusteella päättänyt ottaa itselleen. Vaikka kunnallisia palveluja tuotetaan markkinaehtoisesti, on kunnalla vastuu oikeasta palvelutarpeen arvioinnista ja määrittelystä. Nämä voivat vaihdella eri palvelumuodoissa hyvinkin paljon, ja esimerkiksi kiireellisissä sosiaali- huollon tapauksissa tarve on arvioitava heti.³²³

Markkinaohjauksen lisääntyminen kunnissa on tuonut kunnat aivan uusiin tilanteisiin oikeudellisesta näkökulmasta. Yksityisoikeuden ja julkisoikeuden doktriinit ovat joutuneet uuteen tarkasteluun, ja niiden rooli voi olla moninaisempi uudessa toimintaympäristössä. Pintapuolisesti kunnan oikeudellinen asema näyttäisi olevan muuttumaton sitä taustaa vasten, että kunnallisasioissa toimitaan julkisoikeudellisten ja yksityisoikeudellisissa asioissa yksityisoikeudellisten säännösten mukaisesti. Kuntien markkinaorientoituneet toimintatavat ovat kuitenkin lisänneet tilanteita, joissa samaan aikaan vaikuttavat sekä julkisoikeudelliset että yksityisoikeudelliset tekijät.³²⁴ Toisaalta on huomattava, että monet perinteiset doktriinit eivät toimi modernissa hallinnossa enää samalla lailla kuin ennen³²⁵.

On hyvin tilannekohtaista, milloin sovelletaan ainoastaan yksityisoikeudellisia säännöksiä ja milloin taas julkisoikeudellisiä säännöksiä ja milloin pitäisi ottaa samanaikaisesti kummatkin huomioon. Tällöin olisi analysoitava tilanne ja siihen vaikuttavat asiat ja säännökset sekä erikseen että kokonaisuutena. Kaikissa ulkoistamistilanteissa on oltava edellytykset käsitellä asiaa hallinnollista systematiikkaa noudattaen. Samalla on huomioitava, että asiaan voi liittyä myös yksityisoikeudellinen puoli.

Markkinakeskeisyyden ongelmat ja muut niihin liittyvät elementit ovat tuoneet esille, että kunnilla on suuri haaste pystyä nopeasti muuntautumaan perinteisestä palveluntuottajan roolista tilaajaksi. Samalla on kuitenkin vaikea erottaa, mikä on suoraan kunnista riippuvaista ja mikä taas siitä, että kaikki palveluntuottajat eivät ole perehtyneet kuntia velvoittaviin ja ohjaaviin säännöksiin. Lisäksi oikeudellinen sääntely elää kuntien osalta monelta osin murrosta. Sääntelyn hajanaisuus ja tulkinallisuus aiheuttaa uusia tilanteita samalla kun entistä useammat yhteisöoikeuden säännökset vaikuttavat kuntien markkinakeskeisiin toimintatapoihin.

322 Vrt. Kontingenssiteorian piirteistä. Juppo 2007 s. 14–16.

323 Ks. STM:n suositus 2008:3 s. 26.

324 Ks. Mennola 2002 s. 62–63.

325 Mäenpää on todennut, että sellaisia perinteisiä doktriineja, jotka hallinto-oikeudessa on eroteltu dualismiopin mukaisesti, kuten julkisen vallan käyttö ja tosiasiallinen toiminta tai julkisoikeudellinen hallintotoimi ja yksityisoikeudellinen oikeustoimi, ei modernissa hallinnollisessa sääntelyssä voida pitää sellaisinaan hyvinä doktriinin pohjana. Mäenpää 1989 s. 27.

2.3.2 Sopimusohjaus

Toiminnan ohjauksen selkeyttämisen välineenä voidaan pitää sopimusohjausta. Sillä tarkoitetaan sellaista palvelusopimusta, jossa määritellään tilaajien ja tuottajien väliset toiminta- ja järjestelyperiaatteet ja ehdot. Sopimusohjaus on käsitteenä kattavampi kuin tilaaja-tuottajamalli, joka kategorisesti sisältyy sopimusohjaukseen. Sen sisältö voi olla hyvinkin yksityiskohtainen, ja osapuolet ovat täysin itsenäisiä sopimusosapuolia.³²⁶ Tilaaja-tuottajamalliin liitetään kunnallisessa toiminnassa hyvin usein sopimusohjaus, vaikka sopimusohjaus ei sinällään vielä vaadi tilaaja-tuottajamallia – se voi kuitenkin olla keskeinen osa tilaaja-tuottajatoimintapaa. Sopimusohjauksella voidaan tarkoittaa eri tilanteissa eri asiaa.³²⁷ Sopimusohjauksen problematiikkaan liittyy myös se, miten koko kunnan näkökulmasta tietyn toimialan sopimuksissa vältetään osaoptimointi.

Sopimusohjaus liittyy läheisesti tavoitteiden asetteluun, jossa voi olla monenlaista ongelmallisuutta. Tavoitemalli rakentuu sen pohjalle, miten asioiden pitäisi olla ja onko tavoite saavutettu. Sen haasteena voivat olla konkretian puute ja tavoitteiden laaja-alaisuus. Eri toimijoilla voi kunnassa olla hyvinkin erilainen käsitys esimerkiksi kuntalain talouden tavoitteista. Toimijan asemalla on myös merkitystä arvioinnissa.³²⁸ Tulohajaus- ja kehysbudjetointi-idea voidaan joiltain osin soveltaa yksityiseen palveluntuottajaan, jolloin kunta tilaajana määrittelee ulkoistettavan toiminnan taloudellisen kehyksen ja tulostavoitteet. Tulohajaukselle ja kehysbudjetoinnille on tullut uusia kehittyneimpiä muotoja tilaaja-tuottajatoiminnassa, kuten esimerkiksi sopimusohjauksen eri muodot.

Kunnissa sopimusohjauksella tarkoitetaan tilaajan (eli kunnan) mahdollisuutta ohjata palvelujen tuotannon kehitystä, tarpeita ja laatua. Tuottajalle se tuo pitkäjänteisyyttä, ennakoitavuutta ja luottamusta toimintaan. Kunnallisessa sopimusohjausjärjestelmässä pitäisi huomioida ainakin seuraavat asiat: roolien on oltava selkeitä, on pyrittävä kustannustehokkaaseen ja tuottavaan toimintaan laatu huomioiden ja tilaajalla ja tuottajalla on oltava aito vapaus valita. Lisäksi ennen sopimusta on tehtävä kustannuslaskenta ja tuotteistus sekä mietittävä riskit ja valvontajärjestelmät.³²⁹

Lainsäädännöllisesti sopimusohjausta ei ole rajattu. Sopimusohjausjärjestelmän oikeudelliset rajoitukset riippuvat kunnan toimialasta ja siitä, onko kyseisen sektorin lainsäädännön reunaehdot huomioitu sopimuksessa tarpeeksi hyvin. Kunnallisten palvelujen ulkoistamisessa tilaajan ja tuottajan roolien erottaminen sekä selkeyttäminen ovat oikeudellisesti välttämätöntä ainakin joiltain osin, jotta palvelusta järjestämisvastuussa oleva organisaatio tietää kuka vastaa, valvoo ja käyttää tilaajavaltuuksia tuottajaan päin. Tarkemmat ja yksilöidyt tilaajatoimielimet ja viranhaltijat voidaan määritellä organisaatiossa sisäisesti.

Sopimusohjaus perustuu tilaaja-tuottajamalliin, vaikka kyse ei aina ole samasta asiasta. Suomalaisessa terveydenhuollossa sillä tarkoitetaan lähinnä toimintatapaa, jossa kunta on tilaajana ja kuntayhtymä tai yksityinen orgaani tuottaa palveluja kuntalaisille. Palvelusopimuksessa määritellään yksityiskohtaisemmin palvelujen määrä ja laatu

326 Pekurinen ym. 1997 s. 9–10.

327 Vrt. Kuopila ym. 2007 s. 31.

328 Hoikka ym. 1999 s. 181.

329 Ihalainen 2007 s. 98.

sekä muut ehdot.³³⁰ Sopimusohjaus ei kuitenkaan toimi täysin samoin oikeudellisesta näkökulmasta, jos palvelun tuottajana on yksityinen yritys, koska tällöin painottuvat entistä enemmän tilaajan ja tuottajan välinen sopimus ja kunnan järjestämisvastuu. Sopimusohjauksessa painotetaan monesti uusia julkisjohtamisen metodeja, kuten kustannustehokkuutta ja taloudellisuutta sekä ennustettavuutta³³¹. Tällöin keskeiseksi nousee myös tilaajan ja tuottajan välinen yhteistyö ja informaation kulku.

Yksi mahdollinen keino hyödyntää sopimusohjausta on, että kunta tilaajana asettaa tiettyjä oikeudellisia ja toiminnallisia mittareita, ja näiden tavoitteiden johtamisen legitimeetti pohjautuu pääosin sopimukseen. Kunnat ovat myös alkaneet käyttää esimerkiksi isoissa kuntaliitoksissa ns. rullaavaa budjettia³³², joka on ajatuksena tullut liikeyritysten johtamisen puolelta. Perinteisesti talousarvion määrärahat mietitään ja arvioidaan hyvinkin tarkasti ja eri hallintokunnilta odotetaan budjetissa pysymistä – toisin kuin rullaavassa budjetissa, jossa tarkastelu on jatkuvampaa ja muuttuvampaa. Rullaava budjetti antaa muuttuvassa toimintaympäristössä mahdollisuuden tarkastella budjettia tarkemmin esimerkiksi kuukausittain tai neljännesvuosittain ja tehdä tarvittavia muutoksia. Tällöin keskitytään enemmän tulevaisuuteen ja organisaation reagointiherkkyys paranee. Rullaavan budjetin etuina on myös lukujen reaaliaikaisuus ja toiminnan ohjaus sekä hierarkkisyyden väheneminen. Kokonaan toinen asia on, kuinka hyvin nämä uudet mallit ja välineet tosiasiallisesti soveltuvat kunnallishallinnon toimintatavaksi vai pyritäänkö viemään keskustelua pois tiettyjen toimintojen määrärahasidonnaisuudesta³³³. Tällöin ainakin näyttäisi siltä, että varatulla määrärahalla ei olisi sitä oikeudellista merkitystä, joka sillä tosiasiallisesti on ja pitäisi olla.

Sopimusjohtamista ja sopimusohjausta ei pidä sekoittaa keskenään³³⁴. Ensimmäistä voidaan pitää juridisesti arvioituna suppeampana käsitteenä. Sopimusjohtamisella tarkoitetaan sitä, että kunta on tehnyt kuntaorganisaation ulkopuolella olevan itsenäisen oikeustoimikelpoisen organin kanssa sopimuksen palvelujen tuottamisesta, jolloin kunta johtaa toimintaa vain tilaajana sovittujen säännösten ja periaatteiden kautta.

Liian markkinaorientoituneessa toiminnassa vaarana on, että kunta alkaa tilata ja ohjata sopimuksia budjettikeskeisesti, jolloin viranhaltijat ja luottamushenkilöt voivat

330 Ihalainen 2007 s. 330. Tämän vuosituhannen aikana sairaanhoitopiirit ovat alkaneet kehittää palvelusopimusmenettelyä niin, että kunnan eli tilaajan tarve tulisi huomioida entistä paremmin tuottajan eli sairaanhoitopiirin toiminnassa. Tällöin erikoissairaanhoidon osalta palvelusopimusmenettelyssä sovitaan mm. palvelujen määristä, laatutasoista ja tuotantopaikoista. OECD mukaan kuntien tehokkuuserot ovat Suomessa isot, erityisesti sairaaloissa. Tämä johtuu lähinnä siitä, että tilaaja-tuottaja-asetelma ei ole selkeä. OECD:n mukaan hyviä tuloksia on saatu tilaajien ja tuottajien välisellä roolijaolla, jossa kunnat nähdään ainoastaan palvelujen tilaajana. Tärkeintä roolijaon selkeyttämisessä on, että kunnat voivat ostaa palveluja keneltä palvelujen tuottajalta tahansa. Terveyskeskusten tehokkuutta on tutkimusten mukaan mahdollista parantaa pelkästään tulostavoitteiden ja vertailututkimusten eli benchmarkingin avulla noin 7–10 %. Ks. VM:n julkaisuja 4/2003 s. 54, 74.

331 Vrt. Kuosmanen–Meklin–Rajala–Sihvonen 2004 s. 12.

332 Hämeenlinnan kaupunki oli lanseerannut rakentavansa vuoden 2009 talousarvion rullaavan budjetin ajatusmallin pohjalle.

333 Sellaisia menoeriä, jotka aiheutuivat subjektiivisista oikeuksiin liittyvien velvoitteiden täyttämisestä, kutsuttiin sidotuksi menoiksi. Ks. Myllymäki 1994 s. 116; Tuittu 1994 s. 158. Myös lisää subjektiiviset vs. määrärahasidonnaiset oikeudet. Romppainen 2007 s. 210–214.

334 Sopimusjohtaminen on käsitteenä ollut esillä, mutta käytännössä se on hyvin harvinaista. Prättälä 2008 s. 9.

tietoisesti alimitoittaa budjetteja. Tällöin kuntalaisten perustuslailliset säännökset voivat jäädä taka-alalle³³⁵. Kunnallishallinnon liiallinen markkinaorientoituneisuus voi olla vaarallista palvelujen järjestämis- ja tuottamisfunktion kannalta, etenkin jos taloudellisuusnäkökulmat saavat liian suuren roolin. Samalla tietty osa luottamuselinten demokraattisesta päätösvallasta liukuu viranhaltijoita edustavalle tilaajataholle ja palvelun tuottajalle.

Kaikille kunnan eri toimintamalleille on ainakin peruspalvelujen osalta tunnusomaista se, että tehokkuusnäkökulma ei saa olla ristiriidassa pakottavan lainsäädännön kanssa. Tällöin liikutaan kuitenkin oikeudellisesti hyvinkin klassisen kysymyksen ääressä, eli missä tilanteissa ja kuinka pitkälle kunta voi tehdä sellaisia päätöksiä tai antaa talousarvioon tai toimintaan liittyviä ohjeita, jotka aiheuttavat ristiriitoja erityislainsäädännössä kuntalaisille annettujen oikeuksien kanssa. Ongelmana näyttää olevan, että silloin kun toimintatavat muuttuvat nopeasti, samantyylistenkin päätösten prejudikaattiarvo voi olla huono, jolloin yksittäisen tilanteen punninta korostuu. Missään sopimusohjauksen muodossa, ei voida ohittaa tai kiertää sitä vastuuta, joka kunnalla on palvelun järjestäjänä.

Tilaaaja-tuottajamallissa pyritään eriyttämään tilaaja ja tuottaja toisistaan niin, että palveluprosessin hallinta ja ohjaaminen on selvempää. Sopimusohjauksella ei voida ohittaa esimerkiksi terveydenhuollon säännöstöä. Tällöin eri normit ohjaavat asettavat yksityiskohtaiset rajoitukset tai velvoitteet palvelun ohjaukselle.

Sopimusohjauksessa kunnilta vaaditaan erityistä tarkkavaisuutta tilaajana, jotta lainsäädännössä säädetyt velvoitteet tulevat täytettyä kaikilta osin. Mitä monimutkaisemmasta ja kuntalaisten perusoikeuksien kannalta säädellymmästä palvelusta on kyse, sitä korkeammat ja tarkemmat vaatimukset joudutaan palvelun tuottamisen valvonnalle asettamaan. Kuntakentässä on saatu positiivisia kokemuksia erikoissairaanhoidon sopimusohjauksjärjestelmästä, jossa perusterveydenhuolto ja erikoissairaanhoidon hoito voivat järjestää palveluita yhteistyönä sopimusten avulla. Palveluiden laatu ja määrä pyritään mittaamaan ennakkoon, jolloin riskit jaetaan tilaajan ja tuottajan välillä.³³⁶

Erilainen palvelujen tuottamiskirjo, joka voi olla resursoitu hieman eri tavalla eri kunnissa, voi laittaa kuntalaisen tilanteeseen, jossa tietty hoitomuoto ei ole yksilön kannalta tarkoituksenmukaista vaan palvelua annetaan organisaatiolähtöisesti. Potilaan oikeudet toteutuvat oikeudellisessa mielessä hyvin, mutta eivät käytännössä ja potilaan näkökulmasta. Lainsäädäntö on alkanut muovata myös palvelujen laatua, koska heikoiten ovat toteutuneet ne oikeudet ja valinnanvapaudet, joista ei ole suoraan mainintaa lainsäädännössä. Nykyinen järjestelmä ei kannusta riittävästi palvelujen tuottajaa ja tilaajaa miettimään toimenpiteitä, joilla lisättäisiin kansalaisten valinnan-

335 EOA on tiedotteessaan todennut, että HUS:n kuntayhtymän jäsenkuntien talousarviot ovat olleet alimitoitettuja toteutuneisiin palveluihin nähden ja kuntien pitää talousarviopäätöksiä tehdessään huomioida mahdollisimman realistisesti kiireellisen ja ei-kiireellisen erikoissairaanhoidon turvaaminen. EOA tiedote 19.11.2002, koskien potilaan oikeuksien toteutumista HUS:n erikoissairaanhoidossa.

336 Puro 1994 s. 42. Sitran ja Raision kaupungin tekemän maisemaloppuraportin mukaan tilaaja-tuottajamallin ongelmina on todettu mm. vyörytysten epäselvyys, laatumittareiden kehittymättömyys sekä tilaaja-tuottajamallin eri tasojen optimoinnin toteuttaminen. Lisäksi kustannukset eivät mittaa vaikuttavuutta. Maisema loppuraportti 2007 s. 106–107.

mahdollisuuksia.³³⁷

Kunnallisessa terveydenhuollossa voidaan nähdä monenlaisia hidasteita kilpailulle. Ensinnäkin voidaan puhua rakenteellisista esteistä, joilla tarkoitetaan sitä, että markkinoilla ei ole kuntien kannalta tarpeeksi kilpailua, koska palvelujen tuottajia ei ole tarpeeksi, asiakkailta ei ole aitoa valinnanvapautta ja sairaanhoitopiireillä on tietynlainen monopoliasema omalla alueellaan. Sopimusohjauksessa tarvitaan taloudellisia ja tiedollisia resursseja, jotta tilaaja pystyy aidosti vaikuttamaan tuottajaan. Yhtenä ulkoistamisiin liittyvänä elementtinä sopimusohjaus on juridisesti hyvin epämääräinen, etenkin silloin kun kysymyksessä on kaksi julkista viranomaisorganisaatiota. Tällöin kyse on enemmänkin puhtaasti ohjauksellisista asioista.

Kunnan kannalta sopimusohjauksen sopimus ja ulkoistamista koskeva sopimus ovat oikeudellisen velvoittavuuden näkökulmasta kaksi eri asiaa. Sopimusohjauksella ei ole juridisesti samanlaista velvoittavuutta kuin ulkoistamista koskevalla sopimuksella – niitä myös arvioidaan eri oikeudenalojen pohjalta. Myös sopimusohjaus-termin sisällössä ja ohjauksen sitovuudessa voi olla eroja, mihin vaikuttaa esimerkiksi se, onko niitä hyväksytty kunnan johtosäännöissä. Lisäksi on huomattava, että terveydenhuollon käsite sopimusohjaus eroaa monella tavalla oikeudellisesti aidosta markkinaperusteisesta tilaajan ja tuottajan välisestä sopimusjohtamisesta³³⁸. Olennaisin ero liittyy siihen, että sopimusohjaus rakentuu kuntien lakisäätöihin toimintoihin, kuten erikoissairaanhoidon pakkojäsenyyteen ja kunnan velvollisuuteen järjestää kyseiset palvelut. Kahden viranomaisorganisaation toiminta ja sopimussuhde eivät pohjautu kaikilta osin samanlaisiin juridisiin elementteihin kuin julkisen ja yksityisen orgaanin sopimusjohtaminen.

2.3.3 Näennäismarkkinat

Ulkoistaminen ja näennäismarkkinat liittyvät läheisesti yhteen. Kun kunta muodostaa näennäismarkkinat, se luo jo edellytyksiä toimintojen ulkoistamisille. Ulkoistaminen ei ole kuitenkaan kiinni näennäismarkkinoiden luomisesta, vaan ne ovat vain ulkoistamisen väline.³³⁹ Käsitteellisesti näennäismarkkinat liittyvät monesti ulkoistamiseen, mutta ulkoistaminen itsessään ei ole alisteinen näennäismarkkinakäsitteelle, koska ulkoistaminen voi olla tietyillä toimialoilla vain välivaihe siirryttäessä avoimeen markkinaperusteiseen toimintaan.

Markkinaohjautuvuus ei ole aivan uusi ilmiö, julkisen valinnan teoretikot ovat tutkineet sen muotoja ja kirjoittaneet siitä jo kymmeniä vuosia sitten. Arvostelu julkista sektoria kohtaan on ollut kovaa, ja julkisen valinnan teoretikoiden mukaan sen pitäisi luopua ainakin tietyltä osin hyvinvointipalvelujen tuottajan roolista ja keskittyä

337 Ihalainen on väitöskirjassaan tutkinut sopimusohjausta erikoissairaanhoidon näkökulmasta. Menettelynä sopimusohjaus tarkoittaa Ihalaisen mukaan toimijoiden välistä yhteistyötä, jolle on annettu tavoitteet ja toimintatavat, jossa pyritään tasavertaisesti hyödyntämään tietoa. ”Sopimusohjauksessa osapuolten suhde on kahden osapuolen (palvelun tilaajan ja tuottajan) välistä yhteistyötä, joka konkretisoituu (juridiseksi) sopimukseksi”. Ihalainen 2007 s. 64–65.

338 Kuntayhtymiin ei esimerkiksi sovelleta alijäämän kattamiseen liittyviä säännöksiä. Heuru 2003 s. 298.

339 Kähkönen 2007 s. 24.

ydintoimintoihin eli palvelujen järjestämiseen ja rahoittamiseen.³⁴⁰

Yksi markkinasuuntautuneisuuden asteita on näennäismarkkinat, joka on hierarkkisen toiminnan ja markkinamuotoisen toiminnan välimuoto. Ulkoistamista tutkittaessa joudutaan myös sivuamaan kvasi- tai näennäismarkkinoiden käsitettä ja toimintaa. Kvasimarkkinat on määritelty mm. puolittaismarkkinoiksi eli julkisen sektorin palvelujen tuottamiseksi ilman monopolia. Tällöin kunnissa on mahdollista käyttää rajoitettuja markkinamekanismeja julkisen sektorin sisällä eli yhdistää julkisen ja yksityisen sektorin tuotannon etuja. Kyseessä on siis täydellisen kilpailun ja kilpaillemattomuuden välimuoto.³⁴¹

Kvasimarkkinauudistukset ovat hyödyttäneet joissakin maissa suoranaisesti myös viranhaltijoita, koska uudistukset ovat nostaneet palkkoja. Monilla toimialoilla vapaata kilpailua pidetään positiivisena asiana, josta hyötyvät sekä palvelujen tilaaja että sitä tarvitsevat kansalaiset. Vapaassa kilpailutilanteessa tuottajien on kuunneltava asiakkaiden näkökulmia ja kehitettävä toimintoja kustannustehokkaasti.³⁴²

Yksityistämistä löytyy tutkittua tietoa melko runsaasti eri näkökulmista, mutta sellaisista toimenpiteistä, joissa julkisen sektorin yksiköt on laitettu kilpailemaan sisäisesti palveluiden tuottamisesta, on vähemmän kokemuksia. Tällaista toimenpidettä kutsutaan kvasimarkkinoiksi. Yksityistämellä ja kvasimarkkinauudistuksilla on paljon yhtäläisyyksiä. Kummassakin yksiköiden johdolle annetaan enemmän vapautta ja tulosvastuullisuutta palveluiden tuottamisessa. Kvasimarkkinoissa yritetään muuttaa palvelujen tuottamisen lisäksi palvelun rahoituksen ja tuotannon näkökulmaa ja suhdetta. Parhaiten kvasimarkkinoille soveltuvilla palveluilla on tiettyjä yhteisiä piirteitä. Tärkeitä ovat palveluiden laadulliset tekijät, joita tuotanto ei pysty helposti mittaamaan.³⁴³ Hyvinvointipalveluiden tuotannossa on toteutettu kvasimarkkinaperiaatetta mm. Isossa-Britanniassa ja Yhdysvalloissa.

Aidosta markkinakeskeisestä palvelujen kilpailuttamisesta on erotettava näennäismarkkinatilanteet, jossa kunta voi kilpailuttaa omaa palvelutuotantoa keskenään³⁴⁴. Näennäismarkkinoilla tarkoitetaan tilannetta, jossa luodaan markkinaolosuhteet julkisen sektorin sisälle käyttämällä rajoitetusti tai valikoidusti markkinamekanismeja ja siirrytään osittaiseen markkinaohjaukseen³⁴⁵. Tällöin lainsäädäntö ei rajoita kuntaa samalla tavalla kuin aidossa kilpailuttamistilanteessa. Kumpaakin toimintatapaa säännellään mutta kunnallista palvelujen kilpailuttamista säännellään paljon yksityiskohtaisemmin³⁴⁶.

340 Salminen–Niskanen 1996 s. 36. Julkisen vallan yksi huomattavampia löydöksiä ja tutkimuksia on ollut se, että julkisen vallan epäonnistuminen noudattaa samoja elementtejä ja on monelta osalta samanlainen kun markkinatalouden kilpailukyky. Tämän suuntauksen pääelementti olivat byrokraattisten päättäjien kuten, poliitikkojen ja virkamiesten motivaatiot. Rowley 1987 s. 176.

341 Fredriksson–Martikainen 2006a s. 9–11.

342 Kunnallishallinnossa ilmenevä kilpailu voidaan luokitella neljään kategoriaan: kuntapalveluiden markkinamäärittelyihin liittyvään institutionaaliseen kilpailuun, kunnallispoliittiseen kilpailuun, kuntien keskinäiseen kilpailuun ja kunnan omaan sisäiseen kilpailuun. Ks. Valkama 2008 s. 116.

343 Kähkönen 2007 s. 34. Vrt. Näennäismarkkinoiden tunnuspiirteitä Kähkönen 2007 s. 21.

344 Ks. Uski–Jussila–Kotonen 2007 s. 130–131.

345 Kuopila ym. 2007 s. 12. Vrt. Kähkönen 2007 s. 24–26.

346 Vrt. Kähkönen 1996 s. 35–36.

Ensimmäiseksi on tunnistettava ne toiminta- ja olomuodot, joissa kunnissa toimitaan ennen ulkoistamista ja ulkoistamisten aikana. Jos näitä asioita ei tunnisteta ja asemoida oikeudellisesti ja toiminnallisesti, vaarana voi olla, että tietyissä tilanteissa ei ole tarpeeksi huomioitu toimintaympäristöä, jossa ulkoistamista tehdään. Ulkoistamisen käsite liittyy joiltain osin näennäismarkkinoihin, vaikka se ei ole suoraan riippuvainen siitä³⁴⁷. Näennäismarkkinoiden pääasiallisimpia muotoja ovat tilaaja-tuottajamalli ja palveluseteli, jotka liittyvät läheisesti ulkoistamiseen³⁴⁸.

Näennäismarkkinat eroavat myös vapaista markkinoilla toimivista palveluntuottajista, koska näennäismarkkinat voivat olla kunnan ylläpitämiä ja ne voivat olla oikeudellisesti itsenäisiä, voittoa tavoittelemattomia toimijoita. Tilaajana toimii pääsääntöisesti vain yksi taho eli kunta ja tuottajina yleensä vain muutama kunnan sisäinen palveluntuottajayksikkö. Lisäksi kunnan rooli palvelun tilaajana on toimia palvelun ohjaajana ja rahoittajana.³⁴⁹

Näennäismarkkinat ovat hyvä esimerkki sellaisesta kunnan toimintatapojen kehittamisestä, jossa toimintoja voidaan tarkastella uudessa valossa ja saada mahdollista kilpailua aikaan ilman aitoa kilpailua. Sosiaali- ja terveystalvet sekä koulutuspalvelut soveltuvat kunnissa parhaiten näennäismarkkinoinnin kohteeksi³⁵⁰. Monista eduista huolimatta näennäismarkkinoiden asema ja rooli kunnallisessa toiminnassa voidaan kyseenalaistaa, ellei tarkoituksena ole jollakin aikavälillä siirtyä aitojen markkinamekanismien hyödyntämiseen.

Näennäismarkkinat eivät muodostu itsestään, vaan kunnan on muodostettava ne tai mahdollistettava uusien palveluntuottajien tulo sellaisille kunnallisille palvelutuotantoalueille, joilla kunta on ennen tuottanut palvelut itse. Toisaalta näennäismarkkinat lakkaavat olemasta silloin, kun kunta ei enää ole ohjaajan, tilaajan tai rahoittajan roolissa tai sitten kun tuottajat ovat yksityisiä.

Aina näennäismarkkinoiden tunnistaminen ei ole yksinkertaista, vaan toimintamuotoja joudutaan tarkastelemaan monesta näkökulmasta. Näennäismarkkinoiden ominaisuuksiin kuuluu, että ne ovat julkisen sektorin muodostamia ja ylläpitämiä, kunnan rooli on olla palvelun tilaajana ja ohjaajana mutta samalla tilaaja ja tuottaja on erotettu. Lisäksi näennäismarkkinoilla on erilaisia palveluntuottajia, ja niitä rahoitetaan yleensä verovaroin.³⁵¹ Näennäismarkkinateorian mukaan kunnalla on vastuu palvelujen järjestämisestä, mutta palveluntuotanto on eri palveluntuottajilla, joiden tulisi olla ainakin puoli-itsenäisiä. Näennäismarkkinateorian johtolankana on, että kilpailu lisääntyy kunnallishallinnossa, kun palveluntuottajille annetaan mahdollisuus kilpailla palvelutoimeksiannoista keskenään.³⁵²

347 Kähkönen 2007 s. 20, 24.

348 Bailey 2002 s. 152.

349 Ks. lisää Häikiö 2007 s. 147–161.

350 Uski–Jussila–Kotonen 2007 s. 131. Vrt. Kähkönen on artikkelissaan todennut, että näennäismarkkinamekanismien kohteina ovat yleensä hyvinvointipalvelut, joilla julkishallinto mahdollistaa vaihtoehtoisten tuottajaorganisaatioiden pääsyn aiemmin itse hierarkkisesti tuottamaansa palveluun. Kähkönen 2002 s. 284.

351 Kähkönen 2007 s. 21, 23–24. Näennäismarkkinoiden toimintaa kohtaan on esitetty myös kritiikkiä, joka liittyy markkinoiden muodostamisen epäonnistumiseen, kuluttajan informaation puutteeseen ja tilaajan mahdollisuuden tunnistaa kuluttajan tarpeita. Kähkönen 2007 s. 39.

352 Savas 2000 s. 319.

Keskeiseksi kysymykseksi nousee, kuinka paljon hyötyä näennäismarkkinoista on ulkoistamisnäkökulmasta. Jos kunnat ovat rakentaneet sisäisen tilaaja-tuottajamallin, jolla vertaillaan tai haetaan kokemuksia näennäismarkkinoiden kautta³⁵³, aidoille markkinaperusteille ulkoistamiselle voi siitä olla monenlaista etua, kuten se, että kunta harjoittelee ja totuttelee samalla markkinaperusteisen toiminnan sisältöön ja säännöksiin. Se milloin kunta siirtyy näennäismarkkinoista johonkin ulkoistamisen muotoon, ei ole aina kovinkaan selväpiirteistä. Punnittavaksi tulee, millainen on palveluntuottajan asema, orgaanin muoto ja muu riippuvuus kunnasta.

Kuntien erilaiset markkinasuuntautuneet mallit, kuten näennäismarkkinat, joissa käytetään pääsääntöisesti tilaaja-tuottajamallia, eivät vielä sinällään ole ulkoistamista vaan luovat sille edellytyksiä³⁵⁴. Vaikka näennäismarkkinoilla on joitakin samoja elementtejä kuin ulkoistamisilla, niillä on myös runsaasti eroja. *Näennäismarkkinat eivät itsessään edellytä vain yhtä tietynlaista toimijaa tai oikeudellista toimintatapaa, eikä ulkoistaminen ole myöskään riippuvainen siitä, onko kunnassa olemassa näennäismarkkinoita.*

353 Valkaman mukaan yhtenä kehittyneempänä teoriana on tarjottu näennäismarkkinateoriaa kunnallisten palvelujen kilpailuttamisessa. Näennäismarkkinoiden keskeisiin piirteisiin kuuluu pääasiallisesti seuraavaa: julkinen valta sääntelee jollakin asteella näennäismarkkinoita, kunta on kollektiivisena kulutusyksikkönä näennäismarkkinoiden ja pääasiallisin hankittavien palvelun määrittäjä tai hankkija, kunta järjestää rahoituksen, näennäismarkkinoilla kilpailevat erilaiset palveluntuottajat, jotka voivat olla voittoa tavoittelevia tai voittoa tavoittelemattomia, ja palveluntuottajat voivat olla julkisia tai yksityisiä. Valkama 2004 s. 52–53. Julkunen on pohdiskellut erilaisia markkinoita ja niiden soveltuvuutta. Ks. Julkunen 1992 s. 100–104; Saltman–Van Otter 1992 s. 12.

354 Vrt. Fredriksson–Martikainen 2006a s. 12. Toisaalta tietynlainen terve kilpailu ja vertailu oman toiminnan ja ulkoistetun palvelun tuottajan välillä luo kunnalle mahdollisuuden hakea kustannustehokkainta palveluntuotantotapaa. Edellytyksenä on kuitenkin, että omaa toimintaa ja ulkoistettua toimintaa voidaan vertailla keskenään.

3. LUKU

Ulkoistamisen ilmenemismuodot

3.1 Tuottamis- ja järjestämisenäkökulmia muista maista

Kun haetaan ulkoistamisilmiön taustaa ja oikeudellista legitimeettiä, on sitä käsiteltävä ja vertailtava yhtenä osa-alueena muiden palvelunjärjestämismuotojen kanssa. Keskeiseksi kysymykseksi voidaan asettaa, miten kunnallisia palveluja järjestetään muualla ja ovatko periaatteet, ongelmat, olosuhteet ja kehityssuunnat samoja kuin meillä. Tässä tutkimuksessa kuitenkin käydään läpi muiden maiden suuntaukset ja piirteet vain yleisesti. Tarkoituksena on tuoda lyhyesti esille ulkoistamisen kannalta keskeiset kehitystendenssit ja toisaalta osoittaa, kuinka paljon eri maissa on tarkasteltu palvelujen tuottamisen problematiikkaa.

Pohjoismaissa oikeudellinen systematiikka pohjautuu julkis- ja yksityisoikeuden erotteluun. Norjassa ja Tanskassa ei ole olemassa samalla tavalla hallintotuomioistuimia kuin Ruotsin ja Suomen oikeusjärjestelmissä.³⁵⁵ EU-oikeus ei tunnista jakoa yksityis- tai julkisoikeuteen, eikä siihen voi suoranaisesti tukeutua perinteisessä valanjako-opissa³⁵⁶.

Palvelujen eri järjestämis- ja tuotantotavoille Pohjoismaissa tai muissa maissa voidaan saada esiin jonkinlainen kehitystendensi, kun verrataan omana toimintana tuotettua palvelua ulkoistettuun tai yksityistettyyn toimintaan³⁵⁷. Pohjoismaissa oikeusjärjestelmä on pääperiaatteiltaan samankaltainen, mikä osaltaan vähentää tulkinallisuutta. Suomalaisessa oikeusajattelussa on historiallisesti ollut tietty legalistinen painotus muihin Pohjoismaihin verrattuna.³⁵⁸

Eri maiden yleisten hallintosopimusten tarkastelussa ja ryhmittelyssä on mahdollista erottaa ainakin neljä eri pääsuuntausta, vaikka yksittäisiä poikkeuksia on kunkin maan järjestelmien sisällä. Ranskassa, Suomessa ja Ruotsissa keskeisenä hallintosopimusten piirteenä on hallinnollisen sääntelyn yksipuolisuus, kun taas Tanskassa ja Norjassa sopimukset nähdään hallinnollisen sääntelyn tavanomaiseksi keinoksi. Pohjoismaissa sopimusoikeus on historiallisesti ollut hyvinkin yhtenäinen, ja sitä on säännelty oi-

355 Husa 2004 s. 52. Muiden Pohjoismaiden kunnallislajeissa on säädetty kuntien ja maakuntien itsehallinnosta samoilla periaatteilla ja myös tietyiltä osin samoilla säännöksillä. Mennola 2008 s. 325–326 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008).

356 Husa 2004 s. 247.

357 Kaikissa Euroopan maissa esimerkiksi terveydenhuollon palvelut eivät ole verorahoitteisia kuten Suomessa. Rahoitus voi olla maakäräjien määrittelemien seutujen vastuulla, kuten Ruotsissa, tai paikallispiirien vastuulla, kuten Isossa-Britanniassa. Rahoitusjärjestelmä voi olla myös vakuutus-pohjainen, kuten Hollannissa ja Saksassa. Ihalainen 2007 s. 69.

358 Mäkinen 2000 s. 33.

keustoimilaki. Kehitys on kuitenkin mennyt epäyhtenäisempään suuntaan, ja erilaisia sosiaalisia elementtejä on tuotu sopimusoikeuteen eri tavoin eri maissa.³⁵⁹ Yhdysvalloissa ja Iossa-Britanniassa peruseriaatteena on yksityisoikeudellisten säännösten ja periaatteiden suora soveltaminen, kun taas Saksassa viranomaisten tekemissä sopimuksissa painotetaan vahvemmin hallinto- tai julkisoikeudellisia erityispiirteitä.³⁶⁰

Ulkoistamisen yksityiskohtainen tarkastelu ja vertailu eri maiden välillä olisi jo oma tutkimusaiheensa. Ulkoistaminen ja yleensä pelkkä palveluiden kilpailuttamisen onnistuminen näyttäisi riippuvan siitä, millaisesta kunnallisesta toiminnasta on kyse, saadaanko aitoa kilpailua aikaiseksi ja kuinka hyvin tietyt laatumormit on otettu huomioon. Kuten esimerkkimaiden tilanteesta voidaan huomata, voi valtio edesauttaa monilla säännöksillä tai rakennemuutoksilla erilaisten palvelujen järjestämis- ja tuottamistapojen syntyä, jolloin eri toimijat joutuvat aktiivisesti hakemaan uusia palveluntuottamistapoja. Muista maista saadaan vertailunäkökuilma, kun tarkastelemme sitä sopimuksellista kehikkoa ja niitä elementtejä, jotka ovat tunnusomaisia kunnallisille ulkoistamisille.

3.1.1 Pohjoismaat

Pohjoismaat voidaan kunnallisten hyvinvointipalvelun laajuuden näkökulmasta luokitella omaksi ryhmäkseen. Toisaalta samaan perinteen sisälle kuuluvat myös esimerkiksi Saksa, Sveitsi ja Itävalta, vaikka eri maiden välillä on kuitenkin eroja. Pohjoisen perinteeseen kuuluu, että kuntien itsehallinnollinen asema ilmenee perustuslaista ja kunnilla on yleinen toimivalta ja laaja lakisääteinen tehtäväalue.³⁶¹ Skandinaavisessa oikeuslähteopissa on ominaista lainsäätäjän aseman ja lainsäädännön valmistelumateriaalien painotus kun taas kyseisen ryhmän muissa isoissa ydinmaissa korostuu lakikodifikaatioiden merkitys.³⁶²

Norjassa on 1990-luvulta asti asetettu monia komiteoita, valiokuntia ja työryhmiä pohtimaan julkisia hallintotehtäviä. Pyrittiin hakemaan modernimpaa, tehokkaampaa ja yksikertaisempaa julkishallintoa, jotta työvoiman rekrytointiin ja kustannustehokkuuteen voitaisiin vastata paremmin tulevaisuudessa.³⁶³ Norjan kuntalain painopistealueena on ollut paikallisten vaihtoehtojen kasvattaminen hallinnossa ja poliittisessa organisoinnissa, kansalaisten suoran paikallisiin asioihin osallistumisen lisääminen sekä poliittisen vastuun vahvistaminen ja valtion määräysten vähentäminen³⁶⁴. Norjassa julkisten hankintojen järjestelmä on mennyt hajautetumpaan suuntaan, vaikka paikallistasolla yhteistyötä tehdään esimerkiksi yhteisten hankintaprojektien kautta³⁶⁵.

359 Wilhelmsson 1993 s. 10–11.

360 Mäenpää 1989 s. 63.

361 HE 192/1994 s. 11–12.

362 Husa 1998 s. 155–156.

363 Selin 2004 s. 4. Ks. myös. Selin 2004 s. 9–12. Norjassa suurten kuntien on katsottu selviytyvän velvoitteistaan ja hyödyntävän resurssiaan tehokkaammin kuin pienten kuntien. Kustannussäästöjä saataisiin noin 2,7 miljardia kruunua, jos asukasluku kunnissa olisi vähintään 5 000. Synä on nähty pienempien kuntien suuremmat kustannukset, pätevän työvoiman rekrytointiedut sekä palvelulaitosten mittakaavaetujen puuttuminen. Mittakaavaedut saadaan noin 40 hoitopaikan kokoisissa laitoksissa. VM:n julkaisu 4/2003 s. 59.

364 HE 192/1994 s. 15.

365 Halme–Kotilainen 2008 s. 24.

Norjassa maakäräjät vastaavat toisen asteen koulutuksesta, hammashoidosta, alueellisesta liikenneinfrastruktuurista ja joukkoliikenteen järjestämisestä³⁶⁶.

Norjan kuntalaissa on mainittu, että kunta voi perustaa kunnallisia yhtiöitä, jotka kuuluvat kuntaorganisaatioon, ja antaa tehtäviä yksityisoikeudellisten yhteisöjen hoidettavaksi³⁶⁷. Norjan kuntalain tarkoittamalle kunnalliselle yhtiölle ei ole tarkkaa vastinetta Suomen kuntalaissa, mutta KuntaL 87a § kunnallisista liikelaitoksesta vastaa parhaiten Norjalaista kunnallista yhtiötä. Tällöin kysymyksessä olisi lähinnä osittaisulkoistamista vastaava muoto.

Palvelujen järjestämisen kannalta tärkeitä julkisen sektorin kehittämisessä ovat olleet sairaanhoidon uudelleenjärjestelyt. Sairaanhoido siirrettiin valtiolle vuonna 2002. Sairaanhoidon alueet jaettiin viideksi piiriksi, ja toiminta määriteltiin hyvinkin itsenäisiksi yritysmäisiksi organisaatioiksi. On hyvä muistaa, että Suomen terveydenhuollon kehittämiseen on haettu mallia muilta Pohjoismailta. Norjassa ja Ruotsissa on kokeiltu hoitotakuuta³⁶⁸ paljon ennen meitä ja asiakkaan roolia on haluttu vahvistaa kehittämällä informaatiota mm. hoidosta, tarjoajista ja kustannuksista.³⁶⁹

Norjan terveydenhuollossa valtio järjestää ja neljä alueellista terveysyritystä tuottaa erikoissairaanhoidon palveluja. Kuntien tehtäväksi on jäänyt vastata perusterveydenhuollosta. Yhtenä ominaispiirteenä norjalaisessa järjestelmässä on se, että vaikka kunnilla on verotusoikeus, saavat alueelliset terveydenhuoltoyritykset rahoituksensa suoraan valtiolta. Norjalaisessa järjestelmässä on monia elementtejä, joita voi soveltaa ulkoistetun sosiaali- ja terveydenhuollon tuottamisessa, kuten portinvartijaroolin käyttäminen eritasoisissa palveluissa ja pitkälle viety valinnanvapaus. Norjan perusterveydenhuollon järjestäminen eroaa monilta osin suomalaisesta järjestelmästä ja on hyvin lähellä tanskalaista järjestelmää, jossa lääkärit toimivat juridisesti itsenäisinä ammattinharjoittajina ja tekevät sopimuksen kunnan kanssa.³⁷⁰

Tanskassa on jo 1990-luvulta visioitu voimakkaasti kuntien vähentämistä noin sataan. Lisäksi on yksityistetty hallinto-orgaaneja ja haettu mahdollisuutta suurempaan palvelujen valinnanvapauteen. Myös eri ammattikunnat ovat suhtautuneet yksityistämisyrittäisiin positiivisesti³⁷¹. Tanskan reformin kaksi päätavoitetta oli saada aikaan isompia kuntia ja viisi sairaanhoitoaluetta. Samalla haluttiin vahvistaa paikallista demokratiaa vahvistamalla kuntia³⁷². Tanskassa oli jo 1980-luvun alkupuolella työstetty

366 HE 80/2009 s. 6.

367 SM:n julkaisuja 9/2006 s. 14.

368 Suomessa hoitotakuusta alettiin keskustella vasta vuosituhannen vaihteen jälkeen.

369 Selin 2004 s. 13.

370 Terveydenhuoltolakitöryhmän muistio 2008 s. 75–76; Ks. myös Aronkytö 2010 s. 12–17.

371 Tanskan lääkärinkunta on pääasiallisesti suhtautunut esimerkiksi sairaaloiden yksityistämisyrittäisiin positiivisesti. Tanskalaisista noin 10 % käy yksityistä peruskoulua. Yksityisen toimijan edellytykset yksityiskoulun aloittamiselle on tehty mahdollisimman tasavertaisiksi julkisen organisaation kanssa. Lähes puolet pienistä päiväkotilapsista käy järjestön tai yhdistyksen hallinnoimaa päiväkotia. Balmér ym. 1992 s. 122–123.

372 Ks. lisää Häggroth 2005 s. 55–57.

yksityistämisehdotuksia, jotka olivat luoneet mahdollisuuksia ulkoistamisille³⁷³.

Vuonna 2002 Tanskassa käynnistettiin hallinnon uudistusohjelma³⁷⁴, jonka pääpiirteenä oli, että julkinen sektori on kuunteleva, laadukas ja yksinkertainen. Tanskan hallitus asetti tavoitteeksi, että lapsiperheiden ja vanhusten valinnanmahdollisuuksia kasvatetaan esimerkiksi terveydenhoitosektorilla ja julkisessa hallinnossa. Tavoite saavutettaisiin lisäämällä kilpailua ja luomalla yksityisille ja vapaaehtoisille toimijoille paremmat mahdollisuudet osallistua palveluiden tuottamiseen julkisella sektorilla³⁷⁵.

Ulkoistamisen eri muodoista on Tanskassa saatu kokemuksia ainakin terveydenhuollon, peruskoulun ja päiväkotipalvelujen osalta. Tanskassa tehdyt uudistukset tukevat ainakin yleisellä tasolla myös ulkoistamisvaihtoehtoa, vaikka Tanskan hallitus näki tärkeäksi julkisen sektorin vahvistamisen niin, että kunnat vastaisivat jatkossa pääasiallisesti itse julkisista palveluista³⁷⁶.

Vuodesta 1993 kuntalaisilla on Tanskassa ollut mahdollisuus valita, mitä sairaalaa he käyttävät. Valintaa ei ole rajoitettu asuinpaikan mukaan, kuten suomalaisessa järjestelmässä. Koko järjestelmässä valinnanvapaus, laadun ohjaus ja selkeät vastuunjaot ovat olleet rakenneuudistuksen tavoitteena.³⁷⁷ Sairaanhoidomalli eroaa suomalaisesta mallista siinä, että Tanskassa luottamushenkilöt valitaan suoraan, vaikka kummassakin mallissa rahoitusvastuu on kunnilla³⁷⁸.

Tanskan uusi terveydenhoitolaki tuli voimaan 2007. Siinä on säädetty esimerkiksi terveyden- ja sairaanhoitopalvelujen järjestämisestä. Kunnat vastaavat terveyden edistämisestä ja ehkäisevästä terveydenhuollosta. Alueet taas vastaavat yleis- ja erikoislääkäripalveluista. Suurin ero suomalaisen järjestelmään on se, että perusterveydenhuollossa toimivat ns. perhelääkärit ovat juridisesti itsenäisiä ammatinharjoittajia, jotka tekevät sopimuksen alueen kanssa. Alueet toimivat kaksoisroolissa sairaalapalveluiden ja erikoissairaanhoidon tilaajina ja toisaalta julkisten sairaaloiden tuottajina. Alueet käyttävät myös yksityisiä palveluntuottajia.³⁷⁹

373 Ks. Salonen–Soulié 1992 s. 50–55. Yksityistämistoimikunta jätti raporttinsa vuonna 1983. Monet siinä olleista asioista ovat menneet eteenpäin, vaikka itse yksityistämisehdotusta ei hyväksytty. Yksityistämistoimikunta tarkasteli yksityistämistä varsinaisen yksityistämisen, tarjousten yksityistämisen ja laajan yksityistämisen kautta. Salonen–Soulié 1992 s. 51. Raportissa esitetty varsinaisen yksityistämismuoto tukee ja on lähimpänä ulkoistamista, koska siinä annettaisiin kunnan tehtäviä avoimelle sektorille.

374 Julkisen sektorin rakenneuudistus toteutettiin vuoden 2007 alusta. Siinä keskeisellä sijalla olivat kunta- ja aluejaotus, kunnan ja valtion välisen suhteen tarkistus ja palvelutuotannon ohjauksen muuttaminen. Uudistus pohjautui poliittiseen sopimukseen, jonka mukaisesti muutettiin viittäkymmentä lakia. Uudistuksella vähennettiin maakuntia viiteen alueeseen, joiden keskeiseksi tehtäväksi tuli terveydenhuollon ja sosiaalihuollon laitoshoidon järjestäminen sekä vastuu aluekehityksestä. Kuntien määrä väheni 271 kunnasta 98:aan. Samalla kunnat saivat myös uusia tehtäviä ja vastuita. Terveydenhuoltolakitöryhmän muistio 2008 s. 72.

375 Tanskassa uudistusohjelma on sisältänyt 49 aloitetta, jotka sisältävät mm. johtamista, sääntöjen, hallinnollisten menettelyjen ja julkisen sektorin yksinkertaistamista, tehokkuutta sekä tieto- ja viestintäteknologian määrän lisäämistä. Sähköisillä välineillä on saatu aikaan uusia palvelumarkkinoita yksityisen ja julkisen yhteistyön syventämiseksi, esimerkiksi tarjontaporttaalin avulla. VM:n julkaisuja 4/2003 s. 7. Ks. myös Selin 2004 s. 15–18.

376 Selin 2004 s. 21.

377 Ks. Health System in Transition 6/2007.

378 Häggroth 2005 s. 79.

379 Terveydenhuoltolakitöryhmän muistio 2008 s. 73; Ks. myös Aronkytö 2010 s. 18–22.

Tanskassa perusajatuksena on, että kuntalaisilla on mahdollisuus listautua haluamansa lääkärin potilaaksi, eikä valinta ole sidottu kotikuntaan. Kunnilla on suuri valinnanvapaus lakisäätteisten tehtävien järjestämisessä. Tilaa ja tuottaja on joiltain osin erotettu terveydenhuoltoyhtiömallissa, jossa alueellinen terveydenhuoltoyhtiö tilaa palveluja ja yritykset tuottavat niitä.³⁸⁰

Ruotsissa pohdittiin 1990-luvulla julkisen ja yksityisen palvelun suhdetta siinä, miten markkinamekanismeja voitaisiin hyödyntää palvelujen järjestämisessä³⁸¹. Eri suuntauksien vertailua helpottaa myös se, että kuntien hallinto on organisatorisesti hyvin samanlainen kuin Suomessa. Ruotsissa terveyden- ja sairaanhoidon järjestämistä vastuu jakautuu valtion, maakäräjien ja kuntien välillä siten, että kunnat ja maakäräjät saavat itsenäisesti päättää palvelun tasosta ja sen järjestämistavasta. Maakäräjät vastaavat perusterveydenhuollon ja erikoissairanhoidon lisäksi julkisen liikenteen järjestämisestä. Maakäräjät voivat käyttää palveluiden tuottamisessa myös yksityisiä organeja.³⁸²

Vuonna 2003 julkisen sektorin tilannetta arvioimaan asetettiin vastuukomitea, jonka piti tehdä ehdotuksia sen kehittämiseksi³⁸³. Ruotsissa on vuoden 2000 hallintopoliittisessa toimeenpano-ohjelmassa otettu keskeisiksi alueiksi kehittää hallinnon edellytyksiä ja valmiuksia oikeudenmukaisuuden, demokratian ja tehokkuuden näkökulmista. Tanskan tavoin myös Ruotsissa on asetettu tavoitteeksi parantaa sähköisiä palveluja. Lisäksi Ruotsissa kunnat ovat lisänneet avointa kilpailua.³⁸⁴

Ruotsissa on tehty paljon uudistuksia, jotta kunnallisia palveluita voitaisiin tuottaa myös yksityisellä sektorilla. Yksityinen sektori tuotti 1990-luvun loppupuolella noin 20 prosenttia kuntien rahoittamasta palvelusta. Merkittävä taitekohta yksityisten palvelujen tuottamisen kannalta oli 1990-luvun alku, jolloin alettiin lieventää julkisten palveluiden sääntelyä ja entistä enemmän painottaa vapaata kilpailua. Tällöin sopimuksellisuus tuotantotapana lisääntyi, vaikka kunnilla säilyi vastuu palvelujen saatavuudesta ja määrästä³⁸⁵. Eri palvelutuotantotapojen yhteiskäytöllä on pyritty samaan uusia toimintamalleja³⁸⁶.

Ruotsin kuntalain 17 §:ssä on säädetty kunnallisesta osakeyhtiöstä. Sen mukaan silloin kun kunta tai maakäräjät antaa tehtäviään täysin kunnan omistaman osakeyhtiön hoidettavaksi, on valtuustolla hyvin suora ohjausvalta kyseiseen yhtiöön. Tällöin

380 Terveydenhuoltolakityöryhmän muistio 2008 s. 75–76.

381 HE 192/1994 s. 13.

382 HE 80/2009 s. 5–6; Terveydehuoltolakityöryhmän muistio 2008 s. 68–69. Vrt. HE 77/2004 s. 20–24.

383 Komitean sihteeristö on hahmotellut kaksi vaihtoehtosuuntausta. Toisessa vahvistettaisiin paikallishallinnon roolia entistä autonomisempana toimijana. Toisessa mallissa valtiolle annettaisiin täysi vastuu julkisista palveluista. Vastuukomitea esitti myös julkisten palveluiden velvoitteiden noudattamiseksi tietyjä edellytyksiä, kuten selkeämpää vastuunjakoa, jotta toiminta saadaan läpinäkyvämmäksi. Toiseksi sektoroitumista pitäisi pystyä pienentämään, jotta kokonaiskuva kirkastuisi ja eri sektoreiden yhteistyö helpottuisi. Vastuukomitea sai jatkoselvitetäväkseen vuoden 2007 helmikuuhun saakka mm., mistä tehtävistä paikallishallinto vastaisi ja kuinka monta hallintotasoa tulisi olla, mitkä ovat kuntayhteistyön edut ja haitat sekä miten terveydenhuollon rakenteita tarkastellaan ja kehitetään. Selin 2004 s. 7–8.

384 VM:n julkaisu 3/2004 s. 80. Ks. myös Ghobadian ym. 2004 s. 235–236; Ks. myös Kommunernas markands användning 2003.

385 Terveydenhuoltolakityöryhmän muistio 2008 s. 71.

386 Ks. EPSU-CCRE; Reforms of Public services, July 2008 s. 27.

valtuusto asettaa yhtiölle toiminnalliset tavoitteet, nimeää hallituksen jäsenet ja yhden maallikkotilintarkastajan sekä voi lausua näkemyksensä merkityksellisistä tai periaatteellisista asioista, jotka ovat tulossa päätökseen.³⁸⁷ Edellä mainitussa osittaisulkoistuksessa näyttäisi Ruotsin kunnilla olevan joiltain osin vahvempi ohjausvalta kuin suomalaisessa järjestelmässä, koska meillä valtuuston ohjausmahdollisuus on välillisempää. Kunnallisen osakeyhtiön luokittelua osittaisulkoistukseksi tukee Ruotsin kuntalain 17 §, jonka mukaan valtuustolla on mahdollisuus ohjata toimintaa kuin omaansa.

Ruotsissa kunnallislain uudistuksessa 1990-luvulla tarkennettiin, että kunta voi antaa tehtäviä myös yksityisoikeudellisen tahon hoidettavaksi. Ruotsin kuntalain 3. luvun 17 §:ssä mainitaan, että jos kunta antaa tehtäviensä yritykselle tai säätiölle, täytyy ne sitoa samoihin periaatteisiin, joita kunta noudattaa. Ruotsin kunnallislaisissa on kuitenkin yksityiskohtaisia säännöksiä kunnallisista yhtiöistä, joissa on todettu, että kun kunta tai maakäräjät antaa tehtäviä kuntaomisteiselle osakeyhtiölle, on valtuustolla mahdollisuus asettaa toiminnallisia tavoitteita. Kunnalliset yhtiöt voivat kuitenkin hoitaa vain kunnan toimialaan liittyviä tehtäviä ja viranomaistehtäviä, jotka on mahdollista antaa vain erityissäännöksiin pohjautuen. Samalla on kuitenkin painotettu Ruotsin kuntalain hyviä puolia kunnallishallinnon kannalta ja kuntien vastuuta kuntalaisista.³⁸⁸ Ruotsissa tulkintaa voi aiheuttaa, mitä ulkoistamistapauksissa tarkoitetaan täytäntöönpanotehtävillä ja mitä muilla tehtävillä päätösvallan osalta sekä kunnallisyhtiöiden ”julkisten tehtävien” raja menee julkisen vallankäytön näkökulmasta.

Ruotsissa terveydenhuollon ulkoistamiset alkoivat hallinto- ja hoitohenkilökunnasta ja vasta tämän jälkeen laajenivat lääkäreihin. Ongelmitta ulkoistettujen lääkäreiden käyttäminen ei Ruotsissa ole sujunut. Palkkakustannusten kasvun lisäksi ostolääkärit kasvattivat laboratorio-, röntgen- sekä erikoissairaanhoidon kuluja.³⁸⁹ Ongelma ei ole aina näin yksinkertainen, koska kunnan on mahdollista hallita ulkoistettujen terveyspalveluiden kustannuksia monitoroimalla läheteiden määrää. Tämän pohjalta kirjataan palveluntuottajalle kannustin- ja sanktiomekanismit tietyllä ajanjaksolle. Jos sopimus on riittävän tarkka ja laaja sekä väestöpohja riittävän suuri, pystytään rakentamaan tarpeelliset seuranta-, raportointi- ja sanktiojärjestelmät, jotka ovat kohtuullisia myös palveluntuottajalle. Vuonna 1993 kuntalaisille tuli mahdolliseksi valita lääkärinsä yksityiseltä tai julkiselta puolelta. Lääkäreille annettiin mahdollisuus saada rahoitusta samoilla periaatteilla kuin julkisella puolella. Toiseksi vuonna 2003 kuntalaisille tuli mahdollisuus valita vapaasti terveydenhuoltopalvelunsa mistäpäin Ruotsia tahansa.³⁹⁰ Tukholman mallissa tilaaja ja tuottaja erotettiin toisistaan, jolloin terveydenhuoltoon rakennettiin kustannustietoisuutta³⁹¹. Ulkoistamisissa voidaan rakentaa henkilöstölle tietyt turvasopimukset, kuten Tukholman kaupunki on tehnyt. Tämä osaltaan lieventää

387 SM:n julkaisu 9/2006 s. 13.

388 Modeen 1996 s. 233–234, ks myös Modeen 1993 s. 136–139. Ruotsissa julkisen vallan käyttöä ei todennäköisesti ole annettu lainkaan kunnalliselle yhtiölle. Ks. Rasinmäki 1997 s. 204–205, 295.

389 Ks. Lahtinen-Mikkola 2004 s. 13–20.

390 Forma-Niemelä-Saarinen 2006 s. 41.

391 Kuntien vastuusta terveyden- ja sairaanhoidon osalta on säädetty laissa terveyden- ja sairaanhoidosta. Hälso- och sjukvårdslag 1982:763. Ks. lisää tilaaja-tuottajamallista myös Ihalainen 2007 s. 77–78.

vastustusta ja helpottaa ulkoistuksista päättämistä³⁹².

Ruotsissa on myös tutkittu yksityistämisen näkökulmia, etenkin sellaisia kunnallisia palveluja, jotka on yksityistetty tai avattu kilpailulle mutta pidetty julkisina. Johtopäätös on, että yksityistäminen paransi palveluiden tehokkuutta. Isoimmat kustannussäästöt taas saatiin avaamalla julkiset palvelut kilpailulle. Yksityisten palveluiden ongelmana oli, että kuntien maksuosuudet eivät pienentyneet riittävästi ja kunnilla oli liian vähän kokemuksia yksityisten yritysten toimintatavoista ja kilpailuttamisesta. Hallinnon hajauttamisella ja perinteisellä budjettivastuun korostamisella ei myöskään ollut olennaista vaikutusta tehokkuuteen. Kun tulostavastiin kulttuuriin siirryttiin siten että määrärahat riippuivat asiakasmäärästä, tehokkuus parani selvästi.³⁹³

Ruotsin kokemusten pohjalta voidaan kysyä, onko tarjouspyynnöissä ja sopimuksissa määritelty em. asiat tarpeeksi yksityiskohtaisesti. Irrallisten yksittäisten ostopalvelujen tai toimintojen ulkoistaminen voi olla vaarallista, jos osa-alue tai toimintakenttä on liian pieni, koska niiden ohjaus ja hallinta on kunnalle vaikeaa³⁹⁴. Pohjoismaista Ruotsissa ollaan pisimmällä ulkoistamisissa, vaikka toimintakulttuurin muutoksessa on ollut myös ongelmia. Suomessa kunnat ovat jo ottaneet oppia ja hakeneet kokemuksia Ruotsin kehityksestä, erityisesti tilaaja-tuottajamallista ja ulkoistamisesta. Kuntien vertailtavuutta myös oikeudellisesta näkökulmasta on helpottanut se, että maiden lainsäädäntö on pääasiallisesti hyvin yhtenevä.

3.1.2 Muu Eurooppa

Eurooppalaisessa oikeusperinteessä on eroja, mutta maat ovat luokiteltavissa romaanis-germaaniseen ryhmään, jonka ydinmaita ovat esimerkiksi Saksa, Ranska ja Italia. Myös pohjoismaisessa oikeusjärjestelmässä on samoja elementtejä. Romaanis-germaanisesta oikeuden tunnuspiirteitä ovat formaalisuuden ja sääntöperusteisuuden lisäksi vahva julkis- ja yksityisoikeuden välinen raja sekä laaja kodifikaatio – mikä ei koske Pohjoismaita, vaikka ne voidaan muuten luokitella romaanis-germaanisesta oikeuden alaryhmäksi.³⁹⁵ Erityisesti palveluiden tuottamisen ja muutoksenhaun sekä muun oikeusturvan kannalta julkis- ja yksityisoikeudellinen ryhmittely on oikeussystemaattisesta näkökulmasta yksi keskeinen elementti ulkoistamisnäkökulmasta. Luokitusta arvioidaan ja heijastellaan myöhemmin myös muihin käsitteisiin.

Saksassa uudistukset, kuten NPM, lähtivät enemmän kuntatasolta eli toisin kuin Isossa-Britanniassa. Tiettyjä pieniä osa-alueen tai osittaisulkoistuksia on tehty 1990-luvulta saakka, ja ne kohdistuvat teknisen toimen tai ympäristön hoidon alueelle. Toiminnan uudelleenorganisoinnin perusteena on ollut lähinnä kustannusten pienentäminen.³⁹⁶ Saksan kunnallislain mukaan kunta ei voi ottaa tehtävää hoidettavakseen ennen kuin on selvitetty, voiko yksityinen hoitaa sen paremmin. Saksassa esimerkiksi kunnallisten liikelaitosten perustaminen ja ylläpitäminen on mahdollista, ellei niiden tarkoitus tule paremmin ja taloudellisemmin tehtyä jonkun toisen suorittamana. Sak

392 Ks. lisää Tukholman kaupungin verkkosivuilta: <http://www.stockholm.se/>.

393 Ks. KTM:n tutkimuksia ja raportteja 23/2000 s. 101–111. Ks. myös EPSU-CCRE; Reforms of Public services 2008 s. 54–55.

394 Vrt. Mikkola-Mattila 2006 s. 90, 92. Ks. myös STM:n selvityksiä 2007:36.

395 Husa 1998 s. 149, 155.

396 EPSU-CCRE; Reforms of Public services, July 2008 s. 41–42, 46.

san kunnallislainsäädäntöön on otettu takaisin kunnallistamisesta oma säännös, joka korostaa taloudellisuusvaatimusta.³⁹⁷

Saksan esimerkki osoittaa, että tietyissä osittaisulkoistamisen muodoissa harjoittaminen on mahdollista tietyin rajoituksin ja edellytyksin – ainoastaan tulkinta ja sääntelyn muoto vaihtelevat maittain. Toisaalta Isossa-Britanniassa kunta voi ottaa tehtävän hoitaakseen vain sinä tapauksessa, että se on voittanut tarjouskilpailussa yksityiset palveluntuottajat.³⁹⁸ Kummankin maan esimerkkitapaukset ohjaavat kuntaa selvästi vertailemaan omaa ja yksityisen tarjoajan tarjontaa sekä kilpailukykyä. Näiden maiden lainsäädäntö ohjaa ulkoistettavaksi sellaisia kunnallisia palveluja, joiden toteuttaminen omana toimintana olisi tehotonta.

Ranskassa julkiset hankinnat tehdään hajautetusti ja kunnilla on mahdollisuus tehdä hankinnat hyvinkin itsenäisesti. Ranskan hankintalainsäädäntö on uudistettu, ja nyt sen tavoitteena on uudenaikaistaa ja helpottaa hankintamenettelyä EU-säädösten tarkoittamalla tavalla.³⁹⁹ Ranskan kunnilla tai yhteenliittymillä on mahdollisuus tuottaa palveluja monella eri tavalla. Vaikka Ranskassa on kuntia paljon enemmän ja ne ovat pienempiä kuin Suomessa, ovat ne pystyneet käyttämään uusia palveluntuottamismalleja⁴⁰⁰. Kunnilla on mahdollisuus järjestää palveluita vain sellaisissa tilanteissa, joissa lainsäädäntö ei sitä estä, tai jos yleishyödyllisiä tai yksityisiä palveluita ei ole. Kunnissa palveluiden järjestäminen on erotettu niiden tuottamisesta. Ranskan kuntateknisissä palveluissa lainsäädäntö ei mahdollista sitä, että joku muu kuin kunta tai siihen liittyvä organisaatio voisi ottaa vastuun kuntien teknisistä toiminnoista. Isossa-Britanniassa taas yksityisellä voi olla tuottamisen lisäksi myös järjestämisvastuu.⁴⁰¹ Isossa-Britanniassa ja Ranskassa ulkoistamiset ovat alkaneet aikaisemmin kuin Saksassa⁴⁰².

Sopimuksen optimaaliseen pituuteen vaikuttavat monet tekijät, kuten sopimuksen muoto, palvelun luonne ja investointien tarve. Valtion tilintarkastajat ovat huomanneet, että Ranskassa kunnat ovat tehneet peräti 40 vuoden sopimuksia, mitä ei voi pitää enää tehokkaana ja tarkoituksenmukaisena. Yksityiset sopimukset voivat olla oikeudellisen sitovuuden näkökulmasta myös ongelmallisia kunnille, etenkin jos markkinoille tulee uusia toimijoita.⁴⁰³ Ranskan kokemukset osoittavat, että kunnallishallinnon kannalta yhtenä keskeisenä tekijänä on sopimuksen oikea pituus. Se voi olla lähes kolmekymmentä vuotta, jolloin palveluja tuottava yritys saattaa päätyä monopoliasemaan rinnastettavaa rooliin.

Ranskassa kunnilla on oikeus asettaa hinta julkiselle palvelulle, vaikka kunnat eivät kyseistä palvelua itse tuottaisikaan. Tällöin ei luonnollisesti pystytä kilpailemaan palvelujen hinnalla, vaan kilpailua on pääasiassa laadun, osaamisen ja tekniikan alueella. Kuntien tehtävä on valvoa kuntalaisten etua, jossa kulminoituvat taloudellisuuden lisäksi hinta-laatonäkökulmat. Valvonta-aspekti on noussut tärkeäksi Ranskassa,

397 Ryyänen 2008 s. 164; Ryyänen 2009 s. 466. Saksassa on jo 1990-luvulla käytetty PPP-mallia. Nyt siitä on olemassa enenevässä määrin eri variaatioita. Ghobadian ym. 2004 s. 234–23.

398 Rasinmäki 1997 s. 150.

399 Halme–Kotilainen 2008 s. 22.

400 Wollmann 2008 s. 43.

401 Morange 1993 s. 12.

402 Ks. Wollmann 2008 s. 45.

403 Morange 1993 s. 13–14, 22, 25.

koska kunnat ovat vastuussa kuntalaisille palvelun laadusta. Valvontaa helpottaa se, että palveluntuottaja joutuu tekemään kunnalle taloudellisen ja teknisen raportin. Valvontaa pitää kehittää myös siten, että virallisen valvonnan suorittaa kunnasta ja palveluntuottajasta riippumaton taho.⁴⁰⁴

Ranskan kunnallistekniset palvelut ovat hyvä esimerkki siitä, miten moninaisesti palveluja voidaan tuottaa erilaisissa toimintaympäristöissä. Tätä on osaltaan helpottanut ja nopeuttanut maan kunnallislainsäädäntö. Se mahdollistaa kunnallisteknillisten palveluiden tuottamisen myös muun kuin julkisen organin taholta niin, että siihen käytetään verorahoja. Näin kustannukset ovat aitoja ja todenmukaisia kaikille. Ranskalaisen järjestelmän etuna on myös paikallisten sopimusten monimuotoisuus, ja kunnilla on oikeus ottaa palvelut takaisin itselleen uudelleen kilpailutettavaksi.⁴⁰⁵

Teknisellä sektorilla ulkoistamisen lisäksi kysymykseen voi tulla myös yksityistäminen eli esimerkiksi energia- tai vesihuoltolaitosten myyminen. Asteittainen tai jonkun toiminnan osittainen ulkoistaminen on myös mahdollista. Etenkin vesi- ja energiapuolella ovat mahdollisia myös käyttöoikeussopimukset⁴⁰⁶, joissa kunta antaa verkoston yrityksen käyttöön sovittujen pelisääntöjen mukaisesti.

Suomessa on kritisoitu sitä, että palvelusopimukset jäävät yrittäjien kannalta liian lyhyiksi, jotta yritysten olisi mielekästä resursoida ja kehittää palvelutuotantoa kunnille. Toisena ääripäänä ovat Ranskan mallin mukaiset ylipitkät sopimukset, jotka eivät välttämättä edesauta kustannustehokkuutta ja toimintojen kehittämistä. Keskustelu siitä, onko julkinen toiminta kalliimpaa ja tehottomampaa kuin yksityinen, kärjistyy usein oman ja ulkoistetun palvelun mittaamiseen. Tällöin keskeiseksi asiaksi nousee, pystytäänkö ja halutaanko kustannustehokkuutta ja laatua vertailla niin yksityiskohtaisesti, ettei objektiivisuus kärsi. Asia ei kuitenkaan ole aina näin yksiselitteinen ainakaan kokonaisulkoistamisten osalta, koska aina ei voida edes sopimuksellisesti huomioida kaikkia osatekijöitä. Osapuolten on myös pystyttävä sopimaan ulkoistamisissa uudesta tarkastelusta, etenkin jos olosuhteet muuttuvat ratkaisevasti.

Iso-Britannia on jaettu terveystalouden osalta kymmeneen alueeseen, joiden terveysviranomaisilla on vastuu alueensa terveystalouden kehittämisestä, laadusta ja tehokkuudesta, riittävydestä sekä painopisteohjelman tavoitteista. Julkinen terveydenhuoltopalvelu tuottaa kaikille pääosin maksuttomia terveystalouden palveluja. Säätiöt ovat vastuussa valtaosasta julkisen terveydenhuoltojärjestelmän taloudesta, ja ne vastaavat myös kuntalaisten tarvitsemien terveystalouden palveluiden tarjonnasta ja saatavuudesta. Perusterveydenhuollon säätiöillä taas on sopimus yksityisten lääkäreiden kanssa, ja niiden tehtävänä on tilata tai tuottaa palvelua.⁴⁰⁷ Kunnan oikeudellinen asema voi kuitenkin

404 Wollmann 2008 s. 48, 56–57, 426. Kokemukset Ranskassa ovat osoittaneet, että kun yksityinen yritys tai julkinen osakeyhtiö on palvelun tuottajana, korostuu asiakirjojen laatiminen, hallinta ja tarkistaminen oikeudellisesta näkökulmasta. Morange 1993 s. 36.

405 Morange 1993 s. 36; Cole–John 2001 s. 11.

406 Ranskassa käyttöoikeussopimukset ovat yleisiä, ja esimerkiksi vesihuollosta noin 80 % toimii käyttöoikeussopimuksen turvin. Ks. Kilpailuttamisen ABC 2001 s. 31. Eklund toteaa väitöskirjassaan Resource constrain in health care seuraavasti: ”Public resources are not able to increase capacity and are forced to turn to private service providers. However, increased outsourcing of services to private providers will contribute to the cost increase and will not solve the resource constraints problem.” Eklund 2008 s. 118.

407 Terveydenhuoltolakiyryhmän muistio 2008 s. 79–80.

erota merkittävästi suomalaisen kunnan asemasta. Isossa-Britanniassa kunnalla ei ole yleistä toimialaa. Kuntien oikeudelliset erimielisyydet puidaan yleisissä tuomioistuimissa tai asiaa koskevassa erityistuomioistuimessa. Perustuslaissa ei ole suojattu kunnan itsehallinnon asemaa, ja kunnan henkilöstö on yksityisoikeudellisen työsopimussuhdetta muistuttavassa asemassa. Kunnan asema voi oikeudellisesti muistuttaa monelta osin yksityisen organin asemaa.⁴⁰⁸

Isossa-Britanniassa pakkokilpailuttamisella on saatu noin 20 prosentin kustannussäästöjä, ja sen on arveltu myös lisäävän palvelutuotannon taloudellista tehokkuutta. Pakkokilpailuttamisen etuna nähtiin kustannusten pieneneminen, laadun parantuminen, riskien väheneminen ja mahdollisuus keskittyä strategiseen johtamiseen. Huonoja puolia olivat, että laadun arviointi hankaloitui, työntekijöiden edut huononivat, palvelun tuottamiseen saattoi tulla häiriöitä ja sopimusten oikeudelliset ja tekniset vaatavuudet lisääntyivät. Myös sopimusten tulkinnallisuus aiheutti ongelmia. Laatu-standardien määrittelyjen puutteesta on Isossa-Britanniassa kokemuksia.⁴⁰⁹ Ulkoistamisesta voi tulla myös oikeudellisia ongelmia sekä palvelun järjestäjälle että tuottajalle, jos esimerkiksi terveydenhuollossa ei ole eritelty, kuinka nopeasti lähetteen tulee lähteä eteenpäin ja miten laatua seurataan⁴¹⁰. Terveydenhuollossa asiakkaan oikeudet voivat vaarantua myös, jos annettavaa palvelua ei ole määritelty riittävän yksityiskohtaisesti. Isossa-Britanniassa yksityistäminen ei ole ainoastaan sallittua vaan julkisyhteisöä edellytetään, että se toimisi tietyllä tavalla. Tätä ohjataan valtion keskushallinnosta hyvinkin yksityiskohtaisesti säännöksillä, jotka ohjaavat esimerkiksi kilpailuttamiseen ja sopimusperusteiseen tuotantoon.⁴¹¹

Isossa-Britanniassa kehiteltiin pakkokilpailuttamisesta ns. *best value* -politiikka, jonka mukaan kuntien tuli toiminnassaan pyrkiä jatkuvasti kehittämään ja saamaan aikaan parannuksia toimintatapoihin. Kuntien suoriutumista ja tuottavuutta seurataan viiden mittarin avulla, jotka ovat kustannukset, tehokkuus, vaikuttavuus, laatu ja oikeudenmukaiset käyttöoikeudet.⁴¹² Heikommin suoriutuneiden kuntien on asetettava sellaiset vaatimukset, että niiden suoritus nousee hyvien kuntien tasolle. *Best value* -ohjelman periaatteena on, että kyse ei ole pelkästään kilpailuttamisesta vaan kilpailukyvyistä, jolloin kuntia voidaan vertailla. *Best value* -ohjelmalla on ollut monia positiivisia vaikutuksia ulkoistamiseen. Aina ei kuitenkaan ole kyse täydellisistä ulkoistamisesta vaan lähinnä osittaisulkoistamisesta.⁴¹³

3.1.3 Yhdysvallat

Yhdysvallat kuuluu Ison-Britannian lailla *common law* -maihin, joissa oikeuskäytäntö pohjautuu ennakkopäätöksiin tai prejudikaatteihin. Ennakkotapausten sitovuus tai

408 Mennola 2008 s. 324 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen2008). Ks. Cole–John 2001 s. 18–22.

409 Bailey 1995 s. 374–375.

410 Vrt. Mikkola–Mattila 2006 s. 96. Isossa-Britanniassa on saavutettu säästöjä myös National Health Servicen (NHS) tukipalvelujen sekä siivous- ja ruokapalvelujen ulkoistamisilla. Kähkönen 2007 s. 36.

411 Ks. myös HE 69/1997 s. 4. Isossa-Britanniassa markkinatyyppinen ajattelu on ollut vallalla enemmän kuin Pohjoismaissa. Saltman–Von Otter 1994 s. 37.

412 Boyne 1999 s. 63–66.

413 Valkama 2006 s. 57–61.

oikeussystematiikka ei perustu julkis- ja yksityisoikeuden erottelulle. Toisaalta Yhdysvalloissa perustuslain merkitys on vahva.⁴¹⁴ Yhtenä erityispiirteenä on myös se, että eri oikeusasteet voivat käyttää eri oikeudenaloilla myös valtiosääntöön liittyviä perusteluja⁴¹⁵.

Yhdysvalloissa on paljon kokemusta ostopalveluista ja sopimusperusteisesta tuotannosta. Sopimusperusteisesta palveluiden jatkuvasta hankinnasta eli ostopalveluista on tullut yleisin palveluidenhankintamuoto Yhdysvalloissa. Ostopalveluiden erikoisuutena Yhdysvalloissa on se, että valtio tai kunta valitsee palvelun tuottajan ja samalla takaa saatavuuden ja valvoo palvelua⁴¹⁶. Yhdysvaltojen terveydenhuoltojärjestelmää on myös kovasti kritisoitu, koska kilpailu ei ole toiminut jatkuvien kustannusten nousujen takia. Toisaalta laatu ei ole parantunut, ja siinä voi olla suuriakin eroja. Ratkaisuksi on esitetty kilpailunrajoitusesteiden poistamista mm. siten, että kilpailu olisi tarpeeksi avointa ja laajaa ja valvonta toimivaa. Lisäksi informaation vertailtavuutta tulisi kehittää, hintojen läpinäkyvyyttä ja laskutusta pitäisi selkiyttää ja pitäisi luoda standardeja terveydenhuollon palveluihin.⁴¹⁷

Vuoden 2010 alkupuolella Yhdysvalloissa tuli voimaan historiallinen terveydenhuoltolakiuudistus. Uudistuksen keskeinen tarkoitus on tehdä terveydenhuolto edullisemmaksi ja terveysvakuutuksen antajat vastuullisemmiksi, laajentaa vakuutusuojaa sekä saada järjestelmä kestävämmäksi. Ensimmäisessä vaiheessa uudistus rajoittaa sairaskorvausyhtiöiden mahdollisuutta evätä vakuutus sellaisilta kansalaisilta, joilla on terveysongelmia. Samalla kansalaisten tulee hankkia pakollinen sairaskorvaus ja vähävaraisilla on mahdollisuus saada siihen valtion tukea tai verohelpotuksia. Lain sisältö on moninainen ja vaikeaselkoinen. Tämä johtuu osaltaan siitä, että Yhdysvaltojen terveydenhuollon uudistusta koskevan lain⁴¹⁸ tavoitteet ovat laajat, koska tarkoituksena on vaikuttaa niin valtion budjettiin kuin terveysvakuutusmarkkinoihin ja yksittäisiin kansalaisiin. Lain tavoitteena on saada vakuutukset kattavammiksi ja edullisemmiksi luomalla kilpailukykyiset vakuutusmarkkinat. Samalla uusien säännösten tarkoituksena on tuoda enemmän vastuullisuutta pitäen vakuutusmaksut alhaisina ja estää väärinkäytökset. Lisäksi uudistus takaa kansalaisille tasa-arvoisemman kohtelun ja mahdollisuuden saada laajempaa suojaa sekä antaa enemmän vaihtoehtoja.⁴¹⁹

Palveluiden järjestämisessä ja tuottamisessa yhtenä keskeisenä oikeudellisena elementtinä on sopimus, jonka pohjalta tilaaja ja tuottaja sitoutuvat ostamaan ja tuottamaan tiettyä palvelua tietyin ehdoin. Ongelmana Yhdysvaltojen järjestelmän vertaisoppimisessa on se, että vaikka kuntalaisten valinnanvapaus on suuri, perustuu järjestelmä hyvin erilaiselle pohjalle ja säännöksille, missä esimerkiksi vakuutusturvan rooli on merkittävämmässä roolissa kuin esimerkiksi Pohjoismaissa.

Kuten Ison-Britannian ja Yhdysvaltojen kokemukset ovat osoittaneet, yksityistäminen ei aina lisää haluttua kilpailua, etenkin kun on siirrytty julkisista monopoleista

414 Husa 1998 s. 157–159.

415 Husa 1998 s. 168.

416 Ascher 1987 s. 14–18.

417 Björkroth–Pelkonen–Okko 2006 s. 86–87; Martikainen 2009 s. 53.

418 Hyväksytty lakipaketissa nimeltä Patient Protection and Affordable Care Act 2010. Ks. lisää <http://www.healthcare.gov/law/about/index.html>.

419 Ks. tarkemmin www.healthcare.gov/issues/health-care; <http://www.healthcare.gov/law/about/index.html>.

yksityisiin monopoleihin⁴²⁰. Yksityistämisen ja sääntelyn poistamisen yhteisvaikutuksia laatuun, kustannuksiin ja hyvinvointiin on tutkittu jonkin verran. Yksityisen monopolin seurauksena voivat olla liian pieni tuotanto ja huono laatu, joten kilpailu voi myös heikentää palvelun laatua. Julkisen omistuksen tehottomuutta ei ole myöskään yksiselitteisesti pystytty osoittamaan⁴²¹.

Eri maiden esimerkeistä ilmeni hyvinkin erilaisia kokemuksia – tosin ulkoistaminen on Suomessa hieman kehittymättömämpää. Etenkin Ruotsissa⁴²² yksityisten yritysten asemaa on parantanut kunnallislain muutos, joka kieltää kunnallisia yhtiöitä kilpailemasta omistajakuntansa ulkopuolella. Toisaalta Ruotsissa ja Isossa-Britanniassa ongelma on havaittu, että harvaan asutuilla alueilla kilpailu ei toimi samalla tavalla kuin kaupungeissa.⁴²³ Suomessa ongelmat ovat monilla toimialueilla samansuuntaisia etenkin pienissä kunnissa, jotka ovat kaukana kasvukeskuksista. Tietyn palvelun ulkoistaminen voi hankaloitua aidon kilpailun puutteessa.

Kokemukset palvelujen kilpailuttamisesta eri maissa⁴²⁴ liittyvät ainakin välillisesti ulkoistamiseen. Pohjoismaissa kunnilla on selvästi laajempi ja vahvempi asema kuin muualla Euroopassa⁴²⁵. Ongelmat kilpailuttamisen, sopimuksen keston ja valvonnan osalta ovat kuitenkin samoja kun ulkoistamisessa. Monissa maissa, kuten Ranskassa ja Iso-Britanniassa, laatuongelmat sekä tuotteistuksen puutteet ovat johtaneet monien asioiden juridisoitumiseen. Käsitteellisesti on kuitenkin hyvin vaikea erottaa ulkoistamista ja sen eri muotoja, ellei tunneta kunkin maan ulkoistamiseen liittyvää ja sitä rajoittavaa lainsäädäntöä hyvinkin yksityiskohtaisesti.

420 Willner 1997 s. 26, 34. Viimeisimmät isot muutokset Ison-Britannian terveydenhuollossa alkoivat vuonna 2000. Strategisena tavoitteena oli päästä asiakaslähtöisempään terveydenhuoltojärjestelmään ja saada painopistettä terveydenhuollon sijasta terveyden huomioimiseen, jolloin julkinen vaati lisäresursointia. Yhteistyön rakentaminen julkisen- ja yksityisen sekä kolmannen sektorin välillä on aiheuttanut myös kritiikkiä. Ihalainen 2007 s. 73, 76.

421 Willner 1997 s. 40, 43.

422 Kilpailuttamisen kokemuksia on saatu myös laajamittaisella linja-autoliikenteen kilpailuttamisella. Vuonna 1994 pääkaupunkiseudun Yhteistyövaltuuskunta YTV kilpailutti seudullisen linja-autoliikenteen. Toimintaa oli tähän saakka järjestetty pääosin kunnallisten osakeyhtiöiden kautta, joita rahoitettiin kunnallisten sopimusten kautta. YTV järjesti tarjouskilpailun kokonaistaloudellisuuden perusteella, joka jakautui hinta- ja laatutekijöihin. Helsingin seudulla kilpailuttaminen alensi kustannuksia noin 29,2 % verrattuna siihen, että toimintoja ei olisi kilpailutettu. Tarjouskissa hintahaitari oli hyvin kapea ja kilpailu kova. Lisäksi asiakaspalvelu on tehostunut laadunohjauksen myötä. Suomen lisäksi monissa maissa kilpailuttaminen ja sääntelyn purkamisesta on samansuuntaisia kokemuksia. Ne ovat johtaneet esimerkiksi Isossa-Britanniassa ja Ruotsissa kustannusten alenemiseen ja yksityisen sektorin kasvuun. Lehto E. 1997 s. 292–302, 306. Ks. myös KTM:n tutkimuksia ja julkaisuja 23/2000 s. 96–111.

423 Lehto E. 1997 s. 306–307.

424 Michael Bogdan on todennut, että ymmärtääkseen ulkomaisia oikeussäännöksiä pitäisi tuntea myös taloudellista, poliittista eettistä ja uskonnollista yms. ympäristöä ja niiden yhteyksiä toimintaympäristöön. Ainoastaan näin voidaan nähdä, mikä rooli oikeussäännöillä on todellisuudessa ja miten ne toimivat käytännössä. Bogdan 1994 s. 57.

425 Ks. Häggroth 2005 s. 15.

3.2 Palvelujen tuottamisen organisointimuodot kunnissa

3.2.1 Kuntayhtymä

Kuntalaki mahdollistaa erilaisten tehtävien siirtämisen kuntayhtymille. KuntaL 2.1 §:n mukaisia lakisääteisiä tehtäviä voidaan antaa hyvin laajasti kuntayhtymien hoitettavaksi. KuntaL 2 §:n tulkintaan syvennyttään jatkossa tarkemmin. Tässä avataan kuntayhtymän oikeudellista muotoa ja sitä, miten kyseinen organisointimuoto liittyy ulkoistamiseen ja sen oikeudellisen sisällön tulkintaan.

Kuntayhtymän perustamisesta sovitaan kuntayhtymän perussopimuksella, jonka sisällöstä on määritelty tarkemmin KuntaL 78 §:ssä. Kuntayhtymän perustaminen on pohjautettava kuntien valtuustojen hyväksymään sopimukseen⁴²⁶. Kuntayhtymä eroaa monista muista palveluntuotantotavoista siinä, että se on itsenäinen julkisoikeudellinen oikeushenkilö. KuntaL 80 §:ssä on määritelty kuntayhtymän oikeustoimikelpoisuudesta. Oikeushenkilönä kuntayhtymä on oikeustoimikelpoinen, ja se voi siten tehdä sitoumuksia ja on oikeudellisesti vastuunalainen. Vastuunalaisuus ulottuu myös vahingonkorvausvelvollisuuteen⁴²⁷. Vaikka oikeudellisesti ajatellen kuntayhtymä on itsenäinen, vastaavat kuitenkin jäsenkunnat aina kuntayhtymästä täysin rajoituksetta. Kuntayhtymässä on oltava vähintään kaksi kuntaa. Sen toiminta perustuu sopimukseen ja lakiin ja se on juridisesti itsenäinen organisaatio, jolla on omat hallintoelimet ja talous. Kuntayhtymän tehtävät on kerrottu perussopimuksessa, ja se on tarkoitettu perustettavaksi pysyvien tehtävien hoitamiseksi.

Kuntayhtymiä ei ole enää perustettu siinä määrin kuin esimerkiksi parikymmentä vuotta sitten, vaan niiden määrä on ollut laskussa. Tämä on osaltaan johtunut siitä, että kunnille on tullut uusia mahdollisuuksia järjestää ja tuottaa palveluja erimuotoisina eri palveluntarjoajien kanssa. Toisaalta kuntayhtymämuoto on suhteellisen vakiintunut, ja nykyinen lainsäädäntö antaa kunnille hyvin laajat mahdollisuudet päättää kuntayhtymän toiminnasta ja rakenteesta. Se voi tuottaa sellaisia erikoispalveluja, joihin yksittäiset kunnat olisivat liian pieniä ja haavoittuvia.⁴²⁸ Kuntayhtymän toiminta-alana voidaan tiivistetysti pitää palvelujen järjestämistä omistajakunnilleen ja muille ostopalveluina perussopimuksessa ja laeissa rajattujen puitteiden mukaisesti⁴²⁹. Lainvalmistelussa oli todettu, kuntayhtymäsäännöksillä ei myöskään ole puututtu palveluiden tuottamis- ja järjestämistä vastuuseen suhteessa kunnan asukkaisiin⁴³⁰.

426 Ks. lisää Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 457.

427 Harjula–Prättälä 2007 s. 594; Harjula–Prättälä 2004 s. 574.

428 Mennola 2008 s. 272 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008). Tällaisina erikoispalveluina voidaan mainita mm. jätehuolto ja joukkoliikenne. Hallituksen esityksessä ehdotettiin kumottavaksi pääkaupunkiseudun yhteistyövaltuuskunnasta annettu laki ja säädettäväksi laki pääkaupunkiseudun kuntien jätehuoltoja ja joukkoliikennettä koskevasta yhteistoiminnasta. Tehtäviä hoitaisi kaksi erillistä kuntayhtymää. Yhteistoimintavelvoite laajenisi esityksen mukaan siten, että joukkoliikenteeseen liittyvät tehtävät koskisivat seutuliikenteen lisäksi kuntien sisäistä liikennettä. HE 80/2009 s. 1, 7–8.

429 Ks. Valkama 2004 s. 82. Valkama on jaotellut kunnan, kuntayhtymän, osakeyhtiön ja säätiön tarkoitusta, toimialaa ja toiminta-alueita sekä toiminnan rahoituslähteitä. Vrt. Valkama 2004 s. 82.

430 HE 70/1992 s. 8–9.

Kunta- ja palvelurakennemuutoksessa annetun lain (169/2007) mukaan voidaan yhteistoiminta-alueen tehtävien hoitamiseksi perustaa myös kuntayhtymä. Keskeiseksi kysymykseksi nousee, miten kuntayhtymien eri muodot eri tehtävien hoitajana ymmärretään ja määritellään. Puitelain 6 §:n mukaiset laajaa väestöpohjaa edellyttävät palvelut vahvistavat kuntayhtymää orgaanimuotona. Paras-hankkeen yksi keskeinen malli on sosiaali- ja terveystyömalli. Piirit luokiteltaisiin pakollisiin kuntayhtymiin, vaikka niiden tehtävät voivat joiltain osin olla laajemmat. Kunta- ja palvelurakennemuutoksen lakityöryhmä on todennut että ”sosiaali- ja terveystyömallien tehtävien laajuus yhdistettynä kuntayhtymän hallintomalliin tai muuhun rinnasteiseen malliin, jossa piirin päätöksenteosta vastaava toimielin ei olisi kunnan asukkaiden valitsema vaan välillisesti valittu, voi johtaa ristiriitaan perustuslain 121 §:ssä turvatun kunnallisen itsehallinnon ja siihen sisältyvän kansanvaltaisuusvaatimuksen kanssa”.⁴³¹

Hallintovaliokunta taas on nähnyt, että puitelain sosiaali- ja terveydenhuollon laajaa väestöpohjaa edellyttävien tehtävien järjestämisvastuu tulisi yhden organisaation veloitteeksi. Valiokunta on myös huomauttanut, että hallinnollisella organisoinnilla ei ratkaista palvelujen tuottamistapoja.⁴³² Puitelain 5.4 §:ssä on mainittu ammatillisen peruskoulutuksen järjestäjänä olevan yhteistoiminta-alueen asukasohjasta. Puitelain 5.3 §:n kohdassa taas on todettu perusterveydenhuollosta ja siihen suoraan liittyvien sosiaalitoimen tehtävien hoitamisesta. Kyseisestä rajasta voidaan poiketa 5.5 §:n mukaan, jos se on tarpeen tai mahdollista 5 momentin säännöksiin pohjautuen.

Kuntayhtymän rahoituksesta ovat vastuussa jäsenkunnat täysimääräisesti sen mukaan, kuinka perustamissopimuksessa on sovittu. Kunnanhallitus voi ohjeistaa kunnan edustajia yhtymävaltuuston kokousta varten. Ongelma ei ole niinkään oikeudellinen vaan poliittishallinnollinen: edustavatko yhtymän hallituksessa ja valtuustossa olevat luottamushenkilöt kuntayhtymää, kuntia vai molempia⁴³³? Kun kuntayhtymältä vaaditaan taloudellisuutta ja tehokkuutta sekä omalla erikoisalueellaan laadukkaita palveluja, vaatii se peruskunnilta laajaa yhteistoimintaa. Liian suuret kuntayhtymät voivat olla peruskuntien kannalta kuntien ja kuntalaisten vaikuttamismahdollisuuksien ulottumattomissa, jolloin valvonta voi jäädä myös heikoksi.⁴³⁴ Ongelmalliseksi kuntayhtymien aseman kuntiin nähden tekee se, että ne voivat olla hyvinkin suuressa roolissa kunnan menojen osalta mutta eivät ole välittömässä vastuussa kunnalle tai kuntalaisille. Lisäksi omistajakunnat vastaavat kuntayhtymän taloudesta, eikä kunnilla ole suoraan lakiin perustuvaa ohjausvaltaa niihin⁴³⁵.

431 STM:n selvityksiä 8/2006 s. 17.

432 HaVM 31/2006 s. 15–16. Ks. myös PeVL 37/2006.

433 Ks. lisää Möttönen 2002 s. 357–372.

434 Porokka–Maunukela–Säilä–Honka 2001 s. 18. Omistajakunnilla on kuitenkin mahdollisuus saada Julkl 11 §:ssä määritellyn asiaosaisten tiedonsaantioikeuden perusteella tietoa esimerkiksi hoidettavasta maksun kohteesta ja siihen liittyvistä tapahtumista. Korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen mukaan menojen valvonta potilaitten hoitamisessa on sellainen syy, että omistajalla on oikeus saada siitä tietoa. Tiedonsaantia voidaan rajoittaa ainoastaan, jos tiettyä arkaluonteista tietoa ei nähdä tarkoituksenmukaiseksi rahankäytön seurannan kannalta. Ks. esimerkiksi KHO:2008:52.

435 Heuru 2008 s. 196. (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008). Ks. Siitonen–Valkama 2003 s. 60.

Kunnallislain tarkentuminen toimintakertomuksen osalta on kehittänyt kuntien tilinpäätösinformaatiota. Toimintakertomus on KuntaL 68 §:n mukaan osa kunnan tilinpäätöstä. Toimintakertomuksessa on numeraalisten tietojen lisäksi arvioitava kunnan toiminnan ja talouden kehitystä. KuntaL 69 §:ssä toimintakertomuksen roolia selvennetään ja tarkennetaan. Voimaantulosäännöksen mukaan uutta KuntaL 69 §:ää alettiin soveltaa konsernitalinpäätökseen vasta vuonna 2009. Tällöin toimintakertomukseen on otettava sellaiset kuntaa tai kuntakonsernin talouteen liittyvät seikat, joita ei ole selvitetty muissa KuntaL 68 §:n mukaisissa tilinpäätöstiedoissa. Tämä voi osaltaan helpottaa ja selkiyttää tiettyjen osittaisulkoistusten arviointia. Tällä tarkoitan sitä, että kunnilla on ollut kuntalain (365/1995) pohjalta mahdollisuus ”peittää” todellisia rakenteellisia ongelmia siten, että kuntayhtymät tai osakeyhtiöt tekevät alijäämiä ja velkaantuvat kunnan kustannuksella niin, että todellinen palvelujen rahoitustilanne hämärtyy⁴³⁶. Osiltaan tämä voi johtua siitä, että KuntaL 69.2 §:n alijäämien kattamisvelvollisuudesta ei koske esimerkiksi kuntayhtymiä. Näiltä osin muutettu KuntaL 69.1 §:n säännös selkiyttää tilannetta.

Perustuslain 19.3 §:n ja 22 §:n mukaisesti julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien toteutuminen, mikä on jätetty esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuollossa kuntien vastuulle. Kunnat ovat voineet valita, haluavatko pakollisten kuntayhtymien lisäksi lisätä vapaaehtoisia kuntayhtymiä. Tämä on tarkoittanut sitä, että kunnat ovat olleet velvoitettuja erikoissairaanhoitolain 3.1 §:n mukaisesti liittymään johonkin sairaanhoitopiirin kuntayhtymään. Kunta voi kuitenkin ErikoiL 14.2 §:n mukaan ostaa palveluja myös sellaiselta sairaanhoitopiiriltä, jonka jäsenenä se ei ole. Puitelain pohjalta on esitetty terveyspiiriä, joka vastaisi palvelujen järjestämisestä terveyspiirin alueella. Näin terveyspiirillä olisi järjestämisvastuu, ja se voisi tuottaa palveluja omana tai ostopalveluna. Toiseksi terveyspiiri mallina olisi maakunnallinen tilaajaorganisaatio, jossa piirillä olisi myös järjestämisvastuu, mutta se mahdollistaisi paremmin yksityisten organien mukanaolon palveluiden tuottajana. Kolmantena terveyspiiri voisi myös toimia kaikissa rooleissa eli olla palvelun järjestäjä, tuottaja ja tilaaja.⁴³⁷

Kuntien omistamat kuntayhtymät ovat alkaneet entistä enemmän liikelaitostaa ja yhtiöittää toimintojaan. Kuntalakiin on tullut uusi kohta KuntaL 87 §, jossa säädetään kunnallisesta liikelaitoksesta⁴³⁸. KuntaL 87a § selventää terminologiaa kuntayhtymän liikelaitoksen ja liikelaitoskuntayhtymän välillä. Keskeinen ero ilmenee KuntaL 87a §:n 2 momentin sanamuodosta: kun kunnat ja kuntayhtymät ovat yhdessä perustaneet kuntayhtymän, jonka tehtäviin kuuluu kunnallisen liikelaitoksen ylläpitäminen, nimitetään sitä liikelaitoskuntayhtymäksi. Liikelaitokset voivat toimia lautakunnan, johtokunnan tai kunnanhallituksen alaisena. Liikelaitoksiin sovelletaan kuitenkin samoja säännöksiä kuin kunnan ja kuntayhtymän toimintaan. Tietyillä erityissäännöksillä säädetään liikelaitoksen toiminnan eriyttämisestä⁴³⁹.

Kuntayhtymämuoto on yleinen terveydenhuollon alueella. Oli kyse kunnan, kuntayhtymän tai yksityisille ulkoistetuista terveydenhuollon palveluista, on hoito

436 Ks. laki kuntalain muuttamisesta 519/2007.

437 Terveydenhuoltolakityöryhmän muistio 2008 s. 94–95.

438 HE 263/2006 s. 7–8.

439 Tällaisia mainintoja on sähkömarkkinalaissa (386/1996), maakaasumarkkinalaissa (508/2000) ja vesihuoltolaissa (119/2001).

annettava enimmäisaikojen puitteissa tai ostettava muilta palveluntuottajilta STVOL 4 §:n mukaisesti. Jos kuntayhtymä ulkoistaa esimerkiksi terveydenhuollon palveluja yksityiselle palveluntuottajalle, täytyy sen huolehtia, että kyseinen tuottaja täyttää laissa yksityisestä terveydenhuollosta 3–4 §:issä (152/1990) annetut vaatimukset yksityisestä terveydenhuollon järjestämisestä.

KHO 7.6.2006/1482. Hallinto-oikeuden käsiteltävänä olleessa tapauksessa oli kysymys siitä, oliko sairaanhoitopiirin kuntayhtymän valtuustolla toimivaltaa päättää sairaaloiden laboratoriotointojen yhdistämisestä ja yhteisen laboratorioliiikelaitoksen muodostamisesta sekä johtokunnan perustamisesta liikelaitokselle hyväksymällä johtosääntö vai olisiko tämä vaatinut perussopimuksen muuttamista. Samalla arvioitavana oli, edellyttikö asia määränemistön päätöstä.

HAO:n päätöksessä mainitaan, että ”Kuntayhtymän perussopimuksen mukaan kuntayhtymän sairaalan lakkauttamista, muualle siirtämistä tai toiminnan olennaista muuttamista koskevan päätöksen tekemiseen valtuustossa vaaditaan, että vähintään kaksi kolmannesta (2/3) saapuvilla olevien kyseisen sairaalan sijaintipaikan osavastuualueen kuntia edustavien jäsenten yhteenlasketusta äänimäärästä sitä kannattaa.”

HAO päätti, että kuntayhtymän laboratoriotointojen yhdistämisessä ja kyseisten toimintojen järjestämisessä liikelaitoksena ei ollut kyse sellaisesta perussopimuksessa mainitusta kuntayhtymän sairaalan toiminnan olennaisesta muuttamisesta, joka edellyttää määränemistöstä. Täten HAO hylkäsi kuntayhtymän jäsenkunnan valituksen. KHO ei muuttanut HAO:n päätöstä.⁴⁴⁰

Yhteistoiminnan muodoista oli hallintovaliokunta ehdottanut kuntalakiin lisäyksen, jonka mukaan kunnan velvollisuudesta kuulua tietyllä toimialalla tai alueella kuntayhtymään säädetään erikseen⁴⁴¹. Kyseinen kohta on nykyisin Kuntal 76.4 §. ErikoisL 7 §:ssä (1062/1989) on määritelty, että erikoissairaanhoidon järjestämistä varten maa on jaettu sairaanhoitopiireihin, jotka muodostuvat niiden kuntayhtymään kuuluvista kunnista. Jos kuntayhtymä ei erikoissairaanhoidon mukaisesti voi itse tuottaa kaikkia palveluja, on se veloitettu hakemaan kyseiselle palvelulle tuottajan. ErikoisL 31.5 § ei myöskään rajoita ulkoistamista vaan mahdollistaa sen tietyissä tilanteissa. Kuntien omistamat kuntayhtymät voivat kuitenkin itse ulkoistaa omia toimintojaan, ja niitä velvoittavat ulkoistamisen osalta samat säännökset ja periaatteet kuin peruskuntia. Pakkokuntayhtymien ja sellaisten yhteistoiminta-alueiden osalta, joista on laeissa säädetty, kyse voi olla vain tiettyjen lakimääräisten tehtävien hoitamisesta kunnan organin jatkeena.

Yritysten kannalta ongelmaksi on muodostunut, että hankintalainsäädännön kilpailuttamisvelvollisuuden piiriin ei lueta sellaisia hankkeita, joita kunta voi tehdä itse tai ostaa omistamaltaan kuntayhtymältä, jossa kunta on jäsenenä. Rakennusurakoissa kunta voi rakentaa itse tai esittää, että sen omistama kuntayhtymä rakentaa kyseisen kohteen, ja tällöin ei kohdetta tarvitse kilpailuttaa. Tulkinallisempi tilanne voi syntyä, jos kunta tai kuntayhtymä ei kilpailuta rakennusurakkaa, jossa rakennut-

440 Ks. HAO 3.11.2004 T 04/0349/1.

441 HaVM 18/1994 s. 17.

tajana on kunnan omistama yhtiö. Tällöin keskeisiksi kysymyksiksi nousevat kunnan omistusosuus, toimiiko yhtiö vapailla markkinoilla ja muut kilpailuoikeudelliset seikat. Lainsäädännön kompleksisuus ei ole ainoa kuntien kilpailuttamista hidastava tekijä. Kustannuslaskennan lisäksi kunnallishallinnon sisäiset roolit voivat olla hyvinkin epäselvät, ja rahoittajan, tuottajan ja tilaajan roolit voivat pahimmissa tapauksissa mennä sekaisin.⁴⁴²

Kun pohditaan, täyttääkö toimintojen siirtäminen kuntayhtymälle itsessään vielä ulkoistamisen tunnusmerkit, on tarkasteltava, miten HankL 10 §:ää pitäisi tulkita kuntayhtymän osalta ja täyttääkö kuntayhtymä sidosyksikölle asetetut kriteerit. Kuntayhtymä on oikeudellisesti ajateltuna yksi lievemmistä palvelujen siirtämisvaihtoehdoista, koska kuntayhtymää velvoittavat samat hallinto-oikeudelliset periaatteet kuin kuntia. Kunnan toimintojen ulkoistaminen kuntayhtymälle, joka on oikeudellisesti määriteltynä täysin itsenäinen julkisoikeudellinen oikeushenkilö, ei ole kuitenkaan kokonaisulkoistamista. Jos kuntayhtymä luokiteltaisiin kokonaisulkoistamiseksi, lopputuloksena olisi ulkoistaminen vastaavasti kuntayhtymän purkautumisella.

KuntaL 80 §:n mukaan peruskunnat joutuvat aina viime kädessä vastamaan kuntayhtymän toiminnasta. Tältä osin kaikissa kuntayhtymälle ulkoistettavissa palveluissa ei taloudellista riskiä ulkoisteta samalla tavalla kuin jos yksityinen organisaatio tuottaisi palvelut. Tätä käsitystä tukee myös HankL 10 §:n, jonka mukaan kuntayhtymä voitaisiin luokitella vain yhdeksi muodoksi hallinnon järjestämisessä ja kuntayhtymiä valvotaan samoin kuin omia yksiköitä ainakin säännösten valossa, vaikka tosiasiallinen valvontamahdollisuus eroaa osittain. Toiseksi kunnalle jää mahdollisuus omistajaohjaukseen. On myös huomattavissa, että kunnallispoliittinen mielenkiinto kuntayhtymiä kohtaan on lisääntynyt. Tämä näkyy omistajaohjauksen vahvistumisena, jonka seurauksena kuntayhtymien toimintavapaus ja itsenäisyys ovat monelta osin heikentyneet⁴⁴³.

Kuntayhtymä ei täyttäisi ulkoistuksen tunnusmerkkejä, jos ulkoistamisfunktio määriteltäisiin oikeudellisesti ja käsitteellisesti siten, että organisaation, jolle toimintoja ulkoistetaan, täytyisi olla itsenäisen oikeushenkilön lisäksi myös rahoituksen ja omistussuhteiden osalta irrallinen ja itsenäinen toimija peruskuntaan nähden. Edellistä näkemystä tukee myös se, että hankintalain perusteluissa on todettu, komission kannan mukaisesti, että kun on kysymys kuntayhtymien lakisääteisistä tehtävistä, ei kysymys ole kunnan tehtävien siirtämisestä kunnan ulkopuolelle⁴⁴⁴.

Kuntayhtymää koskevat samat toimintatavat ja säännökset kuin peruskuntia. Kuntayhtymien perustaminen tiettyjen tehtävien hoitamiseen ei itsessään tuo lisäetuja kuntaorganisaation nähden, vaan edut tulevat lähinnä suuruudesta ja tehtävien keskittämisestä yhden organisaation hoidettavaksi. Toisaalta jos kuntayhtymä ulkoistaa omia toimintojaan yksityiselle organisaation, tulevat peruskunnat samalla myös osallisiksi ulkoistamisesta ja tällöin peruskunnat voivat vaikuttaa yksityiseen toimijaan sopimusjohtamisen (mm. neuvottelujen tai sopimusehtojen) kautta. Peruskuntien kuntalaiset saavat palveluja kyseiseltä yksityiseltä palveluntuottajalta, johon he taas voivat luottamushenkilöidensä avulla vaikuttaa pääasiallisesti vain kuntayhtymän kautta.

442 VM:n julkaisu 4/2003 s. 59.

443 Mennola 2008 s. 272 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008).

444 J. Pekkala 2008 s. 121.

Kuntayhtymän perussopimuksen oikeudellisessa arvioinnissa on tarkasteltava myös kuntayhtymän tehtäviä ja niiden lakisääteisyttä. Kuntayhtymän muodosta riippuen siinä voi olla joitakin osittaisulkoistamisen tunnusmerkkejä, mutta pääsääntöisesti kuntayhtymä ei täytä ulkoistamiseen liittyviä itsenäisyyden tunnuspiirteitä. Tätä voidaan perustella myös KuntaL 81 §:n jäsenkuntien päätösvallalla ja 83 §:ssä mainituilla jäsenkunnan rahoitusvastuilla. Osittaisulkoistamisen piirteitä on toisaalta myös KuntaL 80 §:ssä, jonka mukaan kuntayhtymä voi tehdä sitoumuksia itsenäisesti.

3.2.2 Yhtiöittäminen ja liikelaitostaminen

3.2.2.1 Tunnuspiirteet

Yhtiöittämisessä ja liikelaitostamisessa on monia asioita, jotka välillisesti viittaavat tai välittömästi liittyvät ulkoistamiseen. Kunnallisen yhtiöittämisen perinteiset opit ja suuntaukset lähtevät tulosjohtamismallista. Monesti uskotaan, että kannustin- ja sanktiojärjestelmät muuttuvat ja tulkinnalliset poliittiset tavoitteet jäävät taka-alalle, kun kunnallista toimintaa yhtiötetään ja johdolle asetetaan tulostavoitteet⁴⁴⁵. Yhtiöittäminen voidaan nähdä tulosjohtamistoimenpiteeksi, etenkin jos toiminnassa siirrytään tulosjohtamisjärjestelmään ja tulosohjausmalliin⁴⁴⁶.

Yhtiöittäminen kunnallishallinnossa voidaan ymmärtää siten, että tietyt kuntien omassa organisaatiossa olleet toiminnot laitetaan yhtiömuotoon⁴⁴⁷. Monissa tutkimuksissa on käsitelty kuntien yhtiöittämisen ongelmia lähinnä demokraattisen päätöksenteon, asiakirjajulkisuuden, muutoksenhaun ja aloiteoikeuden toteutumisen näkökulmasta⁴⁴⁸.

Toimintojen yhtiöittämisessä ja liikelaitostamisessa on noudatettava kilpailunrajoitussäännöksiä, joten kunta ei saa omassa tai esimerkiksi yhtiötetyssä toiminnassa vääristää tai rajoittaa kilpailua. Se milloin kunnan oman toiminnan tai sen yhtiön tai liikelaitoksen välisessä toiminnassa pitäisi huomioida kilpailurajoituslaki, riippuu siitä, ovatko elinkeinoharjoittajat sopineet markkinoilla käyttäytymisestä jotakin tai onko sopimus tähdännyt kilpailun rajoituksiin. Kilpailurajoituksen pitää kuitenkin olla merkittävä.⁴⁴⁹ Keskeinen kysymys on, onko kilpailu vapaata ja esteetöntä⁴⁵⁰. Elinkeinoharjoittajan käsitteeseen kuuluvat valtion, kuntien ja muiden yleishyödyllisten yhteisöjen toiminnot, jotka täyttävät liiketaloudellisen toiminnan tunnusmerkit. Esimerkkejä ovat yhtiö- tai liikelaitosmuotoinen toiminta sekä liiketaloudellisessa ansiotarkoituksessa harjoitettu toiminta⁴⁵¹.

445 Valkama 2004 s. 160.

446 Meklin 2002 s. 196–200. Taloudellisen tehokkuuden ja kunnallisen kontrollin välillä voi olla tietty yhteys, ja yhtiöittäminen olisi yksi keino pienentää kunnallista kontrollia. Schmidt 1998 s. 11.

447 Valkama 2004 s. 127.

448 Ks. esimerkiksi Pöyhönen 1988, Rasinmäki 1997.

449 HE 11/2004 s. 31–33; Määttä 2004 s. 118, 120–121.

450 Vrt. Sallinen 2007 s. 339. Kilpailurajoituksia käsitellään tarkemmin luvussa 5.3.

451 HE 148/1987 s. 16. Jotta yhtiöittämätön toiminta täyttäisi ammattimaisen elinkeinotoiminnan tunnusmerkit, pitää toiminnan olla tietyiltä osin suunnitelmallista ja laajaa. Määttä 2004 s. 58; Kuoppamäki 2000 s. 42.

Lainsäädännössä on haettu liikelaitosten määrittelyn selkeyttä sekä liikelaitosmuotoisen toiminnan käyttöönottoa paikallishallinnossa⁴⁵². Siinä ei kuitenkaan kaikilta täysin onnistuttu, koska kunnissa liikelaitosmuotoa on pidetty kunnallista osakeyhtiötä kankeampana – ehkä siitäkin syystä, että sen asema oli pitkään hyvin tulkinnanvarainen⁴⁵³. Hallituksen esityksessä kunnallislain muuttamisesta mainitaan, että tarkoituksena oli väljentää kunnallisen liiketoiminnan sääntelyä niin, että kunnat voivat omilla päätöksillään järjestää tällaisen toiminnan. Liikelaitos on myös osan organisaatiota. Valmistelussa sivuttiin myös liikelaitostamisen ja yhtiöittämisen näkökulmia; ”jos toiminnan katsotaan vaativan suurempaa itsenäisyyttä kuin mihin kunnallislain liikelaitosta koskevat säännökset antaisivat mahdollisuuden, kunta voi toimialansa rajoissa perustaa osakeyhtiön tai muun yksityisoikeudellisen oikeushenkilön.”⁴⁵⁴

Kuntalaissa ei ole ennen sen muutosta (519/2007) määritelty lainkaan liikelaitoksia. Hallintovaliokunta oli todennut, että kuntalaissa säädettiin kunnallisen liikelaitoksen perustamisesta, hallinnon järjestämisestä sekä liikelaitokselle asetettavista tavoitteista, koska kunnallisen liikelaitoksen käsitettä ei ole laissa määritelty. Tämän vuoksi liikelaitos käsitteenä ja sen asema on jäänyt kunnissa hyvin tulkinnanvaraiseksi.⁴⁵⁵ Liikelaitosta koskevien säännösten tavoitteet liittyvät osaltaan osittaisulkoistusproblematiikkaan, koska sääntelyn tarkoituksena oli jäntevöittää liikelaitoksen toimintaa, lisätä läpinäkyvyyttä ja selkeyttä sen asemaa markkinoilla⁴⁵⁶. Liikelaitosten hallinto, talous ja toiminta on voitu järjestää hyvinkin tapauskohtaisesti⁴⁵⁷.

Vuoden 2007 alkupuolella kuntalakiin tuli tarkemmat säännökset kunnallisista liikelaitoksista ja sen tehtävistä. Liikelaitokselle ei kuitenkaan voi siirtää mitä hyvänsä kunnan tehtäviä. Tehtävien pitäisi olla liiketoimintaa tai niitä pitäisi pystyä hoitamaan liiketaloudellisten periaatteiden mukaisesti⁴⁵⁸. Kuntien oikeutus perustaa liikelaitoksia pohjautuu KuntaL 2 §:ään ja kunnan yleiseen toimialaan⁴⁵⁹. Kunnallisen liikelaitoksen hallinnosta ja tavoitteista päätetään valtuuston hyväksymässä johtosäännössä. KuntaL 67 §:ssä säännellään, että kunta on kirjanpitovelvollinen liikelaitoksen toiminnasta. Liikelaitoksen hallinto voidaan järjestää moninaisesti, ja se voi pohjautua toimielinten sekä viranhaltijoiden päätöksiin. Liikelaitoksen on kuitenkin toiminnassaan huomioitava hallintolain, julkisuuslain ja kielilain säännökset. Valtion liikelaitoksilla on monelta osin samoja toiminnallisia haasteita talouden ja kilpailuoikeuden osalta kuin kuntien liikelaitoksilla⁴⁶⁰.

452 Ks. HE 263/2006 s. 1, 6-8; HE 70/1992.

453 Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 500.

454 HE 70/1992 s. 7.

455 HaVM 39/2006 s. 4.

456 Vrt. HaVM 39/2006 s. 4.

457 Harjula–Prättälä 2004 s. 626–627.

458 SM:n julkaisuja 9/2006 s. 25.

459 ” – – kunnan harjoittaman liiketoiminnan tulee myös kuulua kunnallislain mukaiseen kunnan toimialaan.” HE 70/1992 s. 7.

460 Näillä haasteilla tarkoitetaan pääasiallisesti sellaisia tehtäviä, joita liikelaitos joutuu hoitamaan taloudellisesti kannattamattomina palvelutehtävinä tai infrastruktuuriin liittyvinä tehtävinä osittain rajoitetussa kilpailutilanteessa. Valtionvarainministeriö asetti vuonna 1995 työryhmän arvioimaan liikelaitoslainsäädännön kehittämistarpeita jo olemassa olevien kokemusten nojalla ja tekemään esitykset säännöistä ja määräyksistä. VM:n työryhmämuistio 1996:5 s. 1; Ks. Heikkinen ym. 1996 s. 16.

OECD-maissa on käytössä hyvinkin erilaisia malleja kilpailun lisäämiseksi julkisille palveluille. Joissakin OECD-maissa kilpailua on haluttu saada aikaan yhtiöittämällä ja yksityistämällä julkisen sektorin yksiköitä, mikä on vähentänyt valtion liikelaitosten ja yhtiöiden määrää sekä heikentänyt niiden taloudellista asemaa.⁴⁶¹ Esimerkiksi Saksassa liikelaitokset ovat levinneet laajalle ja sairaaloita toimii kunnallisessa liikelaitosmuodossa, mistä on saatu hyviä kokemuksia⁴⁶².

Liikelaitosta ei voi määritellä yksiselitteisesti, koska eri maissa on käytössä erilaisia malleja liikelaitoksista. Liikelaitoksella voi olla julkisia tehtäviä ja toiminta voi olla tunnuspiirteiltään monopolimaista. Kunnallisessa toiminnassa liikelaitoksen poliittinen ohjaus voi olla erittäinkin voimakasta, jolloin kunnanvaltuustot määrittelevät niiden tavoitteet sekä ohjaavat ja valvovat niitä. Liikelaitos ei ole juridisesti itsenäinen vaan kuuluu kuntaan. Liikelaitos voi kuitenkin tehdä toimivaltansa puitteissa yksityisoikeudellisia sopimuksia, jolloin mahdolliset erimielisyydet käsitellään yksityisoikeudellisina riita-asioina⁴⁶³. Palveluiden tuottaminen liikelaitosten kautta voi myös osaltaan monimutkaistaa muutoksenhakua kuntalaisten näkökulmasta. Liikelaitoksen asema itsenäisenä toimijana korostuu, jos kyse on yksityisoikeudellisista sopimuksista.

Valtion liikelaitostaminen on tehostanut ja modernisoinut toimintatapoja sekä parantanut palvelujen laatua. Valtion toimintojen liikelaitostaminen on monesti ollut vain välivaihe kohti yhtiöittämistä, jotta toiminnat ja rakenteet saatettaisiin sellaiseen kuntoon, että ne olisi muutettavissa osakeyhtiöksi. Liikelaitostamista ja yhtiöittämistä on valtionhallinnon puolella seurattu seurantalutkimuksella. Sen mukaan laitosten itsenäisyyttä on lisätty ja omistajaohjaus on painottunut suurimmalta osin taloudelliseen ohjaukseen samalla kun toiminnallinen ohjaus on vähentynyt. Kehittämiskohteina on nähty olevan ohjauksen selkeyttäminen ja palvelutehtävien kehittäminen⁴⁶⁴. Etenkin niissä kunnissa ja kaupungeissa, joissa taloudelliset resurssit ovat olleet äärimmäisen tiukoilla, on omistajaohjaus keskittynyt taloudellisten kysymysten piiriin.

Liikelaitos voi olla ulkoistamisen yhtenä välimuotona hankala, jos päätöksenteko ja vastuu eriytyvät liikaa ja jos kukaan ei kanna kokonaisvastuuta toiminnan järkevästä kehittämisestä pitkällä perspektiivillä. Tämä voi ilmetä siten, että liikelaitokselle asetetaan liian ylimitoitettuja tuloutusvaatimuksia, taksoja ei koroteta ja tärkeät peruskorjausinvestoinnit jätetään tekemättä. Liikelaitoksilla on monopoliasemansa vuoksi mahdollisuus tasapainottaa menonsa ja tulonsa. Niiltä myös pyritään kunnissa tulouttamaan mahdollista ylijäämää. Liikelaitoksilla ja yhtiöillä voi olla monenlaisia taloudellisia tai periaatteellisia vaikutuksia.⁴⁶⁵

Liikelaitosten tulee kaikilta osin noudattaa hallinto-oikeudellisia säännöksiä. Hallintoasioilla, joihin hallinto-oikeudellisia säännöksiä liikelaitoksissa sovelletaan, kuuluu suppeasti tulkittuna vain viranomaisen hallinnolliset päätökset ja niihin suoranaisesti

461 VM:n työryhmämuistio 1996:5 s. 29, 31–32.

462 Ryynänen 2009 s. 465–466.

463 VM:n työryhmämuistio 1996:5 s. 4–5; Heikkinen ym. 1996 s. 23. Ks. KHO 20.12.2006/3494. Hallinto-oikeuden päätös koski kaupungin liikennelaitoksen tekemää päätöstä siitä, että se ei tee yhdistyksen kanssa yksityisoikeudellista sopimusta mainostilan vuokraamisesta kaupungin linja-autoihin.

464 VM:n työryhmämuistio 1996:5 s. 9, 20, 27.

465 Ks. Niskakangas-Pönkä 2006; Vesterinen 2006. Vrt. Sutela 2003.

liittyvä menettely. Sisäisiä hallintoasioita ja hallinnollisia määräyksiä ja ohjeita voidaan myös pitää tällaisena toimintana liikelaitoksissa. Toisaalta hallinto-oikeuden yleisten periaatteiden vaikutusfunktio viranomaisen päätöksentekoon on negatiivinen, kun taas TSS-oikeuksien alueella tietyt sosiaali-oikeuden erityiset oikeusperiaatteet antavat positiivisia työkaluja viranomaisten päätöksille⁴⁶⁶. Liikelaitoksen tehtäväpiiri määrää, mitä säännöksiä noudatetaan. Kun liikelaitoksen tehtäviin kuuluu julkisen vallan käyttöä, täytyy liikelaitosten viranomaisten noudattaa hallinto-oikeudellisia säännöksiä.⁴⁶⁷

Kunnanvaltuustolla on KuntaL 5 §:n mukaan oikeus päättää kunnan liikelaitokselle asetettavista toiminnallisista ja taloudellisista tavoitteista. Kuntien liikelaitosten hallinnon ja toiminnan on oltava kuntalain ja kunnanvaltuuston päättämien johtosääntöjen edellyttämällä tavalla hoidettu. Liikelaitoksille on pääasiallisesti valmiina olemassa asiakkaat, ja kunnat perustelevat liikelaitosten perustamista yleensä taloudellisuudella ja tehokkuudella⁴⁶⁸. KuntaL 13.2. §:n kohdan 4 mukaan kunnanvaltuusto päättää palveluiden ja maksujen yleisistä perusteista. Kunnat eivät voi kuitenkaan aivan vapaasti määrittellä liikelaitoksiensa maksuja, vaan niitä joudutaan arviomaan mm. omakustannusperiaatteen, yhdenvertaisuusperiaatteen ja aiheuttamisperiaatteen mukaisesti⁴⁶⁹.

Liikelaitostaminen sinänsä ei tuo mitään merkittävää muutosta kunnan omaan toimintaan, koska liikelaitosta voidaan pitää kuntaorganisaation osana. Kunnanvaltuustot ovat kuitenkin antaneet liikelaitoksille ja siirtäneet siitä vastaavalle toimielimelle moniin muihin kunnan tulosyksiköihin verrattuna poikkeavan laajat toimintavaltuudet henkilöstöpolitiikassa, investoinneissa ja budjetoinnissa. Liikelaitostaminen ei sinänsä vie eteenpäin kilpailuneutraliteettia, koska liikelaitos ei voi mennä konkurssiin, se voi saada kunnallisverosubventiota⁴⁷⁰ ja se on sidottu monilta osin julkisuusperiaatteiden ja muutoksenhakukeinojen noudattamiseen.⁴⁷¹ Kunnallisia liikelaitoksia on myös kritisoitu, ja joiltain osin ne voivat olla häirikköjä markkinoilla toimiessaan, koska

466 Tuori 2000b s. 156. Valtion liikelaitoksiin sovelletaan normiohjausta, jonka mukaan eduskunta asettaa keskeiset palvelu- ja toimientavoitteet liikelaitoksille ja valtioneuvosto vahvistaa niiden tilinpäätökset ja mahdollisen voiton tulouttamisen. Yleislain ja laitoskohtaisen lainsäädännön lisäksi valtion liikelaitoksia ohjataan valtioneuvoston ja muiden viranomaisten päätöksillä ja ohjauksilla. Liikelaitokset toimivat tulostavoitteiden mukaisesti, ja niillä on tulosvastuu toiminnastaan. VM:n työryhmämuistio 1996:5 s. 61–62.

467 VM:n työryhmämuistio 1996:5 s. 52, 53, 57. Pääperiaatteena on, että hallinto-oikeudellisia säännöksiä, kuten hallintolakia, julkisuuslakia, arkistolakia ja kielilakia sekä säännöksiä muutoksenhausta hallinto-asioihin, sovelletaan myös liikelaitosten hallintotoimintaan. Ongelmaksi nousee, miten hallintoasiat määritellään, koska esimerkiksi palvelu ja tavarantuotanto eivät kuulu hallintoasioiden käsitteen sisäpuolelle liikelaitoksissa. VM:n työryhmämuistio 1996:5 s. 52.

468 Heikkinen ym. 1996 s. 24–25. Kuntaliitosten myötä Hämeenlinnan kaupunki on päätenyt aika erikoiseen ratkaisuun, jossa perusterveydenhuollon palvelut tuottaa seutukunnassa terveyspalvelukeskus isäntäkuntamallilla mutta hallinnollisesti se toimii kaupungin liikelaitoksena. Suunnitelma kuntien palvelurakenteiden yhdistämisestä 13.11.2007 s. 18.

469 Heikkinen ym. 1996 s. 49.

470 Subventiota käsitellään myös luvuissa 3.4.2, 5.2.1 ja 5.2.4.

471 Vaikka pääperiaatteena on esimerkiksi, että julkisuuslakia sovelletaan liikelaitoksiin, oikeudellisesti asia ei ole liikelaitoksien osalta yhtä yksiselitteinen kuin kunnan omassa hallinnossa. Yhtenä ratkaisevana kysymyksenä on, käyttävätkö liikelaitos julkista valtaa toiminnassaan, mikä liikelaitoksen toimintafunktio on ja miten liikelaitokset viime kädessä tulkitsevat julkisuuslakia. Tästä on hyvin vähän tutkittua tietoa tai käytännön kokemusta. Valkama 2004 s. 306–307.

niihin ei sovelleta samoja säännöksiä kuin muuhun liiketoiminnan harjoittamiseen⁴⁷². Liikelaitosten monimuotoisuus ja toiminnan laajuus ovat nostaneet esille kilpailu-neutraliteettiongelmat⁴⁷³. Kunnallisten liikelaitosten eri muodot ovat viimevuosina lisääntyneet, ja niiden asema on kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta ongelmallinen, etenkin jos ne myyvät palveluitaan muille kuin omistajalleen.

*EU:n komissioissa on käsiteltävänä Helsingin seudun kauppakamarin ja Matkailu- ja Ravintopalvelut Ry:n tekemä kantelu, jonka mukaan Palmia saa veroetua kilpaillessaan yksityisten orgaanien kanssa markkinoilla. Helsingin kaupungin omistama Palmia-liikelaitos on perustettu 2003 tuottamaan ateria-, kiinteistöhuolto- ja siivouspalveluita kaupungille. EU:n komissio on samantyyppisessä ns. Destian (valtion tieliikelaitos) tapauksessa vuonna 2007 katsonut, että Destia saa kiellettyä valtion tukea veroedun osalta.*⁴⁷⁴

Osakeyhtiön ja liikelaitoksen väliset erot eivät ole kovin suuria silloin, kuin strategiset ja omistajaohjaukseen liittyvät kysymykset on huomioitu tarpeeksi ajoissa. Yhtiöittämistä on myös pidetty aitona vaihtoehtona toimintojen ulkoistamisille. Yhtiöittämistavoitteiden määrittely on ensiarvoisen tärkeää, koska näin pystytään selventämään kunnan ja osakeyhtiön johdon välisiä tavoitteita. Ongelmia voivat tuoda tietyt lainsäädännölliset rajoitukset, kuten se, että kunnan ei ole aina mahdollista ottaa taloudellista riskiä ja erityisesti voiton tavoittelu ei ole mahdollista.⁴⁷⁵ On tärkeää huomata, että kunta ei ole osakkeenomistajana oikeudellisessa vastuussa yhtiön epäonnistumisesta tai tiettyjen palvelutehtävien laiminlyönneistä. Toisaalta monet kunnalliset yhtiöt ovat täysin kuntien omistuksessa, ja silloin niitä voidaan pitää kunnallissektorin jatkeena tiettyjen tehtävien suorittamiseksi.⁴⁷⁶

Osakeyhtiöiden⁴⁷⁷ tehtävänä on hoitaa kuntien palveluja silloin, kun ulkopuolinen myynti on suurta. Osakeyhtiö on itsenäinen oikeushenkilö, jonka tavoitteista päättää sen hallitus. Julkisessa osakeyhtiössä kunnalla on mahdollisuus ohjata ja valvoa sen toimintaa, mutta poliittinen ohjaus tapahtuu ensisijaisesti yhtiökokouksen ja hallituk-

472 Ks. Ekström–Pohjonen–Haavisto 2007 s. 8–9.

473 TEM:n julkaisu 23/2009 s. 14.

474 Euroopan komission päätös 11.12.2007. Ks. myös Helsingin kaupunginvaltuuston päätös 29.5.2002.

475 Vesterinen 2006 s. 10, 13–14, 27. Ruotsissa on tehty tutkimus yhtiöittämisestä kunnissa viranhaltijoiden ja päättäjien näkökulmasta. Päämotiivina yhtiöittämisissä on ollut taloudellinen tehokkuus, jonka uskotaan tuovan enemmän liikkumavaraa rahoitukseen, nopeutta päätöksentekoprosessiin, markkinasuuntautuneisuutta ja selvempää tulosvastuuta. Tutkijat näkivät, että yhtiöittäminen on kunnille tietynlainen imagoasia pyrkii muuttumaan tehokkaaksi, vaikka tehokkuus ei ole välittömästi kiinni organisaatiomuodosta vaan siihen vaikuttavat myös organisaation toimijat. Ks. Collin–Hansson 1993 s. 5–6, 79–80. Esimerkiksi terveydenhuollossa on ulkoistettu entistä enemmän mm. kuvantamis- ja laboratoriopalveluja. Näiden hinnoittelu ei ole kuitenkaan aina tuonut kunnille tavoiteltuja kustannussäästöjä. Ks. Kilpailupoliittinen toimintaympäristö 2007 s. 48–49.

476 Kiviniemi ym. 1994 s. 26.

477 Osakeyhtiöitä tarkasteltaessa keskeiseksi kysymykseksi nousee kunnan omistusosuus ja rooli yhtiössä. Omistusosuus on yksi keskeinen tekijä ulkoistamisastetta mietittäessä, koska jos omistus on merkittävä, on kunnalla tosiasiallinen mahdollisuus vaikuttaa yhtiön toimintaa ja toisaalta se voi myös joutua vastamaan taloudellisista velvoitteista esimerkiksi konkurssitilanteessa.

sen kautta. Osakeyhtiössä puitteet päätöksenteolle ovat joustavimmat ja toiminnan vaikuttavuus ei ole niin tärkeää kuin liikelaitoksissa.⁴⁷⁸ Ongelmaksi muodostuu, mitä viranomaistehtäviä liikelaitoksella voi olla, koska siihen liittyy kysymys julkisen valan käytöstä. Julkisen tehtävän tunnuspiirteenä on yleensä se, että sen suorittamisen legitimeetti tulee kunnassa kollegiselta toimivaltaiselta elimeltä ja toimeksianto liittyy tiettyyn rajattuun palvelujen tuottamiseen.⁴⁷⁹

Kunnan kannalta yhtiömuotoinen toiminta asettaa monia toiminnallisia ja oikeudellisia haasteita ja rajoituksia. Osakeyhtiö on aina itsenäinen oikeussubjekti⁴⁸⁰, ja näin ollen yhtiömuotoinen toiminta ei kuulu kunnan talousarvioon ja omistajaohjaus on kompleksisempi kuin monissa muissa muodoissa. Kuntien vastuukysymykset esimerkiksi takausten osalta on nähty ongelmalliseksi jo lainvalmisteluvaiheissa:

”Suoran tuen antaminen yksittäiselle yritykselle on edellyttänyt erityisiä, yleensä työllisyyteen perustuvia syitä, jotta toimenpide on voitu katsoa kunnan toimialaan kuuluvaksi. Yritysriskien ottamisen ei tällöinkään ole katsottu kuuluvan kunnan toimialaan. Oikeuskäytännössä esimerkiksi takaussitoumuksen antaminen yrityksen velasta on edellyttänyt turvaavaa vastavakuutta. Kuntalailla pyritään antamaan kunnille entistä enemmän liikkumavapautta. Tämän vuoksi lakiin sopii huonosti nimenomainen takauksia ja muita vakuuksia koskeva kiello –”.

Valiokunta näki, että takauksen laajempi rajoittaminen voisi johtaa mahdollista kiertoon (erilaisin laina- ja yhtiöjärjestelyin) osittain myös siten, että menettely ei kuuluisi kansanvaltaisen päätöksentekojärjestelmään. Valiokunta painotti kuitenkin, että kuntien elinkeinopolitiikkaan ei kuulu varsinaisen yritysriskien ottaminen. Kunnan ulkopuoliselle yritykselle suunnatuista takauksista tai vakuuksista olisi oltava entistä pidättyvämpi.⁴⁸¹

Kyseinen problematiikka liittyy osittaisulkoistuksiin. Toisaalta kunnan vastuu rajoittuu lähinnä sijoitettuun osakepääomaan, ellei kunta erikseen lähde esimerkiksi takamaan yhtiön lainoja. Osakeyhtiön hyvinä puolina voidaan pitää toiminnan taloudellisuutta, tehokkuutta sekä joustavuutta päätöksenteon kannalta.⁴⁸²

Silloin kun kunnallinen osakeyhtiö tuottaa palveluja kunnalle tai omistajakunnilleen, ei tällaisia hankintoja tarvitse myöskään kilpailuttaa. Jos kunnallinen yhtiö toimii oman toiminnan lisäksi vapaille markkinoilla, keskeiseksi arviointikriteeriksi muodostuu, kuinka suuri osa liikevaihdosta tulee oman toiminnan ulkopuolelta. Jos yli 20 prosenttia liikevaihdosta tulee avoimilta markkinoilta, on myös kunnan hankin-

478 VM:n työryhmämuistio 1996:5 s. 5, 47; Heikkinen ym. 1996 s. 29.

479 Ks. VM:n työryhmämuistio 1996:5 s. 8.

480 Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 451–452.

481 HaVM 18/1994 s. 14–15.

482 Ks. Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 64; Siitonen–Valkama 2003 s. 62–63. Vesihuollon osakeyhtiöiden toteuttamismallissa suurin etu on ollut osakeyhtiöiden päätöksenteko, joka jakaantuu omistussuhteen mukaan. Vaarana on kuitenkin ollut, että pienosakkaat eivät saa ääntään kuuluviin. Hukka–Katko 1999 s. 63. Täten myös kunnallisissa ulkoistuksissa kuntien pitäisi miettiä, millä osuudella voidaan lähteä tiettyihin osittain ulkoistettaviin vesi-, viemäri- ja taloushallintoyhtiöihin vai olisiko kunnan edun mukaista tiettyssä tilanteissa ulkoistaa ko. toiminta kokonaan ja siirtyä selvästi ostajan ja valvojan rooliin.

nat yhtiöltä pääsääntöisesti kilpailutettava.⁴⁸³ Kunnallisiin yhtiöihin voi liittyä monia erikseen tarkasteltavia asioita, kuten kuuluuko toiminta kunnan toimialaan ja tietyt kilpailuneutraliteettiin liittyvät asiat. EU-oikeuden mukainen yrityskäsite on määritelty komission direktiivissä, eikä ole olennaista merkitystä sillä, omistaako yrityksen yksityinen tai julkinen taho⁴⁸⁴.

Voidaanko yhtyä käsitykseen, jonka mukaan kunnallishallinto perustuu hyvin pitkälti Weberin byrokratiateorialle, jossa legaliteettiperiaate luo hyvin kankean hallintokoneiston⁴⁸⁵? Toisaalta voidaan kysyä, onko kunnan tehtävä lisätä tai muuttaa organisaatiota tai konsernirakennetta entistä enemmän yhtiömuotoiseksi, kun olemassa on monia muita menetelmiä, joilla kunta voi keskittyä omaan ydintoimintaansa ja hakea samoja etuja, joita yhtiöittämisellä saavutetaan⁴⁸⁶. Yhtiöittäminen edesauttaa kilpailuneutraliteettia, koska kunnallinen toiminta tulee yhtiötetyltä osin yhtiömuotoon ja voi mennä konkurssiin ja koska välitön kunnallisverosubventiomahdollisuus vaikeutuu. Yhtiöittäminen edesauttaa myös paremmin yksityistämistä, kunnallistalouden tasapainossa pitämistä ja tulosjohtamista kuin kilpailuneutraliteetin saavuttamista. Vaikka kunnalliset yhtiöt voivat tuoda tiettyjä etuja kunnan oman organisaation tuottamiin palveluihin, on samalla huomattava, että kunnallisten yhtiöiden mahdollisuudet hyödyntää tiettyjä kilpailukeinoja ovat paljon suppeammat kuin yksityisten osakeyhtiöiden, jotka toimivat vapaasti avoimilla markkinoilla. Oikeudellisesti kuntayhtiöiden toimintakenttää supistavat tietyt kilpailuoikeudelliset säännökset, toiminta-alue, kieli- ja tasa-arvo vaatimusten noudattaminen sekä hallituksen ja omistajaohjauksen politisoituminen.⁴⁸⁷

Kunnan omistajanäkökulmasta osakeyhtiö ei aina ole aivan yksiselitteinen konserniohjauksen ja omistajaohjauksen kannalta. Kunnanvaltuusto voi kunnan ylimpänä päättävänä elimenä jäädä yhtiöidensä ja liikelaitostensa ohjauksesta syrjään. Tilannetta on kuitenkin parannettu lainsäädännöllisillä tarkennuksilla, kuten KuntaL 13.1 §:llä. Se toi vuoden 2007 alkupuolella lisäyksen siihen, että valtuusto päättää kunnan ja kuntakonsernitoiminnan ja talouden keskeisten tavoitteiden lisäksi konserniohjauksen periaatteista.⁴⁸⁸ Vanhassa KuntaL 13.1 §:ssä (1995/365) todettiin vain, että valtuusto päättää toiminnan ja talouden keskeisistä tavoitteista. Konserni- ja liikelaitossäännöillä kunnalliset osakeyhtiöt ovat tulleet entistä tarkemmin kunnanvaltuuston ja hallitusten ohjauksivallan alle ja liikelaitosten rooli sekä eri muodot ovat joiltain osin

483 Kilpailupoliittinen toimintaympäristö 2007 s. 27.

484 Komission direktiivi jäsenvaltioiden ja julkisten yritysten välisten taloudellisten suhteiden avoimuudesta (2000/52/EY). Ks. lisää Bael–Bellis 1994.

485 Puttonen kysyy, onko ”tässä eräs syy pyrkimyksiin muuttaa kunnallista palvelutuotantoa yhtiömuotoon”? Samalla hän tuo tärkeän näkökohdan yhtiömuotoisesta toiminnasta, jossa asioita ei voida käsitellä ja tarkastella avoimesti, koska asiat ovat yleensä salaisia eikä niistä ole edes aina valitusmahdollisuutta. Yleisenä toteamuksena Puttosen kysymys on aiheellinen, etenkin jos kunnan yhtenä kunnanvaltuuston asettaman strategisena tavoitteena tai arvona on esimerkiksi tehokkuuden lisääminen. Puttonen 2002 s. 70, 101. Vrt. Joidenkin tutkimusten mukaan yhtiöittämisen vaikutukset henkilöstöön ovat olleet hyvin pienet. Esimerkiksi yhtiötetyn sairaalan työntekijät eivät kokeneet tai nähneet yhtiöittämisten vaikuttaneen asennoitumiseen. Ks. Sverge–Hellgren–Öhrmingen 1997 s. 19–21.

486 Heurun mukaan markkinat eivät tunne yhteiskunnallista vastuuta. Ks. Heuru 2000a s. 336.

487 Valkama 2004 s. 307–308.

488 KuntaL 13.1 § tuli voimaan 27.4.2007 (519/2007).

selkiytyneet. Kun konserniohjauksen tehtävänä on uuden KuntaL 25a.2 §:n mukaan omistajaohjaukseen ja valvontaan liittyvien ohjeiden antaminen, voidaanko puhua saman kuntakonsernin sisällä olevien toimintojen siirtämisestä vai pitäisikö käsitettä täsmentää ja puhua kuntakonsernin sisällä tapahtuvasta ulkoistamisesta.

Kunnan on tietysin ehdoin mahdollista harjoittaa yhtiöitettyä toimintaa laajemmalla alueella. Kilpailunrajoituslain säännökset toivat myös tiettyjä reunaehtoja yhtiötetylle toiminnalle. Toiseksi spekulatiivisen toiminnan rajauksen mukaan kunnat eivät voi ottaa tiettyä tehtävää vain taloudellisen voiton tavoittelun vuoksi.⁴⁸⁹ Kunnat voivat harjoittaa mm. sähköntuotantoa, henkilöliikennettä ja jätehuoltoa toisen kunnan alueella⁴⁹⁰. Jos kunta on yhtiöittänyt toimintojaan, näyttäisi sillä olevan mahdollista tarjota ulkoistettua toimintaa myös muille kuin oman kunnan asukkaille. Kunnallinen yhtiö voi joillakin liiketoiminta-alueilla saada tietynlaisen etulyöntiaseman muihin kunnan toimialoihin verrattuna, ja toiseksi osakeyhtiölaki ei määrittele kaikkia lainsäädännöllisiä puitteita kunnallisille yhtiöille⁴⁹¹. Oikeuskäytännön vähäisyyden takia voi tulkinnalliseksi kysymykseksi tulla, missä määrin kunta voi laajentaa kunnallisyhtiöiden toimintaa. Liiketoiminnan luonteella ja siitä säädetyllä lainsäädännöllä on myös keskeinen vaikutus siihen, kuinka laajalle alueelle toiminta voi ulottua.⁴⁹²

Kuntalakiin on tullut uusi hallinnollinen käsite kuntakonserni, joka on aiemmin ilmennyt vain kirjanpidollisena käsitteenä. Kuntakonsernin käsite on laaja, koska sitä sovelletaan yhteisöihin, joissa kunnan tytäryhteisöillä on määräysvalta⁴⁹³. Esimerkiksi energiaosakeyhtiön perustama ja omistama jakeluyhtiö kuuluu myös kuntakonsernikäsitteen piiriin⁴⁹⁴. KuntaL 23.2 §:n mukaan kunnanhallitus tai johtosäännössä mainittu kunnan muu viranomaisen ohjeistaa mm. osakeyhtiöiden, säätiöiden ja yhdistysten luottamuselimiä, silloin kun tarvitaan kunnan kantaa käsiteltäviin asioihin.

Yhtiömuotoisen toiminnan vaikeutena on sovittaa hyvän ja avoimen hallinnon periaatteita yhtiöihin, joissa hyvin pitkälti toimitaan osakeyhtiölain mukaan. Jos kunta ulkoistaa toimintojaan osakeyhtiölle, säätiölle tai yhdistykselle, ongelmaksi voi muodostua, kuinka paljon niiden pitäisi huomioida toiminnassaan esimerkiksi kuntalain, hallintolain, julkisuuslain, henkilötietolain tai kielilain säännöksiä, koska ne eivät

489 KM 1964 A 2 s. 18. Kyseessä oli kunnan toimialaa koskeva komiteamietintö. Ks. myös HE 52/1994; HE 134/1999.

490 Vrt. Sähkömarkkinalaki 17.3.1995/386 48 §, L joukkoliikennepalveluista 15.2.1991/343 4 §, Jätelaki 3.12.1993/ 1072 10 §.

491 Kunnan yhtiöt eivät ole erikoisasemassa. Pääperiaate on kaikilta osin näin, mutta kunnalliset yhtiöt joutuvat noudattamaan myös osakeyhtiölainsäädännöksistä poikkeavia säännöksiä, kuten silloin kun mietitään toimialakysymyksiä tai omistajien valintaa hallintoon. Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 452

492 Vuonna 1989 komiteamietintö kunnallisista liikelaitoksista lähti siitä, että kunnan tai kuntaliiton liiketoiminnalle annettaisiin jatkossa lisää itsenäisyyttä ja päätösvaltaa. Samalla toimikunta teki kunnallisyhtiöstä lakiluonnoksen, jonka mukaan voitaisiin huomioida kunnallishallinnon periaatteiden lisäksi avoimen sektorin joustavuus sekä johtamis- ja tulosvastuuspekteja. Mietinnössä mainitaan, että kunnallisyhtiön voi perustaa kunta tai kuntainliitto ja se olisi julkisoikeudellisella tavalla toimiva yhteisö. Ks. KM 1989:61 s. 64–71.

493 Ks. Kuntajaoston lausunto konsernisuhteen muodostamisesta kuntakonsernissa 20.3.2007.

494 HE 263/2006 s. 1 ja 3; Harjula–Prättälä 2007 s. 207–208. KuntaL uudessa 16a §:ssä on todettu, että ”yhteisö, jossa kunnalla on kirjanpitolain 1 luvun 5 §:ssä tarkoitettu määräysvalta, on kunnan tytäryhteisö. Kunta tytäryhteisöineen muodostaa kuntakonsernin. Mitä tässä laissa säädetään kunnan tytäryhteisöistä, sovelletaan myös kunnan määräysvaltaan kuuluvaan säätiöön.”

ole itse automaattisesti velvoitettuja noudattamaan kyseisiä säännöksiä. Sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottajan on toiminnan harjoittajana oikeusmuodosta riippumatta noudatettava tiettyjä julkisuus- ja henkilötietolain sekä hallintolain säännöksiä ja periaatteita. Kunnat voivat tietysti omistajina vaikuttaa yhtiöjärjestykseen ja etenkin yhtiökokouksen sekä hallituksen toimintaperiaatteisiin esimerkiksi siinä, miten kuntalaisille tiedotetaan ja viestitään.

Yhtiöjärjestyksessä voidaan määritellä, että yhtiöllä on velvollisuus tiedottaa omistajia tärkeistä päätöksistä ja että yhtiön ja omistajien näkökulmasta tärkeiden asioiden päättäminen tapahtuu yhtiökokouksessa. Toimiala voidaan laittaa rajoitetuksi ja toiminnan tavoitteeksi määritellä muu kuin voiton maksimoiminen.⁴⁹⁵ Vaikka tietty toiminta ulkoistettaisiin kunnalliseksi osakeyhtiöksi, ei se vielä tarkoita sitä, että kyseisen yhtiön on noudatettava kaikkia liiketaloustieteen pääperiaatteita, kuten taloudellisen hyödyn tuottamista omistajilleen. Omistajilla on aina mahdollisuus sopia yhtiöjärjestyksessä, että yhtiön tavoitteena on jokin muu kuin voitontavoittelu⁴⁹⁶. Tällaisissa ulkoistamistilanteissa kunnilla on omistajan roolissa harkintavaltaa siinä, mitä tavoitteita yhtiölle asetetaan.

Palveluiden tuotanto ja kulutus ovat muuttaneet muotoaan ja tulleet entistä kiinteämmäksi osaksi toisiaan⁴⁹⁷. Jos kunnallista palvelutuotantoa aletaan tuottaa laajamittaisesti kunnan tai kuntien omistamien yhtiöiden kautta, aiheuttaa se muutamia muutoksia kunnan toimintaan. Kunnallisen osakeyhtiön toimintaan ei ole muutoshakuoikeutta eikä valitusoikeutta, vaan ainoa tie kanteen ajamiseen on yleisen alioikeuden kautta. Tässä suhteessa repressiivinen oikeussuoja on huono kuntalaisen tai asianosaisen kannalta.⁴⁹⁸ Toiseksi osakeyhtiöt aiheuttavat perinteisessä kunnan valtarakenteessa muutoksia, koska valta keskittyy kuntaa edustaville henkilöille ja kunnanhallituksen omistajaohjaukseen.

Yhtiöittämisestä on myös tehty toisenlaisia päätelmiä etenkin Ruotsissa, jossa on väitetty, että yhtiöittäminen ei aina johtaisi valvonnan ja kontrollin pienentymiseen vaan ne voisivat päinvastoin lisääntyä yhtiöittämisen takia⁴⁹⁹. Taloudellisissa tai muissa ongelmatilanteissa kunta voi joutua pakosta lisärahoittamaan toimintaa esimerkiksi osakeyhtiölain 13 luvun 2 §:n selvitystilan mukaan mm. osakepääomaa nostamalla, lainalla tai takauksilla. Suomessa on huonoja kokemuksia joistakin kunnallisista elinkeino- ja kehitysyhtiöistä erityisesti taloudellisen itsenäisyyden ja toimintaedellytysten osalta.

495 Osakeyhtiö voi olla osakeyhtiölain mukaan julkinen osakeyhtiö (1997/145) tai yksityinen. (1978/734). Vrt. Heikkinen ym. 1996 s. 56.

496 Valkama 2004 s. 83.

497 Puttonen 2002 s. 117. Puttosen mukaan kuntaenemmistöinen osakeyhtiö ei useimmissa tapauksissa ole julkisuuslain mukaisesti julkista valtaa käyttävä yhteisö, koska usein kunnallinen yhtiö tuottaa hyvinvointipalveluja, mutta sillä ei ole viranomaistehtäviä eikä valtuuksia. Osakeyhtiö ei ole viranomainen, eikä sen hallituksella ole asioiden julkisuuden osalta päätösvaltaa. Puttonen 2002 s. 120. Asia voi olla tietyissä ulkoistamistapauksissa samanlainen. Viranomaiskäsite ja siihen liittyvät tehtävät eivät ole aina yksiselitteisiä, koska kunnat ovat yhä enenevässä määrin antaneet kaavoitus-, jätetuolto- sekä talous- ja henkilöstöhallintotehtäviä yhtiöille, jolloin rajanveto kaikista pienimuotoisista viranomaistehtävistä ja valtuuksista on entistä häilyvämpi.

498 Ks. Nupponen on tutkinut kunnallista elinkeinopolitiikkaa ja todennut, että osakeyhtiö antaa kunnalle joustavan ja nopean päätöksentekomahdollisuuden mutta samalla siihen liittyy se heikkous, että päätöksestä ei voida valittaa. Nupponen 1999 s. 224–225.

499 Puttonen 2002 s. 153.

Kunnallisten osittaisulkoistusten (esim. kuntayhtiöiden) tietty talouden tasapainoperiaate parantaisi ainakin välillisesti myös kuntien taloustilannetta. Tällöin voitaisiin heti painottaa ja arvioida realistisemmin kuntayhtiön todellisia toimintaedellytyksiä.

Ongelmana voi olla, että omistajakunnat joutuvat yhtiöiden kautta tiukentamaan omaa toimintaansa⁵⁰⁰. Yhtiöittämisessä voidaan myös soveltaa kunnan itsehallinnollista asemaa. Itsehallinto voidaan ajatella niin, että kunta pyrkii hoitamaan itsehallintoonsa kuuluvat tehtävät mahdollisimman hyvin. Tätä tukee myös korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu, jonka mukaan kunnan toimialaan kuuluu lähtee osakkaaksi alueelliseen IT-yhtiöön⁵⁰¹. Voidaan kysyä onko kunnan yleisen edun mukaista, että kunta lähtee yhtiöittämisillä kilpailemaan yksityissektorin kanssa.

Lainsäädäntö ei velvoita kunnallisia yhtiöitä samaan avoimuuteen kuin julkisia orgaaneja, joten ongelmana voidaan pitää omistajaohjauksen ja kunnallisen demokratian toimivuutta sekä avoimuutta ja läpinäkyvyyttä. Ulkoistamisen näkökulmasta osakeyhtiömuotoa voidaan tarkoittaa laajasti tai suppeasti, jolloin on tarkasteltava sitä, minkä suuruinen kunnan omistus on ja missä ominaisuudessa toimintaa harjoitetaan. Vaikka julkisten tehtävien hoitaminen muuttuu osakeyhtiömuotoiseksi, on silti noudatettava hyvän hallinnon periaatteita. Tällöin arvioitavaksi tulee myös, onko kyse hallintolain 2.3 §:n mukaisesti julkisten hallintotehtävien hoitamisesta. Toisaalta lainsäädäntö ei välittömästi velvoita osakeyhtiöitä samanlaiseen avoimuuteen ja kuulemisiin kuin puhtaasti julkista organisaatiota. Hyvän hallinnon periaatteet koskevat kuitenkin ainakin osittain sellaisia osakeyhtiötä, joille on annettu tai siirretty julkisia tehtäviä⁵⁰². Avoimuutta pystytään myös parantamaan selkeillä strategisilla linjauksilla ja toimintaperiaatteilla esimerkiksi tiedotuksen suhteen.

3.2.2.2 Onko yhtiöittäminen tai liikelaitostaminen ulkoistamista?

Kunnat ovat ainakin 1990-luvulta yhtiöittäneet runsaasti toimintojaan teknisissä palveluissa elinkeinotoiminnassa, kiinteistöjen ja teollisuustilojen ylläpidossa⁵⁰³. Jos kunta siirtää toimintaa omistamalleen tai perustamalleen yhtiölleen, joka on oikeudellisesti itsenäinen oikeussubjekti mutta toiminnallisesti ja taloudellisesti kunnan täydellisen omistajaohjauksen alainen, joudutaan arvioimaan ulkoistamisen muotoa. Kunta voi yhtiöittämisellään muuttaa sen julkiseen organisaatioon kuuluvan viraston tai liikelaitoksen kunnan omistamaksi yksityisoikeudelliseksi yhteiseksi⁵⁰⁴. Liikelaitostaminen voi siten olla vain yhtiöittämisen yksi välivaihe.

Ulkoistamiskysymystä voidaan purkaa myös käsitteellisesti siten, pitäisikö ulkoistamisessa erottaa erikseen itse toimintafunktio, talousfunktio ja päätöksenteonfunktio ja niihin liittyvä tarkastelu sekä orgaanin oikeudellinen itsenäisyys. Monissa yhtiöittämisissä, joissa kunnalla on merkittävä omistusosuus, olisi kyseessä lähinnä osittaisen ulkoistamisen muoto. Kunnallisten toimintojen yhtiöittäminen ei aina ole kovinkaan selkeä ja yksiselitteinen ulkoistamisen muoto, koska kunnalle jää mahdollisuuksia

500 SOU 1998:72 s. 12–13, 56–60.

501 Ks. KHO 2.8.2001/1743. Päätös koski otto-oikeuden käyttämisen määräaikaa.

502 Kuusikko 2000 s. 136.

503 Ks. Jääskeläinen 1994 s. 104.

504 Uski–Jussila–Kotonen 2007 s. 133.

ohjata ja vaikuttaa yhtiön toimintaan. Myös taloudellinen vastuu voi viime kädessä olla kunnalla.

Markkinaohjautuvuuden lisääntyminen on näkynyt julkisessa toiminnassa uusien toimintamallien kehittämisenä ja organisointimuotoina, joita ovat jaottelu tilaajiin ja tuottajiin sekä liikelaitos- tai osakeyhtiömalliin, sekä niiden leviämässä useammille kunnan toiminta-alueille. Asiakkaan valta ja oikeus lisääntyvät, jolloin hinnoittelussa pyritään ottamaan paremmin huomioon, miten kustannukset katetaan.⁵⁰⁵

Yhtiöittämisessä ja liikelaitostamisessa on samoja piirteitä kuin ulkoistamisessa. Liikelaitostaminen ja yhtiöittäminen voivat kunnassa ilmetä erilaisissa muodoissa, ja siitä riippuu, minkä asteisesta ulkoistamisesta on kysymys. Yksittäisissä tapauksissa on analysoitava kunnan ohjausvaltaa, vastuukysymyksiä sekä liikelaitoksen tai yhtiön itsenäisyyttä kuntaan nähden.

Vaikka osakeyhtiössä tavoitteenasettelu tapahtuu yhtiöjärjestyksen ja hallituksen kautta, ovat monet kunnalliset osakeyhtiöt täysin kuntaomistajien rahoituksen varassa. Onko ulkoistaminen todellista, jos kunnallisissa yhtiöissä noudatetaan osakeyhtiölakia ja osakeyhtiö on täysin riippuvainen kunnasta toiminnallisesti ja taloudellisesti?⁵⁰⁶ Julkisen ja yksityisen vastakkainasettelu on nostanut esille poliittisia näkökulmia⁵⁰⁷. Yhtiöittämisen voi rajata kuntaenemmistön tai kunnan yksin omistamiin osakeyhtiöihin, asunto-osakeyhtiöihin, yhdistyksiin, osuuskuntiin, säätiöihin sekä sellaisiin yhtiöihin, joihin kunnalla on mahdollisuus käyttää ylintä päätösvaltaa. Hallinnollisesti yhtiöittämisellä tarkoitetaan kunnallisen hallintomallin sopeuttamista yksityisen sektorin hallintomalliin.⁵⁰⁸

Vuosituhanen vaihteessa kunnat ovat alkaneet yhtiöittää enemmän myös uusia toimintamuotoja, kuten taloushallinto-, tietohallinto-, ruoka- ja siivouspalveluja⁵⁰⁹. Kunnallinen yhtiö voi olla myös oman kunnallisen toiminnan jatke, jossa tulosityksikön tehtäviä siirtyy yhtiömuotoiseksi, mutta oikeudellisesti ja toiminnallisesti vastuu ja velvoitteet eivät muutu kuin siltä osin, mitä osakeyhtiölaki tuo. Asiaa voidaan tarkastella myös HankL 6 §:n tarkoittaman hankintayksikön käsitteen kautta – etenkin jos kysymyksessä on kuntaomisteinen yhtiö.⁵¹⁰

505 VM:n työryhmämuistio 1996:5 s. 4.

506 Ks. Kilpailuviraston selvityksiä 1/2001 s. 26. Hyvinvointivaltion kasvu on johtanut byrokratia-ongelmiin, sen rahoitus on vaarantunut ja yksityisen ja julkisen talouden raja on kaventunut. Temmes-Kiviniemi 1997 s. 16.

507 Culyer ja Jönsson ovat teoksessaan todenneet että ”The public-private controversy is a reflection of a deeper political controversy about decentralized markets and planning. It is often said that the issue of private versus public care is really a political issue and not one for economists“. Culyer-Jönsson 1986 s. 1.

508 Puttonen 2002 s. 19, 126.

509 Tällaisia yhtiöittämiä ja ulkoistamisia on tapahtunut esimerkiksi taloushallintopalvelujen osalta Hämeenlinnan seudulla, tietohallintopalvelujen osalta Kouvolan seudulla sekä ruoka- ja siivouspalveluiden osalta jossain määrin Espoossa.

510 Ulkoistamisen astetta analysoidessa on tarkasteltava HankL 6 §:ää, jonka mukaan julkisoikeudelliset ovat laitokset, joilla ”tarkoitetaan oikeushenkilöitä, joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään sellaisia yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta”. Lisäksi vaaditaan, että kunnan pitäisi rahoittaa yhtiötä pääasiallisesti, johto on kunnan valvonnan alainen, kunta nimeää yli puolet hallinto-, johto- tai valvontaelinten jäsenistä tai on saanut yli puolet tukea hankinnan tekemiseen.

Kun mietitään, minkä asteista ulkoistamista yhtiöittäminen on, voidaan soveltaa kunnan määräysvaltaan ja valvontaan liittyviä säännöksiä. Ei ole merkitystä sillä, onko yhtiö perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita⁵¹¹, joilla ei ole kaupallista tai teollista luonnetta. Kyseisen lain sanamuodolla on merkitystä silloin kun yhtiön, jolle toimitoja on annettu, täytyy arvioida, joutuuko se omassa toiminnassaan soveltamaan kilpailuttamisääntelyä. Yleisen edun mukaisten tarpeiden arviointia helpottaa myös se, onko ulkoistettavalla organilla sellaisia KuntaL 2.1 §:n erityistoimialaan liittyviä lakimääräisiä tehtäviä, jotka on lailla annettu kunnan hoidettavaksi. Ulkoistamisen asteen arvioinnissa ei ole merkitystä, millainen luonne tai toimiala ulkoistetulla palvelulla on. Se rajaa ainoastaan, miten ja mitä säännöksiä mahdolliseen kilpailuttamiseen sovelletaan. Kunnallinen yhtiöittäminen on ainakin tietyiltä osin osittaisulkoistamista, etenkin jos kunnan määräysvalta kyseisessä yhtiössä on pieni. Jos yhtiö on puhtaasti kuntaomisteinen, vastuu-, ohjaus- ja valvontanäkökulmat eivät välttämättä poikkea olennaisesti kunnan omasta toiminnasta.

Liikelaitos on yritysmuoto, joka on maamme oikeusjärjestyksessä määritelty tapa harjoittaa liiketoimintaa. Keskeisenä tunnusmerkkinä voidaan kuitenkin pitää omistuspohjaa. Valtion yritysmuodot on jaettu yhtiötyyppeihin yrityksiin ja julkisyhteisöjen talousarvioihin sisältyviin yrityksiin.⁵¹² Liikelaitosta on monesti pidetty vaihtoehtona yhtiömuotoiselle toiminnalle. Tätä on perusteltu sillä, että saadaan osakeyhtiön tehokkuus ja paremmin huomioon otetuksi kunnalliseen toimintaan liittyvät keskeiset periaatteet, kuten demokraattisuus, julkisuus, vastuu ja valvonta sekä oikeusturva⁵¹³. Toisaalta liikelaitos voi olla toiminnallisesti ja taloudellisesti hyvin itsenäinen yksikkö, jonka toimintaa säännellään kuntalailla ja kunnanvaltuuston hyväksymällä johtosäännöllä⁵¹⁴. Liikelaitos ei kuitenkaan oikeudellisesta näkökulmasta ole itsenäinen juridinen oikeushenkilö, ja sen toiminnan voidaan nähdä olevan osa kunnan toimintaa, jota viime kädessä ohjaa valtuusto⁵¹⁵.

Ulkoistamisperspektiivistä keskeistä on, onko liikelaitokselle annettu merkittävästi toimivaltaa ja mitä piirteitä kyseinen liikelaitos edustaa⁵¹⁶. Toinen keskeinen kysymys on, eroaako liikelaitos kunnan muista tulosyksiköistä merkittävästi vai asettaako kunnanvaltuusto liikelaitokselle tavoitteet samalla tavalla kuin muille tulosyksiköille, joita kunnanhallitus valvoo, ja yksityiskohtaisemmasta toiminnanohjauksesta huolehtii lautakunta tai johtokunta.

Kunnallisten liikelaitosten asema on oikeudellisestikin tarkasteltuna hyvin erityinen, ja ne ovat saaneet tietyn suojan hankintalaissa. Tämä tarkoittaa sitä, että kunnan ei tarvitse kilpailuttaa omistamansa liikelaitosten palveluja. Liikelaitos voi kuitenkin tietyin ehdoin toimia samaan aikaan vapailla markkinoilla. Liikelaitoksen toiminta voi olla hyvinkin kaksijakoista, koska sillä on samalla sekä yritysmäinen että

511 Vrt. Asia C-126/ 03. Tapauksessa oli todettu, että yleisellä edulla ei ole merkitystä, kun kysymys on hankinnan käsitteen arvioinnista.

512 Meklin 1987 s. 31–32.

513 Ks. Harjula–Prättälä 2007 s. 627–628.

514 Harjula–Prättälä 2004 s. 178–179; Kilpailuviraston selvityksiä 1/2001 s. 25.

515 SM:n julkaisuja 9/2006 s. 16. Sutela on todennut, että liikelaitos ei maksa veroa ja vakuudet se saa kunnalta. Sutela 2003 s. 72.

516 Valtion liikelaitostyöryhmä on vertaillut yhdellätoista kriteerillä valtion liiketoimintaa harjoittavien yksikköjen piirteitä. KM 1982:64 s. 153–170.

yhteiskunnallinen rooli, ja päätöksenteko tapahtuu sekä demokraattisista että liiketaloudellisista lähtökohdista⁵¹⁷. Jos liikelaitokselle on tosiasiallisesti annettu itsenäistä toimivaltaa, voidaan puhua osittaisesta ulkoistamisesta. Muuten voidaan kysyä, *voiko oikeudellisesti olla kysymyksessä ulkoistaminen*, jos orgaanin toimivalta tai toiminta ei eroa merkittävästi perinteisestä kunnan toiminnasta ohjauksen, valvonnan tai taloudellisen toimintavapauden osalta. Kunnalliset liikelaitostamiset ja yhtiöittämiset voivat myös olla vain materiaallisen yksityistämisen välivaihe.

Yhtiöittämisestä saadut kokemukset ovat hyvin erilaisia, koska pahimmat virhearvioinnit ovat yksityistämisen johtaneet kunnallisten palvelujen kustannusten nousuun ja palveluiden laadun heikkenemiseen. Toisaalta kilpailun uhka on myös parantanut kunnallisia palveluja. Samalla voidaan kysyä, mitä etuja yhtiöittämisillä tai liikelaitoksilla saavutetaan, koska nettobudjetointi on jo osin lisännyt tietynlaista tulokulttuuria kunnissa ja sillä voidaan myös säännellä oman yksikön tuloja ja menoja, jotta mahdolliset tulostavoitteet saavutetaan. Nettobudjetoinnilla luodaan tietyn hallintokunnan yksikölle edellytyksiä itsenäisempään toimintaan, jolloin on mahdollista antaa kyseiselle yksikölle aito mahdollisuus vaikuttaa tuloihin ja menoihin.

Kunnallisiin osakeyhtiöihin ja liikelaitoksiin siirrettäviä kunnan omia toimintoja ei voida kutsua ainakaan kokonaisvaltaisiksi ulkoistamisiksi, koska tällöin oikeudellisesta ja toiminnallisesta näkökulmasta kunnan oman toiminnan siirtämisellä saman kuntakonsernin sisällä ja puhtaalla markkinaperusteisella ulkoistamisella ei olisi mitään eroa. Eli *jos kunnan oikeudellinen vastuu säilyy lähes samana ulkoistuksessa*, ei voida puhua oikeudellisen vastuun kaventumisesta kyseisissä ulkoistusmuodoissa. Toiminnallisesti ei voida myöskään puhua kokonaisulkoistamisesta, jos ulkoistetussa toiminnassa kaikki jatkuu pääasiallisesti samojen kunnallisten toimintaperiaatteiden ja ohjeiden mukaisesti⁵¹⁸.

Kuntien kannalta osakeyhtiö yhtenä ulkoistamisen muotona voi aiheuttaa tulkinallisuuksia, koska kunnan rooli voi erilaisissa osakeyhtiössä olla hyvinkin erilainen. Tällöin keskeiseksi arvioitavaksi asiaksi nousee kunnan määräysvalta yhtiöön ja sen toimintamuoto sekä alue. Vaikka osakeyhtiölaki⁵¹⁹ asettaa monia muotomääräyksiä myös kunnan omistaja toiminnalle, ei se sinällään kuitenkaan ratkaise ulkoistamiseen liittyviä kysymyksiä, koska osakeyhtiölakia on noudatettava kunnan omistusosuudesta riippumatta. Kuntien toiminnalle ja omistukselle osakeyhtiöissä rajoituksia asettaa kunnan toimialakysymys ja siihen liittyvä oikeudellinen rajanveto.

Yhtenä esimerkkinä osittaisulkoistuksista voidaan käyttää kunnallista työterveyshuoltoa, jota on liikelaitostettu ja yhtiötetty. Etenkin pienten työterveyshuoltoyksiköiden ongelmana on ollut lakisääteisen työterveyspalvelujen tarjoaminen sekä lääkäriresurssien ja kehittämiskyvyn puute. Sosiaali- ja terveysministeriö on selvityksessään

517 Ekström–Pohjonen–Haavisto 2007 s. 5–6.

518 KuntaL 25a § määrittelee konsernijohtoon kuuluviksi kunnanhallituksen, kunnanjohtajan tai pormestarin ja muut johtosäännössä määrätyt viranomaiset. Kuntakonserni- ja liikelaitostoryöryhmän mietinnössä 25a.1 §:ssä on todettu, että konsernijohtolla tarkoitettaisiin kunnanhallitusta, kunnanjohtajaa ja muita kunnan johtavia viranhaltijoita, jotka on määrätty esittelemään tytäryhteisöihin liittyviä asioita kunnanhallituksessa tai vastamaan konsernijohtolle kuuluvista tehtävistä. Ks. SM:n julkaisuja 9/2006 s. 21.

519 Ks. esim. OYL 1:7 § tasapuolisuusperiaatteesta, OYL 6:3 § hallituksen päätösvallasta, OYL 6:4 § hallituksen jäsenen jääviydestä ja OYL 5:30 § yhtiöjärjestyksen muuttamisesta.

paneutunut näihin haasteisiin ja nähnyt, että kunnallisen ja yksityisen työterveyshuollon yhdistäminen on tietystä tilanteesta mahdollista.⁵²⁰ Työterveyshuoltolain 7 §:n mukaan työnantajalla on mahdollisuus järjestää työterveyshuollon palvelut hyvin monella tavalla, kuten itse tai yhdessä toisten työnantajan kanssa, terveyskeskuksessa tai ostopalveluina. Kunnallista työterveyshuoltoa on mahdollista kehittää entistä enemmän kohti isäntäkuntamallin mukaisena alueellisenä yksikkönä, liikelaitoksena tai kunnan omistamana osakeyhtiönä toimimista⁵²¹. Se minkä muotoisesta työterveyspalvelujen ulkoistamisesta voidaan puhua, riippuu hyvin pitkälti siitä, valitaanko osittainen (esim. yhtiöittämissä ja liikelaitosmalli) vai kokonaisulkoistaminen. Mallin valinnassa joudutaan kunnallisessa valmistelussa ja eri toimielimissä punnitsemaan oikeudellisten säännösten lisäksi ainakin kunnan lopullisia tavoitteita, demokratiaan ja päätöksentekoon liittyviä näkökulmia sekä eri mallien toimintamahdollisuuksia kunnan kokoon nähden. Toimintamahdollisuuksia ja kunnan asettamia tavoitteita tarkasteltaessa pitäisi pystyä punnitsemaan mahdollisimman objektiivisesti eri ulkoistamismuotoja niin, että kokonaisuus pysyy selkeänä ja osaoptimoiteja vältetään.

Kunnallista liikelaitostamista ja yhtiöittämistä on tarkasteltava aina tapauskohtaisesti. Ulkoistamista ja sen astetta arvioidaan sen mukaan, kuinka itsenäinen on organiaani, jolle toimintoja on ulkoistettu, ja onko se samassa asemassa kunnallisten säännösten ja ohjauksen osalta kuin muut kunnalliset toimielimet. Tarkastelun kohteena on oltava, mikä on kyseisen organiaanin taloudellinen rooli ja vastuu erilaisissa tilanteissa sekä mitä muu oikeussäännöstö sanoo.

Liikelaitosten käsitteet ovat viime vuosien aikana tarkentuneet etenkin jaottelussa (kunnallinen liikelaitos, kuntayhtymän liikelaitos ja liikelaitoskuntayhtymä). Näiden organiaanien hallinnon ja talouden ohjaus sekä otto-oikeuden käyttömahdollisuudet voivat kuitenkin olla erilaisia⁵²². Liikelaitokset eivät ole kuitenkaan oikeudellisesti itsenäisiä subjekteja, vaikka niillä voi taloudellisesti olla hyvinkin itsenäinen asema. Uudet kuntalain tarkennukset konserni- ja liikelaitossäännöksistä antavat kunnille entistä paremmat mahdollisuudet soveltaa erilaisia palveluntuotantomalleja, selkiyttää tulosvastuuta ja tuoda talouteen läpinäkyvyyttä.

Kuntalaki on muutettu siten, että se mahdollistaa liikelaitoskuntayhtymän perustamisen. Kuntal 87a §:n mukaan kunnalla tai kuntayhtymällä on mahdollisuus perustaa kunnallinen liikelaitos liiketoimintaa tai liiketaloudellisten periaatteiden mukaisia tehtäviä varten. Nimikkeenä on perustajan mukaan joko kunnan liikelaitos tai kuntayhtymän liikelaitos. Uudeksi mahdollisuudeksi on tullut perustaa liikelaitoskuntayhtymä eli kuntien ja kuntayhtymien perustama kuntayhtymä, jonka tehtävänä on kunnallisen liikelaitoksen ylläpitäminen. Liikelaitoskuntayhtymä on kuitenkin oikeudelliselta muodoltaan kuntayhtymä. Suurin ero liikelaitoksiin on siinä, että liikelaitoskuntayhtymässä päätösvaltaa käyttää johtokunnan sijaista yhtymäkokous⁵²³.

Ulkoistamismuodon määrittäminen vaihtelee hieman liikelaitosten eri muodoissa, koska Kuntal 87a.1 §:n käsite liikelaitoskuntayhtymästä toi tarkasteluun uusia elementtejä. Liikelaitoskuntayhtymä on kuntayhtymää kevyempi organisaatio

520 Hakulinen ym. 2008 s. 92–96.

521 Terveystieteiden tutkimuskeskuksen muistio 2008 s. 45.

522 Ks. Harjula–Prättälä 2007 s. 630.

523 Heuru 2008 s. 219 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008).

mutta on perinteisistä liikelaitoksista poiketen itsenäinen oikeushenkilö. Liikelaitoskuntayhtymää voidaan pitää ainakin osittaisen ulkoistamisen muotona, koska sillä on KuntaL 87c §:n mukaisesti itsenäisen oikeushenkilön asema ja tehtävä, sen asema on määriteltävä perussopimuksessa ja johtosäännöissä eikä johtokunnan päätöksiin ole otto-oikeutta⁵²⁴.

Oikeussäännösten valossa perinteiset liikelaitokset eivät aina täytä ulkoistetulta organaalta vaadittavia itsenäisen toiminnan merkkejä, vaan kysymys on pikemminkin tietystä mallista tuottaa palveluja kunnan tai kuntayhtymän organisaation jatkeena. Lisäksi KuntaL 13.5 §:n mukaan valtuusto voi asettaa liikelaitokselle tavoitteita, jotka liittyvät esimerkiksi sen kannattavuuteen ja investointeihin. KuntaL 87e §:ssä on tarkennettu, että kunnan tai kuntayhtymän liikelaitokselle asetetaan myös toiminnalliset ja taloudelliset tavoitteet ja että liikelaitoksen talousarvion ja -suunnitelman on oltava kunnan tai kuntayhtymän talousarvion ja -suunnitelman erillinen osa.⁵²⁵

Se miten liikelaitostoiminta tai kunnallinen yhtiömuotoinen toiminta eroaa ulkoistamisesta, riippuu hyvin pitkälti painotus- ja tarkastelunäkökulmasta. Puhtaasti kunnallisen päätöksenteon kannalta on liikelaitos lautakunnan tai johtokunnan alaisena ja kunnanvaltuustolla on mahdollisuus siirtää toimivaltaa sekä asettaa tavoitteet ja maksupolitiikan yleiset periaatteet liikelaitokselle⁵²⁶. Liikelaitos kattaa kulunsa maksutuloilla, ja sen toiminta on tuloverotonta, jos palveluja annetaan vain omistajakunnille.

Kokonaisulkoistaminen eroaa oikeudellisesti monelta osin osittaisesta ulkoistamisesta (liikelaitos tai kunnallinen yhtiö), koska kunnalla on suoran päätösvallan tai ohjauksen lisäksi mahdollisuus asettaa osittaisessa ulkoistamisissa myös muita tavoitteita toiminnalle. Yhtiön tai liikelaitoksen rahoitusrakenteen ja maksujen osalta liikutaan erilaisten säännösten ja mahdollisuuksien piirissä, koska kunnallinen osakeyhtiö maksaa tuloveroa ja voi toimia markkinoilla. Lisäksi julkisoikeudellinen sääntely voi olla huomattavasti kattavampaa ja tiukempaa osittaisessa ulkoistamisen muodoissa kuin kokonaisulkoistamisissa.

Kunnallisten yhtiöiden kategorisointi ulkoistamiseen ja sen eriateisiin on helpompaa, koska esimerkiksi osakeyhtiölaki sääntelee yhtiömuotoista toimintaa ja kunnan ohjausvalta ja taloudellinen vastuu konkretisoituvat välillisesti omistajan valtana ja vastuuna⁵²⁷. Kunnilla on myös vain rajoitetut mahdollisuudet vaikuttaa yhtiömuotoiseen toimintaan. Kunnalliset yhtiöt eroavat liikelaitoksista siten, että ne ovat verovelvollisia oikeussubjekteja. Ne eivät kuulu kunnan organisaatioon mutta voivat kuulua kuntakonserniin. Osakeyhtiö on aina itsenäinen juridinen toimija, ja sen talous sekä oikeudellinen vastuu on itsenäistä⁵²⁸. Osakeyhtiö voidaan myös myydä sellaisenaan eteenpäin. Monissa yhtiöittämisissä, joissa kunnalla on merkittävä omistusosuus, kysymyksessä olisi pääsääntöisesti osittaisen ulkoistamisen muoto.

524 Kuntayhtymän liikelaitokset ovat osa kuntayhtymän organisaatiota ja yhtymähallituksen alaisuudessa toimivia orgaaneja, ja yhtymähallituksella on otto-oikeus johtokunnan päätöksiin.

525 Näin oli myös kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmän ehdotus. Ks. STM julkaisuja 2006:9 s. 28.

526 Kuntalakiin tuli vuonna 2007 erilliset säännökset kunnan liikelaitoksesta (27.4.2007/519).

527 Vrt. Ruotsin KL 17 §.

528 Ks. Kilpailupoliittinen toimintaympäristö 2007 s. 27.

Kunnallinen liikelaitostaminen *ei täytä kokonaisulkoistamisen tunnusmerkkejä*, koska se on osa kunnan organisaatiota, valtuusto käyttää siinä ylintä päätösvaltaa eikä se voi toimia vapaasti markkinoilla. *In house* -määritelmä ja HankL 6 §:n hankintayksikön soveltamisala antavat kuntalain säännösten lisäksi pohjaa silloin, kun punnitaan, onko liikelaitostaminen ja yhtiöittäminen ulkoistamista ja minkä asteista. Raja osittaisen ulkoistamisen ja kokonaisulkoistamisen välillä on kuitenkin häilyvä, ja asia ratkeaa ainoastaan tapauskohtaisella tarkastelulla. Tällöin pitää punnita, kuinka riippumaton asema yhtiöllä on kunnasta, kun vertailukohteena pidetään puhtaasti avoimilla markkinoilla toimivaa ei-kunnallista yhtiötä. Oikeudellista ja taloudellista toimintavapautta tarkasteltaessa *yhtiömuotoinen (kunnallinen) toiminta täyttää paremmin ulkoistamisen oikeudelliset kriteerit* kuin liikelaitosmuotoinen toiminta.

3.2.3 Kuntien välinen yhteistoiminta

KuntaL 76 §:n mukaan kunnat toimia yhdessä sopimusperusteisesti. Yhteistoiminta voidaan jaotella pakolliseen ja vapaaehtoiseen yhteistoimintaan⁵²⁹, mutta pääperiaate on vapaaehtoinen yhteistyö. Poikkeuksena on KuntaL 76.4 §, jossa todetaan, että kunnan kuulumisesta pakollisiin kuntayhtymiin on säädetty erikseen. Tällöin kuntalakia sovelletaan vasta toissijaisesti. EU-sääntelyssä, kansallisessa hankintalaissa tai kuntalaissa ei ole määritelty kuntien yhteistoiminnan ja julkisen hankinnan välistä suhdetta⁵³⁰. Asian ongelmallisuutta kuvaa se, että kunnalla on mahdollisuus KuntaL 3.2 §:n mukaan käyttää kuntalaissa mainittuja yhteistoimintavaihtoehtoja, vaikka muissa laeissa olisi annettu toisenlaisia määräyksiä⁵³¹. Tilanteessa, jossa kuntien toimintatavat ja muodot hakevat muotoaan, on palvelujen järjestämisen näkökulmasta pystyttävä asemoimaan, mitä sääntelyä kulloinkin tietyssä yhteistoiminta muodossa on noudatettava.⁵³²

Kuntien yhteistoiminta on lisääntynyt ja monipuolistunut. Yhteistoiminnalla on tavoiteltu palveluiden järjestämisen turvaamista ja taloudellisuuden sekä palveluiden laadun parantamista. Pienille kunnille yhteistoiminta on turvannut ja mahdollistanut lakisääteisten palvelujen järjestämisen. Yhteistoiminnasta on ollut helpompaa sopia uusien ja erikoistumista vaativien tehtävien osalta.⁵³³

Eräs paikallisen itsehallinnon keskeinen kriteeri on, että kunnilla on mahdolli-

529 Esimerkiksi puitelain 6 §:ssä säädetään laajaa väestöpohjaa vaativien palvelujen hoidosta sairaanhoitopiirien kuntayhtymien pohjalta, joiden tulee erikoissairaanhoidolaissa ja kehitysvammaisten erityishuollossa annetun lain mukaisesti vastata palveluista kunnan osoittaman laajuuden mukaisesti.

530 Löytty 2009 s. 621.

531 Mennola 2008 s. 265 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008).

532 Ks. HE 70/1992 s. 8–9; HE 192/1994 s. 118.

533 HE 155/2006 s. 28. Vuonna 1986 asetetun osallistumisjärjestelmän komitean tehtävänä oli kartoittaa yksityiselle sektorille esitettyjen uusien, taloudellista demokratiaa ja yritysten kilpailukykyä parantavien yhteistoimintamuotojen soveltuvuus julkisen sektorin työpaikkoihin. Komitean yhtenä esityksenä on, että valtion ja kuntien ja laitosten sisällä voitaisiin muodostaa tulosyksiköitä. Tällaisia tulosyksiköitä kunnissa ja kuntainliitossa voisivat olla satamat, energialaitokset, elintarvikekeskukset, keskuskeittiöt, korjaamo- ja varikkotoiminta, kiinteistöjen huolto, liikennelaitokset, puhelinlaitokset, talon- ja maanrakennusyksiköt sekä vesihuoltolaitokset. Em. yksiköille täytyisi antaa tarpeeksi vastuuta ja valtaa, jotta ne voisivat toimia tuloksellisesti ja soveltaa siihen tarvittavia metodeja. KM 1988:36 s. 75.

suus vapaasti päättää yhteistyöstä ja sen muodoista⁵³⁴. Yhteistoiminnassa keskeinen jaottelukriteeri ovat yleiseen ja erityiseen toimialaan kuuluvat tehtävät, koska kunnilla on mahdollisuus tehdä yksityisoikeudellisia sopimuksia vain yleisen toimialan puitteissa⁵³⁵. Erityislainsäädännöllä säännellyistä tehtävistä on tehtävä julkisoikeudellinen sopimus, josta viime kädessä valtuusto tekee päätöksen⁵³⁶. Yhteistyön ongelmaksi voivat muodostua viranomaistehtävät ja niihin mahdollisesti liittyvä julkisen vallan käyttö. Kuntal 76.3 §:ssä on todettu, että kunnat voivat sopia viranomaistehtävien hoitamisesta siten, että osa niistä ostetaan toiselta kunnalta. Tällöin edellytetään, että kuntien välillä on tehty sopimus, jonka mukaan viranhaltija hoitaa virkavastuulla myös toisen kunnan viranomaistehtäviä.

Kuntien välisistä yhteistyön puitteista on säädetty Kuntal 77 §:ssä. Pääperiaatteena voidaan pitää sitä, että viranomaistehtävät ja palvelutehtävät, joista kunnan on huolehdittava, on hoidettu asiallisesti säännösten mukaan. Kuntayhteistyö tarkoittaa sitä, että esimerkiksi sopimussyhteistoimintamallissa yksi kunta vastaa jostakin tehtävästä muiden kuntien puolesta. Viranomaistoimintoja ei voida antaa kuin sellaiselle taholle, joka voi hoitaa viranomaistehtäviä. Sopimussyhteistyössä on kuitenkin huomattava, että palvelu, jota on jo olemassa avoimilla markkinoilla, on kilpailutettava, vaikka se ostettaisiin naapurikunnasta⁵³⁷.

Kuntien välinen yhteistyö on oikeudellisesti katsottuna selkeä vaihtoehto, koska kunnat voivat ostaa palveluita esimerkiksi naapurikunnista eikä ostoa tarvitse kilpailuttaa, jos se tapahtuu kuntalain määrittämässä rajoissa⁵³⁸. HankL 2.2 §:ssä kehoitetaan järjestämään hankinnat siten, että ne voidaan tehdä taloudellisesti, suunnitelmallisesti ja tarkoituksenmukaisesti. Lisäksi mainitaan yhteishankintojen tai muiden yhteistyömahdollisuuksien eduista, jotka tarkoittavat myös kuntayhteistyön tiivistämistä silloin, kun ollaan kilpailuttamassa tiettyjä palveluita. Kuntayhteistyön eri muodoissa asiat voivat tulla yleisten kilpailuoikeudellisten säännösten piiriin. Voidaan kysyä, onko kuntien välisessä ostopalvelussa ulkoistamiseen liittyviä tunnuspiirteitä. Kuntalain 10. luvun mukaiset kuntien yhteistoimintamuodot eivät kuitenkaan kuulu kilpailuttamisvelvollisuuden piiriin.

Kuntal 2.3 §:n mukaan kunta voi hoitaa tehtävät itse tai yhdessä muiden kuntien kanssa. Vapaaehtoiseen ja pakolliseen yhteistoimintaan sisältyy kuitenkin joitakin ongelmakohtia kansanvaltaisuusperiaatteen näkökulmasta. Kuntalaiset voivat vieraantua entisestään tehtävien hoidosta, millä voi olla vaikutusta myös itsehallintoon. Perustuslakivaliokunta on nähnyt kuntien itsehallinnon näkökulmasta ongelmallisena kuntien yhteistoimintaelimen tehtävien kasvattamisen niin, että se vaikuttaisi oleellisesti jäsenkuntien hallintoon ja vaarantaisi kunnan päätösvallan kuulumisen kuntalaisten valitsemille toimielimille.⁵³⁹

534 Mennola 2008 s. 265 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008).

535 Harjula–Prättälä 2007 s. 574.

536 Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 442.

537 Oksanen 2007 s. 294–295. Ks. myös Kilpailuttamisen ABC 2001 s. 12, 16–17.

538 Kunnat ovat järjestäneet yhteistoiminnassa monia palveluita, kuten kansanterveystyön, ympäristönsuojelun, päihdehuollon, peruskoulun yläasteet, lukiot, ammattiopetuksen sekä elinkeinotoimen palveluita. Esimerkiksi em. yhteistoimintaan ei sovelleta samoja säännöksiä kuin ulkoistamisprosessissa, vaan ne voidaan tulkita kuntien välisiksi yhteistoimintasopimuksiksi.

539 PeVL 37/2006 s. 5; PeVL 65/2002 s. 3; PeVL 11/1984 s. 2.

Lakisäätöisen yhteistoiminnan ongelmat ovat olleet usein myös perustuslakivaliokunnan tarkastelun kohteena. Valiokunta on arvioinnissaan kiinnittänyt erityisesti huomiota yhteistoiminnan luonteeseen, sen vaikutukseen kuntien toimialaan sekä tarkoituksenmukaisuuskysymyksiin ja kuntien määräysvallan jakautumiseen. Vapaaehtoisten tehtävien siirtymistä välillisen demokratian piiriin eli kunnan yhteistoimintaorganisaation elimille ei ole kovinkaan paljon selvitetty kuntien itsehallinnollisen perustuslainsuojan näkökulmasta.⁵⁴⁰ Perustuslakivaliokunta on myös ollut varovainen useissa kannanotoissaan, etenkin kun asiaan liittyy kunnallisen itsehallinnon näkökulma silloin kun erilaisia ylikunnallisia yhteistoimintaelimiä on perustettu⁵⁴¹. Vuoden 1996 komiteamietinnössä⁵⁴² on mainittu, että kuntien yhteistyö voi myös tuoda esille negatiivisia asioita⁵⁴³. Esimerkiksi kuntalaisten osallistumis- ja vaikuttamismahdollisuudet voivat kaventua, demokratian ja talouden valvonta eivät toteudu yhtä tehokkaasti ja voi syntyä päällekkäisyyksiä.

Oikeudellisesti kuntien yhteistoiminnan ja hankinnan välinen raja ei ole aina kovinkaan yksiselitteinen. Oikeuskirjallisuudessa kuntien yhteistoiminnan ja hankinnan välistä rajanvetoa on pyritty arvioimaan sekä yhteistoimintajärjestelyn yksittäisten kriteerien että kokonaisuuden pohjalta⁵⁴⁴. Ongelmaksi muodostuu löytää oikea hinta- ja laatu-taso palvelulle. Kunta- ja palvelurakennehankkeen lain 5.2 §:n mukaisesti on mahdollista perustaa 5 §:n 3 ja 4 momentissa mainittuja yhteistoiminta-alueita, joilla tarkoitetaan kuntalain mukaisia isäntäkunta- tai kuntayhtymämalleja. Puitelain 5.3 §:ssä on mainittu, että ”kunnan tai yhteistoiminta-alueella, joka huolehtii perusterveydenhuollosta ja siihen kiinteästi liittyvistä sosiaalitoimen tehtävistä, on oltava vähintään noin 20 000 asukasta”. Ammatillisen koulutuksen järjestäjälle puitelain 5.4 § asettaa vähintään noin 50 000 asukkaan väestöpohjatavoitteen. Puitelain kyseisellä kohdalla tarkoitetaan kunnan oikeudellista vastuuta palveluiden järjestämisestä.

540 STM:n selvityksiä 8/2006 s. 20–21.

541 Seutuyhteistyökokeiluun liittyi mahdollisuus antaa kuntien tehtäviä säätiöille tai yhteisöille. Perustuslakivaliokunta oli nähnyt kuntien itsehallinnon näkökulmasta riittäväksi, että kunnat voivat käyttää päätösvaltaa säätiöissä tai yhteisöissä. PeVL 11/2002 s 3–4. Samoin pelastusalueisiin liittyvässä lausunnossaan oli valiokunta todennut, että pelastustoimen hoitaminen on tullut tosiasiallisesti piirteiltään ylikunnalliseksi tehtäväksi. PeVL 32/2001 s. 2. Kainuun hallintokokeilussa kuntien tehtäviä siirrettiin niin suurin määrin, että sen katsottiin vaikuttavan merkittävällä tavalla kuntien hallintoon ja supistavan peruskuntien päättäjien päätösvaltaa. Sääntely tehtiin kuitenkin tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä, koska sen tarkoitus oli turvata kuntalaisten perusoikeudet. PeVL 65/2002 s. 3. Pääkaupunkiseudun yhteistyövaltuuskunnan tehtävät annettiin välillisen demokratian yhteistoimintaelimille, jonka tehtävät olivat monelta osin ylikunnalliset. Perustuslakivaliokunta oli kuitenkin todennut, että YTV:n tehtävien kasvattaminen niin, että se vaikuttaisi peruskuntien hallintoon, voi rikkoa sitä periaatetta, että päätösvalta kuuluu suoraan kuntalaisten valitsemille päättäjille. PeVL 11/1984 s. 2.

542 Ks. Heikki Kosken komiteamietintö KM 1996:16, joka koski valtion ja kuntien välisten suhteiden uudistamisprojektista.

543 Yhteistoimintamuotoja, joilla voitaisiin saada samanlaisia etuja kuin kuntien yhteenliittymillä, on todettu olevan monialakuntayhtymä, peruskuntatyypinen kuntayhtymä, seutukunta tai liittokunta sekä yhdistys, osakeyhtiö yms. toimintamallit. Norjassa kuntarakennetta pohtinut komitea päätyi 1990-luvun alussa siihen, että kuntakoon suurentamisen edut ovat isommat kuin haitat. Ks. lisää NOU 1992:15.

544 Vrt. Löytty 2009 s. 625.

KuntaL 76.2 § mahdollistaa ns. isäntäkuntamallin, jossa yksi kunta hoitaa tietyt tehtävät muiden kuntien puolesta. Lainsäädännössä ei ole mainintaa siitä, miten päätöksenteko on organisoitava tai kustannukset jaettava isäntäkuntamallissa. Kuntien on tehtävä yhteistoimintasopimus eli julkisoikeudellinen sopimus, jossa määritellään sopijakuntien kanssa isäntäkunnalle säädettyjen tehtävien yksityiskohdista⁵⁴⁵. Isäntäkuntia koskeva lainsäädäntö on hyvin väljä ja tarkentumaton. Kuntalakiin pitäisi voida ottaa tarkentavia kohtia isäntäkuntamallista, jolloin sen rooli ja muodot olisivat osapuolille ja muille tahoille alusta saakka selkeämmin hahmotettavissa.

Lainsäädäntö ei ole täysin yksiselitteinen siinä, onko isäntäkuntamallin mukainen toiminta tulkittava muuksi kuin hankinnaksi, koska hankintalakia ei sovelleta vain hallinnon tai toimintojen uudelleenjärjestelyjä sisältäviin sopimuksiin⁵⁴⁶. Puitelaki asettaa kuitenkin tiettyjä reunaehtoja isäntäkuntamallille, esimerkiksi väestöpohjan osalta. Jos kunnissa otetaan käyttöön tilaaja-tuottajamalli, ei puitelain tarkoittama yhteinen toimielin voi olla kunnista erillään oleva oikeushenkilö, vaan yhteinen toimielin toimii sopimuskunnan valtuustojen alaisuudessa⁵⁴⁷.

KHO 30.11.2004/304 voidaan ottaa esimerkiksi, joka liittyy isäntäkuntamallin pohjalta tehtyyn sopimukseen sairaankuljetuksen ja ensihoidon järjestämisestä ja valmiuden ylläpidosta. KHO piti Hangon kaupunkia erillisenä ja päätöksenteon kannalta itsenäisenä yksikkönä, ja sopimuksen tunnusmerkit täyttivät tavanomaisen kaupallisen sopimuksen piirteet.

Isäntäkuntamalli ei täytä kuin osittaisen ulkoistamisen tunnusmerkistön, etenkin jos kuntien yhteinen toimielin KuntaL 77 §:n mukaisesti hoitaa sille sovitut tehtävät. Toimi-elimien on valittu jäseniä myös toisesta kunnasta. Kuntalaki antaa mahdollisuuden tehdä hankintasopimuksen kunnan ja yhteistyöorganisaation tai kahden kunnan välillä. Ongelmaksi voivat muodostua hankintasäännökset, joita ei voida jättää toissijaisiksi, jos kyse on hankintadirektiivien tai EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaisesta hankintasopimuksesta⁵⁴⁸.

Säännösten taustalla on velvoite, että pienet kunnat kuuluisivat yhteistoiminta-alueisiin kyseisten tehtävien osalta. Suuremmille kunnille yhteistoiminta-alueeseen kuulumiselle ei ole suoranaista velvoitetta. Ongelmalliseksi asian tekee etenkin alle 20 000 asukkaan kunnissa se, että yhteistoiminta-alueen päätöksenteon pitää perustua osallistuvien kuntien asukasluukuun, elleivät kunnat muuta sovi. Tällöin pienempien kuntien mahdollisuus saada edustaja tai asioita esille yhteistoiminta-alueen elimissä voi olla pieni, ja ainoaksi mahdollisuudeksi voi jäädä, että kunnat pystyisivät käyttämään

545 KuntaL 76.2 §:ssä on maininta kustannusten jakamisesta ja 76.3 §:ssä viranomaistehtävien hoitamisesta ostopalveluina. KuntaL 77 §:ssä on määritelty yhteisen toimielimen asettamisesta.

546 Pekkala 2007 s. 117. Lisäksi KuntaL 2.3 §:n käsitteet tehtävien hoito ja palvelun tuottaminen on myös eroteltava kunnan järjestämisvastuuksi ja palvelun tuottamiseksi. Ks. lisää Harjula–Prättälä 2004 s. 134–137.

547 Laamanen 2005 s. 39–40. Seutuyhteistyön toimielimeen sovelletaan kuntalain säännöksiä kuntaytymästä. Ks. Lausunto erillisen seutuhallinnon yhdistelemisestä 7.12.2005.

548 SM:n julkaisuja 9/2006 s. 40. Tarkempi rajanveto ulkoistamisesta ja sen muodosta voidaan tehdä vasta yhteistoimintasopimuksen sisällön perusteella, koska siitä ilmenee, miten esimerkiksi hallinto-, päätöksenteko-, otto-oikeus- ja vahingonkorvausvastuut on sovitettu.

sopimusmahdollisuutta.⁵⁴⁹

Hankintalain osalta jää epäselväksi, miten Kuntal 76 §:n kuntien yhteistoimintakohtaa pitäisi tulkita. Arvioitavaksi jää yhteistoiminnan tarkoitus: onko se yhteisesti järjestettyä ja onko se julkisoikeudellisessa vai yksityisoikeudellisessa muodossa⁵⁵⁰ sekä milloin kunnan tekemä sopimus on tulkittava organisaation sisäiseksi palveluksi ja milloin hankintalakia sovelletaan erilaisten orgaanien tekemiin sopimuksiin? Pääsääntöisesti hankintalainsäädäntöä sovelletaan silloin, kun kunta on antanut tietyn tehtävän erilliselle oikeushenkilölle. Julkisiin hankintoihin liittyvän EY-oikeuden soveltaminen ei ole kiinni pelkästään sopijapuolten organimuodosta, eli ovatko sopimusosapuolet yksityisiä vai julkisia. Oikeudellisessa tarkastelussa punnittavaksi *in house* -yksikössä tulee, valvooko kunta kyseistä oikeushenkilöä samalla tavalla kuin omia toimipaikkojaan, joissa kyseinen oikeushenkilö harjoittaa valtaosaa toiminnastaan yhdessä omistajatahojen kanssa.⁵⁵¹

Pelastustoimilakiin tehtiin muutoksia, jotka mahdollistivat pelastustoimen järjestämistä vastuun siirtämisen kunnalta kuntien alueelliselle toimielimelle. Hallituksen esityksessä todettiin, että tiettyjen alueiden kuntien piti sopia yhteistoiminnasta vuoden 2002 loppuun mennessä. Esityksen ei myöskään katsottu loukkaavan kunnallista itsehallintoa, siten, että se rajoittaisi kuntalaisten oikeutta päättää hallinnosta ja taloudesta.⁵⁵² Seuraava KHO:n päätös selkiyttää osaltaan sitä rajanvetoa, joka liittyy kunnan sisäisten palveluiden ja julkisiin hankintoihin luettavien palveluiden tulkintaan.

KHO:2006:61. Porvoon kaupunki oli tehnyt yhteistoimintasopimuksen perusteella alueellisen pelastuslaitoksen kanssa sopimuksen ensihoitopalveluista. KHO totesi ratkaisussaan, että yhteistoimintasopimuksen mukaan hallinnosta vastasi Porvoon kaupunki ja aluepelastuslautakunta toimi kaupunginhallituksen alaisena. Lisäksi kaupunginvaltuusto hyväksyi aluepelastuslautakunnan nettotalousarvion. Taloudesta vastaa ja sitä hoitaa Porvoon kaupunki, eli pelastusjohtaja oli virkasuhteessa kaupunkiin. KHO totesi, että kun huomioidaan pelastuslaitoksen asema kaupungin alaisuudessa ja valvonnassa, ei kyse ollut kahden erillisen ja päätöksenteon kannalta itsenäisen yksikön välisestä hankinnasta. Näin sopimuksessa ei ollut kyse HankL 4 §:ssä mainitusta hankinnasta.

Kun tutkitaan edellä selostettua KHO:n päätöstä ja KHO:n päätöstä vuodelta 2004⁵⁵³, keskeiseksi kriteeriksi nousee, mikä erottaa oman toiminnan hankintalain mukaisesta sopimusjärjestelystä ja mikä on kunnan suhde palveluita tuottavaan tahoon. Jos kunta tekee sopimuksen sellaisen yksikön kanssa, jota kunta valvoo ja ohjaa samalla tavalla kuin omia toimintojaan, joka on organisatorisesti kunnan alaisuudessa ja jonka hallinnosta kunta vastaa kuin omastaan, ei kyseessä olisi HankL 4 §:n mukainen hankinta.

549 PeVL 37/2006 s. 6. Lisäksi perustuslakivaliokunta oli todennut, että yhteistoiminta-alueella muodostuva tilanne, jossa yksi kunta voisi saada alueella yksipuolisen määräävän aseman, voidaan rinnastaa sääntelyn osalta kuntien pakolliseen yhteistoimintaan. PeVL 37/2006 s. 6.

550 Vrt. Harjula-Prättälä 2007 s. 554.

551 KOM (2004) 374 lopullinen s. 21.

552 HE 111/2001 s. 13–16.

553 KHO:2004:102.

Oikeuskäytäntö näyttää siten antavan painoarvoa toimintojen ja orgaanien todelliselle riippuvuussuhteelle eikä niinkään kirjallisen sopimuksen muodolle. Etenkin osittaisulkoistamisessa mahdollinen palvelutuottajan organisaation riippuvuussuhde voi tulla keskeiselle tarkastelusijalle.

Kuntien yhteistoiminnan tulkinta on monilta osin ongelmallinen, koska kuntalain lisäksi tulkintaa pitää hakea hankintalainsäädännöstä. Silloin kun arvioidaan, onko kysymyksessä yhteistoimintasopimus vai hankintasopimus, on tarkasteltava, liittyykö yhteistoimintaan julkisia palvelutehtäviä, yleisen edun mukaisia päämääriä ja onko kyse lakisääteisistä tehtävistä. Sidosyksikkökäsitteen⁵⁵⁴ lisäksi on yhteistoimintasopimusta arvioitava todellisten tehtävien ja tavoitteiden kautta. Hankintasääntelyä pitäisi muuttaa ja selvittää yhteistoiminnan tulkinnallisuuden vuoksi, mutta koska hankintalaki pohjautuu direktiiveihin, voisi olla helpompaa tarkentaa kuntalakia.

Yhteistoimintamalleja ja -muotoja voi olla kuntien välillä moninaisia, mutta keskeiseksi kysymykseksi nousee, onko kuntien yhteistoiminnassa ulkoistamisen tunnuspiirteitä. Asiaa voidaan lähestyä kolmenlaisen jaottelun kautta: kunnan yleisen ja erityisen toimialan puitteissa tehtävä yhteistyö sekä pakollinen eli lakisääteinen yhteistyö. Yhteistoiminta voi kuulua yleisen toimialan yhteistoimintaan, kuten erilaiset kehitys- ja elinkeinoyhtiöt, joihin liittyy monia oikeudellisia ongelmia⁵⁵⁵. Kunnan erityistoimialan puitteissa tehtävä yhteistyö voi liittyä terveydenhuollon tai ympäristöpalvelujen järjestämiseen⁵⁵⁶. Pakollisina yhteistyömuotoina mainittakoon erikoissairaanhoido ja seutukaavoitus⁵⁵⁷.

Kussakin edellä mainitussa yhteistyömuodossa on erilaisia elementtejä ulkoistamisesta. Ne voidaan jaotella ulkoistamisen eri osa-alueisiin sen mukaan, mikä on palvelua tuottavan orgaanin oikeudellinen muoto ja asema sekä miten kunta voi siihen vaikuttaa⁵⁵⁸. Jos palveluja ostava kunta (y) on luovuttanut ja antanut sopimuksen perusteella palveluja myyvälle kunnalle (x) oikeuden tuottaa kyseiset palvelut itsenäisesti eikä kunnalla (y) ole esimerkiksi päätäntä- tai työjohtovaltaa palvelujen tuottamiseen ja muutenkin kyseinen kunta (x) on niin vahingonkorvausoikeudellisesti kuin taloudellisesti itsenäisessä vastuussa palvelujen tuottamisesta, voisi tapaus täyttää ulkoistuksen kriteerit. Eri yhteistyömuodoissa liikutaan ulkoistamisiin liittyvien kriteerien mukaan eri ulkoistamismuotojen rajapinnassa. Se, missä määrin on löydettävissä ulkoistamisen tunnuspiirteitä, riippuu kuntien välisen yhteistoimintasopimuksen sisällöstä ja muotoilusta sekä siitä, kuinka itsenäinen asema kunnalla on tehtävien hoitamisessa.

3.2.4 Kuntien ja yritysten välinen yhteistoiminta

Yhtenä uusimpana ilmiönä on viime vuosikymmenenä kehittynyt kuntien ja yksityisen sektorin kumppanuus, jota Euroopan yhteisöjen komissiokin on tarkastellut.

554 Ks. Pekkala 2007 s. 104–107. Ks. myös EY-tuomioistuimen päätös 18.11.1999, ns. Teckal-päätös, johon sidossuhdetta koskeva EY-tason sääntely ja oikeuskäytäntö on perustunut.

555 Mennola 2008 s. 283 (teoksessa Heuru–Mennola–Rynnänen 2008).

556 Vrt. kansanterveyslaki (1972/66).

557 Näin on mainittu ErikoisL 7 §:ssä (127/1998) ja maakuntien liittojen seutukaavoitus MRL 26.1 §:ssä. ErikoisL 14.2 §:n mukaan kunta ei ole pakotettu käyttämään palveluja. Kunta voi ostaa palvelut myös sellaiselta sairaanhoidopiiriltä, johon se ei kuulu.

558 Ks. edellä oleva jaottelu kuntakonsernista, josta on mainittu KuntaL 16 §:ssä.

Sillä tarkoitetaan julkisviranomaisten ja yritysten välisiä yhteistyömuotoja, joilla tavoitellaan jonkin infrastruktuurin rahoittamista, rakentamista, uudistamista, hallinnointia tai huoltoa tai muun palvelun toimittamista. Kunnat haluavat yksityisen sektorin kumppaneiksi pitkälti siksi, että ne tarvitsevat myös yksityistä rahoitusta sekä yksityissektorin osaamista ja toimintamenetelmiä. Kuntien ja ulkoistetun toiminnan kumppanuudelle tyypillisimpiä piirteitä ovat yhteistyösuhteen pitkäkestoisuus, riskin jako kunnan ja yksityisen toimijan kesken sekä se, että hanke sisältää myös yksityistä rahoitusosuutta. Kunnan päätehtävänä on kuitenkin tavoitteiden määrittely ja niiden noudattamisen valvonta.⁵⁵⁹

Suomessa kumppanuushankkeet kuntien ja yksityisen sektorin kannassa ovat vielä olleet vähäisiä. Yhtenä syynä on oikeudellinen epävarmuus, joka kulminoituu hyvin pitkälti siihen, että osapuolilla on uusien toimintatapojen luomisessa se riski, että ne osoittautuvat jälkepäin yhteisöoikeuden vastaisiksi⁵⁶⁰. Ensimmäiseksi kunnan ja yksityisen kumppanin sovellettavat säännökset määräytyvät sen mukaan, mitä sopimussuhteessa määritellään. Tällöin on hyvä erottaa toisistaan aidot sopimusperusteiset kunnan ja yksityisen sektorin kumppanuudet sekä rakenteelliset kumppanuudet. Rakenteellisissa kumppanuuksissa on erityisesti huomioitava EY:n perustamissopimuksen 43 ja 49 artikla. Ensimmäinen koski sijoittumisvapautta ja jälkimmäinen palvelun tuottamisen vapautta. Rakenteellisilla kumppanuuksilla tarkoitetaan kunnan ja yksityisen toimijan yhteistyötä jonkin erillisen yksikön puitteissa. Komissio on myös kirjannut ohjeita innovatiivisia hankintoja tekeville. Ohjeissa korostetaan suunnittelua, markkinoiden ymmärtämistä, mahdollisuutta hakea luovia ratkaisuja sekä sopimusten ja riskin hallintaa innovaatiossa.⁵⁶¹

Vaikka sopimusperusteinen yhteistyö on vaikea kategorisoida mihinkään tiettyyn oikeudelliseen kehikkoon, on kumppanuuden muodosta riippumatta noudatettava voimassa olevia EY-oikeuden säännöksiä ja periaatteita. Pelkkä kumppanuksellisuus ei vielä täytä ulkoistamisen kriteerejä. Aidossa sopimusperusteisessa kumppanuudessa voi kuitenkin olla joitakin osittaisen ulkoistamisen elementtejä, jolloin arvioitavaksi tulisi, minkä osa-alueen kunta on antanut kumppanuusperusteisessa toiminnassa yksityiselle organille.

3.2.5 Yhdistykset ja säätiöt ulkoistamisen muotoina

Kolmas sektori tarkoittaa voittoa tavoittelemattomia ja itshallinnollisia yksiköitä, jotka voivat koostua myös vapaaehtoisesta toiminnasta ja jäsenistöstä⁵⁶². Kolmannen sektorin avulla kunnalla on hyvät mahdollisuudet hallita kustannuksiaan, mutta ongelmaksi

559 KOM (2004) 374 lopullinen s. 3.

560 KOM C (2007) 6661 lopullinen s. 3. Rakenteellisella kumppanuudella tarkoitetaan yhteistyötä, ”jota julkiset ja yksityiset kumppanit tekevät sekaomistusyksikön kautta toteuttaakseen julkisia hankintoja tai käyttöoikeuksia”. Ongelmana on, että terminologia ja mallit voivat vaihdella jäsenvaltioittain. Ks. KOM C (2007) 6661 lopullinen s. 2.

561 KOM (2004) 374 lopullinen s. 8.

562 Kolmannen sektorin osuus on vielä varsin pieni. Esimerkiksi terveydenhuollossa kolmas sektori tuottaa vain noin 3 % palveluista. Esimerkiksi yksityisellä sektorilla avohoidon lääkäripalveluista noin 24 %, erikoislääkäripalveluista noin 35 %, hammashoidon palveluista noin 50 % ja fysioterapiapalveluista noin 80 % tuotettiin yksityisellä sektorilla. Ks. Lukkarinen 2007 s. 33.

voivat muodostua palveluiden ohjaukseen, laatuun ja rahoitukseen liittyvät asiat⁵⁶³. Kolmannen sektorin määrittely voi eri yhteyksissä hieman vaihdella⁵⁶⁴. Järjestöt voidaan jaotella tehtävien mukaan, miten ne organisoivat tai harjoittavat tiettyä toimintaa: kansanosan edunvalvonta ja vertaistuki, erilaiset vapaaehtois- ja auttamistoiminnat, kokeilu ja kehittäminen sekä palvelutoiminta⁵⁶⁵. Kuntal 4 § määrittelee yhteisön ja säätiön kotipaikan, ja kyseiset organit voivat olla myös jäsenenä useassa kunnassa⁵⁶⁶.

Säätiöt ovat hyvinkin itsenäisiä toimijoita, jotka saavat toimintapuitteensa säätiölaista ja säätiön omista säännöistä. Ne eivät ole alisteisia kunnan omistajaohjaukselle vaan käyttävät valtaa omien periaatteidensa mukaisesti. Säätiömuodosta ei aina saada sellaisia laajamittaisia hyötyjä, että niitä perustettaisiin enemmän kunnallisen palvelujen tuottamiseen. Kuntien säätiöistä valtaosa on rahastosäätiöitä, joista säätiön sääntöjen mukaisesti tuetaan jotakin toimintaa. Säätiö ei ole kunnallisten palvelujen tuotannossa kovinkaan joustava muoto, koska säätiön perustamiskirjassa määritellään sen toimintaperiaatteet, joissa sen on pitäydyttävä. Muuten säätiö mahdollistaa yksinkertaisen ja joustavan hallintorakenteen. Säätiölain 4 §:n mukaan säätiön säännöistä on ilmentävä säätiön tarkoitus ja miten se sitä toteuttaa. Päätösvalta on 10 §:n mukaisesti hallituksella tai muulla säätiön määritetyllä toimihenkilöllä. Säätiöitä valvoo patentti- ja rekisterikeskus.

Yhteisöt ja säätiöt voivat Julkl 4.2 §:n tarkoittamia viranomaisia, jos ne käyttävät julkista valtaa, ja silloin niihin sovellettaisiin julkisuuslain periaatteita. Yhdistyksen haasteita ovat julkisen ja yksityisen rahoituksen yhdistäminen ja voitottoman toiminnan perusteleminen. Niiden etuna on nähty tehokkuus-, ohjaus- ja valvontanäkökulmat⁵⁶⁷. Toisaalta on huomattava, että välillisten julkisten hallintoelinten kirjo on laaja ja ne voivat suorittaa julkisille organille kuuluvia hallintotehtäviä⁵⁶⁸.

YhdistysL 8 §:n mukaan yhdistyksen perustamisasiakirjaan on liitettävä sen säännöt, tarkoitus ja toimintamuodot. YhdistysL 35 §:n mukaan yhdistyksen hallituksen on yhdistyksen sääntöjen ja lakien mukaisesti hoidettava yhdistyksen asioita. Yhdistyksen hallituksen ja toimihenkilöiden vahingonkorvausvelvollisuudesta on mainittu YhdistysL 39 §:ssä. Yhdistys voi olla myös palveluntuottaja, kunnasta riippumaton organisi. Kunnallisten palvelujen tuottamisessa järjestöjen rooli on kasvanut myös sosiaali- ja terveydenhuollossa⁵⁶⁹.

Talousvaliokunta on myös nähnyt kolmannen sektorin tärkeäksi voimavaraksi, jolla on ollut pitkäaikainen merkitys etenkin sosiaali-, terveys- ja sivistystoimen aloilla. Ongelmaksi on kuitenkin muodostunut se, että yleishyödyllisten palvelujen sääntely ei ole aina yhteisötasolla kovinkaan selkeätä. Uusi lakiehdotus antaa kuitenkin paremmat

563 Siitonen–Valkama 2003 s. 74.

564 Romppainen 2007 s. 5, 24.

565 Ks. tarkemmin Romppainen 2007 s. 46.

566 Ks. Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 95.

567 Hakulinen ym. 2008 s. 92–96.

568 Kulla 2008 s. 36–37.

569 Esimerkiksi Karjaan kaupunki ulkoisti perusterveydenhuollon ja vanhustenhuollon kokonaan Folkhälsanille vuonna 1998. Stakesin selvityksen mukaan tarvevakioidut terveyden- ja vanhustenhoidon kustannukset nousivat Karjaalla vain 1,6 % vuosina 1999–2005. Alussa menojen kasvu oli suurinta, mutta vuoden 2001 jälkeen terveydenhuollon kustannukset ovat olleet Karjaalla alle maan keskiarvon. Pekurinen–Finne–Soveri 2007.

välaineet vastata etenkin sosiaali- ja terveydenhuollon yleishyödyllisten palvelujen erityiskysymyksiin.⁵⁷⁰ Oikeusturvan kannalta keskeistä on, onko yhdistykselle tai säätiölle siirretty kunnan lakisääteisiä tehtäviä.

Ongelma kustannusten vertailussa on, mikä osa on välittömästi kustannusten hallitsemisessa ollut ulkoistamisen ansiota ja mikä tulee toimintatapojen muuttamisesta. Esimerkiksi sosiaali- ja terveysalalla on paljon yhdistyksiä ja säätiöitä, joita ei voi oikeudellisesti luokitella suoraan julkiseen tai yksityiseen sektoriin. Etuna monilla kolmannen sektorin toimijoilla on se, että ne saavat tiettyjä veroetuja ja harkintavaraisia valtionapuja.⁵⁷¹

Eri maissa voidaan ymmärtää organisatorisesti hieman eri tavalla sellaiset organisaatiot, jotka tuottavat kunnille terveydenhuollon palveluja mutta joutuvat noudattamaan palvelun tuottamisesta annettua normistoa, kuten terveydenhuollon ammattihenkilön toimintaa sekä potilaan asemaa ja oikeuksia sääntelevää normistoa. Organisaatioita, jotka ovat yksityisen ja julkisen välissä mutta tuottavat julkisia palveluita, kutsutaan eri maissa monella nimellä.⁵⁷² Ei ole yksiselitteistä vastausta siihen, ovatko tietyllä orgaanimuodolla tuotetut palvelut kuntalaisten näkökulmasta parempia kuin toisella. Vertailutiedon avulla kunta voi tiettyä palvelua tilatessaan löytää eri orgaanimuodoista joitakin painotuseroja esimerkiksi kustannustehokkuuden ja laadun osalta.

Kuten edellä on lyhyesti kuvattu, on erilaisissa palveluiden kilpailuttamistilanteissa huomattava ne erot, jotka voivat johtua pelkästään tarjoajan orgaanimuodosta. Vaikka säätiö- tai yhdistysmuotoinen toiminta sinällään täyttäisi ulkoistamisen tunnusmerkit, on tarkastelun kohteeksi otettava palvelun tuottamisen vaativuus ja koko sekä se, onko yhdistyksellä tai säätiöllä tosiasiallista mahdollisuutta suoriutua tehtävistä tai palvelun tuottamisesta. Tyypillisimpiä yksittäisen osa-alueen ulkoistuksista on esimerkiksi tietyn alueen päiväkotipalvelujen ostaminen yhdistykseltä tai säätiöltä, jolloin kunta määrittelee toiminnalle tietyt ehdot ja rajat sekä valvoo viranomaisena palvelun tuottamista. Muuten toiminnan kehittäminen ja työnjohtovastuu on ensisijaisesti ulkoistetun palvelun tuottajalla. Toisaalta kunnat eivät voi nykyisten sääntöjen puitteissa antaa

570 TaVM 26/2006 s. 8–9.

571 Myllymäki 2003 s. 14. Vuonna 2000 kunnat tuottivat itse palveluista 78 % voittoa tavoittelematon sektori noin 17 % ja yritykset 5 % sosiaalipalvelujen kokonaistuotannosta, kun terveyspalveluissa järjestöt kattoivat vain 3 % ja yritykset 17 % palveluista. Myllymäki 2003 s. 19.

572 Myllymäki 2003 s. 19–20. Hood ja Scuppert käyttävät termiä para-government organization (PGO). Ruotsissa PGO on ilmennyt kolmella tavalla: Ensiksi Ruotsissa on merkittävä määrä yrityksiä, jotka ovat julkisen ja yksityisen välimaastossa, ennen kuin selvää jakoa on alettu tehdä. Toiseksi Ruotsissa on huomattava määrä riippumattomia organisaatioita, jotka tarvitsevat valtion tukea. Kolmanneksi monia yrityksiä ja ei-voittoatuottavia yhdistyksiä rahoitetaan. Tukholmassa paikallistasolle on tullut uusia muotoja tuottaa palveluja ja tukea teollisuutta. Niiden laillinen liikkumavara tulee kunnallisesta tehtäväpiiristä. Joitakin kokeiluja ja keskustelua on yksityistämisen osalta ollut seuraavasti; ”Another part of background is the fiscal crisis of Swedish local government. New arrangements—ranging from the use of fees to privatization, but also co-operation with popular movements and voluntary organizations—thus come on to the political agenda. Moreover, when people observe growing queues for service and declining service quality from core public bureaucracies, there is an increasing market for private or semi-private initiatives.” PGO on kehittynyt verkostomaisesti yhteiskunnan monille alueille. Monissa maissa yksityiset yritykset toimivat samalla tavalla kuin Isossa-Britanniassa, vaikka siellä on erityisesti yksityistetty toimintoja. Suomessa PGO voidaan jakaa sen eri muotojen lainsäädännöllisen statuksen mukaan eikä muotoja voi erotella jyrkästi. Hood 1988 s. 63, 92, 121, 133, 197.

kunnan viranomaiselle kuuluvia tehtäviä kolmannen sektorin vastattavaksi⁵⁷³.

Oikeudellisesti järjestöjen ja yhdistysten asema voi olla ongelmallinen, jos ne saavat mittavia tukia ja veroetuja yrityksiin nähden, koska kuntien kannalta pääperiaatteena on, että tietyn suuruiset palveluhankinnat on aina kilpailutettava. Kilpailuoikeudellisista periaatteista katsottuna tietyn palvelun tuottaminen kolmannen sektorin toimesta ei ole lukittu eri ulkoistamisen muotoihin. Säätiön tai yhteisön osalta keskeistä on, kuuluuko esimerkiksi kyseinen säätiö Kuntal 16 §:n mukaisen määritelmän mukaisesti kuntakonserniin ja kuinka suuri määräysvalta kunnalla siinä on.

Ulkoistamisen muoto riippuu esimerkiksi siitä, saako kolmas sektori tukea ja avustusta kunnilta. Toiseksi ulkoistamisen muotoja tutkittaessa keskeiseksi kysymykseksi nousee, onko kunnalla mahdollisuus käyttää omistajaohjausta ja valvontaa kyseiseen järjestöön tai yhdistykseen vai onko se näiltä osin täysin itsenäinen toimija. Yhdistykset ja säätiöt täyttävät monesti myös kokonaisulkoistuksen tunnusmerkit edellyttäen, että ne eivät ole kunnan omistamia.

3.3 Kunnallisten palvelujen tuotantotapamallit ja niiden merkitys

3.3.1 Tilaaja-tuottamalli ulkoistamisen toimintatapana

Tilaaja-tuottajamalli on viime vuosina yleistynyt kunnallisten palvelujen tuotantotavaksi, ja moni kunta suunnittelee sen käyttöönottoa. Sitä voidaan käyttää myös kunnallishallinnon sisäisenä ohjausmallina. Tilaaja-tuottajajärjestelmään liittyvä keskustelu on ollut moninaista, ja sen oikeudellinen sisältö on varsin kehittymätön⁵⁷⁴. Tilaaja-tuottajamalli on suomalaisessa kuntakentässä vielä niin uusi ilmiö, että sitä ja sen vaikutuksia oikeudellisesta näkökulmasta ei ole tutkittu paljoakaan. Tutkijoiden päämielenkiinto on kohdistunut lähinnä organisatorisiin ja taloudellisiin näkökulmiin. Tilaaja-tuottajatoimintatapaa on perusteltua käydä läpi, koska moni ulkoistaminen on rakentunut tai niiden pitäisi pohjautua siihen tai sen kaltaisen tuotantotavan varaan. Tilaaja-tuottajamallin käyttö on lisääntynyt 1980-luvulta saakka, ja siihen kohdistuvat odotukset ovat olleet monessa kaupungissa suuret⁵⁷⁵. Lainvalmisteluvaiheessa oli todettu, että monimuotoisuus hankaloittaa organisaation lainsäädännöllistä hallintaa, mutta toisaalta painotettiin, että yhteen standardihallintoon ei pidä pyrkiä ja kunnallishallinnon arvot on mahdollista turvata muulla tavalla kuin standardiorganisaation pohjautuvalla sääntelyllä⁵⁷⁶.

Määritelmät tilaaja-tuottajamallista eivät ole kovinkaan yksiselitteisiä, ja kunnallishallinnossa termistä on joiltain osin tullut tietynlainen muoti-ilmiö monenlaisten

573 Romppainen 2007 s. 479.

574 Ks. Oksanen 2007a s. 290.

575 Ks. Terveystieteiden tutkimuskeskuksen muistio 2008 s. 50. Tilaaja-tuottajatoimintamalli ei ole myöskään mikään uusi keksintö Pohjoismaissa. Esimerkiksi Göteborgin kaupunki oli jo 1960-luvulla alkanut soveltaa sitä joiltain osin. Hansson 1992 s. 18. Eri maissa kilpailuttaminen on eri vaiheissa eri toimialoilla. Ranskassa on perinteisesti toteutettu teknisiä palveluja siten, että yrityksille annetaan toimilupa toiminnan harjoittamiseen. Ruotsissa on sovellettu jo laajasti tilaaja-tuottajamallia, jossa asteittain on päästy kokeilemaan kilpailua. Ks. lisää Kuopila ym. 2007.

576 HE 192/1994 s. 26–27.

palvelujen tilaamisessa, vaikka kyse ei aina olisi tilaaja-tuottajajärjestelmästä. Tilaaja-tuottajamallilla on yksinkertaisimmillaan tarkoitettu toimintaa, jossa tilaajan ja tuottajan roolit on eriytetty, tai toimintaa, joka pohjautuu sopimustuotantomalliin⁵⁷⁷. Tilaajan ja tuottajan välisiin oikeudellisiin pelisääntöihin vaikuttaa se, onko tuottaja yksityinen vai julkinen organisaatio. Avoin markkinaperusteinen tilaaja-tuottajamalli tuo selkeyttä oikeudellisiin ja rahoituskäytäntöihin suhteisiin, mutta kuntalaisen asema voi tulla haasteellisemmaksi etenkin jos yksityisen organisaation ohjaus ja laatumäärittelyt ovat kehittymättömiä. Tällöin olisi pystyttävä arvioimaan eri säännösten ja toiminnan kannalta keskeiset laadulliset osa-alueet sekä niiden tärkeys ja vaikutus palveluun⁵⁷⁸.

Hallituksen esityksessä kuntalain muuttamiseksi oli mainittu Tampereen kaupungin pormestarihallinnon mikä oli Tampereen kaupungin toimintamallin kehittämistä, jossa kaupungin hallinto järjestetään tilaaja-tuottajamallin mukaiseksi. Lisäksi Tampereen tilaaja-tuottajamalli vaatii kuntalain lisäksi kansanterveyslain (66/1972) ja sosiaali- ja terveystieteiden lain (710/1982) lautakuntaorganisaation liittyvien säännösten uudistamista.⁵⁷⁹

Tilaaja-tuottajamallissa tilaajan ja tuottajan on erotettava toisistaan. Kunnan aidosti kilpailuttamassa toiminnassa tilaajana toimii kunta ja tuottajana yksityinen, yhdistys, säätiö tai julkinen taho. Avointa kilpailua on perusteltu sillä, että kunta voi saada entistä laadukkaampaa ja joustavampaa palvelua kustannustehokkaasti⁵⁸⁰. Vuoden 2007 hallitusohjelmassa todetaan, että kuntien osalta pyritään edistämään julkisen, yksityisen ja kolmannen sektorin kumppanuutta palvelutuotannossa ja kuntia kannustetaan tilaaja-tuottajamallien käyttöön otossa⁵⁸¹. Kunnan kannalta on olennaista, että todellinen vastuu palvelun laadusta ja toimitusvarmuudesta siirtyy mahdolliselle yksityiselle palveluntuottajalle⁵⁸².

Tilaaja-tuottajamallia on pidetty yhtenä sisäisten markkinoiden erityismuotona, ja siinä voidaan erottaa palvelun tuottaja, tilaaja ja asiakas. Sen toteuttamisessa voidaan erottaa kolme suuntausta: Kosmeettisessa tilaaja-tuottajamallissa tilaus erotetaan tuotannosta ja kunnallisesta organisaatiosta. Siinä lautakunnan rooliin kuuluu tilata ja määrittellä palvelut, ja virastojen ja laitosten on tuotettava kyseiset palvelut. Toisena suuntauksena on keskittää tilaaja-tuottajamalli, jonka mukaan kunnan omat yksiköt kilpailevat avoimilla markkinoilla. Aktiivisessa tilaaja-tuottajamallissa kunta yhtiöittää osan palveluista pois kunnan organisaatiosta esimerkiksi muodollisesti itsenäiseksi yhtiöiksi.⁵⁸³

Tilaaja-tuottajamalli on yksi näennäismarkkinoiden tärkein muoto, joka voidaan jakaa kunnan sisäiseen ja ulkoiseen toimintatapaan⁵⁸⁴. Organisaation sisäiseen tilaaja-tuottajajärjestelmään voi liittyä monia eri kunnallispoliittisia ja -hallinnollisia näkökulmia. Ulkoisessa tilaaja-tuottajajärjestelmässä tulee sovellettavaksi sellaisia elementtejä,

577 Vrt. Eloranta 1996 s. 16, 22; Fredriksson–Martikainen 2006a s. 12.

578 Laatu voidaan jakaa resurssilaatuun, prosessilaatuun ja laadun toteutukseen. Ks. Almqvist–Högberg 2008 s. 186.

579 HE 8/2006 s. 5.

580 VM:n julkaisu 4/2003 s. 48.

581 Pääministeri Matti Vanhasen II hallitusohjelma 2007 s. 23.

582 Kaakkola–Peltonen 2006 s. 2.

583 Valkama 1995 s. 45.

584 Ks. Kähkönen 2007 s. 22; Kuopila ym. 2007 s. 11. Eri maiden kokemukset tilaaja-tuottajamallista eivät ole kaikilta osin myönteisiä vaan myös ongelmia on ilmennyt. Ks. Pasanen 1999 s. 94–96.

joita sisäisessä järjestelmässä ei tarvitse huomioida⁵⁸⁵. Sisäisen tilaaja-tuottajajärjestelmän keskeisiä elementtejä ja ongelmia on perusteltua käydä läpi, koska monesti sisäinen tilaaja-tuottajajärjestelmä luo pohjaa niille elementeille, joita tarvitaan tiettyjä kunnan toimintoja ulkoistettaessa. Silloin kun kunnan tilaaja-tuottajatoiminta toimii vain sisäisesti, voidaan kyseinen toimintatapa ymmärtää moninaisesti ja siitä voidaan käyttää monenlaisia nimiä, kuten sisäinen tilaaja-tuottajamalli, sisäinen sopimusohjausmalli, sopimusohjausmalli tai tulossopimusmalli⁵⁸⁶.

Sisäisen tilaaja-tuottajamallin ja siihen liittyvien palvelusopimusten käyttäminen antaa tietyt valmiudet ulkoistamiselle. Oikeudellisesta näkökulmasta kunnan sisäiset palvelusopimukset ja ulkoistamista koskevat sopimukset ovat kuitenkin kaksi täysin eri asiaa. Sisäisessä tilaaja-tuottajamallissa oikeudelliset elementit, kuten sopimuksellisuus, ovat vain näennäisesti olemassa. Se ei tuo mitään erityistä oikeussuojaa kummallekaan osapuolelle, vaan ristiriidat ratkotaan ensisijaisesti kunnan toimivaltaisissa toimielimissä. Toiseksi lainsäädäntö ja muut kunnan sopimukset saavat etusijan kunnan sisäisiin palvelusopimuksiin nähden.

Ulkoisessa tilaaja-tuottajatoimintatavassa on enemmän oikeudellisia rajoituksia, koska siinä pitää noudattaa myös kilpailuoikeudellisia säännöksiä. Hallinnon sisäisessä tilaaja-tuottajajärjestelmässä on kysymys pääasiallisesti kunnallispoliittisista ja -hallinnollisista järjestelyistä eikä kilpailuoikeudellisista asioista⁵⁸⁷. Sisäisessä tilaaja-tuottajatoimintatavassa⁵⁸⁸ tulee noudatettavaksi erityisesti hallintolain, julkisuuslain, kuntalain ja toimialakohtainen erityislainsäädäntö, kuten muutkin normaaliin kunnallishallintoon liittyvät säännökset. Hankintalakia ei kuitenkaan sovelleta kunnan sisäiseen tilaaja-tuottajatoimintamalliin, hallinnon tai toiminnan uudelleenjärjestelyyn tai sellaisissa tilanteissa, jossa hankinta tapahtuu HankL 10 §:n tarkoittamalta sidosyksiköltä.

Vaikka tilaaja-tuottajatoimintatapa on vain yksi malli toteuttaa, ohjata ja seurata ulkoistettua toimintaa, se voi selkiyttää myös kunnan roolia palvelun järjestäjänä, etenkin jos valtuusto on myös sitoutettu päättämään tilauksen toiminnallisista ja taloudellisista päälinjauksista. Kunnan on myös tilaajaroolissa huomioitava kaikki hyvään hallintotapaan ja kilpailuttamiseen liittyvät oikeudelliset reunaehdot sekä eri roolien juridinen määrittely⁵⁸⁹. Yhtenä keskeisimpänä haasteena on saada sisäistettyä perintei-

585 Oksanen 2007a s. 290–292.

586 Ks. Meklin 2006 s. 30.

587 Ks. Oksanen 2007b s. 10.

588 Vrt. Tampereen kaupunki on antanut toimintaan tarvittavat määrärahat tilaajalle, jotka hankivat palvelut tuottajilta. Ks. myös <http://www.tampere.fi/hallinto/toimintamallinuudistus/tilaatuottajamalli/index.html>. Tampereen malli rakentuu kuitenkin sisäiselle tilaaja-tuottajamallille, eikä sitä voida välittömästi verrata markkinaperusteiseen tilaaja-tuottajamalliin etenkin kokonaisulkoistamisista vertailtaessa.

589 Vrt. VM:n työryhmämuistioita 21/1997 s. 40–41. Vaikka lainsäädännöstä ei tule suoraa tukea kunnille, on monissa selonteoissa ja esityksissä tuettu uusien palvelujen järjestämismuotojen etsimistä ja raja-aitojen madaltamista. Julkisen hallinnon tehtävänä on vastata peruspalvelujen riittävästä ja tasapuolisesta saatavuudesta ja laadusta sekä oikeusturvasta. Julkisia palveluja täydentävät muualta hankitut palvelut. Rajanvetoa yksityisen ja julkisen sektorin välille ei pidä korostaa. Sen sijaan on pyrittävä kansalaisyhteiskuntaan, jossa palvelujen järjestämistapa voidaan valita tarkoituksenmukaisesti ja ennakkoluulottomasti. Julkisen sektorin ja yksityisen sektorin yhteistyötä tulee tehostaa. Mäenpään sanoin: ”Julkisen hallinnon on keskityttävä olennaiseen ja toimittava taloudellisesti ja kilpailukykyisesti muiden palveluntuottajien kanssa”. Mäenpää 1991a s. 60.

set luottamushenkilöiden roolit uudestaan. Palvelun tilaajalla täytyy olla viranhaltija, jolla on ammattinsa ja virkansa puolensa toimivalta johtaa ja valvoa palveluntuottajaa. Tilaajatoiminta voidaan organisoida kunnissa hyvin monella tavalla, ja sisäiset vastuunäkökulmat linkittyvät siihen, millainen toimintamalli kunnassa on käytössä. Tilaaja-tuottajamalli ei itsestään ratkaise mitään, vaan keskeiseksi strategiseksi kysymykseksi täytyy jo valmisteluvaiheessa asettaa, haetaanko aitoa tilaaja-tuottajamallia vai rajoitettua tilaaja-tuottajamallia eli pyrintäänkö luomaan todellista kilpailua vai ei.

Tilaaja-tuottajakäsite ei ole lainsäädännön valossa kovinkaan yksiselitteinen, vaikka se on vakiintuneempi kuin ulkoistaminen. Tilaaja-tuottajamallilla ei ole välittömiä lainsäädännöllisiä rajoituksia, vaan pääasiallisena tarkastelun kohteena säännösten valossa on, miten se on organisoitu ja mitä sillä tavoitellaan. Kuntalaissa ei ole myöskään tilaaja-tuottajamalliin liittyviä säännöksiä, vaan mahdolliset tulkinnallisuudet mallin soveltuvuudesta tietyissä tapauksissa joudutaan ratkomaan yksittäistapausten ja niihin liittyvän säännösten puitteissa. Eri toimintamallien näkökulmasta KuntaL 13.2 § on keskeinen koska sen pohjalta valtuusto päättää hallinnon järjestämisestä. Tällöin valtuusto päättää toimintavasta riippumatta kunnan toimielimistä ja niiden toimivallasta sekä siitä, mitä tehtäviä niille annetaan, jolloin valtuuston kuuluu linjata organisaation lisäksi toimielinten asema⁵⁹⁰. KuntaL 13.2 §:ää voidaan pitää väljänä, koska se mahdollistaa erilaiset näkemykset toimintamalleista ja toimivallasta myös kuntien sisällä⁵⁹¹.

Vaikka suoranaisia lainsäädännöllisiä esteitä ei ole, on ennen hallinnollisia muutoksia hyvä tarkastella erityislainsäädäntöä ja vertailla todellisia lainsäädännöllisiä ja toiminnallisia mahdollisuuksia. Tilaajatoiminnalle voidaan hakea lainsäädännöllisiä raameja KuntaL 2 §:stä. Kunnan erityisen ja yleisen toimialan määrittely spesifioi joiltain osin tilaaja-tuottajajärjestelmän lainsäädännöllistä liikkumavaraa kunnassa⁵⁹².

Oikeudellisesta näkökulmasta tilaaja-tuottajamalli ei siis aina ole kovin selkeä. Oleellista on erottaa palvelujen ostaminen, toimeksianto ja sopiminen toisistaan⁵⁹³. Juridisesti tällä jaottelulla on merkitystä, jos toimintaa kilpailutetaan aidosti markkina-perusteisesti, koska kunta voi tulla joissakin tilanteissa yksityisoikeudellisesti sidotuksi palvelujen ostamiseen jo toimeksiannon perusteella ilman sopimusta.

3.3.2 Tilaaja-tuottajamallin ongelmia

Tilaaja-tuottajatoimintatavoilla ei voida rajoittaa tai heikentää kuntalaisten oikeuksia tai mahdollisuutta palveluun, sillä ne on lainsäädännöllä turvattu. Vaikka kunta on sisäisenä tilaajana sopinut palvelusopimuksella ostavansa vain tietyn määrän esimerkiksi terveydenhuollon palveluja, se ei vapaudu oikeudellisesti KuntaL 2.1 §:ssä mainitusta vastuusta hoitaa laissa säädettyjä tehtäviä ja järjestää palveluja. Tällöin voidaan kysyä, mitkä ovat tosiasiallisesti kunnan mahdollisuudet erityislainsäädännön reunaehdot huomioiden vaikuttaa tilaukseen ja onko tilaaja-tuottajamallissa kyse pääasiallisesti

590 Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 129.

591 Ks. HaVM 11/2000 s. 4–6.

592 Yleisestä ja erityisestä toimialasta ks. mm. Hannus–Hallberg 1997 s. 66–72; Mäenpää 1991a s. 91–93.

593 Ks. Ovretveit 1995.

vain tavasta toimia ja selkiyttää rooleja sekä perustella esimerkiksi tuotteistuksen avulla kunnallisille päätöksentekijöille, mihin rahoja käytetään⁵⁹⁴.

Esimerkiksi Isossa-Britanniassa ja Ruotsissa tilaaja-tuottajamalli on otettu käyttöön 1990-luvun alkupuolella laajemmin. Isossa-Britanniassa mallia ei arvioitu riittävästi, kun resursseja lisättiin uudistuksissa, joten uudistusten todellisia vaikutuksia on vaikea arvioida. Ruotsissa tilaaja-tuottajamallin negatiivisina puolina on esitetty tasa-arvoon ja oikeudenmukaisuuteen liittyvät kysymykset.⁵⁹⁵

Kansainvälisesti tilaaja-tuottajamallin ongelmina on havaittu osto-osaaminen, luottamushenkilöiden rooli, puutteellinen kustannustietoisuus ja tieto palveluiden käytöstä, sekä transaktiokustannusten lisääntyminen, jolloin kilpailua ei ole saatu toivottulla tavalla aikaiseksi⁵⁹⁶. Oli palvelun tuottaja yksityinen tai kuntaomisteinen yhtiö tai kuntayhtymä, eivät uudet toimintatavat tuo uusia juridisia työkaluja, ellei kunta pysty määrittelemään selkeästi omistajaohjauksella keskeisiä tavoitteita ja päämääriä palvelun tuottajalle. Tällöin tilaajan on pystyttävä määrittelemään hyvinkin yksityiskohtaisesti kyseisen toimialan säännösten puitteissa, mitä tilaus sisältää. Jos sitovaa säännöstöä ei ole tietyn palvelun tuottamisen tasosta löydy, on monesti olemassa kuitenkin suosituksia tai ohjeita, joista voidaan hakea suuntaa palvelusopimuksen yksityiskohdille. Kaikissa tilanteissa ei tarvitse kuitenkaan tietää, mitä tuotteita tilataan. Olennaisempaa on lainsäädännöllisestä näkökulmasta etenkin ensivaiheessa hahmottaa ne edellytykset ja vaatimukset, joita eri säännökset tietyn toimialan tilaukselle asettavat.

Kun tarkastellaan kansallisen lainsäädännön lisäksi EY:n säännöksiä ja EY:n tuomioistuimen oikeuskäytäntöä, on hyvin tulkinnallista, missä kussakin yksittäistapaüksessa menevät tilaaja-tuottajamallin ja eri yhteistyömuotojen oikeudelliset rajat. Liian voimakas managerialistinen tuotantotapamalli saattaa olla eri säännösten valossa hyvinkin ongelmallinen, koska esimerkiksi oikeuskäytännössä ei ole vielä ilmennyt, kuinka pitkälle kunnat voivat tietyissä toimintavoissa tai järjestelyissä mennä. Toisaalta eri mallien on kunnallisessa valmistelussa, toimialasta ja toimintamallista riippumatta, oltava sopusoinnussa normipremissien ja faktapremissien kanssa.

Kun kunta toimii aidossa markkinataloudessa tilaaja-tuottajamallin mukaisesti, sen liikkumavaraa säädellään erityisellä toimialalla, kuten sosiaali- ja terveyspalveluissa, lukuisilla erityislainsäädännön kohdilla. Muuten kunta voi soveltaa tilaaja-tuottajamallia vapaammin sellaisissa kunnan tehtävissä, joissa kyseessä ei ole tuottajan puolesta julkisen vallan käytöstä. Lisäksi kunnalla tilaajana pitää olla toimivalta käsitellä ja tilata erityiseen toimialaan liittyviä palveluja. Kunta on sidottu myös toimivaltasääntelyyn, koska se ei voi antaa tilaajapäätösvaltaa sellaiselle toimielimelle, jolle se ei kuulu. Kun-

594 Vrt. VM:n työryhmämuistioita 21/1997 s. 61–63; Kuopila ym. 2007 s. 18–19.

595 Ks. Terveystuotokilpailuyhtymän muistio 2008 s. 54, 62–63. Suomessa tilaaja-tuottajamallia on kokeiltu isoissa kaupungeissa, kuten Tampereella, Oulussa ja Jyväskylässä. Tilaja-tuottajamallin tavoiteena on ollut saada palvelutuotantoon tehokkuutta ja taloudellisuutta. Parantaa tuotteistamisen ja kustannuslaskennan avulla läpinäkyvyyttä ja mahdollisuutta kilpailuttaa palveluja. Kuopila ym. 2007 s. 74–78, 89–90.

596 Ks. Siitonen–Valkama 2003 s. 68. Lisäksi Isossa-Britanniassa on kermankuorintaa jonkin verran ollut esillä esimerkiksi terveydenhuollon alalla. Ks. Klein 2007 s. 175. Tällöin kunta joutuu tilaajana miettimään erilaisten seuranta- ja valvontamenetelmien kehittämistä, jotta ehkäistään sosiaali- ja terveydenhuollossa se, että yksityiset palveluntuottajat valikoivat vain hyväkuntoista ja halvempaa potilasainesta.

nallisten toimielinten toimivaltaa tilaajana voidaan määritellä yksityiskohtaisemmin KuntaL 16.1 §:ssä mainituilla johtosäännöillä⁵⁹⁷. Yleisen toimialan puolella kunnalla on väljemmät mahdollisuudet miettiä, mikä toimielin tai viranhaltija käyttää tilaajavaltaa. Yleisellä toimialalla ulkoistukset ovat mahdollisia niissä puitteissa, joita kulloinkin pidetään kunnan itsehallintoon kuuluvana⁵⁹⁸.

Tilaaaja-tuottajamallin mukaisesti ulkoistetussa palveluissa sopimussuhde syntyy vain kunnan ja palveluntuottajan välille. Molemmista tilaaja-tuottajatoimintatavoissa keskeistä on pystyä arvioimaan ja mittamaan vaikuttavuutta sekä vaikutusten kustannuksia⁵⁹⁹, jotta toimintaa pystytään kunnolla ohjamaan. Tilaajaohjaukseen voidaan lähestyä kahden vaiheen kautta: Ensimmäisessä vaiheessa tilaaja voi toimia lyhytjänteisesti. Toisessa vaiheessa ohjaus alkaa toimia helpommin, koska tilaaja saa tarpeeksi tietoa ja tietää, mitkä avainasiat johtavat hyvään ohjaukseen. Toisessa vaiheessa korostuvat avoin asenne ja aito yhteistyöhakuisuus. Jos osapuolten välinen luottamus ei toimi, kontrollintimahdollisuus vähenee, jolloin palataan taas ensimmäiseen vaiheeseen.⁶⁰⁰

Tilaaaja-tuottajamallissa on myös ollut monia oikeudellisia rajanvetokysymyksiä. Tilaaaja-tuottajamalliin siirtyvissä kunnissa lautakunnat vastaavat tilaamisesta mutta tuottajaorganisaatioiden johtokunnilla ei ole mahdollisuutta ottaa toimielimen alaisuudessa päättämää viranomaisen asiaa käsiteltäväkseen. Tilaajalautakunnalla on kuitenkin lain nojalla oikeus ottaa käsiteltäväkseen sen alaisen toimielinten tai viranomaisten päättämää asioita. Ongelmana on, että tilaaja-tuottajaorganisaatiota ei siten voida johtokuntiin perustuvissa tuottajaorganisaatioissa täysin erottaa tilaajasta. Esimerkiksi silloin kun tilaaja ja tuottajaorganisaatiot halutaan eriyttää aidosti toisistaan, pitäisi johtokunnilla olla myös otto-oikeus. Tällöin palvelujen tilaamisesta vastaisivat lautakunnat ja tuottajapuolen johtamisesta johtokunnat.⁶⁰¹ Asiaa täsmennettiin KuntaL 51.3 §:ssä (2006/578), mikä poisti tiettyjä esteitä kuntien toiminnan organisoimisesta tilaaja-tuottajamallin mukaisesti.

Ulkoistetun toiminnan ohjaus herättää monia kysymyksiä, kuten millainen merkitys ulkoistuksen laajuudella ja pituudella on toiminnan ohjaukseen ja miten ulkoistamis sopimukset toimivat oikeudellisesti. Ohjauskysymykset voivat olla hyvinkin ongelmallisia kunnan näkökulmasta, koska esimerkiksi ErikoisL 3 §:ssä on määritelty, että potilaan kotikunnan on huolehdittava, että potilas saa riittävät terveydenhuollon palvelut. ErikoisL 10 § täsmentää, että sairaanhoitopiirit vastaavat alueensa erikoissairaanhoidon järjestämisestä. Lisäksi puitelain mukaisilla yhteistoiminta-alueilla tilaaja-tuottajatoimintatapa on sekoittanut päätösvaltasuhteita palveluiden määrän, laadun ja tuotantotavan osalta⁶⁰².

597 KuntaL 50 §:ssä on mainittu, että kunnan ainoa pakollinen johtosääntö on hallintosääntö.

598 Tilaaaja-tuottajamalleissa prosessin hallinta tulee sitä keskeisemmäksi mitä monimutkaisemmasta toiminnasta on kysymys. Tällöin kriittisiksi tekijöiksi uudessa vaikeammin hallittavassa järjestelmässä nousevat kustannuslaskenta, tuotteistus ja hinnoittelu, transaktiokustannuksiin liittyvien tekijöiden huomioiminen sekä kuntalaisten oikeuksien turvaaminen ja valvominen. Vrt. Tammi 2006 s. 282–283. Erikoissairaanhoidon tuotteistamisesta ks. Aaltonen ym. 2007 s. 12.

599 Ks. Kallio ym. 2006 s. 35–36.

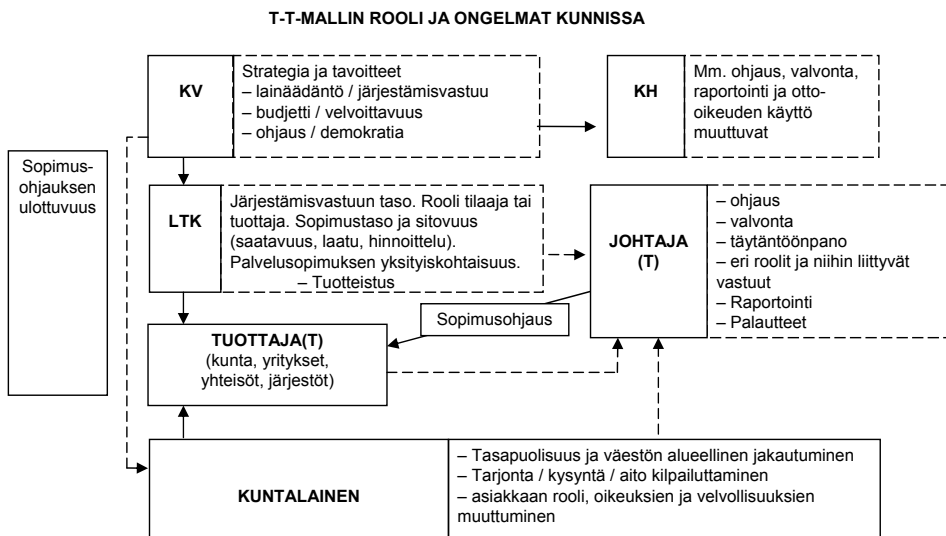
600 Berlin 2006 s. 314–316.

601 HE 8/2006 s. 8, 15. Tampereen kaupunki oli tehnyt SM:lle aloitteen, joka koskee johtokunnalle anettavan otto-oikeuden käyttöä. Ks. luku 8.1.2

602 VM:n julkaisu 11/2009 s. 104.

Eri mallit eivät sinänsä muuta kunnan palvelun tuotanto- ja rahoitusmekanismeja, vaan pääasiallisena tarkoituksena on tehostaa kilpailun kautta kunnallisten palvelujen toimintaa. Toisena esimerkkinä teknisellä sektorilla on yleistynyt sisäinen tilaaja-tuottajamalli, jossa tekninen toimiala huolehtii muiden hallintokuntien tarpeista. Aidon markkinaperusteisen tilaaja-tuottajatoimintatavan ongelmana on kunnan oman organisaation asema kilpailussa. Kilpailuneutraaliteetin näkökulmasta olisi tärkeätä, että julkisilla ja yksityisillä toimijoilla on samat lähtökohdat, jolloin kustannustehokkuus ja laatu nousevat ratkaiseviksi tekijöiksi⁶⁰³. Kunta ei saisi aidossa kilpailuttamistilanteissa subventoida oman organisaationsa toimintaa. Toiseksi kunnan toimiala on rajattu, eikä kunta voi lähteä teknisen toimen sektorilla kilpailemaan avoimilla markkinoilla yksityisten yritysten tapaan.

Tilaaja-tuottajamallista saadut hyödyt ovat olleet oman ja ulkopuolisten tuottajien hintojen vertailu ja kustannustietoisuuden lisääntyminen sekä kustannussäästöt lähinnä teknisessä toimessa ja ruoka- ja siivouspalveluissa. Huonoina puolina on nähty tietyissä yksiköissä laatuongelmat, tiedonkulun puutteet ja henkilöstön vaihtuvuus. Lisäksi puutteellinen tuotteistus, epäselvät palvelusopimukset ja johtosuhteet sekä luottamushenkilöiden pidättäytyminen vanhoissa rooleissa ovat heikentäneet uuden toimintamallin toimivuutta⁶⁰⁴. Kuten kuviosta 1 ilmenee, ovat tilaaja-tuottajaviranhaltijoiden ja -luottamushenkilöiden roolit ja asemat osin erilaiset perinteiseen funktionaliseen organisaatioon nähden.



Kuvio 1. Tilaaja-tuottajamallin roolit ja ongelmat kunnissa.

603 TEM:n julkaisu 23/2009 s. 12.

604 Sihvonen 2006 s. 274. Sihvonen on väitöskirjassaan tutkinut Pirkanmaan sairaanhoitopiirin sopimusohjausjärjestelmän toimivuutta, tilaajien ja tuottajien tavoitteita terveydenhuollossa sekä sitä, mitkä seikat vaikuttavat tavoitteiden toteutumiseen ja miten eri tahojen roolit ja tehtävät ovat kehittyneet sopimusohjausprosessissa. Tutkimuksen johtopäätös on, että tilaajien ja tuottajien keskeiset tavoitteet ovat pääasiallisesti liittyneet sopimuksen sujuvuuteen, palveluiden työnjakoon, yhteistyökysymyksiin sekä taloudellisiin kysymyksiin. Ks. Sihvonen 2006.

Perinteisten tehtävien lisäksi luottamushenkilöt joutuvat omaksumaan uuden toimintatavan, jossa valtuuston yhdeksi päätehtäväksi tulee määritellä kokonaisuus ja tavoitteet huomioiden, kuinka paljon kullekin palvelulle annetaan resursseja. Jotta malli toimisi mahdollisimman saumattomasti eri kunnan tasoilla, pitäisi eri toimielinten keskittyä eri asioihin. Viranhaltijoille joudutaan antamaan paljon valmistelu-, kehittämis- ja valvontavastuuta. Samalla joudutaan tarkastelemaan sopimusohjauksen eri elementtejä. Luottamuselinten pitäisi palvelusopimuksissa euromäärien ja suoritteiden sijasta tarkastella ja ottaa kantaa siihen, minkä laajuista ja tasoista palvelua se haluaa. Tätä tukisi myös tilaajan järjestämisvastuu, jolloin myös roolit ja vastuut olisivat oikeudellisesti selvemmat. Kuvio 1 kuvaa myös tilaaja-tuottajamallin sopimusohjaukseen liittyviä haasteita.

Useat kunnan tilaajarooliin liittyvät ongelmat ovat ratkaistavissa sisäisillä organisatorisilla ratkaisuilla, jotka valtuusto voi hyväksyä johtosääntömuutoksilla. Pahimmillaan sisäinen tilaaja-tuottaja voi tuoda hallintoon kaksinkertaisen organisaation, joka voi joutua käyttämään entistä enemmän aikaa keskinäisten hallinnollisten sekä näennäistoimivalta- ja tilausasioiden selvittämiseen, ja kuntalaisten palvelutuotantoasiat voivat jäädä sekundäärisiksi. Kuten edellä olevasta kuviosta ilmenee, joudutaan tilaaja-tuottajamallissa miettimään eri toimielinten ja viranhaltijoiden rooleja ja vastuita. Niiden erottelu oikeudellisesta näkökulmasta ei ole aina yhtä selkeää ja ongelmatonta kuin perinteisessä kunnallisessa toimintamallissa.

Keskeiseksi kysymykseksi nousee, miten voidaan sovittaa demokratian ja tehokkuuteen tähtäävät sopimuksella johtamisen periaatteet yhteen niin, ettei toinen elementti vähennä toisen painoarvoa. Vaikka tilaaja-tuottajamallissa on myös piirteitä, jotka voivat hämärtää eri kunnallisten viranhaltijoiden tai toimielinten käsitystä oikeudellisesta vastuustaan, voidaan niitä ainakin osittain selventää johtosäännöillä, siten, että erikseen on jaoteltu tilaajan ja tuottajan keskeiset tehtävät ja vastuut.

Tilaaja-tuottajamallin ohjaukseen voivat nivelyä tulos- ja laatujohtamiseen, jolloin vastuukysymykset on toteutettu talouden osalta palvelusopimuksissa ja ostosopimuksissa. Ulkoistetun toiminnan osalta asia ei ole kuitenkaan näin yksinkertainen, etenkin jos kunta on velvollinen järjestämään asiakkaalle palvelun tiettyssä määrääjässä.⁶⁰⁵ Tilaaja-tuottajamallin etuina terveydenhuollossa on, että palvelut tuoteistetaan ja niille määritellään yksikkökustannukset. Tilaajan tavoitteena on maksaa vain todellisen käytön mukaisesti, ja tuottaja yrittää minimoida riskit⁶⁰⁶. Mallin etuna on kuitenkin se, että sillä voidaan hyödyntää suuruuden ekonomiaa ja tasata tiettyjä kausi- tai kysyntävaihteluja⁶⁰⁷ ja operatiivinen ja luottamushenkilöjohto voivat keskittyä kuntalaisten kannalta keskeisiin strategisiin asioihin.

Sisäinen tilaaja-tuottajamalli voidaan kyseenalaistaa jo tehokkuus- ja tarkoituksenmukaisuussyillä helpommin kuin ulkoistaminen. Tutkimukset ja käytännön kokemukset eivät ole osoittaneet, että sisäiset monopolit parantaisivat kunnan toiminnan tehokkuutta tai toisivat kuntalaisille tuottavampaa ja laadukkaampaa palve-

605 Terveydenhuollossa hoitotakuu määrittelee, että kiireelliset on hoidettava heti ja ei-kiireelliset kahden viikon kuluessa. Vaikka tilaaja-tuottajamallin mukaisessa ulkoistetussa palvelusopimuksessa ei ole aikarajoja mainittu, asiakkaan oikeus saada ko. palveluja kyseisessä ajassa ei poistu.

606 Paunio–Punkari–Pekurinen 1996 s. 18–19 ; Siitonen–Valkama 2003 s. 71.

607 Siitonen–Valkama 2003 s. 67–68.

lua⁶⁰⁸. Monopoliasemaa muistuttavan roolin antamista kunnan omille yksiköille ei voida pitää tarkoituksenmukaisena pysyvänä ratkaisuna organisaatiota kehitettäessä. Vaikka sisäinen tilaaja-tuottajamalli on oikeudellisesta näkökulmasta *kunnallispoliittinen tarkoituksenmukaisuuskysymys*, on sille vaikea löytää pidempiäaikaisia perusteluja toiminnallisesta ja taloudellisesta näkökulmasta. Sisäinen tilaaja-tuottajamalli pitäisi nähdä väliaikaisena tilanteena, jonka aikana valmistelua jatketaan kohti selvempiä palvelukuvauksia ja tuotteistuksia, jolloin tehokkuuden ja laadun mittaamisen valmiuksia nostetaan. Kunnallishallinnollisesta näkökulmasta kysymys on lähinnä siitä, että tilaaja-tuottajamallin⁶⁰⁹ valmistelulle ja täytäntöönpanolle on asetettava samat vaatimukset, kuten tehokkuus- ja tarkoituksenmukaisuusnäkökulmat, kuin muulle hallinnon ja toiminnan kehittämislle tai tehostamiselle.

Poliittisten päättäjien mukaan tilaaja-tuottajamalli vapauttaa resursseja muuhun poliittiseen työhön. Kunnallisten elinten päätösvallan osalta mielenkiintoinen kehityssuunta on, että tilaajalautakuntien päättäjistä selvä enemmistö oli kokenut, että heidän vaikuttamisensa oli vähentynyt sen jälkeen, kun sopimus oli hyväksytty. Toisaalta tilaaja-tuottajamalli oli lisännyt yritysten mielenkiintoa tarjota palveluja kunnalle. Ongelmiksi nähtiin, että puolueiden rooli oli vähentynyt, valmisteluun ei pystytty osallistumaan riittävästi sekä seurannassa ja valvonnassa oli kehittämistä.⁶¹⁰

Kunnallisessa ja yksityisessä kilpailussa pitäisi aina pystyä varmentamaan, että niin yksityisen kuin julkisen palveluiden tuottajien kustannukset ovat läpinäkyviä ja vertailukelpoisia⁶¹¹. Tilaajalla pitäisi olla osaamista tilattavan palvelun alueelta, jolloin sillä olisi vahva asema palveluntuottajaan nähden⁶¹². Huolestuttavaa uusissa toimintatavoissa on demokraattisen päätöksenteon ja toiminnanohjauksen näkökulmasta se, että todellisia kustannuksia ja rahoituksellisia asioita on entistä vaikeampi tarkastella läpinäkyvyyden heikentymisen vuoksi⁶¹³. Luottamushenkilön, eri sidosryhmien tai kuntalaisen näkökulmasta uudet mallit voivat osaltaan myös vaikeuttaa omaehtoista seurantaa tai arviointia tulo- ja menorakenteen osalta. Tämä kehityssuunta ei voi olla tavoiteltua, koska kunnalliselle toiminnalle on jo itsessään asetettu korkeampia läpinäkyvyys- ja avoimuusnäkökulmia kuin monelle muulle organimuodolle.

608 Vrt. Näsi–Leppänen–Meklin 2008 s. 178.

609 Tukholmassa tilaaja-tuottajamallilla tarkoitetaan toimintaa, jossa terveydenhuoltopalvelut eriteltiin siten, että sairaanhoitoalueet jaoteltiin tilaajiksi ja sairaaloista tuli tuottajia ja samalla asiakkaalla oli oikeus valita sairaala. Dahlström–Ramström 1995 s. 10–11, 72–74.

610 Montin 1993 s. 59, 61, 66, 77; Valkama 2004 s. 32. Kyseinen tutkimus oli tehty noin kymmenen kunnan ja kahden maakunnan tilaaja-tuottajajärjestelmään kysely- ja haastattelumetodilla.

611 Tilaaja-tuottajamallissa voidaan käyttää kiinteää toimitushintaa tai kustannusperusteista tai kannustintyyppistä sopimusta. Kiinteä sopimushinta on ulkoistetuissa palveluissa yleinen ja antaa palveluntuottajalle mahdollisuuden toimia kustannustehokkaasti. Kustannusperusteisissa malleissa ongelmana on, että tuottajalla ei ole riskiä ja että motiivi löytää kustannustehokkain toimintatapa voi puuttua kyseissä malleissa. Kannustinsopimuksia ovat yhdistelmät kiinteistä ja kustannussopimuksista. Niissä voidaan sopia mm. tietyistä tuottajan kannustinmekanismeista. David–Walker 1997 s. 48. Ulkoistamisessa on aina huomioitava oikeudellisten reunaehtojen lisäksi se, mitä tavoitellaan, kuten halutaanko, että tietty kunnan väestö tai alueen palvelut tulisivat hoidettua mahdollisimman kustannustehokkaasti ja laadukkaasti. Tällöin ulkoistettavan palvelun tarjous on pyydettävä säännösten pohjalta, ja sitä on täydennettävä tietyillä sanktio- ja kannustinmekanismeilla.

612 Ks. Berlin 2006 s. 146.

613 Näsi–Leppänen–Meklin 2008 s. 179.

Kuntien tilaaja-tuottajaroolia on hyvä tarkastella myös kuluttajaoikeuden näkökulmasta. Kuntien pitäisi palvelun tilaajana huomioida kuntalaisten asema kuluttajasäännösten valossa. Jos kunta hakee tilattavassa palvelussa vähimmäislaatu-astea, on huomioitava, että kunnan tekemä sopimus vaikuttaa monelta osin myös kuntalaisten oikeuksiin kyseisen palvelun osalta. Tilaajana kunnan on annettava kuntalaisille tieto siitä, miten heidän oikeussuojakeinojensa mahdollisuudet muuttuvat, ja tehtävä palvelun tuottajalle selväksi, mitä säännöksiä sen on noudatettava. Kunnan pitäisi erilaisissa tilaaja-tuottajamalleissa yksiselitteisesti määritellä, kenelle kuntalaiset voivat reklamoida⁶¹⁴. Tilaaja-tuottajajärjestelmä tuo monissa tapauksissa myös *muutoksia kuntalaisten asemaan ja oikeusturvaan* kuluttajana. Oikeusturvanäkökulmiin liittyy myös työnantaja-työntekijäasetelma työnjohtomääräyksien muuttuessa organisaatioissa.

Tilaaja-tuottajamalliin liittyy myös monia toiminnallisia ja oikeudellisia ongelmia. Esimerkiksi terveydenhuollon alalla ongelmaksi voi muodostua se, että tilaaja ja tuottaja eivät tavoittele samoja asioita. Tilaaja voi painottaa mm. joustavuutta, tasapuolisuutta, taloudellista kustannusten hallintaa ja ennustettavuutta sekä palvelujen riittävyttä. Sen sijaan tuottajan tavoitteena voi olla rahavirran vakaus, palvelujen oikea kohdentuminen sekä vaikuttavuus tietyissä hoitomuodoissa.⁶¹⁵ Tilaaja-tuottajamallista voisi olla hyötyä terveydenhuollossa, etenkin jos esimerkiksi sairaalat toimisivat vain tuottajina ja kunnat, kuntayhtymät tai sairaanhoitopiirit olisivat tilaajina. Tällä palvelunorganisoimalla voitaisiin tehostaa ja selkeyttää toimintaa, jos tilaajaorganisaatiot olisivat tarpeeksi vahvoja.⁶¹⁶

Kun kunnallisessa toiminnassa pyritään puhtaaseen kilpailutilanteeseen, on tilaajan saatava valita vapaasti tuottaja ja tuottajan on voitava vapaasti pystyttävä päättämään, miten palvelu organisoidaan ja tuotetaan. Terveydenhuollossa asia ei aina ole näin yksinkertainen. Siellä palvelun järjestämisvastuu on jaettu ja mahdolliset roolit kunnan, sairaanhoitopiirin ja mahdollisesti yksityisen palvelun tuottajan kanssa voivat olla epäselviä ja tehottomia. Päälimmäisinä tekijöinä ovat tilaajan ja tuottajan *roolien epäselvyys eli tuottajien kaksoisrooli* kuntien edustajina ja palveluiden järjestäjänä sekä kuntien kaksoisrooli sekä tilaajana että tuottajana. Näin tilaajat eli kuntien luottamushenkilöt edustavat ja päättävät myös tuottajan asioista esimerkiksi sairaanhoitopiirin luottamuselimissä⁶¹⁷. Ainakin osa ongelmista pystyttäisiin ratkaisemaan ja selkiyttämään sekä toiminnallisesta että oikeudellisesta näkökulmasta, jos tilaajan ja tuottajan näkemykset, toimintatavat, vastuut ja ohjausjärjestelmät erotetaan mahdollisimman selkeiksi.

Tilaajan ja tuottajan erottaminen toisistaan kunnallisessa toimintaympäristössä auttaa kustannuslaskentamenetelmien kehittämisessä, jolloin kunnan oman tuotannon ja yksityisen palvelun tuottajan palvelun vertailu helpottuu. Tämä voi edesauttaa ulkoistamismahdollisuuksien käyttämistä⁶¹⁸. Ulkoistettaessa toimintoja *tilaaja-tuottajamalli edesauttaa aidon kilpailun aikaansaamisessa*. Tilaaja-tuottajamallin rakentaminen ja

614 Kaakkola–Peltonen 2006 s. 23–24.

615 Sihvonen 2006 s. 274–275.

616 Koski 1996 s. 25–27, 46. Tilaaja-tuottajamallissa on paljon yhtäläisyyksiä palvelujen ulkoistamisen kanssa, kuten tilaajan ja tuottajan roolit, laatujärjestelmien kehittäminen, kilpailun toteuttaminen sekä riittävän selkeä, ohjaava ja kannustava sopimus.

617 Lehto 2006 s. 344.

618 Kilpailupoliittinen toimintaympäristö 2007 s. 64.

tarkastelu oikeudellisesta näkökulmasta vaatii myös luottamushenkilötoimielinten ja viranhaltijaorganisaation *valta- ja vastuusuhteiden pohdintaa uudesta näkökulmasta*, jos kunnalliselle toiminnalle halutaan tosiasiallista muutosta. Pelkästään tilaaja-tuottajamalliin siirtyminen ei itsessään ratkaise kaikkia ulkoistamiseen liittyviä haasteita, vaan ainoastaan antaa välineet asemoida ja tarkentaa rooleja ja tavoitteita uudella tavalla.

Oli kunnan toimintatapa tai palvelutuotantomalli mikä hyvänsä, haasteena eri malleissa on, että vahvasti säännellyillä toimialueilla, kuten sosiaali- ja terveydenhuollossa, kunnan liikkumavara palveluiden tilaajana on pieni. Esimerkiksi teknisellä toimialueella kunnan harkintavalta voi olla monelta osin suurempi. Jos tilaaja-tuottajamallissa tai sopimusohjauksessa on epäterveitä piirteitä⁶¹⁹ tai elementtejä tai niillä tavoitellaan sellaisia asioita, joita ei voida pitää julkiselle toiminnalle hyväksyttävänä, on kyseisiin toimintamuotoihin suhtauduttava erityisen varauksellisesti, *etenkin jos ne heikentävät kuntalaisten oikeuksia tai mahdollisuuksia saada tiettyjä lakisääteisiä palveluita*. Eri toimintamalleja tarkasteltaessa on huomioitava toiminnan velvoittavuuden aste, koska siihen liittyvät säännökset ja kuntalaisten oikeuksien taso määrittelevät hyvin pitkälle sen, kuinka suuri on kunnan todellinen liikkumavara.

3.3.3 PPP-malli

Joissakin Suomen kunnissa on investoinneissa kokeiltu yksityisrahoitusmallia. Tällöin kyseessä on *private finance initiative* (PFI) tai *public-private partnership* (PPP). Molemmat ovat palvelutuotantomalleja, jotka sovitaan kunnan ja yksityisen urakoitsijan välillä⁶²⁰. PFI-mallia alettiin Euroopassa laajamittaisemmin soveltaa Isossa-Britanniassa 1990-luvun alkupuolella, ja se on levinnyt laajasti yhdeksi menetelmäksi julkisia hankintoja tehtäessä. Vaikka mallia kritisoitiin alussa, katsotaan sen tehostaneen julkisen sektorin toimintoja ja palvelun laatua.⁶²¹ PFI-malli on ollut suosittu erilaisten tilojen ja teiden tuottamismallina⁶²². Mallit ovat olleet EU:n alueella aktiivisemmassa keskustelussa kuin meillä⁶²³.

Eri jäsenmaissa käytetään hieman erilaisia käsitteitä ja malleja⁶²⁴, jolloin oikeudellisesti olennaiseksi nousee, millaiseksi mahdollinen toimeksiantosuhde tulkitaan. Vaikka yhteistyössä toteutettava rakentaminen on tullut viime vuosina muoti-ilmiöksi, tulokset PPP- tai PFI-mallin käytöstä ovat hyvin ristiriitaisia. PPP-hankkeissa kunta ja yksityinen taho toimivat yhdessä ja hallinnoivat ja pääsääntöisesti myös rahoittavat hanketta. Tällöin kunta jakaa taloudellisia tai muita riskejä yksityisen osapuolen kanssa. PPP-malli nähdään PFI:tä laajempänä. PFI-mallissa kunnan ja yksityisen välinen sopimus on avainasemassa, koska siinä määritellään mm. palvelujen laatutasosta, maksuista,

619 Tällaisina piirteinä voivat olla liian aggressiivinen managerialistinen toimintatapa tai se, että kunta tilaajana tietoisesti alimitoitaa esimerkiksi tietyt sosiaali- tai terveyspalveluiden sopimukset niin, että mitoitukset eivät toteudu tai kuntalaisten tasa-arvoinen kohtelu ja perusoikeudet vaarantuvat.

620 VM:n julkaisu 4/2003 s. 49; KOM (2004) 347 lopullinen s. 9. Vesihuollon kansainvälisistä malleista ja sopimuksista vrt. Kulmala 2006 s. 15–18.

621 VM:n julkaisuja 4/2003 s. 77. Lisää elinkaarimallista ks. Halme–Kotilainen 2008 s. 62–63.

622 Winter 2006 s. 25.

623 Ks. CEMR Position paper 2004 s. 3–4.

624 KOM C (2007) 6661 s. 19. PFI:stä ks. myös Ghobadian ym. 2004 s. 284–289; Asenova–Hood 2006.

sopimusajan päättymisestä ja siihen liittyvistä velvoitteista. Mallia pidetään joiltain osin parempana kuin suoraa yksityistämistä, koska kunnalla säilyy mahdollisuus valvoa palvelua. PFI-mallin huonona puolena pidetään mm. käyttömaksujen kiinteää hintaa sopimuskaudella. Myös valtionosuuksiin voi liittyä tulkinnallisuuksia.⁶²⁵

Isossa-Britanniassa PPP-mallin ongelmaksi on nähty hankintamenettelyn byrokrattisuus ja epädemokraattisuus. Tämä on taas johtanut siihen, että kilpailu ei aina toimi yritysten välillä toivotusti. Toiseksi aikataulut eivät pidä ja toivottuja innovatiivisia ratkaisuja ei saada aikaan niukoilla resursseilla.⁶²⁶ Vaikka PPP-mallia ei voida pitää suoraan ulkoistamisena, on siinä monia yksittäisiä osa-alueita, jotka voivat olla lähellä osittais- tai osa-alueen ulkoistamisen muotoja. Tarkastelun kohteena pitäisi olla, millainen sopimussuhde on kunnan ja yksittäisen sopimusorganisaation välillä, jotta pystytään arviomaan, millaisia yhtäläisyyksiä kyseisistä malleista löytyy eri ulkoistamismuotojen kanssa. Kilpailuttamisen osalta on todettava, että Ison-Britannian hankintajärjestelmä on verkostoitunut, ja siinä on jonkinlaista hierarkkisuutta, mutta julkisyhteisöt ovat päässeet tekemään myös innovatiivisia hankkeita, joissa riski on ollut suuri⁶²⁷.

Ranskaa on myös pidetty PPP-mallin edelläkävijänä, mikä johtuu hyvin pitkälti sen pienestä kuntarakenteesta. Hyvänä esimerkkinä voidaan mainita ranskalainen vedenjakelujärjestelmä, josta vastaavat pääasiallisesti yksityiset yritykset.⁶²⁸ Yrityksillä on käyttöoikeussopimus, ja ne vastaavat vesihuoltopalvelujen tuottamisesta. Kunnan rooliksi jää määritellä sopimuksen taso, koska se on vastuussa veden laadusta.

Aivan ongelmitta PPP-malli ei Ranskassa ole toiminut. Esimerkiksi tarkastusvirasto on raportissaan maininnut, että kunnallista vesihuoltosektoria ei ole tarpeeksi kilpailutettu. Kriittikkiä on esitetty veden hintaa ja laatua sekä todellisen kilpailun puutetta kohtaan⁶²⁹. Kunnallisen vesilaitoksen yksityistämistä taas on huonoja kokemuksia. Pietilä on väitöskirjassaan *Role of Municipalities in Water Services* todennut, että vaikka kunnilla on laillinen oikeus vesilaitoksensa yksityistämiseen, Suomessa sitä ei ole pidettävä hyvänä vaihtoehtona. Yhtenä argumenttina hän pitää, että veden hinta voi aluksi olla alhainen, mutta yritys voi joutua tinkimään laadusta, huollosta ja investoinneista⁶³⁰.

625 VM:n julkaisu 4/2003 s. 49–50. Ghobadian ym. 2004 s. 66–67.

626 Eklund ym. 2007 s. 74; ks. Klein 2007 s. 179; EPSU-CCRE: Reforms of Public Services, July 2008 s. 59.

627 Halme–Kotilainen 2008 s. 22; Ghobadian ym. 2004 s. 2.

628 Cole–John 2001 s. 77. Kilpailupoliittinen toimintaympäristö 2007 s. 30. Ranskan mallilla on pitkä historia ja monissa Välimeren maissa vesihuoltopalvelua tuottaa yksityinen, vaikka omistus on kunnalla. Ks. Kulmala 2006 s. 15. Ranskassa on myös pitkät ulkoistamisperinteet ainakin vesihuollossa.

629 Siitonen–Valkama 2003 s. 39.

630 Pietilä 2007 s. 35–36. Samanlaisia ongelmia voi tulla eteen vesihuollon ulkoistamisessa, ellei laatutasosta ole tarkasti sovittu. Investoinnit voidaan kuitenkin ulkoistamisissa sopia kunnan hoidettaviksi.

Suomen paikallishallinnossa PPP-mallista on hyvin vähän kokemuksia⁶³¹. Yhtenä syynä on se, että kunnilla on yleensä mahdollisuus saada investointeihin valtionapua mutta PPP-mallissa valtionavustukset ja verotukselliset asiat ovat vielä tulkinnallisia. PPP-mallissa on monia elementtejä ulkoistamisesta. Monien kunnallisten tukipalvelujen, kuten ruoka-, siivous- ja rakentamispalveluiden, osalta voidaan puhua myös menojen ulkoistamisesta, jolloin kunta maksaa vuokrana tai leasingin-tyyppisenä suorituksena kohteen palvelut. Myös osapuolten riskijakaumaa pitää tarkastella ja se tulee tiedostaa⁶³². PPP-mallissa voi olla myös eri muotoja, mutta sille tyyppillisimpinä piirteinä voidaan pitää riskin jakautumista osapuolten välillä. Yleensä on kyse julkisen ja yksityisen organin yhteistyöstä, ja osapuolten tavoitteiden olisi oltava samoja⁶³³.

Esimerkiksi kunnallista palveluntuottajaa kilpailutettaessa voi tulkinnallisuutta aiheuttaa se, missä itse rakennusurakan ja vuokran välinen raja kulkee. Kunta voi olla ulkoistanut päiväkotipalveluja ja samalla haluta kilpailuttaa tai antaa päiväkodin rakentamisen yksityiselle lähinnä PPP-mallin mukaisesti. Oikeudellisesti keskeiseksi kysymykseksi nousee, tekeekö kunta sopimuksen päiväkotipalvelun tuottajan kanssa vai luoko kunta vain edellytyksiä esimerkiksi vuokraamalla tiloja päiväkotipalvelun tuottajalle, jolloin kuntalaisilla säilyy aito valinnanvapaus eikä juridista sopimussuhdetta välttämättä synny päiväkotipalvelujen tuottajan ja kunnan välille. Sopimussuhde, velvoitteet ja vastuu määrittelevät myös, onko hankinnassa tai rahoitusmalleissa kyse ulkoistamisesta ja minkä muotoisesta.

3.3.4 Palveluseteli

Kunnilla on entistä enemmän mahdollisuuksia käyttää esimerkiksi palveluseteleitä, joilla voidaan korvata osittain kunnan muuta palvelutuotantojärjestelmää. Palveluseteli-järjestelmä on yksi tapa ohjata julkisten palvelujen kulutusta esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuollossa. Kunnissa on etenkin viime vuosina noussut mielenkiintoa palveluseteliä kohtaan, ja sitä varten on perustettu erilaisia kokeiluprojekteja.⁶³⁴ Palvelusetelin käyttöalan laajentamista selvitettiin vuonna 2009. Siinä esitetään, että palveluseteliin liittyvistä toimintaperiaatteista säädettäisiin omalla sosiaali- ja terveydenhuollon palvelusetelilailla.

Palvelusetelilain (569/2009) 3.2 § määrittelee, että ”palvelusetelillä järjestämistä vastuussa olevan kunnan sosiaali- ja terveystalouden saajalle myöntämää sitoumusta

631 Espoon kaupunki on rakentanut PPP-mallilla lukion, jossa on myös liikuntasali ja uimahalli. Espoo ei ole osallistunut investointeihin vaan maksaa kyseisistä tiloista kuukausittain palvelumaksua. Maksu sisältää koko rakennuksen käyttöoikeuden ja tukipalvelut, joihin kuuluvat siivous, ruokahuolto, vartiointi ja kiinteistön ylläpito. Palvelumaksussa on kiinteä ja muuttuva osa, joka voi muuttua sen mukaan, kuinka hyvin sopimuksen mukaisessa laadussa ja tavoitteissa on pysytty. Palvelusopimusta valvotaan ja siitä raportoidaan säännöllisesti. Espoolla on palvelusopimuksen päätyttyä mahdollisuus lunastaa tai jatkaa sopimusta. Suurimpia etuja yksityisrahoitusmalleissa on vertailtavuus muuhun kunnan palvelutuotantoon. Sen avulla voidaan toteuttaa hankkeita, jotka muuten olisi teknisesti tai rahallisesti vaikeaa toteuttaa omana tuotantona. Suurimpina haasteina mallissa on, että sopimus on oikeudellisesti kattava, resursointi on realistinen ja valvonta ja raportointi ovat kunnossa. Siitonen–Valkama 2003 s. 41, 57.

632 Ks. Hurst–Reeves 2004 s. 384.

633 Ghobadian ym. 2004 s. 273; Wollman 2008 s. 48–49.

634 Ks. Palvelusetelityöryhmän muistio 2008 s. 11.

korvata palvelujen tuottajan antaman palvelun kustannukset kunnan ennalta määräämään arvoon asti”. Palveluseteli on parantanut kuntalaisten valinnanmahdollisuutta ja tarjonnan monipuolisuutta. Palvelusetelimalleja on olemassa monenlaisia, mutta tärkeää jokaisessa vaihtoehdossa on se, että kunta määrittelee palvelun laadun ja määrän. Yksinkertaisinta palvelusetelien käyttö on sellaisissa palveluissa, joissa palvelutarpeet voidaan tunnistaa helposti, kuten tietyissä sosiaali- ja terveyspalveluissa.⁶³⁵ Palveluseteli on myös yksi näennäismarkkinoiden tärkeimmistä muodoista⁶³⁶.

Sosiaali- ja terveysministeriön ja kauppa- ja teollisuusministeriön tekemästä selvityksestä ilmeni, että vuosien 2006 ja 2007 vaihteessa 126 kuntaa järjesti jotakin palvelua tarjoamalla asiakkaalle palvelusetelin. Eniten käytettyjä palvelumuotoja olivat koti- ja siivouspalvelut sekä omaishoitoa tukevat palvelut. Vuonna 2006 palveluseteljä oli myönnetty noin 4 000 asiakkaalle.⁶³⁷

Lainvalmisteluaineistosta ilmenee, että palvelusetelillä on tarkoitettu sellaista menettelyä, ”jossa kunta myöntää palvelun käyttäjälle viranomaispäätöksellä painetun setelin, sähköisen kortin tai vastaavan, jolla kunta sitoutuu maksamaan määräsunnan palvelusta, jonka käyttäjä hankkii kunnan hyväksymältä yksityiseltä palvelun tuottajalta. Asiakas maksaa palveluntuottajalle palveluntuottajan perimän hinnan ja palvelusetelin arvon välisen erotuksen. Palvelun tuottajan lopullinen valinta jää asiakkaalle.”⁶³⁸

Palvelusetelityöryhmän ehdotuksessa on määritelmäksi esitetty, että ”palvelusetelillä tarkoitetaan järjestämisvastuussa olevan kunnan sosiaali- ja terveydenhuollon palvelun saajalle myöntämää sitoumusta korvata palvelun tuottajan antaman palvelun kustannukset kunnan ennalta määräämään arvoon asti”.⁶³⁹ Tutkimuksissa on käytetty myös kuntapalveluiden voucher-määritelmää. Kuntapalveluiden voucher ”määritellään kunnan määrittelemäksi, palvelutarpeesta tai palkitsemista tai kompensatiota vailla oleville kuntalaisille jaetuksi ja oikeuksia sekä velvollisuuksia synnyttäväksi kulutusinstrumentiksi, jonka turvin kuntalaiset voivat valita itselleen sopivimman palveluntuottaja-agentin, kuluttaa palvelun ja siirtää palvelutoimituksen yhteydessä voucherin korvauksena agentille, joka myöhemmin voi vaihtaa voucherin kunnan kanssa rahaksi.”⁶⁴⁰

635 Lehto 2006b s. 54. Ks. myös Siitonen–Valkama, 2003 s. 36, 71. Hollannissa on palvelusetelin kehittyessä menty pidemmälle ja otettu käyttöön henkilökohtainen rahamäärä, jonka ulkopuolinen arvioija arvioi. Tuen määrä riippuu avun tarpeesta. Lehto 2006b s. 55.

636 Bailey 2002 s. 152.

637 HE 34/2007 s. 1.

638 HE 34/2007 s. 1.

639 Palvelusetelityöryhmän muistio 2008 s. 32.

640 Valkama 2004 s. 269–270. Voucherin määritelmät eroavat hieman esimerkiksi eri vuosikymmenin ja eri lähestymiskulmissa. ”Palveluvoucher tarkoittaa julkisen vallan toimesta allokoitua ja käyttötarkoitukseltaan sidottua ostovoimaa, joka voidaan kohdentaa jollekin väestöryhmille tai palvelun tarvitsijoille palvelun ostamiseksi joko yksityisestä tai julkisesta tarjonnasta ja jossa tarvitsijat käyttävät myös omia taloudellisia resursseja.” Voucherilla voidaan uudemman tulkinnan mukaan tarkoittaa ”julkisen hallinnon yksikön rahoittamaa, suoraan palvelujen tarvitsijalle tai hänen edustajalleen, joita voivat olla yksilöt, perheet tai ihmisryhmät, allokoitua ja käyttötarkoitukseltaan ja -tavoiltaan vaihtelevilla tavalla sidottua, yksityisen ja/tai julkisen palvelun kulutuksen mahdollistamaa raha- tai palvelumääräistä kulutus- ja valintavoimaa, jota voidaan jakaa joko paperilla, lipukkeilla, älykortilla, virtuaalisesti tms. tavalla, ja joka siirtää sekä saajalleen että sen lunastavalle, viranomaisten mahdollisesti hyväksymälle palveluntuottajalle erilaisia oikeuksia ja velvollisuuksia”. Valkama 2000 s. 243–244, 268.

Palvelusetelit lisäävät kuntalaisten omavastuuta, valinnanvapautta ja tuovat kilpailua, vaikka toiminnallista kokemusta on vähän ja oikeuskäytäntö hakee muotoaan⁶⁴¹. Toisaalta etenkin viime vuosina on palvelusetelisäännöstön kattavuutta laajennettu, ja siitä on mainittu STVOL 4:n 1 mom 4 kohdassa (30.12.2003/1309), sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksulaissa (30.12.2003/1311) ja sosiaalihuoltoL 3a luvussa (30.12.2003/1310). Palveluseteli eroaa kunnan muista ostopalvelusopimuksista siinä, että kuntalainen voi valita tuottajan ja tehdä sopimuksen itse⁶⁴². Palvelusetelin käyttöön liittyvät rajoitteet liittyvät lähinnä asiakkaan kompetenssiin käyttää palveluseteliä ja palvelun muodon kiireellisyyteen⁶⁴³. STVOL 4 §:ään on myös ehdotettu lisättäväksi palveluseteliä koskevia kohtia⁶⁴⁴.

Palveluseteli- ja tilaaja-tuottajamalleilla on joitakin eroja. Palveluseteli on kuntalaisten kannalta joustavampi, antaa enemmän valinnanvapauksia ja luo enemmän mahdollisuuksia uusille palveluinnovaatiolle kuin tilaaja-tuottajamalli⁶⁴⁵. Kunnan toimintamalleissa tilaaja-tuottajamalli on yläkäsite, johon yhtenä osa-alueena kuuluu palveluseteli. Kunnan roolina palvelusetelimallissa on toimia tuottajien valikoijana ja valvojana sekä määrittellä, ketkä siihen ovat oikeutettuja. Palveluseteli on kilpailuorientoituneempi kuin tilaaja-tuottajamalli, koska siinä kilpailuttaminen on voimassa koko palvelusetelin käyttöajan. Toiseksi palvelusetelimallissa palveluntuottajia voi olla useampia ja uusia tuottajia voi tulla kesken sopimuskauden, jos ne täyttävät palvelulle asetetut ehdot. Ongelmaksi palvelusetelijärjestelmässä voi muodostua se, ketkä sopivat palvelun sisällöstä sopimusoikeudellisen sopimuksen mukaisesti.⁶⁴⁶

Palvelusetelijärjestelmässä on oikeudellisesti erotettava palvelun rahoittaja, palvelun tuottaja ja palvelun käyttäjä, koska eri osapuolilla on oikeudellisesti erilainen asema. Järjestelmään lähdeittäessä pitäisi olla selvillä ainakin osapuolten *vastuu-, valvonta-, verotus-, työoikeus-, kuluttajansuoja- ja rahoitusnäkökulmat*.⁶⁴⁷ Esimerkiksi päivähoidon sisällöstä päättää sopimuksella päiväkotipalvelun tuottaja ja huoltaja eikä kunta palvelun tilaajana. Oikeudellisessa tarkastelussa arvioitavaksi tulevat eri osapuolten roolit, koska palvelusetelimallissa kunta ja palvelun tuottaja tekevät vain puitesopimuksen, jossa määritellään vähintään palvelun sisältö ja hinta. Tällöin kunta sitoutuu hyvittämään kuntalaisten käyttämistä palveluista kyseisen setelin osuuden verran.

Palvelusetelijärjestelmässä kuluttajan oikeudet voivat olla hyvin epämääräiset, koska yksityisen tuottajan ja kuntalaisen välille ei synny kuluttajasuojalain mukaista sopimusta, vaikka asiakas sopii palvelun sisällöstä ja määrästä suoraan tuottajan kanssa. Kuntalainen voi kuitenkin sopia vain kunnan palvelusetelipäätöksen ja tuottajaa

641 Ruotsissa on kokeiltu palvelusetelimallia esimerkiksi Tukholmassa ja Tyresössä. Tukholman kaupunki on päättänyt palvelusetelin käyttöön ostopalvelusta jo vuonna 1993, jolloin yksityisen ja kunnallisen päivähoidon toimintaa yhdenmukaistettiin. Kaupunginvaltuusto päätti palvelusetelin suuruudesta vuosittain ja lähtökohtaisena palvelusetelin laskenta periaatteina on käytetty kunnan omia kustannuksia. Tuolloin palvelusetelijärjestelmän ja yksityisten päiväkotien osuus on ollut noin 18 % julkisesti rahoitetuista päivähoidoista. Mäki 1995 s. 36, 38.

642 HE 20/2009 s. 4-5.

643 Ks. Uotinen 2009 s. 15.

644 Ks. lisää Uotinen 2009 s. 28-30.

645 Ks. Pohjola-Koponen 2008 s. 154, 161.

646 Kähkönen 2007 s. 22.

647 Ks. Kähkönen 2007 s. 22.

koskevan puitesopimuksen rajoissa kyseisen palvelun ehdoista.⁶⁴⁸ Kuntalaisen kannalta voi ongelmaksi muodostua, jos palveluntuottaja ei noudata kuluttajasuojalain mukaisia periaatteita⁶⁴⁹.

Palvelusetelissä, kuten muissakin ostopalveluissa, kunta vastaa viime kädessä palvelun laadusta, mutta kunnalla tai palveluntuottajalla ei ole kuluttajasuojalain mukaista vastuuta palvelun virheistä tai puutteellisuuksista⁶⁵⁰. Sosiaali- ja terveydenhuoltoa koskevassa erityislainsäädännössä tai niiden nojalla annetuissa asetuksissa on määritelty yksityiskohtaisemmin, mitä laatustandardeja on noudatettava. Esimerkiksi lasten päivähoidosta annetun asetuksen 6 §:ssä on yksityiskohtaisesti määritelty, kuinka paljon hoito- ja kasvatushenkilöstöä pitää olla lasten lukumäärään nähden. STVOL 4 §:n mukaan palvelusetelijärjestelmään ei sovelleta kuluttajasuojalain säännöksiä. Kuntalaisen kannalta ongelmana on, että palvelusetelijärjestelmässä on paljon piirteitä normaalista asiakas-elinkeinoharjoittaja-asetelmasta, jolloin kuntalaisten oikeusturva voi olla epäselvä.

Palvelusetelimallin hyvä puoli on se, että kuntalaisten oma aktiivisuus lisääntyy. Samalla se kuitenkin edellyttää tiettyä omavastuuosuutta, jotta palvelun hinta ei hämähä. On myös oltava useita tarjoajia sekä kustannustehokkaasti tuotettua palvelua, jota voidaan mitata. Palveluseteleihin joudutaan soveltamaan samoja oikeudellisia reunaehtoja kuin muihin kunnan oman toiminnan ulkopuolella tuotettuihin palveluihin. Niihin on sovellettava julkisen vallan ja tehtävien siirrosta säädeltyjä säännöksiä. Palvelusetelit eivät sovellu kovinkaan hyvin sellaiseen palveluun, jossa palvelun tilaaminen vaatisi erityisosaamista ja asiakkaalla olisi vastuu palvelun valinnasta ja laadusta. Toiseksi ongelmia voi tulla, jos palvelusetelin arvo on suuri ja kunta ei ole laittanut tarpeeksi suuria valvonta- ja laatuvaatimuksia.⁶⁵¹ Kunnan kannalta palvelusetelin *ohjaukseen ja valvontaan liittyy samanlaisia oikeudellisia haasteita* kuin ulkoistamisiin. Perusoikeuksien näkökulmasta palvelusetelin säännökset jättävät kuntalaisen aseman harkintaan, joten asiakas ei pysty ottamaan kantaa palvelusetelin tarkoituksenmukaisuuteen tai siitä kieläytymiseen. Tällöin julkisen vallan olisi pystyttävä kaikissa tilanteissa huolehtimaan ja turvamaan ne yksilön oikeudet ja etuudet, joiden valinnasta ja saamisesta kuntalainen ei pystyisi yksin suoriutumaan.

Kunnilla on vähän kokemusta vouchereista, ja lainsäädäntö asettaa vielä joitakin rajoituksia tai nostaa esille siihen liittyviä oikeudellisia ja toiminnallisia kysymyksiä. Voucherin laajamittainen käyttö on vaatinut ja vaatii edelleen kehittämistä ja lainsäädännöllisiä muutoksia sekä tiettyjä tarkennuksia.⁶⁵² Toisaalta palvelusetelin arvon määrittäminen pohjautuu palvelusetelilain 7 §:ään, jonka määrittelemineen mahdol-

648 Kaakkola–Peltonen 2006 s. 11–12. Palvelusetelijärjestelmään liittyy vielä monia lainsäädännöllisiä tulkinnallisuuksia, kuten missä tilanteissa kyse on hankinnasta ja pitääkö kunnan kilpailuttaa ne palveluiden tuottajat, jotka ovat mukana palvelusetelijärjestelmässä. Eskola–Ruohoniemi 2007 s. 47–48. Vrt. Pekkala 2007 s. 164–165.

649 Ks. kuluttajasuojalain 8. luku.

650 Kaakkola–Peltonen 2006 s. 14.

651 Palvelusetelityöryhmän muistio 2008 s. 26.

652 Voucher voi olla tietty rahamäärä, mutta se voi olla myös palvelusurite. Täydennetyssä voucherissa kuntalainen voi nostaa palvelun arvoa maksamalla palveluntuottajalle voucherin lisäksi. Rajoitetulla kunnallisvoucherilla tarkoitetaan, että tiettyä palvelua saa vain tietyistä paikasta kunnasta. Monipuolisin vaihtoehto kuntalaisille on rajoittamaton voucher, joka antaa monia tehokkuus- ja valinnanmahdollisuuksia, koska palveluntarjoajana voi olla sekä julkisia että yksityisiä tuottajia. Valkama 2000 s. 252–253, 263.

lisimman tarkoituksenmukaiseksi voi olla haasteellista. SosiaalihuoltoL 29b §:ssä on todettu, mitä palvelusetelin arvon pitäisi olla tuntia kohden.⁶⁵³ Jos lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö olisivat olleet palveluseleiden osalta yksiselitteisempiä, olisi kunnilla ollut paremmat mahdollisuudet kehittää nopeammin eri malleja eteenpäin. Kunnallisen palvelujen tuottamisen kannalta ainakin rajoittamaton voucher antaa mahdollisuuden, vaikka palveluja järjestettäisiin uudella tavalla. Silloin kun kunta ulkoistaa osan omasta toiminnastaan, jää kuntalaiselle mahdollisuus valita, käyttääkö yksityisen tai kunnan palveluja. Palvelusetelijärjestelmän ottaminen käyttöön laajemmassa mittakaavassa edellyttää kuitenkin oman palvelutuotannon tulosyksiköittämistä ja laskentatapojen vertailukelpoisuutta, etenkin jos oma toiminta kilpailee ulkopuolisten tuottajien kanssa kyseisen palvelun tuottamisesta.

Vuoden 2004 alkupuolella tulleen STVOL muutoksen 4 §:ssä on mainittu, että kunta voi järjestää sosiaali- ja terveydenhuollon alaan kuuluvat tehtävät antamalla palvelunkäyttäjälle palvelusetelin, jolla kunta sitoutuu maksamaan palvelun käyttäjälle kunnan hyväksymältä yksityiseltä palveluntuottajalta hankitut palvelut kunnan päätöksellä asetettuun setelin arvoon asti. Toiseksi laissa sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista 12.2 §:n mukaan palvelusetelimallissa palvelun käyttäjältä ei voida periä asiakasmaksua silloin, kun kysymyksessä on ostopalvelu.

Ei ole aina yksiselitteistä, onko kyse palvelusetelistä vai hankinnasta. Yksi keskeinen arviointikriteeri on, onko *yksityisoikeudellisesta näkökulmasta syntynyt sopimusta*. Alla olevassa esimerkkitapauksessa oli kysymys hankinnan ja palvelusetelin rajavedosta.

*Kotkan kaupunki oli päivähoitopalvelujen järjestämiseksi tehnyt päätöksen sellaisista palveluntuottajista, joille palvelurahaa maksettiin. Kaupunki ei ollut tehnyt erillistä sopimusta palveluntuottajien kanssa. Kaupunki oli perinyt palvelunkäyttäjältä maksun asiakasmaksusta ja maksoi taas palveluntuottajalle lapsikohtaista palvelurahaa. Lisäksi palveluntuottajalla oli oikeus periä asiakkailta lisämaksua. Vaikka tapauksessa ei ollut kysymys kunnan ja palvelun tuottajan välisestä sopimussuhteesta, oli markkinaoikeus todennut, että kysymyksessä ei ole palvelusetelijärjestelmästä vaan on hankintalain mukaisesta hankinnasta. Markkinaoikeus oli perustellut ratkaisua sillä, että vaikka kaupungin ja palveluntuottajan välille ei synny yksityisoikeudellista sopimussuhdetta, on kyseinen järjestely rinnastettavissa siihen, että kaupunki hankkisi päivähoitopalveluja ostopalveluina.*⁶⁵⁴

Kunnilla on myös valtiosuuslainsäädännön mukaan mahdollisuus järjestää palveluja niin, että palvelu ostetaan kuntalaisen valitsemalta tuottajalta. Tällöin kyseisen palvelun tason on vastattava kunnalliselta toiminnalta vaadittavaa tasoa ja yksityisen tuottajan on noudatettava erityislainsäädännössä vaadittuja kriteereitä⁶⁵⁵.

653 Ks. HE 20/2009 s. 6.

654 MAO 149/04. Vrt. KHO:2004:102.

655 Sosiaali- ja terveydenhuollon lainsäädäntö 2006 s. 526, 539. Kunnissa palvelusetelin käyttö ei ole sujunut ongelmitta. Esimerkiksi Tampereen kaupunki päätti vuonna 2000 talousarvion yhteydessä varata 160 000 € palveluseleihin, mutta sosiaali- ja terveystaloutta näki, että STVOL 4 §:n mukaan se ei ole mahdollista. Sosiaali- ja terveystoimi pyysi verovirastolta ennakkoratkaisua. Lainsäädännöllisten tulkinnallisuuksien vuoksi valtuusto hyväksyi, että palveluseleihin varattu summa käytetäänkin ostopalveluihin. Kilpailuviraston selvityksiä 1/2001 s. 36–37.

Kuntien tilanne voi eri puolilla maata olla hyvin erilainen, ja tällöin ongelmaksi voi tulla, millä kriteereillä palvelun tuottajat valitaan ja miten itse valinta tapahtuu. Yhtenä tasapuolisena mallina voisi olla, että palvelusetelin tuottajien valinta ja kilpailutus voitaisiin tehdä ns. listautumismenettelyllä, jolloin kunnalla olisi mahdollisuus hyväksyä kaikki sellaiset palveluntuottajat, jotka täyttävät asetetut kriteerit. Kuntien on pystyttävä seuramaan eri tuottajien hintoja ja laatua, eikä kuntalaisella ole palveluseteliin subjektiivista oikeutta.⁶⁵⁶

Palvelusetelillä kunta voi luoda markkinoita, mutta keskeiseksi poliittiseksi valinnaksi nousee kunnan näkökulmasta, mihin tarkoituksiin palveluseteleitä kohdennetaan ja kenelle⁶⁵⁷. Palvelusetelijärjestelmässä on myös monia erikoisuuksia normaaleihin ulkoistamisiin verrattuna. Palvelusetelijärjestelmässä kunta tukee ensisijassa palvelun tarvitsijaa ja hänen kulutustaan, joten palvelun laadun seuranta on ensisijaisesti kuluttajalla⁶⁵⁸. Toisaalta on esitetty näkemyksiä, että etenkin sosiaali- ja terveyspalveluissa kilpailua pitäisi laajentaa yksityisten toimijoiden lisäksi myös kunnallisiin palveluntuottajiin, jolloin kaikki toimijat kilpailisivat voucheriin oikeutetuista kuntalaisista⁶⁵⁹.

Jos kunta hakee todellista kilpailua, joutuisi kunta eri vuosina luovuttamaan osan sosiaali- ja terveydenhuollon palvelun tuotannosta yksityisille toimijoille, jolloin KuntaL 2.3 §:n mukaisesti kunta huolehtisi vain sille kuuluvasta järjestämisvastuusta. Tanskassa kunta voi edellyttää laatua varmistaakseen, että tuottaja ottaa vastaan ja hoitaa ne asiakkaat, jotka ovat kyseisen palveluntuottajan valinneet. Samalla tuottajan voidaan edellyttää dokumentoivan, miten palvelut on suoritettu.⁶⁶⁰

Ideaaliolosuhde voucherjärjestelmälle ja -toiminnalle olisi sellainen toimintaympäristö, jossa palvelun laatu on määritelty käyttäjän mukaan. Lisäksi kuntalaiset tietäisivät markkinaolosuhteet, markkinoilla olisi monia kilpailevia palvelun tuottajia ja asiakas voisi valita palvelun oman mieltymyksensä mukaisesti.⁶⁶¹ Ideaalitalanne voi olla vaikeasti saavutettavissa, ellei kunta aktiivisesti luo palvelusetelimarkkinoita sekä informoi ja opasta kuntalaisia kyseisten palveluiden käyttäjänä. Lisäksi oikeuskäytännön vakiintumattomuus aiheuttaa eri tulkintoja eri palvelusetelimuodoille.

Vuonna 2007 asetetun työryhmän tehtävänä oli miettiä kunnallisen palvelusetelin laajentamista sosiaali- ja terveyspalveluihin⁶⁶². Ongelmana on ollut, että nykyinen säännöstö ei anna kunnille tarpeeksi selviä ja hyviä kannusteita laajentaa palvelusetelin käyttöä yhtenä kunnallisten palvelujen järjestämistapana. Ulkoisen palvelusetelin käytön laajentamisen eduksi voidaan nähdä se, että se voi kasvattaa kuntalaisten valinnanmahdollisuuksia ja tuoda lisää kilpailua, vaikka sen käyttö ei olekaan ongelmatonta.

Palvelusetelin käyttöönoton laajentamista on harkittu esimerkiksi kotisairaanhoidossa⁶⁶³. Sosiaalihuoltolain 29 b §:n 1 mom (388/2008) lisättiin vuonna 2008 mahdollisuus käyttää palveluseteliä jatkuvan ja säännöllisesti annettavan kotisairaanhoidon hankkimiseksi yhdessä tai erikseen kotipalvelujen kanssa. Tilapäisen kotipalvelun tai

656 Palvelusetelityöryhmän muistio 2008 s. 21–22.

657 Meklin 2008 s. 390.

658 Ks. Kuntaliiton yleiskirje 24/80/2004.

659 Rätty-Luoma-Aronen 2004 s. 30.

660 Ks. lisää HE 20/2009 s. 11–12. Ks. myös Health system in Denmark 2007.

661 Savas 2000 s. 83.

662 Palvelusetelityöryhmän muistio 2008 s. 1, 24.

663 Näin on todettavissa Vanhasen II hallituksen ohjelmasta.

kotisairaanhoidon hankkimiseksi annettavan palvelusetelin arvon pitää olla kohtuullinen. Kansanterveyslakiin tuli myös uusi 20 § (892/2007), joka sosiaalihuoltolain 3 a lukuun viitaten toteaa kotisairaanhoidon palveluiden olevan mahdollista toteuttaa palvelusetelillä.

Sosiaali- ja terveydenhuollon palveluntuottajilta edellytettäisiin, että ne kuuluvat asianomaiseen rekisteriin. Lisäksi palvelusetelin käyttöönottoa edesauttaa, että kyse on tuotteistetuista palveluista. Kuntalaisen mielipide olisi myös huomioitava silloin, kun kunnassa käytetään palveluseteliä, ja yksilöllä täytyy olla mahdollisuus kieltäytyä sen käytöstä.⁶⁶⁴

Asiakkaan asemaan liittyvät säännökset on määritelty palvelusetelilain 6 §:ssä. Palveluseteliä koskevan lain valmistelussa todettiin, että kunnalla olisi mahdollisuus itse päättää, millaisten palveluiden järjestämiseen palveluseteliä voisi käyttää. Kunnan tehtäväksi jäisi myös hyväksyä yksityiset palveluntuottajat, joista olisi pidettävä julkista luetteloa. Tämä on erityisen tärkeää, koska palvelusetelissä sopimussuhde on kuntalaisen ja palveluntuottajan välillä, ja näin siihen olisi mahdollisuus soveltaa myös kuluttajaoikeuden ja sopimusoikeuden säännöksiä ja periaatteita.⁶⁶⁵

Kunnan olisi toiminnassaan huomioitava, että palvelusetelin käytölle täytyy olla vaihtoehto. Palveluseteliä koskevan lain valmistelussa nousi esiin uusia tarkastelunäkökulmia, kuten miten asiakkaan oikeudet toteutuvat käytännössä, voiko kunnan ja yksityisen tuottajan erilainen kohtelu esimerkiksi arvonlisäveron osalta vääristää kilpailua ja tuotantoa sekä pitäisikö alueellisista eroista johtuvia ongelmia tarkastella vielä erikseen palvelun saatavuuden näkökulmasta.

Palvelusetelimallissa on vielä monia oikeudellisesti epäselviä asioita, joita pitää edelleen kehittää. Kuntalaisten asiakkuussuhde ei voi olla vain termi, jossa kuntalaisten valinnanvapautta lisätään mutta *kuluttajasuojaoikeudelliset elementit puuttuvat tai vaihtelevat tuotantotapojen mukaan*⁶⁶⁶. Palvelusetelilain 6.2§:ssä on todettu, että ”Palvelusetelin saanut asiakas tekee palvelun tuottajan kanssa sopimuksen palvelun antamisesta”. Kyseisessä lain kohdassa on myös tähdennetty, että sopimussuhteessa sopimuksen sisältö määrää, mitä säännöksiä noudatetaan. Toiseksi palvelusetelin kohteena olevalta väestöltä vaaditaan entistä enemmän vaihtoehtojen seurannan ja korvauksien osalta, mikä tuo uusia elementtejä myös asiakkuuteen. Kolmantena palvelusetelin *eri tuottajatahot, julkinen ja yksityinen, eivät ole lähtökohdiltaan samassa* tilanteessa esimerkiksi arvonlisäveron ja kustannusten osalta, mikä voi viedä kehitystä väärään suuntaan. Neljänneksi voidaan kysyä, miten kuntien ja valtion välinen resurssiallokaatio vaikuttaa palvelusetelin *ohjaukseen ja valvontaan* silloin kun tuottajataho pirstaloituu.

Pitkälti palvelusetelijärjestelmän kattavuudesta riippuu, minkä muotoista ulkoistamista sen avulla on mahdollista toteuttaa. Ainakin kuntalaisen näkökulmasta osittaisesta ulkoistamisesta voidaan puhua silloin, kun palvelusetelijärjestelmä on kattava ja poistaa tai vähentää kunnan roolia palvelun tuottajana ja palveluja siirtyy myös yksityisille tai yhdistysmuotoisille orgaaneille. Palvelusetelijärjestelmä voi edesauttaa ulkoistamista ja kehittää eri palvelumuotoja. Siinä on käytävä läpi monia samoja asioita kuin ulkois-

664 HE 20/2009 s. 17. Ruotsin palvelusetelijärjestelmästä. Ks. HE 20/2009 s. 10–11.

665 HE 20/2009 s. 16–17.

666 Ks. HE 20/2009 s. 15–16.

tamisissa, kuten valvonta-, vastuu- ja rahoituskysymyksiä. Keskeisenä oikeudellisena näkökulmana joudutaan punnitsemaan, onko kysymys sopimussuhteesta ja jos on, liikutaan ostopalvelujen ja kilpailuoikeudellisten kysymysten äärellä. Vaikka palvelusetelijärjestelmässä on myös monia samoja oikeudellisia rajoitteita kuin ulkoistamisissa, ei itse palvelusetelijärjestelmän käyttöönotto tai yksittäisen palvelusetelin käyttö ole sellaisenaan ulkoistamista. Täydennetty, rajoitettu tai rajoittamaton palvelusetelimalli voidaan katsoa osittaiseksi ulkoistamiseksi silloin, kun kunnalle kuuluu vain laadun valvonta sekä toiminnan osittainen rahoitus palvelusetelin eri muodoissa.

Palvelusetelissä ja ulkoistamisessa on paljon samoja oikeudellisia reunaehtoja, kuten että kunnan tehtävänä on *valita palvelun tuottajat ja valvoa niitä niin, että tietyt minimistandardit täyttyvät*. Kunta ei kuitenkaan palvelusetelijärjestelmässä ole lopullisessa palvelusopimuksessa oikeudellisena osapuolena, vaan sopimuksen tekevät palveluntuottaja ja kuntalainen. Molemmissa toimintatavoissa *kunnan tehtäväksi jää organisoida, valvoa ja rahoittaa toimintaa*. Toistaiseksi palvelusetelikokeilut ovat olleet hyvin pienimuotoisia, mutta suoranaisia oikeudellisia esteitä palvelusetelin laajempaan käyttöön ei näyttäisi olevan⁶⁶⁷. Kyse olisi ainoastaan siitä, kuinka kattavasti palveluseteli otetaan käyttöön ja miten ongelmatilanteet ratkaistaan asiakkaan oikeusturvan näkökulmasta.

3.4 Palvelusitoumus

Vuonna 1991 Isossa-Britanniassa julkaistulla *Citizen's Charter* -ohjelmalla pyrittiin parantamaan julkisen palvelun tasoa. Palvelusitoumuksia pohtimaan asetettu työryhmä ehdotti vuonna 1997 niiden ottamista käyttöön julkisessa hallinnossa. Ison-Britannian *Citizen's Charter* -ohjelma⁶⁶⁸ on ollut myös joiltain osin esikuvana Pohjoismaissa. Isossa-Britanniassa ohjelmalla asetettiin tavoitteita palvelujen laatuosalle. Toiset kohdat ohjelmassa ohjaavat viranomaista, kun asiakas haluaa tuoda asiansa käsiteltäväksi. Palvelusitoumuksen pääperiaatteena oli, että kansalainen voisi etukäteen tietää, millaista palvelua hänellä olisi oikeus odottaa ja vaatia viranomaiselta⁶⁶⁹.

667 Esimerkiksi erikoissairaanhoidon palvelut eivät ole palvelusetelien piirissä. HE 34/2007 s. 2.

668 Citizen's Charter -ohjelmassa on erilaisia keinoja palvelutason parantamiseksi. Tällaisia keinoja ovat yksityistämisen lisääminen, kilpailun laajentaminen, alihankintasopimusten lisääminen, palkan sitominen tiukemmin palvelun sujuvuuteen, suoritustavoitteiden julkaiseminen paikallisella ja valtiollisella tasolla, mittava julkinen tiedottaminen saavutetusta palvelutasosta, tehokkaampien valitusjärjestelmien kehittäminen, itsenäiset ja autonomiset tarkastusvirastot sekä kansalaisten oikaisuvaatimusmenetelmien kehittäminen, jos palvelut eivät toteudu. Citizen's Charter 2004 s. 10–11.

669 VM:n työryhmämuistioita 21/1997 s. 11; Kuusikko 2000 s. 196.

Toisaalta palvelusopimuksessa voi olla kyseessä sopimusoikeudellinen ajattelu, jolloin se kuuluisi myös tulostavoitteiden ja ajattelun piiriin⁶⁷⁰. Palvelusitoumus tuo tiettyjä uusia elementtejä huomiotavaksi silloin, kun mietitään uusia tapoja tuottaa ja järjestää palveluita. Välillisesti siitä löytäisi välineitä kunnallisten palvelujen tuottamisen ohjaamiseen. Palvelusitoumuksen ideaa voidaan hyödyntää etenkin silloin, kun ulkoistetulle palvelulle annetaan tarkemmat laatuperiaatteet.

Palvelusitoumus liittyy hyvään palveluun ja sen toteutumiseen. Uuden vuosituhannen kunnallishallinnon pitäisi kaikilta osin olla asiakaspalvelua korostavaa, vaikka palvelujen rajat ovat joiltain osin jääneet täsmentymättömiksi. Palveluperiaatteen sijaista voidaan puhua palveluvelvollisuudesta, joka koskettaa sekä hallintoasian käsittelyä että julkisen palvelun tuottamista. Palveluvelvollisuus tulee ilmi myös sellaisista säännöksistä, joissa vaaditaan, että viranomaisen on huolehdittava, että kansalaisilla on mahdollisuus suoriutua menettelyllisistä velvoitteista esimerkiksi neuvonnan avulla.⁶⁷¹ Hyvää palvelua määriteltäessä kunnallishallinnossa on mahdollisuus erilaisille tulkinnoille. Myös eri palvelujen järjestämisvaihtoehdot lisäävät tulkinnallisuutta. Erilaiset arvopohjan muutokset saavat aikaan erilaisia kehityssuuntia, joiden tehtävänä on tuoda uusia malleja ja uudistaa normipohjaa⁶⁷².

Palvelusitoumushanketta selvittänyt työryhmä on todennut, että julkisen hallinnon periaatteisiin kuuluvat mm. tietyt laatulupaukset, asiakaslähtöisyys, joustavuus, asiakaspalaute, virheiden korjaaminen ja tehokkuus. Keskeisenä näkökulmana nähtiin laatulupaukset, jotka muodostavat palvelusopimuksen keskeisimmän kohdan. Kansalaisilla on oikeus vaatia, että palvelu täyttää sille asetetut laatulupaukset. Ongelmaksi lainsäädännöllisesti muodostuu se, että palvelusitoumuksen perusteella ei voi tulla subjektiivisia oikeuksia, koska palvelusopimukseen ei liity suoranaista muutoksenhakuoikeutta vaan ainoastaan oikeus kannella viranomaiselle tai oikeusasiamiehelle.

Palvelusopimuksen sovellettavuutta ei ole rajoitettu, vaan sen nähdään soveltuvan hyvin moniin julkisiin palveluihin. Sitoumuksessa olevat asiat eivät kuitenkaan sido kuntaa oikeudellisesti.⁶⁷³ Palvelusitoumuksen sanoma voi monessa tilanteessa jäädä oikeudellisesti julistuksenomaiseen asemaan, koska useisiin palvelusitoumuksessa lueteltuihin asioihin on jo olemassa oikeudellisia velvoitteita, joita on toteutettava esimerkiksi subjektiivisten oikeuksien nojalla. Useissa kunnallisissa palveluissa, kuten sairaanhoidossa ja sosiaalihuollossa, kuntalaisen ja viranomaisen oikeudelliset puitteet määräytyvät lähinnä hallinto-oikeudellisten normien mukaan, kun taas pelkästään

670 Willett 1999 s. 362–364. Ihalainen on väitöskirjassaan tuonut esille sopimusohjaukseen ja päätöksentekoon liittyviä asioita virkamiesten ja luottamushenkilöiden näkökulmasta. Tärkeäksi asiaksi nousivat työjako ja roolit sekä niiden muovautuminen palvelusopimusten valmistelu- ja käsittelyvaiheissa. Palvelusopimuksella tarkoitetaan kunnan tekemiä kirjallisia sitoumuksia saatavilla olevista palveluista sekä niiden ehdoista ja määräajoista. Ks. Ihalainen 2007 s. 322–324. Palvelusitoumuksissa voi olla myös jonkinlaisia sanktioita. Tammi 2006 s. 45. Samanlaisia elementtejä kuuluu ulkoistamisprosessiin, koska kunnan on jo tarjouspyyntivaiheessa määriteltävä, mitä palveluja ulkoistukseen sisällytetään, miten ja missä ne ovat saatavissa kuntalaisille ja millaisia määräaikoja noudatetaan. Kunnan kannalta tärkeissä sopimuksissa on myös huolellisesti sovittava riittävät sanktiojärjestelmät, jotta ne ovat realisoituessaan aito pelote palveluntuottajalle.

671 Mäenpää onkin puhunut palveluvelvollisuudesta. Mäenpää 1997b s. 228; Kuusikko 2000 s. 208.

672 Tammi 2006 s. 45.

673 Kuusikko 2000 s. 202.

palvelua koskeva päätöksenteko ohjautuu hallintolain mukaan⁶⁷⁴.

Palvelusitoumuksen tosiasiallista merkitystä on myös epäilty, koska palvelusitoumuksessa ei varsinaisesti ole kysymys siitä, onko sisältö oikea ja riittävä, vaan odotusajan sisällä tapahtuvasta suorituksesta. Palvelusitoumuksen puolestapuhujien mukaan palvelusitoumukset toisivat paremmin esiin poliittisesti ja paikallisesti tärkeiksi nähtyjä subjektiivisia oikeuksia.⁶⁷⁵ Keskeinen lisäarvo on palvelun laadun kehittämisessä eikä niinkään lainsäädännössä⁶⁷⁶. Kriittisimmät tahot eivät näe palvelusitoumuksen tuovan mitään uutta, mistä ei olisi jo säännelty. Voidaan kysyä, mikä osuus annetaan palvelujen järjestämisessä laadullisille ja mikä lainsäädännöllisille asioille, vai onko näitä kahta asiaa tarkoituksenmukaista edes erottaa toisistaan. Paikallisessa palvelunjärjestämisessä erottelu ei ole aina tarpeen, koska monesti eri laatusuositukset, ohjeet ja normit antavat sisältöä säännösten tarkemmalle tulkinnalle epäselvissä tilanteissa. Toisaalta myös palvelusitoumuksissa palvelun tason määrittely saattaa jäädä liian abstraktiksi, ellei laatuksitettä tarkenneta ja ajanmukaisteta sisällön osalta.

Palvelusitoumuksella ja ulkoistetun palvelun palvelusopimuksella on monia yhtäläisyyksiä. Palvelusitoumuksen tehtävänä on parantaa luottamusta kuntaan palveluntuottajana, samalla kun yritetään saada eri palveluiden tuottajia kehittämään palvelun laatua. Palvelusitoumusta pystytään erityisesti hyödyntämään kilpailutetuissa ostopalveluissa, koska silloin voidaan helpommin asettaa ostettavalle palvelulle selvät laatuavoitteet.

Palvelusitoumuksia on myös arvosteltu. Oikeudellisesti niiden ongelmana on, että ne eivät perustu mihinkään lainsäädäntöön ja eivät näin ole oikeudellisesti sitovia. Ne voivat ainoastaan täydentää olemassa olevia säädöksiä tiettyinä periaatteina. Kunnallishallinnon näkökulmasta asia ei kuitenkaan ole aivan yksinkertainen. Vaikka kuntalainen ei voi menestyksekkäästi vedota niihin oikeudellisesti, voivat palvelusitoumuksen periaatteet olla lautakunnille ja johtaville viranhaltijoille hyvinkin ”sitovia” ohjeita. Näin on etenkin silloin, jos ne on hyväksytty kunnanvaltuustoissa strategisina periaatteina, jotka liitetään tavoitteiksi seuraavan vuoden talousarvion yhteydessä. Tällöin kunta voi palvelun tilaajana esimerkiksi vaatia ulkoistetun palvelun tuottajilta, että sovitaan tietyistä palvelutavoitteista tai ohjeista, ellei sopimukseen haluta tai ole mahdollista tehdä heti sitovia muutoksia.

Palvelusitoumuksella voidaan tarkoittaa juridisen sopimuksen raamien sisällä tapahtuvaa stilisointia tai sopimuksen tason nostamista. Tilaajan ja tuottajan välisen palvelusopimuksen ja -sitoumuksen tarkastelu ei ole kuitenkaan erillistä tiedonkeruuta kunnallisen talousarvion tai tilinpäätöstietojen kannalta, vaan kyseinen menettely vahvistaisi ja syventäisi myös kunnan talousprosessien hallintaa ulkoistamisten osalta. Kunta ei voi kuitenkaan tilaajana vetäytyä kuntalaisten kuulemisesta, vaan toiminta olisi rakennettava niin, että tilaajan ja tuottajan roolit ovat selvät ja kumpikin osallistuu edustuksellisen demokratian ja kuntalaisten mielipiteiden vaihtoon säännönmukaisesti.

Ongelmina uusissa toimintatavoissa on monesti oikea resursointi ja roolit. Palvelusopimuksen lisäksi voitaisiin ulkoistamisissa hyödyntää myös palvelusitoumusta,

674 Ks. Mäenpää 1997a s. 192.

675 Nummela–Ryyänen 1996 s. 292.

676 J. Nurmi 1998 s. 67–68; Kuusikko 2000 s. 203.

jolla ei olisi oikeudellisesta näkökulmasta niin vahvaa sitovuutta kuin itse sopimuksella, vaan se toimisi enemmänkin tavoitteellisena ja luottamushenkilöiden foorumina tuoda esille kuntalaisten tarpeita palvelun tuottajalle. Tällöin myös kuntatilaja saisi sopimus-oikeudellisen sopimuksen lisäksi palveluntuottajalta julkisen palvelusitoumuksen⁶⁷⁷.

Vaikka ns. modifioitu palvelusitumus ei olisi täysin verrattavissa Ison-Britannian *Citizen's Charter* -ohjelmaan, voi siinä olla samoja elementtejä⁶⁷⁸. Suurimpana oikeudellisena erona on, että ulkoistamista koskeva sopimus on oikeudellisesti sitova, kun taas palvelusitumus ei ole⁶⁷⁹. Palvelusitoumuksen käyttöönottoa voitaisiin perustella informaationäkökulmalla, siten että luottamushenkilöt ja kuntalaiset tietäisivät paremmin, millaista palvelutasoa he voivat odottaa. Toiseksi palvelusitumus voisi tuoda yhden lisälaatuvälineen ulkoistamisen arviointiin, mutta sen ei tarvitsisi sulkea pois tiettyjä muita oikeudellisia minimivaatimuksia. Kolmanneksi palvelusitoumusta voidaan käyttää myös toiminnan kehittämisen välineenä, jolloin tilaajalla olisi yksi lisäväline hakea tuotetuille palveluille oikeaa muotoa, tavoitteita ja tasoa sekä keinoja palvelusitoumusten noudattamiseksi, parantamiseksi ja innovaatioiden hyödyntämiseksi. Vaikka sitoumukset olisivat vain ohjeellisia tavoitteita, ei juridisesti sanktioitavissa, kunnan aktiivinen seuranta ja kuntalaisten odotukset sekä muu julkisuus voisivat tuoda palvelun tuottajille hyvinkin suuren moraalisen vastuun pyrkiä asetettuihin tavoitteisiin.

Palvelusitumusajattelu nivoutuu hyvinkin läheisesti myös palvelujen kilpailutuksen ja vapaan valinnan periaatteisiin. Niissä vertaillaan, mitä palveluja tarjotaan ja millä laadulla⁶⁸⁰. Toiseksi palvelusitumusajattelussa on periaatteellisella tasolla paljon samoja elementtejä kuin ulkoistetun palvelun palvelusopimuksessa, vaikka oikeudellinen merkitys ja yksityiskohtaisuus on ulkoistamista koskevassa sopimuksessa velvoittavampi. Kaikissa ulkoistamisissa on kuitenkin erotettava toisistaan kaksi eri palvelusitoumuksen ja -tavoitteen tasoa: kunnallispoliittisesti tehdyt sitoumukset ja palvelutavoitteet sekä oikeudellisesti sitovat sopimusmääräykset osapuolten välillä. Esimerkiksi ulkoistetun palvelun sopimusjohtamisessa on monia samoja elementtejä kuin palvelusitumusajattelussa. Palvelusitumusajattelu perustuu joiltain osin myös sopimusoikeudelliseen ajatteluun⁶⁸¹, vaikka sillä ei oikeudellisesti ole samanlaista velvoittavuutta kuin muilla kunnan sopimuksilla.

Palvelusitoumuksen ja ulkoistamiseen liittyvän sopimuksen rakentamisessa ja tavoitteenasettelussa olisi integroitavissa palvelun laadulliset ja tuloksellisuuskriteerit sekä samalla hyödynnettävissä entistä avoimempi ennakoitavuus asiakasnäkökulmassa. Itse palvelusitumus ei kuitenkaan vielä ole ulkoistamista. *Palvelusitoumuksesta voi tulla*

677 Vrt. Nummela ja Rynnänen ovat kuitenkin todenneet, että ”palvelusitumusajattelu on jotain muuta kuin mannereurooppalaiseen oikeusjärjestelmään perustuvan julkisen toiminnan toteutuksen ohjausjärjestelmä, eikä sen yhteydessä juuri ole perusteita puhua ”subjektiivisista oikeuksista”. Palvelusitumusajattelua ei pidä korottaa asemaan, joka sille suomalaisessa – toisin kun brittiläisessä – oikeusjärjestelmässä ei kuulu.” Nummela–Rynnänen 1996 s. 292–293.

678 Palvelusitumusajatteluun liittyy myös sopimusoikeudellinen ajattelu. Willett 1999 s. 362–364.

679 Nurmi J. 1998 s. 67–68. Lisää palvelusitumusajattelusta ja -periaatteista. Ks. myös Kuusikko 2000 s. 202.

680 Ståhlberg 1994 s. 32–33, 35. Vrt. Ihalainen 2007 s. 311.

681 Ks. Willett 1999 s. 362–364.

yksi osa ulkoistamisprosessia, jolloin sillä vahvistetaan ja selkiytetään myös kunnanvaltuuston asemaa. Tämä voisi tapahtua siten, että kunnanvaltuusto päättäisi ulkoistamisen yhteydessä, millaisen palvelusitoumuksen tilaaja ja tuottaja antaisivat kuntalaisille.

Ulkoistamista koskeviin sopimuksiin on joissakin tapauksissa otettu joitakin elementtejä palvelusitoumuksista. Ne ovat kuitenkin usein vain yksittäisiä mainintoja ja jäävät pääosin vain sopijapuolten väliseksi asiaksi. Valtuustossa hyväksyttävällä palvelusopimuksella vahvistettaisiin ja selkeytettäisiin *valtuuston roolia ja samalla parannettaisiin kuntalain säännösten mukaisesti informaationkulkua* viranhaltijoilta valtuustolle sekä sen kautta kuntalaisille. Samalla kun palvelujen tuottamistavat, valtuuston ohjaus ja tahto sekä kuntalaisten mielenkiinto erilaisia palvelutuotantotapoja kohtaan paranisivat, voisivat palvelusitoumukseen liittyvät elementit tuoda ainakin osittain myös uusia välineitä osallistumisen eri muodoille ja erilaisia välineitä eri tuotantotapojen arviointiin.

4. LUKU

Ulkoistamisen oikeudelliset rajoitukset ja vaatimukset

4.1 Kunnallishallinnon oikeusperusta ulkoistamisissa

4.1.1 Lainsäädännön kehitys

Lainsäädännön muutokset ja hallinnolliset kokeilut ovat luoneet pohjaa sille, että kunnat ovat voineet alkaa tosissaan miettiä ulkoistamista yhtenä tapana tuottaa kunnan palveluja. Toisaalta ulkoistamista heijastellaan välillä myös laajempänä ilmiönä kuin pelkästään yhtenä palveluntuottamistapana. Seuraavassa tarkasteltavat kohdat eivät liity aina välittömästi ulkoistamiseen, mutta välillisesti ne antavat taustakuvaa siitä, miten tiettyyn tilanteeseen tai kehitysvaiheeseen on päädytty. Kuten tutkimuksen alussa jo todettiin, tutkimuksen aikaperspektiivi on rajattu pariinkymmeneen vuoteen eli keskitytään pääasiallisesti 1980-luvun lopulla alkaneisiin ja vaikuttaneisiin uudistuksiin ja lainsäädännön kehittämishankkeisiin, joilla on merkitystä tutkimusaiheen kannalta.

Lainsäädännön valmistelu on ymmärretty eri vuosikymmeninä hieman eri lailla. Esimerkiksi 1970-luvulla lainvalmistelu ymmärrettiin monelta osin vain mekaaniseksi ja välineelliseksi toiminnaksi ja keskustelua yhteiskunnan uudistamista välteltiin. Myöhemmin yhteiskuntapoliittisen suunnittelun ymmärtäminen lainvalmistelutyössä on kehittänyt lainvalmistelua lähemmäs rationaalista toimintaa, jossa päähuomio on selkeässä tavoitteenasettelussa, kokonaisvaltaisuudessa ja pitkäjänteisyydessä⁶⁸². Lisäksi kuntien näkökulmasta erityisesti puite- ja tavoitelainsäädännön lisääntyminen 1970-luvulla kasvatti kuntiin kohdistuvia velvoitteita⁶⁸³.

Toisena keskeisenä asiana on oikeudellistumiskehitys, jolla voidaan tarkoittaa normien lisääntymistä, sääntelyn yksityiskohtaisuutta ja voimakkuutta sekä säännösten kohdealueen laajentumista. Oikeudellistumisen kehityksessä oikeussäännöt vaikuttavat kuntalaisten lisäksi yrityksiin ja yhteisöihin. Näiden yksityisten oikeussubjektien toimintamahdollisuuksiin lainsäädäntö vaikuttaa ohjaavasti, rajoittavasti ja valvovasti. Lisäksi sääntelyllä voidaan antaa myös erilaisia toimintavälineitä, kuten voimavaroja ja suojakeinoja, joilla oikeussubjekti pystyy viemään omia asioitaan tai arvojaan eteen-

682 Terveystieteiden tutkimuskeskuksen tutkimuksen mukaan painotusta potilaan valinnanvapaudelle ja oikeusaseman parantamiseksi. Esimerkkeinä mainittakoon potilasvahinkolaki (585/1986) ja laki potilaan asemasta ja oikeuksista (785/1992).

683 HE 192/1994 s. 8. Kuntien haasteena on saada esille riittävästi paikallishallinnon näkemystä ja riittävä osallistuminen lainsäädännön valmisteluun silloin, kun uusia niitä koskevia lakeja säädetään. Valtion ja kuntien kesken on käytetty esimerkiksi opetushallinnon alalla neuvottelumekanismia. Niitä varten on perustettu asiantuntijaryhmiä, jotka ovat pureutuneet mm. valtion ja kuntien seurannan, ohjauksen ja arvioinnin kehittämisiin. Ryyänen 2004 s. 74.

päin.⁶⁸⁴ Oikeuden ja yhteiskunnan tietty vastakkaisuus ilmenee eri oikeudenaloilla eri tavalla. Oikeuden erillisuus ei tarkoita kuitenkaan sitä, että oikeus ja oikeustiede eriytyvät muusta yhteiskunnasta, vaan oikeudella on myös yhteiskunnallinen funktio. Toisaalta oikeustieteen katsontakulmasta oikeus asettuu aina yhteiskunnallisen ei-oikeudellisten näkökulmien yläpuolelle.⁶⁸⁵ Vaarana on, että oikeusnormien asettamisen ja soveltamisen erottamisessa lainsäädännöllä on myös paikallishallinnon näkökulmasta entistä pienempi merkitys yleisten oikeussääntöjen muovaajana sekä sovellettavuuden ja ennakoitavuuden tulkitsijana⁶⁸⁶.

Mäenpää on erottanut muodollis-oikeudellisen ja toiminnallisen tarkastelutavan, jotka ovat toisiaan täydentäviä ja osittain päällekkäisiä. Hallinnon muutoksen ongelmat ja konfliktit johtuvat monesti muodollisten puitteiden ja toiminnallisten vaatimusten ristivedosta. Hallinnon tosiasialliset käytännöt, toiminnalliset pääsuuntaukset ja organisaatiomuodot kehittyvät nopeammin ja väljemmin kuin hallintotoiminnan muodollis-oikeudelliset kehykset.⁶⁸⁷ Muodollis-oikeudellisen ja toiminnallisen näkökulman tarkastelu ja jonkinasteinen erottelu on palvelujen ulkoistamisessa välttämätöntä, jotta pystymme pureutumaan niihin ongelmiin tai puutteisiin. Uusia palveluntuotantotapoja ei ole kaikilta osin otettu oikeussääntelyssä huomioon.

Nykyinen kuntalaki on tullut voimaan 1.7.1995 ja kunnan taloutta ja hallinnon tarkastusta koskeva osio 1.1.1997⁶⁸⁸. Valtioneuvosto asetti 21.3.1991 komitean miettimään ehdotusta uudeksi kunnallislaki. Sen tuli tehdä ehdotukset siitä, kuinka kunnallislakin liittyvää muuta lainsäädäntöä pitäisi kehittää, jotta säännökset toimisivat kokonaisuutena ja vahvistaisivat kunnallista itsehallintoa oman organisaation ja toiminnan järjestämisessä⁶⁸⁹. Hallintovaliokunta totesi mietinnössään, että ehdotettu uusi kuntalaki on väljä ja joustava sekä mahdollistaa kuntakohtaiset ratkaisut kunnan hallinnossa ja tehtävien järjestämisessä⁶⁹⁰. Vanha kuntalaki (953/1976) antoi perustaa eri toimialojen erityislainsäädännölle, ja uuden kuntalain (365/1995) piti tehdä erityislainsäädännön rooli tarpeettomaksi hallinnon ja menettelytapojen osalta⁶⁹¹. On jo olemassa sekä tutkittua että käytännön tietoa siitä, miten se soveltuu muuttuneeseen

684 Tala 1986 s. 289, 296.

685 Houtsonen 2002 s. 171–172.

686 Vrt. Tuori 1990 s. 31.

687 Mäenpää 1991b s. 8, 15.

688 Kunnalliskomitean mietintö valmistui vuonna 1993. Sen perusteella valmisteltiin Hallituksen esitys kuntalaksi, jossa painotettiin uuden kuntalain tärkeyttä kuntien toimintavapauden lisääntymisellä sekä hallintokulttuurin ja kunta-valtiosuhteen muutoksella.

689 Kunnalliskomitean päätehtäväksi tuli selvittää seuraavia asioita: 1) kunnan ja kuntalaisten välinen suhde ja asukkaiden osallistumis- ja vaikuttamismahdollisuuksien lisääminen, 2) kuntien ja valtion suhde ja kuntien itsehallinnon ja kunnallislain aseman vahvistaminen, 3) kuntien taloudellinen asema ja siihen liittyvät toimintamahdollisuudet. Keskeistä oli jo tuolloin, miten kunnille voidaan turvata riittävä tulopohja ja edellytykset toiminnan taloudelliseen järjestämiseen. 4) Kunnan johtaminen, organisaatio ja toimintatavat. Samalla selvitettiin tarkoituksenmukaista kuntajaotusta ja kuntien luontevaa yhteistoimintaa. 5) Miten liittyminen Euroopan neuvoston paikallisen itsehallinnon peruskirjaan sekä muut kansainväliset muutossuunnat vaikuttivat kunnallislainsäädäntöön. 6) Tarkastella, onko syytä tarkistaa Suomen Hallitusmuodon kuntien itsehallintoa koskevia säännöksiä. KM 1993:33 s. 3–4. Monet em. kohdat ovat myös keskeisiä ulkoistamisnäkökulmasta.

690 HaVM 18/1994 s. 2.

691 HE 192/1994 s. 18.

toimintaympäristöön⁶⁹². Lisäksi kuntalakiin on tullut vuoden 1995 jälkeen lukuisia muutoksia ja tarkennuksia, kuten palvelusuhdeturvalain säätäminen (1996/486), hallinto-oikeuslain säätäminen (1999/435), julkisuuslainsäädäntö (1999/622) ja kuntien talouden tasapainottamiseen liittyvä sääntely (2000/353).

Perustuslaissa todetaan, että ”Suomi jakaantuu kuntiin, joten hallinnon tulee perustua asukkaiden itsehallintoon. Kuntajaon perusteista säädetään lailla”. Uudessa perustuslaissa säädetään joitakin kohtia mm. kuntien itsehallinnosta tarkemmin kuin vanhassa perustuslaissa⁶⁹³. Viime vuosikymmeninä kunnallisen itsehallinnon perustuslain suojan tulkintaan ei ole tullut mitään olennaisia tarkennuksia, vaan sen tulkinta on tietyltä osin vakiintunut ainakin oikeusoppineiden piirissä⁶⁹⁴.

Jo vuoden 1993 valtionuudistuksessa keskusteltiin tilaajan ja tuottajan erottamisesta toisistaan. Kunnat olivat tuolloin jonkin verran lisänneet etenkin teknisten tukipalveluiden kilpailuttamista, mutta yksityisten yritysten tuottamat palvelut nähtiin lähinnä kunnallisten palvelujen täydentäjänä eikä niinkään laajamittaisina uusina palvelujentuottamis-metodeina.⁶⁹⁵

Hallituksen esityksestä valtionosuusjärjestelmän kehittämisen tavoitteista voidaan poimia monia sellaisia kohtia, jotka ainakin välillisesti liittyvät myös kunnan palvelujen tuottamisen vaihtoehtoihin. Tällaisina tekijöinä on valtionosuusjärjestelmän tavoitteissa mainittu kustannustietoinen toiminta, taloudellisuus ja tuloksellisuuden painottaminen.⁶⁹⁶ Hallinnon moninaisuus lisääntyy, millä tarkoitetaan sitä, että toimintoja on yhtiöitetty tai on perustettu entistä tulosvastuullisempia yksiköitä. Hallinnon moninaisuuden lisääntyminen voi hankaloittaa entistä enemmän lainsäädännön tulkintaa.⁶⁹⁷ Kuntien palveluiden tuottamistavoissa ja -malleissa erilaiset tavat näyttävät vain lisääntyvän. Tällöin on vaikea löytää yhtä ainoaa standardihallinnon muotoa kuntiin, jolloin kuntien hallinnossa ja päätöksenteossa on otettava entistä tarkemmin huomioon uusien toimintatapojen haasteet myös oikeudellisen sääntelyn kannalta. Eri toimintamalleja ei ole myöskään erikseen yksilöity tai huomioitu lainsäädännössä, ja kyseisten mallien toimivuutta tai toimimattomuutta pitää tarkastella aina tilannekohtaisesti jokaisen palvelun osalta.

Sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen yksi keskeinen muutos oli vuonna 1993 voimaan tullut sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuuksista annettu laki. Sen mukaan kunnille tuli mahdollisuus ja vastuu järjestää terveydenhuoltopalvelut haluamallaan tavalla. Tätä perusteltiin kustannusperusteisen valtionapujärjestelmän menojen hillinnällä ja valtion tehtävien hajauttamisella. Näin tultiin resurssiohjauksesta paikallisen itsehallinnon mukaiseen tulosvastuuseen, jolla pyrittiin myös kunnallisen itsehallinnon vahvistamiseen. Vaikka tavoiteltua joustavuutta on saatu aikaan, muutos ei ole sujunut kaikilta osin ongelmitta, koska samalla resurssit ovat niukentuneet. Tästä myös kuntia valvovat viranomaiset ovat joutuneet huomauttamaan kuntia.⁶⁹⁸

692 Ks. VNS 3/1999; HaVM 11/2001.

693 Pöyhönen–Koski 2006 s. 20.

694 HE 1/1998 s. 175. Vrt. Jyränki 2000 s. 152; Heuru 2000a s. 165, Muren 1972 s. 20–21.

695 J. Lehto 1994 s. 108.

696 HE 214/1991 s. 3; Vrt. HE 192/1994 s. 27.

697 HE 192/1994 s. 26.

698 STM:n suositus 2008:3 s. 26.

Ulkoistamisessa yksi keskeinen elementti on kilpailuttaminen⁶⁹⁹, jota oli säädelty vuonna 1994 (1505/1992) voimaan tulleella lailla julkisista hankinnoista. Hallituksen perusteluissa oli todettu, että julkisten hankintojen alalla kilpailutus ei ole toiminut ja julkisesta sektorista on tullut kallis ja tehoton. Hankintalakiä täsmennettiin vuonna 1998 siten, että kilpailuttaminen lisääntyisi sellaisissa hankinnoissa, joita kunnilla oli ennen mahdollisuus tehdä omana työnä.⁷⁰⁰ Uusi hankintalaki (348/2007) tuli voimaan vuonna 2007. Laki pohjautuu moniin EU:n säädöksiin, ja sen tavoitteeksi on asetettu julkisiin hankintoihin liittyvien säännösten modernisointi, joustavoittaminen ja yksinkertaistaminen⁷⁰¹. Uuden hankintalain ongelmana on ollut erityisesti isommissa hankinnoissa se, että lisääntyvä sääntely vahvistaa muutosidonnaisuutta, jolloin kuntakohtaisia eroja ei voida niin paljon huomioida. Tämä taas voi lisätä byrokratiaa ja vaikeuttaa ainakin tietyltä osin tehokkaisiin ja joustaviin hallintoperiaatteisiin pyrkimistä. Kunnallishallinnossa pitäisi pystyä huomioimaan kuntalaisten näkökulmat ja edut, kun sovelletaan hallinto-oikeuden, kilpailu-oikeuden ja sopimusoikeuden säännöksiä.⁷⁰² Hankintalakiä tarkastellaan yksityiskohtaisemmin luvussa viisi.

Vuonna 2003 tuli voimaan hallinnon toimintaa sääntelevä yleislaki eli hallintolaki. Siinä on säädetty hyvän hallinnon perusteista ja hallintoasioissa liittyvistä menettelyistä. Hallintolaki on tuonut entistä selvemmin esille viranomaistoimintaan liittyvän hyvän hallinnon periaatteet sekä asiakas- ja palveluperiaatteenäkökulmat. Ulkoistamisen eri muodoissa tarkasteltavaksi tulee, sovelletaanko yksityisiin palvelun tuottajiin hallintolakiä. Tällöin tulee arvioida, onko kunta antanut yksityiselle palveluntuottajalle julkisia hallintotehtäviä. Hallintolakiä sovelletaan myös sellaiseen orgaaniin, joka tuottaa palveluita kuntalaisille hoitaessaan hallintotehtäviä⁷⁰³.

Ongelmana on, että valtaosa julkisista resursseista on kiinni hyvinvointipalvelujen tuottamisessa paikallistasolla. Samalla kuitenkin rahoitus ja julkisen talouden vakaus voidaan säilyttää vain, jos koko julkinen talous on realistisella pohjalla. Miten jatkuvat vaatimukset parantaa palvelua ja resurssien niukkeneminen pystytään paikallistasolla sovittamaan yhteen samalla kun kunnallislain uudistaminen ja kuntien valtionosuuslainsäädännön muuttuminen ovat lisänneet kuntien itsenäistä päätösvaltaa ja tiukasta normiohjauksesta on luovuttu⁷⁰⁴?

Kunnallisten palveluiden järjestämiseen ja tuottamiseen liittyy samoja ongelmia kuin valtion ja kunnan suhteeseen. Kuntien haasteena on hallita palveluiden järjestäjän roolissa oikeudellisesti hajanaista säännöksenttää kokonaisuutena. Kuntaa valvovat viranomaiset taas tarkastelevat ja valvovat kunnan toimintoja usein hyvin kapealta

699 Valtion hankintakilpailua oli säännelty aikaisemmin pääosin asetuksella. Ks. Asetus valtion hankinnoista (1070/1979). Vrt myös Asetus valtion hankinnoista (1416/1993).

700 Ks. lisää HE 152/1992.

701 HE 50/2006 s. 24–25.

702 Ks. SOU 1991:104 s. 294–296. Sääntelyn lisääntyessä on varauduttava normiristiriitojen ratkaisemiseen. Ratkaisustandardit eivät kuitenkaan ole kovin yksiselitteisiä, koska argumentaatio-oppien sisälle voi asettaa hyvinkin erilaisia vaatimuksia. Vrt. Mielityisen näkemykset argumentaatio-oppien sisällöstä ja niihin liittyvästä harkinnasta. Mielityinen 2006 s. 56–58.

703 HE 72/2002 s. 32. Kunnan palvelujen järjestämisessä pitäisi kiinnittää huomioita palvelujen saatavuuteen ja riittävyteen sekä asioimisen valinnanvapauteen. HE 72/2002 s. 57. Kuntien hankintatoimintaan sovelletaan myös kaikilta osin hallintolakiä. Ks. Kalima 2007b s. 36.

704 KM 1992:3 s. 2.

hallinnonalalta. Suurina haasteina isoissa ulkoistamisissa ovat lainsäädännön pirstoutuneisuus ja eri oikeussäännösten osittainen ristikkäisyys. Hallitus asetti vuonna 2009 (toimikausi 1.7.2009–30.12.2010) hankkeen kartoittamaan, uudistamaan ja tarvittaessa purkamaan kuntien tuottavuuden parantamista haittaavia normeja. Hankkeen ideana on, että tuottavuustavoitteiden kanssa ristiriidassa olevien normien purku sekä niiden uudistaminen parantaisi tuottavuutta. Lisäksi hankkeen tehtävänä on kartoittaa tarpeet kunnallisten palveluiden sisältöä täsmentävien ja laatua ohjaavien sekä hallintoa ja palvelujen järjestämistapaa koskevien normien muutoksiksi, joilla edistetään kuntien tuottavuutta ja vaikuttavuutta.⁷⁰⁵ Oikeussäännöstä sovellettaessa joudutaan näin punnitsemaan eri vaihtoehtoja. Normien uudistamista ja purkamista varten perustetun normityöryhmän tehtävä näyttäisi jäävän melko suppeaksi. Työ keskittyy pääosiltaan vain sellaisten normien tarkasteluun, jotka asettavat esteitä tuottavuuden parantamiselle.

Kunnallisen palvelutuotannon voimakas oikeudellistuminen herättää kysymyksen, miten kunnat voivat jatkossa selvittää lisääntyvistä velvoitteista palvelujen järjestäjänä. Tala on tuonut esille sääntelykilpailuun liittyviä tekijöitä sekä sen etuja ja haittoja. Eduiksi hän mainitsee esimerkiksi asiakkaiden valinnanvapauden lisääntymisen ja haittoiksi sääntelyn epävakauden.⁷⁰⁶ Säännökset mahdollistavat jo hyvin pitkälti hyvinvointipalvelujen laadun ja tehokkuuden parantamisen eri keinoin: erikoistumalla, suurentamalla yksiköitä, lisäämällä yhteistyötä sekä verkostoitumalla. Lisäksi on mahdollista laajentaa teknologian käyttöä, lisätä kilpailua ja vaihtoehtoisia tuotantomalleja sekä tiivistää julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyötä.⁷⁰⁷

Tehokkuuden parantamisessa peruskysymys on niin oikeudellisesti kuin toiminnallisesti, miten nykyisestä organisaatio- ja tuotantokeskeisistä malleista siirrytään entistä asiakaslähtöisempiin malleihin, joissa pääperiaatteina ovat kunnallisten palvelujen saatavuus, laatu ja taloudellisuus – oikeusturvanäkökulmia unohtamatta. Oma tuotanto ja liian yksipuoliset ja suppeat palvelujen järjestämis- ja tuottamisrakenteet yhdistettynä liian pieneen väestöpohjaan aiheuttavat tulevaisuudessa entistä suurempia haasteita kunnille.⁷⁰⁸ Kunnallista palvelujenjärjestämisproblematiikkaa on laajemmin lähdetty ratkomaan pääsääntöisesti sääntelyä lisäämällä, ja seuraavissa luvuissa syvennytään tarkemmin siihen, mitä eri säännösten vaatimukset ja rajoitukset asettavat kunnallisten palvelujen ulkoistamisille.

705 VM:n tiedote 18.6.2009. Normitalkoissa tehtävänanto on rajattu kuitenkin siten, että siinä ei koskesta sellaisiin normeihin, jotka säätävät kansalaisten oikeuksista palveluihin ja kuntien velvollisuudesta järjestää palveluita. Hankkeen tehtävänä on laatia säädöspoliittinen viitekehys, joka arvioi tällä hetkellä käytössä olevien normien, kannustimien ja informaatio-ohjauksen vaikutuksia kuntien, kuntayhtymien ja muiden kuntien määräysvallassa olevien palveluntuottajien toimintaan, talouteen ja tuottavuuteen. Arviota on mahdollista käyttää myös apuna lainvalmistelussa sekä suunniteltaessa kuntien tehtäviin kohdistuvia kannustimia, tulo- ja tavoiteohjelmia taikka informaatio-ohjausta. VM:n tiedote 18.6.2009.

706 Tala 2005 s. 59–60.

707 VM:n julkaisuja 4/2003 s. 21–22.

708 Vrt. VM:n julkaisuja 4/2003 s. 21–22.

4.1.2 Julkisoikeuden ja yksityisoikeuden erottelu

Julkisoikeuden ja yksityisoikeuden suhde on vuosikymmenien aikana muuttunut avoimemmaksi, ja kummaltakin oikeudenalalta on suuntauksia kulkenut toiselle⁷⁰⁹. Keskeinen tekijä oikeudenalojen erottelussa on ollut sääntelydiskurssi: Yksityisoikeudessa lähtökohtana on toimintavapaus ja oikeussubjektit ovat tasa-arvoisia, jolloin sääntelyn lähtökohtana on dispositiivisuus. Julkisoikeudessa toimintasuhde voi olla yksipuolinen viranomaistoiminta ja sääntelyn luonnetta heijastelee indispositiivisuus⁷¹⁰. Toisaalta dispositiivisten ja indispositiivisten raja on eri viranomaistoiminnoissa lieventynyt⁷¹¹.

Julkis- ja yksityisoikeuden raja ylitetään entistä helpommin, koska samaan oikeudelliseen tapaukseen voidaan joutua soveltamaan molempien säännöksiä. Kunnan palvelujen siirtäminen yksityisille orgaaneille on lisännyt tasapainoilua näiden kahden välillä, ja säännösten soveltaminen on monella tavalla tullut entistä vaativammaksi. Tällaisia rinnakkaisia yksityis- ja julkisoikeudellisia normeja voi ilmentyä monessa tilanteessa⁷¹². Edellä käsitelyyn PPP-malliin liittyvät juuri eri oikeudenalojen rajauskysymykset. Tällöin eri toimijat olisi nähtävä vuorovaikutteisina toisiinsa kytkeytyneinä järjestelminä, jolloin julkisten, yksityisen ja kolmannen sektorin ristikkäisyyksiä ja yhteenliittymiä olisi tarkasteltava aivan uudelta pohjalta⁷¹³.

Toisaalta markkinaehtoisuuden ja samalla yksityisoikeuden lisääntyminen ei ole hallinto-oikeuden näkökulmasta täysin ongelmatonta, koska jo hallinnon ja lainkäytön erottaminen voi olla organisatorisesti vaikeaa⁷¹⁴. Tällä tarkoitetaan sitä, että tuomioistuimilla on hallintotoimintaa mutta viranomaiset voivat myös joissakin tapauksissa harjoittaa lainkäyttöä. Toiseksi julkisoikeus on enemmän absoluuttista, mitä ilmaisee legaliteettiperiaate⁷¹⁵. Lainkäyttö⁷¹⁶ ja hallinto eroavat oikeussääntöjen soveltamisessa siinä, että lainkäytön tavoitteena on soveltaa suoraan tiettyihin tapauksiin, kun hallinnossa oikeussäännöksiä sovelletaan tiettyjen päämäärien saavuttamiseksi⁷¹⁷. Oikeusturvan näkökulmasta kunnan rooli on moninainen, koska kunta on julkisoikeudellinen juridinen henkilö, joka voi olla niin vastaaja kuin kantaja tai hankkia oikeuksia. Lisäksi kunta on myös pakkoyhteisö, johon on kuuluttava, ja kunta voi myös käyttää pakkovaltaa⁷¹⁸. Keskeiseksi nousee, millaisia hallinnollisia säädöksiä sovelletaan ulkoistamisprosessin eri vaiheissa. Lainkäyttö voidaan nähdä vasta toissijaisena keinona.

Kunnallista ulkoistamista ajatellen on hyvä mieltä ainakin teoreettiselta kannalta, miten julkisoikeus ja yksityisoikeus ovat systematisoitavissa. Oikeusjärjestyksellemme on ominaista, että on olemassa dispositiivisia ja absoluuttisia normeja. Dispositiivisilla normeilla tarkoitetaan sellaisia normeja, joista voidaan esimerkiksi tiettyssä sopimusti-

709 Husa–Pohjolainen 2008 s. 70.

710 Paaso 1992 s. 21–23.

711 Mäenpää 2005 s. 174.

712 Kulla 2003 s. 17.

713 Ryyänen 2008 s. 258–259.

714 Jyränki–Perttunen–Vilkkonen 1982 s. 281.

715 Jyränki–Perttunen–Vilkkonen 1982 s. 260–262.

716 Lainkäyttömenettely voidaan jakaa asioiden luonteen mukaan esimerkiksi siviiliprosessiksi, rikosprosessiksi tai hallintoprosessiksi. Ks. Lager 1994 s. 10–12.

717 Makkonen 1981 s. 165–166.

718 Harjula–Prättälä 2007 s. 158.

lanteessa poiketa, kun taas absoluuttisia normeja on asianosaisten noudatettava. Vaikka yksityisoikeudessa on olemassa hyvin pitkälle sopimusvapauden periaate, on kuitenkin esimerkiksi ulkoistamisen oikeusvaikutusten rakennuttava perusteiltaan yksittäisiin oikeusnormeihin ja niiden yhteydessä annettuihin perusteluihin.⁷¹⁹

Julkisoikeuden ja yksityisoikeuden tarkkaa rajaa voi olla hyvin vaikea määrittellä, koska yksityisoikeuden alaan liittyvien oikeussäännösten soveltaminen vaatii ainakin kokonaisuuden osalta julkisoikeudellisten normien soveltamista⁷²⁰. Tietyn ongelman erittely tai jokin käsite voivat rakentua eri tavoin eri oikeudenaloilla, tästä esimerkkinä toimivallan käsite⁷²¹. Julkisoikeuden ja yksityisoikeuden erottelu ja rajanveto-problematiikka eivät liity vain ulkoistamisen eri muotoihin vaan monelta osin myös yksityistämisen eri muotoihin⁷²². Tässä asiaa tarkastellaan kuitenkin ulkoistamisen näkökulmasta, vaikka tiettyjä yhtäläisyyksiä ja rajapintoja yksityistämiseen liittyvien käsitteiden kanssa on olemassa.

Kuten edellä on käsitelty, on yksityisoikeuden ja julkisoikeuden välinen ero on kaventunut joissakin tilanteissa niin pieneksi, että on esitetty, että niillä ei olisi eroa lainkaan. Kunnallisten toimintojen ulkoistamisissa olisi kuitenkin pystyttävä hahmottamaan, milloin eri tilanteissa ollaan julkisoikeudellisten ja milloin yksityisoikeudellisten asioiden piirissä, koska niillä on selvä ero oikeudellisessa ja hallinnollisessa toiminnassa. *Muutoksenhaun ja valitusoikeuden kannalta on hyvin ratkaisevaa*, noudatetaanko yksityisoikeudellisia tai julkisoikeudellista lainsäädäntöä vai sovelletaanko samanaikaisesti kumpaakin⁷²³. Kuntalaisten ja sopimusosapuolten oikeusturvan näkökulmasta keskeinen kysymys on, turvaudutaanko ongelmatilanteissa hallinto-oikeuden vai yleisen tuomioistuimen puoleen.⁷²⁴ Punnintatilanteissa pitäisi ulkoistamisprosessin eri vaiheissa pystyä aina hahmottamaan se oikeudellinen kehikko, jonka avulla pystytään syventymään tapauksen kannalta keskeisiin oikeudellisiin vaihtoehtoihin.

Mäenpää on todennut oikeustieteellisen sopimusdiskurssin tarkastelusta, että ”Koska riittävän yhtenäisen tarkastelun mahdollistavaa oikeustieteellistä sopimusdiskurssia ei kuitenkaan ole vielä kovinkaan laajasti muotoiltu, myös oikeudenaloittain rajattujen paradigmojen ja doktrinaaristen taustojen huomioon ottaminen on perusteltua”. Vaikka hallinto-oikeuden ja sopimusoikeuden erot ovat osittain pienentyneet, on silti ymmärrettävä periaatteellisesti, millainen rooli oikeudenaloilla on selvärajaisessa tilanteessa. Samalla on kuitenkin huomattava, että yksityisoikeudellisella ja julkisoikeudellisella diskursseilla ja niiden jaottelulla on merkittävä rooli niin hallinnollisissa kuin oikeudellisissa tilanteissa.⁷²⁵

719 Vrt. Klami 1986 s. 40–41.

720 Jyränki–Perttunen–Vilkkonen 1982 s. 46.

721 Makkonen 1978 s. 4. Yksityisen organin (kuten osakeyhtiön tai säätiön) hoitaessa julkista hallintotehtävää, on monesti kyse lain perusteella annetusta toiminnasta. Kulla 2003 s. 23.

722 Ks. Rasinmäki 1997 s. 45–51; Heuru 2000a s. 330–331.

723 Asiaa on käsitelty tarkemmin luvussa 7.4.

724 Ks. Mäenpää 2005 s. 178; Mäenpää 1989 s. 12. Ulkoistamista koskevissa sopimuksissa on huomioitava OikTL:n säännökset, vaikka kyse ei olisi suoranaisesta yksityisoikeudellisesta sopimuksesta. Ks. Mäkinen 2001 s. 117–118.

725 Mäenpää 1989 s. 12.

Ulkoistamista koskeva palvelusopimus voidaan pahimmillaan eri oikeuslähteiden mukaan tulkita sekä julkisoikeudelliseksi että yksityisoikeudelliseksi sopimukseksi⁷²⁶. Ulkoistamiseen liittyvät sopimukset ovat jaoteltavissa julkisoikeudellisiin ja yksityisoikeudellisiin sopimuksiin⁷²⁷. Eri asia on, kuinka paljon tällä jaottelulla on perusteita ulkoistamisen kannalta.

KHO 1993 A 10. Tapauksessa on esimerkiksi mainittu päivähoitopalvelujen ostopalvelusopimus, joka on ratkaisussa todettu julkisoikeudelliseksi sopimukseksi. Toisaalta hallituksen esityksessä vuodelta 1981 on todettu, että sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen hankkimiseen liittyviä sopimuksia on tulkittava yksityisoikeudellisina sopimuksina. KHO mainitsi perusteluissaan, että kunnalla on sosiaalihuoltolain 17 §:n mukaisesti velvollisuus järjestää päivähoitopalvelut. Koska on kyse lakisääteisen toiminnan järjestämisestä ja täyttämisestä, on sopimus julkisoikeudellinen.

Eilavaaran näkökulmaa mukaillen ulkoistamista koskevaa sopimusta olisi pääsääntöisesti pidettävä yksityisoikeudellisena sopimuksena. Vaikeaa on myös löytää tilanteita, joissa kunta pystyisi yksipuolisesti toteamaan, että sopimus olisi julkisoikeudellinen, koska se muuttaisi kilpailuoikeudellisten näkökulmien lisäksi koko sopimuskonstruktion.⁷²⁸

Terveydenhuollossa on joitakin erityislakeja, jotka koskevat kuitenkin julkista ja yksityistä tahoja samalla tavalla, kuten potilaslain säännökset ja laki terveydenhuollon ammattihenkilöstöstä. Lisäksi henkilövahingot niin julkisella kuin yksityisellä sektorilla korvataan usein potilasvahinkovakuutuksen kautta. Terveydenhuollossa voi joissakin tapauksissa olla vaikeaa luokitella oikeussuhdetta yksiselitteisesti tiettyyn sopimus-oikeudelliseen suhteeseen, koska esimerkiksi tutkimus- ja hoitosuhdetta ei pystytä kategorisoimaan pelkästään sopimussuhteeksi tai hallinnolliseksi oikeussuhteeksi.⁷²⁹

Kuntalaisten oikeusturvan kannalta eriarvoisuus ei saisi lisääntyä, oli palvelun tuottaja julkinen tai yksityinen taho. Hoitoon tyytymätön voi hakea muutosta hallinto-oikeudellisena hallintoriita-asiana tai yksityisoikeudellisena vahingonkorvauskanteena sen mukaan, onko kyse terveydenhuollon ammattilaisten toiminnasta vai kunnan päätöksistä palvelun järjestäjänä⁷³⁰. Vaikka yksityinen palveluntuottaja soveltaa omissa toiminnassaan myös yksityisoikeudellisia säännöksiä, on kunta julkisoikeudellisena toimijana järjestämisvastuun kautta vastuussa myös sellaisesta toiminnasta, joissa yksityiseltä palvelun tuottajalta ostettava palvelun määrä tai laatu on selvästi alimitoitettu tai kuntalainen ei saa tarvitsemaansa kiireellistä hoitoa.

Yksityisoikeuden ja julkisoikeuden sääntelydiskurssien erot ovat kaventuneet siten, että julkisen vallan käyttö on muuttanut muotojaan, mikä voi ilmetä myös entistä

726 Ks. HE 101/1981 s. 18; Eilavaara 1987 s. 279; Rasinmäki 1997 s. 356–366.

727 Vrt. Suviranta 2006b s. 64. Julkis- ja yksityisoikeudellisiin sopimuksiin palataan kohdassa 6.1.2.

728 Vrt. Eilavaara 1987 s. 279.

729 Lötjönen 2002 s. 249–250.

730 Ks. myös KHO:2002:21.

enemmän yksityisoikeuden alalla⁷³¹. Monimutkaisessa oikeudellisessa ympäristössä voidaan päätyä siihen, että kunnallista sopimustoimintaa ei ole tarkoituksenmukaista arvioida vain julkisoikeuden tai yksityisoikeuden näkökulmasta. Oikeusjärjestystä olisi tarkasteltava heterogeenisena ja moninaisena kokonaisuutena.⁷³² Yksityisoikeuden ja julkisoikeuden luokittelu voi olla jossakin ulkoistamisprosessin kohdassa hyvin vaikeaa. Hyvin kehitystä kuvaavana esimerkkinä voidaan pitää sitä, että vielä 1990-luvun alussa kunnallinen hankintapäätös ymmärrettiin pääasiassa yksityisoikeudelliseen sopimuksen kuuluvana tahdonilmaisuna, jolloin myös hankintaan liittyvät riidat olivat usein sopimus- ja vahingonkorvausoikeudellisia asioita. Toisaalta myös kuntien päätökset hankinnoista olivat monesti hallintopäätöksiä, joista pystyi tekemään vain kunnallisvalituksen.⁷³³

Ruotsissa on aktiivisesti pohdittu yksityisoikeudellisia ja julkisoikeudellisia yhteistyömuotoja sekä niihin liittyvää julkisuusperiaatteen toteutumista⁷³⁴. Yksityisoikeuden ja julkisoikeuden jaottelussa on kysymys hyvin perustavaa laatua olevasta jaottelusta, koska sen juuret pohjautuvat roomanis-germaaniseen oikeusjärjestelmään ja oikeuskulttuuriin. Keskeiseksi tarkasteltavaksi asiaksi nousee, mitä muutoksia oikeuskehitys on kyseiseen jaotteluun tuonut.

Julkisoikeuden ja yksityisoikeuden erottelua ja rajan määrittelyä on Pohjoismaissa yritetty selvittää eri teorioiden avulla. Julkisoikeuden ja yksityisoikeuden jaottelun lähtökohdana on perinteisesti pidetty intressi- tai subjektiteoriaa. *Subjektiteorian* mukaan oikeussuhde on julkisoikeudellinen, jos joku osapuolista toimii julkisen vallan ominaisuudessa. Intressiteorian tulkinnassa yksityisoikeudessa yksityisillä intresseillä on merkittävä rooli, kun taas julkisoikeuteen liittyvät sellaiset oikeusnormit, joiden soveltamisessa julkinen intressi on erittäin keskeisessä asemassa.⁷³⁵ Toiseksi *intressiteorian* mukaan yksityisoikeuden normeilla annetaan erikseen suojaa yksityisten osapuolten oikeussuhteisiin, kun taas julkisen intressin suojana ovat sellaiset normit, jotka koskevat mm. yhteiskunnan järjestysmuotoa. Intressiteorian ongelmana on, että se ei selvennä yksiselitteisesti yksityisoikeuden ja julkisoikeuden rajaa, koska julkisoikeudelliset säännökset voivat vaikuttaa samanaikaisesti eri osapuoliin myös yksityisoikeudellisissa oikeussuhteissa.

Subjektiteoriat spesifioivat intressiteoriaa tarkemmin oikeussuhteen muodon. Subjektiteoria samoin kuin intressiteoria ei pysty täysin selkeyttämään julkisoikeuden ja

731 Merikoski on jo todennut, että subjektiivisesta julkisoikeudesta on kysymys silloin, kun ”säännöksen varsinaisena tarkoituksena on suojata yksilö ja kun hänellä ko. säännökseen perustuvan vaatimuksena toteuttamiseksi on oikeuskeinoja käytettävissä”. Refleksioikeudelle taas on tunnusomaista että ”oikeussäännös suojaa yksilöä ja antaa hänelle tiettyjä etuja, vaikkakaan säännöksen ainakaan ensisijaisena tarkoituksena ei ole ollut antaa suojaa ja etuja yksilölle”. Merikoski 1964 s. 25.

732 Mäenpää 1989 s. 10–12.

733 Ks. Mäkinen 2000 s. 47.

734 SOU 1998:72 s. 37. Tutkimuksessa on todettu, että ”Flera olika associationsrättsliga former kan användas, men de flesta av dagens cirka 1600 kommunala företag är aktiebolag”. Ruotsin kuntalaissa on määräykset kunnallisesta yrityksestä, mutta ei mainintaa kunnallisten yhtiöiden toimintakentästä. Samalla on todettu, että ”det bör också framhållas att de kommunala företagen inte har vidare kommunalrättslig kompetens än vad deras ägare har tillsammans”. SOU 1998:72 s. 45.

735 Mäenpää 1997a s. 75.

yksityisoikeuden välistä rajaa. Pääperiaatteeksi nousee, kuka on oikeussuhteen subjektina ja missä ominaisuudessa subjektit esiintyvät.⁷³⁶ Subjektiteorian mukainen hypoteesi on, että oikeussuhde on julkisoikeudellinen, jos molemmat tai toinen oikeussubjektit on oikeussuhteessa julkisen vallan ominaisuudessa. Tähän hypoteesiin ei kuitenkaan voida kaikissa tilanteissa nojautua, koska ulkoistamisen muodot, palveluntuottajan organisaatiomuodot sekä palvelun sisältö voivat vaihdella, jolloin on myös arvioitava mahdollista sopimusta ja sitä edeltäviä menettelyjä ja päätöksiä.

KuntaL 2 §:n mukaan vain kunnan julkisoikeudelliset tehtävät kuuluvat säännöksen piiriin, eikä säännöksen tarkistamista yksityisoikeudellisten tehtävien osalta ole nähty tarpeelliseksi⁷³⁷. Kunnallisissa ulkoistamisissa intressi- ja subjektiteoriat selittävät ja määrittelevät osaltaan kunnan asemaa. Kunta voi kuitenkin olla *monissa oikeussuhteissa eri roolissa ja kysymys siitä*, onko kunta sopijapuolena yksityisoikeudellinen tai julkisoikeudellinen toimija, ei ole aina yksiselitteinen. Tätä ajatuspohjaa voidaan toisaalta vahvistaa intressiteoriasta eri intressien voimakkuuden näkökulmasta.

Terveydenhuollossa ulkoistamiset ovat lisääntyneet voimakkaasti ja sopimus-suhteisiin on myös tullut uusia elementtejä. Voidaanko enää pitää riittävän selvänä perinteistä jaottelua, jossa yksityissektorin tuottamat terveystalot on luokiteltu yksityisoikeudellisiin sopimussuhteisiin ja samalla suurta osaa julkisen sektorin terveystaloudesta on pidetty tosiasiallisena hallintotoimintana⁷³⁸. Hyvä esimerkki ovat erilaiset vanhustenhuollon palvelut, joita on vaikea lokeroida pelkästään yksityis- tai julkisoikeuteen. Näitä palveluja järjestettäessä on usein tukeuduttava sosiaali- ja terveydenhuollon sääntelyn lisäksi myös sopimusoikeudellisiin asioihin⁷³⁹. Puhdas luokittelu on tullut entistä vaikeammaksi, koska yksityisten ja julkisen rinnalle on tullut selkeämmin kolmas tapa tuottaa terveystalouksia eli julkis-yksityinen yhdistelmä. Näistä valtaosa on ulkoistamisia.

Kun kunnat ovat alkaneet toimia entistä enemmän markkinoiden ja yksityisoikeudellisten toimijoiden kanssa⁷⁴⁰, täytyy kunnissa pystyä erottelemaan, missä tilanteissa kunnan roolit oikeudellisesti vaihtelevat. Kunta voi olla vain yksi sopijapuoli tai palvelun järjestäjä. Samalla joudutaan miettimään välillisesti tai välittömästi julkiselle vallalle kuuluvia tehtäviä ja julkisen vallan käyttämistä⁷⁴¹. Palvelujen tuottajan roolissa oleminen on pohjimmiltaan oikeudellisesti lähellä Ruotsin oikeustieteessä kehitettyä janusteoriaa. Ruotsissa on kehitelty Janus-teoria, jonka mukaan kunnan hallinto on eriteltävissä yksityiseen hallintoon ja julkishallintoon. Kunnissa olisi näin eriteltävissä sekä yksityinen että julkisoikeudellinen puoli.⁷⁴²

736 Merikoski–Villkkonen 1982 s. 7.

737 Ks. Hoikka ym. 1999 s. 17, 19.

738 Ks. Laakso 2006a s. 99.

739 Palveluasuntojen toimintaa rahoittavat kunnan lisäksi myös yksityiset. Mallit ja sopimukset ovat hyvin erilaisia, minkä lisäksi kuntalaisten on vaikea vertailla palvelutaloiden kustannuksia, koska maksuperusteet voivat olla hyvin kirjavia. Toiseksi jotkut kunnat maksavat osan kuluista, jolloin hinta riippuu kunnan ja palvelutalon kesken tehdystä sopimuksesta. Ks. Kallioma–Puha–Mäki–Petäjä–Leinonen 2002 s. 306–307.

740 Holopainen on väitöskirjassaan todennut jo 1960-luvun lopussa, että oikeuskirjallisuutemme tullut konstruktio kunnan hallinnon jaosta yksityiseen hallintoon ja julkishallintoon on tullut Ruotsista. Ks. Holopainen 1969.

741 Vrt. Saipio–Nittylä–Vartiainen 1996 s. 22, 91.

742 Holopainen 1969 s. 242–243.

Julkisoikeudellisissa tilanteissa joudutaan noudattamaan tiettyä määrämuotoisuutta ja lakisidonnaisuutta, kun taas yksityisoikeudellisissa tilanteissa liikkumavara ja sopimusvapaus ovat laajempia⁷⁴³. Rajan vetäminen julkisoikeudellisen ja yksityisoikeudellisen yhteistyön välille ei välttämättä ole enää mielekästä, koska kuntien hallinnon piiriin liittyvistä tehtävistä huolehditaan yksityisoikeudellisen sopimuksen pohjalta mutta yksityisoikeudellista tehtävää voidaan hoitaa kunnallisella organisaatiolla⁷⁴⁴.

Voidaan kysyä, onko julkisoikeudellisten ja yksityisoikeudellisten erottelu mielekästä ja onko se sopimustoimivallan laajuuden näkökulmasta merkityksetöntä. Oikeusteorian kannalta julkisoikeuden ja yksityisoikeuden rajan pohdinta ja erottelu on tiettyiltä osin välttämätöntä, jotta voisimme *analysoida ulkoistamisia ja etenkin ulkoistamisiin liittyviä sopimuksia oikeustieteellisesti*. Toiseksi jaottelun ja rajan analysointi on myös koko ulkoistamisprosessin näkökulmasta välttämätöntä, jotta *pystyttäisiin asemoimaan, missä vaiheessa ulkoistamisprosessia on sovellettava tiettyä säännöstöä*.

Käytännön kunnallishallinnossa jaottelulla on merkitystä myös ulkoistamista koskevan sopimusten tulkinnan, vastuun ja sitovuuden kannalta. Lisäksi kuntalaisten kannalta olennaista on, kuka palvelut tuottaa, koska palvelujen tuottamisessa on eroja mm. julkisuuden, laillisuusvalvonnan, rikosoikeudellisen vastuun, päätöksentekoprosessin sekä henkilöstön oikeudellisen aseman näkökulmasta.⁷⁴⁵

Oikeudellista tulkintaa tarvitaan etenkin epäselvissä tilanteissa, joissa toimijoiden rooli ja sopimussuhde voivat eri palvelumuodoissa vaihdella. Jossakin määrin perinteistä luokittelua yksityiseen tai julkisoikeudelliseen tarvitaan, jotta muutoksenhakuun, oikeusturvaan ja vahingonkorvaukseen liittyvät asiat olisivat eri osapuolten osalta selkeästi hahmoteltavissa. Ulkoistamisen yksityisoikeudellinen ja julkisoikeudellinen jaottelu ei vaikuta kunnan välittömään päätöksentekoon vaan muutoksenhakuun. Esimerkiksi *sopimusrikkomuksissa ja vahingonkorvauskysymyksissä jaottelulla on olennainen merkitys*, koska normaalisti yksityisoikeudelliset sopimusriidat käsitellään käräjäoikeudessa ja julkisoikeudelliset sopimusriidat hallinto-oikeuksissa.

Hallintotuomioistuimen ja yleisen tuomioistuimen toimivallan näkökulmasta ulkoistamisprosessissa on monia kohtia, joissa liikutaan julkis- että yksityisoikeuden puolella sekä niiden rajapinnassa. Ulkoistamisissa ongelmaksi voi tulla lainsäädäntö, jota sovelletaan sekä julkis- että yksityisoikeudellisissa suhteissa. Oikeudenalat ylittävä geneerinen yleissäännöstö on ylipäätään lisääntynyt⁷⁴⁶. Vaikka oikeuskehitys ja käytännön sopimustoiminta ovat viime vuosikymmenien aikana lähentäneet yksityis- ja julkisoikeutta toisiinsa, on erilaisten palvelutuotantotapojen ja mallien lisääntyessä perusteltua säilyttää niiden ero. Näin pystymme erilaisissa tapauksissa arviomaan, missä raja kulloinkin menee.

743 Näihin asioihin palataan myöhemmin ulkoistamista koskevan sopimuksen näkökulmasta luvussa 6.1.

744 Mennola 2008 s. 266 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008).

745 Rasinmäki 1997 s. 87–88. Ks. Mäenpää 1989 s. 137; Mäkinen 2001 s. 8–9.

746 Vrt. Mäepää 2005 s. 179.

4.1.3 Oikeusperiaatteet ja oikeusnormit

Historiallisesta perspektiivistä oikeuden yhdeksi pääasialliseksi tehtäväksi on määritelty yhteiskuntaelämän ohjaaminen. Nykyään oikeudelle voi kuulua monia eri tehtäviä. Julkisoikeuden pääasiallisia tehtäviä voidaan jaotella valtiosääntöoikeudellisesta näkökulmasta:

- 1) Ristiriitojen ratkaiseminen, jolla tarkoitetaan tiettyjen sääntöjen säätämistä yhteiskunnan toiminnalle.
- 2) Yhteiskuntaelämän ohjaus, jolloin valtio voi välittömästi tai välillisesti rajoittaa yhteiskunnan eri tahojen toimintaa.
- 3) Julkisen palvelutuotannon järjestäminen,⁷⁴⁷ sillä yksityinen sektori ei pysty järjestämään kaikkia yhteiskunnan kannalta välttämättömiä palveluita.
- 4) Julkisen vallankäytön organisointi, jolla tarkoitetaan erilaisten normien antamista julkisen toiminnan sääntelynä, jotta julkisen hallinnon ja tuomiovallan edellytykset ja rajoitukset ovat tiedossa.⁷⁴⁸

Perustuslailla on vaikutusta tavallisten lakien sääntelyyn. Valtioneuvoston lainvalmistelun suunnittelun ja johtamisen kehittämistyöryhmä on todennut, että perustuslaki on omalta osaltaan lisännyt lakitasoista sääntelyä. ”Osaksi tämä on selitettävä sillä, että osa perustuslain voimaantulon aikaan voimassa olevasta lainsäädännöstä jätettiin uudistettavaksi myöhemmin. Näin ollen alemmanasteisia säännöksiä on jouduttu uudistamaan perustuslain vaatimuksia vastaavaksi”.⁷⁴⁹

Oikeusteoreettisesta näkökulmasta oikeusperiaatteet voidaan hahmottaa oikeusjärjestyksen osaksi, joka ei kuitenkaan kuulu välittömästi mihinkään eksplisiittiseen säädännäiseen menettelyyn. Toisaalta aina oikeusperiaatteet eivät ole välittömästi löydettävissä jostakin kohtaa lakitekstiä, vaikka asia kielellisenä ilmaisuna sieltä löytyisikin.⁷⁵⁰ Kunnallisessa ulkoistuksessa voidaan joutua tilanteeseen, jossa jokin osa ulkoistettavasta palvelusta on lailla sääntelemätöntä ja sen pääasiallisina normilähteinä ovat yleisten sopimusehtojen määräykset. Tällainen tilanne voi tulla esimerkiksi rakennusurakoissa. Kunta on aina järjestämistä vastuun lisäksi vastuussa julkishallinnon säännösten ja periaatteiden noudattamisesta kaikissa eri palveluntuottamistavoissa. Ongelmaksi kunnallishallinnossa tulee, kuinka hyvin nämä oikeusperiaatteet tunnetaan

747 Laakso on nähnyt julkisen palvelun järjestämisen laajemmassa merkityksessä seuraavasti: ”Julkisen palvelun järjestäminen, koska markkinamekanismi ei kykene järjestämään yhteiskunnan kannalta – – kaikkia keskeisiä palveluita, minkä vuoksi julkinen valta huolehtii niistä. Näistä säännellään useimmiten valtiosääntöjen perusoikeusluettelossa, joiden takaamat perusoikeudet toteutuvat pitkälti julkisen vallan toimenpiteiden turvin”. Laakso 1990 s. 8–14. Ks. Husa 1997 s. 77. Ulkoistamisen näkökulmasta voidaan puhua markkinamekanismien järjestämisen lisäksi markkinamekanismien mahdollisuudesta julkisen palveluiden tuottamiseen, koska markkinamekanismeilla on mahdollisuus myös auttaa lakisäätteiden palveluiden tuottamisessa.

748 Husa 1997 s. 77.

749 Valtioneuvosto kanslian julkaisusarja 13/2005 s. 67. Työryhmä totesi myös, että laintasoisen sääntelyn lisääntyminen on aiheuttanut ongelmia eduskunnan lainsäädäntötyön tarkoituksenmukaisen fokuoimisen kannalta. Toisaalta työryhmä painottaa perustuslakivaliokunnan roolia perustuslain tulkinnassa lakien säätämistä vaiheessa.

750 Kavonius 2001 s. 32–33.

eri palvelutuotantotavoissa.

Oikeusjärjestys muodostuu oikeusnormeista, joilla tarkoitetaan kansalaisten käyttäytymiseen välittömästi tai välillisesti koskevia sääntöjä, joiden noudattamisella tai noudattamatta jättämisellä on oikeusvaikutuksia. Oikeusnormien päätarkoituksena on suojata yhteiskunnallisia arvoja, mikä takaa pitemmäksi ajaksi kohtuullisen rationaalisen ja ennustettavan toiminnan.⁷⁵¹ Oikeusnormien käsitteen laajuus ei ole oikeustieteilijöiden keskuudessa täysin yksiselitteinen, koska oikeusperiaatteita on nähty myös oikeusnormeina⁷⁵². Oikeusjärjestystä voidaan kuvata ensisijaisesti pakkojärjestykseksi, eli niiden noudattamista parannetaan sanktioilla. Vaikka oikeusjärjestys näyttää jäykältä, siinä tapahtuu koko ajan muutoksia, koska sen normit voivat muuttua toimintaympäristön ja yhteiskunnallisten vaatimusten mukaisesti.⁷⁵³

Diffuusio on selitetty niin, että monilla poliittis-oikeudellisilla keksinnöillä olisi vain yksi lähde ja näin ne voitaisiin perustella diffuusiolla. Husa on maininnut, että ”Diffuusiotutkimus ymmärretään tutkimukseksi, jossa kuvataan ja selitetään ilmiöiden leviämistä, ympäristöstä ja järjestelmästä toiseen.” Valtiosääntöoikeudellisessa tutkimuksessa, on vaarana, että yritetään oikeudellistaa politiikkaa liikaa, jolloin voidaan ajaa demokratia entistä ahtaammalle. Esimerkiksi oikeudellinen asiantuntijavalta voi heikentää paikallisen ja valtiollisen poliittiseen ohjaukseen alaan kuuluvaa perinteistä poliittista organisointia.⁷⁵⁴

Vuonna 1991 normiselvitysraportissa tutkittiin paikallishallinnon viranhaltijoiden käsityksiä valtion ja kuntien ohjauksen muutoksista normilain jälkeisenä aikana. Yhtenä selvityksen pääalueena oli se, miten kuntien viranhaltijat olivat kokeneet normiannon pienentymisen. Ongelmana nähtiin se, että kunnan sisäinen ohjaus⁷⁵⁵ ei ole vähentynyt samaan tahtiin kuin valtion ohjaus. Positiivisina vaikutuksina voidaan mainita, että kuntien palveluille on ollut mahdollista määritellä enemmän kuntakohtaisia tavoitteita, sosiaalitoimessa taloudellisia painopistealueiden liikkumisvara on kasvanut ja kehittämisen perustaksi on voitu ottaa erityisesti sellaiset tarpeet, joissa normeja on vähennetty ja delegointimahdollisuudet ovat parantuneet.⁷⁵⁶

On vaikea arvioida, millainen painoarvo oikeusperiaatteille annetaan yksittäistapauksessa, koska niiden peruslähtökohtana on toteuttaa oikeudellisia arvoja oikeusjärjestyksessä, jolloin oikeusjärjestyksen justifoitavuus paranee⁷⁵⁷. Toiseksi oikeusperiaatteiden luonteeseen kuuluu tietty tilannesidonnainen tulkinta- ja ratkaisuperusta, jolloin

751 Ks. lisää Husa–Pohjolainen 2008 s. 6–11.

752 Vrt. Aarnio 1989 s. 99; Tuori 2004 s. 197.

753 Husa 1997 s. 22–23, 25. Mielityinen on todennut, että oikeusteoreettisessa keskustelussa ei ole täyttä yksimielisyyttä siitä, ovatko oikeusperiaatteet oikeusnormeja vai oikeuslähteitä vai molempia. Omassa väitöskirjassaan Mielityinen kallistuu kuitenkin ymmärtämään oikeusperiaatteet ainoastaan oikeusnormeina. Mielityinen 2006 s. 65–66.

754 Husa 1997 s. 258, 280. Husa mainitsee, että ”yleisen valtiosääntöoikeuden tulee tarjota kansalliseen näkökulmaan sitoutunutta valtiosääntölainoppia selvemmin uusia käsitteitä, vaihtoehtoja sekä kriittisiä аспектеja politiikasta ja valtiosäännöstä käytävälle keskustelulle niin, että ydinkysymykset nousevat päivänpolitiikkaa ja hetkellistä ongelmanratkaisua enemmän keskiöön”. Husa 1997 s. 258, 280.

755 Kunnan sisäisellä ohjauksella tarkoitetaan tässä yhteydessä oikeudellisesti sellaisia määräyksiä ja sääntöjä, joita kunta on itse antanut. Johanson–Jaakkola–Virtanen 1993 s. 28.

756 Johanson–Jaakkola–Virtanen 1993 s. 76–77.

757 Mielityinen 2006 s. 107.

laitetaan tärkeysjärjestykseen.⁷⁶⁶ Konkreettisenä esimerkkinä voidaan nostaa normin ja oikeusperiaatteiden sovellettavuuden tilanne silloin, kun terveydenhuollon palveluja ulkoistetaan. Alustavasta priorisoinnista ja sovellettavuudesta voi olla kyse jo silloin, kun palvelujen ostamisen määriä arvioidaan.

Periaatenormit ohjaavat ja täydentävät erityislainsäädännön säännöksiä tilanteissa, joissa joudutaan arviomaan asiakkaan tilannetta esimerkiksi palvelus asumiseen sosiaalihuoltolain nojalla tai kuljetuspalveluiden tarvetta vammaispalvelulain nojalla⁷⁶⁷. Oikeusnormia voidaan pitää tehokkaana *de facto*, kun sen sisältö toteutuu myös reaaliaimailmassa. Nykyään perustuslakiperiaatteisiin perustuu termi *lex fundamentals*, joka korostaa hierarkkista ylemmyyttä toisiin oikeusnormeihin nähden, vaikka yhtäläisyyksiä ei muuten olisikaan.⁷⁶⁸ Asiakkaan oikeusturvaan liittyy oikeusnormien hierarkkinen suhde erityisesti *lex fundamentals* -näkökulmasta, jolloin perusoikeuksien toteutumisen arviointi on keskeistä.

Myös EU on tuonut normihierarkialle uusia ongelmia. Eurooppaoikeus voi josain tapauksissa syrjäyttää kansallisen lainsäädännön, jolloin voidaan puhua kahden rinnakkaisen oikeusjärjestelmän dualistisista konstruktioista⁷⁶⁹. Kun palveluja tuotetaan kuntalaiselle uusilla malleilla, kuten ulkoistamalla, voi joissakin vaiheissa ongelmaksi muodostua, mitä periaatetta noudatetaan, jotta ratkaisussa päästään oikeaan suuntaan. Tällöin joudutaan punnitsemaan periaatteiden painoarvoa ns. punnintalain mukaisesti. Periaatteiden ristiriidassa on yleensä kyse arvojen tai intressien yhteentörmäyksestä. Punnintalain mukaan mitä vähemmän tiettyä periaatetta huomioidaan tai mitä enemmän sitä loukataan, sitä tärkeämmäksi on toisen periaatteen toteutumisen tultava.⁷⁷⁰

Jos palvelun tuottamista on säännelty oikeusnormeilla, on viranomaisen helpompi selvittää, miten palvelu tuotetaan oikein ja säännösten mukaisesti. Tällaisissa tapauksissa voidaan oikeusteorian avulla ajatella, että reaktiotapanormien tehtävänä on määrittellä ne periaatteet, joita viranomaisten on noudatettava oikeusseuraamuksesta päätettäessä. Normin tehtävänä on opastaa kunnallista viranomaista, miten kyseisessä tilanteessa on käyttydyttävä. Jos normi on tarpeeksi selvä, voi siitä seurata myös oikeusseuraamus.⁷⁷¹

Ulkoistuksissa arvioitavaksi tulee, milloin edellä mainitut oikeusnormit ovat sovellettavissa tiettyyn yksittäistapaukseen. Ensiksi on tarkistettava, onko kyseinen

766 Tuori 2000a s. 171. Tuori on jaotellut terveydenhuollon oikeusperiaatteet päätöksentekoon hoitoon ottamisesta, varsinaiseen hoitotoimintaan ja lakisääteisiin tahdosta riippumattomiin toimenpiteisiin. Ks. Tuori 2000a s. 171.

767 Laakso 2006 e s. 314–315.

768 Husa 1997 s. 52, 66. Oikeusnormin pätevyys perustuu siihen, että se on hyväksytty ja julkaistu eikä normia ole kumottu. Oikeusnormin ei pitäisi olla ristiriidassa toisen samassa systeemissä olevan normin kanssa. Jos ristiriita on olemassa, sen ratkaisemiseksi löytyy hyväksytty sääntö. Wiberg 1988 s. 26.

769 Husa 1997 s. 68. Alexyn luokituksen mukaan oikeusperiaatteet ja -säännöt ovat normeja, jotka voivat tuoda veloitteita tai kieltoja ja ne voivat olla oikeudellisten päätösten perusteina. Alexyn oikeusnormiluokitus perustuu neljään luokkaan: velvoittavuudeltaan ankara oikeussääntö, velvoittavuudeltaan lievä oikeussääntö, oikeusperiaate, jolla on perustaltaan muita oikeusperiaatteita isompi painoarvo, sekä painoarvoltaan tavanomainen oikeusperiaate. Alexy 1994 s. 72, 75–78, 88–89.

770 Alexy 1986 s. 80, 146.

771 Vrt. Makkonen 1981 s. 44–45.

oikeusäänös säilyttänyt efektiviteettinsä. Normia tulee soveltaa, jos se on voimassa, sitä ole muutettu tai korvattu toisella normilla eikä se ole menettänyt oikeusjärjestyksessä efektiviteettiänsä. Tällainen tilanne voi kunnallisessa ulkoistamisessa tulla kunnallisen viranomaisen eteen silloin kun oikeusäänös ei ole *de facto*. Monesti joudutaan soveltamaan monia eri lakeja ja kunnalliseen ulkoistamiseen sovellettava lainsäädäntö on tarkentunut tai muuttunut. Ongelmia viranomaisen toimintaan ja tulkintaan voi myös aiheuttaa se, että oikeusnormeilla ei ole tarpeeksi vahvasti määriteltyjä periaatteita, joita viranomaisen täytyy noudattaa, vaan tilannetta on tulkittava välillisesti ja punnittava eri käyttäytymisvaihtoehtoja esimerkiksi yksityisen palvelun tuottajan ja kunnan näkökulmasta.⁷⁷²

Oikeusnormien ja oikeusperiaatteiden käsitteiden pohdiskelussa olennaista on, miten ne vaikuttavat ja ottavat huomioon palveluiden tuottamisen eri vaihtoehdot ja mitä vaatimuksia ne tuovat ulkoistuksille. Ulkoistamisprosessin alussa oikeusnormien mahdollisimman tarkka noudattaminen takaa kuntalaisille, että jo valmistelussa pyritään preventiivisesti huolehtimaan siitä, että eri vaihtoehdoissa huomioidaan vähintään kyseiselle palvelulle asetetut minimivaatimukset. Lisäksi oikeusperiaatteet auttavat oikean suunnan löytämisessä yksittäisissä tulkintatilanteissa silloin, kun normeista ei löydy vastausta siihen, miten esimerkiksi tietyissä tilanteissa pitäisi menetellä.

4.1.4 Perusoikeuksien turvaaminen

Kunnan velvollisuudet ovat lisääntyneet ja rooli palvelujen tuottajana on muuttunut etenkin viime vuosikymmenien aikana. Samalla kuntalaisten perinteisten oikeuksien ja velvollisuuksien rinnalle on muodostunut monipuolisempi kunnallisten palvelujen tarjonta sekä sellainen oikeusnormien viidakko, joka vaatii systematisointia. Paikallistason päätöksentekovallan osalta kuntalainsäädäntö on kehittynyt entistä enemmän kohti parlamentaarista hallitustapaa.⁷⁷³ Suomalaisen paikallishallinnon ominaispiirteinä ovat kuntalaisten laajat hyvinvointioikeudet, joita voidaan vielä täydentää kuntakohteisilla ominaispiirteillä. Vahvat yksilöllisten oikeudet ja demokratia eivät ole toistensa vastakohtia, vaan ne edellyttävät toinen toistensa toteutumista.⁷⁷⁴

Suomalaisessa hyvinvointivaltiossa suurin osa peruspalveluista on rakennettu historiallisesti kuntien tuottamaksi palveluksi, eikä lainsäädännöllisiä tulkinnallisuksia ole ollut siinä määrin kuin nykyisin. Perustuslain 22 §:n mukaan julkiselta vallalta edellytetään myös entistä aktiivisempaa roolia perusoikeuksien turvaamisessa. Perusoikeuksien painotukset ja sisällöllinen tulkinta ovat kuitenkin vaihdelleet eri vuosikymmeninä.⁷⁷⁵

Kunnallisten hyvinvointipalvelujen järjestämisen ja tuottamisen tutkimisessa on lähdettävä perustuslain tulkinnasta. Perusoikeuskomitean mietinnössä vuodelta 1992 painotettiin vapausoikeuksien täsmentämistä ja laajentamista niin, että perusoikeudet

772 Vrt. Makkonen 1981 s. 44–45, 80–81. Oikeusnormeista. Ks. Husa 1997 s. 4.

773 KuntaL 21 §:ssä on pyritty poliittisen vastuun tarkentamiseen, koska valtuustolla on mahdollisuus erottaa luottamushenkilö epäluottamukseen pohjautuen. Ks. HaVM 18/1994 s. 7.

774 Tuori 2000a s. 299.

775 Ks. Husa 2004 s. 98–99; Hidén 1999 s. 23–24.

koskisivat periaatteessa kaikkia oikeudenkäyntipiiriin kuuluvia kansalaisia⁷⁷⁶. Lisäksi tärkeänä näkökulmana komiteamietinnössä oli se, että oikeussäännökset tuli laittaa sellaiseen muotoon, että ne takaavat yksilön oikeudet. Samalla aktiivinen toimintavaihtoehto tuli myös julkiselle vallalle⁷⁷⁷. Keskeistä perusoikeusuudistuksessa oli, että hyvinvointikysymyksiä tarkastellaan nyt enemmän yksilön perspektiivistä⁷⁷⁸. TSS-oikeudet on kirjoitettu melko väljiksi. Osa niistä tuo kuitenkin subjektiivisen oikeuden, kuten maksuton perusopetus ja oikeus välttämättömään toimeentuloon ja huolenpitoon. Tämän vuoksi myös niistä johtuvat kuntien taloudelliset kustannukset voidaan jotenkin hallita. Tilanne olisi aivan toinen, jos ja kun nämä oikeudet vaatisivat lainsäätäjältä absoluuttista TSS-oikeuksien toteuttamista.⁷⁷⁹

Yksityisten organaani alettua tuottaa perinteisiä kunnallisia palveluja perusoikeusnäkökulman merkitys ja sisältö ovat nousseet myös kunnallishallinnossa tärkeiksi keskustelunaiheiksi. Viime vuosikymmeninä monet lainsäädännölliset tarkistukset ja uudistukset, kuten vuoden 1992 sosiaali- ja terveydenhuollon valtionosuuslaki, vuoden 1993 valtionosuusuudistus ja vuoden 1995 kuntalaki, ovat mahdollistaneet sen, että kunnilla on mahdollisuus etsiä paikallisista lähtökohdista paras ja tehokkain vaihtoehto palvelun tuottamiselle.

Vuonna 1995 perusoikeussäännöstö uudistui perusoikeusuudistuksella, jossa vapausoikeuksia on lisätty ja spesifioitu ja tärkeimmät taloudelliset, sosiaaliset sekä sivistykselliset oikeudet on sisällytetty mukaan. Tavoitteena oli painottaa yksilön perusoikeusturvan lisäämistä ja entistä vahvempaa huomioonottamista. Vuoden 2000 perustuslaissa yhdenvertaisuus on saanut suuremman merkityksen mm. lainsäädännön ohjaamisessa ja on osaltaan täsmentänyt paikallisten viranomaisten harkintavaltaa.⁷⁸⁰ Lainalaisuuden periaate liittyy pääsääntöisesti julkisen vallan käyttöön, jonka perustuslain mukaan tulee perustua lakiin. Tämä tarkoittaa viranhaltijan näkökulmasta sitä, että julkisen vallan käyttöön tulee aina olla toimivalta sekä sitä, että valmistelun ja päätösten tulee perustua lakiin ja muihin säännöksiin.⁷⁸¹

Vuoden 1995 hallitusmuodosta otettiin keskeiset TSS-oikeuksia koskevat muutokset vuoden 2000 perustuslakiin. Jokaisen kunnan on koosta, sijainnista ja resursseista riippumatta pystyttävä täyttämään nämä velvoitteet. Kunnan on siis huolehdittava siitä, että se resursoi seuraavalle vuodelle riittävät taloudelliset voimavarat, jotta peruspalvelut eivät vaarannu. Ongelmaksi muodostuu, millaiset puitteet valtio antaa kunnille esimerkiksi lainsäädännön kautta ja annetaanko kunnille lisäresursseja perusoikeuksien laadun takaamiseksi.⁷⁸² Perustuslakiin kuuluvien TSS-oikeuksien kohdentuminen ratkeaa sen mukaan, miten niiden toteuttaminen on jaettu valtion ja kuntien kesken⁷⁸³.

776 KM 1992:3 s. 90. TSS-oikeuksien painoarvon lisääminen niin, että ne olisi selvemmin kirjoitettu perustuslakiin, on ollut viime vuosikymmeninä keskeinen kysymys. Tällöin tullaan kansalaisuuden ja yksilön etujen kysymykseen, jolloin julkinen tai yksityinen vallankäyttö ja sen rajat täytyisi miettiä uudestaan. Rosas-Karapu 1990 s. 196–201.

777 KM 1992:3 s. 2, 90, 93.

778 Viljanen 2001 s. 2–3.

779 Jyränki 2000 s. 277–279.

780 HE 309/1993 s. 42.

781 Hallberg ym. 1999 s. 652.

782 Alanen–Juntti–Nissinen 2000 s. 32.

783 Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 18.

Perusoikeuksien painoarvo kasvoi, kun niihin lisättiin TSS-oikeudet. Perusoikeusjärjestelmän painopiste on siis siirtynyt kattamaan huomattavan osan sosiaali- ja terveydenhuollon sekä opetus ja sivistystoimen oikeuden aloja⁷⁸⁴. Kuntalaisten ja kunnallishallinnon kannalta on tärkeää, että paikallishallinnolla on tosiasialliset mahdollisuudet toteuttaa TSS-oikeuksia ja että niihin liittyvät ehdotukset soveltuvat myös vaihteleviin taloudellisiin tilanteisiin.

Kunnat ovat monessa suhteessa tärkeitä julkisen vallan käyttäjiä. Kunnat joutuvat käsittelemään ja ottamaan kantaa moniin ns. TSS-oikeuksiin, joista kunnat ovat myös suurelta osin vastuussa⁷⁸⁵. Kuntien kannalta TSS-oikeudet eli taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset perusoikeudet ovat toiminnallisesti ja taloudellisesti suurin erä. Tehtävien siirtäminen ei saa myöskään heikentää perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvään hallintoon kuuluvia periaatteita⁷⁸⁶. Perustuslakivaliokunnan mukaan perusoikeussäännökset vaikuttavat valtion ja kuntien lisäksi muuhun julkiseen toimintaan. Valiokunta näkee, että TSS-oikeuksien on mahdollista ulottua valtion ja kuntien ulkopuolelle, jos sellaisista tehtävistä on annettu laissa mainitun mukaisesti yksityiskohtainen valtuutus.⁷⁸⁷

TSS-oikeuksista osa on myös subjektiivisia oikeuksia, kuten oikeus toimentuloon, huolenpitoon sekä perusopetukseen⁷⁸⁸. Kuntia koskee myös perusoikeuksien vaikutus. Perustuslain 22 §:n mukainen turvaamisvelvollisuus normaaleilla laeilla säädettyinä koskee pääperiaatteellisesti TSS-oikeuksia.⁷⁸⁹ Lainsäätäjään voi kohdistua positiivisia toimintavelvoitteita, jotka ovat tyypillisiä taloudellisille, sosiaalisille ja sivistyksellisille perusoikeuksille⁷⁹⁰. Perusoikeuksien ja politiikan suhdetta on toisinaan vaikea eriyttää⁷⁹¹. Toisaalta on syytä painottaa käsittelyssä sellaisia TSS-oikeuksia, joissa julkinen valta on edellytetty aktiivisesti takaamaan tietyt oikeudet – palveluntuottamistavasta riippumatta.

784 Hallberg ym.1999 s. 689. Myllymäki 2003 s. 7. Perusoikeusorientoitunutta suuntausta väistökirjoissaan ovat edustaneet muun muassa Veli-Pekka Viljanen 2001, Pekka Lämsineva 2002 sekä Pentti Arajärvi 2002.

785 Harjula–Prättälä 2007 s. 55–56; Harjula–Prättälä 2004 s. 28.

786 Ks. Mäenpää 2003 s. 19.

787 PeVM 25/1994 s. 3. Vuonna 1993 voimaan tullutta suunnittelu- ja valtionosuuslakia on noudatettava sosiaali- ja terveydenhuollon tehtävissä, joissa lainsäädäntö näin edellyttää. Huomioitavia ovat mm. kansanterveyslaki, erikoissairaanhoidolaki, sosiaalihuoltolaki, päivähoitolaki, toimeentulotukilaki, lastensuojelulaki, kehitysvammalaki, päihdehuoltolaki ja vammaispalvelulaki. Tuori 2000b s. 134.

788 Hallberg ym. 1999 s. 40–41. Ks. Jyränki–Perttunen–Vilkkonen 1982 s. 150–151. Perusoikeudet on perinteisesti jaoteltu vapausoikeuksiksi, TSS-oikeuksiksi ja kollektiivisiksi oikeuksiksi. Vuoden 2000 perustuslaissa on mainittu seuraavat oikeudet: 16 §:ssä oikeus opetukseen ja sivistykseen, 18 §:ssä oikeus työhön ja 19.1 §:ssä oikeus välttämättömään toimentuloon ja huolenpitoon. Lisäksi 19.3 §:ssä on mm. mainittu sosiaali- ja terveyspalvelujen turvaaminen ja kansalaisten terveyden edistäminen sekä 19.4 §:ssä asumisen edistämisen velvoite. Tuori 2000b s. 197.

789 Hallberg ym. 1999 s. 35–36; Tuori 2000b s. 672. Vapausoikeuksissa lainsäätäjän ei haluta menevän liian pitkälle, kun taas TSS-oikeuksissa on kysymys siitä, että lainsäätäjää estetään menemästä riittävän pitkälle. Hidén 1999 s. 27. Laeilla ei myöskään tarvitse säätää erikseen vapausoikeutta ja osallistumisoikeutta koskevia säännöksiä, vaan viranomaisten on ne sellaisenaan jo huomioitava. Tuori 2000b s. 673.

790 Viljanen 1993 s. 345–365. Ks. myös Husa–Pohjolainen 2008 s. 135.

791 Husa 2004 s. 105.

Perusoikeusuudistukseen otettiin mukaan säännökset oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä ja hyvän hallinnon takeista⁷⁹². Perusoikeuksien tulkinta ja punnitseminen voi aiheuttaa kunnille haasteita, koska perustuslakiin liittyvät elementit voivat olla toisiinsa nähden epäselviä, kuten TSS-oikeuksien ja julkisyhteisöjen rahoitusvaltaan liittyvät rahoitusvastuukysymykset⁷⁹³. Ulkoistamisessa joudutaan arviomaan, mihin kaikkiin lakimääräisin palveluihin kuntalaisilla on suora subjektiivinen oikeus kunnan määrärahoista riippumatta. Paikallisen itsehallinnon peruskirjassa 9.2 artiklassa on todettu, ”että paikallisille viranomaisten voimavarojen tulee olla riittävät suhteessa niihin velvoitteisiin, jotka niille on annettu perustuslaissa ja muissa laeissa”. Tätä ns. rahoitusperiaatetta ei kuitenkaan ole perustuslaissa mainittu, vaikka perustuslakivaliokunta on ottanut kantaa kustannusvastaavuuden toteutumiseen, kun kunnille annetaan uusia tehtäviä tai velvoitteita⁷⁹⁴.

Palvelun järjestämisessä kuntien kannalta keskeiseksi kysymykseksi nousevat subjektiiviset oikeudet, jotka ovat tulleet yksityisoikeudesta julkisoikeuteen⁷⁹⁵. On myös tarkasteltava, kuinka paljon subjektiivisten oikeuksien lisääminen rajoittaa tosiasiallista kunnan itsehallintoa⁷⁹⁶. Subjektiivinen oikeus voi velvoittaa kunnallisen viranomaisen toimimaan esimerkiksi jonkun etuuden puolesta tai kieltää viranomaista toimimasta niin, että kuntalaisen perusoikeudet voivat vaarantua⁷⁹⁷. Jääskeläinen on todennut, että subjektiiviset oikeudet ovat lisääntyneet, mikä vähentäisi kunnan palveluihin liittyvää viranomaistyötä. Tähän hän on päätenyt siten, että kunnat joutuivat ennen viranomaisina ratkaisemaan, kenellä oli oikeus saada päivähoitoa. Nyt kun kaikilla kuntalaisilla on subjektiivinen oikeus päivähoitoon, ei kunta voi enää evätä päivähoitopaikkaa.⁷⁹⁸

Etenkin terveyden- ja sairaanhoidossa perusoikeuksien vahvistumiseen ovat vaikuttaneet kansallisten säännösten lisäksi myös monet ylikansalliset normit. Terveydenhuollossa tällaisina voidaan mainita Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen käytäntö ja Euroopan unionin henkilötietodirektiivi. Monilla kunnan toimialueilla kansainvälisten oikeuslähteiden ja ennakkotapausten merkitys tulee kasvamaan, kun kunta ostaa palveluita yksityiseltä elinkeinonharjoittajalta.

Perustuslain 19.3 §:n mukaan kunnan on turvattava säädösten mukaisesti riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut sekä edistettävä kansalaisten terveyttä. Ulkoistamisen kannalta perustuslain 19 §:n 3 kohta ”julkisen vallan on turvattava sen mukaan kun

792 Hallberg ym. 1999 s. 55. KHO on myös painoittanut perustuslain soveltamista esimerkkinä tästä päätös, joka koski virantäyttöä. Sen mukaan virkasuhteeseen ottamisessa ei voida soveltaa sellaista määräystä, joka on perustuslain 107 §:n kanssa ristiriidassa. Ks. KHO:2009:93.

793 Husa 2004 s. 146.

794 Ks. perustuslakivaliokunnan lausunnot. PeVL 18/2001; PeVL 50/2001.

795 Holopainen 1969 s. 104. Holopainen on väitöskirjassaan todennut subjektiivisten oikeuden historiallisesta kehityksestä, että ”subjektiivisen oikeuden käsite on syntynyt samoista lähtökohdista kuin oikeuden jako yksityis- ja julkisoikeuteen. Subjektiivisella oikeudella pyrittiin ilmaisemaan oikeudellisen yksikön, oikeussubjektin asemaa. Kun oikeusjärjestys ei vielä ollut saavuttanut vakiintunutta asemaa oikeudellisen tapahtumisen perustana, keskustelu ulottui objektiivisen oikeuden eli oikeusjärjestyksen ja subjektiivisen oikeuden eli oikeussubjektin aseman keskinäiseen suhteeseen”. Holopainen 1969 s. 101.

796 Ahvenainen 1992 s. 70–71.

797 Perusoikeuksien yhteydessä voidaan puhua myös objektiivisesta oikeudesta eli mihin viranomaisella on velvollisuus. Hallberg ym. 1999 s. 67.

798 Jääskeläinen 2000 s. 111.

lailla tarkemmin säädetään, jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveystalvet ja edistää väestön terveyttä” voidaan myös ymmärtää siten, että kunta on velvoitettu hakemaan vaihtoehtoisia palveluntuotantotapoja, jos palvelua ei pystytä omana palveluna tarjoamaan kuntalaisille. Julkisen vallan on myös tuettava perheen ja muiden lapsen huolenpidosta vastaavien mahdollisuuksia turvata lapsen hyvinvointi ja yksilöllinen kasvu. Perustuslain 19.3 § ei kuitenkaan sinällään vielä tuo kuntalaiselle subjektiivista oikeutta, vaan kuten säännöksen sanamuodosta ilmenee, keskeiseksi tekijäksi nousee, miten lailla on tarkemmin säädetty. Säännös ei myöskään määrittele, miten kunnan on palvelut tuotettava, mutta kunnalla on vastuu niiden saatavuudesta⁷⁹⁹.

Hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta on löydetävissä perustuslain 19 §:stä nämä periaatteet⁸⁰⁰. Tarkempaa sisältöä perustuslain 19 §:n tulkinnalle on haettava kansanterveyslaista, sosiaalihuoltolaista ja erikoissairaanhoidolaista. Perustuslaki voi myös tuoda kunnalle positiivisen kannusteen järjestää tai täydentää sosiaali- ja terveystalvet ulkoistuksilla, etenkin sellaisissa tapauksissa, joissa säännösten mukaisia riittäviä lakisääteisiä talvet ei pystytä tarjoamaan omana toimintana.

Perusoikeuksien merkitys voi eri tilanteissa vaihdella, ja jotkut perusoikeussäännökset sääntelevät suoranaisesti hallintotoimintaa. Toiset taas sääntelevät esimerkiksi julkista valtaa. Perusoikeuksia voidaan hallinnossa soveltaa välittömästi tai välillisesti. Perusoikeussäännösten välillinen soveltaminen tarkoittaa sitä, että siitä on säädetävä lailla ja kuntalainen ei voi suoranaisesti vedota perusoikeussäännökseen. Silloin kuin perusoikeussäännökset eivät edellytä lailla annettavia lisäselvityksiä, voidaan niitä soveltaa välittömästi ja myös kuntalaiset voivat vedota niihin heti. Perusoikeuksilla on vaikutusta myös hallintopäätöksiin ja hallintotoiminnan sisältöön, jolloin puhutaan negatiivisista ja positiivisista vaikutuksista. Positiiviset vaikutukset tarkoittavat sitä, että viranhaltijalta tai julkiselta vallalta edellytetään yleensä aktiivista toimia TSS-oikeuksien toteutumisessa. Negatiivisilla vaikutuksilla tarkoitetaan sitä, että viranomainen tai julkinen valta ei yleensä vaaranna yksityisen perustuslkeudellisia vapauksia.⁸⁰¹ Kuntien kannalta haasteellista on, että subjektiivisia oikeuksia on monelta osin lisätty mutta niiden ennakoituista vaikutuksista on erilaisia näkemyksiä⁸⁰². Tätä on myös painottanut eduskunnan apulaisoikeusasiamies:

Eduskunnan apulaisoikeusasiamies on 29.12.2006 päätöksessään todennut vammaispalvelulain mukaisista kuljetustalvetuista, että kunnan kuljetustalvetuiden järjestämiseen valitsema tapa ei saa estää tai kaventaa kansalaisen subjektiivista oikeutta kuljetustalvetuihin.⁸⁰³

799 Tuori 2004 s. 238; HE 309/1993 s. 71.

800 HE 309/1993 s. 15. Terveystalvetuista esimerkiksi säädetään perustuslain 19.1 §:ssä, jonka sanamuoto huolenpito viittaa sosiaali- ja terveystalvetuihin kiireellisiin tilanteisiin. Ks. Tuori 2004 s. 220.

801 Hallberg ym. 1999 s. 72.

802 Yhtenä uutena esityksenä tuli vuonna 2008 vammaispalvelulain osittaisuudistus, jonka mukaan vaikeavammaiset henkilöt saavat tietyin rajauksin subjektiivisen oikeuden henkilökohtaiseen apuun. HE 166/2008 s. 4. Kuntien kannalta kysymys ei ole pelkästään subjektiivisia oikeuksia omaavien kohderyhmien kasvamisesta vaan pääasiassa resurssi- ja kustannusnäkökulmasta.

803 AOK:n päätös 29.12.2006.

Perusoikeussääntelyn haasteena on sen yleinen velvoittavuus ja yksityiskohtaisuus, jotta perusoikeuksia pystyttäisiin avoimesti täsmentämään ja tulkitsemaan siten, että otetaan huomioon myös yhteiskunnallinen tila ja muutosvaihe. Erityisesti TSS-oikeuksien osalta yhteiskunnallisen toimintaympäristön huomioiminen olisi tärkeää.⁸⁰⁴ Perustuslakiin vedoten on kuntalaisten kuitenkin vaikea saada hallinnosta jotakin tiettyä subjektiivista etuutta. On spesifioitava ja näytettävä alemmanasteisesta lainsäädännöstä, mihin vaatimus perustuu. Kunnallishallinnolta, kuten kaikelta muultakin julkiselta vallalta, vaaditaan kaikilla sektoreilla perusoikeusmyönteistä tulkintaa⁸⁰⁵.

Terveysteen ja ympäristöön liittyvät asiat eivät kosketa aina pelkästään sosiaali- ja terveydenhuoltoa. Julkisen vallan on perustuslain 20.1 §:n mukaisesti pyrittävä turvamaan kuntalaisille oikeus terveelliseen ympäristöön ja mahdollisuus vaikuttaa elinympäristöönsä liittyvään päätöksentekoon. Tämä voi olla kuntien palvelujen järjestämisen kannalta hyvinkin vaikeasti hahmotettavissa⁸⁰⁶. Perustuslain tavoite ei voi ulkoistamisessa heikentyä tai olla riippuvainen siitä, kuka palvelut tuottaa. Elinympäristöön liittyvä päätöksenteko on ongelmallisempi asia, koska kunta voi ulkoistaa sellaisia teknisen tai liikuntatoimen tehtäviä, jotka liittyvät kuntalaisten elinympäristöön. Oikeudellisesti pyrkimys turvata terveellinen ympäristö on kuntien palveluiden tuottamisen kannalta hyvin yleinen tavoite, joka koskee useita kuntien eri toimialueita poikkihallinnollisesti.

Yksityissektorin toimintaperiaatteiden omaksuminen kunnalliseen toimintaan luo uusia haasteita lainsäädännölle. Uudessa tilanteessa tarvitsimme entistä enemmän yksilö- ja perusoikeusmyönteistä tulkintaa. Liian tilannesidonnainen oikeusnormien tulkinta voi kuitenkin johtaa tilanteisiin, jossa hallinto tuottaa omalta kannaltaan tehokkaita ja joustavia vaihtoehtoja ja päätöksiä. Kunnallisten palvelujen tuottamisessa pitää kuntalaisten perusoikeudet huomioida riittävästi. Yleisten ja erityisten oikeusperiaatteiden huomioonottaminen⁸⁰⁷ joka vaiheessa takaa monelta osin sen, että kansalaisten oikeusturva ei vaarannu. Kun kunta punnitsee palveluiden tuottamista ulkoistamisen näkökulmasta, keskeiseksi kysymykseksi voi nousta kaksi ristikkäistä asiaa eli kunnan talouden tasapaino ja lakisäätöiden tehtävien hoitaminen. Silloin on *lex fundamentals*, *lex specialis* ja *lex posterior* -tulkintaperiaatteiden mukaan arvioitava, mitä säännöksiä palveluiden tuottamisessa noudatetaan ensisijaisesti.

804 Tuori 2000b s. 181.

805 Perustuslain 22 §:n mukaan kaikilla julkista valtaa käyttävillä on velvollisuus huolehtia perusoikeuksien toteutumisesta. Viranomaisen on siis valittava mahdollisista vaihtoehdoista se, joka edistää eniten perusoikeuden toteutumista, oli palvelu tuotettu omana tai ostopalveluna. Hallberg ym. 1999 s. 725.

806 Perusoikeussäännökset ovat sovellettavissa muiden laeissa olevien säännösten mukaisesti. Erillinen kysymys sovellettavuusvelvoitteesta on, mitä erityispiirteitä on perusoikeussäännöksillä, jotka ovat hyvinkin yleisiä. Niemivuo–Majuri 1999 s. 18.

807 Yleiset oikeusperiaatteet voidaan Uotin mukaan kunnallishallinnossa jakaa itsehallintoperiaatteisiin, demokratiaperiaatteisiin ja hyvinvointiperiaatteisiin. Hallinto-oikeuden periaatteet ohjaavat ja rajoittavat kuntien viranomaisten toimintakenttää. Erityisillä oikeusperiaatteilla Uoti tarkoittaa sosiaalioikeudellisia, koulutus oikeudellisia ja terveysoikeudellisia periaatteita. Ks. Uoti 2003 s. 208–246.

4.1.5 Kunnallinen itsehallinto

4.1.5.1 Kunnallisen itsehallinnon sisältö

Kunnilla on Suomessa erittäin vahva ja laaja yhteiskunnallinen asema⁸⁰⁸. Kuntien eri roolit linkittyvät toisiinsa, ja hyvinvointipalvelujen laajuuden sekä tehokkuus- ja tuottavuustavoitteiden vuoksi täytyy kunnilla itsehallinnollisina yksikköinä olla mahdollisuus järjestää palvelut mahdollisimman joustavasti paikallisesti. Suuntauksena näyttääkin olevan, että valtio on osittain vetäytynyt hyvinvointipalvelujen korvausvastuusta⁸⁰⁹. Valtion valvontaa kuntia kohtaan on perusteltu valtionapujen myöntämisen, yhdenvertaisuuden, asiantuntemuksen sekä kuntalaisten oikeusturvan kautta⁸¹⁰.

Kunnallisen itsehallinnon käsite on ymmärretty eri aikakausina hiukan eri tavoin, ja käsitteen painotukset ovat hieman vaihdelleet. Kunnallinen itsehallinto tuli entistä riippuvaisemmaksi lainsäädännöstä 1950-luvulla, ja itsehallinnon ja lainsäädännön riippuvuussuhde korostui. Sisältöpainotus korosti kunnan oikeuksia ja velvollisuuksia, ja itsehallintomääritelmä oli riippuvainen itsehallinnon käsitteen sisällöstä. Hyvinvointivaltiollinen käsitys taas perustui siihen, että kunnallinen itsehallinto pohjautui myös yhteiskunnallisiin tavoitteisiin.⁸¹¹

Hallinnossa kansalaisia on alettu pitää asiakkaina ja hallinnollisia toimenpiteitä tuotteina. Mannereurooppalaisesta hallinto-oikeuden näkökulmasta tälle keskustelulle ei ole annettu paljonkaan painoarvoa, koska sitä pidetään lähinnä poliittisena julistuksena. Se hyvä puoli keskustelussa on ollut, että se on edesauttanut hallinnon modernisoinnin⁸¹² ja ongelmakohtien esille tuomista ja julkisen hallinnon byrokratianäkökulman rinnalle on saatu uutta näkökulmaa. Kunnallista itsehallintoa vahvistaa myös se, että kunnalla on kuntalain mukaan mahdollisuus järjestää palvelunsa parhaalla katsomallaan tavalla. Tätä ajatusta ovat myös Euroopan kunnat ajaneet EU-tasolla tavoitteenaan, että alue- tai paikallistasolla voitaisiin päättää julkisten palvelujen tuottamisesta⁸¹³.

Pohjoismaissa kunnilla on samanlaisia piirteitä vahvasta kunnallisesta itsehallinnosta. Eroja löytyy myös, kuten se, että Ruotsissa ja Tanskassa sairaanhoidon päätehtävät

808 Tätä voidaan perustella kunnan itsehallinnolla ja sillä, että ne järjestävät suurimman osan hyvinvointipalveluista. Vrt. Ryyänen 2004 s. 18–19.

809 Tällä tarkoitan sellaisia kuntalaisille lainsäädännöllä luotuja tai ennakkotapauksilla kunnille annettuja suosituksia ja ohjeita, jotka parantavat huomattavasti kuntalaisten oikeuksia esim. sosiaali-, päivähoito- tai terveyspalveluissa mutta jättävät ne kokonaan tai osin kuntien rahoitettavaksi. Esimerkiksi vuonna 2009 vammaispalvelulaisa tuli voimaan subjektiivinen oikeus henkilökoh-taiseen tukeen, mutta kuntien saaman kompensaaion riittävydestä on ollut hyvinkin erilaisia näkemyksiä.

810 Ryyänen 2004 s. 21.

811 Ks. Merikoski 1966 s. 326; Holopainen 1969 s. 281; Mäenpää 1981 s. 23–24, 26–27; Heuru 2003 s. 93.

812 Hannus–Hallberg 1997 s. 58–59. Enenevässä määrin on alettu puhua esimerkiksi palvelukunnasta ja uudesta kunnalliskulttuurista, joilla tarkoitetaan avarakatseista kunnan sisäistä kehittämistä ja entistä tarkempaa kuntalaisten tarpeiden huomioon ottamista. Toisaalta on vaadittu myös osallistumis-, tavoitteidenasettamis- ja johtamisjärjestelmien kehittämistä ja tulosvastuuta avoimen sektorin mallien mukaan. Asiat eivät ole kuitenkaan kunnallishallinnossa täysin uusia, vaan ne on nimetty uudestaan ja tuotu uudessa kontekstissa kunnallishallintoon. Ks. Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 192–195.

813 Näin mainitsee esimerkiksi The future of Public Service in Europe 2006.

ovat alueellisella tasolla. Toiseksi monissa Euroopan maissa, kuten Isossa-Britanniassa ja Ranskassa, kunnilla on heikompi asema kuin Pohjoismaissa.⁸¹⁴ Tämäkin on huomioitava, kun vertaillaan eri maiden palveluntuottamistapoja. Ruotsissa on myös pohdittu ja tulkittu eri selvityksissä kunnallisen itsehallinnon roolia ja merkitystä sekä sisältöä⁸¹⁵. Itsehallinnon ideologia hallinnollinen malli on kuitenkin omaksuttu hyvin pitkälti Saksasta⁸¹⁶.

Kunnallinen itsehallinto on perinteisesti käsitetty kuntien ja valtion väliseksi asiaksi, ja vasta viime vuosikymmeninä on lisääntynyt keskustelu kansalaislähtöisyyden ulottuvuudesta⁸¹⁷. Kuntiin kohdistuvaa valvontaa⁸¹⁸ on monesti perusteltu kansalaisten yhdenvertaisuudella. Hallituksen esityksessä vuodelta 1994 on mainittu, että kansalaisten yhdenvertaisuutta ei voida saavuttaa yksittäisiä säännöksiä ja valtion valvontaa lisäämällä.⁸¹⁹ Kunnallisen itsehallinnon perustuslainsuojan kattavuus on joiltain osin hyvin kompleksinen: mikä on kuntien itsehallinnollinen institutionaalinen suoja ja mikä taas kuntien asukkaiden perusoikeutta osallistua ja vaikuttaa paikallisiin asioihin⁸²⁰? Suomen sitoutuminen Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan määräykseen loi osaltaan pohjaa myös säännösten täsmentämiselle perustuslaissa – ainakin kunnallisen itsehallinnon ydinominaispiirteiden osalta⁸²¹.

Kunnallisoikeuden näkökulmasta tärkein perustuslain säännös on 121 §⁸²², jossa on todettu, että ”Suomi jakaantuu kuntiin, joiden hallinnon tulee perustua asukkaiden itsehallintoon”. Sanamuoto on hieman vaihdellut. HM 51.2 §:ssä todettiin, että ”kuntain hallinnon tulee perustua kansalaisten itsehallintoon, niin kuin erityisissä laeissa siitä säädetään”⁸²³. Perustuslain 121 §:ään pohjautuen Kuntal 2 §:llä on myös keskeinen merkitys itsehallinnon näkökulmasta, koska se myöntää kunnille yleisen toimialan sekä antaa laajan mahdollisuuden organisaationsa järjestämiseen ja toimivallan jakamiseen⁸²⁴. Kuntien itsehallinnolliseen asemaan ei voida myöskään kajota tavallisella lailla – etenkin jos itsehallinnolla ei olisi sen tarkoittamaa merkitystä⁸²⁵.

814 Häggroth 2005 s. 15.

815 Häggroth 2005 s. 8–9, 16; Wetterberg 2004 s. 11–13.

816 HE 192/1994 s. 10.

817 Ks. Ryyänen 2008 s. 141, Heuru 2003 s. 95; HaVL 20/2001 s. 1–2.

818 Perustuslain 22 §:n mukaan julkisen vallan on turvattava perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen, mistä valtiolta saa oikeutuksen valvoa kuntia. Vrt. Ryyänen 2004 s. 27. Kunnallisen itsehallinnon suoja voidaan nähdä myös rakenteellisesti subjektiiviseksi oikeudeksi. Ryyänen 2008 s. 103.

819 HE 192/1994 s. 19. Perustuslakivaliokunnan mietinnössä lausutaan, että valtio ei vapaudu toteuttamisvastuustaan siirtämällä tehtäviä kunnille. Ks. PeVM 25/1994 s. 4.

820 Alueiden komitea oli lausunnossaan painottanut alueviranomaisten toimivaltaa, toimivallan käyttömahdollisuuksia ja muotoja sekä rahoituksen järjestämistä. Ks. alueiden komitean lausunto aiheesta ”Euroopan alue- ja paikallishallintoasian kongressin suositus alueellisen itsehallinnon eurooppalaiseksi peruskirjaksi”. (2001/C 144/02). Laasanen lähestyy väitöskirjassaan oikeudenmukaisuuskysymystä valtionapupolitiikan ja sen tavoitteiden kautta, koska valtion ja kuntien tavoitteet eivät kuitenkaan ole aina samat. Laasanen 1999 s. 82–84.

821 HE 1/1998 s. 175–176.

822 Husa–Pohjolainen 2008 s. 270.

823 HE 1/1998 s. 175–176. Tätä puoltaa myös Suomen sitoutuminen Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan määräykseen (SopS 65 ja 66/1991).

824 Heuru 2003 s. 94.

825 Ks. PeVL 22/2006; PeVL 65/2002 s. 2.

Lisäksi perustuslain 121.2 §:ssä ja Kuntal 2.1 §:ssä mainitaan, että kuntien itsehallinnollisen aseman vuoksi uusia perusoikeuksiin liittyviä tehtäviä annettaessa on niistä säädettävä lailla. Kunnallisella itsehallinnolla ei kuitenkaan ole vaikutusta perusoikeussäännösten sovellettavuudelle eri palvelujenjärjestämistavoissa, vaan niitä on kunnallishallinnossa noudatettava tilanteesta riippumatta⁸²⁶. Tämä koskee samalla tavalla kunnan yleisen toimialan puitteissa suoritettavia tehtäviä⁸²⁷.

Perustuslakivaliokunta on painottanut, että valtion ja kuntien välinen kustannustenjakoa on tärkeä kysymys perustuslain 121 §:ssä turvattun kunnallisen itsehallinnon näkökulmasta. Tähän kulmineituvat myös välittömästi ja välillisesti eri palvelujenjärjestämiskäsit. Kuntien turvattun itsehallinnon säilyttäminen edellyttää, että lailla tulee säätää perustuslain 121 §:ssä mainittujen asioiden lisäksi myös muista kuntien aseman kannalta tärkeistä kysymyksistä. Kustannusjakokysymys on myös tärkeä perustuslain 19 §:n säännöksen näkökulmasta.⁸²⁸

Toisena keskeisenä näkökulmana kunnallisessa itsehallinnossa on, että se sisältää myös vallan ja veloituksen tiettyjen tehtävien hoitamiseen. Kuntien tehtäväksi on lailla erikseen säädetty tehtävät ja muut paikalliset asiat, joita yleinen etu vaatii. Eri aikakausina on ollut erilaisia painotuksia siitä, miten kattavasti kuntien itsehallinnollinen asema on perustuslailla turvattu⁸²⁹. Kuntien hallinnon yleisistä perusteista ja kunnille annettavista tehtävistä säädetään lailla. Perustuslain 124 §:ssä määritellään myös kuntien mahdollisuudet antaa hallintotehtäviä muille kuin viranomaisille.⁸³⁰ Lähtökohtana perustuslain mukaan on kuntien oikeus järjestää hallintonsa tarkoituksenmukaisella tavalla, kun taas palvelujen tuottamisen eri vaihtoehdot ja muodot tulevat pääsääntöisesti erityislainsäädännöstä. Lisäksi itsehallinto edellyttää, että kuntalaisilla on mahdollisuus vaikuttaa kunnan palveluiden tuottamiseen ja niiden sisältöön⁸³¹.

Vuosina 1982 ja 1986 normitoimikunnan ja -työryhmän mietinnössä selvitettiin sellaisia lisäyksiä, että valtion viranomaiset eivät voisi antaa kunnille kunnallista itsehallintoa heikentäviä määräyksiä tai ohjeita. Vuonna 1989 annetussa laissa viranomaisten määräyksistä ja ohjeista säädettiin, että valtion viranomaiset saavat antaa määräyksiä kunnille, jollei hallitusmuodosta muuta johdu. Tämän on tukeuduttava laissa olevaan yksilöityyn valtuutukseen. Vapaakuntakokeilu nähtiin tärkeäksi osaksi kunnallishallinnon uudistamista, joilla vahvistettaisiin kunnallista itsehallintoa ja parannettaisiin

826 Jos päätös pohjautuu tavalliseen lakiin, sen on oltava sopusoinnussa perustuslain ja muiden ylempien normien kanssa. Jos tavallisen lain ja perustuslain välistä tulkinnallisuutta ei pystytä epäselvässä tilanteessa selventämään, sovelletaan perustuslain normia. Perustuslain kanssa yksittäisessä tilanteessa ristiriidassa oleva normi ei kuitenkaan ole kokonaisuudessaan pätemätön, vaan sitä voidaan joutua soveltamaan muissa ulkoistamisen vaiheissa. Ks. Mäenpää 1997a s. 173, 177.

827 Ks. Sallinen 2007 s. 389.

828 PeVL 50/2001 s. 1. Valiokunnan kannanotto koski esitystä sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annetun lain muuttamisesta.

829 Hannus–Hallberg 1997 s. 58. Kuntien itsehallintokomitean mietinnössä ehdotettiin, että kunnallista itsehallinnon perustuslainsuojaa vahvistettaisiin seuraavasti: ”Kunnan hallinto perustuu asukkaiden itsehallintoon, jonka perusteista säädetään lailla. Säädettäessä kunnan tehtävistä on turvattava edellytykset niiden hoitamiseen. Kunnalla on oikeus periä veroa. Lailla säädetään verovelvollisuuden ja veron määrääntymisen perusteita sekä verovelvollisuuden oikeusturvasta”. KM 1983:3 s. 17–18.

830 HE 155/2006 s. 26, 123.

831 Ks. Ryynänen 1987 s. 9.

palvelukykyä.⁸³² Vapaakuntakokeilusta annetut säännökset edesauttoivat osaltaan kunnallislain muutoksia.⁸³³

*Kunnallisen itsehallinnon piiriin kuuluvien tehtävien siirtämisen lailla toiselle organille on tulkittu vaativan lain käsittelemistä perustuslain säätämisyjärjestyksessä, jos sillä on merkittävää vaikutusta kunnan hallintoon. Tämä merkitsisi sitä, että kunnan tehtävien olennainen siirtäminen yksityisen toimijan vastattavaksi vaatisi lain käsittelemistä perustuslain säätämisyjärjestyksessä.*⁸³⁴

Vuonna 1995 voimaan tulleen kuntalain tavoitteena oli vahvistaa kunnallista itsehallintoa ja kansanvaltaa. Nämä asiat ovat osoittautuneet erittäin tärkeiksi, koska kunnat ovat saaneet entistä enemmän velvoitteita, joita ei kuitenkaan ole aina kompensoitu kunnille täysimääräisesti⁸³⁵. Kunnan todellinen itsehallinnollinen liikkumavara on kaventunut. Sitä voidaan selittää lukuisilla uusilla velvollisuuksilla ja haasteilla, jotka liittyvät talouden lainalaisuuksien lisäksi palvelujen järjestämiseen ja tuottamiseen sekä oikeudellisiin ja laadullisiin resurssinäkökulmiin. Kunnallinen itsehallinto mahdollistaa myös sen, että kunnat voivat järjestää palvelunsa parhaalla ja tarkoituksenmukaisimmalla tavalla. Perustuslaki 2008 -työryhmän muistiossa kiinnitettiin huomiota *kuntien suureen roolin peruspalvelujen järjestämisessä*. Kunnallinen itsehallinto elää muutosvaihetta, jossa olisi samaan aikaan haettava uusia ratkaisuja paheneviin ongelmiin⁸³⁶.

Vaarallisena kehityssuuntana voidaan pitää kunnallisen itsehallinnon kannalta sitä, että valtio rajoittaa liian yksityiskohtaisilla määritelmillä kunnallista itsehallintoa, kuten esimerkiksi puitelain 5.3 §:ssä on nähtävissä. Tällöin tietyt kunnat voivat joutua liian alhaisen asukaslukunsa vuoksi tekemään keinotekoisia ratkaisuja, jotka eivät välttämättä aina palvele kuntalaisia. Etenkin pienemmissä kunnissa uudet puitelain mukaiset väestöpohjavaatimukset ovat vieneet kunnilta tosiasiallista mahdollisuutta päättää, miten ja missä palveluja järjestetään.⁸³⁷ Paikallistasolla joudutaan *tasapainolemaan entistä enemmän eri lainsäädännöllisten arvojen ristiallokossa* ja punnitsemaan paikallista demokratiaa, laajempia palvelujen järjestämis- ja tuottamisalueita sekä niihin liittyviä laatu- ja tehokkuusnäkökulmia. Lisäksi arvioitavaksi nousee, ovatko kunnallinen itsehallinto ja edustuksellinen demokratia sekä siihen liittyvä päätöksenteko liukuneet suurimmalta osin kuntalaisten valitsemilta toimielimiltä pois.

Puitelain tarkoituksena on vahvistaa kunta- ja palvelurakennetta kunnallisen kansanvallan lähtökohdista. Tarkoituksena on ollut kehittää palvelujen tuotantotapoja

832 KM 1988:36 s. 8.

833 Hannus–Hallberg 1997 s. 57–59.

834 HE 155/2006 s. 7–8.

835 Hoikka ym. 1999 s. 12. Velvoitteiden noudattamiseksi valtion eri instanssit suorittavat valvontaa, jonka kohdentuminen voi olla kunnan kannalta joskus ongelmallisista. Valtiovalvonnan pitäisi myös edistää omavastuista päätöksentekovapautta ja aloitteellisuutta ja samalla suojata kuntalaisten vapautta kuntaan nähden. Ks. Rynänen 2008 s. 116.

836 OM:n työryhmämietintö 2008:8 s. 15. Lisäksi Rynänen on todennut, että perustuslain mukaan kunnan asemaan voidaan vaikuttaa vain lainsäädännön kautta, ja ongelmia tuottaa tulkita, milloin vaikutetaan kunnan asemaan tai tahdonmuodostukseen. Tällöin voidaan joutua tarkastelemaan sitä itsehallinnollisen aseman taustaa ja merkitystä, joka kunnille on annettu. Rynänen 2004 s. 115–117, 120.

837 Ks. Terveystuolityöryhmän muistio 2008 s. 42–43.

ja organisointia, uudistaa kuntien rahoitus- ja valtionosuusjärjestelmää sekä tarkistaa kuntien ja valtion välistä tehtävänjakoa. Lisäksi tavoitteena on ollut parantaa tuottavuutta ja hillitä kuntien menojen kasvua sekä luoda edellytyksiä kuntien järjestämien palveluiden ohjauksen kehittämiseksi⁸³⁸.

Se että tietty tehtävä on sidottu ainoastaan kiinteään asukasluokkajärjestelmään, ei vielä takaa sitä, että sosiaali- tai terveydenhuollon palvelut olisivat laadukkaita tai tehokkaasti tuotettuja. Tällöin voidaan kysyä, kapeneeko kuntien oikeus järjestää palvelut mahdollisimman tarkoituksenmukaisesti ja parhaaksi katsomallaan tavallaan.

Perustuslakivaliokunnan mukaan puitelaissa mainituissa yhteistoiminta-alueelle annettavissa tehtävissä on kyse rajatuista tehtäväkokonaisuuksista. Sääntely ei valiokunnan mukaan ole yhteistoiminta-alueelle siirrettäviksi tarkoitettujen tehtävien osalta ongelmallista kunnallisen itsehallinnon perustuslainsuojan näkökulmasta.⁸³⁹ Toisaalta kysymys on kunnallisen itsehallinnon yhdestä ydinalueesta etenkin jos kyse on sellaisista lakisäätteisistä tehtävistä, joilla on suuri vaikutus kuntaan ja kuntalaisiin.

Tällöin arvioitavaksi tulee, kuinka suuresta tai pienestä rajatusta tehtäväkokonaisuudesta on kysymys ja mitä vaikutuksia siirroilla tai useilla siirroilla kokonaisuutena on. Perustuslakivaliokunta on vahvistanut, että ”tavallisella lailla ei voida puuttua itsehallinnon keskeisiin ominaispiirteisiin tavalla, joka asiallisesti ottaen tekisi itsehallinnon merkityksettömäksi.”⁸⁴⁰ Palvelujen järjestämis- ja tuottamistapoihin liittyy myös kunnallisen itsehallinnon perustuslainsuoja ja kuntalaisten yhdenvertaisuus. Eri palvelunjärjestämistavoilla ei ole välittömästi suurta merkitystä kunnalliselle itsehallinnolle. Kysymys on enemmänkin siitä, miten luottamushenkilöt ja kuntalaiset pystyvät niissä vaikuttamaan. On vaikeaa perustella, että kunnan ja kuntalaisen asemaan vaikuttaisi välittömästi vain se, mikä on palveluntuottajan orgaanimuoto. Kaikissa huonosti johdetuissa palvelunjärjestämismuodoissa välillisenä lieveilmiönä voi olla kunnan aseman heikkeneminen tai kuntalaisiin kohdistuva yhdenvertaisuuden puute, etenkin jos toimintaympäristön ulkoisia ja sisäisiä muutoksia ei analysoida ja huomioida riittävästi.

Nykyisen perustuslain säätäminenäkään ei ole vaikuttanut kunnallisen itsehallinnon tulkintaan, ja perustuslakivaliokunnan tulkintanäkemyistä kunnallisesta itsehallinnosta on jatkettu. Kunnallisen itsehallinnon perustuslainsuojan kehitystä ovat ohjanneet perustuslakivaliokunnan kannanotot.⁸⁴¹ Kunnallisvalituksissa joudutaan eri oikeusasteissa punnitsemaan kunnallisen itsehallinnon laajuutta ja vaikutusta. Kunnallisen itsehallinnon näkökulmasta perustuslain merkityksestä on erilaisia käsityksiä. Mainitun perustuslain 121 §:n kohdan katsotaan vahvistaneen kunnallista itsehallintoa etenkin säännökseen otetun lakiperusteisuuden ja verotusoikeuden osalta. Toisaalta uusi perustuslaki supisti myös itsehallintoa perusoikeusajattelun vahvistumisen osalta, ja sääntelyn ulkopuolelle jäi myös kuntien kannalta tärkeitä asioita, kuten rahoitusperiaatteen toteutuminen⁸⁴².

Perustuslakivaliokunta on tulkinnut kunnallista itsehallintoa niin, että se antaa

838 Ks. VM:n julkaisu 21a/2010 s. 41–42.

839 PeVL 37/2006 s. 6.

840 PeVL 37/2006 s. 5; PeVL 22/2006 s. 2; PeVL 31/1996 s. 1; PeVL 65/2002 s. 2–3.

841 Saraviita 2005 s. 155–156.

842 Rynnänen 2008 s. 70.

kuntalaisille oikeuden päättää omasta hallinnostaan ja taloudestaan. Tämä voidaan ymmärtää siten, että kunnallinen itsehallinto sisältää kuntien verotusoikeuden ja antaa kuntalaisille oikeuden valita kunnalliset luottamushenkilöt⁸⁴³. Perustuslakivaliokunta on myös katsonut, että kuntien velvoittaminen lailla osallistumaan kuntayhtymiin rajoittaa kunnallista itsehallintoa. Näin itsehallinnon kulmakivi eli päätösvalan kuuluminen kuntalaisten valitsemille toimielimille voi heikentyä⁸⁴⁴. Useat yhteistoimintamuodot voidaan lukea osittaisulkoistamisen käsitteen alle, ja niiden eri ilmenemismuodot ovat kaikkein ongelmallisimpia kunnan ja kuntalaisten vaikutusmahdollisuuksien näkökulmasta. Etenkin pienten ja keskisuurten kuntien näkökulmasta tehtäviä ja vastuita sekä niihin liittyvää määräysvaltaa voi liukua pois tai kunnalle ei jää muuta kuin velvollisuus myöntää määrärahat.

Kunnallisella itsehallinnolla on perustuslainsuoja, jonka mukaisesti kuntalaisten valitsema valtuusto käyttää ylintä päätösvaltaa, jota myös paikallisen itsehallinnon periaatteet vahvistavat. Paikallisen itsehallinnon merkitys ja sen tulkinta näkyvät monessa suhteessa kuntien ja valtion välillä. Merikosken oppien mukaan vahvasta valtiokeskeisestä toimintatavoista on vieläkin piirteitä 2000-luvulla, vaikka virallisissa puheissa on lisääntynyt ajatus eri viranomaisten kumppanuuteen perustuvista toimintatavoista.⁸⁴⁵ Kunta-valtiosuhteen perusongelmana näyttäisi olevan vuosikymmenestä toiseen, että valtion tasolla eri toimintojen sääntely ja ohjaaminen tapahtuu liian vertikaalisesti, kun kunnissa asioita voidaan hoitaa horisontaalisesti yli sektorirajojen.

Perustuslakivaliokunnalla on tärkeä rooli, kun arvioidaan kunnallisen itsehallinnon rajoja⁸⁴⁶. Valiokunta on kiinnittänyt huomiota kuntien ja valtion vastuunjakoon ja todennut, että silloin kun julkiset palvelut ovat kuntien vastuulla, palvelujen sisällössä ja laadussa voi olla eroja⁸⁴⁷. Vaikka julkisessa keskustelussa etenkin valtion taholta painotetaan kuntien tehokkuus- ja taloudellisuusaspekteja, ei Suomen lainsäädännössä

843 OM:n työryhmämietintö 8/1995 s. 120. Perustuslaki 2000 -työryhmässä on painotettu, että perustuslakia uudistettaessa pitäisi lähtökohdaksi asettaa vaatimus, että julkisen vallan käyttöä sekä julkisen vallan ja yksilön välisiä suhteita koskevat valtiolliset perusratkaisut ilmenevät kattavasti perustuslaista. Perustuslaissa säänneltävistä asioista oli perustuslakityöryhmä ottanut 124 §:ään suppean maininnan, että ”Nykyiseen hallitusmuotoon ei sisälly julkisten tehtävien siirtämistä koskevaa säännöstä. Uuden perustuslain laatimisen yhteydessä tällaisen säännöksen tarpeellisuus olisi otettava harkittavaksi”. KM 1997:13 s. 315–317. Vuonna 1995 on myös todeettu, että silloisessa hallitusmuodossa ei ole säännöksiä siitä, miten ja millä ehdoilla julkisen vallan tehtäviä on mahdollista antaa muille kuin valtion viranomaisille, vaikka julkisia tehtäviä ja valtaa oli jo annettu esimerkiksi valtion liikelaitoksille. Ks. esimerkiksi OM:n työryhmämietintö 8/1995 s. 23, 121, 178.

844 PeVL 37/2006 s. 5; PeVL 65/2002. s. 2–3. Kunnan itsehallintoa on katsottu voitavan rajoittaa sosiaali- ja terveyspalvelujen yhdenvertaiseen saatavuuteen liittyvillä syillä. Ks. HE 198/2002 s. 3.

845 Rynnänen 2004 s. 26.

846 Rynnänen 2004 s. 46. Hidén on todennut, että ”perustusvaliokunta on kunnan päätösvalan suojelussa halunnut pitää kunnan organisaatiota ja henkilöstöä koskevan vallan kunnan omilla elimillä ja osoittanut pitkälle menevää joustavuutta päätösvalan ja vastuiden siirtämisessä kuntien yhteistoimintaelimille ja suhtautunut melko joustavasti myös näiden päätöksentekosääntöihin, joilta on lähinnä edellytetty vain kuntien kohtuullisen tasapuolisen vaikutusvallan säilyttämistä ja hallinnollista tarkoituksenmukaisuutta”. Hidén 2001 s. 161.

847 PeVL 43/2002 s. 2–4. Edellä oleva perustuslakivaliokunnan kannanotto liittyi arvioinnin merkityksen painottamiseen, koska sillä taattaisiin, että kuntalaiset tietävät, millaista palvelua, missä laajuudessa ja kuinka taloudellisesti niitä tuotetaan.

ole suoranaisesti itsehallinnolle osoitettuja taloudellisuuskriteerejä vaan taloudellisuus on oikeudellisessa mielessä puhtaasti kunkin kunnan tarkoituksenmukaisuusasia⁸⁴⁸. Eri tuottamisvaihtoehdoista puhuttaessa arvioinnin merkitys korostuu, koska olenainen kysymys on, arvioidaanko yksityisen organin palvelua samalla tavalla kuin kunnallisesti tuotettua palvelua.

Kunnallisen itsehallinnon kannalta on erityisen tärkeää, että kunnat pystyvät jatkossakin toimimaan kustannustehokkaasti paikallisten tarpeiden ja painotusten mukaisesti. Kunnallinen itsehallinto merkitsee kuntalaisten oikeutta päättää kuntansa hallinnosta ja taloudesta ja valtion oikeutta antaa kunnille tehtäviä ainoastaan lailla⁸⁴⁹. Kunnilta vaaditaan joustavuutta, ja toisaalta pitäisi pystyä pidättäytymään antamasta kunnille enempää tehtäviä.

Toisaalta kunnallisen hallinto-organisaation⁸⁵⁰ on myös sopeuduttava hallinnon toiminnallisiin ja sisällöllisiin eroihin sekä erilaisiin normiarvionteihin tuottavuusnäkökulmasta. Tämä osaltaan edellyttää tehtävä- ja toimintamuotosidonnaista rakennetta, jossa keskeisellä sijalla ovat yhteistyö ja koordinaatio⁸⁵¹. Kunnallisen demokratian kannalta ongelmana näyttäviä olevan uudet ilmiöt, joissa päätäntävaltaa siirtyy demokraattisesti valituilta kunnallisilta luottamushenkilöiltä entistä enemmän muille yhteistyö- ja verkostomuodoille, joissa yksityinen ja kunnallinen toimija tekevät yhteistyötä⁸⁵².

Ongelmallisena voidaan osittaisulkoistamisen näkökulmasta pitää kehityssuuntaa, jossa useat lait ja valmisteilla olevat esitykset eivät vielä yksistään puutu suoraan kunnan itsehallinnolliseen asemaan mutta kokonaisuutena kunnan määräysvalta paikallisiin asioihin vähenee. Tällöin olisi pohdittava, voitaisiinko niiden vaikutuksia tarkastella vielä laajempina kokonaisuutena. Perustuslakivaliokunta on osaltaan nähnyt kuntien yhteistoimintaelinten tehtävien oleellisen lisäämisen ongelmallisena kunnallisen itsehallinnon näkökulmasta⁸⁵³.

Arvioinnin kohteena olisi oltava esimerkiksi, mitä mahdollisuuksia luottamushenkilöille ja yleensä kunnalle jää päättää hallinnosta ja taloudesta, jos entistä suurempi osa palveluista on säännöksillä ohjattu suoraan kunnallisten toimielimien vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolelle. Toiseksi ainakin kuntalaisten näkökulmasta pitäisi miettiä, miten suoran demokratian keinoja voitaisiin vahvistaa silloin, kun toiminnot siirtyvät tai ovat siirtymässä erilaisille yhteistoiminta-alueille. Näissä tilanteissa myös asiakkaan oikeudet ja mahdollisuudet vaikuttaa voivat muuttua tai heikentyä.

Ulkoistamista ja sen astetta voidaan pohtia monien hallinto-oikeuden säännösten

848 Ryynänen 2004 s. 59. Kun kuntien yksityisoikeudellinen toiminta lisääntyy, nousee esiin uusia oikeudellisia ongelmia, koska kunnilla on itsehallinnollisina toimijoina muista organisaatioita poikkeavia ominaispiirteitä. Mennola 2008 s. 32–33 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008).

849 HE 1/1998 s. 175–176.

850 Kunnan johtamisjärjestelmiä on lainsäädännön näkökulmasta mahdollisuus kehittää esimerkiksi niin, että kunnassa on määräaikainen tai toistaiseksi valittu kunnanjohtaja, jolle voidaan määritellä johtajasopimuksen kautta ”toimitusjohtajamaiset” tavoitteet tai tehdä hallituksen puheenjohtajasta ”poliittinen” kunnanjohtaja tai ruotsin mallin mukainen kokopäiväinen luottamushenkilö. Lisäksi yhtenä vaihtoehtona on luoda kaksoisjohtajajärjestelmä, jossa pormestari on poliittinen johtaja ja kunnanjohtaja virkajohtaja. Kuntaan voidaan myös valita pormestari. Hoikka ym. 1999 s. 146.

851 Ryynänen 2004 s. 71.

852 Ryynänen 2004 s. 71; Vrt. Hoikka ym. 1999 s. 166.

853 Ks. PeVL 65/2002 s. 3; PeVL 11/1984 s. 2.

ja periaatteiden avulla. Ulkoistamista ei voida tarkastella erillään kunnan itsehallinnollisesta näkökulmasta, koska kunnallista itsehallintoa ja toimialuetta säätelevät säännökset kertovat, missä rajoissa kunnalla on mahdollisuus tuottaa palveluja. *Laaja kunnallinen itsehallinto tukee kuntien vapautta päättää, miten ne palvelunsa tuottavat.* Jos toiminta ei kuulu kunnan toimialaan, ei kunta voi ottaa sellaisia toimintoja hoidettavakseen eikä niitä voida myöskään ulkoistaa. Kunnallisen itsehallinnon piiriin kuuluvat tehtävät ja toiminnot antavat kuitenkin ulkoistamisille kehyksen, jonka puitteissa pystytään myös arvioimaan mitä kunnan itsehallinnon piiriin kunakin aikakautena kuuluu. Vahva kunnallinen itsehallinto *voi tukea erilaisia palveluntuottamistapoja*, kuten ulkoistamista. Hallittu, loppuun saakka systemaattisesti tehty osa-alueen tai kokonaisulkoistus ei ole uhka kunnalliselle itsehallinnolle. Toisaalta ongelmia voidaan nähdä niissä palvelujen siirroissa (välillisille organeille), joissa kunnalla ei ole välitöntä mahdollisuutta päättää tai vaikuttaa palvelun sisältöön tai kustannustasoon.

4.1.5.2 Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirja

Kunnallisen itsehallinnon periaatteet löytyvät myös Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjassa. Ennen kuin paikallisen itsehallinnon peruskirja tuli voimaan, annettiin kuntien ja alueiden Eurooppa-konferenssin hyväksymiä tärkeitä päätöslauselmia kunnallisen itsehallinnon peruseriaatteista. Päätöslauselmassa todettiin kuntiin kohdistuvasta valtionvalvonnasta yksityiskohtaisemmin kuin perusasiakirjassa.⁸⁵⁴ Euroopan neuvoston laatiman paikallisen itsehallinnon peruskirjan ovat allekirjoittaneet Euroopan neuvoston jäsenvaltiot, ja se tuli Suomessa voimaan 1.10.1991 (1181/1991). Se on osaltaan selkeyttänyt kunnallisen itsehallinnon käsitettä. Hallituksen esityksessä peruskirjan ratifionnista ja lainsäädännön tarkentamistapeista on ilmaistu seuraavaa:

*”Kun Suomen lainsäädännössä on omaksuttu suurelta osin peruskirjan periaatteet, on paikallaan, että peruskirja hyväksytään ja että Suomi velvoittautuu omalta osaltaan peruskirjan keskeisiin velvoitteisiin. – – Esityksellä ei ole välittömiä organisatorisia vaikutuksia, mutta peruskirjan määräykset muun muassa hallintorakenteista vaikuttavat tulevaisuudessa kuntien sisäisen hallinnon järjestämistä koskevaan lainsäädäntöön.”*⁸⁵⁵

Peruskirja ei ole oikeudellisesti sellaisenaan sitova, vaan se vaatii valtiosisäisiä toimia. Peruskirja on pääperiaatteiltaan ja oikeudelliselta kannalta lähinnä ohjelmallinen. Se ei harmonisoi kunnallishallinnon organisaatioita eikä anna paikalliselle itsehallinnolle kovin pitkälle menevää suojaa, koska oikeudelliset käsitteet ja veloitteet ovat niin väljiä, että liikkumavara eri maiden kunnallishallinnon järjestelyille on monelta osin

⁸⁵⁴ Ryynänen 2004 s. 47–48. Ensimmäiseksi päätöslauselmassa oli todettu, että kuntiin kohdistuva valvonta saisi kohdistua lakien noudattamiseen. Toiseksi korostettiin, että muut valvontamuodot eivät saisi johtaa kuntien toimivallan pienentymiseen, joita kunnille on perustuslain tai lain mukaan on osoitettu. Kuntiin kohdistuville valvontamenettelyille täytyisi olla oikeutus perustuslailla tai normaalilla lailla. Neljänneksi pääperiaatteeksi on todettu, että valtion valvontaviranomaisten on huomioitava puuttuttaessa paikallisiin asioihin, että suhde suojeltavanaan intressiin säilyy oikeana. Ryynänen 2004 s. 47–48.

⁸⁵⁵ HE 235/1990 s. 1.

varsin suuri.⁸⁵⁶

Peruskirjan velvoittavuusasteista on hieman tulkintaeroja kirjallisuudessa ja tutkimuksissa. Vaikka peruskirjan määräykset ovatkin väljiä, voidaan kysyä, voiko se olla syy siihen, ettei määräyksiä voitaisiin suoraan soveltaa oikeuskäytännössä. Hallintovaliokunta oli uuden kuntalain säätämisen yhteydessä lausunut paikallisen itsehallinnon peruskirjan sitovuudesta: peruskirja on ”periaatteessa tuomioistuimessa suoraan sovellettavaa oikeutta myös Suomessa. Peruskirjan määräykset ovat kuitenkin niin väljiä, että käytännössä niiden suora sovellettavuus ei juurikaan tule kysymykseen”. Sitä vastoin peruskirja vahvistaa myös eduskunnan hallintovaliokunnan lausunnon mukaan sitä käsitystä, että kunnilla on oikeus itse järjestää hallintonsa.⁸⁵⁷

Paikallisen itsehallinnon peruskirja on tiettyjen EU:n jäsenvaltioiden ratifioima yleissopimus. Se painottaa paikallista itsehallintoa ja vaatii, että kunnilla on itsenäistä päätösvaltaa ja mahdollisimman yleinen ja suuri toimivalta. Peruskirjan ohjaaminen ja valvonta on kompleksista etenkin oikeudellisten tulkintojen tai sanktioiden osalta, jos peruskirjan periaatteita on rikottu. Itsehallinnon laadulliset ja sisällölliset pääperiaatteet voidaan jakaa kunnalliseen päätöksenteon demokraattisuuteen ja toimivuuteen. Ne toimivat pääasiallisesti kunnallishallinnon oikeudellisena perustana. Vaikka peruskirjan oikeudellinen asema ei ole täysin yksiselitteinen, se voidaan rinnastaa tulkintavaikutukseltaan muihin kansainvälisiin sopimuksiin. Peruskirja on saatettu lailla voimaan, ja sen normit ovat muihin laintasoiisiin normeihin rinnastettavissa, vaikka niihin vetoaminen aiheuttaa ongelmia lainkäytössä, koska ne ovat niin yleisellä tasolla.⁸⁵⁸ Toisaalta normiristiriitaa alempiin oikeusnormeihin tai hallinnon määräyksiin tai ohjeisiin ei pitäisi muodostua, koska veloitteiden ei ole katsottu perustuslakivaliokunnan lausunnon mukaan aiheuttavan ristiriitaa muuhun lainsäädäntöön⁸⁵⁹.

Paikallisen itsehallinnon peruskirjan asema on joiltain osin vain sopimuksellinen. Se ei sellaisenaan takaa, että kunnallisen itsehallinnon periaate olisi voimassa valtiونسisäisesti tai olisi perustuslainsuojan vaikutuksen piirissä⁸⁶⁰. Tämä on täsmennetty peruskirjan selitysosassa valtion valvonnan perusteista⁸⁶¹. Peruskirjan lisäksi Euroopan neuvosto on antanut kuntien oikeudelliseen asemaan vaikuttavia suosituksia⁸⁶². Suositusten tavoitteena on kuitenkin vahvistaa kunnan omia valvontamekanismeja. Euroo-

856 Mäenpää 1997a s. 64; Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 46.

857 HaVM 18/1994 s. 3. Pöyhönen on todennut, että ”kaikki kunnallissopimukseen velvoittavat määräykset eivät kuitenkaan ole niin väljiä, ettei niitä voitaisi hallintoelimissä tai tuomioistuimissa soveltaa”. Pöyhönen 1996 s. 25–26.

858 Mäenpää 1997a s. 301–303; Ryynänen–Telakivi 2006 s. 24. Ks. Mennola 2008 s. 331–332 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008).

859 Mäenpää 1997a s. 304.

860 Ryynänen 2004 s. 50–51; Ryynänen 2008 s. 149. Ks. myös subsidiariteetin vaikuttavuudesta. Ryynänen 2008 s. 103–104.

861 Ks. Pöyhönen 1996 s. 8–9. Selitysosan sanoma valtion valvonnasta voidaan kiteyttää seuraavasti: Ensimmäisessä kappaleessa on sanottu, että valvonnan perusteiden tulee olla asianmukaiset ja löytyä lainsäädännöstä. Toisen kappaleen mukaan hallinnollisen valvonnan tulee pääperiaatteessa olla kuntien toimintaan kohdistuvaa laillisuusvalvontaa. Kolmannen kappaleen mukaan valvontaviranomaisen tulee käyttää menetelmiä, joilla on pienin vaikutus kunnalliseen itsehallintoon. Pöyhösen mukaan kuntiin kohdistuvassa valtion valvonnassa on myös hyviä puolia eikä kaikkia tule torjua. Ks. lisää Pöyhönen 1996.

862 Ryynänen–Telakivi 2006 s. 29. Ks. myös CLRAE:n päätös 71/1998.

pan neuvosto on antanut myös yleisen valtionvalvontaa koskevan suosituksen.⁸⁶³

Eurooppalaisten paikallishallinnon edustajat ovat vaatineet kunnallisen itsehallinnon peruskirjaa otettavaksi EU:n perussopimukseen tai vastaavaan asiakirjaan. EU:n perusoikeusasiakirjaa on valmisteltu laajassa konventissa, jonka työssä seuraavat asiat ja eri paikallisjärjestöjen vaatimukset ovat kuntien kannalta erityisen tärkeitä: Ensimmäinen vaatimus kohdistuu alueiden komitean vahvistamiseen ja valituskanavan luomiseen subsidiariteetti- ja suhteellisuusperiaatteiden loukkaamisessa. Toinen vaatimus kohdistuu kuntien ja alueiden taloudellisten kustannusvaikutusten huomioonottamiseen eri hankkeiden yhteydessä. Kolmas tärkeä asia liittyy julkisiin hyvinvointipalveluihin ja niiden laajuuteen.⁸⁶⁴

Pohjoismaissa ja monissa muissa Euroopan maissa on paikallistasolla lähdetty järjestämään palveluja uudella tavalla ja keskusteltu kunnallisten palvelujen laajuudesta. Kilpailutuksen lisäksi kysymys on myös perus- ja hyvinvointipalvelujen kattavuudesta ja saatavuudesta. Konventin ehdotus ja maininta EU:n perussopimuksessa on kunnallisen itsehallinnon kannalta merkittävä askel paikallisen itsehallinnollisen aseman vahvistamiseksi ja legitimoimiseksi edellyttäen, että se hyväksyttäisiin.⁸⁶⁵ Lisäksi Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 90 artiklan mukaan kunnat tarjoavat itsehallintoonsa perustuen asukkailleen tasapuolisesti peruspalveluja niin, että kuntalaisilla on mahdollisuus saada niitä maksutta tai todellisia kustannuksia pienemmällä hinnalla, koska erotus katetaan verorahoituksella. Peruspalvelujen maksuttomuusvaatimus kattaa myös ulkoistetun palvelun siten, että kunnan ei ole mahdollista periä kuntalaisilta ulkoistetusta palvelusta korkeampia maksuja kuin jos vastaava toiminta tuotettaisiin omana.

Paikallisen itsehallinnon peruskirjaa voidaan tulkita valtuuston asemaa vahvistavana ja painottavana⁸⁶⁶. Kunnallisessa itsehallinnossa on useampi aspekti. Painotukset ja itsehallintokäsitteen tulkinta riippuvat hyvin pitkälti siitä, mitä halutaan tuoda esille. Perustuslain 121 §:llä on turvattu paikallinen itsehallinto, joka antaa luo myös pohjan kunnalliselle demokratialle ja päätöksenteolle. Peruskirjan 4.2 artiklassa on kohta kuntien aloiteoikeudesta, mutta esimerkiksi kunnan oikeutta yleiseen toimialaan ei ole yksiselitteisesti määritelty Kunnallisen toimialan kahtiajako ei kuitenkaan pelkästään peruskirjaan nojautuen aukene, ja peruskirjan merkityksestä kunnan yleisellä toimialalla on hieman eri painotuksia. Kunnan oikeutta yleiseen toimialaan ei peruskirjassa ole turvattu, vaikka lukuisissa Euroopan maiden kunnissa on tämäkin jaottelu⁸⁶⁷. Toisaalta on myös katsottu, että peruskirjan 4.2 artikla ”sisältää yleisen toimialan ilmauksen, universaliteettiperiaatteen”.⁸⁶⁸

Peruskirjan 4.3 artiklassa todetaan julkisten tehtävien jakamisesta seuraavasti: ”julkisista tehtävistä tulee yleensä ensisijaisesti huolehtia kansalaista lähinnä olevien viranomaisten. Annettaessa jokin tehtävä muulle viranomaiselle, on otettava huomioon tehtävän laajuus ja luonne sekä tehokkuus- ja taloudellisuusvaatimukset”. Tässä

863 Ryynänen 2004 s. 51–52. Ryynänen on todennut, että ”mitään suoranaista ristiriitaa suosituksen ja maamme valtionvalvontajärjestelmän välillä ei voida havaita.” Ryynänen 2004 s. 52.

864 Ryynänen 2004 s. 64–65.

865 Ryynänen 2004 s. 64–65.

866 Ks. HE 192/1994 s. 9–11.

867 Harjula–Prättälä 2007 s. 79.

868 Ryynänen–Telakivi 2006 s. 60.

artiklassa painottuu subsidiariteetti- eli toissijaisuusperiaate, joka voidaan tulkita paikallishallintoa tukevana kun mietitään, mikä viranomainen hoitaa tai järjestää julkisen tehtävän hoidon.⁸⁶⁹

Subsidiariteettiperiaatetta on tulkittu eri tavoin eri maissa, ja käsitettä pidetään moniulotteisena. Ongelmallisuutta lisää se, että Euroopan neuvoston paikallisen itsehallinnon peruskirjan ja Euroopan unionin käsitykset subsidiariteettiperiaatteesta eroavat. Euroopan neuvoston subsidiariteettiperiaate korostaa paikallisen ja alueellisen itsehallinnon näkökulmia, kun taas Euroopan unionin periaate lähtee ylhäältä alas, jolloin siinä painottuu unionin ja jäsenmaiden poliittisten tavoitteiden harmonia.⁸⁷⁰

Isossa-Britanniassa subsidiariteettiperiaate on ymmärretty niin, että päätöksenteko täytyy keskittää keskushallintoon. Saksassa taas sillä ymmärretään hajautusta ja maakuntien itsenäistä asemaa. Periaatteella voidaan tarkoittaa myös päätösvallan jaottelua EU:n ja jäsenvaltion välillä. Subsidiariteettiperiaatteen alkuperäinen sanamuoto pohjautuu latinaan ja tarkoittaa avustamista. Niinpä periaatteen olisi tuettava pienempiä yksiköitä niin, että ne säilyttäisivät elinvoimaisuutensa ja vastuunkantonsa⁸⁷¹. Kunnallisten palveluiden tuottamisessa voidaan ainakin välillisesti noudattaa subsidiariteettiperiaatetta, jonka mukaan päätöksenteon täytyisi tapahtua mahdollisimman alhaisella tasolla. Tällä pyritään hajauttamaan päätöksentekovaltaa niin, että päätöksenteko on tehokkaimmin toteutettavissa esimerkiksi kunnassa tai yhteisössä.⁸⁷²

Subsidiariteettiperiaatteeeseen nojaten ei voida vaatia suoranaisesti tietynlaista hallinnollista organisoitumista, kuten kunnallista itsehallintoa, vaikka siitä voidaan saada tukea organisaation kehittämiseksi päätösvallan hajauttamisen suuntaan. Maastrichtin sopimukseen sisältyvä subsidiariteettiperiaate ymmärretään joskus myös toissijaisuusperiaatteeksi. Se edellyttää, että päätöksenteon on tapahduttava kussakin jäsenvaltiossa mahdollisimman lähellä kansalaisia.⁸⁷³

Subsidiariteettiperiaate voidaan tietyllä tavalla ymmärtää ulkoistamista tukevaksi periaatteeksi, koska sen mukaan kunnan ei tulisi hoitaa sellaisia yleisen toimialaan liittyviä tehtäviä, joita mm. yhteisöt ja yritykset voivat hoitaa yhtä hyvin tai paremmin. Tällöin subsidiariteettiperiaatteen voitaisiin ymmärtää edesauttavan tehtävien siirtoa valtiolta kunnille ja kunnilta yksityisille.

Ulkoistamisen kannalta yhtenä tärkeimpänä kohtana voidaan pitää peruskirjan 3.1 artiklaa, jossa on määritelty paikallisen itsehallinnon käsite. Sen mukaan ”paikallinen itsehallinto tarkoittaa paikallisviranomaisten oikeutta ja kelpoisuutta säännellä ja hoitaa lain nojalla huomattavaa osaa julkisista asioista omalla vastuullaan ja paikallisen väestön etujen mukaisesti.” Lisäksi 3.2 artiklassa todetaan, että tätä oikeutta käyttävät valtuustot. Peruskirjan 3 artiklan kohdalla on merkitystä myös palvelujen tuottamistavan kannalta, koska peruskirja vahvistaa kuntien asemaa hoitaa asioita mahdollisimman pitkälle paikallisesti kuntalaisten etujen mukaisesti. Tästä on johdettavissa, että kunnat voivat myös järjestää palvelunsa hyvin pitkälle paikallisten etujen mukaisesti. Peruskirjan 3.1 artikla ei näyttäisi välittömästi tuovan rajoituksia ulkoistuksiin, etenkin jos se on kuntalaisten

869 Ks. HE 235/1990 s. 2.

870 Rynänen 2008 s. 84–85.

871 Rynänen 2008 s. 90; Ks. Böttger 2006 s. 34.

872 Mäenpää 1996 s. 304.

873 HE 192/1994 s. 11.

edun mukaista. Kyseinen kohta vahvistaa osittaisulkoistusten merkitystä ensisijaisena keinona muihin ulkoistamismuotoihin nähden – se kuitenkin jättää sisällön osittain avoimeksi. Ulkoistusten eri muodoille ei ole estettä 3.1 artiklan näkökulmasta, koska järjestämisvastuu säilyy kaikissa ulkoistamisen muodoissa kunnilla.

Paikallisen itsehallinnon peruskirja tukee myös ainakin välillisesti kunnan vapautta päättää, miten palvelut järjestetään paikallistasolla. Paikallisen itsehallinnon peruskirjan oikeudellinen merkitys korostuu ainakin periaatteellisella tasolla, koska kuntia koskevan lainsäädännön pitää olla linjassa peruskirjan periaatteiden kanssa. Kunnallisen itsehallinnon suoja EU-tasolla hakee muotoaan, ja ongelmana on, että subsidiariteettiperiaatteen vaikutus pitäisi saada koskemaan kunta- ja aluetasoa⁸⁷⁴.

EY-perustamissopimuksen ja paikallisen itsehallinnon peruskirja ohjaavat ulkoistamista monelta osin, mutta eivät ota välittömästi kantaa itse ulkoistamisen menettelyyn ja siihen liittyviin yksityiskohtiin. Peruskirjan pääperiaatteellinen tehtävä on ohjata kansallisia lainsäätäjiä niin, että siihen sisältyvät veloitteet tulevat huomioiduksi kansallisessa lainsäädännössä. Siksi paikallisen itsehallinnon peruskirja ei suoraan tuo välittömiä oikeuksia kunnille vaan tietyt oikeudelliset peruseriaatteet valtion kuntiin kohdistuvalle toiminnalle. Peruskirjan 3 artiklassa painotetaan, että kunnan tulee hoitaa monia asioita itse. Tämä asettaa ulkoistamisille tiettyjä vaatimuksia ainakin periaatteellisella tasolla. Sanamuodon yleisyys ei kuitenkaan suoraan ota kantaa palvelujen tuottamiseen. Näin se myös tukee kunnan mahdollisuutta miettiä, miten palvelut järjestetään kuntalaisten edun mukaisesti. Toisaalta peruskirjan artikkelit eivät myöskään välittömästi rajoita ulkoistamista.

4.2 Ulkoistamista rajaavat käsitteet

4.2.1 Yksityistämis- ja ulkoistamiskäsitteiden erottelu

Kuten tutkimuksen alkupuolella käsiteltiin, pohjautuvat yksityistäminen ja ulkoistaminen hyvin pitkälti samoihin teorioihin ja suuntauksiin, vaikka on myös olemassa monia painotuseroja. Oikeudellisesti ja toiminnallisesti niitä ei voida sekoittaa toisiinsa, koska ulkoistaminen on käsitteenä ja toimintamuotona kunnissa paljon monimuotoisempi ja tulkinnallisempi.

Kunnan roolin muuttuminen palvelujen tuottajasta niiden järjestäjäksi⁸⁷⁵ on johdannut siihen, että kuntien menetelmät ja laadulliset erot palveluissa tulevat todennäköisesti entisestään kasvamaan. Oli kyse ulkoistamisesta tai yksityistämisestä, voidaan kaikkia eri muotoja tuottaa rinnakkain laadukkaasti⁸⁷⁶. Ulkoistamisen ja yksityistämisen muodoissa erottaa hyvinkin pitkälle vietyä markkinaehtoista toimintaa ja toisaalta toimintaa, joka

874 Ryynänen 2008 s. 138.

875 Vrt. Rasinmäki 1997 s. 75.

876 “The ability of private or the public sectors respectively to produce effective health care efficiently and equitably; the balance between the sectors and the types of service to be provided in each; and the balance between public and private sources of finance; these are three aspects of the “public-private mix” debate that can be traced back to the beginning of this century in several countries.” Culyer–Jönsson 1986 s. 1. Vrt. yksityistämisen määritelmä. Savas 2000 s. 104.

toimii hyvin vähän jos ollenkaan markkinoilla⁸⁷⁷. Heti alussa on aina tarkasteltava, missä yhteydessä ja missä laajuudessa yksityistäminen on esillä, koska monia termejä, kuten ostopalveluja, ulkoistamisia ja julkinen–yksityinen-yhteistyömalleja, voidaan joissakin yhteyksissä käsitellä yksityistämiskäsitteen sisällä⁸⁷⁸.

Yksityistäminen voidaan pääperiaatteiltaan jakaa kolmeen muotoon eli varsinaiseen, rakenteelliseen ja epäsuoraan yksityistämiseen. Varsinaisessa yksityistämisessä kunta ei vastaa palvelun ohjauksesta, tuotannosta tai rahoituksesta, ja tällöin on yleensä kyse puhtaasta yrityksen liiketoiminnasta. Rakenteellisessa yksityistämisessä kunta luopuu vain joiltain osin tehtävistään esimerkiksi antamalla tietyn toiminnan järjestölle tai yhdistykselle. Epäsuorassa yksityistämisessä yksityiskohtainen säännöstely vähenee ja ohjaus sekä rahoitus tulevat väljemmäksi.⁸⁷⁹ Suurimmat ja selkeimmät lainsäädännölliset erot ovat kokonaisulkoistamisen ja varsinaisen yksityistämisen välillä. Toisin kuin yksityistämisessä ulkoistamisessa kunnan ohjaus ja valvonta on keskeistä, koska monissa erityistoimialan palveluissa kunta on järjestämisvastuussa palveluista. Kuntalain kommentaariteoksessa todetaan yksityistämisestä seuraavaa: ”kysymys palvelujen järjestämisestä ja tuottamisesta liittyy keskusteluun yksityistämisestä. Laajimmin toiminta yksityistetään silloin kun kunta luopuu toiminnasta kokonaan ja jättää sen yksityisen hoidettavaksi”.⁸⁸⁰

Ruotsissa on jaoteltu palvelutuotannon organisointi kolmeen eri rooliin: kuka suunnittelee ja ohjaa, kuka tuottaa ja kuka rahoittaa palvelut⁸⁸¹. Saksassa on tutkittu yksityistämistä ja jaoteltu se puhtaaseen ja lievään yksityistämiseen⁸⁸². Puhtaalla yksityistämisellä tarkoitetaan julkisten tehtävien siirtämistä yksityisen vastuulle ja rahoituksella hoidettavaksi. Lievemällä yksityistämisellä tarkoitetaan taas sitä, että valtio tai kunnat muuttavat hallinto-organisaatioitaan määriteltyjen tehtävien osalta⁸⁸³. Tietyissä yksityistämisen muodoissa kunnallinen toiminta, määräysvalta ja omistus siirtyvät kokonaan yksityiselle.

Ulkoistamisen eri muodot nostavat esille oikeudellisia rajanvetokysymyksiä, koska toiminnanohjauksesta voivat ulkoistuksessa vastata joko kunta tai se taho, jolle ulkoistettua toimintaa on siirretty. Fredriksson ja Martikainen ovat todenneet että ”Merkittävä ero ulkoistamisen ja yksityistämisten välillä on omistajuus. Ulkoistettava toiminta siirtyy ulkopuolisen ohjaukseen usein määräaikaisen sopimuksen mukaan, kun taas yksityistämisessä toiminnan muutos julkisesta yksityiseksi on pysyvä”.⁸⁸⁴ Tällöin olisi kyse kokonaisulkoistamisesta. Kaikissa ulkoistamisen eri asteissa on huomioitava myös se, että valtuusto päättää KuntaL 13 §:n mukaisesti hallinnon järjestämisestä sekä kunnan palveluiden organisoinnin perusteista. Lisäksi on huomioitava, että ul-

877 Tällaisina esimerkkeinä voidaan mainita materiaallinen yksityistäminen ja osittainen ulkoistaminen.

878 Ks. CEMR/EPSC: Reform of public services 2008 s. 21.

879 Salonen–Soulié 1992 s. 20.

880 Harjula–Prättälä 1998 s. 103. Harjula–Prättälä 2007 s. 113.

881 Svensson 1985 s. 58.

882 Lange 1984 s. 5, 307–309.

883 Eilavaara 1987 s. 168.

884 Fredriksson–Martikainen 2006a s. 13. Tällöin olisi kyse kokonaisulkoistamisesta. Siirtäminen ulkopuoliseen ohjaukseen määräaikaiseksi ajaksi ei koske toimintoja, joita kunta ulkoistaisi esim. liikelaitoksille.

koistamisen ja yksityistämisen eri muodoissa *kilpailuttamisprosessille on asetettu erilaisia juridisia vaatimuksia*.

Yksityistämisen käsitettä on tutkittu laajemmin kuin ulkoistamista, joten on syytä käydä läpi, miten yksityistämiskäsite on eritelty. Yksityistämiset voivat pohjautua esimerkiksi kunnallisten tehtävien yksityistämisiin, jolloin taustalla ovat usein taloudelliset näkökulmat. Yksityistämisellä voidaan tavoitella kunnan toiminnan individualisointia, jolloin kuntalaisille jää entistä suurempi vastuu tietyistä palveluista. Kyse voi olla myös vapaaehtoisen yhteistyön vahvistamisesta.⁸⁸⁵ Ulkoistaminen ja yksityistäminen ovat kummatkin kunnallispoliittisia päätöksiä. Kokonaisulkoistamisessa ja osa-alueen ulkoistamisessa kunta tekee päätöksen tietyn toiminnan tuottamisesta muun kuin oman organin kautta. Materiaalisessa yksityistämisessä kunta luopuu tietyistä toiminnasta kokonaan. Ulkoistaminen voi koskea KuntaL 2.1 §:n mukaisia laissa säädettyjä ja kunnan itselleen ottamia tehtäviä. Sellaisia erityistoimialan mukaisia lakisäätteisiä tehtäviä, joita kunta on lailla veloitettu hoitamaan, ei voida laajasti yksityistää. Ulkoistamisen eri muodot ovat laajemmin käytettävissä, koska KuntaL 2.3 §:n mukaan niissä järjestämistä vastuu säilyy kunnalla.

Rasinmäki puolestaan on määritellyt yksityistämisen neljän käsitteen kautta:

- 1) *Materiaalisella* yksityistämisellä tarkoitetaan täydellistä yksityistämistä. Siinä julkisen tahon järjestettäväksi lailla määrättyjen palveluiden ja tehtävien yksityistäminen ei ole mahdollista. Vapaaehtoisten tehtävien materiaallinen yksityistäminen on mahdollista. Silloin kunta luopuu suoranaisesta oikeudesta ohjata ja valvoa toimintaa.
- 2) *Funktionaalaisella* yksityistämisellä tarkoitetaan sitä, että kunta tekee sopimuksen yksityisoikeudellisen oikeussubjektin kanssa. Tällöin kunnalla on mahdollisuus organisoida ja valvoa toimintaa. Se, mitä muita veloitteita kunnan on otettava huomioon funktionaalaisessa yksityistämisessä, riippuu toiminnasta ja siihen liittyvästä lainsäädännöstä.
- 3) *Organisatorinen* yksityistäminen tarkoittaa vanhojen organisatoristen rakenteiden muuttamista, jolloin kunnalla on mahdollisuus järjestää palvelunsa lainsäädännön puitteissa parhaalla mahdollisella tavalla. Tämä ei kuitenkaan vähennä kunnan vastuuta järjestää lakisäätteisiä palveluita.
- 4) *Formaalinen* yksityistäminen tapahtuu kunnan sisällä ja ohjaa yksityistämiseen liittyviin toimintoihin, kuten kilpailuttamiseen, tulosjohtamiseen, nettobudjetointiin tai tilaaja-tuottajamalliin.⁸⁸⁶

Yksityistämisen määritelmät eroavat ulkoistamisen eri asteiden määritelmistä, eikä niitä voida pitää käsitteenä samana kuin ulkoistamista. *Materiaalinen yksityistäminen on monelta osin kauimpana ulkoistamisen eri muodoista*, kun taas organisatorisessa yksityistämisessä voi olla joitakin samoja piirteitä kuin osittaisessa ulkoistamisessa⁸⁸⁷. Kuntien ulkoistamisessa on yleensä elementtejä funktionaalisesta ja formaalisesta yk-

885 Eilavaara 1987 s. 167.

886 Rasinmäki 1997 s. 45–50. Tuori taas on jaotellut yksityistämisen kolmeen tyyppiin. Tuori 1990 s. 148–149.

887 Vrt. Husa–Pohjolainen 2008 s. 70.

sityistämisestä, mutta kokonaisulkoistamisen piirteet täyttyvät vain funktionalisessa yksityistämisessä. Formaalisessa yksityistämisessä on samoja piirteitä kuin sisäisessä tilaaja-tuottajamallissa, ja se luo edellytyksiä tietynlaiselle ulkoistamiselle. Kaikki formaaliseen yksityistämiseen liittyvät asiat eivät ole aina kuitenkaan välttämättömiä ulkoistamisen näkökulmasta. Formaalisessa yksityistämiseen liittyvät elementit ovat lähinnä sellaisia kunnan organisaatioon tai kunnanhallintoon liittyviä valmisteluja, jotka luovat edellytyksiä tai vievät eteenpäin ulkoistamisten täytäntöönpanoa. Materiaalista yksityistämistä rajoittaa kunnissa lakisääteisten tehtävien osalta kunnan järjestämistä vastuu – ulkoistaminen on kuitenkin mahdollista. Materiaalinen yksityistäminen ja kokonaisulkoistaminen sulkevat toisensa pois, koska kunta ei voi ulkoistaa pois annettua toimintaa. Kunnalla on siis mahdollisuus valita, myykö se esimerkiksi tietyn yhtiönsä omistusosuutensa kokonaan pois (yksityistää) vai antaako se vain osan tehtävistä hoidettavaksi ulkopuoliselle organisaatiolle (ulkoistaa).

Funktionaalisessa yksityistämisessä on elementtejä enemmän markkinaperusteisesta tilaaja-tuottajamallista, jossa toimintoja voidaan ulkoistaa yksityisille palveluntuottajille. Funktionaalisessa yksityistämisessä on monia samoja elementtejä kuin osa- ja kokonaisulkoistamisessa. Yksityistämisen eri käsitteet on kuitenkin nähtävä laajempina määritelmänä, eivätkä ne sinällään vielä asemoi tai erottele kovinkaan yksityiskohtaisesti ulkoistamisen eri muotoja tai sen sisältöön liittyviä elementtejä kunnallishallinnon näkökulmasta. Kunnan mahdollisuudet *yksityistää toimintoja on KuntaL 2.1 §:n mukaisesti tulkittava suppeammiksi kuin ulkoistamisen eri mahdollisuudet.*

Funktionaalista yksityistämistä ja ulkoistamista voidaan tarkastella myös orgaanien välillä tehtävän sopimuksen kautta. Ulkoistaminen antaa kunnalle myös sopimussellisuuden näkökulmasta laajemman liikkumavaran, kun taas yksityistäminen rajoittaa monella tavalla sopimussellisuuden muotoja tai sellaisten orgaanimuotojen hakemista, jotka voisivat tuottaa kunnalle palveluja. Esimerkkeiksi voidaan ottaa kokonaisulkoistaminen ja funktionaalinen yksityistäminen: *funktionaalinen yksityistäminen kattaa sekä tietyn osa-alueen ulkoistamisen että kokonaisulkoistamisen mutta ei sinällään tee eroa niiden välillä.*

Joissakin kunnallisissa palveluissa, kuten vesihuollossa, on tarkoituksenmukaista käyttää käsitettä yksityistäminen vain silloin, kun kyseessä on täydellinen yksityistäminen eli omaisuutta myydään kunnalta yksityiselle. Lisäksi vesi- ja viemäritoimintaan liittyvät palvelut on monelta osin ulkoistettu.⁸⁸⁸

Ulkoistamisissa niin kuin yksityistämisisä liikutaan monesti yksityisoikeudellisten sopimusten puolella, jolloin kunnalla ei ole erityisasemaa. Sopimussellisuuden sitovuuskysymykset ovat samat, mutta ulkoistamisen eri muodoissa ei voida tehdä niin pitkälle meneviä lopullisia sopimuksia kuin materiaalisessa yksityistämisessä. KuntaL 2.3 §:n säännökset mahdollistavat myös osittaisulkoistukset eri yhteistoimintaorganisaatiolle,

888 Hukka–Katko 1999 s. 77–78. Tutkimuksissa ja kirjallisuudessa törmätään oikeudellisesti ulkoistamiskäsitteen epämääräisyyteen. Epäselväksi jää, tarkoittavatko kirjoittajat (Hukka–Katko) ulkoistamisella sitä, että kunta on yhtiöittänyt tai liikelaitostanut vesi- ja viemärlaitoksiaan. Jos näin on, väite pitää paikkansa. Jos ulkoistamisella tarkoitetaan täydellistä ulkoistamista, jossa kunnalle jää vain valvojan rooli silloin kun toiminta ja talous on siirretty kunnasta ulkopuoliselle organisaatiolle, eivät kaikki liikelaitostamiset tai kunnalliset yhtiöittämiset täytä puhtaasti kokonaisulkoistamisen kriteerejä.

jolloin ei aina pystytä suoraan erottamaan yksityistämisen ja ulkoistamisen rajoja. Asiaa on lähestyttävä toimialan ja järjestämisvastuun käsitteiden kautta sekä tarkastelemalla, kuinka laajaa ja lopullista tehtävien siirto on ja mistä tehtävistä on kyse. Konkreettinen esimerkki mainitaan perustuslakivaliokunnan lausunnossa: hallituksen esityksessä laiksi yksityisistä turvallisuuspalveluista perustuslakivaliokunta oli todennut, että vartioliike-toimintaa voidaan kokonaisuutena pitää julkisena hallintotehtävänä, vaikka varsinaista poliisitoimintaa ja siihen liittyvää julkisen vallan käyttöä ei voi yksityistää.⁸⁸⁹

Yhtiöittämisen (organisatorinen) ja yksityistämisen (materiaalinen) eri muodoissa on monia eroja. *Ulkoistamisen näkökulmasta yhtiöittämistä ei saisi myöskään viedä liikaa yksityistämiskäsitteen alle.* Muuten eri yhtiöittämismuotojen ja säännösten merkitykset ja suhteet voivat jäädä avaamatta kunnan näkökulmasta kunnallisessa valmistelussa ja päätöksenteossa. Yhtiöittäminen on yleistynyt, ja sitä on perusteltu tehokkuudella. Haasteeksi jäävät kuitenkin omistajaohjaus sekä kuntalaisten näkemysten ja oikeusturvan toteutumisen. Yhtiömuotoisten palvelujen kilpailuttaminen riippuu hyvin pitkälti siitä, tuottaako yhtiö palveluja pelkästään kunnalle. Toisaalta yhtiöittämisessä ja yksityistämisen kysymys kahdesta eri asiasta. Yhtiöittäminen lähtee pääasiallisesti siitä, miten kunnan toimintoja sisäisesti organisoidaan. Yksityistämisen kunta antaa tietyn toiminnan yksityissektorin hoidettavaksi. Yksityistämisen kunnan vaikuttamis- ja ohjausmekanismit ovat rajoitetummat kuin muissa palveluidentuottamistavoissa.⁸⁹⁰

Yksityistämisen ja yhtiöittämisessä kunnallista toimintaa hoitaa monesti osakeyhtiö, jonka toimintaa sääntelee osakeyhtiölaki. Kuten aiemmin mainittiin, kunnallisessa yhtiöittämisessä on monia ulkoistamisen tunnuspiirteitä, riippuen kuitenkin omistuksesta ja määräysvallasta kyseisessä yhtiössä⁸⁹¹. Ulkoistaminen eroaa yksityistämisen ja yhtiöittämisestä etenkin kilpailuoikeudellisten ja sopimusoikeudellisten säännösten osalta. Lisäksi ulkoistettujen palvelun tuottaja joutuu huomioimaan etenkin kunnan erityistoimialalla liikuttaessa sellaiset hallinto-oikeudelliset säännökset ja periaatteet, joita kunta on palvelun järjestäjänä veloitettu noudattamaan. Yksityistäminen on kunnan kannalta absoluuttisin toimenpide, koska kunnalla ei ole kaikissa yksityistämisen muodoissa mahdollisuutta palauttaa toimintaa omaksi. Valtuuston ohjausvalta ja kuntalaisten oikeudet eivät aina tule välittömästi huomioituksi yksityistetyssä toiminnassa samalla tavalla kuin ulkoistetussa. Ulkoistaminen on pääsääntöisesti lievempi vaihtoehto kuin yksityistäminen, koska kaikki eri ulkoistamisen asteet ovat ainakin välillisesti kunnallisen demokratian piirissä valvonnan sekä ohjauksen osalta. Ulkoistettu toiminta on myös mahdollista siirtää uudestaan kunnan omaksi toiminnaksi.

Kuntien tekemät ulkoistamiset jaoteltiin 1. luvussa kokonaisulkoistamiseen, osittaiseen ulkoistamiseen ja osa-alueiden ulkoistamiseen. Muodot eroavat toistaan oikeudellisesti, toiminnallisesti ja taloudellisesti. Yhtenä keskeisenä asiana ulkoistamisen määrittelyssä ja vertailussa yksityistämisen on, miten kyseinen palvelu on tuotettu kunnassa ennen kuin se annetaan oman organisaation ulkopuolelle tuotettavaksi. Toinen keskeinen oikeudellinen kysymys liittyy ulkoistamisen asteeseen sekä siihen, mille organille palvelu ulkoistetaan.

889 Ks. lisää PeVL 28/2001 s. 6–7.

890 Kilpailuttamisen ABC 2001 s. 30–33.

891 Ks. luku 3.2.2.

Ulkoistaminen sinällään voi kohdistua sekä lakisääteisiin että vapaachtoisiin tehtäviin. Kunnalla on suurempi vastuu huolehtia lakisääteisten tehtävien hoitamisesta säännösten mukaisesti, mihin myös järjestämisvastuu liittyy. Kunnan järjestämisvastuun käsitettä on arvioitava sen mukaan, mitä sen sisältöön kuuluu ja miten se eroaa palvelujen tuottamisesta tai hoitamisesta. *Järjestämisvastuu on keskeinen käsite silloin kun punnitaan, ollaanko tiettyjä palveluja yksityistämässä vai ulkoistamassa*, koska kunnalla on laajemmat mahdollisuudet ulkoistaa toimintojaan kuin yksityistää niitä.

Ulkoistamiskäsitettä voidaan käyttää kunnissa eri merkityksessä eri asiayhteyksissä. Toisaalta ulkoistamista on pidetty joissakin tapauksissa lähes synonyyminä yksityistämiseksi. Monissa teoksissa ja esityksissä ulkoistamiskäsite on jäänyt täsmentämättä, jolloin on oikeudellisesti vaikea analysoida siihen liittyviä asioita. Ulkoistaminen on yksityiskohtaisempi käsite kuin yksityistäminen niin teoreettisella kuin käytännön tasolla silloin, kun yritetään kuvata kunnissa tapahtuvia palvelun järjestämis- ja tuottamistapojen eroja ja seuraamuksia sekä niihin liittyviä rajoitteita oikeudellisesta näkökulmasta. Ulkoistamisfunktiolla voidaan myös tarkoittaa niitä tarkoituksia ja päämääriä, joita ulkoistamisella eri tilanteissa on. Jotta pystyisimme kunnallisoikeudellisesta näkökulmasta asemoimaan ulkoistamiskäsitettä ja etenkin yksittäisiä tilanteita, jossa kyseistä käsitettä käytetään, on tiedettävä, mistä ulkoistamisen muodosta on kysymys, mitä keskeisiä kysymyksiä kyseiseen ulkoistamismuotoon liittyy ja mitä niistä on säännelty.

Ulkoistamisessa kunnalla säilyy pääsääntöisesti KuntaL 2.3 §:n tarkoittama järjestämisvastuu, vaikka palvelun tuottaisi yksityinen osakeyhtiö. Tätä voidaan havainnollistaa esimerkiksi tiettyjen tukipalvelujen ulkoistamisilla. Säännöksillä ei ole suoranaisesti rajoitettu esimerkiksi ruoka- ja kuljetuspalveluiden ulkoistamisia – eikä niiden välitöntä järjestämisvastuuta. Samalla kuitenkin eri erityissäännökset edellyttävät, että lakisääteiset palvelut toimivat, eikä niiden toimimattomuus saa vaarantaa esimerkiksi eri normien takaamaa hoivaa tai hoitoa. Kunnalla on kokonaisvastuu, jolloin tukipalvelujen toimimattomuus voi vaarantaa säännösten mukaisen ydinpalvelun.

Yksityistämässä kunta voi antaa toiminnan kokonaan yksityisen tehtäväksi, eikä se ole järjestämisvastuussa kyseisestä toiminnasta⁸⁹². Toiseksi kunnan mahdollisuudet yksityistää KuntaL 2.1 §:n mukaisia lakisääteisiä tehtäviä ovat monella kunnan toiminta-alueella lainsäädännöllisesti rajoitetummat. Kolmanneksi kunnalla ei aina ole myöskään mahdollisuutta ohjata ja seurata yksityistettyä toimintaa samalla tavalla kuin ulkoistettua toimintaa.

Ulkoistamisen eri asteissa joudutaan pureutumaan syvemmälle siihen oikeudelliseen problematiikkaan, jota niissä voi ilmetä kunnan ja kuntalaisten näkökulmasta. Käytännön kunnallishallinnossa ulkoistamisen ja yksityistämisen erot ovat selvät niin oikeudellisesti kuin toiminnallisesti, koska ulkoistaminen (pois lukien osittaisulkoistus) on lähinnä kunnallispoliittinen strateginen linjaus, jossa kunta luopuu joidenkin tehtävien tuottamisesta omana toimintana. Yksityistäminen taas on kunnallispoliittinen päätös, jossa kunta luopuu kokonaan tai vaiheittain tietyn toiminnan harjoittamisesta.

Toisin kuin yksityistäminen ulkoistaminen ei poista kunnan järjestämisvastuuta lakisääteisten tehtävien osalta. Lainsäädäntö myös antaa kunnalle laajemmat mah-

892 Harjula–Prättälä 2004 s. 105–106.

dollisuudet ulkoistaa toimintaa, kun taas yksityistämisen vaihtoehdot on säännösten valossa tulkittava suppeammin. Lisäksi yksityistettyä toimintaa ei ole aina mahdollista palauttaa tai ”sisäistää” myöhemmin kunnan omaksi toiminnaksi. *Näkemykseni mukaan ulkoistaminen on systematisoitavissa oikeudellisesti omaksi käsitteeksi* ja pidettävä ainakin irrallaan yksityistämiskäsitteen määrittelystä.

4.2.2 Hyvä hallinto

Hyvän hallinnon käsite on hakenut muotoaan, ja se alkoi esiintyä kirjallisuudessa vasta 1960-luvulla. Hyvän hallinnon käsite on ollut hyvinkin abstrakti, ja sen sisältö on paljon muutakin kuin mitä lakiteksti ilmaisee. Hyvän hallinnon oikeuskehitys on Suomea pidemmällä useassa Euroopan maassa, kuten Saksassa ja Ruotsissa. Keskeisenä kehityspiirteenä voidaan pitää sitä, että säännökset koskettavat laadullisia ominaisuuksia ja asiakkaita.⁸⁹³

Hallinnon ja hyvän hallinnon käsitteistö on nykypäivänä hyvinkin monipuolinen. Hyvän hallinnon käsitteistöä ja suuntauksia voidaan avata seuraavalla jäsennyksellä: Kansainvälisesti termi *good governance* on tunnetumpia, ja se sisältää moninaisesti hyvän hallintatavan käsityksen toimivasta hallinnosta, joka on myös ihmisoikeudellinen ja yhteiskunnallinen näkemys. *Corporate governance* liittyy yritysten valtasuhteisiin ja julkisuuperiaatteisiin. Eurooppa-oikeudessa hyvää hallintoa nimitetään sanoilla *good governance* tai *good administration*.⁸⁹⁴ Kun kuntaan valitaan yksityisiä palvelutuottajia, voisi joissakin tilanteissa olla tarkoituksenmukaista selvittää tarkemmin, missä määrin yritys esimerkiksi noudattaa hyvää *corporate governance* -periaatetta. *Governance*-käsitteen sisältö on kunnallisten ulkoistamisten näkökulmasta ongelmallinen, koska siitä ei voi sellaisenaan kytkeä oikeustieteen käsitteisiin. Samoin uusien ja vanhempien käsitteiden käytössä voi olla eroja. Hankalia ovat esimerkiksi termit *regional governance* ja *good local governance*.⁸⁹⁵

Hallinnollinen epäkohta voi tarkoittaa huonoa tai puutteellista hallintoa. Esimerkiksi toimielin ei tee jotain, mitä sen olisi pitänyt tehdä, tai tekee sen väärin. Julkisyhteisön hallintatavan myötä on tullut uusi julkisjohtaminen eli *new public governance*, jossa keskeistä on markkinalähtöisyyden omaksuminen⁸⁹⁶. Joissakin yhteyksissä hyvällä hallinnolla voidaan tarkoittaa hallintoa ilman siihen liittyvää oikeudellista käsitettä⁸⁹⁷. Hyvän hallinnon käsitteistö nojautuu pääperiaatteiltaan muuhun julkisen hallinnon käsitteistöön. Suurimpia eroja ovat kunnallishallinnon dualistinen luonne ja vahva sektoriajattelu. Tämä aiheuttaa sen, että hyvä hallinto on käsitteenä kuntatasolla monimuotoisempi. Hallinta-ajattelu nojautuu voimakkaasti yhteisöllisyyteen, jossa uudet kunnallisjohtamisen näkökulmat, kuten tekniset ja sopimus pohjaiset sovellukset ja ratkaisut, ovat saamassa enemmän liikkumavaraa⁸⁹⁸. *Governance* sisältää hallintaa ja uuden hallintotavan yleistä kuvausta. Sitä ei voi sellaisenaan käyttää konkreettisesti

893 Heuru 2003 s. 141–142.

894 Euroopan oikeusasiamies on todennut, että hyvän hallinnon vastakohtana on huono hallinto (bad administration). Ks. Tanttu 2007 s. 34.

895 Ryynänen 2008 s. 212–213.

896 Kuusikko 2000 s. 100, 110, 115.

897 Heuru 2003 s. 152.

898 Anttiroiko ym. 2003 s. 142.

palvelujen järjestämisessä vaan joudutaan miettimään, mikä merkitys tai tavoitteita eri *governance*-käsitteille yksityistapauksissa annetaan. *Governance*-termi liittyy joiltain osin ulkoistamiseen, koska siinä kunnallishallinnolle asetetaan vaatimuksia soveltaa yrityshallinnon toimintatapoja, kuten kilpailua, asiakasnäkökulmaa, tilaaja-tuottajamallia ja palvelusopimuksia.

EU:ssa hyvä hallinto on käsitteenä hyvin vakiintumaton, koska sen laajuus ja käyttöala voivat vaihdella eri maissa hyvinkin paljon. Peruslähtökohtana on useissa maissa oikeudellinen sääntely, vaikka sillä on merkitystä myös julkisen hallinnon kehittämisen kannalta.⁸⁹⁹ Yhteisön tuomioistuimessa on käytetty hyvän hallinnon termiä jo kauan, ja päätösten käänöksissä on hyvää hallintoa kutsuttu monilla termeillä. Hyvän hallinnon odotetaan yhdenmukaistavan juridista kielenkäyttöä, ja siihen sisällytetään käsitteet kuulemis- ja perustelemisvelvollisuudesta.⁹⁰⁰

Hyvän hallintotavan merkitys korostuu entisestään silloin, kun kunnat hakevat erilaisia palveluntuottamistapoja yksityisten organisaatioiden kanssa. Hyvälle hallinnolle asetetut vaatimukset voivat kuitenkin vaihdella riippuen ulkoistettavan toiminnan toimialasta, sääntelystä ja siitä, millaisia kriteerejä kunta on tilaajana toiminnalle asettanut. Kunnallishallinnon dualistisen periaatteen mukaisesti on kummassakin vaiheessa otettava huomioon ja tarkasteltava, mitä vaatimuksia hyvälle hallinnolle ja siihen liittyville käsitteistöille on asetettava ulkoistamisen eri vaiheissa. Kunnallishallinnon uudistuvat toimintamallit ja eri palvelutuotantotavat eivät ole irrallisia niistä vaatimuksista, joita hyvälle hallinnolle asetetaan. Vaikka kaikkia kohtia ei pystyttäisi aina asemoimaan lain tekstistä, on hyvälle hallinnolle asetettuja vaatimuksia tarkasteltava myös kokonaisuutena, etenkin silloin kun toimintatapoja uudistetaan.

Hyvä hallintotapa on oikeudellisenä käsitteenä hyvin laaja ja epätarkka, eikä sen noudattamatta jättämisestä ole suoraan sanktioitu rikosoikeudellisesti⁹⁰¹. Hallinnollisesti on kuitenkin hyvin vaikea määrittellä, tulevatko kaikki hyvän hallinnon elementit täytettyä. Erilaisissa ulkoistamisissa on arvioitava, mitä hyvän hallinnon elementtejä vaaditaan ja miten ne ovat määriteltävissä – palveluala ja toiminnan sisältö huomioiden.

4.2.3 Julkinen valta

Vielä 1970-luvulla julkisen vallan hallintotoimi määriteltiin vaikeaksi ja tarpeettomaksi tai puhuttiin julkisen vallan sijaista viranomaisen hallintotoimen tunnusmerkeistä, eli hallintotoimi nähtiin viranomaisen suorittamana toimena⁹⁰². Toisaalta on todettu, että julkisen vallan käyttö on olennainen osa hallintotoimintaa. Uudemmissa tutkimuksissa on tunnistettu olevan mahdollista, että viranomaiskäsitteen ulkopuolella olevat toimijat voivat joissakin tilanteissa käyttää myös julkista valtaa.⁹⁰³

899 Kuusikko 2000 s. 395–396.

900 Kuusikko 2000 s. 405–406.

901 Kuusikko 2000 s. 155.

902 Ks. Vilkkonen 1970 s. 36–37. Tutkimusaiheen kannalta on keskeistä, voiko julkista valtaa välittömästi tai välillisesti käyttää muu kuin viranomainen. Vilkkonen on myös määritellyt ja kyseenalaistanut yksityisoikeudellisten subjektien suorittaman hallinnon niin, että voiko yksityisoikeudellisilla subjekteilla olla konkreettisisa tapauksissa julkista valtaa. Hän ei kuitenkaan kokonaan hylännyt julkisen vallan käsitettä, vaan julkisen vallan käyttö voi välillisesti tapahtua yhteiskunnallisten instituutioiden kautta. Vilkkonen 1970 s. 41–42.

903 Viljanen 1990 s. 384.

Julkisen vallan käsite on keskeinen, koska sillä voidaan eritellä, mitä palveluja ja niihin liittyviä julkisia tehtäviä voidaan antaa yksityiselle. Viranomaispäätösten tekeminen voidaan tiettyjen säännösten nojalla antaa myös yksityiselle.⁹⁰⁴ Perustuslakivaliokunnan mukaan perusoikeussäännökset vaikuttavat valtion ja kuntien lisäksi myös muuhun julkiseen toimintaan. Valiokunnan mukaan TSS-oikeuksia on mahdollista ulottaa valtion ja kuntien ulkopuolelle, jos sellaisista tehtävistä on annettu laissa mainitun mukaisesti yksityiskohtainen valtuutus.⁹⁰⁵ Hallituksen esityksessä uudeksi perustuslaiksi painotettiin julkisen vallan käytön määrittelyn tärkeyttä perustuslakilähtöisesti seuraavasti:

*”Perustuslakia uudistettaessa voidaan sisällölliseksi lähtökohdaksi asettaa vaatimus, että julkisen vallan käyttöä sekä julkisen vallan ja yksilön välisiä suhteita koskevat valtiolliset perusratkaisut ilmenevät kattavasti perustuslaista. Ajatuksena on siten, että kaikki julkisen vallan käyttö on voitava viime kädessä johtaa perustuslaista, vaikka siinä ei voidakaan säännellä julkisen vallan käytön yksityiskohtaista järjestämistä koko laajuudessaan.”*⁹⁰⁶

Perustuslain 16 §:ssä on määritelty, että julkisella vallalla on velvollisuus turvata jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveystalvet ja edistää väestön terveyttä. Käytännössä tämä konkretisoituu kuntien järjestämisvastuuna. Tietyillä toimialueilla kuntien rooli näyttää liukuvan kohti palvelujen järjestäjän roolia, jolloin kuntien toiminnallista ja oikeudellista funktiota pitäisi tarkastella useammalta kannalta. Vaikka lainsäädäntöä on tarkennettu TSS-oikeuksien osalta, ovat kunnat hyvin erilaisessa asemassa.

Perustuslakivaliokunta on useasti todennut, että julkista valtaa voivat käyttää viranomaiset ja laillisesti virkoihin nimitetyt virkamiehet. Tämä on perustuslakivaliokunnan mukaan mahdollista hallitusmuodon 1 §:n ja 84 §:n sekä hallinnon lainalaisuusvaatimuksen virkavastuuperiaatteen mukaisesti. Toisaalta valiokunta on myös todennut, että julkista valtaa ja tehtäviä on mahdollista tietyissä tapauksissa antaa myös muille kuin virkamiehille.⁹⁰⁷ Perustuslain 124 § ja 2.3 § sekä KuntaL 44.2 § tuovat kuitenkin rajoituksia julkisen vallan käyttämiselle muussa kuin virkasuhteessa. Kunta käyttää monissa asioissa julkista valtaa, jota oikeusjärjestyksessämme on niille annettu. Julkisella vallalla tarkoitetaan kunnallisen viranhaltijan tai toimielimen toimivaltaa antaa mm. kuntalaisten oikeuksia koskevia määräyksiä tai pakottaa toimimaan tietyllä tavalla.⁹⁰⁸ Toisaalta hallituksen esityksessä on todettu, että julkisen vallan alaa ei voida määritellä tyhjentävästi⁹⁰⁹.

904 HE 192/1994 s. 64.

905 PeVM 25/1994 s. 3.

906 HE 1/1998 s. 5–6.

907 Ks. PeVL 37/1992; PeVL 1/1994; PeVL 7/1994; PeVL 15/1994.

908 Holopainen 1969 s. 33, 325. Pientenkin palveluja ostamisessa tai ulkoistamisessa on huomioitava, mitä erityislainsäädännöstä ja oikeuskäytännöstä ilmenee. AOK:n ratkaisussa 26.3.2007 kiinnitettiin huomiota vammaispalvelulain mukaiseen kuljetuspalveluiden kohtuulliseen maksuun. Palvelun saatavuutta ja taloudellisuutta on pyritty parantamaan perustamalla yhteisiä kuntayhtymiä, hankinta- ja tuottajasopimuksia sekä yhtiöittämällä ja liikelaitostamalla toimintoja. Vrt. Liukko 2002 s. 8.

909 HE 1/1998 s. 74. Vrt. Hurskainen 2003 s. 75.

Kunnallisten palvelujen järjestämisen kannalta virkavastuu liittyy läheisesti kunnallisten tehtävien järjestämistapaan, koska peruseriaatteena on, että julkista valtaa voidaan antaa vain julkiselle viranomaisorganisaatiolle. Lähtökohtana on kuitenkin, että kunnallinen viranomaislainen voi käyttää julkista valtaa vain laissa määritellyn toimivallan perusteella. Toisaalta pelkästään kunnallisten palveluiden tuottamista toimeenpanotehtävänä ei pidetä julkisen vallan käyttämisenä.⁹¹⁰ Ongelmalliseksi ja säännösten osalta tulkinnalliseksi on nähty terveyskeskuslääkärien tehtävien ulkoistus ja siihen liittyvä virkavastuu ja se, milloin terveyskeskuslääkärin tehtävät sisältävät julkisen vallan käyttöä⁹¹¹.

Hallituksen esityksessä todettiin, että perustuslain 124 §:n uusi säännös rajoitaisi julkisten hallintotehtävien antamista viranhaltijaorganisaation ulkopuolelle⁹¹². Perustuslain 124 §:ssä on määritelty edellytykset, joiden pohjalta kunnissa voidaan antaa hallintotehtäviä muille kuin julkisille viranomaisille⁹¹³. Perustuslain 124 §:ssä on myös mainittu merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältävistä tehtävistä, jotka on mahdollista antaa ainoastaan viranomaisille.⁹¹⁴ Tämä ilmenee myös seuraavasta apulaisoikeusasiamiehen päätöksestä, joka koskee putkavartioinnin ulkoistamista yksityiselle vartiointiliikkeelle.

Kantelija oli pyytänyt 8.5.2008 eduskunnan oikeusasiamiestä tutkimaan silloisen poliisilaitoksen päihtyneiden säilytystilan olosuhteita. Kantelussa otettiin mm. esille, että vartiointia hoitaa ostopalveluna yksityinen vartiointiliike. Apulaisoikeusasiamiehen päätöksestä tuli ilmi, että sopimukseen pohjautuen poliisin säilytettävänä olevien henkilöiden vartiointi, jossa on kyse julkisesta hallintotehtävästä, on annettu yksityiselle orgaanille ilman laista johtuvaa perustetta. Apulaisoikeusasiamies näkemyksen mukaan sitä, että kyseessä on julkinen hallintotehtävä tuki esimerkiksi se, että vartijan pitää vastata säilytystilan järjestyksestä ja turvallisuudesta, vartijan on osaltaan toimittava hyvän hallinnon periaatteiden mukaisesti ja vartija voi joutua puuttumaan perustuslaissa suojattuun henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja omaisuuden suojaan.

AOA totesi, että joiltain osin poliisin säilyttämien henkilöiden kohtelussa voi myös olla kysymys sellaisesta merkittävästä julkisen vallan käytöstä, että tehtävää ei perustuslain 124 §:n perusteella voi antaa muulle kuin viranomaiselle. Lisäksi AOA totesi, ettei ole arvioinut sitä, olisiko vartioinnin siirtäminen perustuslain 124 §:ssä tarkoitettuun tavoin tarkoituksenmukaista, koska kysymys siitä, onko poliisin säilyttämien henkilöiden vartiointi siirrettävissä joltain osin yksityiselle vartiointiliikkeelle, kuuluisi eduskunnan perustuslakivaliokunnan arvioitavaksi.⁹¹⁵

Merkittävän julkisen vallan käytön ja julkisen vallan käytön käsitteillä on selvä ero,

910 Koskinen–Kulla 2005 s. 11, 211. Suviranta on käsitellyt julkisen tehtävän, hallintotehtävän ja palvelutehtävän käsitteiden problematiikkaa. Ks. Suviranta 2006b s. 58–61. Ks. Myös Hirvonen-Mäkinen 2006 s. 19–21.

911 Vrt. EOA:n lausunto 31.10.2008.

912 HE 1/1998 s. 178–179.

913 PeVL 20/2002 s. 2–5.

914 Ks. PeVL 5/2006 s. 8.

915 EOA:n päätös 30.9.2009.

ja vain osa julkisen vallan käytöstä on merkittävää julkisen vallan käyttöä⁹¹⁶. Lisäksi Mäenpää on todennut tosiasiallisen hallintoiminnan tunnusmerkiksi, että siitä ei tehdä kirjallista hallintopäätöstä ja julkista valtaa ei käytetä tai sitä käytetään vähän. Tosiasiallisen hallintotoimintaan kuuluvat mm. koulutus-, huolto- ja hoitotoimenpiteet. Tosiasiallisessa hallinnossa mm. oikeusturvalla, julkisuudella, valvonnalla ja yleisillä hallinto-oikeudellisilla periaatteilla on myös vaikutuksensa.⁹¹⁷

Julkisen vallan käsite EU-oikeuden ja kansallisen lainsäädännön välillä voi aiheuttaa tulkinnallisuuksia. Tätä problematiikkaa voidaan lähestyä julkiseen valtaan liittyvän subjekti käsitteen kautta. Perustuslain 22 §:ssä on todettu, että julkisen vallan tulee turvata perusoikeuksien toteutuminen. EU-oikeuden mukaan tuo julkisen vallan käyttäjä ei ole välttämättä sama⁹¹⁸. Kun ulkoistamista ja siihen läheisesti liittyvää käsitteistöä tutkitaan eri maissa, pitää ensin asemoida niiden merkitys kussakin maassa. Vasta sitten pystytään arvioimaan, voidaanko julkisen vallan käyttöä vertailla eri maiden välillä ulkoistamistilanteissa. Ruotsissa on esimerkiksi mahdollista tietysin edellytyksin yksityistää kunnallisten tehtävien hoito, kun taas Suomessa niiden täytyy olla kuntien toimintana. Toisaalta Ruotsissa myös julkisen vallan käyttöä vaativien tehtävien hoitaminen on mahdollista ainoastaan lakiin perustuen⁹¹⁹.

Ulkoistettaviin palveluihin ei pääsääntöisesti liity julkisen vallan elementtejä, mutta ongelmaksi voi muodostua tiettyjen sosiaali- ja terveyspalvelujen ulkoistaminen. Tosiasialliseen hallintotoimintaan ei välittömästi liity julkisen vallan käyttöä. Välillisesti siihen voi kuitenkin liittyä merkittäviä julkisen vallankäytön elementtejä, koska kuntalaisen kannalta hoitoon pääsyn ajankohta, hoitotoimenpiteet, siirtäminen tai läheteen saaminen tiettyyn hoitoon voi olla yksilön näkökulmasta hyvin merkittävää vallankäyttöä. Julkisen vallankäytön rajatilanteet voivat ilmetä monella tavalla. Korkein oikeus on todennut, että lääkemääräyksen antaminen tai uusiminen ei ole julkista vallankäyttöä sisältävä toimi⁹²⁰. Ongelmaksi on nähty, että etenkin tosiasiallisen julkisen vallan käytön ja määrämutoisen päätöksenteon raja voi olla oikeudellisesti tietyissä tilanteissa hyvinkin liukuva⁹²¹.

Julkisen vallan problematiikka liittyy erityisesti ulkoistettuihin lääkäripalveluihin. Viljasen lausunnosta ilmenee, että osaa lääkärin tehtävistä voidaan pitää julkisen vallan käyttöönä. Tällaisia ovat esimerkiksi mielenterveysL 9 §:n mukainen tarkkailuun ottaminen, päätös mielenterveysL 11 §:n mukaisesta psykiatrissairaalahoitosta ja muut

916 Huhtanen 2005 s. 134. Merkittävänä julkisen vallan käyttöönä voidaan pitää sellaista toimintaa, jossa viranomaisella on oikeus käyttää harkinnan perusteella voimakeinoja tai puuttua merkittävällä tavalla kansalaisten perusoikeuksiin. HE 1/1998 s. 179.

917 Mäenpää 2005 s. 148. Ks. myös Husa–Pohjolainen 2008 s. 74.

918 Hurskainen 2003 s. 80–81.

919 Rasinmäki 1997 s. 205, 211. Rasinmäki on tutkinut yksityistämistä Ruotsin kunnallislain lähtökohdista ja päätenyt siihen, että kunnilla on mahdollisuus hoitaa tiettyjä tehtäviä yksityisoikeudellisten organaani kaudta. Tällöin kunnalta yksityiselle siirrettävä tehtävä kuuluu kunnan toimivaltaan, toimivaltaa ei saa ylittää ja kunnallisoikeudellisten näkökulmien täytyy ohjata toimintaa. Ks. Rasinmäki 1997 206–207.

920 Ks. KKO 2008:78.

921 Ks. Keravuori–Rusanen 2008 s. 133. Tuori puhuu julkisen vallan käyttöönä sellaisesta tosiasiallisesta toiminnasta, jossa puututaan kansalaisten perusoikeuksiin tai muiden oikeuksien suojaamaan oikeuspiiriin. Lisää julkisen tehtävän ja julkisen vallan käsitteestä ks. Tuori 2004 s. 51–52, 209–210, 555; Tuori 2000a s. 29.

potilaan perusoikeuksiin liittyvät rajoitukset. Lisäksi julkisen vallan käytön piiriin kuuluvat tartuntaL 17 §:n tarkoittama eristäminen ja päihdehuoltoL 11 §:n tarkoittama tahdosta riippumattomaan hoitoon määrääminen. Merkittävänä julkisen vallan käyttönä voidaan pitää mielenterveysL 11–13 §:n mukaisia päätöksiä ja tartuntaL 17 §:n mukaisia pitempiaikaisia eristämispäätöksiä.⁹²²

Palveluiden tuottamistavan muutoksissa on työnantajalla KuntaL 46 §:n mukaan mahdollisuus muuttaa virkasuhde työsuhteeksi. Tämä prosessi on hyvä käydä läpi, kun kartoitetaan eri palveluntuottamisvaihtoehtoja ja sitä, tarvitseeko kyseisen palvelun tuottamisessa käyttää julkista valtaa. Kunnallishallinnossa julkisen vallan piiriin kuuluisi päätösten ja esitysten valmistelu⁹²³. Tällöin keskeiseksi kysymykseksi nousee, voidaanko ulkoistamissopimuksella siirtää sellaisia tehtäviä, joihin liittyy KuntaL 2.3 §:n tai STVOL 4.1 § 4 mukaista julkisen vallan käyttöä. Tähän olisi vastattava kieltävästi, koska julkisen vallan käyttöön liittyvän toimivallan siirron pitää pohjautua kyseisen asian osalta lain säännökseen⁹²⁴.

Julkisen vallan vastuu voi ulkoistamisessa konkretisoitua esimerkiksi vahingonkorvauksena. Kunnan on siten myös korvattava vahinko, joka johtuu virheestä tai laiminlyönnistä julkista valtaa käytettäessä⁹²⁵. Edellä mainittuihin näkökulmiin nojaten erilaisissa palveluntuottamistavoissa on tarkasteltava kunnan vastuuta, kun käytetään julkista valtaa, tai jos kunta antaa ulkopuoliselle organalle hoidettavaksi sille annettuja tehtäviä, koska niiden suorittamisesta voi myös aiheutua kunnalle vastuuta. Perustuslain näkökulmasta on keskeistä, että julkisen vallan käsite vaihtelee perusoikeuksittain. Täten sen merkitystä ja sisältöä on tarkasteltava omassa kontekstissaan, jotta se voidaan asemoida täsmällisesti kussakin yksittäisessä tapauksessa⁹²⁶. Seuraavasta KKO:n ratkaisusta ilmenee, että mahdollinen julkisen vallan käyttäminen liittyy myös rikokseen syylistymisen arviointiin.

”KKO 2008:78. A oli uhkaamalla käyttää väkivaltaa vaatinut terveyskeskuslääkärinä uusimaan hänen lääkemääräyksensä. Lääkemääräyksen antamista ei pidetty julkisen vallan käyttöä sisältävänä toimena. A:n ei siten katsottu menettellyllään syylistyneen virkamiehen väkivaltaiseen vastustamiseen.”

HO totesi, että lääkemääräyksen uusiminen on sellaista tosiasiallista, suorittavaa toimintaa, joka ei ole julkisen vallan käyttämistä. HO viittasi myös siihen, että ko. palveluja oli saatavilla sekä yksityisen että julkisen terveydenhuollon piirissä. HO päätyi siihen, että B:n virkatoimissa ei ole ollut kysymys RL 16 luvun 1 §:n tarkoittamasta julkisen vallan käyttämisestä eikä A:n teko siten täyttänyt virkamiehen väkivaltaisen vastustamisen tunnusmerkistöä.

KKO tarkasteli perusteluissa RL 16 lukua ja sitä koskevaa lainvalmisteluaineistoa⁹²⁷, jonka mukaan virkavastuu ja virkaan liittyvä rikosoikeudellinen suoja rajataan mahdollisimman tarkasti samaan henkilöpiiriin. Lisäksi KKO oli arvioinut julkisen

922 M. Viljanen 2008 s. 6.

923 HE 77/2001 s. 56; Koskinen–Kulla 2005 s. 216.

924 M. Viljanen 2009 s. 150; Ks. EOA:n päätös 4.3.2010 s. 9.

925 Koskinen–Kulla 2005 s. 224.

926 Husa–Pohjolainen 2008 s. 74–75.

927 Ks. HE 6/1997 s. 58–60.

vallan käyttämisen määritelmää RL 40 luvun 11 §:n 5 kohdan mukaan. Keskeisenä kysymyksenä perusteluissa oli myös lääkemääräysten uusiminen ja antaminen sekä se, onko se julkisen vallan käyttöä sisältävä toimi. Tätä vasten KKO arvioi terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetun lain (559/1994) 22.2 §:ää, jonka mukaan lääkäreillä on oikeus määrätä lääkkeitä säädösten ja määräysten mukaisesti.

Lääkkeen määräämisestä on annettu STM:n asetus, jonka 5 §:n mukaan lääkehoidosta tulee päättää yhteisymmärryksessä potilaan kanssa. Terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetun lain 15.2 §:n mukaan terveydenhuollon ammattihenkilöllä on velvollisuus ottaa huomioon, mitä potilaan asemasta ja oikeuksista on säädetty. Laissa potilaan asemasta ja oikeuksista 2 §:n 2 kohdassa on määritelty, mitä terveyden- ja sairaanhoidolla tarkoitetaan. KKO viittasi myös potilaan asemaan ja itsemääräämisoikeuteen sekä oikeuteen saada selvitys hoidostaan ja sen vaikutuksista. Potilasta tulee hoitaa yhteisymmärryksessä hänen kanssaan.

KKO totesi johtopäätöksessään, että ”— potilaan tiedonsaantioikeutta ja itsemääräämisoikeutta koskeva sääntely osoittaa hoitosuhteessa olevan kysymys luottamus-suhteesta, joka nojautuu paitsi lääketieteellisesti perustellun ja asiantuntevan hoidon turvaamiseen myös potilaan tahdon ja näkemysten huomioon ottamiseen hoidossa sekä pyrkimykseen saavuttaa yhteisymmärrys hoidollisissa kysymyksissä. Näin ollen lääkemääräyksen antamista ei ole perusteltua tarkastella irrallaan mainitusta asia-yhteydestään eli ottamatta huomioon sitä, että lääkehoitoa koskevat ratkaisut ovat osa hoitosuhdetta, jota ei voida luonnehtia sellaiseksi yksipuoliseksi määräämiseksi potilaan oikeuksista tai eduista mitä julkisen vallan käytöllä tarkoitetaan.” Lisäksi KKO:n mukaan kokonaan toinen asia on, että terveydenhoitoon voi toisinaan liittyä sellaisiakin toimenpiteitä, joissa julkisen vallan käytön tunnusmerkit toteutuisivat. KKO näki edelliseen pohjautuen, että lääkemääräyksen antaminen tai uusiminen ei yleensä ole toimi, joka sisältäisi rikoslaisa tarkoitettua julkisen vallan käyttöä. HO:n tuomio pysyi näin voimassa.⁹²⁸

Ulkoistamisen näkökulmasta on huomattava, että julkisen vallan määrittely poikkeaa hieman eri oikeudenaloilla. Tällöin on arvioitava aina erikseen kussakin ulkoistamisprosessin vaiheessa, mikä sisältö käsitteelle tiettyssä yksittäisessä tilanteessa tulee antaa. Julkisen vallan käyttämistä ulkoistamisissa voidaan lähestyä hallinto-oikeuden, rikosoikeuden ja vahingonkorvausoikeuden kautta. Vahingonkorvausoikeudessa ja hallinto-oikeudessa julkisen vallan käyttö voidaan nähdä pääasiassa samana (välitön pakko, julkisen vallan yksipuolinen käyttö sekä etuja ja oikeuksia antava hallintominta)⁹²⁹. Toisaalta vahingonkorvauslaissa julkisen vallan käyttöä on tulkittu hieman laajemmin kuin hallinto-oikeudellisissa asioissa⁹³⁰. Lisäksi rikosoikeudessa julkisen vallan käsite on tulkittavissa laajemmin kuin hallinto-oikeudessa. Rikoslain 40:12 §:ssä on todettu, että sitä sovelletaan julkista valtaa käyttäviin, kun taas 40:11 §:n 5 kohdassa on täsmennetty, keitä julkista valtaa käyttäviin henkilöihin lasketaan ja mitä

928 Lisäksi lääkkeen määräämiseen liittyvästä informoimisesta tai korvauksista on mainintoja laissa sähköisestä lääkemääräyksestä (61/2007) ja sairaskuutuslaissa (1224/2004).

929 Paaso 1992 s. 173–190.

930 Kuusikko 2000 s. 502.

toimenpiteitä sen sisältöön kuuluu.⁹³¹ Julkisen vallan tarkastelunäkökulma voi vaihdella ulkoistamisprosessin aikana, ja myös sen sisältö voi täten vaihdella.

Julkisen vallan käyttö voi aktualisoitua sellaisissa tapauksissa, joissa kunta ostaa tai on ulkoistanut osan hoitolaitoksista yksityisen palvelun tuottajille. Vaikka hoitolaitoksissa voidaan joutua käyttämään samoja pakkokeinoja kuin kunnan omissa vastaavissa yksiköissä, on kunta vastuussa palvelun järjestämisen ja valvonnan kautta toiminnasta. Seuraavassa tapauksessa eduskunnan apulaisoikeusasiamies oli kiinnittänyt huomiota vanhusten hoitopaikoissa käytettäviin pakotteisiin.

EAO on lääninhallitusten selvitysten pohjalta tarkastellut ympärivuorokautisessa hoidossa olevien kohtelun epäkohtia ja puutteita, joihin valvonnassa tulisi kiinnittää huomiota. ”Perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännössä perusoikeuksien rajoitusperusteiksi ovat vakiintuneet ensinnäkin, että niiden tulee perustua eduskunnan säätämään lakiin ja niiden olennaisen sisällön tulee ilmetä laista. Niiden tulee olla riittävän täsmällisesti määriteltyjä ja tarkkarajaisia. Rajoitusperusteiden tulee olla hyväksyttäviiä ja painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatimia. Rajoitusten tulee olla suhteellisuusperiaatteen mukaisia eli välttämättömiä hyväksytyyn tarkoituksen saavuttamiseksi. Lisäksi perusoikeuksia rajoitettaessa on huolehdittava riittävästä oikeusturvajärjestelystä.”

EAO totesi, että vanhusten hoitoa tai hoivaa järjestettäessä ei ole mitään yleisiä säännöksiä tai yleistä oikeutta rajoittaa vanhusten itsemääräämisoikeutta, vaikka kyse olisi henkilön turvallisuuden takaamisesta. EAO:n mukaan kyseisiä tilanteita varten vaadittaisiin lain nimenomaisia säännöksiä.⁹³²

EAO:n selvityksen esille nostama problematiikka liittyy niin ulkoistettujen kuin kunnan omien hoiva- ja hoitopalvelujen sääntelyn tulkinnallisuuteen sekä niiden puuttumiseen. Mäenpää on nostanut esille myös välittömän julkisen vallan käyttöön liittyvän ongelmakentän: toimenpiteet toteutetaan heti, niihin ei ole pääsääntöisesti valitusoikeutta ja oikeustilaa ei voi edes valitusteitse palauttaa ennalleen⁹³³. Asiakkaan perusoikeuksien ja oikeusturvan näkökulmasta liikutaan aivan liian tulkinnallisella alueella – tosin osa ongelmista olisi korjattavissa erityislainsäädännön ja osapuolten palvelusopimusten yksityiskohtaisella määrittelyllä. Suppeasti tulkittuna edellä mainitut yksityiset vanhuspalvelutuottajat eivät voisi käyttää sellaista välitöntä julkista valtaa, jossa puututtaisiin asiakkaan perusoikeuksiin. Tilannetta parantaisi myös henkilöstön virkasuhteisuus, silloin kun joudutaan liikkumaan julkisen vallan raja-alueilla. Tämä on perusteltavissa yhdenmukaisemmalla ja laajemmalla vastuulla sekä valitus- ja oikeusturvanäkökulmilla⁹³⁴. Uusissa tarkemmissa säännöksissä voitaisiin täsmentää ja rajata sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastehtävissä olevien ei-virkasuhteeseen liittyvän julkisen vallan käytön rajoja ja mahdollisuuksia erilaisissa hoiva- tai hoitotapauksissa.

931 Huhtanen 2005 s. 131 Rikos- ja vahingonkorvausasioihin tässä tutkimuksessa palataan luvussa 6.2.

932 EOA:n päätös 12.2.2010 s. 33, 36.

933 Mäenpää 2005 s. 145- 146; PeVL 34/2001 s. 5.

934 Ks. HE 1/1998; HE 196/2002; HaVM 31/2002.

4.2.4 Julkinen hallintotehtävä ja julkinen tehtävä

Kunnallisessa ulkoistamis- ja yksityistämismuutoksissa on siirretty julkisia tehtäviä ja hallintotehtäviä perinteisen kunnallisen toiminnan ulkopuolelle, kuten liikelaitoksille, yhdistyksille ja yksityisille orgaaneille⁹³⁵. Kunnan roolin muuttuminen palvelujen tuottajasta niiden järjestäjäksi voi johtaa siihen, että kuntien menetetyt ja laadulliset erot palveluiden tuottamisessa voivat tulevina vuosina kasvaa entisestään. Tulokkuus lisääntyy, kun hallintotehtäviä annetaan muille kuin kunnalliselle viranomaiselle.

Keskeinen kysymys julkisten hallintotehtävien hoitamisessa on, liittyykö siihen julkisen vallan käyttöä. Kunnan omistus tai tuki ei suoranaisesti tarkoita, että kuntien omistamiin tai tukemiin yhtiöihin sovellettaisiin hallintolakia. Toimintaan kohdistuva julkinen valvonta ei tee yksityisestä tahosta hallintolain soveltuvuuspiiriin kuuluvaa, vaan orgaanilla täytyy olla hoidettavanaan julkisia hallintotehtäviä⁹³⁶. Se kuinka laajasti hallintotehtäviä voidaan kunnallishallinnossa antaa kunnallisen viranomaistoiminnan ulkopuolelle, kulminoituu myös julkisen vallan mahdolliseen käyttöön ja sen määrittelyyn. Rajanveto siitä, mitä tehtäviä kunnallishallinnossa voidaan siirtää esimerkiksi yksityisoikeudellisille oikeussubjekteille, on hyvin tulkinnallinen. Tällöin on otettava huomioon esimerkiksi kunnallishallinnon ulkopuolelle annettavan palvelun sisältö ja laajuus.

Oikeudelliseksi käsiteongelmaksi muodostuu se, milloin ulkoistamisissa ollaan julkisen toiminnan, julkisen tehtävän, julkisen hallintotehtävän tai julkisen vallan alueella. Osa käsitteistä on selvempiä, toisissa on enemmän tulkinnallisuutta. Kaikkia käsitteitä ei ole tyhjentävästi tai selvästi määritelty niin, että niiden soveltaminen olisi yksinkertaista sellaisessa kehittyvässä toimintaympäristössä, jossa kunnat hakevat uusia palveluidentuottamistapoja eri toimialueillaan.

Perustuslakivaliokunta on tähdentänyt, että kun hallinnon toimintatapoja muutetaan ja yksityistetään, joudutaan kiinnittämään entistä enemmän huomiota siihen, miten perusoikeusäännösten velvoittavuudelle käy, kun viranomaistoimintaan rinnastettava yksityinen oikeussubjekti toimii.⁹³⁷ Samalla pitäisi miettiä, mitä hallintotehtäviä ylipäänsä voidaan antaa ja millä edellytyksillä. Perustuslaissa mainittu julkinen hallintotehtävä eroaa joiltain osin julkisen tehtävän käsitteestä. Julkinen tehtävä on systematisoitavissa yläkäsitteeksi, jolloin julkinen hallintotehtävä ja palvelutehtävä ovat alakäsitteitä⁹³⁸. Tällöin julkisen tehtävän käsite on ymmärrettävissä sisällöltään laajemmaksi kuin julkinen hallintotehtävä⁹³⁹.

Hallituksen esityksessä hallintotehtävät on määritelty seuraavasti:

935 Ks. OM:n työryhmämietintö 2008:8 s. 72.

936 Mäenpää 2003 s. 14, 66–67, 71. Kunnat ovat osa julkista sektoria ja käyttävät näin myös julkista valtaa. Tällä voi olla yksilön kannalta suuri merkitys perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteuttamisessa paikallistasolla ja mitä julkisen vallan käsitteen piiriin kuuluu. Ks. Hallberg ym. 1999 s. 55–56.

937 PeVM 25/1994 s. 2–4.

938 Husa–Pohjolainen 2008 s. 70.

939 Julkisen tehtävän ja julkisen hallintotehtävän rajanvedosta. Ks. Suviranta 2006b s. 61, Suviranta 2006d s. 427; Huhtanen 2005 s. 129. Sutela on jaotellut julkiset tehtävät julkisiin hallintotehtäviin ja julkisiin palvelutehtäviin. Ks. Sutela 2003 s. 77.

Julkisilla hallintotehtävillä tarkoitetaan hallintolaissa sellaisia tehtäviä, jotka liittyvät lakien toimeenpanoon sekä yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen oikeuksiin, velvollisuuksiin ja etuihin liittyvään päätöksentekoon. Määritelmä käsittää myös julkisten palvelujen tuottamiseen liittyviä tehtäviä. Hallituksen esityksessä on myös todettu, että julkiset palvelutehtävät ovat julkisia hallintotehtäviä.⁹⁴⁰

Julkisen hallintotehtävän käsitteen aukaiseminen on tärkeää, jotta tiedetään, millaisia tehtäviä kunnissa voidaan ulkoistaa. Perustuslain 124 §:ssä on todettu seuraavasti:

”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.”

Julkisen hallintotehtävän käsitettä pidetään laajempänä kuin julkisen vallan käyttöä, koska julkisen hallintotehtävän hoitoon ei aina liity mahdollisuutta käyttää julkista valtaa. Julkisia hallintotehtäviä voidaan perustuslain 124 §:n mukaan antaa yksityisille orgaanille vain tietyin edellytyksin, kuten oikeusturva- ja perusoikeusnäkökulmat ja hallintotehtävän luonne huomioiden. Jos hallintotehtäviä ja julkista valtaa siirretään pois kuntien viranhaltijoilta ja toimielimiltä, on annettava asianomaisella lailla vakuus, että perusoikeudet eivät vaarannu.⁹⁴¹

Perustuslain 124 §:ään voidaan hakea rajoja hallintotehtävän hoitamiselle kun näitä tehtäviä on annettu yksityiselle orgaanille. Tällöin perusoikeuden, oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimukset koskevat myös kaikilta osin yksityistä palvelutuottajaa, jos sille on annettu julkisia hallintotehtäviä. Merkittäviä julkisen vallan tehtäviä ei voida ulkoistuksessa antaa yksityiselle orgaanille.⁹⁴² Perustuslain seurantatyöryhmä oli todennut, että perustuslain 124 §:ssä oleva säännös hallintotehtävän siirrosta näyttää olevan saanut tulkintakäytännössä vakiintuneen sisällön. Samalla työryhmä oli kuitenkin painottanut, että kyseinen säännös pitäisi paremmin huomioida lainvalmistelussa⁹⁴³. Hallintotehtävien antaminen kunnan oman organisaation ulkopuolelle olisi mahdollista vain tietyin rajoitetusti siten, että oikeusturva ei vaarannu missään tilanteessa⁹⁴⁴.

Julkisia tehtäviä ovat KuntaL 2.1 §:n mukaiset tehtävät, jotka kuuluvat kunnan erityistoimialaan ja joita kunnat ovat velvoitetut hoitamaan, sekä KuntaL 2.2 §:n mukaiset toimeksiantotehtävät. Kunnan yleisen toimialan tehtävien sisällyttäminen julkisten tehtävien käsitteen sisälle on ongelmallisempaa. Kunta voi liikkua yleisen toimialan puitteissa julkisen tehtävän käsitteen rajalla, jolloin arvioinnin kohteeksi tulevat esimerkiksi toiminnan sisältö, kuntalaisten yleiset tarpeet ja se, kuuluuko toi

940 HE 1/1998 s. 179. Ks. KM 1997:13 s. 316.

941 Tuori 2000b s. 728.

942 Vrt. Mäenpää 2007 s. 24–25.

943 OM:n työryhmämietintöjä 2002:7 s. 85.

944 KM 1997:13 s. 316. Kyseisessä perustuslaki 2000 -komiteamietinnössä painotettiin, että julkisia hallintotehtäviä on mahdollista antaa muille kuin viranomaisille vain tietyin rajoituksin.

minta kunnan toimialaan⁹⁴⁵. Perustuslaissa mainittu julkisten tehtävien hoito voidaan antaa julkisen vallan tai välillisen julkisen hallinnon tuotettaviksi. Perustuslain 108 ja 109 §:stä voidaan tulkita, että julkisten palveluiden hoito sisältyy julkisiin tehtäviin.

Julkisen tehtävien käsite jää epämääräiseksi, koska lain soveltamisessa keskeistä on julkisen vallan käyttö⁹⁴⁶. Lisäksi silloin kun yksityinen orgaani hoitaa erityisalojen hankintalaissa mainittuja palvelutehtäviä, tulee julkisuuslakia soveltaa erityisalojen hankintalain mukaisesti myös yksityisiin orgaaneihin, riippumatta siitä, ovatko ne julkisuuslain tarkoittamia viranomaisia⁹⁴⁷. Kategorisesti julkinen tehtävä on käsitteenä paljon laajempi kuin julkisen vallan käsite. Julkinen tehtävä voidaan antaa julkisen organisaation lisäksi myös yksityisen organisaation tehtäväksi. Viranomaistehtävä ja julkinen tehtävä eroavat siinä, että viranomaistehtäviin liittyy aina julkisen vallan käyttö, ja silloin viranomaisen päätöksillä voi olla vaikutuksia, oikeuksia ja velvollisuuksia. Julkiseen tehtävään ei näitä voi suoranaisesti ja samalla tavalla sisällyttää.⁹⁴⁸

Julkiset hallintotehtävät ja julkiset tehtävät eivät ulkoistuksissa aina esiinny selväpiirteisinä, vaan tulkinnallisia rajapintoja voi löytyä. Julkisen tehtävän hoitamisesta on kyse esimerkiksi silloin, kun yksityinen toimija tuottaa kunnalle sosiaali- ja terveydenhuollon lakisääteisiä palveluja. *Kunnalliset hallintotehtävät voivat olla myös kunnallisia palvelutehtäviä*, joita yksityinen orgaani tuottaa kunnalle.⁹⁴⁹ Palvelutehtävän antamista yksityiselle orgaanille rajoittavat kuitenkin perustuslain 124 §:n säännökset. Asia on erittäin ajankohtainen, koska kunnallishallinnon puolella on menossa laajoja selvityksiä eri palvelujenjärjestämistavoista ja hallinnollista toimivaltaa ja julkisia tehtäviä on joiltain osin annettu myös yksityisille toimijoille.

Perustuslaista ilmenevät julkisen hallintotehtävän ja merkittävän julkisen vallan käytön käsitteet voivat jäädä eri palveluntuottamistavoissa epäselviksi. Haasteellisemmaksi asian tekee vielä niiden merkityksen yksityiskohtainen asemointi julkisen tehtävän ja julkisen vallan käytön kanssa⁹⁵⁰. Julkisen vallan käyttämistä vaativia julkisia hallintotehtäviä ei voi ulkoistaa. Nämä tehtävät vaativat kunnan päätösvallan käyttämistä, ja jo niiden valmisteluvaiheessa tarvitaan usein kunnallisen toimielimen käsittelyä. Lisäksi julkisina hallintotehtävinä voidaan pitää tehtäviä, joiden hoitamisessa edellytetään tiettyä julkista luotettavuutta ja virkavastuuta.⁹⁵¹ Seuraava kantelu apulaisoikeusasiamiehelle liittyy puhelinvälityksen ulkoistamiseen, jossa arvioitiin viranomaistehtäviin kuuluvaa rajanvetoa:

Vankeinhoitolaitoksen kaikkien yksiköiden puhelunvälitys oli annettu yksityisen puhelinyhtiön hoidettavaksi. Yhtiön työntekijöiden tehtäviin kuului vastata vaihteen tuleviin puheluihin, yhdistää puhelut, vastaanottaa soittopyynnöt ja viestit sekä toimittaa ne sovittulla tavalla eteenpäin. EAO:n mukaan kysymys olisi viranomaisen avustavasta tehtävästä.

945 Mäenpää on todennut että julkiselle tehtävälle tarvittaisiin tarkempia määrittelyjä kuin toiminnan luonne. Ks. Mäenpää 2007 s. 14–15.

946 Keravuori-Rusanen 2008 s. 146.

947 HE 50/2006 s. 169; Ks. Kalima 2007 g s. 273.

948 Ks. VM:n työryhmämuistio 1996:5 s. 8.

949 Suviranta 2006b s. 61; Suviranta 2006d s. 427.

950 Huhtanen 2005 s. 126. Ks. Tuori 1998 s. 301–318.

951 Sutela 2003 s. 77; Ks. Heuru 2000a s. 333.

Apulaisoikeusasiamies viittasi mm. perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntöön, jonka mukaan viranomaisella voi lain nojalla antaa avustusluonteisia tehtäviä muulle kuin viranomaiselle. Tällöin keskeisenä arvioitavana tekijänä oli, vastataanko asiointia koskeviin kysymyksiin tai tiedusteluihin vai ohjataanko ne mekaanisesti eteenpäin, jolloin tehtävä voi jäädä lakisääteisen viranomaisen neuvontapalvelun piiriin ulkopuolelle. Puhelinvälitystehtävään kuului sopimuksen mukaan myös informatiivisen tiedon kertominen, ja tällöin puhelunvälitystehtävään voi kuulua myös asiointia koskevien tietojen antamista.

EOA:n mukaan ”on varsin kyseenalaista, voidaanko palvelua pitää pelkästään mekaanisena puhelun välittämisenä”. Perustuslain 124 §:n kannalta asia on ongelmallinen. Toisaalta EOA totesi, että vaikka ”puhelunvälityspalvelu jäisi mekaanisena tehtävänä julkisen hallintotehtävän piiriin ulkopuolelle, viranomaisen tulee kuitenkin huolehtia siitä, että palvelussa toteutuvat hyvän hallinnon takeet ja periaatteet kuten palvelun asianmukaisuus, joutuisuus, tasapuolisuus, hyvän kielenkäytön vaatimus ja asiakkaan kielelliset oikeudet.”⁹⁵²

Perustuslaissa ja hallintolaissa on osittain huomioitu se, että julkisia hallintotehtäviä voi hoitaa myös yksityinen sektori. Hallintolakia sovelletaan liikelaitoksissa, yhdistyksissä ja yrityksissä siltä osin kuin ne hoitavat julkisia hallintotehtäviä⁹⁵³. Julkiset hallintotehtävät voidaan käsittää laajasti, koska hallintolain soveltamispiiriin kuuluu eri viranomaisia ja niiden eri tehtäviä. Julkisten palvelujen toteuttamisena voidaan pitää julkisen hallintotehtävän hoitamista ainakin siltä osin, kuin kysymys on lakisääteisen julkisen palvelun toteuttamisesta. Näin ollen myös yksityisen toteuttama hoito tai opetus voi olla julkisen hallintotehtävän hoitamista, kun sillä on lakisääteinen, viranomaisen tehtäviin liittyvä perusta. Hallintolakia sovelletaan myös kaikessa sellaisessa julkisten hallintotehtävien hoitamisessa, joissa on mahdollista järjestää tarjouskilpailu, jonka voi hoitaa yksityinen tai joka voidaan tulkita kulutushyödykkeen tarjoamisena.⁹⁵⁴ *Julkinen hallintotehtävä on siten käsitteenä laajempi kuin julkisen vallan käytön käsite.* Julkinen hallintotehtävä taas voi sisältää tai olla sisältämättä julkiseen valtaan liittyviä tehtäviä⁹⁵⁵.

Perustuslain 124 §:n tarkoittama *julkinen hallintotehtävä on suppeampi kuin julkinen tehtävä.* Hallituksen esityksessä lähdettiin siitä, että julkinen hallintotehtävä on käsitteenä laajempi hallinnollisten tehtävien kokonaisuus ja voi sisältää esimerkiksi oikeuksiin, etuihin sekä velvollisuuksiin liittyvää päätöksentekoa. Julkista hallintotehtävän antamista muulle kuin viranomaiselle perusteltiin hyvään hallintoon ja yksilön oikeusturvaan liittyvillä syillä.⁹⁵⁶ Toiseksi määräävin kriteeri ei ole organisaatiomuoto vaan tehtävien luonne⁹⁵⁷. Kaikissa palveluissa, joissa kunnalla on järjestämisvastuu, asianmukaisen käsittelyn on tapahduttava viivytyksettä. Tämä ja asiakkaan valitus-

952 EAO:n päätös 2232/4/07.

953 Perustuslain 124 §:ssä ja hallintolain 2.3 §:n mukaan julkisia hallintotehtäviä koskevia säännöksiä sovelletaan tarvittaessa julkisen organisaation ulkopuolella.

954 Mäenpään esittämä näkemys julkisesta hallintotehtävästä on selkeä kunnallishallinnon kannalta, koska sen mukaan kaikki ostopalveluina hoidettavat palvelut kuuluisivat julkisiin hallintotehtäviin, jolloin niihin sovellettaisiin hallintolakia. Mäenpää 2003 s. 66.

955 Huhtanen 2005 s. 132; Ks. HE 72/2002 s. 48.

956 Saraviita 2000 s. 572–573.

957 Laakso 2006a s. 106.

oikeus ovat perustavaa laatua olevia kansalaisten perusoikeuksia palvelun tuottajasta riippumatta.

Perustuslakivaliokunta on myös painottanut, että julkinen hallintotehtäviä voidaan antaa muun kuin kunnallisen viranomaisen hoidettavaksi lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi, eikä tällöin saa vaarantaa perusoikeuksia, oikeusturvaa tai hyvälle hallinnolle asetettuja kriteerejä⁹⁵⁸. Kunnallishallinnon näkökulmasta julkisina hallintotehtävinä on pidettävä erityisesti kunnan viranomaistehtäviä, jolloin tiettyjen tehtävien ulkoistusta rajoittavat julkisen vallan käyttäminen, valmistelu ja päätösvallan käyttäminen sekä sellaiset hallintotehtävät, joissa tarvitaan erityistä julkista luotettavuutta⁹⁵⁹. Kun kunnallishallinnossa mietitään ulkoistamista, tulee tutkittavaksi, ketkä kunnallishallinnon tehtävien suorittamisessa tarvitsevat virkaa ja mitkä voidaan siirtää yksityisoikeudelliseen sopimussuhteeseen. Jälleen keskeiseksi kysymykseksi nousee julkisen vallan käyttö⁹⁶⁰.

Monissa tilanteissa joudutaan tapauskohtaisesti arvioimaan, sisältyykö julkiseen hallintotehtävään niin merkittävää julkisen vallan käyttöä, että kyseistä hallintotehtävää ei voida antaa kunnallisilta viranhaltijoilta pois⁹⁶¹. Silloin kun kunta antaa julkisia tehtäviä yksityiselle palvelun tuottajalle, on tarkoin rajattava se, mitä tehtäviä yksityiselle organille voidaan antaa. Nämä tehtävät on pystyttävä yksilöimään, ja niiden on täytettävä tietyt tunnusmerkit. Lisäksi kysymyksessä pitää olla tietynlainen julkinen tehtävänanto⁹⁶².

Kokoavasti voidaan todeta, että *vähiten ulkoistamista rajoittaa julkisten tehtävien siirto, kun taas merkittävän julkisen vallan käyttöä ei voida ulkoistaa lainkaan*. Abstraktilla tasolla kyseisten käsitteiden rajat ovat selkeämmät kuin konkreettisissa ulkoistamisissa, joissa palvelun tuottaja ja tilaaja voivat joutua tekemään ratkaisun hyvinkin pikaisesti. Ongelmallisiksi voivat osoittautua julkisen hallintotehtävän ja julkisen vallan määrittelyt. Joskus joudutaan liikkumaan tuottajan ja tilaajan liukuvalla rajalla, joka on julkisen vallan käytön rajapintaa. Pitäisi tarkastella ennakoivasti niitä tilanteita, joissa julkisen vallan käyttötilanteet voivat olla epäselviä. Tämä tarkoittaa sitä, että kun kunnallisia peruspalveluja annetaan yksityisen tuotettavaksi, jää kuntalaisten perusoikeuksien toteutuminen entistä enemmän kunnallisen viranhaltijan valvottavaksi ja samalla perusoikeuksien valvontafunktio muuttuu moniportaisemmaksi.

4.2.5 Toimivaltakysymykset

Ulkoistamisissa toimialan erottelun lisäksi tärkeä kysymys on, kenellä on toimivalta ulkoistamisen eri vaiheissa. Tähän liittyy keskeisesti julkisen vallan käsitteen sisältö. Keskeiseksi kysymykseksi nousee myös, onko kunnalla tietyissä tapauksissa toimivaltaa ulkoistaa tietty palvelu. Ulkoistamiseen voidaan ainakin välillisesti soveltaa hallinto-

958 PeVL 5/2006 s. 8.

959 Vrt. Heuru 2001a s. 65. Ks. myös Sutela 2003 s. 77; Myllymäki 2003 s. 10.

960 Rytkölä 1991 s. 179.

961 Ks. Tuori 2000b s. 728.

962 Husa–Pohjolainen 2008 s. 74.

oikeusdoktriinin jakoa myös kunnallishallinnossa⁹⁶³. Oikeudellisesti toimivalla tarkoitetaan kunnallishallinnossa sitä kompetenssia, jota viranomaiselle on annettu tiettyjen tehtävien suorittamiseksi. Toimivalta voidaan nähdä yläkäsitteeksi ja päätösvalta sen alakäsitteeksi.⁹⁶⁴

Kunnallisen palvelutuotannon tarkastelu oikeudellisesti on hyvin heterogeeninen, rajoiltaan hajanainen ja vaikeasti hahmotettava alue⁹⁶⁵. Se voidaan jakaa neljään osaan: perinteinen oma palvelutuotanto, kuntien omistamat yhtiöt, laitokset ja säätiöiden tuottamat palvelut, ostopalvelut sekä vapaasti valittavat maksusitoumukset ja palvelut.⁹⁶⁶ Palvelutuotannon eri organisaatiovaihtoehdot ovat tärkeässä roolissa ulkoistettaessa, koska silloin otetaan myös kunnan johtosäännöllä kantaa toimivalta- ja vastuusuhteisiin. Palvelutuotannon organisointia voidaan siten lähteä analysoimaan kunnan organisaation kautta tai palvelua tuottavan orgaanin näkökulmasta. Jälkimmäisessä keskitytään pääasiallisesti tuottavan orgaanin oikeudelliseen muotoon, toimintatapaan ja sopimuksellisuusnäkökulmiin. Organisaatiolähtöisessä tarkastelutavassa painottuvat enemmän tilaajanäkökulma, suunnittelu ja rahoitus.

Osallistumisjärjestelmäkomitean mietinnössä todetaan ulkoistamisen toimivallan näkökulmasta keskeisiä asioita. Byrokraattinen organisaatiokulttuuri ei sovi kovinkaan hyvin palvelutoimintojen suunnitteluun ja tuotantoon. Kunnallishallinnossa luottamushenkilöt tarttuvat monesti pieniin yksityiskohtaisiin asioihin ja valta ja vastuusuhteet voivat olla epäselviä. Valtaa ja vastuuta pitäisi näin ollen siirtää entistä enemmän valtuustoilta ja kunnanhallituksilta lautakunnille ja viranhaltijoille⁹⁶⁷. Keskeiseksi kysymykseksi nousee, selkiyttäväkö vai hankaloittaako ulkoistaminen kunnissa luottamushenkilöiden ja viranhaltijoiden valtaa ja vastuusuhteita.

Kunnallisten palvelujen ulkoistamisessa on monia erityispiirteitä moniin muihin normaaleihin kilpailutuksiin nähden. Kilpailuttamisprosessi on kuitenkin ulkoistamisprosessin yksi tärkeä osa. Siinä erityisesti toimivaltaan liittyy hyvin tarkat oikeudelliset muotovaatimukset, jotka tuovat monia rajoitteita ulkoistamisprosessin eri vaiheissa. Suurimmat lainsäädännölliset ja toiminnalliset erot tulevat kilpailuttamisprosessissa

963 Mäenpää on todennut, että käytännön hallinnon näkökulmasta viranomaistoiminnan ja vallan käytön samaistaminen on ongelmallinen, koska julkinen valta ei ole sisällöltään ja intensiteetiltään yhtäläinen. Julkisen vallan käytön välittömyyden ja voimakkuuden eroja voidaan jaotella hallinto-oikeuden doktriineihin pohjautuen seuraavasti: välittömään pakkoon, joka liittyy yleensä tosiasialliselle julkisen vallan käytölle, julkisen vallan yksipuolinen käyttö muodollisesti säännellyssä hallintomenettelyssä, hallintotoiminta joka sisältää etujen jakamista ja oikeuksien perustamista, hallinnollisen mikrovallan käyttäminen, johon liittyy hallinnon yksinkertaistamista, sekä monetarisointi tai valvontasuhteen alkaminen. Mäenpää. 1989 s. 128–129.

964 Mäenpää 1997a s. 93; Heuru 2003 s. 182–184.

965 Mennola 2008 s. 32 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008).

966 Ks. Hautamäki–Paavola 1993. Kunnallinen tuottajaorganisaatio voidaan jaotella perinteiseen palvelutuotanto-organisaatioon, yhtiöitettyyn palvelutuotanto-organisaatioon, tilaaja-tuottajamalliin sekä ostopalveluorganisaatioon. Heinonen 1999 s. 56. Esimerkiksi Ruotsissa on jaoteltu palvelutuotannon organisointi kolmeen eri rooliin: suunnittelija ja ohjaaja, tuottaja ja palvelujen rahoittaja. Svensson 1985 s. 58.

967 Komitean virallisessa ehdotuksessa painotettiin delegoinnin tärkeyttä seuraavasti: ”kunnallishallinnossa selkeytettäisiin valta- ja vastuusuhteita sekä delegoitaisiin ratkaisu- ja toimivaltaa nykyistä laajemmin hallintokunnille ja edelleen niiden alaisille johtaville viranhaltijoille ja muulle henkilöstölle ottaen huomioon edustuksellisen kunnallisen demokratian periaatteet”. KM 1988:36 s. 76.

esille siinä, että valtaosassa normaaleista hankinnoista velvoittavana lainsäädäntönä on pääasiallisesti hankintalaki.

Kilpailuoikeudelliset ja tosiasiallisesti palvelun tuottamiseen liittyvät oikeudelliset ongelmat on erotettava toisistaan. Sen sijaan palvelut, joita kunta on erityislainsäädännöllä velvoitettu järjestämään kuntalaisille, voivat olla ulkoistamisen kannalta paljon riskialttiimpia, etenkin jos asiat on huonosti suunniteltu tai ulkoistaminen ei toteudu suunnitelmien mukaan. Toiseksi laajoissa ulkoistamisissa tarvitaan hankintalain ja muun lainsäädännön tuntemuksen lisäksi paljon ulkoistettavan palvelun erityispiirteiden tuntemusta, jotta kunta tilaajana pystyy hallitsemaan tarvittavan oikeudellisen viitekehysten. Toimivalta taas voi olla kummallekin osapuolelle ratkaiseva muotosidonnaisuuden näkökulmasta.

Ulkoistettavien palvelujen hankinnoissa voi toimivaltaa hankintojen tekemiseen olla kunnanvaltuustolla, kunnanhallituksella, lautakunnilla, toimikunnilla tai muilla toimielimillä. Näiden lisäksi erityisesti pienemmissä hankinnoissa toimivaltaa annetaan monesti viranhaltijoille.⁹⁶⁸ Pääsääntöisesti ulkoistuksia on tulkittava lainsäädännöllisesti niin, että ulkoistettavan palvelun osalta hankinta on lautakunnan, hallituksen tai valtuuston toimivallassa sen mukaan, onko määrärahaa varattu talousarvioon ja minkä kokoisesta ulkoistuksesta on kyse. Toisaalta kuntalain suoran demokratian ja tiedotusaspektit huomioiden ulkoistamista ei voida pitää pelkkänä teknis-juridisena toimenpiteenä, koska valtuuston on pidettävä huolta siitä, että kunnan asukkailla ja palvelun käyttäjillä on mahdollisuus vaikuttaa ja osallistua kunnan toimintaan. Tällöin joudutaan etenkin suurissa palvelun ulkoistuksissa miettimään organisatoristen toimivaltakysymysten lisäksi sitä, miten kuntalaiset voivat vaikuttaa ja saada tietoa asiasta. Kunnan sisäisten ohjeiden välillä voi olla epäloogisuuksia, ja esille voi nousta niiden suhde muihin hankintasäännöksiin.

Kunnan sisäisiä hankintaohjeita ei voi välittömästi verrata kuntien johtosääntöihin, koska valtuuston on noudatettava hyväksytyjä johtosääntöjä. Hallintosäännön ja hankintaohjeiden keskinäinen sitovuus toimivallan näkökulmasta riippuu siitä, onko valtuusto hyväksynyt hankintaohjeet johtosäännöissä⁹⁶⁹. Kuntalain ja hankintalain säännökset tulevat myös aina ensisijaisesti noudatettaviksi, eikä kunta voi hankintaohjeillaan syrjäyttää hankintalain säännöksiä⁹⁷⁰.

Toimivaltaproblematiikkaan liittyy myös kunnan sisäisten virallislähteiden selkeys sekä yhdenvertainen tulkinta. Kaikissa päätöksissä nousee esiin vahvasti velvoittavien oikeuslähteiden merkitys⁹⁷¹. Hallinnon virallislähteiden merkitys voi olla kunnissa merkittävä, ja tulkinnallisuutta voi aiheuttaa se, milloin ja missä määrin hallinnolliset määräykset ja ohjeet sitovat⁹⁷². Ulkoistamisperspektiivistä tarkasteltuna kunnissa voi olla paljon virallislähteitä, jotka eivät ole kaikilta osin synkronisoituja siihen oikeudel-

968 Kalima 2001 s. 49–50.

969 Useassa kunnassa hankintaohjeet ovat ohjeluonteisia ja niiden oikeudellinen velvoittavuus on heikko, etenkin jos niitä ei ole määritelty johtosäännöllä noudatettavaksi.

970 Näin on myös todettu hallinto-oikeuden päätöksessä KHO 21.3.2006/633, jossa hallinto-oikeus ei voinut kunnallisvalituksena tutkia valitusta, joka perustui kaupungin hankintaohjeiden kohtiin yleisistä hankintaperiaatteista ja hankintojen toteuttamisesta.

971 Suviranta 2006a s. 21.

972 Suviranta 2006a s. 28.

liseen toimintaympäristöön, jota eri ulkoistamisissa on sovellettava. Virallislähteiden oikeudellinen merkitys voi vaihdella hyvinkin paljon. Osa voi sitoa viranhaltijoita oikeudellisesti, osa on ohjeluonteisia, ilman oikeudellisia vaikutuksia. Oikeudellisesti raja ei ole kuitenkaan kovin yksiselitteinen. Jos kuntalaisella on lainsäädännön mukaan oikeus tiettyyn palveluun, ei kunta voi vapautua järjestämisvelvollisuudestaan sillä perusteella, että määrärahoja ei ole. Pääsääntöisesti lainsäädäntö ei kuitenkaan anna kuntalaisille ehdottomia oikeuksia, vaan kunnan velvollisuuden ulottuvuuteen vaikuttavat usein myös resurssit. Tällöin virallislähteiden merkitys voi tulla oikeudellisesti ratkaisevaan roolin kuntalaisten oikeuksien kannalta.⁹⁷³

Kuntien virallislähteet, kuten talousarvio, hallintosäännöt tai hankintaohjeet, eivät voi olla vahvasti velvoittavien oikeuslähteiden kanssa ristiriidassa, jos halutaan, että niillä on ohjaavaa merkitystä. Ne myös määrittelevät toimivallan. KuntaL 16.1 §:n mukaan kunnanvaltuusto päättää hallinnon järjestämisestä ja tarpeellisista johtosäännöistä, joiden tehtävänä on määritellä kunnan viranomaisista sekä toimivallan jaoista ja tehtävistä. Kunnanvaltuustolla on hyvin laajat mahdollisuudet määritellä esimerkiksi hallintosäännön kautta, miten hallinto järjestetään⁹⁷⁴.

Virallislähteiden oikeudellinen sitovuus riippuu hyvin pitkälti siitä, kenen näkökulmasta asiaa katsotaan ja onko kyseessä kuntalaisen kannalta subjektiivisiin oikeuksiin kuuluva palvelu. Yksittäisen viranhaltijan kannalta pääsääntönä on, että valtuuston talousarvio sitoo kyseistä viranhaltijaa hänen ratkaisuisiaan, ellei oikeusnormeista muuta ilmene. Virallislähteet voivat antaa oikeudellista liikkumavaraa ja mahdollistaa ulkoistuksia vain muiden lakien sallimissa rajoissa. Toisaalta on huomattava, että myös kuntaliitostilanteissa toimivaltakysymykset muuttuvat, kuten seuraavasta KHO:n päätöksestä ilmenee.

KHO:2009:76. Valtioneuvosto oli 31.5.2006 päättänyt, että Viljakkalan kunta liitetään Ylöjärven kaupunkiin 1.1.2007. Tapauksessa oli kysymys siitä, että Viljakkalan valtuusto oli 23.11.2006 hyväksynyt kunnan ja maanomistajien välisen maankäyttösopimuksen, joka koski vajaan 10 hehtaarin aluetta. KHO totesi kuntajakolain 33 §:n mukaisesti, että lakkaavan kunnan valtuustolla ei ollut kuntajaon muutoksesta määräämisen jälkeen sellaista toimivaltaa, jota olisi tarvittu kysymyksessä olevan taloudellisesti merkittävän maankäyttösopimuksen hyväksymiseen.⁹⁷⁵

Kunnan kannalta talousarvion määrärahan pienuuteen vetoaminen esimerkiksi sosiaali- ja terveyspalvelun osalta ei ole oikeudellisesti kestävää, etenkin jos on näytettävissä, että ko. määrärahan turvin palveluntuottaja ei pysty hoitamaan kyseiselle palvelulle asetettuja oikeudellisia velvoitteita. Toiseksi liian alimitoitettu ulkoistaminen voi vaarantaa kuntalaisten yhdenvertaisuuden. Kunnallisten virallislähteiden merkitystä ei voi väheksyä oikeudellisesta näkökulmasta, koska monessa tilanteessa joudutaan punnitsemaan, mikä oikeudellinen velvoittavuus palvelun tilaajan talousarviolla ja siihen liittyvillä määrärahoilla on palvelun tuottajaan. Kun tätä oikeuspunnintaa joudutaan

973 Suviranta 2006a s. 28.

974 Hannus–Hallberg 1997 s. 311–312. ks. myös Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 141–144.

975 Ks. Kuntajakolain (1698/2009) 7 luvussa on käyty läpi kuntajaon muutoksen vaikutuksia.

käymään kuntalaisten näkökulmasta, ydinkohtana on, onko kysymys TSS-oikeuksista⁹⁷⁶. Tällöin paikallisen itsehallinnon periaate ei voi olla peruste, jolla kunta voisi rajoittaa virallislähteillään kuntalaisten perusoikeuksia. Ulkoistamisen näkökulmasta eri oikeuslähteiden soveltaminen voi monesti olla hyvin tulkinnallista, jos hallinnon virallislähteitä on paljon ja ne ovat epämääräisesti laadittuja.

Terveydenhuollon ulkoistamisissa toimivaltakysymykset ovat moneen muuhun palveluun verrattuna monimutkaisia, koska kansanterveysL 17 §:n mukaan terveyskeskuksen vastaava lääkäri tekee päätöksen potilaan hoitoon ottamisesta sairaansijalle. Vaikka kunnan palveluksessa olevat lääkärit ovat viranhaltijoita ja luottamushenkilöelinten alaisina, eivät nämä elimet voi määrätä tai antaa yksittäistilanteeseen liittyviä normeja siitä, miten lääkärin pitäisi yksittäistapauksessa toimia, vaan potilaskohtainen arvio jää lääkärille. Kunnan toimivaltainen toimielin voi kuitenkin luoda ja ohjeistaa lääkäreitä soveltamaan tiettyjä tärkeysjärjestyskriteereitä, jolloin yksittäistapauksen punninta jää terveydenhuollon ammattilaiselle.⁹⁷⁷ Samaa logiikkaa voidaan soveltaa ulkoistettuun palveluntuottajaan, kunhan huomioidaan terveydenhuollon lainsäädännön rajoitteet sekä yksilön perusoikeudet⁹⁷⁸. Toisena keskeisenä osa-alueena on, onko palvelun tuottaja yksityisoikeudellinen orgaani ja minkä ohjeiden ja lainsäädännön puitteissa palvelun johtaminen tapahtuu⁹⁷⁹. Kolmanneksi myös se, kuka rahoittaa ulkoistettua palvelua, voi vaikuttaa sen liikkumavaraan ja muotoutumiseen. Lisäksi on aina arvioitava, mitä kyseiseen palveluun sovellettavat oikeusnormit määräävät⁹⁸⁰.

Liikkeen luovutuksessa kunnan henkilöstön asema ja toimivalta voivat muuttua. Työsopimuslain (2001/55) 7 luvun 5 §:ssä on mainittu, että liikkeen luovutus ei yksinään ole peruste henkilöstön irtisanomiseen. Kunnallisissa ulkoistamisissa tulee arvioida, onko kysymyksessä työsopimuslain mukainen liikkeen luovutus. Tällöin palveluntuottajalle siirtyvät myös kunnan työsuhteisiin liittyvät oikeudet ja velvollisuudet. Liikkeen luovutuksesta on säädetty myös viranhaltijalain 25 §:ssä ja laissa työnantajan ja henkilöstön yhteistoimintasopimuksesta⁹⁸¹.

Näistä säännöksissä on yksilöity, mitä tekijöitä ja syitä kunnan on liikkeen luovutuksen yhteydessä selvitettävä henkilöstön edustajille⁹⁸². Ulkoistamisessa on tällöin eroteltava työsopimussuhteiset ja viranhaltijat, koska jos kunta ulkoistaa toimintojaan

976 Ks. HE 309/1993 s. 1, 17–18. Vrt. myös edellä KHO:2007:79.

977 Vrt. Tuori 2000b s. 144–145.

978 Jos terveydenhuollon palvelun järjestämisestä vastaa kansanterveystyön kuntayhtymä, joka on ulkoistanut palvelut yksityiselle palvelun tuottajalle, ei toimielin tai viranhaltija voi määrittellä tai ohjeistaa alueen terveyskeskuksia eri tavalla vaan palveluja on tarjottava priorisoinneista huolimatta mahdollisimman yhdenmukaisesti.

979 Tällä voi olla jonkinlaista merkitystä, jos henkilöstöä siirryy yksityiselle organalle, kuten liikkeen luovutuksessa. Toiseksi organisaation oikeudellinen muoto voi vaikuttaa siihen, kuinka nopeasti ja millaiset valtuudet palvelun tuottajalla on mahdollista reagoida ruuhka- tai muissa poikkeustilanteissa.

980 Tämä tulee erityisesti huomioida kunnan erityisellä toimialalla liikuttaessa, kuten sosiaali- ja terveydenhuollon, sairaanhoidon ja opetustoimen tehtävissä. Ks. Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 54–55.

981 Henkilöstön asemaa käsitellään luvussa 8.4.

982 Työsopimuslain 1:10 §:n mukaan liikkeen luovutuksella tarkoitetaan tietyn kunnan toiminnan osan luovuttamista tuottajalle, silloin kun luovutettava liike tai osa pysyy luovutuksen jälkeen samana tai samankaltaisena.

liikkeen luovutuksella yksityiselle, viranhaltijoiden oikeudet ja velvollisuudet eivät siirry samalla tavoin kuin työsopimussuhteisten. Siirtyvät viranhaltijat eivät voi enää työsopimussuhteessa käyttää julkista valtaa eikä heillä ole enää samoja oikeuksia ja velvollisuuksia kuin kunnan palveluksessa. Tähän liittyy keskeisesti julkisen vallan käsitteen sisältö. Kunnan on tilaajana yhdessä palveluntuottajan kanssa mietittävä, kuinka laajasti kunnassa tarvitaan viranhaltijoita ulkoistettavalla toimialueella.

Toimivalta-asiat ilmenevät moninaisesti eri ulkoistamisen vaiheissa, ja aina on arvioitava ainakin harvinaisimmissa ulkoistuksissa, että se kuuluu kunnan toimivaltaan. Toiseksi laillisuuden näkökulmasta perusedellytys onnistuneelle ulkoistukselle on, että päätöstä tekevällä viranhaltijalla tai toimielimellä on tarvittava toimivalta – erityisesti liikkeenluovutuksissa henkilöstön toimivalta muuttuu monelta osin. Toimivaltakysymykset nousevat erityisesti esille silloin, kun tehdään päätöksiä osapuolten välillä tai toiminnan sisällöstä sekä silloin kun kuntalaisten näkökulmasta rajataan tai lisätään palvelua.

4.3 Ulkoistaminen kuntalaissa – Kuntal 2 §:n sisältö ja soveltaminen

4.3.1 Tuottamisesta järjestämiseen

Kunnan roolin muutos kohti markkinaehtoisuutta on keskusteluttanut alan tutkijoita Pohjoismaissa jo toistakymmentä vuotta. Yhä vahvemmaksi on muodostunut näkemys, että kuntien on muututtava laitosmaisista palveluiden tuottajista palveluiden organisaattoreiksi, jolloin kunnat vastaavat palvelun saatavuudesta muiden kuntien, yksityisten ja järjestöjen kanssa.⁹⁸³ Tätä uudistusta on myös kutsuttu hyppäykseksi sosiaalivaltiosta markkinavaltioon.

Ulkoistamisfunktiota laajemmin mietittäessä on erotettava kunnallisten tehtävien järjestäminen ja tuottaminen toisistaan, koska palvelun tuottamisessa liikutaan lainsäädännöllisesti aivan eri alueella silloin kun kunnalla on järjestämisvastuu. Koko palvelujärjestelmä on jaoteltavissa julkisen sektorin palveluihin, yhteisöllisiin palveluihin ja markkinamekanismien tuottamiin palveluihin. Palveluiden tuottamistavat voidaan jaotella myös kolmeen hallintajärjestelmään, jotka ovat julkinen, kollektiivinen ja markkinaperusteinen. Jokaisella hallintajärjestelmällä on täysin erilainen tapa tuottaa palvelunsa. Julkisia palveluita voidaan jaotella monella tavalla⁹⁸⁴.

983 Tuori on pohtinut, mitä etuuksia ja palveluja tulisi määrittää lainsäädännöllisesti subjektiivisiksi oikeuksiksi sekä sitä, kuinka velvoittavia näiden oikeuksien pitäisi olla. Lisäksi Tuori on todennut, että kuntien ei tarvitse itse tuottaa päivähoido-, perussairaanhoido-, tai vanhusten laitoshuoltopalveluja eikä niiden tarvitse olla sisällöltään jokaisessa kunnassa yhtäläiset. Tuori 2000b s. 204–205. Palvelujen sisällön kehittämisen näkökulmista voidaan eri malleja hakemalla parhaassa tapauksessa lisätä palvelujen sujuvuutta ja asiakkaan mahdollisuuksia laadukkaampaan palveluun.

984 Harisalo 1988 s. 7–8. Ks. myös Harisalo 2009 s. 27. 1) Palvelut, joiden tuottamiseksi ei ole olemassa suoranaisesti yksityistä tarjontaa, 2) palvelut, jotka ovat funktionaalisesti vastaavia mutta eivät laadullisesti ole samaa kuin yksityinen tarjonta tai hyödyn saajat, 3) palvelut, joiden tuotantokustannukset eivät ole samanlaisia kuin yksityisessä palvelutuotannossa, 4) palvelut, joiden varat on osoitettu julkisen organisaation talousarviossa. Erilaisissa kuntaparadigmoissa, voidaan erottaa kolme pääperiaatetta määrittämiskriteereille: vallan lähde, kunnan käsitteen ala ja yhteisömuodon perusta. Ks. myös Anttiroiko ym. 1993.

Kunnallisten toimintojen ja roolin muuttuessa järjestäjäksi joudutaan jokaisessa yksittäistapauksessa arviomaan useita perustuslain säännöksiä, kuten perustuslain 124 §:n sisältöä. Lisäksi perustuslain 2.3 §:n mukaan julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin, ja perustuslain 21 §:n mukaan jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa viranomaisessa. Perustuslain 22 §:n mukaan julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Nämä oikeudet ovat tietyltä osin geneerisiä ja riippumattomia kunnan lakisäateisten palvelujen tuottamistavasta. Tuorin mukaan hallituksen perusoikeusudistusta käsittelevässä esityksessä⁹⁸⁵ oli todettu, että julkisen vallan on turvattava palvelujen saatavuus. Kyseisessä säännöksessä ei kuitenkaan ole määrittely, miten kyseiset palvelut voidaan tuottaa.⁹⁸⁶

Kunnallishallinnon kannalta keskeisenä voidaan pitää kunnan velvollisuutta järjestää palveluja. Valtioneuvoston selonteossa on mainittu, että peruspalveluiden joustava ja tehokas toteuttaminen vaatii, että palvelut on mahdollista järjestää huomioiden sekä paikalliset olot⁹⁸⁷ että palvelujärjestelmän laajuus suhteessa taloudellisiin voimavaroihin. Kunta voi myös hankkia tehtävien hoidon edellyttämiä palveluja yksityiseltä. Peruseriaatteena on, että kunnilla on oikeus itse ratkaista, miten se palvelunsa tuottaa⁹⁸⁸. Markkinalähtöinen julkisten palvelujen tuottaminen on tullut monissa maissa varteen otettavaksi vaihtoehdoksi julkiselle tuotannolle⁹⁸⁹. Viime vuosikymmeninä erityisesti kunnallisessa palvelutuotannossa on korostunut palvelujen tuottajan ja palvelun järjestäjän roolin erottaminen ja selkeyttäminen niin toiminnallisesti kuin oikeudellisesti. Selkiyttämisen tarve kasvaa sen myötä, mitä useampi kunta on lähtenyt ostamaan kunnallisia palveluja oman organisaation ulkopuolelta.

Kun mietitään vaihtoehtoisia palvelunjärjestämistapoja, on huomioitava laissa säädetyt tehtävät ja itsehallinnon nojalla kunnan itselleen ottamat tehtävät. Esimerkiksi teknisissä palveluissa kunnan järjestämät palvelut on yksinkertaista kategorisoida palveluihin, joista kunnan on huolehdittava. Nämä tehtävä jakautuvat viranomaistehtäviin, joista kunnan on itse tai yhdessä naapurikuntien kanssa huolehdittava, sekä muihin palvelutehtäviin (vesihuolto, katujen kunnossapito ja huolto sekä jätehuolto), joita kunta voi teettää helposti oman organisaation ulkopuolisella taholla. Vapaaehtoisia palveluja (energiahuolto, joukkoliikenne ja asumispalvelut) voidaan antaa kokonaan ulkopuolisen organisaation tehtäväksi.⁹⁹⁰

Kunnallisten hyvinvointipalvelujen järjestäminen ja tuottaminen eivät ole aina selvästi erotettavissa kunnallisessa toiminnassa. Kunnallisten palvelujen järjestämisfunktio ei ole aina selväräinen, ja joissakin toiminnoissa kunta voi olla samalla sekä järjestäjän että tuottajan roolissa. Kunnallisen palvelun järjestämisfunktioon kuuluu tilaus ja suoritus, johon taas kuuluu palvelun määrittelyä ja valvontaa sekä rahoit-

985 Ks. HE 309/1993.

986 Tuori 2000 s. 234.

987 HaVM 11/2000 s. 3.

988 Kuntalaissa ja sen valmistelutöissä on painotettu joustavuutta palvelujen järjestämisessä. Aiheesta lisää HaVM 18/1994; HE 192/1994; KM 1993:33.

989 Wilhemsson 2000 s. 19–24.

990 Kilpailuttamisen ABC 2001 s. 8–10.

tamista⁹⁹¹. Jos palvelujen järjestäjän ja tuottajan roolit ovat selvät, on oikeudellisten vaihtoehtojen tarkastelu helpompaa.

Kunnalliskomitean mietinnössä korostettiin, että jos kunta on lailla velvoitettu hoitamaan tiettyä tehtävää, ei se voi antaa kyseistä tehtävää yksityiselle ilman lain antamaa valtuutusta. Mietinnössä on myös mainittu tietyt täytäntöönpanotehtävät, kuten kouluruokailu ja kuljetus, jotka voidaan antaa ulkopuoliselle tuotettavaksi⁹⁹². Tämänkaltaiset tukipalvelut ovat ulkoistettavissa, koska niihin ei liity julkisen vallan käyttöä. Tukipalvelujen ulkoistukset eivät kuitenkaan saa vaarantaa sellaisten tehtävien hoitoa, jotka kunnalle on lailla annettu hoidettavaksi.

Kuntien itsehallinnollinen asema on mainittu perustuslain 121 §:ssä, jonka pohjalta kunnat voivat päättää, miten ne palvelunsa järjestävät. Pääasiallisena motiivina ei saisi olla, kuka tai miten palvelut järjestetään vaan niiden järjestäminen mahdollisimman hyvin lainsäädännölliset ja taloudelliset reunaehdot huomioiden⁹⁹³. Perustuslakia täsmentää Kuntal. 2.1 §, joka antaa kunnalle monia mahdollisuuksia ulkoistaa toimintoja, joita yksityisen organin on mahdollista tuottaa⁹⁹⁴. On kuitenkin aina samalla punnittava, miten mahdollinen ulkoistaminen vaikuttaa muihin yksityisiin toimijoihin ja onko kyseinen toiminta yleisen edun mukaista. Etenkin kunnan oman toiminnan siirtämisen (osittaisulkoistamisen) kunnalliselle yhtiölle tai liikelaitokselle pitäisi aina olla myös yleisen edun mukaista. Toisaalta on huomattava, että tietyissä tilanteissa yleinen etu voi vaatia, että kunta hoitaa tiettyä tehtävää kyseisten organien kautta⁹⁹⁵.

Ei kuitenkaan ole yksiselitteinen asia, onko kuntien syytä itse harjoittaa tai tuottaa laajaa liiketoimintaa vai yhtiöittää tai liikelaitostaa toimintojaan, koska ns. sisäisessä tai osittaisessa ulkoistamisessa on monia heikkouksia kokonaisvaltaiseen ulkoistamiseen nähden. Pääsääntönä on ollut, että kuntien toimialaan ei kuulu kaupallisen tai taloudelliseen voittoon perustuvan elinkeinotoiminnan harjoittaminen eikä sellaiseen

991 Uoti on todennut, että ”hyvinvointipalvelujen järjestämisessä voi nähdä olennaisena osana palvelujen tuottamisen näkökulman, yhteiskunnallisten palvelujen järjestäminen ei ole tosiasiallisesti kuitenkaan varsinaista palvelujen tuottamista. Palvelujen järjestämiseen sisältyy aina virallista ja epävirallista, välitöntä ja välillistä palvelujen toteutukseen kuuluvaa ohjausta – siihen sisältyvää tai siitä erillistä suunnittelua ja koordinointia – ja valvontaa. Myös erinäiset rahoitusmenettelyt ja -ratkaisut luetaan yleensä palvelujen järjestämistehtävän alaan”. Uoti 2003 s. 52.

992 KM 1993:33 s. 189, 329, 331.

993 Vrt. Kuntaliiton kilpailupolitiikan strategiset linjaukset 2002 s. 3. Kuntaliiton kilpailupolitiikan strategisissa linjauksissa on todettu, että kunnille pitäisi tulevaisuudessakin antaa mahdollisuus palvelujensa satunnaisen ylikapasiteetin myyminen markkinoille. Tällaisina liiketoiminnan muotoina, joissa kyseinen toiminta voisi olla mahdollista, ovat veden, jäteveden ja energian siirto- ja jakeluverkkojen monopoliasema. Kuntaliiton kilpailupolitiikan strategiset linjaukset 2002 s. 3.

994 Ks. Mäenpää 1989 s. 136: Sopimusten käyttö hallintoiminnassa; Ks. Rasinmäki 1997 s. 178. Hailuodon kunta on tehnyt Oulun Diakonissalaitoksen kanssa kokonaisulkoistamista koskevan sopimuksen, johon sisältyy perusterveydenhuollon perustason palvelu. Sopimukseen eivät kuulu mielenterveyspalvelut, eläinlääkintähuoltoa tai ympäristöterveydenhuoltoa. Sopimus on kiinteähintainen. Luikko 2002 s. 27–28.

995 Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 63–64.

osallistuminen esimerkiksi omistajan roolissa⁹⁹⁶. Toiseksi kokonaisulkoistamisessa kunnat pystyisivät selkiyttämään rooliaan ja vastuujakoa menettämättä kuitenkin omistajuutta ja valvontaa⁹⁹⁷.

Uudet palvelujenjärjestämistavat vaativat kunnalliselta viranhaltija- ja luottamus-henkilöorganisaatiolta esimerkiksi palvelujen ja hankintojen suunnittelua sekä mitoitusta, kustannuslaskentaa, asiakkaiden tarpeiden tunnistamista ja valvontaa. Jos kunta profiloituu enemmän pelkästään palvelun järjestäjän rooliin, tarvitaan palvelujen tuottamisen ohjaukseen myös uusia elementtejä.

Yhdeksi haasteeksi kunnallisia toimintoja ulkoistettaessa voi tulla se, että yksityiset palveluntuottajat eivät halua ottaa hoidettavakseen kovin monimutkaisia palveluja, etenkin jos ne eivät ole taloudellisesti kovin kannattavia. On puhuttu kermankuorintailmiöstä, ja vaarana voi olla, että nykymuotoinen hyvinvointijärjestelmä ylläpitää kokonaispalvelutuotannon kermankuorintajärjestelmää. Kunta ei aina pysty vaikuttamaan yksityisten palveluntuottajien lukumäärään. Ulkoistamisessa kermankuorinta on ratkaistavissa mahdollisimman laajoilla kokonaisulkoistamisilla, joissa vastuut ja velvoitteet sekä sanktiot on määriteltävä yksityiskohtaisesti.⁹⁹⁸

Kunnan yhtenä keskeisenä tehtävänä on määritellä, miten kunta palvelun järjestäjänä ohjaa, määrittelee sisällön ja laadun sekä mitkä elimet ja viranhaltijat käyttävät ohjaus- ja valvontavaltaa ulkoistettuun palveluun. Ennen ulkoistamista pitäisi selvittää, mitä palveluja ollaan kilpailuttamassa ja mitä kyseisten toimintojen ulkoistaminen kaikkine transaktiokustannuksineen maksaa, jotta kustannustasoon voidaan varautua. Toiseksi on varmistettava, miten eri väestöryhmien alueellinen tasapuolisuus toteutetaan.⁹⁹⁹

Kunnallisten palvelujen jakelupäätösprosesseista on kehitetty mallia, jossa ydinajatuksena on, miten palvelut saadaan jaettua. Jakelupäätös perustuu oikeudenmukaisuusmalliin, josta voidaan arvioida, miten tietty allokointi vaikuttaa kuntalaisten elinoloihin.¹⁰⁰⁰ Palvelujen järjestäjän on keskeistä allokoida, mitä palveluja tuotetaan

996 Ks. lisää Harjula–Prättälä 2004 s. 111–113. Toisaalta oikeuskäytäntö on muovautunut siihen suuntaan, että kunnalla on mahdollisuus mennä osakkaaksi yhtiöön, jos sen tarkoituksena on esimerkiksi edistää kuntien yhteistoimintaa tai elinkeinotoimintaa seutu- tai aluetasolla. Vrt. KHO 2.8.2001/1743; KHO 1990 A 22. Julkisella yrityksellä tarkoitetaan sellaista organia, johon viranomaiset voivat välittömästi tai välillisesti käyttää merkittävää valtaa omistuksen, rahoituksen tai yritykseen liittyvien säännösten puitteissa. Merkittävänä valtana voidaan pitää enemmistöä pääomasta, osakkeista tai äänioikeudesta tai kunnan mahdollisuutta nimittää yli puolet yrityksen hallinto- tai johtoelinten jäsenistä. Eskola–Ruohoniemi 2007 s. 360–361.

997 Ks. VM:n suositus 2/1999 s. 44.

998 Klein 2006 s. 175. Ulkoistuksen osalta palveluntuottajien vähäisyys johtuu monesti myös kuntien kyvyttömyydestä linjata ja viestittää pitkäjänteisesti esim. palvelustrategian kautta, mitä palveluja tullaan lähivuosina ulkoistamaan. Valkama 2004 s. 321–322.

999 Liukko 2002 s. 40.

1000 Mäenpää 1989 s. 128.

ja kenelle, koska sopimus ei välttämättä vastaa kuntalaisten todellisia tarpeita¹⁰⁰¹.

Vaikka kunnan palvelujen järjestämisessä ja tuottamisessa on tapahtunut viime vuosikymmeninä suurta kehitystä avoimempaan markkinatalouden suuntaan, on kaikissa muutostilanteissa noudatettava oikeusjärjestystä ja normihierarkiaa¹⁰⁰². On kuitenkin hyvä huomata, että kuntien asema ei prosessioikeudellisesti eroa yksityisen oikeussubjektien asemasta. Peruslähtökohdiltaan kunnat ovat oikeudellisesta näkökulmasta samanarvoisia¹⁰⁰³. Ulkoistamisessa voidaan nähdä samanlaisia ongelmia kuin liian pitkälle viedyssä markkinamekanismien soveltamisessa julkishallinnossa. Jos kunta lähtee kilpailuttamaan lähes kaikki toiminnat markkinatalouden hengessä, voi vaarana olla, että määrääviksi tekijöiksi tulevat taloudellisuus ja tehokkuus. Tämä syö kuntalaisten perusoikeudet sekä demokratia-arvot minimiin.¹⁰⁰⁴ Kuntien paineet sopeuttaa toimintaa toimintaympäristöön, joka vaatii uusia taloudellisia ja tehokkaita palveluntuotantotapoja, eivät painota tarpeeksi seurantaohjausjärjestelmien ja laadun kehittämistä. Voidaan joutua tilanteeseen, jossa kansalaisten oikeudet huomioidaan kussakin kilpailutetussa yksittäistapauksessa niin, että ylitetään juuri lainsäädännön minimi, vaikka kehitys olisi kokonaisuuden kannalta arveluttava.

Perustusoikeusuudistuksesta on ainakin välillisesti luettavissa, että siinä pyritään legitimoimaan kunnan palvelujen järjestämis- ja tuottamiskysymyksen rajat ja mahdollisuudet yksityisen palvelun tuottajatahon kanssa¹⁰⁰⁵. Ulkoistamista suunniteltaessa on huomioitava, että ulkoistamiseen liittyviä säädöksiä voi olla mm. perustuslaissa, kuntalaissa, oikeustoimilaissa, julkisuuslaissa, henkilötietolaissa ja arkistolaissa sekä eri toimialueita säätelevässä erityislainsäädännössä¹⁰⁰⁶. Kunnissa palvelujen järjestämisestä ja siihen liittyvästä järjestämisvelvollisuudesta on muodostunut yläkäsite kaikille erilaisille palveluntuotantotavoille. Se voi sisältää eri toimijoiden suorittamaa erilaista palvelun tuottamista, ja se voi tapahtua erilaisilla kunnan organisoimilla malleilla. Tällöin on pohdittava, mitä kulloisessakin yksittäistapauksessa järjestämisvastuulla säännösten

1001 Ilmapuntari-raportissa on tutkittu, mitä toimia, palveluja, hallintoa ja taloutta koskeviksi toimenpiteiksi kuluvan vuosikymmenen aikana väestö hyväksyisi kolmentoista vaihtoehdon joukosta. Samaa asiaa oli tiedosteltu myös kunnanjohtajilta. Kunnallisveron korottamista kannatti 39 % ja investointien karsimista 31 % tutkituista. Kolmanneksi luottamushenkilöorganisaatioiden ja elinkeinojen pienentämisen lisäksi nousi kunnallisten palvelujen ulkoistamisen ja yksityistämisen lisääminen säästöjen takia. Kummatkin saivat 25 %:n kannatuksen. Palveluiden ulkoistamista ja yksityistämistä säästötoimenpiteenä kannatti peräti 77 % kunnanjohtajista. Kansalaismielipide ja kunnat 2006 s. 9, 15–17. Tutkimuskyselyn mukaan näyttäisi hyvin vahvasti siltä, että kunnallisjohtajilla olisi paljon suuremmat valmiudet lähteä kokeilemaan erilaisia palveluntuotannon ulkoistamisratkaisuja kuin kuntalaisilla.

1002 Holopainen 1969 s. 386; Tuori 1990 s. 275–276. Holopainen on täsmentänyt käsitteellisesti organisaatiokompetenssin merkitystä. Organisaatiokompetenssi tarkoittaa sitä toimivaltaa, joka kunnilla on hoitaessaan yhteisön asioita. Tällöin organisaatiokompetenssilla tarkoitetaan sitä, mikä jää yksityisautonomisen ja julkista valtaa sisältävän kompetenssin ulkopuolelle. Tällöin on kuitenkin oikeudellisesta näkökulmasta kysymys julkisen vallan käytöstä. Holopainen 1969 s. 31–33.

1003 Holopainen 1969 s. 386–388.

1004 Vrt. Karila 1998 s. 273.

1005 HE 309/1993 s. 26.

1006 Vrt. VM:n suositus 2/1999 s. 18. Lisäksi sosiaali- ja terveydenhuollossa on tarveperusteisia etuuksia ja näiden kuntalaisten etuuksien oikeudellinen arviointi voi tuoda monia tulkintaongelmia. Ks. Tuori 2000b s. 242.

valossa on tarkoitettu.

Ulkoistamisen tarkastelu pelkästään julkisoikeudellisen tai yksityisoikeudellisen näkökulmasta ei ole hedelmällistä. Ulkoistamisiin liittyviä sopimuksia täytyy lähestyä kokonaisuutena, jossa tarkastellaan sopimuksen kohdetta ja sitä, millaisia hallinnollisia säännöksiä ja julkisia tehtäviä sopimukseen kuuluu¹⁰⁰⁷. Ongelmaksi kunnille voi uudessa juridisessa toimintaympäristössä tulla se, että ulkoistamiseen liittyvää säännöstöä ei ole erikseen koottu tiettyjen yksittäistapausten osalta ja ainakin isojen ulkoistusten oikeuskäytäntö on monilta osin hyvin tulkinnallinen¹⁰⁰⁸. Haasteeksi muodostuu se, miten ulkoistamisen kokonaisuuden ja eri osa-alueiden osalta voidaan hallinnollisesti ja toiminnallisesti onnistua ja maksimoida hyöty ulkoistamisprosessin eri vaiheissa niin, ettei kokonaisuudesta tule liian tulkinnallinen ja epätarkoituksenmukainen.

4.3.2 Kuntal 2.3 §:n järjestämisvastuun sisältö

Lainsäädäntö on mahdollistanut sen, että kunnat voivat järjestää palveluja eri tavalla, ja palvelutuotannon sisällön ja tuottamistavan päättäminen on jäänyt kunnille¹⁰⁰⁹. Lainsäädännön ja eri toimintamuotojen kehittyminen on aiheuttanut sen, että järjestämisvastuu ei ole kuitenkaan käsitteenä yksiselitteinen, vaikka sitä etenkin kunnallis-hallinnossa käytetään hyvinkin laajasti. Lainsäädännössä käsitettä käytetään epämääräisesti. Joiltain osin järjestämisvastuu on liian yleinen käsite kuvamaan esimerkiksi niitä vastuita, joita kuntalaisten, kunnan ja muiden palveluita tuottavien organien välille muodostuu. Samaan aikaan joudutaan operoimaan monella käsitteellä, koska esimerkiksi Kuntal 2.3 §:ssä mainittu tehtävän hoitaminen viittaa myös järjestämisvastuun käsitteeseen.

Kuntal 2.3 § tuo vaatimuksen laissa säädettyjen tehtävien hoitamiseen ja mahdollistaa myös ulkoistusten käytön. Toisen virkkeen pohjalta kunta voi hankkia tehtävien hoidon edellyttämiä palveluja myös muilta palvelujen tuottajilta, joilla tarkoitetaan julkisoikeudellisten yhteisöjen ja laitosten lisäksi myös yksityisoikeudellisia yhteisöjä. Tätä kuitenkin rajoittavat julkisuus-, salassapito-, vastuu- ja oikeusturvanäkökohdat.¹⁰¹⁰

Vanhassa kunnallislaisissa (953/1976) ei säädetty, miten kunta voi järjestää tehtäviensä hoidon edellyttämien palvelujen hankkimisen. Kunnallislainsäädännön uudistamisessa yhdeksi tavoitteeksi asetettiin, että kunta voi itse ratkaista, millä tavoin palvelut tuotetaan¹⁰¹¹. Valtioneuvostolle annetussa selonteossa painotettiin, että vastuu

1007 Vrt. Mäkinen 2001 s. 107.

1008 Jos kunnassa tai kuntayhtymässä ei ole tarpeeksi oikeudellista ja substanssiasiantuntemusta ulkoistettavasta toiminnasta, olisi varmintä käyttää asiantuntijaa tai konsulttiapua eli ulkoistaa ulkoistusprosessin vetäminen. Tällöin voidaan tarkemmin keskittyä oikeudellisten ja toiminnallisten asioiden tarkasteluun.

1009 Kunnallista terveyspalvelujen kehittymistä on ohjattu vuonna 1972 annetulla kansanterveyslailla, joka velvoitti kunnat perustamaan terveyskeskuksia. Sen vaikutuksesta terveyspalvelupisteiden verkosto on ollut hyvin kattava. Ennen vuonna 1993 tapahtunutta valtionosuusuudistusta eduskunta antoi kuntia valvovalle viranomaisille, kuten ministeriölle ja lääninhallituksille, mahdollisuuden määritellä palvelutuotannon sisältö ja tuottamistapa. Tällöin kuntien toimintaa ohjattiin suunnittelu- ja valtionosuusjärjestelmällä ja esimerkiksi terveyskeskusten henkilöstömäärä noin kolminkertaistui kymmenen vuoden aikana. Ihalainen 2007 s. 52.

1010 HaVM 18/1994 s. 4.

1011 HE 192/1994 s. 21–22.

perusoikeuksiin kuuluvien palvelujen järjestämisestä on kunnilla. Samalla tuotiin esille, että peruspalveluiden joustava ja tehokas toteuttaminen vaatii, että palvelut voidaan järjestää paikalliset olot huomioiden.¹⁰¹²

Kunnallisten palvelujen tuottamistavoissa ulkoistaminen voidaan nähdä myös työkaluna, joka helpottaa oman toiminnan vertailua¹⁰¹³. Käsitteellisesti olennaista oli erottaa järjestämisvastuu ja palvelujen tuottaminen toisistaan, vaikka järjestämisvastuukäsitteen sisällä yhtenä osa-alueena on palvelujen tuottaminen. KuntaL 2.3 §:ään sisältyy termi tehtävien hoitaminen, joka tarkoittaa kunnan vastuuta huolehtia, että kyseisiä palveluja on saatavilla säännösten edellyttämässä laajuudessa. Järjestämisvastuun käsite on joiltain osin oikeudellisesti ongelmallinen, koska se ei itsessään avaa, miten toiminta on organisoitava tai mitä rajoituksia palveluiden järjestämiseen eri organimuotojen välille liittyy. Sillä tarkoitetaan ainoastaan, mitä palveluja kunnan on tarjottava kuntalaisilleen.

Tässä järjestämisvastuuta tarkastellaan ulkoistamisen näkökulmasta, mutta kaikki pohjautuu kuitenkin palvelun tuottamistavasta riippumatta siihen, millaiset resurssit kunnilla on osoittaa taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten perusoikeuksien toteutumiseen¹⁰¹⁴. KuntaL 2.3 §:ssä on mainittu seuraavasti: ”Kunta hoitaa sille laissa säädetyt tehtävät itse tai yhteistoiminnassa muiden kuntien kanssa. Tehtävien hoidon edellyttämät palveluja kunta voi hankkia myös muilta palvelun tuottajilta.” Kyseistä pykälää voidaan lähestyä ulkoistamisen määrittelyssä ainakin kolmesta näkökulmasta: Ensimmäiseksi ulkoistamista voidaan tarkastella *lakisääteisten tehtävien* hoitamisen ja kyseisten tehtävien hoidon edellyttämien palvelujen ostamisen näkökulmasta. Toiseksi pitää arvioida, mitä järjestämisvastuun sisältö tarkoittaa yksittäistilanteissa *erityislainsäädännön osalta*. Kolmanneksi järjestämisvastuun sisällön rajaa joudutaan arvioimaan *oman toiminnan organisoinnin* ja erilaisten yhteistoiminnan näkökulmasta.

Kuntalaki itsessään antaa hyvin väljät puitteet siitä, missä laajuudessa toimintoja voidaan ulkoistaa. Keskeiseksi on noussut KuntaL 2.3 §:n sisältö tehtävien hoitaminen, eli järjestämisen ja tuottamisen juridisen sisällön aukaiseminen ja rajaaminen, jolloin on myös ratkaistavissa, mikä osa ulkoistamisprosessista kuuluu kunnan palvelujen järjestämisvastuuseen ja mikä on puhtaasti palvelun tuottamiseen. Kunnalla säilyy kuitenkin vähintään viranomaistehtäviin liittyvä virkavastuu, jonka on oltava kunnallisilla viranhaltijoilla. KuntaL 2.3 § rajoittaa erityisesti virkavastuuseen liittyvien tehtävien ulkoistamista, mikä on tulkittavissa niin, että selvät suoritteiksi muutettavat toiminnot, kuten kirjanpitoon, palkanlaskentaan ja henkilöstöön liittyvät tehtävät, voidaan ulkoistaa¹⁰¹⁵. Toisaalta KuntaL 2.3 §:n mukainen tehtävien hoitaminen ei koske välittömästi yleistä toimialaa, mutta jos kunta itsehallintonsa mahdollistavissa puitteissa ottaa tiettyjä tehtäviä hoidettavakseen, sovelletaan silloin kyseiseen toimintaan tai tehtävään myös KuntaL 2.3 §:n mukaisia ”järjestämisvastuun” käsitteen sisälle

1012 HaVM 11/2000 s. 3.

1013 Ks. Teperi–Porter–Vuorenkoski–Baron 2009 s. 24–25.

1014 OM:n työryhmämietintö 2008:8 s. 38; OM:n työryhmämietintö 2002:7 s. 99.

1015 Ks. Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 72. Ulkoistaa voidaan selvät täytäntöönpanopalvelut, kuten siivous ja ruokahuolto, kunhan niissä ei käytetä tai niiden suorittamiseen ei tarvita julkista valtaa tai virkavastuuta, kuten valmistelussa tai täytäntöönpanossa tarvitaan. Viime vuosina kunnat ovat ulkoistaneet talous- ja henkilöstöhallinnon osa-alueita.

kuuluvia muita säännöksiä ja velvoitteita.

Kuntal 2.3 §:n järjestämismääräyksiin yhtenä ongelmana on sen yleisyys ja se, että kuntien velvollisuudesta järjestää tiettyjä lakisääteisiä palveluja säännellään omilla säännöksillä. Kuntien mahdollisuus ohjata palveluja ja saada ne yhteneviksi kuntalaisten kannalta on ollut ongelmallista¹⁰¹⁶. Tällöin törmätään samaan terminologiseen käsitteproblematiikkaan kuin ulkoistamiskäsitteen osalta, eli mitä järjestämismääräys kattaa oikeudellisesti ja sisältyykö siihen muuta näkökulmia kuin vastuu järjestämismuodosta, rahoituksesta ja palvelun riittävydestä.

Terveystieteiden järjestämismääräyksiin liittyvien säännösten avulla ei aina pystytä määrittelemään tarkasti toiminnan laajuutta tai sisältöä, jolloin järjestämismääräyksiin sisältö voi joiltain osin jäädä epäselväksi. Vaikka kunnat eroavat toisistaan monella tavalla, pitäisi kuntien pystyä järjestämään kuntalaisilleen yhdenvertaiset peruspalvelut¹⁰¹⁷. Oikeusasiamies on myös lausunnossaan kiinnittänyt huomioita terveystieteiden järjestämismääräyksiä koskevien säännösten tulkinnallisuuteen¹⁰¹⁸.

Peruspalvelut voivat vaarantua, ellei kunta ei saa esim. lääkärinvirkoja täytettyä ja kuntalaiset eivät saa terveystieteiden palveluja. Perustuslain 19.3 §:n mukaisesti kunnan turvattava riittävät palvelut kuntalaisilleen, jolloin palveluiden turvaaminen voi tapahtua myös ulkoistamisen kautta. Säännöksellä ei määritellä näiden palvelujen järjestämistapaa, vaan sillä veloitetaan kunta turvaamaan palvelujen saatavuus¹⁰¹⁹. Eri-tyislaeissa on myös vahvistettu järjestämismääräyksiä, kuten seuraava ratkaisu osoittaa:

Aluepelastuslaitos oli hankkinut palvelut ulkopuoliselta palveluntuottajalta. Nuohouspalvelun saannissa oli ollut puutteita. Apulaisoikeuskansleri sijainen (AOKS) totesi, että nuohoustoiminnan hankintaa ja sen valvontaan liittyvää vastuuta ei voida siirtää ja pelastuslaitos oli siitä vastuussa pelastuslain mukaisesti. Lisäksi AOKS painotti pelastuslaitoksen vastuuta pelastuslaissa mainitun nuohouksen järjestämismääräyksiin osalta.¹⁰²⁰

Jos kunta tai kuntayhtymä ei voi itse antaa hoitoa laissa mainituissa määrärajoissa, sen on hankittava kyseinen palvelu joltakin muulta palveluntuottajalta – vastuuta ei voida antaa pois. Toisaalta on huomattava, että järjestämistapa voi myös olla keskeinen perusoikeudellinen kysymys. Perustuslakivaliokunta on todennut, että ”palvelujen järjestämistapaan ja saatavuuteen vaikuttavat välillisesti myös muut perusoikeudet, kuten yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto sekä oikeus elämään, henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja turvallisuuteen”¹⁰²¹.

Oikeudellista punnintaa ei helpota tai ratkaise se, että tietyt toiminnot, kuten terveystieteiden avopalvelut, on ulkoistettu. Kunnalla on siinäkin tapauksessa järjestämismääräyksiin, joka voidaan myös tulkita siten, että kunnan talousarvion määrärahoista huolimatta kuntalaisilla on oikeus saada terveystieteiden palveluja lainsäädännössä

1016 Terveystieteenhuoltokomitean muistio 2008 s. 25, 90.

1017 HaVM 31/2006 s. 7.

1018 OA:n lausunto 31.10.2008, joka koski terveystieteenhuoltokomitean mietintöä.

1019 HE 309/1993 s. 71.

1020 AOKS:n päätös 506/1/06.

1021 PeVL 20/2004 s. 2.

mainittujen määräaikojen puitteissa¹⁰²². Yhtenä suuntauksena on etenkin peruspalveluiden ja subjektiivisten oikeuksien osalta se, että tuomioistuinten ja kanteluviranomaisten rooli palvelutuotannon sisällöllisenä määrittelijänä on kasvanut¹⁰²³. Tämä suuntaus ei ole kaikilta osin oikeudellisesta näkökulmasta toivottavaa, koska kunnan rooli ja vapaus palvelutuotannon osalta voivat entisestään kaventua. Samalla toiminta ohjautuu kuntalaisten näkökulmasta entistä enemmän repressiiviseen suuntaan, jossa eri palvelutuotannon suunnittelu, määrittely ja ohjaus eivät ole hallittua.

Jos järjestämistä vastuu tulkitaan suppeasti, voidaan kysyä, onko kehityssuuntana hivuttaa kunnan tosiasiallista järjestämistä vastuuta muille ylikunnallisille orgaaneille. Järjestämistä vastuun käsitteen sisällön täsmentäminen ja arvioiminen niin oikeudellisena velvoitteena kun taloudellisen resurssien sitovuuden ja rahoituksen osalta olisi tärkeää eri lainsäädännöllisten esitysten kohdalla, koska kunnan mahdollisuudet noudattaa olemassa olevaa säännöstöä ovat monelta osin heikentyneet.

Kehityssuunta näyttää olevan, että kunnat ovat vastuussa talouden tasapainottamisesta, vaikka palvelun tuottamisen lisäksi osa järjestämisestä siirtyisi ylikunnallisille elimille. Silloin kun ulkoistettua palvelua ostetaan tarkoituksella vähemmän kuin mitä terveyspalvelujen keskimääräinen käyttö on ollut, pitää palvelun järjestäjän toimivaltaisen toimielimen määrittellä, millä kriteereillä potilaita laitetaan tärkeysjärjestykseen, jotta perusoikeuksia tai hallinto-oikeuden yleisiä periaatteita ei loukata¹⁰²⁴. Jos palvelun tuottajalle ei ole annettu lainsäädännön edellyttämiä resursseja suoritua annetuista tehtävistä, on tuottajan velvollisuus pyytää tilaajalta eli kunnalta ohjeistusta resurssien kohdentamisesta priorisointitilanteissa. Tällöin ei ole enää kyse tosiasiallisesta hallintotoiminnasta vaan Kuntal 2 §:n mukaisesta julkisen hallintotehtävän hoitamiseen liittyvästä periaatteesta, jolloin järjestämistä vastuussa olevan tahon on otettava niihin kantaa. Tämä problematiikka tiivistyy esimerkiksi erikoisL 10.1 §:ään, jonka mukaan sairaanhoitopiirin kuntayhtymä vastaa säädetyn erikoissairaanhoidon järjestämisestä. Tällöin järjestämisen ja järjestämistä vastuun erottaminen hämärtyy juridisesti, koska itse toiminnan järjestäminen sekä muu vastuu ja rahoitus ovat eri orgaaneilla. Perustuslakivaliokunta on lausunnossa kuntayhtymän vastuusta todennut:

”Säännöksen sanamuoto on kuntien asukkaiden itsehallinnon ja kunnille kuuluvan terveyspalvelujen järjestämis- ja rahoitusvastuun näkökulmasta hankala. Kunnan on nimittäin erikoissairaanhoidon 3 §:n perusteella huolehdittava siitä, että kunnan asukkaat – ja kiireellisissä tapauksissa myös ne, joilla ei ole Suomessa kotipaikkaa – saavat laissa tarkoitetun tarpeellisen erikoissairaanhoidon. Esityksen tarkoituksena ei kuitenkaan ole säännellä kunnan ja kuntayhtymän välisiä vastuusuhteita tässä periaatteellisessa mielessä.”¹⁰²⁵

1022 Ks. Heuru 2008 s. 296 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008).

1023 Ryynänen 2008 s. 43.

1024 Esimerkiksi Kansanterveyslain 16.1 §:ssä on mainittu, että terveyskeskuksen lyhyt- tai pitkäaikais-hoidon sijoille on otettava sellaiset kuntalaiset, joiden sairauden laatu sekä tutkimuksen, hoidon ja lääkinnällisen kuntoutuksen tarve huomioon ottaen voidaan siellä tarkoituksenmukaisemmin hoitaa. Potilaslain 3.1 §:n mukaan kuntalaisella on oikeus terveydentilansa edellyttämään hoitoon.

1025 PeVL 20/2004 s. 3.

Mitkä mahdollisuudet kunnalle jää talouden tai toiminnan yhteensovittamiseen, jos kehityssuuntana on säädellä entistä yksityiskohtaisemmin erityislainsäädännöllä kunnan oikeudellista toimintavapautta? Kunnallisoikeudellisesta näkökulmasta liikutaan hyvin periaatteellisten kysymysten äärellä, kuten kunnan itsehallinnolliseen aseman laajuuden tulkinnassa. Jo sääntelyn valmisteluvaiheessa pitäisi pystyä tarkastelemaan kuntaan liittyviä oikeudellisia elementtejä ja niiden vaikutuksia laajempina kysymyksinä ja riippuvuussuhteina.

Järjestämismvastuu liittyy olennaisesti myös uuden terveydenhuoltolain valmisteluun. Käsite järjestämismvastuu tulisi terveydenhuoltolakiin, ja sillä tarkoitettaisiin terveydenhuoltolain luonnoksen mukaan¹⁰²⁶ samaa kuin nykyisin eli KuntaL 2.3 §:ssä tai KansanterveysL 5.2 §:ssä mainittujen tehtävien hoitamista. Järjestämismvastuun määritelmän oikeudellisesti ongelmaksi muodostuu se, että *samaa termiä voidaan käyttää eri tarkoituksissa*. Näin ei kohta voida enää olla varmoja, tarkoitetaanko sillä aina samaa kuin KuntaL 2.3 §:n tehtävillä vai pitäisikö sitä tulkita eri yhteyksissä suppeammin.

Ohjauksen ja valvonnan osalta perinteinen valtion laillisuusviranomaisten harjoittama valvonta kohdistuu jatkossa kuntien sijasta entistä suuremmassa määrin yksityisen sektorin tuottamiin palveluihin, joista kunnat ovat järjestämismvastuussa. Kunnat valvovat myös itse näitä toimijoita. Toisaalta järjestämismvastuun käsitteen laaja-alaisuus tuo monia näkökulmia tarkasteluun, vaikka sillä pystytään myös selkiyttämään kunnan roolia. Käsite kuvaa kuitenkin tietyllä tavalla palvelujen tuottamiseen ja hoitamiseen liittyviä velvollisuuksia ja oikeuksia, joita kullekin orgaanille muodostuu, kun palvelujen järjestäminen, tuottaminen ja hoitaminen ovat eri orgaaneilla.

Ongelmana on, että kunnan omaan henkilöstöön ja yksityisen orgaanin palvelun tuottavaan henkilöstöön liittyvät oikeudelliset velvoitteet ja tietyt rajoitukset voivat olla hieman erilaiset. Kunnan järjestämismvastuu sisältää virkavastuun, jota yksityisen orgaanin tuottamaan palveluun ei kuulu. Virkavastuu jakautuu rikosoikeudelliseen ja vahingonkorvausvastuuseen virheellisestä toiminnasta.

Järjestämismvelvollisuutta on myös katsottava kokonaisuutena. Esimerkiksi kuntien terveydenhuollon järjestämismvelvollisuudesta on säädetty kansanterveyslaissa (66/1972), erikoissairaanhoidolaissa (1069/1989) ja mielenterveyslaissa (1116/1990) sekä yksityisen palvelun tuottajien osalta laissa yksityisestä terveydenhuollosta (152/1994). Lisäksi lastensuojelulaissa (417/2007), laissa sosiaalihuollon ammatillisen henkilöstön kelpoisuudesta (272/2005), laissa sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista (812/2000), sosiaalihuoltolaissa (710/1982) ja päivähoidolaissa (36/1973) on säännöksiä, jotka koskevat sosiaali- terveyspalvelujen järjestämistä ja tuottamista.

Lainsäädännöllä on veloitettu kunnat järjestämään sosiaali- ja terveyspalveluja asukkailleen, mutta sääntely ei ota yksityiskohtaisesti kantaa toiminnan laajuuteen, sisältöön tai järjestämistapaan¹⁰²⁷. Järjestämismvastuu-käsitteen tulkinta tulee esille myös puitelain 5 §:n sanamuodosta, jonka mukaan tehtävien hoito eli järjestämismvastuu siirtyisi kunnilta yhteistoiminta-alueelle, jota voisi hoitaa kuntayhtymä. Täl-

1026 Ks. Terveydenhuoltolakityöryhmän muistio 2008 s. 111–114.

1027 HE 155/2006 s. 16. Palvelujen järjestämiseen liittyy myös mahdollisen kotikuntalain muutos. Esimerkiksi palveluasumisen paikkaa voi hakea toisesta kunnasta, jonka pitäisi järjestää kyseinen palvelu. Vrt. HE 206/2006 s. 8.

löin perusterveydenhuollossa järjestämisvastuu voitaisiin siirtää laajan väestöpohjan kuntayhtymille¹⁰²⁸. Perustuslakivaliokunta ei ole järjestämisvastuun siirtämisessä kuntayhtymille suuria ongelmia, koska sen mukaan kysymys on rajatusta tehtäväkokonaisuudesta¹⁰²⁹. Perusopetuslaissa on myös veloitettu että kuntien on järjestettävä perusopetusta ja esiopetusta kaikille kunnan alueella asuville oppivelvollisuusikäisille. Yksityiset perusopetuksen järjestäjien on saatava valtioneuvoston lupa koulutuksen järjestämiseen.¹⁰³⁰

Lisäksi puitelain 5 §:n momenteissa 2 ja 3 on käytetty samoja käsitteitä kuin kuntalaisissa ja kansanterveyslaissa. Käsitteet eivät kuitenkaan ole kovin selviä ja johdonmukaisia. Puitelain 5.3 §:ssä on mainittu, että ”kunnassa tai yhteistoiminta-alueella, joka huolehtii perusterveydenhuollosta – –.” Puitelain 5.2 §:ssä on mainittu, että ”kunnat voivat sopia, että yhteistoiminta-alueen tehtävät annetaan KuntaL 76.2 §:n mukaisesti alueen yhden kunnan hoidettavaksi – –.” Kyseiset kohdat vaativat kunnan järjestämisvastuun ja palvelun tuottamisen erottamista, jotta tehtävien hoitamis- ja huolehtimiskäsitteet avautuisivat.

Lainsäädännön muutosten mukaan kuntaa ei enää määritellä ainoaksi palvelun tuottajaksi¹⁰³¹. Kuntien ja TSS-oikeuksien tulkintaa eri palvelujen tuottamisvaihtoehtoisissa voidaan tarkastella ainakin kahdesta näkökulmasta: Ensimmäiseksi voidaan oikeudellisesta näkökulmasta täsmentää, mitä kunnalta vaaditaan hyvinvointipalvelujen järjestäjänä. Keskeistä on, miten palvelut tuotetaan kuntalaisille. Toisena näkökulmana on, miten kunta soveltaa perusoikeuksien säännöksiä ja valvoo palvelujen tuottajia¹⁰³². Jos kunta on ulkoistanut sosiaali- ja terveydenhuollon toimintoja, joihin kuntalaisilla on subjektiivinen oikeus, riittäväksi perusteeksi evätä kuntalaisilta tämä palvelu ei riitä se, ettei kunta ole varannut riittävästi resursseja ja määrärahaa veloitteiden hoitamiseksi¹⁰³³. Oikeudellisesti asia ei ole yksiselitteinen vaan hyvin tapauskohtainen. Tarvitaan tilannekohtaista punnintaa ja harkintaa, koska kunnan järjestämisvelvollisuus on erityislainsäädännöissä ilmaistu eri muodoissa ja jotkut säännökset voivat jättää hyvinkin paljon tulkinnanvaraa siitä, onko kuntalaisella subjektiivinen oikeus kyseiseen etuuteen.¹⁰³⁴

Oikeudelliseksi ongelmaksi järjestämisvastuun tulkinnallisuudessa voi muodostua kehityssuunta, jossa *rajapinnat hämärtyvät ja samalla taloudesta, tuottamistavoista ja ohjauksesta sopiminen siirtyy kunnasta muille elimille*, mutta kuitenkin välitön vastuu palveluista on myös edelleen kunnalla. Edellä olevaan nojaten voidaan kysyä, onko kunnan järjestämisvastuu enää oikea käsite kuvamaan kaikkea sitä toimintaa, josta kunta on vastuussa, vaikka tosiasiallisesti kunnalla ei ole välittömästi mahdollisuutta vaikuttaa palvelun järjestämiseen samassa laajuudessa kuin ennen. Järjestämisvastuu-kä-

1028 Ks. HaVM 31/2006, s. 12. Hallintovaliokunta on mietinnössään todennut, että järjestämisvastuun asettaminen yhteistoiminta-alueelle pohjautuu siihen, ”että menettelyllä varmistetaan vastuu palvelukokonaisuuksien muodostamisesta yhdelle toimielimelle tai oikeushenkilölle. Kuntakohtainen järjestämisvastuusta sopiminen ei tätä seikkaa varmista”. HaVM 31/2006 s. 12.

1029 Ks. PeVL 37/2006 s. 6–7.

1030 HE 155/2006 s. 19–20.

1031 Tuori 1998 s. 330.

1032 Heuru 2000a s. 336–337.

1033 Ks. HE 166/2008 s. 7.

1034 Tuori 2000b s. 243–244.

site onkin monelta osin täsmällisempi ja kompaktimpi *kuvamaan kunnan ja ei-julkisen orgaanin* välistä suhdetta palvelun tuottamisessa kuin kahden julkisoikeudellisen tahon järjestämis- ja tuottamisvastuun jakautumista. Järjestämisvastuun käsite mahdollistaa laajasti ulkoistukset mutta tuo samalla vaatimuksia ulkoistusten muotoon ja laajuuteen sekä valvontaan.

Ulkoistamisen eri muotoja arvioitaessa Kuntal. 2.3 §:n järjestämisvastuun asettamista rajoituksista ja vaatimuksista voidaan todeta, että kyseinen yleissääntö koski joiltakin osin kaikkia ulkoistamisen muotoja. Vahvimmin ja selkeimmin kuntalain niin kuin muiden erityissäännösten rajoitukset (sekä mahdollisuudet) tulivat ilmi kuntien lakisääteisten tehtävien hoitamisessa, mitä sovellettiin pääsääntöisesti kokonais- ja osa-alueen ulkoistuksissa. Osittaisulkoistukset ovat myös mahdollisia, mutta ne ovat epämääräisempiä ja niissä tulkittavaksi tulee palveluntuottajaorganin juridinen muoto.

4.3.3 Järjestämisen laajuus ja problematiikkaa

Perustuslain 121.1 §:ssä säädetään, että kuntien hallinnon tulee perustua kansalaisten itsehallintoon. Kuitenkin lainsäädännöllä on hyvin pitkälle määritelty, mitä palveluja kunnan on kuntalaisille annettava. Tätä periaatetta ovat TSS-oikeudet vahvistaneet kuntalaisten kannalta. Perustuslain 124 §:ssä mainitaan, milloin julkisen vallan tehtäviä on mahdollista antaa muiden kuin viranomaisten hoidettavaksi. Toisaalta samassa pykälässä ei vaadita, että kunnan pitäisi itse tuottaa palvelunsa. Perustuslain vaatimus yhdenvertaisista palveluista ja subjektiivisten oikeuksien lisääntyminen ovat aiheuttaneet haasteita palveluiden järjestämisessä. Perustuslakivaliokunta on todennut perusoikeusuudistusten yhteydessä, että uudistuksesta aiheutuvista tehtävistä ja velvoitteista on säädettävä lailla. Samalla valiokunta on todennut, että tehtävistä säädettäessä on myös huolehdittava siitä, että kunnilla olisi tosiasialliset mahdollisuudet suoriutua uusista tehtävistä ja velvoitteista.¹⁰³⁵

Jos kunnan itse tuottamista palveluista siirrytään ostopalveluihin, on kunnan valvontajärjestelmän oltava kunnossa. Vahvan markkinaperusteisen palvelujärjestelmän häirtana on paikallistasolla se, että se ei kannusta vapaaehtoisuuteen tai muuten yhteisölliseen toimintaan.¹⁰³⁶ Useissa palvelujentuottamisvaihtoehdoissa on kuitenkin perimmiltään kysymys kahden oikeushenkilön välisestä sopimuksesta¹⁰³⁷. Kunnallisten palvelujen järjestämisvelvollisuuteen liittyvät hyvin läheisesti myös rahoitus- ja kustannustenjakokysymykset. Järjestämisvastuuta koskevan lainsäädännön on nähty olevan vaikea ja moniulotteinen. Käsite ei ole auennut, jolloin velvoitteet ja vastuut sekä niiden toteuttaminen voivat jäädä hämäräksi puitelain tarkoittamilla yhteistointiminta-alueilla¹⁰³⁸.

Kunnallinen itsehallinto tarkoittaa myös sitä, että kunnalla on mahdollisuus päättää, tuottaako se tietyt palvelut itse vai onko vain palvelujen järjestäjän roolissa. Erityislacilla voidaan vaatia, että kunta hoitaa tietyt palvelut itse. Samoin erityislacilla tai asetuksilla on mahdollista kaventaa kunnan oikeutta ostaa tiettyjä palveluja ulko-

1035 Hidén 2001 s. 154; Ks. PeVM 25/1994.

1036 Johansson–Mattila 1993 s. 27.

1037 Vrt. SM:n julkaisu 9/2006 s. 38.

1038 VM:n julkaisu 11/2009 s. 104, 179.

puoliselta.

Tärkeimpänä kysymyksenä kuntien palvelujen järjestämisessä voidaan pitää peruspalveluja, jotka on lainsäädännöllä määrätty kunnan järjestettäväksi. Perustuslain 16 §:n ja 19 §:n peruspalveluilla tarkoitetaan taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä perusoikeuksia. Kunnalla on kuitenkin jonkin verran valtaa harkita, missä laajuudessa ja kuinka paljon resursseja palvelujen järjestämiseen varataan¹⁰³⁹. Kuitenkin mitä vaikeammaksi kunnan taloudellinen tilanne käy, sitä vähemmän kunnalle jää harkintavaltaa lakisääteisten palvelujen järjestämisessä. Tämä johtuu monesti siitä, että lainsäädäntö ei jouta kunnan taloudellisen tilanteen mukaan eikä tee eroja kuntalaisten oikeuksissa, olipa palvelun tuottajana kunta tai yksityinen taho¹⁰⁴⁰. Ongelmaksi kunnan uusissa palvelujen järjestämis- ja tuottamistavoissa tulee perinteisen toimintakulttuurin kehittämisen lisäksi ohjaus- ja valvontamekanismien uusiminen kunnallishallinnossa. Lainsäädäntö antaa mahdollisimman väljät puitteet erilaisten palvelujen järjestämiselle¹⁰⁴¹.

Esimerkiksi terveydenhuollon järjestämisvelvollisuutta koskeva lainsäädäntö on puitelainsäädäntöä. Sen ongelmana on, että vastuut on säädetty monesti niin yleisellä tasolla, ettei sen pohjalta voida tarkasti määritellä toiminnan laajuutta tai sisältöä¹⁰⁴². Sääntelyn kehitys on mennyt siihen, että pyritään entistä yksityiskohtaisemmin määrittelemään lainsäädännön yksityiskohtainen sisältö hoidon järjestettävyyden suhteen.

Myös lastensuojelun järjestämiseen ja kustannusvastuuseen liittyvät tulkinnat ovat lisääntyneet. Oikeuskäytännössä on niukasta vastauksia siihen, miten lastensuojelulain tarkoittaman huostaanoton ja sijaishuollon tarpeen syntyä pitäisi tulkita ja mitkä tekijät kyseiseen arviointiin vaikuttavat. Oikeuskäytännön mukaan lapsen sijoittaneen kunnan pitää ilmoittaa päätöksestään sijoittaa lapsi toiseen kuntaan¹⁰⁴³. Oikeuskäytäntö on kuitenkin tulkinnallista kuntien yhteistyön näkökulmasta esimerkiksi siinä, tarvitaanko palvelujen järjestämiseen lapsen oleskelukunnassa lapsen sijoittaneen kunnan suostumus. Tämä liittyy siihen, missä tilanteissa kunnalta voidaan periä lapsen palvelujen järjestämisestä aiheutuvia kustannuksia. Ongelmallisiksi ovat myös ilmenneet kuntien toiselle kunnalle korvaamien palvelujen ja tukitoimien sisältö, kuten lasten tarvitsemat terveydenhuollon palvelut.¹⁰⁴⁴

1039 Myllyntaus 2002 s. 12.

1040 Vuonna 2000 sosiaali- ja terveydenhuollon palvelutuotannon kustannukset olivat 11,5 miljardia euroa, josta yksityisen palvelutuotannon osuus oli 21 %. Kauppinen–Niskanen 2003 s. 18, 42. Viime vuosikymmenen aikana erityisesti terveyspalveluyritysten määrä on kasvanut voimakkaasti. Yritysten näkökulmasta uhkakuvia on olemassa, koska tarjouskilpailuun osallistuminen vaatii entistä suurempia yksiköitä mm. terveydenhuollon ja lääkäripalvelujen tarjoajilta. Tämä johtuu mm. teknologian kehittymisen myötä vaadittavista uusista investoinneista. Lainsäädännön detajlisointuminen tuo myös uusia haasteita, minkä lisäksi toimivien seuranta- ja ohjausjärjestelmien kehittäminen vaatii resursseja kunnilta.

1041 STVOL 4.1 §:ssä on mainittu, että kunta voi järjestää sosiaali- ja terveydenhuollon toiminnan itse tai sopimusperusteisesti toisten kuntien kanssa, liittymällä jäseneksi toimintaa harjoittavaan kuntainliittoon tai ostamalla palveluja valtiolta, kuntainliitolta, kunnilta tai yksityisiltä palvelujen tarjoajilta.

1042 HE 77/2004 s. 8.

1043 Ks. KHO 28.10.2004/2741.

1044 HE 252/2006 s. 10.

Palvelujen järjestämis- ja tuottamistavoissa keskeiseksi nousee, onko kuntalaisella subjektiivinen oikeus johonkin palveluun eli mikä on oikeussäännösten velvoittavuus. Jos subjektiivinen oikeus syntyy, voidaan edellyttää, että kyseisen oikeuden antaminen on säädetty yksiselitteisesti viranomaisen velvoitteeksi. Kunnallishallinnossa subjektiivisella velvoitteella tarkoitetaan, että kunnalle on asetettu tietty palvelunjärjestämisvelvoite. Tämä tarkoittaa sitä, että kuntalaisella on oikeus vaatia tiettyä palvelua kunnalta, kuten myös seuraava oikeustapaus osoittaa.¹⁰⁴⁵

*KHO 14.11.2007/2900. Kunnan sosiaalilautakunta ei ollut hyväksynyt hakemusta, jossa monivammaisen lapsen vanhemmat olivat hakeneet palveluasumisen järjestämistä kotiinsa. KHO hylkäsi sosiaalilautakunnan valituksen hallinto-oikeuden päätöksestä, jolla lautakunnan päätös oli kumottu. KHO katsoi, että palveluasumisen järjestäminen oli myös henkilökohtaista avustajaa käyttäen kunnan erityiseen järjestämisvelvollisuuden piiriin liittyvä palvelu, jolloin palveluasuminen voidaan järjestää vaikeavammaisen kotiin. Kunta ei voinut rajoittaa palvelua määrärahojen puutteen vuoksi. Tässä oikeustapauksessa painottuu myös kunnan järjestämisvelvollisuus ja oikeus ratkaista, miten palvelut järjestetään.*¹⁰⁴⁶

Palvelun antaminen ei riipu siitä, miten kunta on järjestänyt kyseisen palvelun. Subjektiivisen oikeuden määritelmä ainakin velvoittavuuden näkökulmasta on hieman vaihdellut esimerkiksi sen mukaan, voiko tiettyä palvelua pitää subjektiivisena oikeutena.¹⁰⁴⁷ Toisaalta voidaan puhua oikeusjärjestyksen normihierarkiasta eli ylemmän ja alemman normin määrännäissuhteesta, jolloin normi saa oikeudellisen pätevyytensä oikeusjärjestyksen normihierarkian ylemmältä tasolta. On kuitenkin huomattava, että oikeusnormien välinen suhde on delegaationsuhde eikä loogis-deduktiivinen, jolloin alempia normeja ei voida loogisesti johtaa suoraan ylemmästä.¹⁰⁴⁸

Oikeusnormien velvoittavuuden aste voi vaihdella palvelujen ulkoistamisissa esimerkiksi sen mukaan, kuinka säännelystä palvelusta on kyse. Toiseksi subjektiivisen laintulkinnan mukaan lainsäädäntöä on tulkittava lainsäätäjän tahdon mukaisesti. Kunnalla on vapaus miettiä eri palveluille erilaisia järjestämisvaihtoehtoja ja organisaattorista tuottamista, kunhan tarjotut palvelut ovat sopivat ja riittävät.¹⁰⁴⁹ Vaikka kunta olisi ulkoistanut palvelunsa ja palvelun tuottajana on yritys, kunnan täytyy palvelun järjestäjänä noudattaa eri oikeussäännöstöä hallinnollisen sääntelyn piiriin liittyvässä päätöksenteossa ja julkisen vallan käytössä¹⁰⁵⁰.

Lainsäädännöllä pyritään löytämään menetelmiä, joilla voitaisiin säännellä toimintoja ja palveluja niin, että jätetään varaa joustavuudelle ja erilaisille palveluratkaisuille. Oikeussäännösten joustavoittaminen on aiheuttanut sen, ettei aina tarvita määrittelyä palvelutasosta ja laadusta.¹⁰⁵¹ Etenkin sosiaali- ja terveydenhuollossa ostopalvelujen li-

1045 Ks. Bruun–Mäenpää–Tuori 1995 s. 39–40.

1046 Ks. tarkemmin L vammaisuuden perusteella järjestetävistä palveluista ja tukitoimista (380/1987).

1047 Heuru 1987 s. 82. Ks. Merikoski 1968 s. 80–81.

1048 Laakso 1990 s. 4–5; Kulla 2003 s. 69–89.

1049 Laakso 1990 s. 112.

1050 Ks. Mäenpää 1997a s. 166–167.

1051 Rasinmäki 1997 s. 59. Samalla tueksi on tullut enemmän erilaisia suosituksia, kuten ikäihmisten palvelujen laatusuosituksia. Ks. STM:n suositus 2008:3.

sääntyminen on johtanut siihen, että oikeudellisesti ei ole aina kovinkaan yksiselitteistä, mikä on jonkin palvelun oikea taso. Tämä johtuu osittain yksiselitteisten standardien puuttumisesta. Toisaalta sitovien säännösten puuttuminen voi olla mahdollisuus järjestää erilaista palvelua eri tavalla kustannustehokkaasti, jolloin kuntalaisten näkökulmasta lopputulos on ratkaiseva. Toisaalta on pystyttävä erottelemaan sitovien ja ei-sitovien säännösten rooli ja merkitys kokonaisuuden kannalta. Lain vähimmäisvaatimukset olisi pystyttävä aina täyttämään, mutta suositusten täyttäminen ei vielä takaa kuntalaisten kannalta laadukasta palvelua.

Siirtyminen peruskoulujärjestelmään aiheutti sen, että yksityisiä kouluja alettiin kunnallistaa, eikä peruskoulutuksesta ole enää käyty samanlaista keskustelua kuin toisen asteen koulutuksesta. Perusopetuslaista käy ilmi, että opetuksen järjestäjältä vaadittavat edellytykset on asetettu monelta osin tiukemmiksi kuin mitä muilta palveluntuottajilta edellytetään. Muulla organisaationa kuin kunnalla on näin hyvin rajoitetut mahdollisuudet lähteä järjestämään perusopetusta. Esimerkiksi ammatillisen opetuksen ulkoistamisessa törmätään oikeudellisesti samaan problematiikkaan kuin muiden kuntayhtymien osalta. Kunnan mahdollisuutta ulkoistaa sen järjestämisvastuulle kuuluvaa opetusta rajoittavat julkisen vallan käyttöön liittyvät tehtävät, joita ei aina pystytä helposti rajaamaan¹⁰⁵².

Perusopetuksen järjestämiselle ja tuottamiselle on asetettu Suomessa hyvin tarkkoja vaatimuksia ja rajoituksia. Perustuslain 16 §:ssä on todettu sivistyksellisistä oikeuksista seuraavasti:

”Jokaisella on oikeus maksuttomaan perusopetukseen. Oppivelvollisuudesta säädetään lailla. Julkisen vallan on turvattava, sen mukaan kun lailla tarkemmin säädetään, jokaiselle yhtäläinen mahdollisuus saada kykyjensä ja erityisten tarpeiden mukaisesti myös muuta kuin perusopetusta sekä kehittää itseään varattomuuden sitä estämättä.”

Perustuslain 123.2 § mahdollistaa tietyin rajoituksin yksityisten oppilaitosten toiminnan¹⁰⁵³. Säännös luo puitteet yksityisille oppilaitoksille, joista säädetään yksityiskohtaisemmin koulutustason sääntelyn yhteydessä. Perusopetuksen saaminen ei ole ainoastaan lakisääteinen palvelu vaan myös subjektiivinen oikeus. Velvollisuus järjestää maksutonta perusopetukseen on säädetty kunnille. Esimerkiksi perusopetuslain 4 §:n (628/1998) mukaan kunta on velvollinen järjestämään sen alueella asuville oppivelvollisuusikäisille perusopetusta ja esiopetusta.

Hallituksen esityksessä todetaan, että yksityinen koulutuksen järjestäjä tarvitsee myös jatkossa luvan perusopetuslain mukaisen opetuksen järjestämiseen. Yksi muutos oli, että lupa myönnettäisiin opetuksen järjestämiseen (ennen uudistusta luvan sai oppilaitoksen perustamiseen).¹⁰⁵⁴ Koulutusta koskevan lainsäädännön yksi keskeinen kohta on, miten kunta voi järjestää opetusta ja koulutusta. Hallituksen esityksessä koulutusta koskevaksi lainsäädännöksi todetaan:

1052 Ks. PeVL 70/2002; PeVL 74/2002.

1053 HE 1/1998 s. 178. HE 86/1997 s. 1.

1054 HE 86/1997 s. 37–39. Ks. Perusopetusta antavia yksityisiä kouluja koskevan sääntelyn uudistaminen.

”Lukiolakiin, ammatillisesta koulutuksesta annettavaan lakiin, ammatillisesta aikuiskoulutuksesta annettavaan lakiin ja taiteen perusopetuksesta annettavaan lakiin ehdotetaan otettaviksi säännökset koulutuksen järjestäjän mahdollisuudesta hankkia koulutuspalvelut osittain muilta koulutuksen järjestäjiltä taikka myös muilta kuin koulutuksen järjestämisluvan saaneilta yhteisöiltä tai säätiöiltä. Koulutuksen järjestäjä vastaa, että sen hankkimat palvelut järjestetään lainsäädännön edellyttämällä tavalla.”¹⁰⁵⁵

Vanha oppilaitosmuotoihin pohjautuva lainsäädäntö nähtiin runsaaksi ja hajanaiseksi, ja se korvattiin suppeammalla ja keskitetyimmällä lainsäädännöllä. Samalla koulutuksen järjestäjien toimivaltaa päättää koulutuksen järjestämistavoista lisättiin merkittävästi.¹⁰⁵⁶

Monesti pienimuotoinen ulkoistaminen alkaa tukipalveluista. Poikkeuksia on tosin esimerkiksi sosiaali- ja terveyspalveluissa. Yhtiöittäminen tuo myös henkilöstön siirron osalta oikeudellisia tulkintoja, silloin kun kunnallinen palvelu annetaan kunnan osakeyhtiön hoidettavaksi tai ulkopuoliselle, etenkin jos kysymyksessä on liikkeen luovutus. Ongelmia voi syntyä siirtyvän henkilöstön työehtosopimuskysymyksissä, jos kyseessä ei ole liikkeen luovutus¹⁰⁵⁷. Voidaan kysyä, heikentyykö kuntalaisten asema tai oikeusturva silloin, kun kunta tilaa palveluita yksityiseltä organilta. Lisäksi tiettyjen toimintojen ja osa-alueiden ulkoistamisessa, kuten perinnän tai vanhusten palveluasumisen osalta, voi yllätyksiä aiheuttaa se, että kuntalaisten oikeusturva voi olla erilainen sen mukaan, tuottaako palvelun kunta tai yksityinen. Kyseisten esimerkkien näkökulmasta KuntaL 2.1 §:stä heijastuu kunnille ominainen dualistinen tehtäväkäsitys kuntien vapaaehtoisten tehtävien ja lakisääteisten osoitettujen tehtävien osalta, mikä jäsentee myös järjestämisvelvollisuutta.

Useissa kunnissa myös perintätoimi on ulkoistettu. Perintäasioiden ulkoistuksien ongelmaksi voi tulla tilanne, jossa perintätoimisto perii asiakkaaltaan perusteettomia perintäkuluja, koska tällöin kuluttajasuojavalituslautakunta ei voi ottaa kyseistä asiaa käsiteltäväkseen¹⁰⁵⁸. Oikeudellista problematiikkaa kuvastaa hyvin myös julkisuudessa ollut tapaus siitä, onko yksityisillä pysäköintivalvontayhtiöillä oikeus sakottaa autoilijoita, jos kunta on ulkoistanut pysäköintivalvonnan. Kunnallinen pysäköinninvalvonta oli kieltäytynyt suorittamasta valvontaa yksityisellä kiinteistöllä, koska kiinteistö oli tehnyt sopimuksen pysäköinninvalvonnasta yksityisen pysäköinninvalvontaa harjoittavan yrityksen kanssa. Apulaisoikeuskansleri on todennut vastaavanlaisesta tapauksesta:

Perustuslain 2.3 §:n julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin ja kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia. ”Laissa ei ole säännöstä, jonka nojalla kunnallinen pysäköinninvalvoja voisi kieltäytyä suorittamasta valvontatehtäväänsä vain sillä perusteella, että yksityisen kiinteistön haltija on tehnyt sopimuksen pysäköinninvalvonnasta pysäköinninvalvontaa suorittavan yhtiön tai jonkun muun tahon,

1055 HE 86/1997 s. 1.

1056 HaVL 8/1998 s. 1. Esimerkiksi Ruotsissa koulujen ulkoistaminen on mahdollista, ja oppimistuloksista sekä kustannuksista on siellä saatu hyviä kokemuksia. Martikainen 2009 s. 57.

1057 Heikkinen ym. 1996 s. 74.

1058 Kaakkola–Peltonen 2006 s. 22.

esimerkiksi vartiointiliikkeen tai talonmiehen kanssa. Kunnan toimittamassa selvityksessä ei ollut hyväksyttävää perustetta sille, että kunnallinen pysäköinninvalvonta oli kieltäytynyt valvontatehtävänsä suorittamisesta kiinteistön edustajana toimineen kantelijan pyynnöstä.¹⁰⁵⁹

Edellinen ja seuraava esimerkki kuvastaa hyvin sitä ongelmakenttää, johon joudutaan silloin, kun kunnat ulkoistavat toimintojaan uusille osa-alueille ja säännökset eivät anna yksiselitteistä vastausta siihen, missä määrin kunnat voivat siirtää tiettyjä valvontatehtäviä ja niihin liittyvien maksujen perintää yksityisille orgaaneille. Seuraavassa KKO:n tapauksessa oli kysymys siitä, oliko auton pysäköimisellä alueelle syntynyt pysäköinnin valvontaa alueella harjoittaneen yhtiön ja alueelle pysäköineen auton kuljettajan sopimusta, joka velvoittaa suorittamaan virheellisen pysäköinnin valvontamaksun. Toiseksi kysymyksessä oli arvioitava onko valvontamaksun antaminen mahdollista yksityisen yrityksen toimesta vai sisältyykö siihen viranomaiselle kuuluvaa julkisen vallan käyttöä. Alemmat oikeusasteet olivat kyseisessä tapauksessa tulkinneet rangaistusluonteisen toimenpiteen antamisen yksityiselle orgaanille julkisen vallan käyttönä.

KKO 2010:23. HO totesi päätöksessään, että ”perustuslaissa turvattuun omaisuuden suojaan ja sopimusvapauteen ei kuulunut rangaistusluonteisten toimenpiteiden salliminen yksityiselle taholle ilman nimenomaista lain säännöstä. Valvontamaksun antaminen rangaistusluonteisena toimintana oli laissa säänneltyä viranomaiselle kuuluvaa julkisen vallan käyttöä”. HO yhtyi näin käräjäoikeuden tuomion lopputulokseen.

KKO:n perusteluissa todetaan, että arvioitavana on, onko auton pysäköimisellä kiinteistöyhtiön piha-alueelle syntynyt osapuolten välille opastetaulun ehtojen mukainen pysäköimistä koskeva sopimus, mihin sisältyy virheellisen pysäköinnin osalta valvontamaksu. Periessään kyseiseen sopimukseen pohjautuvaa valvontamaksua kiinteistön omistaja tai haltija ei käytä viranomaiselle kuuluvaa toimivaltaa. Tapauksessa on keskeistä, onko yksityisten välille syntynyt pysäköintiä yksityisellä alueella koskeva sopimus ja oliko sopimusta rikottu.

KKO päätyi – toisin kuin alemmat oikeusasteet – seuraavaan: ” – kun poliisilla ja kunnallisella pysäköinninvalvojalla on toimivalta määrätä pysäköintivirhemaksu virheellisestä pysäköinnistä yksityisellä alueella, sopimukseen perustuvan valvontamaksun sitovuus voi johtaa siihen, että samasta virheellisestä pysäköinnistä määrätään yhtäältä pysäköintivirhemaksusta annetun lain mukainen pysäköintivirhemaksu ja toisaalta sopimukseen perustuva valvontamaksu. Laissa ei kuitenkaan ole asetettu estettä sille, että yksityisoikeudellista sopimukseen perustuvaa seuraamusjärjestelmää käytetään rinnakkaisena täydentämään julkisoikeudellista seuraamusjärjestelmää, eikä valvontamaksua voida pitää lainvastaisena sillä perusteella, että samasta virheellisestä pysäköinnistä voidaan määrätä pysäköintivirhemaksusta annetun lain mukainen pysäköintivirhemaksu.” KKO:n päätös oli äänestystulos, ja päätöstä oli perusteltu myös sillä, että valvontamaksua ei peritä julkisyhteisöltä eikä sitä voida laittaa suoraan ulosottoon ilman tuomioita.¹⁰⁶⁰

1059 AOK:n päätös 30.9.2009 koski kunnallisen pysäköinninvalvonnan toimintaa.

1060 Vrt. L pysäköintivirhemaksusta (248/1970) 1–5 §:t, joissa mainitaan pysäköintivirhemaksun määräämisestä ja valvomisesta sekä huolehtimisesta.

Ohjaavatko yksittäiset säännökset kuntien toimintaa oikeasti oikeaan suuntaan palvelujen järjestämisessä, sisältöä unohtamatta, vai tuleeko eriarvoisuus palvelujen tuottamisessa vain lisääntymään¹⁰⁶¹? Tähän asti lainsäädännön kehitys on pikemminkin mahdollistanut kuntia hakemaan aktiivisesti erilaisia palveluntuotantotapoja, mutta vaarana voi olla, että kasvava regulaatio pakottaa jo itsessään kuntia hakemaan vahvempia yksiköitä. Jos kunnat muuttuvat entistä voimakkaammin tilaajayksiköiksi, joudutaan miettimään kunnalliselle demokratiamuodolle uusia toimintatapoja, jotta perinteinen kunnalliskulttuuri ja markkinaperusteisempi tilaajakulttuuri eivät joutuisi kollision. Samalla kunnanvaltuuston on kunnan ylimpänä elimenä pidettävä huolta, että kunta tarjoaa kuntalaisilleen ja palvelun käyttäjille mahdollisuuden osallistua ja vaikuttaa kunnan toimintaan.

Kuntalaisia on monia kohtia, jotka ainakin välillisesti rajoittavat tai mahdollistavat ulkoistamisen. Säännöksen sanamuoto on ratkaiseva, jolloin päästään analysoimaan sen välitöntä tai välillistä merkitystä ulkoistamisen kannalta. Esimerkkeinä voidaan mainita KuntaL 1.3 §, jonka sanamuoto oli tavoitteellinen, ja KuntaL 2.3 §, jonka sanamuoto oli konkreettisempi – ulkoistamiset mahdollistava. KuntaL 65.3 §:n mukainen vaatimus talouden tasapainottamisesta voi vauhdittaa ulkoistamismuotojen selvittämistä ja vertailua. Alijäämän kattamisen lisäksi optimaalisten palveluntuotantokokojen hakemista vauhdittaa KuntaL 65.3 §:n säännös. Toiseksi kunnat joutuvat arviomaan, missä tilanteissa on kokonaistaloudellista keskittää tietyt palvelut entistä suurempiin yksiköihin ja tuottaa ne omana tai ulkoistettuna toimintana¹⁰⁶². Oikeudellisesti on myös merkityksellistä, millaisiin yksiköihin toiminta keskittyy, koska kansallisella tasolla suuremmissa yksiköissä joudutaan soveltamaan osin eri säännöksiä kuin pienissä. Toiseksi KuntaL 65.3 §:n voidaan nähdä mahdollistavan eri vaihtoehtojen hakemista etenkin silloin, kun oman toiminnan tuottavuutta ei saada vaikeissa taloustilanteissa parannettua.

Terveysdenhuollossa tuotettujen palvelujen kasvu on ollut rajua niin julkisella kuin yksityisellä sektorilla. Tähän on vaikuttanut osaltaan myös lainsäädännöllisten velvoitteiden lisääntyminen, kuten hoitotakuulainsäädäntö.¹⁰⁶³ Esimerkiksi kansanterveysasetuksen 6 § esti kuntia käyttämästä ostopalveluja, koska kunnat olisivat voineet menettää valtionosuuksia. Kansanterveyslain ja valtionosuusudistusten yhteydessä on poistettu ostopalveluiden lainsäädännöllisiä esteitä.¹⁰⁶⁴ Kunnan järjestämistä vastuun lisäksi kuntalaisilla on subjektiivinen oikeus tiettyihin sosiaali- ja terveyspalveluihin, oli kunnalla määrärahaa tai ei. Oikeuskäytäntöä ja terveydenhuoltoa valvovat viranomaiset

1061 Toisaalta valtio on jo vuonna 1994 ottanut esille kuntien taloudellisen tilanteen eli ns. kriisikuntalain. Lain yhtenä tarkoituksena oli ottaa taloudellista tukea saanut kunta tehostettuun valtion valvontaan. Tämä määräaikainen laki säädettiin perustuslain säätämisjärjestyksessä, koska se oli ristiriidassa kunnallisen itsehallinnon nauttiman perustuslain suojan kanssa. PeVL 9/1994; Ks. Rynnänen 2004 s. 89.

1062 Vrt. Rajala–Tammi–Meklin 2008 s. 15.

1063 Fredriksson–Martikainen 2006b s. 31. Terveysdenhuollon tuotoksesta vuonna 2005 oli 77,4 % kuntien ja kuntayhtymien, kun yksityinen toimintaosuus oli 23,6 %. Hammashoidossa yksityisen palvelun osuus on melkein 60 % eli suurempi kuin julkisen hammashoidon osuus. Toisena mielenkiintoisena kehitystrendinä on, että yksityisten terveyspalvelujen prosentuaalinen kasvu on ollut nopeampaa kuin julkisten terveyspalveluiden. Fredriksson–Martikainen 2006b s. 31.

1064 KM 1989:56 s. 2–3.

ovat lähteneet siitä, että kunnan on mitoitettava määrärahansa esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuollon alalla niin, että järjestämismäärä toteutuu¹⁰⁶⁵. Yksityiseen hoitoon ha-
keutumista ja kunnan järjestämismäärästä on käsitelty seuraavassa oikeustapauksessa:

KHO:2002:21. Kaupunki oli joutunut korvamaan kiireellistä leikkausta vaativan sepevaltimotaudin, joka oli tehty siitä huolimatta, että järjestämismäärästä oleva kotikunta ei sitä ollut järjestänyt. Järjestämismäärästä ei voitu kuitenkaan ratkaista pelkästään STVOL 4.4 §:n mukaan, koska kyseinen säännös on tarkoitettu sääntelemään vain kunnan ja palvelun tuottajan välistä suhdetta.¹⁰⁶⁶

Kyseinen KHO:n tapaus vahvistaa, että järjestämismäärä voi olla hyvinkin ongelmallinen eri tilanteissa eri osapuolten vastuun ja rahoituksen osalta. Kuntien tehtävänä on järjestää kuntalaisilleen tiettyjä sosiaali- ja terveyspalveluja, kuten perusterveydenhuolto, asumispalvelut ja päivähoiton palvelut, vaikka tuottajana voi olla jokin muu orgaani. Kunnan ollessa tilaajana ei sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottajiin sovelleta kuluttajasuojalainsäädännön säännöksiä.

Ratkaisemattomat strategiset linjaukset ja muut rooliepäselvyydet niukkojen resurssien kanssa johtavat yleensä siihen, että asiat oikeudellistuvat vahvasti. Tällöin voi pahimmassa tapauksessa käydä niin, että demokraattinen ja operatiivinen tilaajaohjaus eivät toimi vaan yksityinen palveluntuottaja voi joutua miettimään asioita, jotka kuuluvat kunnan järjestämismäärään piiriin. Palvelurakenteen strategiselle kehittämiselle on asetettava mitattavissa olevat laadulliset ja määrälliset tavoitteet ja ohjeet siitä, miten toimenpiteet saavutetaan sekä miten niiden objektiivinen arviointi tapahtuu. Jotta eri palvelujen tuottamismuotoja voitaisiin vertailla, tarvitaan kokonaisvaltaisen arvioinnin lisäksi myös yksilötasoisista arviointia¹⁰⁶⁷. Mittava palvelutarpeen arviointi antaa kunnalle esimerkiksi sosiaalipalveluiden osalta mahdollisuuden tarkastella, miten SosiaalihuoltoL 5.2 §:n viittaama STVOL 4 §:n järjestämismäärä toteutuu tai noudatetaanko muita suosituksia tai ohjeita riittävästi.

Yksistään oikeustieteen keinoin ei voida antaa yleispätevää vastausta siihen, miten kunnissa palvelut pitäisi oikeudellisesta tai toiminnallisesta näkökulmasta järjestää. Asiaan vaikuttavat kunnan tilanne, kunnan mahdollisuudet käyttää eri palvelunjärjestämistapoja sekä kyseiseen toimialaan ja tilanteeseen liittyvät säännökset – sisältö ja sitovuus vaihtelevat myös organimuodon mukaan. Joissakin erikoistapauksissa asiat voivat vaihdella tapauskohtaisesti niin paljon, että se mikä olisi toiselle kunnalle tarkoituksenmukaista tietyssä tapauksessa, ei välttämättä ole sitä toiselle. Ainoastaan tietyt oikeudelliset periaatteet ja rajoitteet antavat aina samanlaisissa ulkoistamistilanteissa tietyn kehyksen ja lähtökohdan. KuntaL 2.3 §:n mukainen järjestämismäärä on myös monelta osin laajentunut erityislainsäädännön lisääntymisen myötä.

1065 Ks. EAO:n päätös 15.11.2002 488/4/00. Oikeudellisesti asia on kuitenkin moniulotteisempi. Kunta ei monessakaan tilanteessa voi evätä sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja sillä perusteella, että kunta ei ole varannut määrärahaa, vaan palvelun tarvekartoituksen ja harkinnan on tapahduttava yksilöllisesti.

1066 Vrt. edellä luku 4.3.2.

1067 Ks. STM:n suositus 2008:3 s. 26–27.

4.3.4 KuntaL 2.1 §:n toimialajaottelun tarkoitus ja tarpeellisuus ulkoistamisissa

4.3.4.1 Kunnan toimialan jakautuminen

Kunnan yleisen ja erityisen toimialan käsite on ollut usein esillä, koska se määrittää, mitä tehtäviä kunnan tulee hoitaa ja mitä kunta voi ottaa hoidettavakseen. Yleisen toimialan on oltava mahdollisimman joustava, ja käsitteen tulkinta jäi oikeuskäytännön määriteltäväksi, kun taas erityinen toimiala eli 1980-luvulla voimakasta kasvua¹⁰⁶⁸. Kunnissa yleisen toimialan rooli on välillä laajentunut erityistoimialaan verrattuna, kun taas etenkin vuosituhanen vaihteen jälkeen sääntelyn kasvu on supistanut kuntien yleistä toimialaa. Yleisen toimialan laajentuessa on sitä määritelty esimerkiksi seuraavien periaatteiden kautta: kunnallishallinnon toissijaisuus, harkintavaltaa rajoittavat periaatteet ja perusteiden käyttäminen, taloudellisuusaspektien huomioiminen sekä yksityisoikeudellisten yhteisöjen yhteistoiminta¹⁰⁶⁹. Nykyisessä KuntaL 2 §:ssä (365/1995) on säädetty kunnan toimialasta yleisesti samoin kuin edellisessä kuntalaissa (953/1976).

Taustoitettaessa toimialakäsitettä ei voida olla sivuuttamatta Kuuskosken määritelmää, vaikka se on vuosikymmenien aikana jalostunut. Kuuskosken mukaan yleisessä ja erityisessä toimialassa on kysymys kunnan omasta tehtäväpiiristä, vaikka erityistoimiala muodostuukin lailla kunnille säädetystä tehtävistä. Erityistoimialalla valtion valvonta on yleistä valvontaa tiukempaa. Valtion viranomaisilla on mahdollisuus velvoittaa kunnallinen viranomainen toimimaan ja antamaan ohjeet siitä, miten tietty tehtävä on suoritettava. Yleisellä toimialalla valtion valvonta rajoittuu ainoastaan laillisuusvalvontaan.¹⁰⁷⁰

Yleisen ja erityisen toimialan säännöksiä ei voida verrata kaikilta osin eri aikakausien tulkintoihin, koska kunnille kuuluvien tehtävien määrittely ja tulkinta on voinut vaihdella eri vuosikymmeninä. Lainvalmistelussa tavoitteena on ollut, että toimialan määrääntymisessä huomioidaan myös yhteiskunnallinen kehitys¹⁰⁷¹. Palveluja järjestäessään kunta tasapainoilee yleisen ja erityisen toimialan välillä. Vaikka kuntien liikkumavara on monissa yleisen toimialaan liittyvissä asioissa lisääntynyt, tapahtuvat kuitenkin kuntalaisten perusoikeuksien kannalta tärkeät palvelujen ostot erityisellä toimialalla. KuntaL 2.1 §:ssä on kunnallisen itsehallinnon yksi avainlauseke:

”Kunta hoitaa itsehallintonsa nojalla itselleen ottamansa ja sille laissa säädettyt tehtävät. Kunnille ei saa antaa uusia tehtäviä tai velvollisuuksia taikka ottaa pois tehtäviä tai oikeuksia muuten kuin säätämällä siitä lailla.”

Kunnan yleisen ja erityisen toimialan käsite on viime vuosikymmenien aikana muuttunut ja väljentyneet. Kuntakentässä tapahtuvat muutokset ovat pysyneet yleisen toimialan määrittelyn sisäpuolella, ja sen puitteissa kunnilla on erittäin laajat mahdollisuudet

1068 Merikoski–Vilkkonen 1982 s. 170–171.

1069 Rynnänen 1988 s. 27–28.

1070 Kuuskoski 1949 s. 5.

1071 HE 192/1994 s. 21, 23. Vrt. Harjula–Prättälä 2007 s. 107.

harkita, miten hoitaa tai tarjota tiettyjä palveluja¹⁰⁷². Käsitteellisesti yleisen ja erityisen toimialan tehtävien erittely on jäänyt taustalle, ja se on ainakin osittain korvattu muilla oikeudellisilla ja toiminnallisilla käsitteillä.

Kunnan toimialan käsitettä ei kuitenkaan voida sivuuttaa ulkoistamista koskevassa tutkimuksessa, koska yleiseen toimialan ja erityistoimialan kautta voidaan tarkastella, millaisia yleisiä vaatimuksia eri toimialoille on asetettu, kun toimintoja ulkoistetaan¹⁰⁷³. Ulkoistamiseen liittyviä vaatimuksia ja rajoja ei pystytä ottamaan haltuun pelkästään kuntalakia tulkitsemalla, vaan tarkastelun kohde on viime vuosikymmeninä entistä laajentunut. KuntaL 2 §:n perussäännöksen lisäksi on huomioitava, mikä perusoikeuksien, hallintolain, kilpailu- ja hankintasäännösten sekä erityislainsäädännön sisältö on kyseisessä tilanteessa. Kunnan toimialalla ja tehtäväpiirillä tarkoitetaan yhtäläisesti kunnan tehtävien kokonaisuutta¹⁰⁷⁴.

Jaotteleamalla kunnan tehtävät yleisen ja erityistoimialan mukaisesti tehtäviin saadaan aikaan jonkinlaista rajanvetoa siihen, millaiset mahdollisuudet kunnalla on ulkoistaa toimintojaan ja miten ne ovat jaoteltavissa. Melkein mikä tahansa yleiseen toimialaan liittyvä tehtävä voidaan siirtää yksityisen sektorin hoidettavaksi. Sen sijaan kunnan mahdollisuudet siirtää erityistoimialan mukaisia tehtäviä ulkopuolisen hoidettavaksi ovat paljon rajoitetummat.

Pelkästään kuntalakia tarkasteltaessa ei voida yksityiskohtaisesti yksilöidä, mitä kunta voi ulkoistaa ja millä ehdoilla. Ulkoistamista rajoittavaa lainsäädäntöä löytyy useista laeista. Perustuslain 19 §:ssä ja KuntaL 2.3 §:ssä on mainittu, että ”kunta hoitaa sille laissa säädetty tehtävät itse tai yhteistoiminnassa muiden kuntien kanssa”¹⁰⁷⁵. KuntaL 2.3 §:n loppuosa tarkentaa, että kunta voi hankkia tehtävien hoidon edellyttämiä palveluja myös muilta palvelujen tuottajilta¹⁰⁷⁶. Useissa erityislainsäädännön kohdissa on samoin periaattein jätetty kunnille vapaus päättää, miten se palvelut tuottaa.

Kunnilla on yleisen ja erityisen toimialan puitteissa mahdollisuus tehdä laajaa yhteistyötä kuntayhtymien ja erikoissairaanhoidopiirien kanssa. Kuntalaki on monessa tilanteessa toissijainen muuhun, kuten terveydenhuollon, lainsäädäntöön nähden, mutta yhteistoimintaa koskevissa asioissa kuntalain säännökset ovat ensisijaisia.

Ulkoistaminen on lainsäädännöllisesti vapaampaa ja enemmän mahdollista kunnan yleisen toimialan puitteissa, koska silloin kunnan ei ole mahdollista käyttää julkista valtaa kuten erityistoimialalla.¹⁰⁷⁷ Kunnan toimialasäännökset rajoittavat myös kunnan mahdollisuuksia hinnoitella osittaisulkoistuksessa ostettavia palveluja.

1072 Ks. lisää Harjula–Prättälä 2004 s. 97–101; Heuru 2008 s. 224 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryyänen 2008).

1073 Vrt. Hannus 1981 s. 68; Kuuskoski 1949 s. 41.

1074 Heuru 2000a s. 58.

1075 Hallituksen perusoikeusuudistusta käsittelevässä esityksessä on todettu, että julkisen vallan on turvattava palvelujen saatavuus. Kyseisessä säännöksessä ei kuitenkaan ole määritelty, miten kyseiset palvelut voidaan tuottaa. Ks. Tuori 2000b s. 234.

1076 Ruotsin lainsäädännössä kunnan laillisella monopolilla tarkoitetaan sitä, että kunnalla on oikeus tuottaa tietyntyylisiä palveluja. Ruotsin kunnallislaissa on mainittu tietyntyyliset periaatteelliset tavoitteet kunnallishallinnolle. SOU 1991:28 s. 331–333.

1077 Suviranta 2006b s. 58–60. Erityistoimialaan, kuten sosiaali- ja terveydenhuoltoon, liittyviä tehtäviä on erityisesti säädelty niissä asioissa, joita kunta palvelun järjestäjänä on velvollinen noudattamaan.

Palvelujen ostaminen selvästi markkinahintaa suurempaan arvoon ei kuuluisi kunnan toimialan piiriin¹⁰⁷⁸.

Ulkoistamisen eri muotojen lisääntyminen on lisännyt myös kunnan juridisia rooleja, koska kunnan on mahdollista olla eri orgaaneissa esimerkiksi omistajana tai sijoittajana. Toimialaoppeja on monelta osin vaikeaa soveltaa suoraan, koska ulkoistusten eri muotojen lisäksi kuntien intressit voivat vaihdella hyvinkin suuresti tai ne voivat olla moninaisia, kuten tiettyjen palvelujen turvaaminen, elinkeinotoiminnan edistäminen ja kustannustehokkuuden lisääminen. KuntaL 2 § ei suoranaisesti kerro, kuinka pitkälle kunta voisi mennä omistus- tai sijoitustoiminnassa, mikä viime kädessä määräytyy KHO:n tulkinnan myötä. Hallituksen esityksessä on määritelty, että yleensä pitäisi edistää kunnan toimialaan kuuluvia päämääriä:

” – esimerkiksi edistää elinkeinorakenteen muutosta ja tähän liittyen turvata työllisyyttä alueella ja paikkakunnalla”. Ainoastaan voiton tavoitteluun tähtäävän toiminnan ei ole katsottu kuuluvan kunnan toimialaan. ”Yksittäistapauksessa joudutaan arvioimaan, onko yhtiöjärjestyksessä toiminta määritelty siten, että sijoittaminen yhtiöön kuuluisi kunnan toimialaan.”¹⁰⁷⁹

Palveluiden uudet järjestämistavat ja niihin liittyvät tulkinnallisuudet, kuten kuntien eri roolit tietyissä ulkoistettavissa palveluissa, voivat jatkossa nostaa entistä enemmän kunnan toimialaan liittyvän rajojen tarkastelun oikeudellisessa keskustelussa. Korkein hallinto-oikeus on tulkinnoissaan painottanut *kunnan oikeutta ja mahdollisuutta määrittellä tehtävääalueensa*.¹⁰⁸⁰

Kuntien yleisen ja erityisen toimialan piiri on ulkoistamisnäkökulmasta jatkuvasti tarkentuva. *Lisääntyvä erityislainsäädäntö laajentaa kuntien erityistoimialaa – supistaen yleistä toimialaa*¹⁰⁸¹. Kunnan toimialan rajat eivät ole stabiileja, mikä on huomattava ulkoistamisen eri muotoja ja laajuutta arvioitaessa. Vaikka dualistinen periaate painottaa kunnan toimialan jakoa yleiseen ja erityiseen toimialaan, ei jaolla ole niin suurta merkitystä sellaisissa kokonaisulkoistamisissa, joissa kunta hakee avoimesti kilpailun kautta kilpailukykyisintä ratkaisua. Pääperiaatteena on myös, että nykyinen lainsäädäntö painottaa hyvinkin vahvasti kuntien järjestämisvastuuta. Yleisen ja erityistoimialan tehtävien erittely ja määrittely on tärkeää, koska ulkoistaminen on erityistoimialaan liittyvien tehtävien osalta paljon säännellympi kuin yleisen toimialan tehtävien osalta. Lisäksi erityistoimiala on sekä määrällisesti että yksityiskohtaisuudellaan kasvattanut merkitystään – erityisesti kokonais- ja osittaisulkoistusten sääntelyssä.

4.3.4.2 Erityisen toimialan tehtävät

Erityistoimialan sääntely on pohjautunut hyvinvointiajatteluun. On katsottu, että kunnille voidaan asettaa uusia tehtäviä yhteiskunnallisen tilanteen niin vaatiessa. Suurin osa kunnan tehtävistä pohjautuu erityistoimialan mukaisiin tehtäviin, jotka kunnan on

1078 Vrt. Oksanen 2008 s. 256.

1079 HE 46/2001 s. 7.

1080 Harjula–Prättälä 2004 s. 98; Merikoski–Vilkkonen 1982 s. 169–172.

1081 Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 53.

eri lakien mukaisesti hoidettava. Erityistoimialan merkitys on monella tavalla kasvanut, koska valtaosa kunnan uusista tai lisätehtävistä on säädetty erityislainsäädännöllä. Toisaalta kunnalla on entistä suurempi mahdollisuus päättää, miten laissa määrättyjen tehtävien hoito organisoidaan.¹⁰⁸²

Tehtävien hoitaminen voi tapahtua monella eri tavalla, eikä termi tehtävien hoitaminen itsessään kerro, miten ja millä lailla ne hoidetaan. Tarkasteltaessa KuntaL 2.1 §:ää voidaan arvioida, mitä kunta voi ylipäänsä ulkoistaa. Samalla on arvioitava KuntaL 2.3 §:ää vasten tehtävien hoidon muotoja ja laajuutta. Tällöin keskeiseksi kysymykseksi nousee, mitä palveluja kunnan ei tarvitse itse tuottaa. Vastakohtana tälle ovat ne tehtävät ja palvelut, joita kunta ei voi antaa ulkopuoliselle hoidettavaksi eli sellaisia laissa määriteltyjä tehtäviä, jotka ovat viranomaistehtäviä. KuntaL 2.3 §:ssä painotetaan, että laissa määriteltyjä tehtäviä kunta voi hoitaa muiden kuntien kanssa mutta tehtävien hoidon edellyttämiä palveluja kunta voi tietyin edellytyksin ostaa yksityisiltä orgaaneilta. Tällöin on mietittävä, missä määrin on kyse tehtävistä ja missä määrin taas puhtaasti palveluista, joita tarvitaan kyseisen tehtävän hoitamiseksi.

KuntaL 2.1 §:ssä on todettu, että kunnille saa antaa uusia tehtäviä tai velvollisuuksia vain lailla säätämällä. Hallintovaliokunta on painottanut, että kunnallisen itsehallinnon näkökulmasta on tärkeää huomioida samalla, miten kunnat voivat käytännössä suoriutua niiden hoitamisesta¹⁰⁸³. Lainsäädännön sisällöllinen löystyminen on aiheuttanut sen, että kuntien päätöksenteosta on tullut prosessina jatkuva. Eduskunta antaa lailla toiminnan suuntaviivat ja yleiset tavoitteet sekä alemmanasteisilla säädöksillä ja suunnitelmilla oikeudet yksityiskohtaiseen järjestelyyn.¹⁰⁸⁴

Perustuslain 121.2 § määrittelee kuntien hallinnon perusteet ja kunnille annettavat tehtävät, joista on säädettävä lailla. Perustuslain esitöiden mukaan kunnille annettavat tehtävät liittyvät KuntaL 2.1 §:n sanamuotoon ja kuntien uusien tehtävien antamiseen.¹⁰⁸⁵ Valiokunta totesi, että järjestämisvelvollisuuden laajentamisessa on kysymys sellaisesta olemassa olevan tehtävän olennaisesta laajentamisesta, josta pitää säätää lailla. Toiseksi valiokunta kiinnitti huomiota siihen, että kuntien tehtävistä säädettäessä on huolehdittava myös siitä, että kunnilla on tosiasialliset edellytykset suoriutua uusista tehtävistä.¹⁰⁸⁶

Ongelmaksi on tullut, että laeilla on säädetty entistä enemmän KuntaL 2.1 §:n tarkoittamia tehtäviä kunnille, jolloin niiden järjestäminen on vaikeutunut ja monimuotoistunut. Esimerkiksi seuraavissa lakisäätteissä tehtävissä järjestämisvastuuta on lisätty tai tarkennettu 2000-luvulla. *Ensimmäiseen ryhmään* kuuluu sellaisia lakisäätteisiä tehtäviä, joissa kunnan liikkumavara on ulkoistusnäkökulmasta rajoitettu tai muuten pieni. Samalla arvioidaan, mitä rajoituksia kyseisten lakisäätteisten tehtävien hoito tuo. *Toisena ryhmänä* voidaan tarkastella sellaisia lakisäätteisiä tehtäviä, joissa kunnan liikkumavara sisällön ja toteuttamisen näkökulmasta on eri ulkoistusmuodoissa laajempi

1082 HE 192/1994 s. 6, 21–22.

1083 Ks. HaVM 18/1994 s. 3–4.

1084 Myllymäki 1994a s. 207–208.

1085 HE 1/1998 s. 176.

1086 PeVL 37/2000 s. 1–2. Valiokunnan kannanotto liittyi hallituksen esitykseen, jossa ehdotetaan muutettavaksi kansanterveyslakia, erikoissairaanhoidtolakia ja mielenterveyslakia. Esityksen tarkoituksena on laajentaa kunnallista hammashoitoa sekä parantaa lasten- ja nuorten mielenterveyspalveluja.

kuin edellä. Tällaisina voidaan mainita kulttuuriin ja liikunnan edistämiseen liittyvät tehtävät. Aiheen laajuuden vuoksi tässä tarkastelussa ei käydä läpi koko sosiaali- ja terveydenhuollon¹⁰⁸⁷ kehitystä eikä kaikkia erityisvaatimuksia.

Sosiaalihuollon asiakkaan asemaa ja oikeuksia koskeva laki tuli voimaan vuonna 2000 (812/2000). Laissa sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista 2.2 §:n kohdassa on määritelty kunnan velvollisuudeksi järjestää sosiaalihuolto ja osoittaa siihen säännösten vaatimia voimavaroja. Laki kuntouttavasta työtoiminnasta on lisännyt kuntien kustannuksia ja järjestämisvelvollisuutta (189/2001). Sen 2 §:ssä on käyty tarkemmin läpi eri säännösten sisältö. Kuntouttavan työtoiminnan 6 §:n mukaan kunnan on järjestettävä kuntouttava työtoiminta, mutta se voi tehdä kirjallisen sopimuksen sen järjestämisestä esimerkiksi toisen kunnan, kuntayhtymän, rekisteröidyn säätiön tai rekisteröidyn yhdistyksen kanssa. Lain 6.2 §:n mukaan kuntouttavaa työtoimintaa ei saa hankkia yrityksiltä. Tämän voi tulkita rajoittavan vain tiettyjä ulkoistamismuotoja – tai tarkemmin orgaanimuotoja. Kyseisen lain 6.3 § tarkoittaa kunnan vastuuta järjestämisestä riippumatta, eli terminologia ja määritelmä vastaavat KuntaL 2.3 §:ää.

Julkisen terveydenhuollon järjestämisestä on säädetty kansanterveyslaissa ja erikoissairaanhoidolaissa. Terveydenhuollon järjestäminen on annettu kuntien tehtäväksi, joten niillä on myös vastuu velvoitteiden toteuttamisesta käytännössä. Kansanterveyslaissa ja erikoissairaanhoidolaissa määritellään perusterveydenhuollon ja erikoissairaanhoidon tehtävät sekä kuntien velvoitteet ja vastuut. Kuntiin kohdistuvan terveydenhuollon järjestämisvelvollisuuden sisältö ja laajuus määritellään pääosiltaan KansanterveysL 14 §:ssä ja ErikoisL 1 ja 3 §:ssä.¹⁰⁸⁸ Vuoden 2004 lopussa kuntien piti huomioida terveydenhuollon hoitotakuusta säädetyt määräajat (855/2004)¹⁰⁸⁹. KansanterveysL 15b §:ssä on määritelty välittömästä yhteydensaannista terveyskeskukseen sekä hoidontarpeen arvioinnista ja hoidon toteuttamisesta. Kyseisen kohdassa on todettu kunnan velvollisuus järjestää toiminta niin, että terveyskeskukseen saadaan välittömästi yhteys virka-ajalla arkipäivisin. KansanterveysL 15b §:n 3 mom määrittelee hoidon aloittamisen sisällön siten, että kunta voi hoidon järjestämiseksi käyttää eri palveluntuottajia. KansanterveysL 15b §:n 3 mom antaa myös joissakin tilanteissa vahvan velvoitteen hankkia palvelu ulkoistettuna STVOL 4 §:n mukaisesti.

Suun terveydenhuollon palveluista säädetään kansanterveyslaissa. Sen 14.1 §:n kohtaa 4 muutettiin 2001 siten, että hoitoon pääsyn perusteena ei ole enää potilaan ikä, vaan kunnan velvollisuutena on järjestää hammashuollon palvelut potilaan hoidontarpeen perusteella. Uudistuksen tavoitteena oli laittaa suun terveydenhuollon palvelut samaan asemaan muiden terveydenhuollon palvelujen kanssa¹⁰⁹⁰. Suun terveydenhuoltoa koskeva säännöstö mahdollistaa ulkoistukset, ja lain voimaatulon jälkeen useissa kaupungeissa jouduttiin toteuttamaan laajennus ottamalla käyttöön ulkoistamisen eri muotoja.

Lastensuojelun järjestämiseen liittyviin velvoitteisiin on tullut tarkennuksia vuoden 2007 annettuun lastensuojelulakiin (417/2007). Lastensuojelun järjestäminen on annettu kunnan tehtäväksi. Lastensuojelulain 11.1 §:n mukaan kunta vastaa siitä,

1087 Näihin näkökohtiin palataan tarkemmin luvussa 4.4.3.

1088 HE 77/2004 s. 8.

1089 Ks. myös Valtioneuvoston asetus hoitoon pääsyn toteuttamisesta määriteltiin (1019/2004).

1090 HE 77/2004 s. 8.

että lastensuojelu järjestetään sisällöltään ja laajuudeltaan sellaiseksi kuin kunnassa esiintyvä tarve edellyttää. Lainvalmistelun aineistossa kyseisellä kohdalla tarkoitettiin, että kunnan tulee ehkäisevänä lastensuojeluna kehittää lasten kasvuoloja sekä turvata perhe- ja yksilökohtaisena lastensuojeluna lapsen huolto kaikissa olosuhteissa¹⁰⁹¹.

Utenua tehtävänä on kunnille myös tullut vanhusten hoivatakuu ja sosiaalipalvelujen tarpeen arviointivelvoite säädetyissä määrärajoissa (125/2006). SosiaalihuoltoL 40a §:n mukaan kunta on velvollinen järjestämään 75 vuotta täyttäneelle pääsyn sosiaalitarpeen arviointiin. Kiireellisissä tilanteissa sinne on päästävä viipymättä ja muissa tapauksissa seitsemän arkipäivän kuluessa.

SosiaalihuoltoL (710/1982) 23 §:ssä on määritelty, että asumispalvelua annetaan sille, joka erityisestä syystä tarvitsee tukea tai apua. Saman lain 17.1 §:ssä on todettu, että kunnan on huolehdittava sosiaalipalvelujen järjestämisestä. Vammaispalvelun järjestämiseen tuli täsmennyksiä:

Hallituksen esityksessä esitettiin täsmennyksiä vammaisuuden perusteella järjestettävään palveluun siten, että palvelutarpeen arviointi olisi aloitettava seitsemän arkipäivän kuluessa yhteydenotosta. Erilaisina tapoina on mainittu palvelun järjestäminen ostopalveluina tai palvelusetelimallin mukaisesti, jossa kunta antaisi vaikeavammaiselle palvelusetelin avustajapalvelun saamiseksi. Kunnalla olisi myös mahdollisuus järjestää vammaiselle henkilökohtainen avustaja nykymallin mukaisesti.¹⁰⁹²

Kummassakin edellä mainitussa tilanteessa erityislainsäädännöllä on yksilöity, mihin kuntalaisella on oikeus, ja kuntien vastuulle on annettu palvelujen järjestäminen. Erilaista ja -asteista palvelun tuottamista varten SosiaalihuoltoL 40a §:n 1 mom on mainittu, että kiireellisissä tapauksissa tarve on arvioitava viipymättä. SosiaalihuoltoL 29a §:ssä mahdollistetaan palvelusetelin käyttö ja määritellään kunnan velvollisuus hyväksyä palvelun tuottajat. Lisäksi SosiaalihuoltoL 5 §:ssä viitataan STVOL 4 §:ään sosiaalihuollon järjestämisen osalta.

SosiaalihuoltoL 13.1 §:n ensimmäisessä kohdassa on määritelty, että sosiaalipalvelujen järjestäminen on annettu kunnan tehtäväksi, mistä kunnan on huolehdittava säännösten edellyttämällä tavalla ja laajuudessa. SosiaalihuoltoL 39 § korostaa, että palveluja annettaessa tulee ottaa tarkasti huomioon sosiaalihuollon asiakkaan toivomukset ja mahdollisuudet osallistua häntä koskevaan suunnitteluun¹⁰⁹³.

Lakiin vammaisuuden perusteella järjestettävästä palvelusta ja tukitoiminnasta tuli useita tarkennuksia vuoden 2006 aikana (1276/2006). Lisäksi vammaiselle henkilölle järjestettävään henkilökohtaiseen apuun tuli uusi säännös (3a §) vuonna 2008 (981/2008) palvelutarpeen selvittämisen ja palvelusuunnitelman osalta. Vam-

1091 HE 252/2006 s. 8. Ks myös PeVL 5/2006.

1092 HE 166/2008 s. 1.

1093 Sosiaalihuollon asiakkaan asemaan ja oikeuksiin liittyvän lainsäädännön uudistamisen taustalla oli, että sääntely on hajallaan, sosiaalihuollossa asiakasta on pidetty passiivisena ja sosiaali- ja terveydenhuollon asiakkaiden asema on erilainen HE 137/1999 s. 4, 12–13. Sosiaalihuollon asiakkaan aseman ja oikeuksien uudistamisen tarkoitus on ollut lisätä asiakkaan aktiivisuutta ja itsemääräämisoikeutta sekä taata asiakkaan oikeusturva ja oikeus hyvään huoltoon, palveluun ja tiedonsaantiin. HE 137/1999 s. 4, 12–13.

maispalvelulain 8.2 §:n mukaan kunnan on järjestettävä vaikeavammaiselle henkilölle kohtuulliset kuljetuspalvelut ja tarvittavat tulkkaus- ja saattajapalvelut sekä säännösten edellyttämät päivätoiminnan ja palvelusasumisen. Vammaisille henkilöille on 8b §:n nojalla järjestettävä päivätoimintaa. VammaispalveluL 3 § kiteyttää kunnan viimekätistä vastuuta palvelujen ja tukitoimien järjestämisestä. Edellä mainitut kohdat jättävät kunnan harkintaan palvelujen toteuttamisen.

Pelastustoimilain 1 § (468/2003) määrittelee pelastustoimintaa, onnettomuuksien ehkäisyä ja väestönsuojelua sekä valtion ja kunnan vastuunjakoa pelastustoimen tehtävien hoitamisessa. Pelastustoimeen liittyviä säännöksiä on myös erityislainsäädännössä, kuten meripelastuspalvelua ja öljy- ja kemikaalivahinkojen torjuntaa koskevissa laeissa. Pelastustoimilaissa on yleiset säännökset kunnan pelastustoimen tehtävistä ja pelastustoimen järjestämisestä kunnassa.¹⁰⁹⁴

Toisena konkreettisena esimerkkinä KuntaL 2.1 §:n mukaisista pakollisista laissa säädetyistä tehtävistä voidaan ottaa esille koulupalvelut. Kunnalla on aina järjestämisvastuu perusopetuksen antamisesta. Kunnan erityistoimialan mukaisiin tehtäviin on myös tullut tarkennuksia. Perusopetusta antavia yksityisiä kouluja koskevassa hallituksen esityksessä esitettiin uudistettavaksi perusopetusta antavien yksityisten koulujen perustamista ja asemaa sekä rahoitusta koskevia säännöksiä. Vanhassa hallitusmuodon 82 §:ssä todettiin, että oikeudesta perustaa yksityiskouluja ja muita yksityisiä kasvatustaitoksia sekä niissä järjestää opetus säädetään lailla. Nykyinen perustuslain (731/1999) 123.2 § määrittelee asian samansisältöisesti. Perustuslakivaliokunta on lausunnossaan todennut:

” – että yksityiskoulujen ja muiden yksityisten kasvatustaitosten perustamisedellytyksistä ja opetuksen järjestämisestä niissä voidaan säätää vain lailla. Lailla määrääminen perustamisedellytyksistä ei kuitenkaan saa supistaa oikeutta yksityiskoulun tai muun yksityisen kasvatustaitoksen perustamiseen asiallisesti merkityksettömäksi, vaan säädettävien rajoitusten tulee olla asiallisia ja perustua yleisen kasvatus- ja sivistystarpeen vaatimuksiin sekä pyrkimyksiin turvata asianmukainen opetuksen taso.”¹⁰⁹⁵

Yksityisiä perusopetusta antavia kouluja koskevaa sääntelyä ehdotettiin selkeyttäväksi ja yhdenmukaistettavaksi siten, että siinä säädettäisiin kaikista yksityisistä perusopetuksen järjestäjistä. Esityksen pohjana oli säilyttää kunnan koululaitos perusopetuksen runkona, ja perusopetuksen voimavarat turvattaisiin myös jatkossa julkisen koulutusjärjestelmän kautta. Tavoitteena ei myöskään ollut kasvattaa valtion tai yksityisten perusopetusta antavien koulujen lukumäärää.¹⁰⁹⁶ Perusopetuslaissa on määritelty velvollisuudesta järjestää maksuton esiopetus (1288/1999) ja esiopetusoppilaiden oikeus maksuttomaan kuljetukseen (1139/2003). PerusopetusL 32 §:n mukaisen kuljetuksen kunta on velvoitettu järjestämään, mutta toteuttamismuoto jää kunnan harkintaan.

Perusopetuslain 3.2 §:n mukaan opetus on järjestettävä oppilaiden ikäkauden ja edellytysten mukaisesti edistäen tervettä kasvua ja kehitystä. Opetuksen järjestäjä päät-

1094 HE 111/2001 s. 12.

1095 PeLV 13/1982 s. 7–8.

1096 HE 86/1997 s. 37–39.

tää toteuttamistavoista¹⁰⁹⁷. Samoin myös erityisopetuksen järjestäminen ja käytännön toteuttamistavat ovat kunnan päätettävissä¹⁰⁹⁸. Tällöin joudutaan arviomaan, onko kyseessä koko koulun vai tiettyjen yksittäisten palvelujen ulkoistaminen. Lisäksi kunnan on mahdollista KuntaL 2 §:n puitteissa järjestää koulutuspalvelu yhteistoiminnassa tai yhteistoimintaorganisaation kautta, jolloin liikutaan osittaisulkoistuksen alueella.

Koulupalvelujen ulkoistamisessa olennaista on, onko kyse pakollisesta peruskoulusta vai vapaaehtoisesta lukiosta ja toimiiko koulu kunnallisesti vai yksityisesti. Peruskoulusta on tarkemmin säännelty peruskoululaissa ja asetuksen tasolla. Lukio-opetusta taas säätelee lukiolaki. Näissä on määritelty, miten hallinto ja valvonta on järjestettävä, jos palvelun tuottaisi yksityinen koulu. Peruskoululain 6.1 §:n mukaan kunnalla on mahdollisuus järjestää perusopetusta muissa kuin kunnan omissa kouluissa. Kunta voi ainakin osittain ulkoistaa peruskoulutoimintaa tiettyjen lainsäädännöllisten reunaehtojen täyttyessä. Peruskoululaissa olevat koulutuksen järjestäjälle asetetut vaatimukset ovat hyvin tiukat ja edellyttävät myös osaltaan, että opiskelijoiden perusoikeudet tulevat huomioituksi¹⁰⁹⁹.

Keskeinen kysymys on, miten kunta voi järjestää opetusta ja koulutusta¹¹⁰⁰. Lainsäädännössä asia on määritelty siten, että kunta voi järjestää kyseiset palvelut itse tai yhteistyössä muiden kuntien kanssa tai hankkia kyseiset palvelut perusopetuslain 7 ja 8 §:issä mainituilta tahoilta. Perusopetuksen järjestäjänä voi perusopetuslain 7.1 §:n mukaisesti olla rekisteröity yhteisö tai säätiö, sillä edellytyksellä, että kunta on opetuksen järjestäjän kanssa sopinut asiasta ja muut lupaan vaadittavat edellytykset täyttyvät. Kunnalla on myös mahdollisuus hankkia koulutuspalveluja valtion oppilaitokselta tai sellaiselta rekisteröidyltä yhteisöltä tai säätiöltä, joka on saanut valtioneuvostolta luvan järjestää perusopetusta¹¹⁰¹.

PerusopetusL 7.1 §:n tarkoittamassa luvassa määritetään myös ne kunnat, joissa opetusta järjestetään, sekä mm. koulutustehtävä, koulutuksen järjestämisuodot ja muut koulutuksen järjestämiseen liittyvät ehdot. Opetuksen järjestämislupaan liittyvistä muutoksista päättää kyseinen ministeriö. Perusopetuslain 7.2 §:ssä on mainittu luvan myöntämisen edellytykseksi, että opetuksen järjestäminen pohjautuu erityiseen koulutus- ja sivistystarpeeseen, mahdollisella järjestäjällä on oltava ammatilliset ja taloudelliset edellytykset eikä opetusta voi järjestää taloudellisen voiton takia. Sellainen orgaani, joka on saanut oikeuden esiopetuksen järjestämiseen, voi perusopetuslain 7.5 §:n (1288/1999) mukaisesti hankkia esiopetuksen yksityiseltä tai julkiselta palveluntuottajalta. Perusopetuslain 37.2 § mahdollistaa myös sen, että opetuksen järjestäjä voi käyttää virka- tai työsuhteisia opettajia, kunhan kelpoisuusvaatimukset muuten täyttyvät.

1097 HE 86/1997 s. 61.

1098 Aalto-Setälä–Arajärvi 2004 s. 30. Peruskoulun opetusta ei voida antaa ulkopuoliselle, vaikka kyse ei olisi julkisen vallan käytöstä, etenkin kun laissa nimenomaisesti vaaditaan, että opetusta voi antaa vain kuntaan palvelusuhteessa oleva henkilöstö. KM 1993:33 s. 332–333; Harjula–Prättälä 2007 s. 143.

1099 Vrt. edellä päätös KHO:2007:5.

1100 Ks. HE 86/1997 s. 1.

1101 HE 155/2006 s. 20.

Lainvalmisteluaineistossa todetaan, että lupaa myönnettäessä kiinnitettäisiin huomiota hakijan edellytyksiin järjestää opetusta. Hakijan pitäisi esittää selvitys esimerkiksi opetushenkilöstön määrästä ja pätevyyksistä, opetustiloista sekä hakijan taloudellisesta tilanteesta. Vaikka luvan myöntämiselle olisi edellytykset, korostetaan kunnan kokonaisvastuuta asukkaidensa perusopetuksen järjestämisessä.¹¹⁰²

Opetuksen liittyvissä kustannuksissa kunnan liikkumavara järjestäjänä on hyvin pieni, koska opetuksen lisäksi maksuttomuusvaatimus ulottuu myös kuljetuksiin ja oppikirjoihin. Opetuksesta ei saisi järjestämistavasta huolimatta aiheutua mitään kustannuksia oppilaalle.¹¹⁰³ Tätä käsitystä vahvistaa myös seuraava oikeustapaus:

KHO:2007:5. Päätöksessä on todettu, että perusopetukseen kuuluu perustuslain 16.1 §:n mukaisesti oikeus maksuttoman perusopetukseen, mikä kattaa myös tarpeelliset kuljetukset. Yksityiskohtaisemmin kyse oli siitä, että oppilaalla on perusopetuslain 32.1 §:n 1 kohdan mukaisilla edellytyksillä oikeus maksuttomaan koulukuljetukseen tai kuljettamista tai saattamista varten myönnettävään riittävään avustukseen siihen kouluun, jonka kunta on hänelle osoittanut perusopetusL 6.2 §:n mukaisesti. Kunta oli sivistysjohtajan lausunnon mukaan osoittanut oppilaille perusopetusL 6.2 §:n tarkoitetuiksi lähikouluksi nimetyt koulut.¹¹⁰⁴

Päätöksessä todettiin, että oppilaalle kuuluvan oikeuden maksuttomaan perusopetukseen ei voida katsoa toteutuvan, mikäli perusopetusL 32.1 §:n maksuttoman kuljetuksen järjestämiselle säädettyjen koulumatkan olosuhteita koskevien edellytysten täytyessä kunta ei järjestä oppilaalle kuljetusta. Kunnalla oli KHO mukaan velvollisuus järjestää oppilaille maksuton kuljetus heidän kotinsa ja koulujen väliselle yli viiden kilometrin pituiselle matkalle tai myönnettävä riittävä avustus heidän kuljettamistaan tai saattamistaan varten siitä huolimatta, että heidän vakituksena asuntonaan käyttämänsä rakennus on rakennusluvan mukaan tarkoitettu vapaa-ajan rakennukseksi ja sijaitsee loma-asuntojen korttelialueeksi tarkoitettulla alueella. Olen-naista tapauksessa oli se, että kunnalla oli velvollisuus järjestää oppilaille maksuton kuljetus tiettyjen edellytysten täytyttyä.

Perusopetuslakiin on tullut tarkennuksia (1288/1999) kunnan velvollisuudesta järjestää perusopetusta ja esiopetusta. Kunta voi perusopetuslain 4 §:n mukaisesti järjestää perusopetusta tai esiopetusta itse tai yhteistoiminnassa muiden kuntien kanssa tai hankkia se muulta 3 luvussa tarkoitettulta opetuksen järjestäjältä (rekisteröity yhteisö tai säätiö tai valtio). Perusopetuslain 4.1 §:ssä mainittua kuntien yhteistyötä varten on kunnalla mahdollisuus perustaa kuntayhtymä. Kunnalla on myös mahdollisuus hankkia erityisopetuspalveluja yksityiseltä palveluntuottajalta.

Muita koulutuspalveluita kuin perusopetusta on mahdollisuus hankkia myös muilta kuin koulutuksen järjestämisluvan saaneilta yhteisöiltä ja säätiöiltä. Hallituksen esityksessä ehdotettiin, että

1102 HE 86/1997 s. 37–39.

1103 Ks. PeVM 25/1994 s. 9; HE 309/1993 s. 63–65.

1104 Perustuslain 16.1 §:n mukaan: "Jokaisella on oikeus maksuttomaan perusopetukseen. Oppivelvollisuudesta säädetään lailla."

” – lukiolakiin, ammatillisesta koulutuksesta annettavaan lakiin, ammatillisesta aikuiskoulutuksesta annettavaan lakiin ja taiteen perusopetuksesta annettavaan lakiin otetaan säännökset, jotka antavat koulutuksen järjestäjälle mahdollisuuden hankkia osan koulutuspalveluista paitsi toisiltaan myös muilta kuin koulutuksen järjestämisluvan saaneilta yhteisöiltä tai säätiöiltä.”¹¹⁰⁵

Ulkopuolisilta olisi mahdollisuus esimerkiksi hankkia yksittäinen oppiaine tai osa tietystä opetuksesta, jolloin kyseisen opetuksen voisi tuottaa urheiluseura tai tietyn ammatillisten opintojen osan alan yritys. Kuitenkin vastuu opetuksesta ja muiden koulutuspalveluiden laadusta sekä asianmukaisesta järjestämisestä säilyy kunnalla tai kyseisellä luvan saaneella koulutuksen järjestäjällä.¹¹⁰⁶ Lukiolain 3 § määrittelee koulutuksen järjestäjät ja järjestämisluvan hyvin samansisältöisesti kuin perusopetuslaki. Lukiolain 5 § antaa mahdollisuuden hankkia palveluita 3 §:ssä mainituilta koulutuksen järjestäjiltä tai muulta yhteisöltä tai säätiöltä. Toisaalta järjestämisluvansaaja vastaa samalla aina siitä, että sen hankkimat palvelut järjestetään kyseisten säännösten mukaisesti¹¹⁰⁷. Lukiokoulutuksen järjestämisluvan myöntämisedellytyksistä ja ehdoista sekä luvan peruuttamisesta säädetään 4 §:ssä. Myöntämiskriteerit vastaavat perusopetuslain 7.2 §:ää.

Hallituksen esityksen perusteluissa on todettu että 4.2 §:ssä mainitulla koulutuksen järjestämismuodolla tarkoitetaan 12 §:ssä mainittuja tapoja koulutuksen järjestämiseen. Tällöin on mahdollista, että lupa koskee vain tiettyä koulutuksen järjestämismuotoa, kuten etäopetusta. Toiseksi luvassa voidaan antaa koulutuksen järjestäjälle vain tietty erityinen koulutustehtävä, esimerkiksi tietyn oppiaineen (tai aineiden) painotus tai vieraskielinen opetus. Koulutuksen järjestämislupaa ei tarvitse myöskään rajata ikäryhmittäin, vaan luvan pohjalta koulutusta on mahdollista järjestää kaikenikäisille opiskelijoille sen mukaan, mitä koulutuksen järjestäjä on päättänyt.¹¹⁰⁸ Toisaalta kunnilla ei ole velvollisuutta järjestää ammatillista peruskoulutusta, vaan se kuuluu kuntien vapaaehtoiseihin tehtäviin¹¹⁰⁹. Koulutuksen järjestämisluvan peruuttamista koskeva säännös yksityisten yhteisöjen tai säätiöiden osalta on yhtäläinen perusopetuslain säännöksen kanssa.

Ammatillisesta koulutuksesta annetun lain (630/1998) 8 § on samansisältöinen kuin edellä olevat perusopetuslain ja lukiolain vastaavat kohdat sillä poikkeuksella, että sen 8.1 §:ssä on annettu myös valtion liikelaitoksille mahdollisuus koulutuksen järjestämiseen (1391/2001). Kyseisen lain 10.2 §:ssä on mainittu, että koulutuksen järjestäjällä on mahdollisuus hankkia osa palvelusta 9 §:ssä tarkoitetuilta koulutuksen järjestäjiltä tai muulta yhteisöltä tai säätiöltä.

Lainvalmisteluaineistossa ollut sanamuoto koulutuspalveluiden hankinnasta eroaa joiltakin osin ammattitutkintoon ja erikoisammattitutkintoon valmistavan koulutuksen sekä muun kuin näyttötutkintoon valmistavan ammatillisen lisäkoulutuksen järjestäjien

1105 HE 86/1997 s. 43.

1106 HE 86/1997 s. 43.

1107 Ks. HE 155/2006 s. 20. Vuonna 2006 lukiokoulutuksen järjestämislupa oli 266 kunnalla, 3 kuntayhtymällä ja 35 yksityisellä yhteisöllä.

1108 HE 86/1997 s. 71–72.

1109 HE 155/2006 s. 20.

osalta. He tarvitsevat myös järjestämisluvan, mutta kyseisillä orgaaneilla on mahdollisuus järjestää myös muuta koulutusta. Lupa ei koske tietyn oppilaitoksen ylläpitämistä, vaan siinä määrätään koulutustehtävä, jota hakijan on toteutettava.¹¹¹⁰

Ammatillinen koulutus eroaa myös muista edellä mainituista koulutuksen järjestämismuodoista. Siinä on huomioitava, tuottaako koulutus järjestäjälleen taloudellista voittoa, jolloin arvioidaan koulutuksen järjestäjän toimintaa kokonaisuudessaan. Toiminnasta on mahdollisuus tuottaa voittoa, mutta tällöin on keskeistä se, ettei koulutuksen järjestäjä jaa toiminnasta tulevaa voittoa tai etuutta omistajilleen. Ammatillisista edellytyksistä on säädetty opetustoimen henkilöstön kelpoisuusvaatimuksia käsittelevässä asetuksessa. Lisäksi koulutuksen tarpeellisuutta arvioitaessa on huomioitava alueellinen näkökulma ja koulutuksen tarjonta alalla.¹¹¹¹

Koulutuksen järjestäminen voi olla ulkoistettu yhteisölle tai säätiölle edellyttäen, että toimijat ovat saaneet luvan ja siihen liittyvät muut edellytykset ovat täyttyneet. Ei-julkiselle orgaanille on kuitenkin asetettu monia hyvinkin tarkkoja vaatimuksia koulutuksen järjestämisluvan saamiseksi. Koulutuksen ja opetuksen järjestäminen sekä yksittäisten koulutuspalveluiden hankinta on ulkoistamisnäkökulmasta rajoitetuinta perusopetuksen osalta, kun taas esiopetuksen ja ammatillisen koulutuksessa liikkumavara on hieman suurempi. PerusopetusL 4.1 §:n mukaan esiopetuspalvelut voidaan hankkia myös yksityisiltä palveluntuottajilta. Myös ammattikoulutusL 8.1 §:n sanamuoto mahdollistaa eri ulkoistamismuotojen käytön laajemmin kuin perusopetuksen vastaava säännös.

KuntaL 2.1 §:n mukaisia lailla säädettyjä tehtäviä, joita kunta on velvollinen hoitamaan, ovat esimerkiksi päivähoitopalvelut. Palvelujärjestelmäohjaus kehittyi 1990-luvulla lasten päivähoiton osalta selvempään oikeudellisempaan muotoon. Päiväkotihoidon perustuva päivähoiton legimiteetti nojaa hyvin pitkälle TSS-oikeuskäsitykseen. Laki lasten päivähoitosta¹¹¹² antaa palvelua tarvitseville kuntalaisille laajan subjektiivisen oikeuden palveluun. Subjektiivisena oikeutena on säädetty kunnille velvollisuus järjestää päivähoito kaikille alle kolmivuotiaille lapsille, jos vanhemmat näin vaativat. Lainsäädännön tiukentuminen on myös edesauttanut ostopalveluiden käyttöä kunnissa. Lasten päivähoiton järjestämisen sääntelystä mainitaan päivähoitolain lisäksi myös sosiaalihuoltolaissa. Oli palvelun tuottajana kunta tai yksityinen, tärkeäksi tekijäksi palvelun toteuttamisessa nousee kuitenkin ohjaus, joka on kunnan vastuulla.

Oikeudellisesti voi olla hyvinkin epäselvä se raja, milloin päivähoitopalvelujen kohdalla toiminta pitäisi kilpailuttaa ja milloin kyse on pelkästään kunnan tuottamista palveluista tai yksittäisestä ostopalvelusta. Tällöin on kokonaisuuden lisäksi aina tapauskohtaisesti arvioitava, harjoittaako yksityinen palveluntuottaja toimintaa kunnan vuokraamissa tiloissa, saako palveluntuottaja vastiketta ja jos saa, niin millaisesta päivähoitopalvelujen tuottamisesta on kyse, sekä missä

1110 HE 86/1997 s. 81–84. Vuonna 2006 ammatillisen peruskoulutuksen järjestäjiä oli 175, joista 91 oli yksityisiä. Ks. HE 155/2006 s. 21.

1111 HE 86/1997 s. 81–84.

1112 Subjektiivinen oikeus päivähoitoon tuli voimaan 1.1.1996. Lisäksi päivähoitolain 11 a.1 §:ssä on mainittu, että lasten päivähoitoa järjestettäessä on otettava huomioon lasten vanhempien tai muiden huoltajien toivomukset.

määrin kyseinen palveluntuottaja tarjoaa päivähoitopalveluja suoraan kuntalaisille. Päivähoitolain 12 §:ssä on myös maininta, että kunnan järjestämään toimintaan sovelletaan STVOL:n säännöksiä, ellei toisin ole säädetty. Kunnan järjestämistä vastuuta ovat kiristäneet myös monet säännökset, jotka koskettavat esimerkiksi lapsen päivähoitopaikan hakemista ja saamista (442/2008)¹¹¹³.

Kunnan näkökulmasta palvelun järjestämisen problematiikkaa kuvastaa hyvin päivähoitolain 11a §, jonka mukaan kunnan on järjestettävä päivähoitopaikka. Päivähoitolain 1 §:n mukaan kunnalla on velvollisuus osoittaa lasten huoltajille kunnan järjestämä päivähoitopaikka tietyn määräajan kuluessa. Säännökset eivät suoraan ota kantaa päivähoitopalvelun tuottamiseen, vaan kunnan järjestämisvelvollisuus tuo myös samalla vastuun ja oikeudellisen riippuvuussuhteen toiminnan sisältöön, vaikka kunta ei kyseistä palvelua itse tuottaisi. Päivähoitojärjestelmä antaa perheille subjektiivisen oikeuden kunnan järjestämään päivähoitopaikkaan. Perheillä on myös mahdollisuus saada kotihoidon tukea tai yksityisen hoidon tukea.¹¹¹⁴ Kunnan kannalta ongelmallista voi olla järjestämisvelvollisuuden ja taloudellisuusnäkökulmien kannalta se, että nykyjärjestelmä ei ole tukenut kaikilta osin vanhempien valinnanvapautta ja kunnan todellista ohjausmahdollisuutta, koska yksityisen hoidon tuen hoitoraha ei ole aina ollut perheille kilpailukykyinen vaihtoehto kunnan tuottamaan päivähoitoon verrattuna¹¹¹⁵.

Vaikka päivähoito-oikeus on hyvin yksiselitteinen oikeus, aiheuttaa se kuitenkin tulkinnallisuutta siitä, pidetäänkö sitä subjektiivisena oikeutena¹¹¹⁶. Päivähoitolain 11.1 §:ssä (36/1973) on mainittu, että päivähoitoa on oltava saatavissa kunnan järjestämänä tai valvomana sellaisessa laajuudessa ja toimintamuodossa kuin kunnassa esiintyvä tarve edellyttää. Lisäksi 11a §:n 1 mom on todettu, että kunnan on huolehdittava siitä, että lapsen huoltajat voivat saada lapselle kunnan järjestämän päivähoitopaikan tiettyjen kriteerien täytyessä. Päivähoitolain 11.1 § rajoittaa osaltaan myös kunnan mahdollisuuksia järjestää kyseinen palvelu. Kunnan mahdollisuus järjestää eri tavalla päivähoitopalveluja ei ole täysin toteutunut, koska palvelujen eri järjestämismuotojen tulokset eivät ole oikeudellisesti vakiintuneita ja ennakoitavissa. Kunnan erityistoimialaan kuuluvia tehtäviä on säännelty hyvin tarkasti, ja näin myös kunnan liikkumavaraa palvelujen sisällön suhteen on rajoitettu.

Edellä mainittuun lakisäätöisten tehtävien jaottelun mukaiseen toiseen ryhmään kuuluvat mm. liikunta- ja kulttuuripalvelut. Kuntien tehtäviin kuuluu yleisten kirjastojen kirjasto- ja tietopalvelujen sekä näiden palveluiden edistäminen. Kunta mahdollisuudet järjestää kirjasto- ja tietopalvelut ovat moninaiset; itse tai osittain tai yhteistyössä muiden kuntien kanssa tai muulla tavalla mutta vastuu on kunnalla, että palvelut ovat kirjastolain mukaisia.¹¹¹⁷

Laissa kuntien kulttuuritoiminnasta (728/1992) on 1 §:ssä määritelty kuntien tehtävät kulttuuritoimen alalla seuraavasti: ”kunnan tehtävänä on edistää, tukea ja

1113 Kyseinen kohta löytyy asetuksesta lasten päivähoitosta 2.3–2.5 §.

1114 HE 129/2008 s. 1.

1115 Hallituksen esityksessä oli vuonna 2008 esitys lasten kotihoidon ja yksityisen hoidon tuen korottamisesta. HE 129/2008 s. 2.

1116 Suviranta 2006c s. 76–77. Ks. MAO 149/04; Vrt. KHO 30.11.2004/3048.

1117 HE 155/2006 s. 22.

järjestää kulttuuritoimintaa kunnassa. Kunnan tehtävänä on myös järjestää kunnan asukkaille mahdollisuuksia taiteen perusopetukseen sekä harrastusta tukevaan opetukseen taiteen eri aloilla.” Kunnan tehtävät on siis määritelty hyvin yleisellä tasolla, ja toteuttamismuodot ovat laajat ulkoistamisnäkökulmasta. Kulttuuritoiminnan säännöksistä ei myöskään asetettu tarkempia velvoitteita kunnille. Samansisältöinen on myös liikuntalain 2 § jonka mukaan ”yleisten edellytysten luominen liikunnalle on valtion ja kuntien tehtävä. Liikunnan järjestämisestä vastaavat pääasiassa järjestöt.” LiikuntaL 2.1 ja 2.3 § määrittelevät kunnan tehtäväksi edellytysten luomisen, ja liikuntaL 2.1 § antaa järjestämistä vastuuun järjestöille.

Toisaalta rajaveto ei ole aina kovinkaan selvä. Esimerkiksi jätelaisissa on annettu yksityiskohtaisia säännöksiä mutta samalla kunnalle hyvin monipuoliset mahdollisuudet järjestää ja toteuttaa kyseiset palvelut. Jätelain (1072/1993) 3 §:ssä on kolmetoista kohtainen luettelo termeistä ja niiden määritelmistä. Esimerkiksi 3.1 §:n 5 kohdassa toiminnanjärjestäjällä tarkoitetaan hyvin erilaisten teiden pitäjää tai haltijajoukkoa. Jätehuollon järjestäminen on määritelty jätelain kolmannessa luvussa, ja JäteL 6.1 §:n 1 kohdassa määritellään, että jätteen haltijalle on annettu järjestämisvelvollisuus. Samoin JäteL 7 ja 8 §:ssä on toistettu jätteen haltijan ja tuottajan vastuuta keräyksen sekä kuljetuksen järjestämisestä. Kunnan järjestämistä vastuu ilmenee JäteL 10.1 §:n alusta:

– – kunnan on järjestettävä joko omana toimintanaan taikka muuta yhteisöä tai yksityistä yrittäjää käyttäen asumisessa syntyneen jätteen sekä ominaisuudeltaan, koostumukseltaan ja määrältään siihen rinnastettavan valtion, kunnan ja seurakunnan sekä julkisoikeudellisen yhteisön ja yhdistyksen julkisessa hallinto- ja palvelutoiminnassa syntyneen muun jätteen kuin ongelmajätteen kuljetus (kunnan järjestämä jätteenkuljetus).”

Lisäksi JäteL 10.2 § tarkoittaa, että ”edellä 1 momentissa tarkoitettu jätteenkuljetus voidaan järjestää kunnassa tai sen osassa kunnan päätöksellä ja tarkemmin määräämillä ehdoilla myös siten, että jätteen haltija sopii siitä kuljetuksen suorittajan kanssa (sopimusperusteinen jätteenkuljetus).”

Kunnan järjestämän jätteenkuljetuksen sijasta 10.1 §:ssä mainittu jätteenkuljetus voitaisiin kunnan päätöksellä ja tarkemmin määräämillä ehdoilla järjestää kunnassa tai sen osassa myös siten, että kuntalaisella on mahdollisuus sopia kuljetuksesta suoraan kuljetuksen suorittajan kanssa. Kunnan järjestämä jätteenkuljetus sen eri muodoissa (kunnan, sopimusperusteinen tai yhdistelmä) olisi pääsäännön mukaan järjestettävä koko kunnassa. JäteL 10.3 § antaa kunnalle tietyn edellytyksin päättää, ettei jätteenkuljetusta järjestetä sellaisilla alueilla, joilla on hankalat kulkuyhteydet tai jos jätteen haltijoita ja jätettä on hyvin vähän.¹¹¹⁸

Jätelain 13.1 §:n mukaan kunnan on järjestettävä 10.1 §:n kohdassa mainittu asumisessa syntyneen ja siihen rinnastettavan jätteen hyödyntäminen ja käsittely pois lukien ongelmajäte. Ulkoistaminen eri muodot ovat jätehuollossa laajasti käytettävissä, koska Jätelain 13.2 §:n nojalla kunta voi antaa sen yhteisön tai yksityisen yrittäjän hoi-

1118 HE 77/1993 s. 22.

dettavaksi¹¹¹⁹. Lisäksi JäteL 16.1 § edellyttää, että kuntien on tarvittaessa huolehdittava niille kuuluvasta jätehuollon järjestämisestä yhteistoiminnassa. Ympäristöministeriö on aloittanut jätelain kokonaisuudistuksen, jossa arvioidaan kuntien rooli jätehuollon järjestäjänä – kunnille ei tulisi uusia tehtäviä¹¹²⁰.

Yhä useampi kunta on profiloitunut entistä selvemmin palvelujen järjestäjäksi eikä tuottajaksi. Tässä uudessa tilanteessa talousarvioon varatut määrärahat ja niiden sitovuus verrattuna esimerkiksi TSS-oikeuksiin määrittelevään lainsäädäntöön voivat aiheuttaa ongelmia. Perustuslaissa ja kuntalaissa on mainintoja kuntien talousarvion sitovuudesta, vaikka kuntien itsehallinnon kannalta perusasia on toimintojen järjestäminen. Toisaalta kuntalaiset voivat vedota TSS-oikeuksiin lähinnä subjektiivisten oikeuksien ja oikeusperiaatteiden noudattamisen kautta.¹¹²¹

KuntaL 2 §:ssä ja STVOL 4 §:ssä on ulkoistamisen kannalta määritely kaksi keskeistä osa-alueetta. Näillä tarkoitan kuntalain mukaisia tehtäviä, joita ei voi ulkoistaa, ja STVOL:n mukaista määrittelyä siitä, miten kunta voi yleensä järjestää sosiaali- ja terveydenhuoltoon liittyvät tehtävät. Kuntalaki lähtee siitä, että kunta voi itse ratkaista, keneltä palvelun ottaa. STVOL:ssa taas määritellään tietty taso, jota on edellytettävä sosiaali- ja terveyspalveluja hankittaessa¹¹²². STVOL antaa kunnille lainsäädännöllisesti väljät puitteet järjestää palvelunsa¹¹²³, ja STVOL 4 §:n 1 mom antaa mahdollisuuden monenlaiseen sopimusperusteiseen palvelutuotantotapaan. Tästä esimerkkinä KHO:n päätös vuodelta 2002:

KHO:2002:75. Päätöksessä todettiin, että ostopalveluiden hoitopaikkamäärää arvioitaessa huomioitiin asumisen vaatimukset ja perusoikeudet. Kahden vieraan asiakkaan laittamista samaan huoneeseen ei pidetty hyväksyttävänä, eikä hoitopaikkamäärän kasvua voitu perustella taloudellisilla asioilla ostopalveluissa. KHO:n mukaan kyseistä yksityisiä sosiaalipalveluja antavan yksikön hoitopaikkamäärää arvioitaessa oli huomioitu yleiset asumisen vaatimukset ja asukkaiden perusoikeudet, kuten yksityisyyden suoja. Suurempaa hoitopaikkamäärää ei voitu perustella myöskään taloudellisilla seikoilla. Ulkoistamisessa painottuvat siis myös perusoikeudelliset asiat, jotka ovat kunnan vastuulla sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja ulkoistettaessa.¹¹²⁴

Oikeudellisesti ei ole kovinkaan yksiselitteistä, mikä on kunnan tehtävien hoitamisen ja järjestämisvelvollisuuden sisältö ja mitä voidaan ulkoistaa yksityiselle organille. Tällöin joudutaan palamaan julkisen vallan käyttämisen määritelmään ja arvioimaan sen sisältöä. Esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuollossa ei voida siirtää yksityiselle

1119 Ks. MAO 558/09. Kyseissä tapauksessa markkinaoikeus totesi, että Lappeenrannan kaupungilla oli oikeus ottaa JäteL 10.1 §:n pohjalta jätteen hyödyntäminen ja käsittely kunnan hoidettavaksi sekä 13.2 §:ään perustuen antaa tehtävät kuntien välisellä osakassopimuksella Etelä-Karjalan Jätehuolto Oy:lle.

1120 Ks. VM:n julkaisuja 21a / 2010 s. 53. Hallituksen esityksen uudesta jätelaista on arvioitu valmistuvan syksyllä 2010.

1121 Ks. Uoti 2003 s. 216.

1122 Ks. Harjula–Prättälä 2004 s. 134–136.

1123 Tuori on maininnut, että terveyden edistämismisvelvoitetta on perusoikeudellisena kysymyksenä kunnissa 1990-luvulla toteutettu kuntien talousarvioiden kautta. Tuori 2000 s. 203–204.

1124 Ks. myös L yksityisten sosiaalipalvelujen valvonnasta (603/1996).

palveluntuottajalle asiakasmaksusta päättämistä tai sosiaalisten etujen myöntämistä, koska ne sisältävät julkisen vallan käyttämistä.¹¹²⁵ Toisaalta julkisen vallan käyttö voi ilmetä monissa yksittäistilanteissa, kuten terveystalouden ulkoistuksissa lääkärin tehtävissä¹¹²⁶.

Kuten edellä tarkasteltiin, on sosiaalihuoltolaissa useita säännöksiä siitä, että kunnan on järjestettävä laissa tarkoitettuja palveluja tarpeen vaatimassa laajuudessa. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että kuntien sosiaalipalvelujen järjestämisen vaihtoehdot olisivat ennalta rajattuja ja määriteltyjä, vaan kunta voi esimerkiksi kilpailuttaa nämä palvelut. Palvelut, joissa kunnalla on erityinen järjestämisvelvollisuus ja kuntalaisilla subjektiivinen oikeus, ovat mm. alle kouluikäisen lapsen päivähoito, vaikeavammaisille tarkoitettut vammaispalvelulain etuudet, tietyt lastensuojelulain tukimuodot ja kehitysvammaisten erityishuolto.¹¹²⁷ Yksin palvelunjärjestämisvelvollisuus ei vielä synnytä subjektiivista oikeutta kuntalaiselle. Perustuslaissa mainittuja sosiaalisia oikeuksia ei voida tulkita niin, että sillä turvattaisiin tietty instituution kehittämä järjestelmä sellaisenaan, vaan kunnilla on mahdollisuus valita parhaat keinot, joilla se takaa kuntalaisilleen tarvittavat palvelut.¹¹²⁸

Perustuslakivaliokunnassa oli tutkittavana lakiehdotus kotihoidontuen pienentämisestä. Perustuslakivaliokunta totesi, että tuen tarkistaminen osaltaan varmistaa päivähoitopalvelujen riittävyyden ja vanhempien mahdollisuuden valita lapselleen kunnallisen päivähoidon sijasta muu haluamansa hoito. Toiseksi oli kiinnitettävä huomiota palvelun muotoihin ja niihin liittyviin tukijärjestelmiin. Valiokunta tulkitsi, että sosiaali- ja terveystalouteen liittyvä säännöstö ei turvaa yhtä tiettyä tapaa tarjota lasten päivähoitopalveluja, joten se ei myöskään anna erityistä suojaa lasten kotihoidon tukijärjestelmälle instituutiona. Perustuslaki edellyttää ainoastaan, että kyseistä palvelua on riittävästi. Vaikka kotihoidon pienennykset olivat tuntuvia, perustuslaillisesti keskeistä on lasten kotihoidon tuen valinnainen luonne kunnalliseen päivähoitoon nähden.¹¹²⁹

Jotta KuntaL 2.1 §:n ja KuntaL 2.3 §:n integraatio ulkoistamisnäkökulmasta aukenisi, on niitä heijasteltava konkreettisenä esimerkkinä siitä, miten kunta on veloitettu hoitamaan tiettyjä tehtäviä. Yhtenä yleisempänä KuntaL 2.1 §:n tarkoittamista laissa säädetyistä tehtävistä on terveystalouden järjestäminen. Hoitotakuun tuomat veloitteet, joita on mainittu KansanterveysL 15 b §:ssä ja ErikoisL 31 §:ssä. Ellei terveystalouden tai sairaanhoitopiiri kykene itse antamaan hoitoa hoitotakuun edellyttämässä

1125 Tuori 2004 s. 52–53. Huhtanen 2005 s. 128. Ks. laki sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksusta (1992/734) sekä asetus sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista (1992/912).

1126 Ks. M. Viljanen 2009 s. 150–152.

1127 Hallberg ym. 1999 s. 628. SosiaalihuoltoL 17 §:n 1–2 momentissa on määritelty, mistä kunnan on huolehdittava. Terveydenhuollossa on vastaavasti kuntien järjestämisvelvollisuus tuotu esille esimerkiksi kansanterveyslaissa ja erikoissairaanhoidolaissa. Nämä tuovat kuitenkin vain kiireellisissä tapauksissa suoranaisen oikeuden terveydenhuollon toimenpiteisiin.

1128 Hallberg ym. 1999 s. 628, 697.

1129 PeVL 11/1995 s. 2–3.

ajoissa, on sen hankittava hoito esimerkiksi yksityiseltä palveluntuottajalta¹¹³⁰. Tällöin ulkoistamisenäkökulmasta KuntaL 2.1 § voi myös *velvoittaa (pakollisissa tehtävissä) ja rajata sekä mahdollistaa (vapaaehtoisissa tehtävissä) tiettyjen lakisääteisten tehtävien* hoitamisen ulkoistettuna. Palvelun järjestämisestä vastuussa olevan organisaation tulee huolehtia *veloitteiden ajallisesta ja laadullisesta seurannasta*, eikä ulkoistaminen itsessään poista tätä vastuuta, joka on erityistoimialan pakollisissa tehtävissä liikuttaessa ehdoton ja välitön. Toisin sanoen sääntely on tietyiltä osin riippumatonta siitä, kuka palvelut tuottaa.

Ongelmaksi voi lakisääteisten tehtävien osalta tulla, miten kunta tietyn palvelun järjestäjänä edistää tasa-arvoa kunnan sisällä palveluiden saatavuuden näkökulmasta¹¹³¹. Erityislainsäädännössä on monia reunaehtoja siitä, millä edellytyksillä kunta voi KuntaL 2.1 §:n mukaisia pakollisia tehtäviä järjestää. Tällöin on kuitenkin huomioitava, mitä reunaehtoja eri säännökset ja hallinnon periaatteet asettavat. Kunnalla on monesti valvojan rooli, vaikka palvelusopimusta ei ole olemassa yksityisen ja kunnan välillä¹¹³². Toisaalta voidaan kysyä, *kuinka paljon kunnallista palvelujen järjestämistä voidaan säännellä* ja voidaanko ylipäätensä sääntelyä lisäämällä välttää kaikkia asiakkaan kannalta epäonnistuneita ulkoistamisia¹¹³³.

4.3.4.3 Yleisen toimialan tehtävät

Kun kunta punnitsee palvelun järjestämisen vaihtoehtoja ja markkinaehtoistaa toimintojaan, on KuntaL 2.1 §:n yleisen ja erityisen toimialan jaottelu keskeinen apuväline. Vanhassa kuntalaissa (953/1976) yleinen toimiala määriteltiin laajasti: ”kunnan asiana on hoitaa itsehallintoonsa kuuluvat tehtävät”. Säännöksen tarkoituksena oli, että kunnan yleinen toimiala määrittelee, mitä kunnan itsehallintoon on katsottava milloinkin kuuluvan¹¹³⁴. KuntaL 2.1 §:n määritelmästä ei löydy yleisen toimialan määritelmää, vaan se painottaa itsehallinnollista asemaa – toimialasäännöksen puuttumisen ja sanamuodon vaihtumisen ei ole katsottu muuttaneen sen sisältöä¹¹³⁵.

Hallituksen esityksessä on perusteltu, miksi yleistä toimialaa ei ole määritelty tarkemmin. Perusteluina on ollut, että yleinen toimialan sisällön ja laajuuden pitäisi pystyä joustavasti sopeutumaan yhteiskunnalliseen kehitykseen ja sen aiheuttamiin

1130 Kansanterveyslain 15 b §:n 1 momentissa on todettu, että terveydenhuollon ammattihenkilöstön pitää tehdä hoidon arvio kolmen arkipäivän kuluessa yhteydenotosta. Erikoissairaanhoidon tarpeen arviointi on aloitettava kolmen viikon kuluessa lähetteen saapumisesta. Kansanterveyslain 15 b §:n 2 momentin mukaan hoidon tarpeen arvioinnin yhteydessä todettu hoito tulee järjestää potilaan tila huomioiden kohtuullisessa ajassa, viimeistään kolmen kuukauden kuluessa hoidon tarpeen arvioimisesta. Kolmen kuukauden aika on kuitenkin mahdollista ylittää enintään kolmella kuukaudella, jos potilaan terveydentilaa ei vaaranneta. Määräajat eivät siis ole kaikissa tapauksissa yksiselitteisiä, vaan lääketieteellisen arvioinnin tekee lääkäri.

1131 Ks. SiVM 3/1998 s. 13–14.

1132 Tarkemmin asiasta on määritelty sosiaalihuoltolain kuudennessa luvussa sekä laissa ja asetuksessa yksityisestä terveydenhuollosta.

1133 oisaalta deregulaatiolla voitaisiin tarkoittaa monessa tapauksessa vain sitä, että kehityksessä palattaisiin taaksepäin ja korjattaisiin ne epäkohdat, joita sääntelyllä pyrittiin aluksi ehkäisemään. Tuori 1990 s. 8.

1134 HE 192/1994 s. 22–23.

1135 Vrt. Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 57; Harjula–Prättälä 2007 s. 107.

tarpeisiin.¹¹³⁶ Tällöin on helpompi tunnistaa senhetkisen oikeuskäytännön valossa se oikeudellinen kehikko, jossa liikutaan eli kuinka suuri liikkumavara kunnalla on. Samalla on tarkasteltava, kuinka yksityiskohtaisesti kyseisestä toiminnasta on säädelty.

Kunnan yleinen toimiala on yksi kunnallisen itsehallinnon keskeinen elementti¹¹³⁷. Yleiseen toimialaan kuuluvat tehtävät, jotka kunta omilla päätöksillään voi ottaa hoidettavakseen. Kunnan yleisestä toimialasta on säädetty hyvin joustavasti. Lain valmisteluvaiheessa on pohdittu yleisen toimialan liittyvien tehtävien sääntelyä. Suuntana on ollut, että yksittäistapauksissa hallintotuomioistuimet ratkaisevat, mitä tehtäviä kunta saa hoitaa. Toinen mahdollisuus olisi ollut säätää toimialan sisällöstä yksityiskohtaisesti. Ensisijaisesti yleislausekesääntelyssä toimialan kehitystä ohjaa kunta itse ja viime kädessä hallintolainkäyttö sekä tarkemmasta sääntelyssä lainsäätäjä.¹¹³⁸

Kunnan yleisen toimialan periaatteet pohjautuvat eri maiden, esim. Saksan ja Pohjoismaiden, kunnallislakeihin sisältyneisiin tehtäväpiiriin määritelmiin ja hallinto-oikeuden yleisiin periaatteisiin, kuten yhdenvertaisuus- ja tarkoituksenmukaisuusperiaatteisiin. Sen piiri voi olla melko laaja, koska se voi sisältää selvitys- ja tiedotustoimintaa, suunnittelua ja asumisen ja elinkeinotoiminnan edellytyksiä tukevaa toimintaa sekä kunnallisteknisten laitosten perustamisen ja niistä huolehtimisen¹¹³⁹.

Ulkoistamisen mahdollisuuksia voidaan lähestyä arvioimalla, mitä kunta voi tai sen pitää hoitaa. Toimialakomitea on todennut, että toimialan määräytymisessä keskeisintä on, mitä kunnan yleinen etu, tarkoituksenmukaisuus ja kohtuullisuusnäkökulmat, jos kunta hoitaisi asian¹¹⁴⁰. Kunnan tehtävien pitäisi olla yhteisiä ja yleishyödyllisiä, eli on tarkoituksenmukaista ja sopivaa, että kunta hoitaa tiettyä tehtävää. Voidaan kysyä, onko tietyn tehtävien hoitamisesta etua tai hyötyä kunnan tai kuntalaisten kannalta.¹¹⁴¹ Mäenpää on nähnyt, että julkisen tai yleisen edun sisältö ei ole kovinkaan yksiselitteinen ja sitä on vaikeaa määrittää kovin tarkasti¹¹⁴². Lisäksi perustuslakivaliokunta on todennut kuntien pakollisen yhteistoiminnan järjestelyjä arvioidessaan, että tarkastelussa merkitystä on annettu myös sille, onko järjestely supistanut oleellisesti yhteistoimintaan velvollisten kuntien yleistä toimialaa¹¹⁴³.

Kuntal 2 §:ssä määritellään kunnan yleisen toimialan rajat hyvinkin väljästi. Tästä johtuen KHO:n rooli ja merkitys korostuvat tietoisesti kuntien yleisen toimialan kulloisenkin rajojen näyttäjänä ja siihen liittyvän yhteiskuntakehityksen tulkitsijana. Yleisen ja erityisen toimialan jaottelu helpottaa samalla ulkoistamisten oikeudellista

1136 HE 192/1994 s. 21. Hallituksen esityksessä kuntalaiksi todetaan: ”Säännös olisi edelleen yleislausekkeenluonteinen. Tarkempia säännöksiä siitä, kuuluuko jonkin asian hoitaminen kunnan yleiseen toimialaan, ei ehdoteta erikseenkään annettaviksi, koska tällöin saattaisi vaarantua sen tärkeänä pidetyn periaatteen toteutuminen, että kunnan yleisen toimialan sisällön ja laajuuden tulee voida joustavasti sopeutua yhteiskunnassa tapahtuvaan kehitykseen ja sen aiheuttamiin tarpeisiin.” HE 192/1994 s. 21.

1137 Harjula–Prättälä 2004 s. 100. Toimialakysymyksen kanssa yhtä tärkeäksi näyttää nousevan toimivaltakysymys. Toimivallalla tarkoitetaan sitä, onko kunnalla tai sen viranomaisella tietty oikeudellinen kelpoisuus tiettyjen toimien suorittamiseen niin, että niillä on myös oikeusvaikutus.

1138 HE 192/1994 s. 21.

1139 Ks. Hannus–Hallberg 2000 s. 88.

1140 KM 1964 A 2 s. 18.

1141 Harjula–Prättälä 2004 s. 100–101.

1142 Ks. Mäenpää 2003 s. 22.

1143 PeVL 65/2002 s. 3; PeVL 11/1984 s. 2.

systematisointia, koska viime kädessä *KHO:n tulkinnan myötä määräytyy, mitä tehtäviä kunta voi yleisen toimialan puitteissa ottaa*¹¹⁴⁴. Yleisen toimialan laajuutta tarkasteltaessa on myös huomioitava hallinnossa noudatettavat yleiset periaatteet, joita ovat hallinnon toissijaisuus, hallinnon sopeutuminen yhteiseen kokonaisuuteen ja sen etujen huomiointi, hallinnon nojautuminen yleisiin perusteisiin sekä tasapuolisuuden ja yleisen tarkoituksenmukaisuuden vaatimus¹¹⁴⁵.

Toimialafunktiota voidaan lähestyä myös käänteisesti: voisiko toimialajaottelu itsessään rajoittaa ulkoistamisia. On vaikea löytää perusteita ulkoistamisen rajoittamiselle erityiseen tai yleiseen toimialaan vetoamalla, koska KuntaL 2 §:n mukaan kunta voi tehtävien hoitamiseksi hankkia palveluja toisilta palveluntuottajilta.¹¹⁴⁶ Lainsäädäntö rajoittaa myös sellaisten toimintojen ulkoistamista, jotka eivät kuulu kunnan toimialaan. Toiseksi kilpailurajoitteita voi liittyä myös sellaisiin osittaisulkoistamisiin, joissa kunta on tavalla tai toisella osallistunut toiminnan tukemiseen tai rahoittamiseen ja kyseinen toiminta rajoittaa vapaata kilpailua tai ei kuulu kunnan yleisen toimialan piiriin. Oikeustieteellisessä keskustelussa on myös tuotu esille se, että hallintotuomioistuimet puuttuvat liian herkästi tarkoituksenmukaisuusperiaatteen piirissä oleviin asioihin.

Kunnan toimialasta eli tehtävistä säädetään KuntaL 2.1 §:ssä. Lauseke kunnan tehtävistä on määritelty nykyisessä kuntalaissa samalla tavalla kuin edellisessä. KuntaL 2.1 §:n määritelmä, että kunta hoitaa itsehallinnon nojalla itselleen ottamansa tehtävät, jättää monelta osin avoimeksi, mitä nämä tehtävät ovat. Sääntelyn perusteena on ollut, että se korostaa jokaisen kunnan omaa itsehallintoa.¹¹⁴⁷

Arvioitavaksi tulee, voidaanko kunnan tiettyjen tehtävien ulkoistamisille hakea tukea KuntaL 2 §:stä, jossa painotetaan kunnan roolia hoitaa itsehallinnon nojalla itselleen ottamia ja sille laissa annettuja tehtäviä. KuntaL 2 §:n voidaan katsoa osaltaan mahdollistavan ja luovan edellytyksiä ulkoistaa tiettyjä palvelutehtäviä etenkin silloin, kun kunta ei voi tuottaa niitä tehokkaasti ja laadukkaasti itse. Toisaalta tietyn toiminnan ulkoistaminen ei aina ole mahdollista, jos se ei kuulu kunnan toimialaan. KHO on ratkaisussaan vuodelta 2006 todennut, että omakotitalojen rakentaminen ei kuulu kunnan yleiseen toimialaan.

*KHO 26.7.2006/1820. Kunnanvaltuusto oli talousarviossaan varannut määrärahan kahden omakotitalon rakennuttamiseen myyntiä varten. KHO ei katsonut kunnan esittäneen sellaisia työllisyyden hoitamiseen liittyviä taikka elinkeinopoliittisia tai muita erityisiä syitä, että omakotitalojen rakennuttaminen elinkeinotoimintana olisi kuulunut kunnan yleiseen toimialaan. Kunnanvaltuuston katsottiin ylittäneen toimivaltansa ja kunnanvaltuuston päätös kumottiin.*¹¹⁴⁸

KHO:n päätös on oikeudellisesti mielenkiintoinen, koska ainakin välillisesti kysymys on myös kunnan toiminnan osittaisulkoistamiseen kuuluvasta rajanvedosta, jos

1144 Esim. KHO:2002:42.

1145 HE 192/1994 s. 21.

1146 Ks. Ryyänen 1986 s. 74–75.

1147 HE 192/1994 s. 23–24.

1148 Vrt. Harjula-Prättälä 2007 s. 107.

kyseisen oikeustapauksen mukainen toiminta luettaisiin kunnan yleiseen toimialaan. Toiseksi KHO on kyseisessä tapauksessa linjannut kunnan yleisen toimialan rajoja, mikä osaltaan selkiyttää, millainen toiminta oikeuskäytännön mukaisesti kuuluu kunnan yleiseen toimialaan.

Kunnilla on mahdollisuus ulkoistaa monenlaista toimintaa yksityisoikeudellisille tahoille, joiden ei tarvitse noudattaa kaikilta osin samoja säännöksiä kuin kunnan. Jos samalla annetaan yksityiselle toimijalle monessa kohtaa harkintavaltaa, jota ei ole tarkasti määritelty, saattaa kuntalaisten oikeusturva heikentyä¹¹⁴⁹. *Kunnan ulkoistamiselle on yleisen ja erityistoimialan puitteissa monia reunaehtoja, ja kunta ei voi yleisen toimialankaan puitteissa lähteä ulkoistamaan toimintaansa miten tahansa*¹¹⁵⁰. Oikeustapauksista ja oikeuskirjallisuudesta on johdettavissa, että sellainen kunnan ulkoistaminen ei tulisi oikeudellisesti olemaan kestäväällä pohjalla, jossa kuntalaisten yhdenvertaisuus tai muiden elinkeinoharjoittajien toiminta rajoittuisi tai toiminta olisi muuten kunnan edun vastaista.

Oikeudelliseksi rajanvedoksi tulee eri ulkoistamismuodoissa etenkin yleisen toimialalla liikuttaessa, missä roolissa kunta tietyissä tapauksissa on, jolloin on arvioitava elinkeinoharjoittaja käsitteen tulkintaa¹¹⁵¹. Toisaalta kunta voi olla myös elinkeinoharjoittaja. Elinkeinoharjoittajan käsite on kilpailunrajoituslaissa laaja ja laajentunut viime vuosikymmenien aikana¹¹⁵². Keskeistä on, kuinka laajaa, suunnitelmallista ja ammattimaista osittaisulkoistetun organin toiminta on, jotta sitä voitaisiin pitää elinkeinotoiminnan harjoittamisena¹¹⁵³. Seuraava oikeustapaus selventää osaltaan rajanveto-ongelmaa:

KHO:2008:40. Kyseisessä tapauksessa jouduttiin arviomaan, kuuluuko autokoulu-toiminta ammatillisen koulutuksen kuntayhtymän toimialaan. Kuntayhtymän yleistä toimialaa on Kuntal 86.1 §:n mukaisesti arvioitava samoin perustein kuin kunnan yleistä toimialaa. Kuntayhtymän osalta yleisen toimialan ulottuvuutta rajoitti myös perussäännöksen koulutustehtävä. Kuntayhtymän oikeutta ottaa hoidettavakseen tehtäviä rajoittavat samalla kuntalain säännökset kunnan yleisestä toimialasta ja toisaalta sen perussäännöstä ilmenevä koulutustehtävä.

Tapauksessa oli kysymys siitä, onko kuntayhtymä julkisyhteisönä niin sanotun hallinnon toissijaisuusperiaatteen vastaisesti ryhtynyt harjoittamaan yksityisen sektorin vastuulle perinteisesti kuuluvan autokoulutoiminnan kanssa kilpailevaa toimintaa. Toiminnalla ei pyritty voiton tavoitteluun eikä tarkoituksena ollut liiketaloudellisen tuloksen parantaminen. Hakemuksen perusteena oli kuntayhtymän koulutustoimintaan liittyvien resursien järkevä käyttö. Autokoulutoiminta ei ollut hakemuksen perusteella laajamittaista, yksityiseen autokoulutoimintaan rinnastettavaa, merkittävästi kilpailevaa tai kaupalliselta pohjalta harjoitettavaa. Toiminnan aloittamisesta ei

1149 Tala on maininnut, että harkintavallan lisääntyminen yksityistämässä voi heikentää kansalaisten oikeusturvaa. Tala 1986 s. 299.

1150 Ks. HE 192/1994. Vrt. KHO 1988 II 24. Oikeustapaus ei liity välittömästi ulkoistamiseen, mutta otetaan kantaa kuntalaisten yhdenvertaiseen kohteluun.

1151 Ks. HE 148/1987; Ks. myös HE 162/1991 s. 3–6, 9.

1152 HE 148/1987 s. 16; Kuoppamäki s. 2000 s. 42; Määttä 2004 s. 58.

1153 Ks. esimerkiksi KHO:2002:54.

*aibeutunut kustannuksia eikä taloudellisia riskejä eikä kyse ollut suoran tuen antamisesta. Tavoitteena oli myös parantaa olemassa olevien resurssien käyttöä sekä parantaa koulutuksen houkuttelevuutta. KHO:n päätöksen mukaan yhtymähallituksen päätös ei ollut lainvastainen, koska hakemuksessa tarkoitettu toiminta kuuluu kunnan yleiseen toimialaan eikä vääristä kilpailua muutoin lainvastaisella tavalla.*¹¹⁵⁴

Osittaisulkoistuksissa joudutaan punnitsemaan, mitä yleisen edun mukaisten tarpeiden sisältöön kuuluu¹¹⁵⁵. Taustaa voidaan hakea siitä, mitä kunnallisen itsehallintoon katsotaan kuuluvaksi sekä mitä kilpailulainsäädännölliset rajoitteet huomioiden ja vallitsevan oikeuskäytännön mukaan voidaan nähdä kohtuulliseksi¹¹⁵⁶. Ensimmäiseksi oikeudelliseksi rajanvedoksi muodostuu ulkoistamisten eri muodoissa, kuinka paljon (tai pitkälle vietyjä) ja minkä sisältöisiä tehtäviä kunta voi antaa muille niin omille kuin vapaille markkinoilla toimiville orgaaneille niin, että kuntalaisten oikeudet eivät vaarannu ja kaikki säännösten edellyttämät velvoitteet tulevat täytettyä. Toiseksi yleisellä toimialalla liikuttaessa tehtäviä hoitavan orgaanimuoto on jo yksi keskeinen tekijä, koska sen perusteella määräytyy, mitä säännöksiä kyseisen orgaanin on noudatettava ja kuinka hyvin kunta pystyy vaikuttamaan sen toimintaan tai valvomaan sitä.

Laaja ja joustava kunnan toimialan tulkinta on tuonut kuntien erilaisille ratkaisuille tarvittavaa tilaa. Erityisen ongelmallisena voidaan nähdä sellaiset kuntien sitoumukset tai muut vastaavanlaiset riskit, jotka ovat selvästi ylimitoitettuja kunnan taloudellisiin ja muihin voimavaroihin. Tällöin on huomattava, että kunnan toimialaan ei kuulu sellaisten riskien ottaminen, jotka realisoituessaan voisivat vaarantaa koko kunnan toiminnan.¹¹⁵⁷ Ulkoistamisten osalta tämä koskettaa erityisesti osittaisulkoistuksia, kuten kunnallisia yhtiöitä. Toimintaympäristön nopea muutos vuosikymmenen vaihteessa on tuonut entistä epävakaa olosuhteet kunnille, jolloin kaikissa mittavissa ulkoistuksissa on huomioitava taloudelliset ja muut riskit, joita on punnittava kunnan toimialan näkökulmasta.

Asia on kuitenkin hyvin monimutkainen oikeudellisesti, jos ulkoistaminen käsitteenä laajennetaan kattamaan myös osittainen ulkoistaminen¹¹⁵⁸. Tällöin kunnan tulisi osittaisissa ulkoistamisissa huomioida, että sen ei kuulu lähteä ottamaan suuria riskejä ulkoistuksissa edes silloin, kun suurin osa palveluista tuotettaisiin kunnalle yhtiön kautta¹¹⁵⁹. Jos kunnallinen yhtiö, jolle tiettyjä tehtäviä osittaisulkoistetaan, joutuu liikkumaan hyvin suuren taloudellisen riskin alueella tai osittaisulkoistaminen muuten aiheuttaisi epäterveitä piirteitä markkinoilla, toiminta ei olisi laillisesti kestävällä pohjalla.

KuntaL 1.3 §:n mukaan kunnan on pyrittävä edistämään asukkaidensa hyvinvointia ja kestävää kehitystä. Silloin kun liikutaan yleisen toimialan rajapinnassa tai

1154 KuntaL 76.4 ja 78–86 §:issä säännellään kuntayhtymimistä.

1155 Yleisen edun määritelmää on käsitelty tarkemmin luvussa 5.2.

1156 Ks. HE 192/1994 s. 21–22; Sallinen 2007 s. 377.

1157 HE 192/1994 s. 24.

1158 Tällä tarkoitetaan sitä, että kunta voi esimerkiksi ulkoistaa toimintojaan yhtiölle, jonka se omistaa kokonaan tai osittain. Tällöin kunta voi joutua vastamaan veloista omistajana esim. konkurssitilanteessa.

1159 Mennola on todennut, että taloudellinen riski on hyvin ongelmallinen ja sitä on hankalaa sovittaa yhteen kuntien itsehallinnon oikeusperiaatteiden kanssa. Mennola 2002 s. 67.

uusissa toimintamuodoissa, joista on vähän kokemusta, joudutaan myös tulkitsemaan KuntaL 1.3 §:n sisältöä. Voidaan katsoa, että kyseinen säännös ei välittömästi rajoita tai mahdollista ulkoistamisia vaan säännöksen tavoitteellisuudesta johtuen se vaikuttaa lähinnä harkintavallan käyttämisen kokonaistulkintaan yhdessä muiden normien kanssa. Säännös on nähty oikeudellisesti ohjelmalliseksi ja julistuksen omaiseksi ilman selvää oikeudellista painoarvoa¹¹⁶⁰. Kyseinen kohta voidaan kuitenkin käsittää myös siten, että se sisältää itsehallinnon kannalta keskeisen tehtävän¹¹⁶¹. Kunnalla ei näin ole mahdollisuutta lähteä suurilla osakkuuksilla mukaan sellaiseen merkittävään osittaisen ulkoistettavan palvelun tuottamiseen, joissa riskit ovat merkittäviä¹¹⁶². Tällöin osittaisulkoistuksissa voi olla kysymys spekulatiivisen liiketoiminnan harjoittamisesta.

Jos kunta harjoittaa osittaisulkoistuksissa spekulatiivista liiketoimintaa, joudutaan toiminnan harjoittamisen rajoja hakemaan korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytännön kautta. Keskeistä on, onko kunnan toiminnalle olemassa hyväksyttävä syy ja ottaako kunta suoranaista yrittäjäriskiä¹¹⁶³. Yksittäisissä tapauksissa joudutaan aina punnitsemaan, täytyvätkö edellä mainitut edellytykset ja kuinka suuriksi mahdolliset riskit muodostuvat. Toiseksi KuntaL 2.1 §:n yleisen toimialan laajuuden tulkinta antaa oikeudellista pohjaa ulkoistuksen eri muotojen arvioimiselle.

Sääntelyn tarkkuus vaikuttaa siihen, kuinka paljon ulkoistamisessa joudutaan punnitsemaan eri oikeussäännöksiä. Jos ulkoistaminen koskettaa vain tiettyä kunnan elinkeinotoimintaan liittyvien palvelujen ostoa, on kunnalla hyvin suuri liikkumavara sopia palvelun tuottajan kanssa miten, koska ja missä muodossa palvelut tuotetaan. Toisin sanoen jos liikutaan kunnan yleisen toimialan puolella eikä kyseiseen toimintaan kohdistu muita erityisvaatimuksia, on kunnan harkintavalta ulkoistetun toiminnan osalta laajempaa. Huomionarvoista on, että vaikka palveluntuottajalle on lähtökohdaisesti kunnan yleiseen toimialaan liittyvissä ulkoistuksissa laajempi liikkumavara, on kunnan sääntely-, ohjaus- ja valvontaoikeudella myös tärkeä merkitys yleisen toimialan ulkoistuksissa.

Hallinnon toissijaisuudella tarkoitetaan sitä, että kunta ei vapaaehtoisella toiminnallaan pyri laajentamaan toimintaansa sellaisille alueille, joita yritykset ovat hoitaneet¹¹⁶⁴. Hallinnon toissijaisuus on saanut uutta merkitystä yksityistämiskehityksen myötä¹¹⁶⁵, joten voidaan ajatella, että hallinnon toissijaisuus tukee myös sellaisten palvelujen ulkoistamista, joita yritykset ovat perinteisesti hoitaneet. Lainsäädännön kehityksessä, erityisesti lisääntyneiden EU-oikeuden säännösten ja oikeuskäytännön valossa, näyttää painottuvan suuntaus, jonka mukaan kunnan mahdollisuuteen lähteä yleisen toimialansa puitteissa sellaiselle kunnan kannalta uudelle toimialueelle, jossa on jo yksityistä kilpailua, on suhtauduttava pidättyväisesti.

Oikeustieteellisissä sopimusdiskursseissa ei kunnan toimialan käsitys ole muovautunut tarpeeksi homogeenisesti, ja eri oikeudenoilla eri aikoina toimialan käsitteellä

1160 Heuru 2003 s. 317; Harjula–Prättälä 2004 s. 95.

1161 Mäkinen 2004 s. 26.

1162 HE 192/1994. s. 74.

1163 Ks. KHO 1986 II 23; KHO 1960 II 10. Spekulatiivista toimintaa ovat käsitelleet myös Heuru 1995 s. 69; Harjula–Prättälä 2004 s. 111.

1164 Heuru 1995 s. 68; Harjula–Prättälä 2004 s. 105.

1165 Ks. Rasinmäki 1997 s. 45–46, 188.

voidaan tarkoittaa hieman eri asioita. *Kunnan toimialan objektiivien määritelmän perusteena on, mitä aina senhetkiseen yhteiskunta- ja oikeuskäsitykseen nojaten voidaan nähdä kuuluvan kunnan toimialaan*¹¹⁶⁶. Kyseisestä rajanvedosta:

*KHO 1.12.1999/389. Yleiseen toimialaan liittyvä rajanveto voi tulla eteen myös siten, että kunta on perustamassa yhtiötä yksityisen organin kanssa. Silloin tulee arvioitavaksi, onko kunnalla mahdollisuutta käyttää julkisia varoja yksityisen yrityksen hyväksi yleisen edun näkökulmasta. KHO totesi ratkaisussaan, ettei yhtiötä ollut perustettu huolehtimaan tehtävistä yleisen edun tarkoituksessa ilman teollista tai kaupallista luonnetta vaan kysymyksessä oli ainoastaan tietyn yrityksen hankkeen taloudelliseksi mahdollistamiseksi tehdystä järjestelystä, jonka tarkoituksena oli edistää ainoastaan tämän yrityksen toiminnan edellytyksiä. Kysymys oli kunnan yleisen toimialan säännöksen laajuudesta, ja kyseisessä tapauksessa KHO:n mukaan ei ollut mahdollista, että kunta käyttää varoja yksityisen yrityksen hankkeen toteuttamiseen.*¹¹⁶⁷

Vakiintuneeksi tulkinnaksi on muovautunut kunnan yleisen toimialan osalta se, että kunnalla on mahdollisuus useimmissa tilanteissa antaa tehtäviä kunnan organisaation ulkopuolelle. Kunnallishallinnossa on huomioitava palvelujen tuottamistapoja mietittäessä, että objektiviteetti- ja yhdenvertaisuusperiaatteen lisäksi kunnan asukkailla täytyy olla mahdollisuus vaikuttaa palveluiden tuottamiseen ja järjestämiseen.¹¹⁶⁸ Kunnan on mahdollista hakea oikeutusta tietyille yleisen toimialan mukaisille ulkoistusmuodoille, kunhan samalla huomioidaan yhdenvertaisuusnäkökulmat ja spekulatiivisen liiketoiminnan kielto sekä kunnan yleinen etu¹¹⁶⁹. Kuten edellä todettiin, on erityistoimiala laajentunut, mutta samalla myös yleisen toimialan merkitys on noussut keskeiseksi erityisesti kunnan itsehallinnon sisällön määrittelyssä. Eri ulkoistamismuodoissa yleinen toimialan pienentyminen ja ahtaampi tulkinta supistaa myös eri ulkoistusmuotojen käyttöä.

4.3.5 Tehtävät, joita ei voida ulkoistaa

Palveluiden tuottamistavan valinta on aina viime kädessä valtuuston päätettävissä oleva asia, ja oikeusnormien pitäisi kaikissa tilanteissa turvata kuntalaisten perusoikeudet riippumatta palveluntuotantotavasta. Palveluiden järjestämistä ja tuottamista ohjaavien säännösten tehtävänä ei ole kuitenkaan ohjata paikallista demokraattista päätöksentekoa tiettyyn malliin vaan asettaa rajat erilaisille päätöksille.

Arvioitaessa sitä, mitä voidaan ulkoistaa, pitää kokonaiskuvan hahmottamiseksi palata julkisen vallan ja julkisen hallintotehtävän käsitteisiin. Perustuslain 22 §:n mukaan julkiselta vallalta edellytetään myös entistä aktiivisempaa roolia perusoikeuksien turvaamisessa. Perusoikeuksien painotukset ja sisällöllinen tulkinta ovat kuitenkin vaihdelleet eri vuosikymmeninä.¹¹⁷⁰ Julkisen vallan käyttämistä vaativia julkisia hallin-

1166 Hannus 1987 s. 72.

1167 Ks. myös KHO:2005:63.

1168 Ryynänen 1987 s. 9–10; Rasinmäki 1997 s. 218, 221.

1169 Vrt. Heuru 2007 s. 108; Mennola 2002 s. 58–63.

1170 Ks. Husa 2004 s. 98–99; Hidén 1999 s. 23–24.

totehtäviä ei voi ulkoistaa. Nämä tehtävät vaativat kunnan päätösvalan käyttämistä, ja jo niiden valmisteluvaiheessa tarvitaan usein kunnallisen toimielimen käsittelyä. Julkisten hallintotehtävien hoitamiselta vaaditaan tiettyä julkista luotettavuutta ja virkavastuuta.¹¹⁷¹

Hallintotehtävän luonne on ratkaiseva, koska hallintotehtäviä voidaan perustuslain 124 §:n mukaan antaa yksityisille orgaaneille vain tietyin edellytyksin. KuntaL 44.2 § edellyttää, että tehtävä, jossa käytetään julkista valtaa, on hoidettava virkasuhteessa. Tällöin kunta ei voi ulkoistaa sellaisia hallintotehtäviä, joihin sisältyy julkisen vallan käytön muodossa valmistelua tai täytäntöönpanoa tai jotka koskettavat yksilön etua tai oikeutta. Rajanvedoksi muodostuvat erityisesti sosiaali- ja terveydenhuollossa sellaiset toimenpiteet, joissa on kysymys perustuslaissa tarkoitetuista yksilön perusoikeuksista. Seuraavaksi lähestytään myös konkreettisten esimerkkien kautta sellaisia tehtäviä, joita kunta ei voi ulkoistaa.

KuntaL 2.3 § määrittelee, että kunta hoitaa lakisääteiset tehtävät itse tai yhteistoiminnassa muiden kuntien kanssa. Tämän pykälän sisältö on ulkoistamisen näkökulmasta tulkittava myös sellaisten lakisääteisten tehtävien hoitamisen yleisenä ulkoistamiskieltona, joita ei voida lain nojalla antaa kunnan tai viranomaisorganisaation ulkopuolelle. Lisäksi tarkastelussa on hyvä erottaa KuntaL 2.2 §:n määrittelemä julkinen tehtävä julkisista palveluista. Julkisessa tehtävässä on kyse kunnan viranomaistoimintaan liittyvästä tehtävästä, joka voidaan tietyin edellytyksin antaa oman organisaation ulkopuolelle.¹¹⁷² Tällöin kunta voi antaa tai ottaa sopimuksella hoidettavaksi tiettyjä toimeksiantotehtäviä toiselle julkisen hallinnon yksikölle. Kyseiset tehtävät voivat olla muita kuin kunnan itsehallintoon kuuluvia tehtäviä.¹¹⁷³ KuntaL 2.2 §:n tarkoittamia tehtäviä, kuten vaaleihin liittyviä tai talous- ja velkaneuvonnan tehtäviä, ei voida ulkoistaa eikä vastuuta voida siirtää yksityiselle organalle.

Ensimmäisenä kokonaisuutena ovat sellaiset viranomaistehtävät, joita ei ole mahdollista ulkoistaa eli KuntaL 2.1 §:ään liittyvien tehtävien hoitaminen ja järjestäminen. Kunnan järjestämisvastuun mukaan kunnalla ei ole mahdollisuutta delegoida valvontaa, päätöksentekovaltaa eikä vastuuta¹¹⁷⁴. Hallituksen esityksessä hallintolaiksi määriteltiin, että hallintoasioihin kuuluvat viranomaistoiminta, hallinnollisen ratkaisun tekeminen, hakemuksiin liittyvät asiat sekä muut etuutta ja oikeutta koskevat asiat. Asianosaisen määritelmää ei haluttu rajata suppeaksi, vaan se koskisi myös hallintosopimusta sekä etenkin sellaisia asioita, joissa päätetään jonkun edusta, oikeudesta tai velvollisuudesta.¹¹⁷⁵

Ensimmäisenä esimerkkinä voidaan tarkasteluun ottaa sosiaali- ja terveydenhuollon tehtävät. KansanterveysL 14 §:ssä on lueteltu, mitä kunnan tehtäviin kuuluu. Näitä tehtäviä tai vastuuta tehtävien hoidon järjestämisestä tai organisoinnista kunta ei voi ulkoistaa. Sosiaalihuoltolain 13.1 §:ssä todetaan, että kunnan tehtäviin kuuluu huolehtia sosiaalihuollon tehtävistä sensisältöisenä ja siinä laajuudessa kuin on säädetty.

1171 Sutela 2003 s. 77; Ks. Heuru 2000a s. 333.

1172 PeVL 7/1994 s. 1. Perustuslakivaliokunta on lausunut, että yhdenvertaisuussäännöstä on tulkittava niin, että se sisältää myös kunnallisten palvelujen tuottamisen. PeVM 25/1994 s. 7.

1173 HE 192/1994 s. 23.

1174 KM 1993:33 s. 330.

1175 HE 72/2002 s. 45, 62–63.

Kyseisen sosiaalihuoltoL 13.1–2 §:n mukaisten seitsemän tehtävän hoitamista ja valvontaa kunta ei voi ulkoistaa.

Kunnilla on vastuu erikoissairaanhoidon järjestämisestä. ErikoisL 3.1 §:n mukaisesti jokaisen kunnan on kuuluttava johonkin sairaanhoitopiiriin, jonka kunta voi itse päättää. KansanterveysL 27 § ja ErikoisL 10 § edellyttävät kumpikin samansisältöisesti, että kunnan (kuntayhtymän) on kansanterveystyötä (erikoissairaanhoidopalveluja) suunnitellessaan ja kehittäessään yhteistyössä sairaanhoitopiiriin (terveyskeskusten) kanssa toimittava siten, että kansanterveystyö ja erikoissairaanhoido muodostavat toiminnallisen kokonaisuuden. Kyseisiä tehtäviin liittyviä vastuita tai viranhaltijoita ei voida myöskään ulkoistaa.

PelastustoimiL 3 § sisältää säännöksiä kunnan pelastustoimen tehtävistä ja pelastustoimen järjestämisestä. Kunnan vastuulla on vastata pelastustoimesta alueellaan ja huolehtia siihen kuuluvista tehtävistä, kuten ylläpitää väestönsuojelun valmiutta, sovittaa yhteen eri viranomaisten ja pelastustoimeen osallistuvien muiden tahojen tehtäviä sekä huolehtia palotarkastuksista ja muusta onnettomuuksien ehkäisystä, henkilöstön kouluttamisesta sekä valistuksesta ja neuvonnasta.

PelastustoimiL 4 §:ssä (2009/1423) on määritelty pelastusviranomaisista ja viranhaltijoista sekä alueen pelastustoimen asianomainen monijäseninen toimielin¹¹⁷⁶. Useiden pelastuslaissa mainittujen tehtävien hoitamiseen vaaditaan viranomainen, jolle laissa annettuja ehkäisy- ja tarkastustehtäviä tai vastuuta ei voi ulkoistaa. PelastustoimiL 36.1 §:ssä on todettu, että palotarkastuksen voi suorittaa vain alueen pelastusviranomainen. Toisaalta nuohouksen järjestämisestä on määritelty PelastustoimiL 39 §:ssä, jonka mukaan alueen pelastustoimi päättää nuohouspalvelun järjestämisestä. PelastustoimiL 39.2 §:n toisen kohdan mukaan alueen pelastustoimi voi hankkia nuohouspalvelut muulta palveluntuottajalta.

Kaikissa ulkoistuksissa on yleisesti nähtävä, että sellaisia viranomaistehtäviä ei voida ulkoistaa, joissa on kyse perus- ja ihmisoikeuksista tai joissa julkisella vallalla on velvollisuus huolehtia niiden turvaamisesta. Tällaisena konkreettisenä esimerkkinä voidaan mainita lupapäätökset ja valvontatehtävät. Palveluntuottajien kelpoisuuden arvioinnissa voidaan yksittäisissä tilanteissa joutua nojautumaan tarkoituksenmukaisuusharkintaan, jolloin eri ratkaisuvaihtoehtojen välillä on haettava tulkinnalle tukea esimerkiksi lakien esitöistä, erilaisista virallisjulkaisuista ja aikaisemmasta oikeuskäytännöstä.

Kuntal 44.2 §:n mukaan kunnan on perustettava virka sellaisia viranomaistehtäviä varten, joissa käytetään julkista valtaa. Kuntalain lainvalmisteluasiakirjoista ilmenee, että viranomaistehtävien hoitaminen liittyy julkisen vallan käyttämiseen¹¹⁷⁷. Valiokunta on korostanut, että opetushenkilöstön tulisi olla virkasuhteista, koska oppilaitoksissa käytetään julkista valtaa esimerkiksi oppilaaksi otettaessa, kurinpidossa, oppilasarvostelussa ja tutkintojen hyväksymisessä.¹¹⁷⁸ Kaikkia samoja tehtäviä ei voida antaa työsuhteisen opettajan vastuulle. Julkisen vallan käsite muodostaa rajan oppilaiden ja heidän huoltajiensa näkökulmasta. Keskeiseksi ei siten muodostu organimuoto vaan se, mitä tehtäviä on annettu ja kuka niistä viime kädessä vastaa.

1176 Ks. HE 111/2001 s. 13–14.

1177 Ks. HaVM 18/1994; HE 192/1994.

1178 HaVL 8/1998 s. 3.

Toiseksi tarkastelua voidaan tarkentaa viranomaistehtävien lisäksi kunnallisten toimielinten tehtäviin. KuntaL 16.1 §:n mukaan hallinnon järjestämiseksi valtuusto hyväksyy tarpeelliset johtosäännöt, joissa määrätään kunnan eri viranomaisista sekä niiden toiminnasta, toimivallan jaosta ja tehtävistä. KuntaL 17 § määrittelee kunnan toimielimet (valtuuston lisäksi kunnanhallitus, lautakunnat ja johtokunnat, niiden jaostot sekä toimikunnat), joita valtuusto voi asettaa pysyväisluonteisten tehtävien hoitamista varten. Kansanterveyslaissa (66/1972) ja sosiaalihuoltolaissa (710/1982) on kuntalain sanamuodosta poikkeavia säännöksiä hallinnon järjestämisestä. KansanterveysL 6.1 §:ssä ja SosiaalihuoltoL 6.1 §:ssä säädetään, että kansanterveystyön ja sosiaalihuollon toimeenpanoon kuuluvista tehtävistä huolehtii kunnan määräämä monijäseninen toimielin. Sama toimielin huolehtii myös niistä tehtävistä, jotka on säädetty terveyslautakunnan, terveydenhoitolautakunnan tai sosiaalilautakunnan tehtäväksi. Erityislainsäädännössä ei enää kuitenkaan säädetä itse lautakuntahallinnon järjestämisestä¹¹⁷⁹.

Kansanterveyslain mukaan kansanterveystyötä ja sosiaalihuoltolain mukaan sosiaalihuoltoa koskevia sellaisia viranomaistehtäviä, jotka on määritelty toimielimen tai viranomaisen hoidettavaksi, ei voi ulkoistaa. KansanterveysL 5.3 §:n mukaisesti ympäristöterveydenhuolto ja työterveyshuolto voidaan tuottaa kuntayhtymän tai muuten alueellisen yhteistyön kautta. Ulkoistuksen rajoitus koskee vain viranomaiselle tai toimielimelle säädettyjä ohjaus-, valvonta-, edustamis- ja päätöksenteko-oikeuksia.

Kuntien sosiaali- ja terveydenhuollon tehtävien ulkoistamiskieltoa arvioitaessa joudutaan tarkastelemaan, mitä kansanterveystyöllä ja sosiaalihuollolla tarkoitetaan sekä mikä on viranomaistehtävien sisältö. KansanterveysL 1 §:ssä kansanterveystyöllä tarkoitetaan ”yksilöön, väestöön ja elinympäristöön kohdistuvaa terveyden edistämistä sairauksien ja tapaturmien ehkäisy mukaan lukien sekä yksilön sairaanhoitoa”.

SosiaalihuoltoL 1 §:ssä on vastaavasti todettu, että sosiaalihuollolla tarkoitetaan ”sosiaalipalveluja, toimeentulotukea, sosiaaliavustuksia, sosiaalista luottoa ja niihin liittyviä toimintoja, joiden tarkoituksena on edistää yksityisen henkilön, perheen sekä yhteisön sosiaalista turvallisuutta ja toimintakykyä.” Sellaiset kunnan lakisääteiset tehtävät, joiden toimeenpanosta kansanterveysL 6 §:n ja sosiaalihuoltoL 6 §:n tarkoittamat toimielimet on säädetty huolehtimaan, on määritelty kansanterveyslaissa ja sosiaalihuoltolaissa sekä sosiaali- ja terveydenhuollon erityislaeissa¹¹⁸⁰. Lisäksi on erityisesti ulkoistuksissa huomioitava, että yksityisestä terveydenhuollon ja yksityisten sosiaalipalvelujen valvonnasta annetun säännöksiin pohjautuen kyseiset toimielimet ovat kunnissa yksityisten palvelujen valvontaviranomaisia.

Lastensuojelun järjestäminen oli annettu lastensuojelulaissa (417/2007) kunnan tehtäväksi. Kunnan järjestämään lastensuojelulain mukaiseen toimintaan sovelletaan sosiaalihuoltolain ja STVOL:n säännöksiä. LastensuojeluL 11.3 §:ssä on viitattu SosiaalihuoltoL 6.1 §:n vastaavaan toimielimeen, joka vastaa toimeenpanoon liittyvistä tehtävistä ja muusta yhteistyöstä laissa määritettyjen tahojen kanssa palvelujen järjestämiseksi ja tarvittavan asiantuntemuksen turvaamiseksi. Kyseisiä toimielimen tehtäviä ei voida myöskään ulkoistaa. Laissa lasten päivähoidosta 11.3 §:n (1330/2006) viittaa

1179 Harjula–Prättälä 2007 s. 211.

1180 HE 235/2006 s. 6.

myös sosiaalihuoltolain tarkoittamaan toimielimeen.

Lasten päivähoidon hallintokokeilu oli voimassa 2003–2008. Hallintokokeilun vuoksi muutettiin sosiaalihuoltoon, lasten päivähoitoon sekä lasten kotihoitoon ja yksityisen hoidon tukeen liittyviä säännöksiä¹¹⁸¹. Kokeilulainsäädäntö antoi kunnille mahdollisuuden itse päättää, mikä kuntalain mukainen monijäseninen toimielin vastaa lasten päivähoidosta sekä lasten kotihoitoon ja yksityisen hoidon tuesta ja säädetystä tehtävistä. Kokeilun piiriin kuuluvien tehtävien tuli kuitenkin kuulua saman toimielimen toimivaltaan. Kokeilun päämääränä oli laajentaa kuntien oikeutta päättää päivähoitoon hallinnosta kuntatasolla.¹¹⁸²

Toisena hallintokokeiluna voidaan mainita kotihoidon hallintokokeilu, joka oli voimassa 2005–2008¹¹⁸³. Muutos antoi mahdollisuuden siihen, että vanhusten sosiaali- ja terveyspalveluista huolehtii kunnan yksi monijäseninen toimielin. Toisaalta ns. lautakuntauudistus antoi kunnille entistä laajemman mahdollisuuden päättää sosiaali- ja terveyspalvelujen hallinnon järjestämisestä, koska uudistus mahdollisti myös sosiaali- ja terveydenhuollon hallinnon ja toimeenpanovastuun jakamisen yhdelle tai useammalle monijäseniselle toimielimelle¹¹⁸⁴. Sosiaalihuoltolain ja kansanterveyslain muutokset olivat samansisältöiset ja uuden 2a-luvun otsikkona oli ”Eräiden tehtävien järjestämistä koskeva kokeilu”. Lait ovat myös asiasisällöltään samat ja tavoitteena oli, että sosiaalihuolto ja kansanterveystyö olisivat yhdenvertaisessa asemassa silloin kun mietitään, minkä toimielimen alaisuuteen palveluja laitetaan. Lisäksi päämääränä oli kokeilla erilaisia vanhusten palvelujen organisointimalleja. Kokemukset kokeilusta olivat pääosin myönteisiä, ja kokeilulainsäädäntö ehdotettiin muutettavaksi pysyväksi lainsäädännöksi¹¹⁸⁵.

Kunnan päätösvallan laajentamista voidaan pitää perusteltuna jo sen vuoksi, että kuntien organisaatiot ja palvelunjärjestämistavat voivat olla hyvinkin erilaisia. Valtuusto asettaa kunnanhallituksen, jonka alaisuudessa lautakunnat toimivat. Lautakuntien merkitys on myös keskeinen, koska ne hoitavat kunnan pysyviä lakisääteisiä tehtäviä¹¹⁸⁶. Vaikka eri toimintamallit, kuten tilaaja-tuottajamalli, ovat yleistyneet, ei kunta voi siirtää lakisääteisten tehtävien hoitoa kunnan omalle tuotannolle tai yksityiselle organille vaan ainoastaan tehtävien vaatimia palveluja. Jos esimerkiksi tilaaja-tuottajamalleissa lautakunnilla ei olisi peruspalveluista järjestämisvastuuta, on kunnan määriteltävä organisatorisesti, mille toimielimelle se annetaan. Edellinen liittyy keskeisesti siihen, mitä tehtäviä kunta osittaisulkoistaa ja kuinka pitkälle kunta voi teoriassa mennä organisatorisissa ratkaisuissa.

1181 HE 124/2001 s. 10.

1182 HE 235/2006 s. 4.

1183 Ks. HE 221/2004 s. 3.

1184 HE 188/2008 s. 1. Toisaalta hallituksen esityksessä todettiin, että kokeilulakien säännökset olivat monelta osin menettäneet merkityksensä ns. lautakuntauudistuksen takia. Lautakuntauudistus tuli voimaan vuoden 2007 alusta, ja sillä muutettiin sosiaalihuoltolakia (1329/2006) ja kansanterveyslakia (1328/2006). HE 188/2008 s. 1.

1185 HE 188/2008 s. 2. Kokeilun keskeisenä tehtävänä oli kotipalvelun ja kotisairaanhoidon yhdistäminen uudeksi tehtäväalueeksi, kotihoidoksi. Kokeilu mahdollisti myös laajemman kokonaisuuden huomioon ottamisen sosiaali- ja terveyspalveluissa kuten vammaisten ja pitkäaikaissairaiden vastaavia palvelujen liittämisen kokeiluun. Kokeilun tavoitteena oli tehostaa toimintaa ja parantaa palveluja integraatiolla sekä edistää palvelujen laatua. HE 235/2006 s. 5; HE 188/2008 s. 1–2.

1186 HE 192/1994 s. 29.

Tehtävien sisältö ja vastuut voivat eri kunnissa olla hyvinkin erilaisia, jolloin on arvioitava, tarvitaanko tiettyjen tehtävien hoitamista varten virkaa. Kuntien hallintotehtävillä tarkoitetaan tehtäviä, joiden hoitoon sisältyy julkisen vallan käyttöä, päätösten valmistelua ja täytäntöönpanoa sekä taloudellista vastuuta. Kunnan on perustettava virkoja näitä hallintotehtäviä varten. Vain kunnallisella viranomaisella on lakiin perustuvaa toimivaltaa tehdä kuntalaisiin kohdistuvia sitovia ja velvoittavia päätöksiä sekä oikeus käyttää säännösten sallimissa rajoissa pakkokeinoja päätösten täytäntöön panemiseksi. Monet erityislainsäädännön säännökset edellyttävät, että määrättyjen tehtävien hoitamista varten kunnassa tulee olla viranhaltija, eikä näitä tehtäviä tai toimivaltaa ei voida ulkoistaa.¹¹⁸⁷ Tällaisia on terveyden- ja sosiaalihuollon, koulutoimen, palo- ja pelastustoimen sekä rakennuslain säännöksissä.

Esittelijän vastuuta korostaa se, että kunnalliset toimitukset tekevät lopullisen päätöksen pääsääntöisesti päätösehdotuksen asiasisällön pohjalta. Esittely voidaan rinnastaa suoraan julkisen vallan käyttöön¹¹⁸⁸. Täten päätöksentekoon liittyvät tehtäviä ei voida ulkoistaa. Kunnallishallinnon dualistinen periaate jakaa kunnan päätoimintamuodot kunnan päätösvaltaan ja hallintoon. Valmistelu on kunnanhallituksen ja sen alaisten viranhaltijoiden vastuulla. KuntaL 24.1 §:n mukaan kunnanjohtaja valmistelee ja esittelee asiat kunnanhallituksessa. Laajamittaisia valmisteluun liittyviä asiantuntijaselvityksiä voidaan ulkoistaa, mutta esittelijällä on aina viime kädessä vastuu niiden oikeellisuudesta.

KuntaL 23.1 §:n mukaisesti kunnanhallitus vastaa hallinnosta ja taloudenhoidosta, ja KuntaL 16.1 §:n mukaan kunnanvaltuusto päättää hallinnon järjestämisestä. Näitä tehtäviä sekä täytäntöönpanoon ja laillisuuteen liittyviä tehtäviä ei voi suoranaisesti ulkoistaa. Kyseisten tehtävien valmistelusta ja täytäntöönpanosta huolehtivat viranhaltijat.

KuntaL 27 §:n edellyttämät osallistumis- ja vaikuttamismahdollisuudet eroavat KuntaL 29 §:n tarkoittamasta tiedottamisesta. Jälkimmäisessä kunnan harkintavalta on suurempi. KuntaL 27.1 §:ssä on määritelty, että kunnanvaltuuston on kunnan ylimpänä elimenä pidettävä huolta, että kunta tarjoaa kuntalaisilleen ja palvelun käyttäjille mahdollisuuden osallistua ja vaikuttaa kunnan toimintaan. Ulkoistamisnäkökulmasta on tällöin kysymys hyvin pitkälti siitä, että kuntalaiset palveluiden käyttäjänä pääsevät osallistumaan tarpeeksi palvelujen järjestämiseen. KuntaL 27 §:n mukaisen tiedottamisen toteuttaminen ja sisältö voivat olla myös osittaisulkoistetulla organisaatiolla, vaikka tehtävään liittyvä viranomaisvastuu ei voi siirtää edes oikea-aikaisen tiedotuksen osalta.

KuntaL 71 §:n mukaista poliittisten elinten valvontaa ja professionaalista valvontaa ei voida ulkoistaa. Ainoastaan KuntaL 71 §:n ammattitilaintarkastajan tehtävät on mahdollista ulkoistaa¹¹⁸⁹. Etenkin entistä monimutkaisimmissa monipalvelutuottajajärjestelmissä hallinnon ja talouden tarkastukselle on asetettava hyvin suuri läpinäkyvyysvaatimus. Hallinnon ja talouden tarkastusta on parannettu sillä, että tehtävien

1187 HE 192/1994 s. 39–40.

1188 HaVM 31/2002 s. 5. Näin oli todennut hallintovaliokunta kunnallisesta viranhaltijasta ja kuntalain muuttamista koskevassa hallituksen esityksessä.

1189 Seuraavat markkinaoikeuden ratkaisut koskivat tilintarkastuspalvelujen ulkoistamisista: MAO 575/09, MAO 597/09, MAO 603/09, MAO 604/09, MAO 606/09, MAO 609/09.

hoitamiseen ja tavoitteiden saavuttamiseen liittyvä tarkoituksenmukaisuus-arviointi on erotettu varsinaisesta tilintarkastuksesta ja kunnan suorittamasta omasta sisäisestä tarkastuksesta¹¹⁹⁰.

*Kolmantena tehtäväkokonaisuutena voidaan erottaa oikeusturvaan ja muutoksenha-kuun liittyviä tehtävät, vaikka ne joiltakin osin liittyvät myös edellä oleviin viranomais- ja toimielinten tehtäviin. Kunnan viranomaisen on valvottava, että kaikkiin päätöksiin on KuntaL 89 §:n mukainen mahdollisuus tehdä oikaisuvaatimus kunnanhallituksen, lautakunnan tai niiden jaoston sekä näiden elinten alaisuudessa olevien viranomaisten päätöksistä. KuntaL 51 §:ssä on mainittu otto-oikeuden rajoitukset, jotka koskettavat myös ulkoistamisia. Hallintovaliokunta on painottanut, että otto-oikeuden sijaan tulisi käyttää termiä siirto-oikeus, mitä valiokunta perusteli terminologisella selkeydellä. Valiokunta on myös todennut, että otto-oikeuden soveltamisen seuranta on vaikea järjestää.*¹¹⁹¹

Kuntalaissa on rajattu ulkoistamista otto-oikeuden kannalta. KuntaL 51.5 §:n 1 kohdassa todetaan, että ylempi toimielin ei saa käyttää otto-oikeutta lupa-, ilmoitus-, valvonta- tai toimitusmenettelyä koskevissa asioissa. Kyseinen ryhmittely käsittää sellaisia tehtäviä, joita kunnissa suorittavat esimerkiksi rakennusvalvonta-, ympäristölupa- ja palotarkastusviranomaiset¹¹⁹². KuntaL 51.5 §:n 2 kohdassa on rajattu otto-oikeus pois yksilöön kohdistuvien opetustoimen, terveydenhuollon tai sosiaalitoimen asioilta. Yksilöön kohdistuvien asioiden laajuuden tulkintaa ei ole hallituksen esityksestä ei ole asiaa enempää avattu. Esimerkkeinä siirto-oikeuden ulkopuolella olevista asioista on mainittu sosiaaliviranomaisen tekemät toimeentulotukipäätökset.¹¹⁹³ Toisena esimerkkinä voidaan ottaa KHO:n päätös vuodelta 1999.

*KHO 18.10.1999/2803. Kyseisessä tapauksessa oppilaan koulumatkan järjestäminen todettiin sellaiseksi yksilöön kohdistuvaksi asiaksi, johon ylempi kunnan toimielin ei voinut käyttää otto-oikeutta. Kunnanhallitus oli päättänyt, että koulukuljetukset ovat maksuttomia. Täten hallitus oli ottanut KuntaL 51 §:n nojalla sivistyslautakunnan päättämän asian käsiteltäväkseen ja päätti, että maksuttomat koulukuljetukset järjestetään niin kuin kunnanhallitus oli aikaisemmin päättänyt. Kyseisessä tapauksessa lääninoikeus oli todennut, että kysymyksessä ovat sellaiset yksilöön kohdistuvat opetustoimen asiat, joita ei voi ottaa ylempään toimielimen käsiteltäväksi. KHO yhtyi lääninoikeuden päätökseen, että kunnanhallitus oli näin ylittänyt toimivaltansa ottaessaan oppilaiden koulumatkan järjestämistä koskevat asiat lautakunnalta käsiteltäväkseen.*¹¹⁹⁴

Edellä mainitut otto-oikeudenrajoituspykälät rajoittavat kokonaisulkoistusta. Analogiaa ei voida soveltaa KuntaL 51.5 §:n 3 kohtaan, koska siinä on kyse kuntien yhteistoimintasopimuksen sisällöstä. Toisaalta osittaisulkoistuksen muotoja arvioitaessa KuntaL 51.5 §:n 3 kohtaa on tarkasteltava laajemmin KuntaL 10 luvun tarkoittamina yhteistoimintamuotoina ja niihin liittyvinä tehtävien hoitamisenä.

1190 HaVM 18/1994 s. 15.

1191 HaVM 18/1994 s. 13.

1192 Harjula–Prättälä 2007 s. 415.

1193 Ks. HE 192/1994.

1194 Ks. lisää opetuksen järjestämisestä luku 4.3.4.2.

Kuten luvussa 3 jo käytiin läpi, voi kuntien yhteistoiminnassa olla osittaisulkoistuksen piirteitä, mikä riippuu hyvin pitkälti tehtävien ja yhteistoimintasopimuksen sisällöstä. *Kokonaisulkoistus ja osa-alueen ulkoistus ei tule kysymykseen sellaisissa lakisääteisissä viranomais tehtävissä.* Osittaisulkoistuksen tulkintaa vaikeuttaa se, että se voi tapahtua myös julkisorganisaatioiden välillä ja se voi ilmetä kunnan kuntakonsernikäsitteen sisällä tapahtuvana tehtävien siirtona.

Punnittaessa mitä tehtäviä voidaan ulkoistaa ja mitä ei, joudutaan arvioimaan, onko kunta antanut niille julkisen tehtävien hoitamista tai tarvitaanko kyseisessä tehtävässä julkisen vallan käyttöä. Tällöin ratkaisevassa asemassa on kunnallisen viranomaisen määritelmä. Kunnallisilla viranomaisilla tarkoitetaan sellaisia tahoja, joilla on oikeudellisiin normeihin perustuvia tehtäviä ja toimivaltaa.

Eduskunnan apulaisoikeusasiamies on selvityksessään julkisen vallan käytöstä kunnallisessa terveydenhuollossa todennut, että ”saadusta selvityksestä ilmenee, että keikkalääkärit suorittavat myös tehtäviä, jotka sisältävät merkittävää julkisen vallan käyttöä. Käsitykseni mukaan tällainen tilanne korostuu silloin, kun kokonaiset terveysasemat ulkoistetaan.” Samassa selvityksessä nähdään ongelmalliseksi, että lainsäädännössä ei ole määritelty sellaisia lääkärin tehtäviä, jotka sisältävät julkisen vallan käyttöä.¹¹⁹⁵ Ratkaisevaksi tulee tehtävien todellinen sisältö: sellaisia tehtäviä, joihin liittyy merkittävää julkisen vallan käyttöä, ei voida ulkoistaa.

KuntaL 2 §:ssä mainittujen lakisääteisten tehtävien hoitamista ei voi suoranaisesti ulkoistaa. Vain tehtävien hoidon vaatimat palvelut voidaan tietysti reunaehdoin ulkoistaa. Vaikka itse toiminnan sisältöön liittyvät säännökset ovat vähentyneet, säännellään myös toimintaa hyvin yksityiskohtaisesti¹¹⁹⁶. On myös yksiselitteistä, että KuntaL 13 §:ssä mainittuja valtuuston tehtäviä tai KuntaL 17.1 §:n tarkoittamien *kunnan toimielinten toimivaltaa* ei voida ulkoistaa. ei ole mahdollista delegoida Toimivaltaa ei ole mahdollista delegoida viranomaisorganisaation ulkopuolelle edes yksittäisen päätöksen osalta.

Kunnat eivät voi ulkoistaa sellaisia tehtäviä, joissa tarvitaan julkista valtaa tai jos tehtävät on muuten säädetty toimielimelle tai viranomaiselle. Perusoikeuksiin ja oikeusturva-asioihin liittyy paljon elementtejä, joita ei voida ulkoistaa. Tällöin on kyse kunnallisen toimielinten toiminnan tai päätösvallan määrättyjen tehtävien hoitamisesta tai päätöksenteosta. Kaikki tehtävät, joita ei voi ulkoistaa, eivät ole ristiriidattomia tai selkeitä. Haettaessa syvyyttä yksittäisissä tilanteissa joudutaan punnitsemaan laajasti oikeudellisia näkökulmia. Toisaalta lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö muovautuvat ja hakevat rajojaan – tarkentuen edelleen niistä tehtävistä, joita ei julkiselle organille saa antaa.

4.3.6 Valvonnan merkitys ja vaatimukset

4.3.6.1 Preventiivinen valvonta

Kunnan sosiaali- ja terveystalveluiden järjestämiseen liittyvät valvonta- ja vastuukysymykset nousevat usein esille ulkoistettaessa toimintoja. Oikeudellisesti ongelmana

1195 EAOA:n päätös 4.3.2010 s. 30–31.

1196 Harjula–Prättälä 2007 s. 69.

näyttäisi olevan ainakin joissakin tilanteissa se, että kunnissa on keskitytty enemmän erilaisiin toimintatapoihin ja uusien mallien kehittämiseen kuin niiden valvomiseen, ohjaamiseen tai toimivuuteen. Toisaalta uudet toimintamallit ja -tavat asettavat kunnille myös aivan uusia oikeudellisia vaatimuksia.

Sekä kuntiin kohdistuva että kuntien oma valvonta ovat lisääntyneet voimakkaasti viime vuosien aikana. Tähän ovat vaikuttaneet kansallisen tason säännösten lisääntyminen ja EU-lainsäädäntö etenkin kilpailuoikeuden alalla sekä perinteisten kunnallisten palvelujen siirtyminen entistä enemmän yksityisten organien tuotettavaksi. Erityisesti viimeksi mainittu on synynä kuntien oman valvonnan roolin ja merkityksen korostumiseen, koska itsenäisen yksityisoikeudellisen organin valvonnassa on käytettävä uusia elementtejä. Valvonnan muotoa ja resurssointia oikein kohdentamalla voidaan vähentää niitä riskejä, joita ulkoistuksiin liittyy. Valvonta liittyy siten myös koko toiminnan suunnitteluun, kuten kustannuksiin, laatuun ja sopimukseen. Tilaaajan on pystyttävä hahmottamaan, mitä ulkoistamisella on reaalisesti mahdollista saavuttaa, ja sen jälkeen määriteltävä erilaisia tavoitteita tuottajalle.¹¹⁹⁷

Kuntiin kohdistuva valvonta voi olla preventiivistä tai repressiivistä. Aivan selväpiirteinen tämä jaottelu ei kuitenkaan ole. Valvonta voi yleensä kohdistua vain menneisyyteen ja on siten repressiivistä, kun taas ohjaus ymmärretään käsitteenä tulevaisuuteen tähtäävänä¹¹⁹⁸. Kunnallishallinnossa voidaan valvonta jakaa kahteen tasoon eli poliittisten elinten valvontaan ja professionaaliseen valvontaan. Jälkimmäinen voidaan jakaa edelleen preventiiviseen ja repressiiviseen valvontaan. Preventiivisestä operatiivisesta valvonnasta vastaa kunnissa kunnanjohtaja, ja repressiivistä valvontaa suorittaa ammattitilaintarkastaja. Sisäinen valvonta voidaan jakaa moneen osaan, kuten tarkkailuun, korjaustoimenpiteisiin ja toiminnan tarkoituksenmukaisuuteen.¹¹⁹⁹ Käytännössä etenkin poliittisten elinten valvonta ei aina ole objektiivista, koska niihin voi sekoittua myös muita aspekteja kuin kunnanvaltuuston tavoitteiden tai laillisuuskysymysten arviointi. Tällaisina tekijöinä voivat olla puoluepoliittiset seikat tai näkökulmat.

Kunnissamme ovat käytössä sisäinen ns. operatiivinen valvonta ja ulkoinen valvonta (tarkastuslautakunta ja tilintarkastaja valvovat) sekä kuntalaisten mahdollisuus oikaista, valittaa ja huomauttaa puutteista, kuten hyvinvointipalvelujen saatavuutta ja sisältöä koskevista asioista¹²⁰⁰. Valtion valvonta saa oikeutuksen Perustuslain 121 §:stä, jossa on todettu, että kuntiin liittyvän valvonnan on perustuttava lakiin. Kunnissa

1197 Ks. Allison–Kaye 2005 s. 28–30.

1198 Heuru 2000a s. 141; Heuru 2008 s. 255 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryyänen 2008).

1199 Myllymäki 2000 s. 282. Valvontaan sisältyy myös jokapäiväinen tarkkailu, jonka tarkoituksena on puuttua asioihin jos korjaustoimenpiteitä ilmenee. Sisäisen valvonnan tehtävän on kunnallishallinnossa toimia johtamisen apuvälineenä, jolloin tavoitteena on virheiden estäminen ja tunnistaminen, kirjanpidon ja tiedon varmentaminen, toiminnan tuloksellisuuden ja jatkuvuuden takaaminen sekä hyvä ja huolellinen taloudenhoito. Myllymäki 2000 s. 283. Sisäisen valvonnan on myös kiinnitettävä huomiota siihen, että palvelun käyttäjämaksut ovat samansuuruiset kuin jos palvelu olisi omana tuotettu. Ks. L sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista (734/1992) 12.1 §.

1200 KPMG:n julkaisu 2001 s. 42. Ks. Valtion viranomaisten valvonta perustuslain 121 §. KuntaL 8 §:ssä on yleissäännös kuntien ja valtion suhteista. KuntaL 55 §:ssä on määritelty valtuuston päätösten laillisuuden valvonnasta. Kunnallisia palveluja käyttävien ja tarvitsevien ihmisten palveluoikeuksien toteutumisen jättäminen pitkälti kunnan sisäisen valvonnan ja päätöksenteon asiaksi ei ole ainakaan periaatteellisissa mielessä täysin perusteltua. Ks. Uori 2003 s. 119.

on mahdollista rakentaa ja vertailla palvelutasoa ja tuotantoprosessien onnistuneisuutta monesta näkökulmasta¹²⁰¹, oli sitten kysymyksessä ulkoistettu tai itse tuotettu palvelu.

Sisäisestä valvonnasta on mainittu KuntaL 73.1 §:n 4 kohdassa, jota on tarkennettu siten, että tilintarkastajien on tarkastettava, onko kunnan sisäinen valvonta ja konsernivalvonta järjestetty asianmukaisesti. Tällöin konsernivalvonnalla voi olla myös merkitystä erasteisten ulkoistamisten valvonnalle. Myöskään hankintalaki ei sääntele ulkoistamisen valvontaa, vaan valvonnalle ja sen asteelle on haettava tukea järjestämävastuun kautta, kunnan sisäisistä johtosäännöistä, erityislainsäädännöstä sekä ohjeistuksista.

Valvonta käsitteenä nousee ulkoistamisessa merkittävään rooliin, koska hankintalain *in house* -määritelmä ja oikeustapaukset osoittavat, että kunnan valvontasuhde ja -muoto sekä mahdollisuus tosiasiallisesti valvoa yksikön toimintaa määrittelevät hyvin pitkälle sen, onko kyse kilpailutettavasta toiminnasta vai ei¹²⁰².

Valvonnan järjestäminen liittyy monelta osin KuntaL 2.3 §:ään ja etenkin siihen, miten se on järjestetty, mitä vaatimuksia sille on asetettava ja kuinka se toteutuu eri ulkoistusten muodoissa. Kunnallisen toiminnan luonteeseen kuuluu palveluiden tuottamisessa keskeisesti se, että kunnat eivät voi tavoitella voittoa. Ainoastaan kunnalliset liikelaitokset ja yhtiöt voidaan rinnastaa tietyltä osin yksityissektorin voittoa tavoitteleviin organisaatioihin. Vaikka julkinen sektori ei tavoittele tuotantotoiminnassaan suoranaista voittoa, on Pohjoismaissa lähdetty kehittämään erilaisia ohjausjärjestelmiä, joiden tarkoituksena on tehostaa tulostavoitteiden toteutumisen valvontaa.¹²⁰³ Perinteinen valtion laillisuusviranomaisten harjoittama valvonta kohdistuu jatkossa kuntien sijasta entistä suuremmassa määrin yksityisen sektorin tuottamiin palveluihin.

Valvonnan rooli on oikeudellisesti erilainen eri ulkoistamismuodoissa. Valvonnan näkökulmasta yhtenä rajanveto-ongelmana on aukaista ja jaotella osittaisulkoistettujen toimintojen roolia. Esimerkiksi kunnallisen liiketoiminnan eriyttämisestä on mainittu sähkömarkkinalaissa (385/1995), maakaasumarkkinalaissa (119/2001) ja vesihuoltolaissa (119/2001). Kirjanpitolautekunnan kuntajaoston antamassa liikelaitosohjeessa on löydettävissä yhtiömuotoista toimintaa vastaavaa malli sille, että kunta järjestää liiketoimintaa sisäisesti.

Palvelujen järjestämisessä on huomioitava kuntalain talousarviorakennetta koskeva aspekti. KuntaL 65.3 §:n mukaan kunnan käyttötalous on laadittava tehtävittäin. Kunnilta ei edellytetä tehtäväkohtaista tuloslaskelmaa eikä tasetta, vaikka tehtäväkohtainen katelaskelma voidaan tehdä. Tähän nettobudjetointi antaa hyvän mahdollisuuden.

1201 Ks. Vartiainen 1994 s. 35–37.

1202 Eskola–Ruhoniemi 2007 s. 62–63. Yhtiötä ei voitaisi pitää kunnan sidosyksikkönä, jos kunnanvaltuusto vain myöntää sille määrärahat ja antaa yleiset suuntaviivat, jos yhtiön hallituksella on laaja ja itsenäinen toimivalta ja jos kunta ei harjoittaa vain normaalia enemmistöosakasvalvontaa. Pekkala 2007 s. 110.

1203 KM 1988:36 s. 49–50. Esimerkiksi teknisen sektorin palvelujen ulkoistaminen on vaatinut perinteiseltä kunnalliselta toiminnalta uutta roolia, eli muuttumista tilaajaksi ja valvojaksi. Teknisiä palveluja hoidetaan tällä hetkellä hyvin eri tavoin ja erilaisilla malleilla. Tuottavuutta voidaan parantaa ja toimintoja tehostaa lähinnä kilpailuttamisella tai omaa toimintaa kehittämällä. Monesti haasteeksi nousevat oma osaaminen ja se, millaista ulkopuolista palvelua on tarjolla. Ks. Kilpailuttamisen ABC 2001 s. 19, 22.

Palveluiden uudelleenjärjestämisellä haetaan monesti nimenomaan tehokkuutta, joten tehtäväkohtainen tuloslaskelma olisi joissakin tapauksissa hyvä seurannan ja valvonnan väline. Tietyissä osittaisulkoistuksen muodoilla, kuten liikelaitoksilla, on kirjanpidollisesti itsenäisempi rooli kuin kunnan muilla yksiköillä.¹²⁰⁴

Monen palveluntuottajan malli tuo uusia haasteita kunnille, ja kuntalaisten tasa-
puolinen kohtelu voi joissakin tilanteissa vaarantua. Monissa maissa on kertynyt paljon
kokemusta hyvinvointipluralismin toteuttamisesta, ja valvonnan tarpeen on nähty
siirtyvän entistä enemmän palveluntuottajaan päin. Ongelmaksi voi muodostua se,
että palveluntuottajien vastuut voivat rajoittua ja pienentyä. Silloin kun kuntien rooli
muotoutuu monen tuottajan mallin mukaiseksi, valvonnalla ja sääntöohjauksella tulee
olemaan suurempi merkitys kuntalaisten kannalta. Yhtenä syynä tähän voidaan pitää
sitä, että monen tuottajan mallissa palveluntuottaja on entistä kauempana varsinaisesta
palvelun järjestämisestä.¹²⁰⁵ Esimerkiksi seuraavaa tapausta voidaan tietyn osin soveltaa
myös ulkoistuksissa ilmenevään valvonnan rajapintaproblematiikkaan:

*KHO:2005:84. Ongelmaksi voi etenkin sosiaali- ja terveydenhuollossa muodostua, milloin tietyssä hoiva- tai hoitopalvelussa on kyse tosiasiallisista hoitotoimenpiteistä, joista ei voi valittaa samalla tavalla kuin hallintopäätöksistä. KHO:n päätöksen mukaan henkilön sijoittuminen joko vanhainkotiin tai terveyskeskuksen vuodeosastolle oli hänen yksilöllisten tarpeidensa ja kunnan käytettävissä olevien hoitopaikkojen pohjalta tehtävä, huollon toteuttamista ja sisältöä koskeva ratkaisu. Laitoshuoltopaikan tällaista muutosta koskeva päätös ei siten ollut valituskelpoinen ratkaisu.*¹²⁰⁶

Kunnalla on STVOL 4.2 §:n mukaan myös valvontavastuu. Sosiaalipalvelujen valvon-
nasta on säädetty laissa ja asetuksessa, joiden tarkoituksena on turvata kuntalaisten
asema ja palvelun laatu.¹²⁰⁷ Laissa yksityisten sosiaalipalvelujen valvonnasta (1996/683)
3 §:ssä, on määritelty ulkoistusten edellytyksistä ja 5 §:ssä luvan myöntämisestä. Lain
5.3 §:ssä on yksityiskohtaisesti määritelty, mitä lupahakemuksesta on käytävä ilmi.
Yksityisten sosiaalipalvelujen valvonnasta annetun lain 3.1–3.2 §:ssä on todettu, että
yksikössä tulee olla riittävät ja asianmukaiset toimitilat ja toimintavälineet sekä toi-
minnan edellyttämä henkilöstö. Erityisesti jos on kyse lakisääteisistä palveluista, joihin
kuntalaisilla on subjektiivinen oikeus, on lainsäädännöllisiä funktioita valvonnan lisäksi
tarkasteltava laatunormien ja saatavuuden näkökulmasta.

Kysymys on myös toiminnan sisällön aukaisemisesta, koska silloin kun kunta on
tilaajana määritellyt palveluntuottajille selkeät päätavoitteet kannusteineen, esimerkiksi
tuottavuuden, laadun sekä palvelun saatavuuden ja tavoitettavuuden osalta, on myös
normeja helpompi valvoa ja tulkita oikein¹²⁰⁸. Kunta voi ostaa palveluja yksityisiltä
palveluntuottajilta mutta ei voi luovuttaa kuntalaisiin kohdistuvaa päätäntävaltaa
asianomaiselle palveluntuottajalle¹²⁰⁹.

1204 Ks. Karimaa 2001 s. 44–65.

1205 Uoti 2003 s. 367–368.

1206 Vrt. KHO:2006:43; KHO 1989 A 87.

1207 Ks. tarkemmin YSospL 603/1996 ja YSospA 1208/1996.

1208 Ks. Health care reform in England. Survey no 7/2006 s. 1–2.

1209 KM 1993:33 s. 189. Vrt. HE 68/2008. Kunnallisten toimintojen markkinaehtoistuminen asettaa uusia vaatimuksia myös valvonnalle. Ks. Oksanen 2007 a s. 310–311.

Laissa yksityisestä terveydenhuollosta (1990/152) vaaditaan, että palveluntuottajalla on oltava lupa antaa terveydenhuollon palveluja. Kyseisen lainkohdan 5 §:ssä ja 6 §:ssä on palveluntuottajalle asetettu velvollisuus asettaa vastaava johtaja, jonka tehtävänä on hoitaa sisäisiä valvontatehtäviä. Toiminnan harjoittaminen on perusteltua pitää luvanvaraisena, etenkin sosiaali- terveydenhuollossa sekä muissa elinkeinotoiminnoissa, joissa kuntalaisten terveys tai turvallisuus voisi vaarantua.

Yksityiset palveluntuottajat eivät ole kaikissa tapauksissa sisäistäneet niitä hyvän hallinnon periaatteita, joita kunta joutuu noudattamaan, jolloin kunnan valvontavastuu korostuu. Tällöin pohdittavaksi tulee, miten kunta tilaajana ottaa esille ja seuraa, että hyvän hallintotoiminnan säännöt ja periaatteet tulevat huomioitua riittävästi. Vaikka kyse ei olisi suoranaisesta sosiaali-, terveys-, opetus- tai päivähoitopalvelun ulkoistamisesta, voi tällaisen lakisäätöisen palvelun kunnossapitopalvelu olla ulkoistettu. Myös tukipalvelujen on täytettävä kohtuulliset laatuvaatimukset, eikä palvelujen tuottamistapa saa rajoittaa turvallisuutta, terveellistä ympäristöä tai liikkumisvapautta¹²¹⁰. Samalla kaikissa ulkoistamisen muodoissa on huomioitava, että ensisijainen vastuu tietyissä häiriö- ja poikkeustilanteissa on kunnalla,¹²¹¹ kuten seuraavasta oikeuskanslerin päätöksestä ilmenee:

Vammaispalvelulain mukaisessa kuljetuspalvelun järjestämisessä oli kysymys siitä, että asiakkaalle oli tilattu etukäteen vammaisuuden perusteella järjestettävistä palveluista ja tukitoimista annetun lain mukainen kuljetus josta paluukuljetus ei toteutunut. Kaupungin sosiaalivirasto oli todennut, että kaupungin matkapalvelukeskuksen toiminta ei kyseisenä ajankohtana kaikilta osin vastannut tavoiteltua laatutasoa.

Oikeuskansleri totesi päätöksessään, että asiakas ei ollut saanut vammaispalvelulain mukaista kuljetuspalvelua, johon hän oli oikeutettu. ”Kaupungin velvollisuutena oli järjestää kuljetuspalvelut toimivalla ja niiden käyttäjien oikeudet turvaavalla tavalla. Kaupungin kuljetuspalvelu ei kantelussa tarkoitettussa tilanteessa ollut toiminut lainmukaisella eikä asianmukaisella tavalla.”¹²¹²

Kunnallisten terveyspalvelujen järjestämisen haasteena on julkiselle vallalle asetettu terveydenedistämismuoto. Viime vuosikymmeninä on alettu painottaa entistä enemmän perusterveydenhuoltoa ja sen merkitystä ennaltaehkäisevänä elementtinä. Sosiaali- ja terveydenhuollossa ongelmaksi on muodostunut, miten kunta määrittelee tai valvoo yksityisen palveluntuottajan ennaltaehkäiseviä toimenpiteitä.

Pääsääntönä on, että kunnan oma valvontajärjestelmä hoitaa operatiivisella tasolla valtaosan ulkoistetun toiminnan valvonnasta. Etenkin sosiaali- ja terveyspalvelujen osalta kunnalla on velvollisuus seurata palvelun tasoa ja luoda mekanismit preventiiviselle valvonnalle. Kuntalaisten oikeusturvan toteutumisen yhtenä keskeisenä vaatimuksena on riittävä valvonta. Eri viranomaisten ennakkovalvontaan kuuluu esimerkiksi lupa- ja

1210 EOA on todennut, että kunta vastaa viime kädessä omistamiensa koulujen ja päiväkotien kunnossapidosta, vaikka palvelu ostetaan yksityiseltä taholta. Ks. EOA:n tiedote 8.11.2000. Yksityistämiset ja ulkoistamiset ovat lisänneet myös oikeusasiamiehen tehtäviä, joihin sisältyy myös julkisten palvelujen valvonta.

1211 Ks. Juntunen–Nurmi–Stenvall 2009 s. 99.

1212 AOK:n päätös 30.9.2009.

ilmoitusmenettely. Arvioitavaksi tulevat haetun luvan myöntämisen ehdot, jolloin viranomaisen tarkastaa toimitilojen sekä henkilöstörakenteen ja -määrän asianmukaisuuden. Lisäksi ennakoivalvontaan liittyy myös sosiaali- ja terveydenhuollon henkilöstöltä vaadittaviin ammatinharjoittamisoikeuksien ja kelpoisuuksien tarkastaminen.¹²¹³

Kunnan suorittama oma valvonta ulkoistettuja toimintoja kohtaan on yksi keskeinen osa preventiivistä valvontaa. Sisäinen valvonta voidaan tehdä sekä laillisuusvalvonnan että tarkoituksenmukaisuuskysymysten perusteella. Sisäiseen valvontaan kuuluvat esimerkiksi hallinnon tarkastus, omaisuuden hoidon tarkastus, sisäisen valvonnan toimivuuden arviointi sekä talouden ja kirjanpidon tarkastus. Hallinnon osalta tärkeitä kysymyksiä ovat, ovatko ohjeet ja säännöt huomioitu, onko toimintasuunnitelmasta pidetty kiinni, onko valmistelu ja täytäntöönpano ollut moitteetonta sekä millaisia tavoitteita on asetettu ja onko ne saavutettu. Toiseksi voidaan arvioida, miten tilaaja ja tuottaja ovat järjestäneet laadun arvioinnin ja miten ne voivat toimia toiminnan ohjauksen apuvälineenä. Kunnan ja palvelun tuottajan vuoropuhelun lisäksi toimintaan pitää liittyä omakontrollijärjestelmä ja asiakaskysely¹²¹⁴.

Arvioinnin ja valvonnan rooli on kaksijakoinen. Sisäisen tarkastuksen ensisijaiseksi tehtävänä on myös koko kunnan palveluntuotannon valvonta (oman ja ulkoistetun). Tilintarkastajan tehtävä taas on pääasiallisesti tarkastaa, onko kunnan sisäinen valvonta palvelun tuottajien valvonnan osalta organisoitu oikein. Tilintarkastajan suorittamasta valvonnasta on määritelty KuntaL 73 §:ssä, jossa on painotettu tilintarkastajan velvollisuutta arvioida, onko kunnan hallinnossa menetelty lakien ja kunnanvaltuuston päätösten mukaisesti, onko tilinpäätös ja konsernitase laadittu oikein ja riittävin tiedoin, ovatko valtionosuuksien perusteet sekä käytöstä annetut tiedot oikeita ja onko sisäinen valvonta järjestetty asianmukaisella tavalla.

Valvontaa ja seurantaa vaikeuttaa se, että valtaa on siirretty valtuustolta ja kunnanhallitukselta viranhaltijoille ja muille toimielimille, mikä ilmenee monilta osin talousarviorakenteesta. Tämä kehityssuunta, jossa kunnat ovat hajauttaneet toimivaltaa alaspäin, asettaa talousarvion käyttösuunnitelman seurannalle paljon uusia haasteita, joihin kunnallishallinnon on pystyttävä vastamaan¹²¹⁵. Kunnanhallituksen rooli on valvonnassa hyvin moninainen, ja KuntaL 56.1 § korostaa sitä, koska hallituksen pitää valvoa myös valtuuston päätösten lainmukaisuutta¹²¹⁶.

Kunnan johtamisessa ei ole aina mielekästä erottaa sisäisen valvonnan, tarkkailun ja tarkastuksen näkökulmia, koska nämä osat nivELYvät kunnan johtamisprosessiin. Valvonnan yksi tärkeimmistä tehtävistä on tuottaa tietoa kunnalliselämän ohjauksen onnistumisesta ja toiminnan tuloksellisuudesta. Kunnanhallituksilla on merkittävä rooli kunnan valvonnassa, koska ne valmistelevat asioita kunnanvaltuustolle ja pane-

1213 HE 77/2004 s. 13–14.

1214 Porokka–Maunuksela–Säilä–Honka 2001 s. 42, 60. Samalla voidaan tarkastella, millaisista laadunarviointimalleista tilaajan ja tuottajan kesken on sovittu. Tukholman kaupunki vaatii tiettyjen palveluiden sitomista ISO 9002 -standardeihin. Ks. *Utvärdering av konkurrensutsättning inom Stockholms stad* 2001 s. 38. Tällaisia julkisella sektorilla käytettyjä laadunarviointimalleja ovat esim. EFQM tai CAF, joiden avulla organisaatio voi seurata oman toimintansa kehittymistä. Laadunarviointimallit pohjautuvat tiettyihin suorituskyvyn tunnusmerkkeihin, joita ovat tuloso-rientoituneisuus, asiakaslähtöisyys, toiminnan kehittäminen ja innovatiivisuus. Ks. CAF yhteinen arviointimalli 2002 s. 5–6; CAF yhteinen arviointimalli 2006 s. 5–7.

1215 Ks. Myllymäki 2000 s. 284–285.

1216 Heuru 2003 s. 409.

vat täytäntöön valtuuston päätöksiä. Kuntal 23 §:llä asemoidaan kunnanhallituksen merkitys. Kunnanhallituksen kokonaisrooli korostuu kunnan hallinnon ja talouden vastuun osalta¹²¹⁷.

Valvonnassa voidaan erottaa ainakin kolme eri muotoa vireillepanotavan mukaan: toimintavelvollisuuteen pohjautuva valvonta, jolla tarkoitetaan lähinnä lupa- ja ilmoitusmenettelyä, valvontaviranomaisen oma-aloitteinen valvonta sekä asiakkaan tai yksityishenkilön aloitteen pohjalta suoritettava valvonta¹²¹⁸. Erityisen tärkeää valvonta on sellaisilla alueilla, joissa joudutaan kuntalaisen kannalta soveltamaan tai toteuttamaan perustuslain perusoikeussäännöksiä ja hyvinvointioikeudellisia oikeusperiaatteita. Tällöin valvonta koskettaa lähinnä kunnan erityisen toimialueen mukaisia tehtäviä, kuten tiettyjä sosiaali- ja terveydenhuoltoalan palveluita.

Vuoden 1994 hallituksen esityksessä todettiin, että valtion valvonnan painopistettä olisi hyvä saada siirrettyä yksittäisten päätösten jälkikäteisvalvonnasta yhteistoimintaan, jolloin voitaisiin etukäteen turvata lainmukaisten ratkaisujen syntyminen¹²¹⁹. Etenkin terveydenhuollossa yhteistoiminta on jäänyt lähinnä tavoitteeksi kuntien ja kuntia valvovien viranomaisten resurssipulan vuoksi. Yhteistoiminnassa ei ole päästy ennakoivampiin toimenpiteisiin, koska kunnat joutuvat järjestämään palveluja, oli markkinatilanne terveydenhuollossa kuinka huono tahansa.

Julkinen hallinto eroaa yksityisen sektorin palvelujen järjestämisestä vastuukysymysten kannalta, koska monet julkiset palvelut tuotetaan kunnallishallinnossa virkavastuulla. Kun kunnalliset virkamiehet päättävät yksittäisen kuntalaisen eduista tai oikeuksista, käyttävät he silloin julkista valtaa, ja viranhaltijat ovat virkavastuussa päätöksistään. Kun vertaamme eri palvelunjärjestämistapoihin liittyviä vastuuta, on virkavastuu monilta osin tiukempi kuin yleinen oikeudellinen vastuu¹²²⁰. Virkamieheltä vaaditaan kaikissa tilanteissa, että hän hoitaa asiat mahdollisimman tehokkaasti ja taloudellisesti säännökset huomioon ottaen¹²²¹. *Kaikkiin ulkoistamisen muotoihin sovelletaan repressiivistä valvontaa, kun taas kokonaisulkoistuksissa preventiivisen valvonnan mahdollisuudet ovat rajoitetummat.* Kyse on myös siitä, kuinka hyvin osapuolten välisessä sopimuksessa on valvonta määritelty.

4.3.6.2 Repressiivinen valvonta

Kuntien tarkastuslautakunnilla on tärkeä rooli palvelujen järjestämisessä ja tuottamisessa, koska ne arvioivat valtuuston asettamien toiminnallisten ja taloudellisten tavoitteiden toteutumista. Kuntalaissa valvonta on jaettu ulkoiseen ja sisäisen valvontaan.

1217 Ks. Harjula–Prättälä 2007 s. 224–225.

1218 Tuori 2000b s. 599. Keravuori–Rusanan on tarkastellut valvontaluonteisia hallintotehtävien sisältöä ja organisoitintarkaisuja ja jaotellut kahteen tasoon eli ”yhtäältä elinkeinotoimintaan ja ammatin harjoittamiseen kohdistuvien valvontatehtävien sekä toisaalta säännösten ja päätösten noudattamisen valvonnan välillä”. Keravuori–Rusanan 2008 s. 218. Kulla on käsitelty ennakkollisia hallinnon sisäisiä valvontamenettelyjä ja jälkikäteisiä hallinnon sisäisiä keinoja. Ensimmäiseen lukeutuvat mm. yleisohjaukseen liittyvät menettelytavat ja jälkimmäiseen alistus- ja otto-oikeuden ottaminen. Kulla 2003 s. 252.

1219 HE 192/1994 s. 18.

1220 Koskinen–Kulla 2005 s. 211; Mäenpää 2005 s. 10–11. Julkisen vallan käyttämisestä vrt. Mäenpää 1997a s. 142–143.

1221 HE 196/2002 s. 40–41; Koskinen–Kulla 2005 s. 140.

Sisäisen valvonnan on tarkoitus tukea johtamista, jotta riskit voidaan hallita ja asetetut tavoitteet saavuttaa. Ulkoisella valvonnalla tarkoitetaan toimivasta johdosta erillään olevaa valvontaa, jossa raportoidaan suoraan kunnanvaltuustolle.¹²²²

Ulkoistamisen valvonnan näkökulmasta KuntaL 71.2 § (2007/519) on keskeinen. Siinä on todettu, että ”Tarkastuslautakunnan on valmisteltava valtuuston päätettävät hallinnon ja talouden tarkastusta koskevat asiat sekä arvioitava, ovatko valtuuston asettamat toiminnalliset ja taloudelliset tavoitteet kunnassa ja kuntakonsernissa toteutuneet”. Tarkastuslautakunnan oikeassa roolissa pysyminen voi osoittautua haasteelliseksi etenkin silloin, kun palvelun tuottamistavat ovat muuttaneet muotoaan. Tämä haaste liittyy edellä KuntaL 71.2 §:ssä mainittuun arviointiin siltä osin, ovatko valtuuston asettamat tavoitteet toteutuneet. Toisin sanoen kunnan toimielimet eivät voi asettaa KuntaL 71.2 §:n mukaisia arvioitavia tavoitteita eikä niitä voida myöskään lisätä jälkikäteen ilman talousarvion muutosta. Tarkastuslautakunnan tehtävä on tarkoituksenmukaisuuden arviointi, kun taas tilintarkastajan tehtävänä on suorittaa laillisuus- ja oikeellisuusvalvontaa sekä seurata sisäistä valvontaa¹²²³.

KuntaL 71.1 § painottaa tarkastuslautakunnan roolia tarkastuksen järjestämisen osalta, kun taas sisäisen valvonnan järjestämisvastuu oli kunnanhallituksella. Kysymys on lähinnä KuntaL 73.1 §:n 4 kohdan mukaisesti siitä, onko kunnan sisäinen valvonta järjestetty asianmukaisesti. Tilintarkastustehtävien ulkoistusta rajoittavat KuntaL 72 §:n mukaiset pätevyys- ja riippumattomuusvaatimukset, jotka edellyttävät tietynasteista ulkoistusta, koska kunta ei voi KuntaL 72.2–3 §:ien mukaisesti suorittaa tilintarkastusta pelkästään omana toimintana.

Tarkastuslautakunnan tehtävänä on KuntaL 71 §:n mukaan myös kunnan toiminnan, toimintatapojen ja palvelujen järjestämisen tarkoituksenmukaisuuden arviointi¹²²⁴. Kunnallispoliittisen tavoitteen asettelun ja siihen liittyvän arvioinnin eroa on Oksanen painottanut siten, että ”yksittäisen hankintatapahtumien kulkuun ja mahdollisiin virheisiin lautakunta ei puutu muutoin kuin tilintarkastajien raportoinnin edellyttämässä laajuudessa”¹²²⁵.

Valvonnan tavoitteet voidaan jakaa laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuuskysymyksiin¹²²⁶, sääntöjen ja normien noudattamiseen ja esitetyn tiedon oikeellisuuden toteamiseen¹²²⁷. Tarkastuslautakunta koostuu pääasiallisesti luottamushenkilöistä, ja

1222 Harjula–Prättälä 2004 s. 528. Oksanen katsoo, että ”hankintatoiminnassa onkin erotettava niihin liittyvä kunnallispoliittinen tavoiteasettelu ja valinnat sekä hankintalain edellyttämä kilpailuttaminen ja kunnan sopimusoikeudelliset velvoitteet”. Oksanen 2007a s. 289.

1223 HaVM 18/1994 s. 15–16; Kaksonen–Kotonen 2002 s. 24. Muuttuvassa toimintaympäristössä voidaan kysyä, pitäisikö tarkastuslautakunnan roolia muuttaa palvelemaan myös entistä laajemmin eri palvelumuotojen taloudellisuutta, tuottavuutta ja tuloksellisuutta kuvaavien tietojen analysointia ja seurantaa. Vrt. KM 1987:15 s. 14–15. Tämä voisi olla yksi tapa saada tarkasteluun riippumaton toimielin, etenkin jos oma toiminta kilpailee samoista palveluista.

1224 Laillisuuden ja tarkoituksenmukaisuuden arvioinnista ks. lisää Mäenpää 2005 s. 519–525.

1225 Oksanen 2007a s. 311.

1226 Laillisuusvalvonnalla tarkoitetaan pääperiaatteellisesti lakien asetusten ja säädösten noudattamista. Tällöin kunnallisessa tarkastustoiminnassa tehtyjä päätöksiä vertaillaan asiaan liittyviin normeihin ja lakeihin. Tarkoituksenmukaisuusvalvonnassa taas on kysymyksessä toteutettujen toimintojen taloudellisuus ja mielekkyys sekä se, miten tavoitteet on asetettu ja miten ne ovat toteutuneet. Meklin 1997 s. 146; Kaksonen–Kotonen 2002 s. 22–23.

1227 Kaksonen–Kotonen 2002 s. 22.

sillä on tietty poliittinen asema sekä vastuu arvioida palvelujen tuottamista.¹²²⁸ Viime kädessä tilintarkastajat arvioivat, onko lakeja ja valtuuston päätöksiä noudatettu ja aiheuttaako tietty virhe tai laiminlyönti muistutuksen tilintarkastuskertomuksessa. Toisaalta valtuusto päättää aina viime kädessä, mihin muistutus johtaa, eikä sitä voida kohdistaa valtuustoon.¹²²⁹

Kuntia koskeva sääntely tapahtuu edelleen valtion taholla irrallisina ja erillisinä kysymyksinä, jolloin kokonaisuutta tai muita kuntaa koskevia säännöksiä ei huomioida riittävästi. Hallinnollisen valvonnan päällekkäisyydet olisi purettava. Ryynäsen mukaan kunnan oikeussuoja valtion hallinnollista valvontaa kohtaa ei myöskään vastaa kaikilta osin Euroopan paikallisen itsehallinnon vaatimuksia. Keskeistä olisi päästä hallinnon eri tasojen ja toimijoiden väliseen koordinaatioon erityisesti perusoikeuksien toteutumisen kannalta. Nykyinen monien eri viranomaisten hoitama kuntien laillisuusvalvonta on vanhentunut järjestelmä. Kunnallishallinnon sisäistä oikeussuojajärjestelmää ja työnjakoa pitäisi kehittää muiden laillisuusvalvontaviranomaisten kanssa niin, että tietyt määritteet ja työnjako selkiytyisivät.¹²³⁰

Eri toimialojen valvontaa on säädelty hyvin eri tavoilla. Esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuolto, jossa ulkoistetun palvelun tuottajan ensisijaisena valvojana toimii kunta, voi saada aluehallintovirastolta tai terveydenhuollon oikeusturvakeskukselta huomautuksen tai sanktion valvonnan laiminlyömisestä. Huomatusta tai sanktiota lievempänä valvontakeinona kyseiset tahot voivat KansanterveysL 2 §:n ja Sosiaali- huoltoL 3 §:n nojalla pyytää kunnan viranomaista kiinnittämään huomiota johonkin asiaan. Potilasvahinko- ja potilaslaki ovat myös keskeisessä roolissa terveydenhuollon ohjaus-, valvonta- ja seuraamusjärjestelmässä. Potilaslaki on mahdollistanut ohjaus- ja valvontakeinojen monipuolistamisen, kuten muistutusmenettelyn. Potilasvahinkolaki taas painottaa vahingonkorvauksen roolia sanktiona.¹²³¹ Erikoislainsäädännössä on pääasiallisesti määritelty, missä ajassa mitäkin hoitoa annetaan ja mitkä ovat potilaan oikeudet – kyseisten säännösten vaatimuksia on arvioitava ja valvottava pääsääntöisesti preventiivisesti.

Markkinaehtoisiin toimintatapoihin liittyy hyvin erilaisia ohjaus- ja valvontanäkökulmia. Yhteiskunnallisia suuntauksia ja ilmiöitä pitäisi tarkastella myös yksilön aseman ja siihen liittyvien oikeuksien muuttumisen näkökulmasta. Esimerkkinä voitaisiin mainita, mitä muutoksia esimerkiksi palveluasumisen eri muodot tuovat kuntalaisen maksuihin ja tukiin vanhainkotihoitoon verrattuna, kun ne suhteutetaan hoidon tasoon ja laatuun, sekä miten niiden asiakkailta on mahdollisuus vaikuttaa asioihinsa. Toiseksi ulkoistamisnäkökulmasta voidaan tarkastella, onko kunnan kannalta kyse suurelta osin vain hallinnollisesta korvaus- ja tukisidonnaisuuksien uudelleenjärjestelystä. Kunta voi myös ulkoistaa palveluasumistoimintoja, jolloin liikutaan osittaisen tai osa-alueena

1228 Harjula–Prättälä 2001 s. 527–527. Ks. Hannus–Hallberg 1997 s. 447–449.

1229 Heuru 2008 s. 257 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008).

1230 Ryynänen 2004 s. 115–117, 120. Suomi allekirjoitti paikallisen itsehallinnon peruskirjan vuonna 1990 ja on ratifoinut sen vuonna 1991. Peruskirja on saatettu asetuksella voimaan vuonna 1991 (1181/1991).

1231 KansanterveysL (66/1972) ja ErikoisL (1062/1989) tuli 1.3.2005 muutoksia, joissa määriteltiin yksityiskohtaiset aikarajat hoitoon pääsulle. Lisäksi potilaan asema on määritelty laissa potilaan asemasta ja oikeuksista (785/1992).

ulkoistamisen alueella. Palveluasumisen eri ulkoistamisen muodot ovat lisääntyneet voimakkaasti, mikä jo sinällään asettaa haasteita kuntien valvonnalle. Ulkoistettavien palvelujen osalta kunta voi joutua delegoimaan sitä toimivaltaa, jota sille on laissa annettu. Toimivallan siirron ongelmaksi tulee subdelegointi tai tehtävät, jossa tarvitaan julkisen vallan käyttöä¹²³².

Esimerkiksi yksityisen sosiaalihuollon palvelu kuuluu kunnan valvonnan piiriin, jota hoitaa kunnan määräämä monijäseninen toimielin. Palvelua järjestävän kunnan lisäksi valvonta on annettu STM:lle, joka huolehtii pääasiallisesti yleisestä ohjauksesta ja valvonnasta sekä lääninhallituksille¹²³³. Suomessa eri tasojen suorittama valvonta on hyvin pitkälle legalistista ja repressiivistä, eikä valvonta tai ohjaus ole pystynyt muuttamaan muotoaan niin, että eri viranomaistahot näkisivät ongelmat yhteiseksi ja hakisivat kuntalaisten palveluiden tuottamiselle uusia menetelmiä ja keinoja¹²³⁴. Valvontaa voidaan ryhmitellä eri tavoin, sitä tapahtuu eri tasoilla ja sitä suorittavat eri viranomaiset¹²³⁵. Sosiaali- ja terveysalan lupa-, ohjaus- ja valvonta-asioita keskitettiin sosiaali- ja terveysministeriön toimialueella uudelle sosiaali- ja terveysalan lupa- ja valvontavirastolle (Valvira)¹²³⁶, joka valvoo sosiaali- ja terveysministeriön alaisena terveydenhuollon ammatinharjoittajia vuoden 2010 alusta. Valviran tehtävät ovat laajentuneet koskemaan myös sosiaalihuollon ohjausta ja valvontaa.

Hierarkkisella valvonnalla on myös etunsa. Silti ainakin osan valtion kohdistamasta valvonnasta pitäisi muuttaa painopistettä verkostomaiseen toiminnan ohjaukseen ja kehittämiseen, koska myös kunta on ulkoistamisten myötä enenevässä määrin siirtymässä valvojan rooliin. Yksityistä terveyspalveluiden¹²³⁷ harjoittajaa valvoo myös kunnan terveyslautakunta tai vastaava toimielin. Sosiaalihuollon suunnittelu, ohjaus ja valvonta kuuluvat lääninhallituksille, vaikka niiden valvontavelvollisuus on kirjoitettu ja tulkittavissa melko yleisluotoisena ja laajana¹²³⁸. Aluehallintovirastot alkoivat 1.1.2010 valvoa sosiaali- ja terveyspalveluihin kuuluvien palveluiden tuottamista ja käsitellä kanteluja¹²³⁹. Aluehallintovirastoilla on myös entisen lääninhallituslain 8 §:n mukaan mahdollisuus sakon uhalla, teettämishallalla tai keskeyttämishallalla vaatia asianomaista noudattamaan käskyä tai kieltoa, jonka virasto tai virka-apuna muu viranomaisen on

1232 Rooman sopimuksessa tarkoitettua julkista valtaa ei kunnissa ole käytössä.

1233 Kun kunta tuottaa sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja muun kuin oman organisaation puitteissa, esimerkiksi yksityisen toimesta, on kunnan huolehdittava siitä, että toiminnalta vaaditaan STVOL 4.3 §:n mukaista tasoa.

1234 Tuori 2000b s. 602–603. L yksityisten sosiaalipalvelujen valvonnasta 9.8 1996/603, 8 §;

1235 Sosiaali- ja terveydenhuollossa tällaisia valvontaviranomaisia ovat sosiaali- ja terveysministeriö, aluehallintovirastot, perusturvalautakunta, oikeuskansleri ja oikeusasiamies.

1236 Ks. HE 131/2008.

1237 erveyspalvelujen käsite ei ole aina kovinkaan yksiselitteinen. Se kattaa lääkäri- ja hammaslääkäripalvelujen lisäksi muun terveyden- ja sairaanhoidon sekä niihin liittyviä palveluja kuten fysioterapiapeuttiset ja hierontapalveluja. Tuori 2000b s. 604–605; Ks. myös Huhtanen 2005 s. 125–126.

1238 Uoti 2003 s. 274.

1239 Hallituksen esityksessä ehdotettiin koottavaksi valtion aluehallintoviranomaiset AVI:ksi ja ELY:ksi. Aluehallintovirastojen tehtävänä olisi edistää alueellista yhdenvertaisuutta hoitamalla lainsäädännön toimeenpano-, ohjaus- ja valvontatehtäviä alueilla. Viraston (AVI) tehtävänä olisi edistää mm. perusoikeuksien ja oikeusturvan toteutumista sekä peruspalvelujen saatavuutta. HE 59/2009 s. 1–2.

toimivaltansa mukaan antanut¹²⁴⁰.

Suomessa ylintä valvontaa hoitavat eduskunnan oikeusasiamies ja valtioneuvoston oikeuskansleri. Heidän tehtäviinsä kuuluu valvoa kuntien palvelujen järjestämisen toimivuutta. Kuntalaisten näkökulmasta eduskunnan oikeusasiamiehen rooli on myös keskeinen repressiivisessä etuusvalvonnassa.¹²⁴¹ Oikeusasiamiehen valvontatehtävien painopiste onkin siirtynyt entistä enemmän perus- ja ihmisoikeusasioihin¹²⁴². Toiminta on monipuolistunut virkasyytteiden nostamisen lisäksi erilaisilla viranomaisia ohjaavilla toimenpiteillä¹²⁴³. Apulaisoikeuskansleri on vammaisuuden pohjalta järjestettävän kuljetuspalvelun osalta painottanut, että valvontavastuu turvallisuuden toteutumisesta on kunnilla eikä palvelun käyttäjällä¹²⁴⁴.

Nämä esimerkit sosiaali- ja terveydenhuollon puolelta osoittavat, kuinka tulkinnallisiin asioihin ulkoistamisissa voidaan törmätä. Asiakkaan kannalta asioiden liiallinen juridisoituminen voi olla myös palveluja ulkoistettaessa uhka, koska kunnan oman organisaation ulkopuolelta ostettuja palveluja on pystyttävä ohjamaan, valvomaan tai kehittämään kokonaisuutena asiakkaan kannalta. Laissa yksityisen sosiaalipalvelujen valvonnasta 8 §:ssä on määritelty, että tässä laissa mainittujen palvelujen valvonta kuuluu asianomaisten aluehallintoviraston lisäksi sille kunnalle, jossa palveluja annetaan. Sosiaalipalvelujen osalta asiakkaalla on oikeus tehdä muistutuksia ja kanteluja sekä vahingonkorvausvaatimus oli kyse sitten kunnan tai yksityisen elinkeinoharjoittajan tuottamasta palvelusta. Muistutus perustuu sosiaalihuollon asiakaslakiin, ja asiakas voi tehdä kantelun kunnalle tai alueen AVI:lle. Oikeuskanslerille ja oikeusasiamiehelle asiakas voi tehdä valituksen silloin, kun kysymyksessä sellainen julkisten tehtävien hoitaminen, jota kunta tilaa yksityiseltä yritykseltä.

Kuntien valvontaorganisaatioksi on nimetty sosiaali- ja terveysministeriössä perusturvalautakunta. Sosiaali- ja terveysministeriö voi antaa perusturvalautakunnalle arvioitavaksi kunnan palvelujärjestelmän oikeellisuuden, mikäli kunta ei ole järjestänyt kuntalaisilleen erityislaeissa mainittuja palveluja niin, että ne noudattaisivat maassamme yleisesti noudatettua tasoa. Vaikka perusturvalautakunnalla ei ole mahdollisuutta antaa oikeudellisesti velvoittavia normeja, se voi antaa STVOL 35.2 §:n mukaan suosituksia siitä, missä ajassa puutteet olisi korjattava¹²⁴⁵. Näin sen vaikutus perustuu hyvin pitkälle kielteiseen julkisuuteen¹²⁴⁶.

1240 Apulaisoikeusasiamies on kertomuksessaan painottanut, että perusoikeuksien toteutumisen varmistamiseksi on valtion viranomaisten kiinnitettävä sosiaali- terveydenhuollossa huomiota kuntien hallintoon ja palvelutuotannon laillisuusvalvontaan. EOA:n kertomus 1997 s. 206.

1241 HE 309/1993 s. 77. Vielä EOA:lle tehtyjen valitusten määrä on pysynyt maltillisena, vaikka paikallishallinto on muutosten kourissa palvelujen järjestämisen ja tuottamisen sekä resursoinnin suhteen. Ks. lisää Keinänen-Määttä 2006 s. 32–36.

1242 Husa 2004 s. 214.

1243 Husa 2004 s. 216–217. Ks. myös Heuru 2003 s. 408.

1244 Valtioneuvoston oikeuskanslerin kertomus vuodelta 2008 s. 248.

1245 Sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelua ja valtionosuutta koskevassa hallituksen esityksessä on maininta siitä, että sosiaali- ja terveysministeriön alaisuudessa toimiva perusturvalautakunta voisi yksittäistapauksissa selvittää, onko kunta järjestänyt peruspalvelut siinä laajuudessa ja sen laatusena kuin ne on yleensä muualla maassa järjestetty. Jos kunnan todettaisiin laiminlyöneen asianmukaisen peruspalvelujen järjestämisen eikä se korjaisi puutteita, voitaisiin kunnalta periä valtionosuus takaisin osittain tai kokonaan. HE 216/1991 s. 14.

1246 Myllymäki 2000 s. 261–262.

Eduskunnan tarkastusvaliokunta on todennut, että erilaiset suositukset ja ohjeet eivät ole olleet riittäviä, vaan olisi mietittävä tiukempaa normiohjausta ja normien toteutumisen seurantaan olisi tehostettava¹²⁴⁷. Lisähaasteita valvonnalle aiheuttaa se, että samalla kun palvelutuotantotavat monimuotoistuvat, lakkautetaan nykymuotoiset lääninhallitukset, joiden vastuulla valvonta on ollut. Toisaalta myös kuntien ja valtion sosiaali- ja terveydenhuollon laadunvalvonnan resursseja on tiukennettu. Jälkikäteisvalvonta toteutuu usein siten, että valvontaviranomainen saa tiedon yksittäistapauksista kanteluista tai muista epäkohdista jotka tulevat vireille asianomainen henkilön itsensä, omaisensa tai läheisensä tekeminä. Valvonta-asian voi myös laittaa vireille joku muu henkilö tai toinen viranomainen.¹²⁴⁸

Osittaisulkoistetun toiminnan valvonta ja omistajaohjaus riippuu monesta asiasta, kuten kunnan omistusosuuden suuruudesta. Esimerkiksi kuntaenemmistöistä osakeyhtiötä voidaan hallinto-oikeudellisilla keinoilla valvoa silloin kun osakeyhtiötä koskevia asioita on päätettävissä kunnan toimielimissä. Tällöin keskeiseksi kysymykseksi nousee, mitä sopimusten jaottelua noudatetaan sekä miten ja kenelle lopullinen päätöksenteko annetaan¹²⁴⁹.

Kuntien kokoerot aiheuttavat sen, että etenkin sisäinen valvonta on järjestetty hyvinkin eri tavoilla erikokoisissa kunnissa¹²⁵⁰. Sisäisen tarkastuksen toimiminen mahdollisimman asiantuntevasti ja laadukkaasti edellyttää jatkuvaa vuorovaikutusta, raportointia ja kehittämistä. Tähän pienemmillä kunnilla ei aina ole erikseen resursseja¹²⁵¹ vaan asiat voivat olla pahimmillaan myös sisäisen tarkastuksen osalta repressiivisiä. Laajamittaisten toimintojen ulkoistamisen valvontaan ei aina varata riittävästi resursseja. Monesti etenkin uusien toimintamallien ongelmaksi muodostuu, että valvonta on liian repressiivistä. Tämä voi johtua resurssien niukkuuden lisäksi siitä, että tilaajalle ei ole kertynyt kokemuksia siitä, mihin valvonnassa pitäisi kiinnittää huomiota.

Oikea aikainen valvonta mikä kohdistuu kunnan kannalta tiettyihin riskipaikkoihin oikeaan aikaan voi säästää kunnan resursseja muilta negatiivisilta jälkiselvittelyiltä ja seuraamuksilta. Ulkoistuksen valvonnalla varmistetaan viime kädessä se, että *toiminta on asianmukaista, laadukasta ja kunnan tarpeita vastaavaa* sekä samalla varmistetaan kuntalaisten tasapuolinen ja oikeudenmukainen kohtelu eri palvelukäytännöissä. Repressiivinen valvonta toimii kunnissa pääsääntöisesti hyvin, mutta keskeisenä haasteena on saada preventiivinen ohjaus ja valvonta toimimaan paremmin. Suurimmissa organisaatioissa valvonnan hajautuneisuus ja asioiden laajuus tuo haasteita, koska

1247 TrVM 6/2008.

1248 HE 77/2004 s. 14.

1249 Vrt. Mäenpää 1989 s. 256.

1250 Uoti on väitöskirjassaan todennut sisäisen valvonnan problematiikasta seuraavasti ”On mielestäni perusteetonta että KuntaL:ssa ei ole säännöksiä kunnan sisäisen tarkastuksen järjestämisestä, sillä kuntien väliset erot tarkastuksen järjestämisessä voivat vaikuttaa vähintäänkin välillisesti eri kuntien asukkaiden perusoikeuksien toteutumiseen. Vielä hämmästyttävämmäksi asian tekee se, että myöskään kuntalain keskeiset kommentaarit eivät käsittele käytännössä juuri lainkaan sisäisen tarkastuksen järjestämistä ja sen kontribuutiota kunnalliseen päätöksentekoon”. Uoti 2003 s. 258.

1251 Myllymäki 2000 s. 285. Ulkoistettu palvelu voidaan nähdä prosessina, jolloin palveluketjun kokonaisuuden arviointi nousee keskeiselle sijalle. Tantu 2007 s. 193, 195. Tällöin tilaajan ja tuottajan vastuut palveluketjun eri vaiheissa on yksilöitävä.

eri ulkoistusmuotojen valvontaa suoritetaan monella tasolla. Samalla ongelmana on palveluiden tuottamistapojen muuttuminen ja niihin liittyvien säännösten tulkinta. Kyse on tiivistetysti siitä, miten kunta *suoriutuu erityislainsäädännössä asetetuista vaatimuksista sekä mitä muita vaatimuksia kunta asettaa* omalle ja ulkoistetulle toiminnalle ja miten kunta niitä valvoo.

4.4 Muut lainsäädännön tuomat rajoitukset

4.4.1 Sääntelyn yleisiä lähtökohtia

Kun kunnan palvelutuotantoa uudistetaan, voidaan kysyä, mihin suuntaan hallintoa ollaan yhteiskunnallisesti ohjaamassa. Hallinto-oikeuden voidaan nähdä ohjaavan yhteiskuntaa tiettyyn suuntaan, jolloin oikeuden tehtävänä on toimia yhteiskuntakehityksen ohjaajana eikä yksittäisten henkilöiden konfliktien sääntelijänä. Oikeuden tehtävänä ei ole erottaa kansalaista ja valtiota toisistaan, vaan sen asema on muuttunut hyvinvointivaltiokehityksessä niin, että se pyrkii poistamaan valtion ja kansalaisten välistä riippuvuussuhdetta. Ongelmaksi on muodostunut, että perinteinen oikeustieteen käsitteistö on rakennettu ainoastaan oikeusvaltioajatuksen perustuen.¹²⁵² Vanha hallinto-oikeuden dualistinen määrittely julkis- ja yksityisoikeuteen tai lainsäädäntöön ja täytäntöönpanoon saattaa olla joiltakin osin vanhentunut¹²⁵³.

Ulkoistamisen lainsäädännöllisen aseman tulkitsemiseksi on haettava taustaa ainakin perustuslaista (731/1999), kuntalaista (365/1995), hallintolaista (434/2003), hankintalaista (348/2007), julkisuuslaista (621/1999), oikeustoimilaista (228/1929) sekä työsopimuslain (55/2001) ja vahingonkorvauslain (412/1974) säännöksistä. Lisäksi useissa erityislainsäädännöksissä on rajoitettu ulkoistusmenettelyä. Ulkoistamiseen liittyviä oikeudellisia kriteereitä ei voida kuitenkaan ”ulkoistaa” siinä määrin, että ulkoistamista voitaisiin EU-tasolla tai kansallisesti tulkita vain oikeusjärjestyksen ulkopuolelta tulevilla oppisuuntauksilla¹²⁵⁴.

Monilla säännöksillä voidaan yleisellä ja yksityiskohtaisella tavalla määritellä ulkoistettavan palvelun toimintaa, jolloin niiden merkitys selviää vasta kokonaistarkastelun avulla. Esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuollossa voidaan erikseen jäsenellä säädökset, jotka koskevat kunnallisten palveluiden järjestämistä ja tuottamista.

Dualistista oppia soveltaen myös hallinto ja palvelutuotanto voidaan jaotella siten, että niiden näkökulmat eroavat toisistaan, jolloin ne on myös organisoitava eri tavoin¹²⁵⁵. Ulkoistamisen aikana voi eteen tulla tilanne, jossa ratkaisu ei löydy suoraan

1252 Husa 1995 s. 22, 171; Laakso 1990 s. 119–120; Kultalahti 1990 s. 3.

1253 Hallinto-oikeudesta on myös löydettävissä välimuotoja mm. yksittäissäätelyn ja puutehjouksen, yksityisen ja yleisen intressin sekä valtion ja yhteiskunnallisen vastuun määrittelyssä. Ks. Rynnänen 2008 s. 160; Mennola 2008 s. 62–63 (teoksessa Heuru–Mennola–Rynnänen 2008).

1254 Vrt. Oikeuden systematiikkaa pyritään entistä enemmän määrittelemään oikeuden ulkopuolisista rationaliteeteista. Oikeuden kriteerejä siis ulkoistetaan, jos ne laitetaan riippuvaiseksi oikeusjärjestyksen ulkopuolisista rationaliteeteista. Ks. Oksanen 2003 s. 267.

1255 Rynnänen 1992/II s. 106–107. Lisäksi Rasinmäki on nähnyt ongelmaksi hallinnon ja palvelun jyrkkärajaisen erottelun toisistaan, koska hallintotehtäviä on vaikea jaotella pelkästään oikeusturvan, demokratian ja valvonnan osalta. Samoin palvelutuotannon jakaminen tulovastuulliseksi toimijaksi, jossa arvioiminen tapahtuisi ainoastaan kustannustehokkuuden mukaan tai muilla taloudellisilla periaatteilla ilman oikeudellista oikeusturvaa ja valvontaa. Rasinmäki 1997 s. 175.

laista ja jossa kyseiseen oikeudelliseen ongelmaan voidaan soveltaa monia normeja¹²⁵⁶. Ulkoistamista koskevilla sopimuksilla tilanne ei aina ole kovinkaan yksinkertainen, etenkin jos ei muisteta etukäteen sopia, mitä säädöksiä ja sopimuksia sovelletaan primäärisesti ja mitä sekundäärisesti.

Dualistisen tehtävämäärityksen lisäksi kuntien tehtävät voidaan jakaa vapaaehtoi-
siin, joissa kunnilla on ns. yleinen toimivalta, lailla erikseen säädettyihin ja erilaisiin kansalaisasioihin, joissa tehtäviä voi olla yksittäisen kansalaisen vastuulla¹²⁵⁷. Markkinaehtoistuminen on keskusteluttanut oikeustieteilijöitä ja alan tutkijoita siitä, mitä julkiseen valtaan¹²⁵⁸ kuuluu ja onko ns. julkisen palvelujen hoitamista valvottu tarpeeksi. Lähtökohtana on, että välillinen julkinen hallinto kuuluu myös perusoikeussäännöksissä julkisen vallan piiriin.¹²⁵⁹

Oikeussäännösten kodifointi on selkeyttänyt lainsoveltajien toimintaa, ja jatkossa kodifoinnille olisi myös entistä enemmän tarvetta¹²⁶⁰. Kodifointia vaikeuttavat jatkuva sääntelyn ja monien erityissäännösten lisääntyminen sekä momentasoisen sääntelyn aiheuttama työmäärän lisääntyminen¹²⁶¹. Oikeusjärjestyksen normihierarkiassa on kyse ylempään ja alemman normin määränäässuhteesta, jolla tarkoitetaan sitä, että normi saa oikeudellisen pätevyytensä oikeusjärjestyksen normihierarkian ylempältä tasolta¹²⁶². Oikeusnormien välinen suhde on kuitenkin delegaatio-suhde eikä loogis-deduktiivinen, jolloin alempia normeja ei voida loogisesti ajatellen johtaa suoraan ylempään¹²⁶³.

Oikeustieteessä samoin kuin lainsoveltamisessa voidaan erottaa kaksi eri lähestymistapaa ulkoistamiseen eli tilannesidonnaisuus ja ennakoitavuus. Näiden välinen jännite voi ilmetä hieman eri tavoin eri oikeudenaloilla, kuten yksityisoikeuden ja julkisoikeuden alalla. Tilannesidonnainen lähestymistapa huomioi ratkaisutilanteessa toimintaympäristön, eri intressit, intressitahot ja heidän asemansa sekä harkintakokonaisuuden. Ennakoitavuudessa painottuu oikeusvarmuus, jolloin oikeuden systemaattisuus, yhdenmukaisuus ja yhdenvertaisuus ovat keskeisessä roolissa.¹²⁶⁴

1256 Vrt. Heuru 1989 s. 178. Oikeusnormit voidaan hahmottaa normipyramidiksi, jossa korkeimmalla ovat perustuslait. Oikeuslähdeopillisen säännön mukaan *lex superior derogat legi inferiori*, jolloin alempi sääntö väistyy ylempään tieltä. Heuru 1989 s. 179. Hankintalain luonteesta. Ks. HE 154/1992 s. 1–3.

1257 Rynänen 2004 s. 28.

1258 Ks. tarkemmin luku 4.2.3.

1259 Tuori 2000b s. 52–53.

1260 Yleisesti oikeussäännösten kodifointia pidetään hyvänä asiana, mutta sen etenemistä hidastavat mm. laaja työmäärä, nopeat säädösmuutoksien aikataulut sekä päätöksentekijöiden ja poliitikkojen laimea innostus laajamittaiseen kodifointiin. Tala 1999 s. 60.

1261 Tala 1999 s. 59.

1262 Oikeusnormien tulkintatilanteet voidaan jaotella avoimiin, tavallisiin ja vahvoihin. Avoimessa tulkintatilanteessa lainsäädäntö ei ole vielä muodostunut ja joudutaan turvautumaan säädösten esitöihin. Tavallisessa tulkintatilanteessa oikeusnormit ovat voimassa, ja niitä on jo sovellettu käytäntöön. Vahvassa tulkintatilanteessa oikeuskäytäntöä on paljon. Laakso 1990 s. 68. Välittömästi ulkoistuksiin liittyvää oikeuskäytäntöä on kerääntynyt hyvin niukasti, joten monesti liikutaan avoimessa ja tavallisessa tulkintatilanteessa.

1263 Laakso 1990 s. 4–5. Ulkoistamisprosessin aikana ja sen jälkeen on pidettävä selvänä eri oikeuslähteiden keskinäinen järjestys. Oikeuslähteet voidaan jakaa vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin. Ks. Laakso 1990 s. 66–67, 129.

1264 Kultalahti-Nuolima 2007 s. 86.

Tilannesidonnaisuuden ja ennakoitavuuden esille ottaminen ja tarkastelu ulkoistamisnäkökulmasta voi olla tietyissä tilanteissa hyvä. Mitä yksilöllisemmästä ja ongelmallisemmasta asiasta tilaajan ja tuottajan välillä on kysymys, sitä vaikeampaa voi olla löytää argumentteja ennakoitavuudelle. Tällöin voidaan joutua antamaan enemmän painoarvoa tilannesidonnaiselle lähestymistavalle unohtamatta kuitenkaan ennakoitavuuden keskeisiä elementtejä. Tilannesidonnaisuuden mukainen lähestymistavan painottaminen tietyissä tilanteissa ei ole kuitenkaan täysin ongelmatonta, koska painottamisen keinot voisivat vastaavasti heikentää ennakoitavuutta¹²⁶⁵. Kun ulkoistamisessa joudutaan punnitsemaan tiettyjä kohtia tilannesidonnaisuuden näkökulmasta, jätetään entistä enemmän tulkinta- ja harkintavaltaa yksittäisiin kohtiin, jolloin taas repressiivisen kontrollin merkitys ja rooli voivat tietyssä tapauksissa kasvaa¹²⁶⁶.

Useat ulkoistamiseen liittyvät oikeussäännökset ja hallinto-oikeuden periaatteet ovat joiltain osin hyvin yleisiä ja toisaalta myös varsin yksityiskohtaisia, mutta niitä on noudatettava kaikissa ulkoistamisissa riippumatta toiminnasta, sen koosta tai ulkoistamisprosessin vaiheesta. Toisaalta Mäenpää on nostanut esille myös sitä problematiikkaa, jossa myös ulkoistuksissa liikutaan: ”sopimusoikeudellista näkökulmaa on samalla laajennettava sopimustoimintaa määrittäviin hallinto-oikeuden aspekteihin” ja ”hallinto-oikeuteen lainataan ja hallinnollisessa sääntelyssä sovelletaan välittömästi mm. sopimusoikeudellisia tai ainakin sopimusperusteisia käytäntöjä sekä muuten informaalisia menettelyjä”.¹²⁶⁷

Onko palvelujen uudelleen järjestämisessä ollut suuntana deregulointi vai reregulointi? Monissa tilanteissa väljä sääntely voi myös helpottaa sopeutumista toimintaympäristön muutoksiin, jolloin voidaan yksittäistapauksissa hakea parhaita keinoja¹²⁶⁸. Jos lainsäädännössä voidaan jatkossakin säilyttää mahdollisimman väljät normit, edesauttaa se innovatiivisten menetelmien hakemista mutta voi toisaalta johtaa hyvin erilaisiin palvelujen järjestämissiin ja säädösten tulkintoihin kunnissa. Toisaalta kuntalaki on myös monilla perussäännöillään vähentänyt muiden säännösten roolia erityisesti hallinnon ja menettelytapojen osalta. Samalla on kuitenkin huomioitava, että kunnan sisäisillä säännöksillä on myös moninaisia vaikutuksia ulkoistamisprosessin aikana ja sen jälkeen. Valtuuston harkintaan jää, kuinka säännökset on muotoiltu ja kuinka yksityiskohtaisia määräykset ovat, koska on huomattava, että valtuuston hyväksymä hallintosääntö sitoo niin muita toimielimiä kuin valtuustoakin¹²⁶⁹.

KuntaL 16 §:ssä on määritelty hallinnon järjestämisestä ja johtosäännöistä. Kunnalliset säännöt voidaan pääpiirteissään jaotella kuntalaisia koskeviin säännöksiin ja pelkästään kunnan sisäistä hallintoa koskeviin sääntöihin. Lait ja asetukset syrjäyttävät kuitenkin johtosäännöt, ellei toisin ole määritelty.

KHO 14.5.2008/1146. Kansanterveyslain 15.1 §:n kohta vaatii, että kunnalla pitää olla terveyskeskus kansanterveyslain 14.1 §:n 1–8 kohdassa tarkoitettuja toimintoja varten. KHO:n tapauksessa kaupunginvaltuuston hyväksymä perusturvalautakunnan

1265 Suviranta 2007 s. 89.

1266 Vrt. Suviranta 2007 s. 91–92.

1267 Mäenpää 1989 s. 1, 11; Ks. myös Harjula–Prättälä 2004 s. 227–229.

1268 Vrt. Huhtanen 1993 s. 40; Rasinmäki 1997 s. 107.

1269 Ks. AOK 30.10.2009.

*johtosääntö oli osin kansanterveyslain vastainen. Johtosäännössä oli määrätty, lain vastaisesti, etteivät kotisairaanhoido, lasten ja nuorten mielenterveyspalvelut, koulu-terveydenhuolto ja terveysneuvonta sekä äitiys- ja lastenneuvolatoiminta kuuluneet terveyskeskuksen toimintoihin vaan sosiaalisektorin palvelukeskusten järjestettäväksi.*¹²⁷⁰

Keskeistä on, miten ja missä kohdissa ulkoistetun palvelun toiminta, ohjaus ja valvonta eroavat eri oikeussäännösten soveltamisen osalta eri tuotanto- ja toimintamalleissa. Hallinto-oikeudellisia säännöksiä ja periaatteita pitää soveltaa pääsääntöisesti kaikkiin kunnan erityistoimialan mukaisiin lakisäateisiin tehtäviin. Sääntelyn merkitystä tarkasteltaessa on helposti ulkoistusta koskevassa sääntelyssä erotettavissa kaksi elementtiä: säännökset, jotka koskevat pääsääntöisesti kaikkea kunnallista ulkoistamista, ja säännöt, jotka koskevat vain tiettyjä erityisaloja.

4.4.2 Hyvälle hallinnolle asetetut vaatimukset

Tutkimuksen aiheeseen liittyvän kysymyksenasettelun kannalta olennaista on, miten hyvä hallinto toteutuu paikallistasolla, kun kunnan tiettyjä toimintoja järjestetään tai tuotetaan uudella tavalla. Pelkästään käsite hyvä hallinto kunnallisten palvelujen järjestämisessä ja tuottamisessa on moniulotteinen. Yhtenä kohtana voidaan ottaa esille hyvään hallintoon ja kunnallisiin palveluihin liittyvä palveluperiaate ja sen toteutuminen eri järjestämisvaihtoehdoissa.¹²⁷¹

Hyvä hallinto sisältää perustuslain mukaan seuraavat keskeiset elementit: asianmukaisen käsittelyn, joka tapahtuu viivytyksettä, käsittelyn toimivaltaisessa viranomaisessa ja sen julkisuuden, oikeuden tulla kuulluksi ja saada perusteltu päätös sekä mahdollisuuden hakea päätökseen muutosta¹²⁷². Oikeusturvan kokonaisuuden näkökulmasta virheiden korjaamisella mahdollisimman aikaisessa vaiheessa on tärkeä merkitys. Näin hyvä hallinto ja oikeudenmukainen oikeudenkäyttö muodostavat toiminnallisen kokonaisuuden.¹²⁷³ Hallintovaliokunta oli todennut komission valkoista kirjaa koskevassa lausunnossaan seuraavasti:

*”Valiokunta korostaa kunnallisen itsehallintoon perustuvan hyvinvointiyhteiskunnan merkitystä hyvän hallinnon pohjana. Lisäksi valiokunta korostaa valkoisessa kirjassa yksilöityjä hyvän hallinnon periaatteita: avoimuutta, osallistumista, vastuunalaisuutta, tehokkuutta ja oikeudenmukaisuutta. – – Valiokunnan mielestä on kannatettavaa, että EU:n komissio on aktiivisesti esiintuomassa Euroopan tulevaisuudesta käytävää keskustelua, jonka keskeinen osa on hyvä hallinto.”*¹²⁷⁴

Markkinaperusteiseen toimintaan voidaan taata hyvän hallinnon ja etenkin oikeusvar-

1270 KuntaL 50 §:ssä on määritelty hallintosäännöstä ja KuntaL 16 §:n mukaan valtuusto hyväksyy hallinnon järjestämiseksi johtosäännöt.

1271 Perustuslain 106 §:n mukaan tuomioistuimen on annettava ilmeisessä ristiriitatilanteessa etusijan perustuslain säännökselle tavalliseen lakiin verrattuna.

1272 KM 1992:3 s. 212.

1273 Lisää säädösohjailusta ja valmistelusta. Ks. Niemivuo 1998 s. 10–13, 21–22.

1274 HaVL 20/2001 s. 2. Ks. myös Eurooppalainen hallintotapa, Valkoinen kirja, KOM (2001)428 lopullinen.

muuden takeet. Perustuslailliset oikeudet vahvistavat yksilön oikeusturvaa hyvästä hallinnosta. Hallituksen esityksessä kuntalaiksi on todettu, että viranomaisten täytyy ottaa huomioon hallinnon yleiset periaatteet. Näitä periaatteita ovat hionneet lainsäädäntö, oikeus- ja hallintokäytännöt, hyvä hallintotapa sekä yhteiskunnallinen muutos. Suurin muutos ainakin ideologisesti on ollut se, mitä hyvällä hallinnolla ylipäänsä tarkoitetaan ja miten sen pohjalta suuntaudutaan entistä enemmän asiakaskeskeisyyteen¹²⁷⁵.

Kun puhutaan hyvästä hallinnosta ja siihen liittyvästä palvelusta, joudutaan määrittelemään, mitä hyvällä palvelutasolla tarkoitetaan ja mitkä kriteerit sen olisi täytettävä. Palvelutaso tarkoittaa palveluiden riittävyyttä ja laatua tietyn alueen kunta-laisten kannalta. Palvelukyvyllä taas tarkoitetaan tietyn yksikön mahdollisuutta tuottaa riittävästi laadukkaita palveluita. Palvelukykyisyyttä voidaan kunnallishallinnon näkökulmasta arvioida normi- tai tarvekriteereillä¹²⁷⁶. Kun kunnallisia palveluja järjestetään ja tuotetaan uudella tavalla, voi vaarana olla, että nojaututaan liian yleisperiaatteellisiin palvelutasonormeihin ja -kriteereihin. Jos ulkoistettavassa toiminnassa on hyvin selvät ja yksiselitteiset laatustandardit, on palvelu helpompi määritellä. Muuten ongelmaksi voi tulla, mitä tietty palvelutaso kattaa ja ovatko osapuolet ymmärtäneet sen samalla tavalla. Tarkastelun kohteena pitää olla myös se olemassa oleva säännöstö ja velvoittavuusaste, jota kyseisen palvelun tuottamisessa vaaditaan.

Hyvän hallinnon vaatimus on johdettavissa perustuslain 12.2 §:stä ja 21 §:stä sekä hallintolain 1 §:stä. Hyvä hallinto tunnetaan perustuslain säännöksenä, mutta sitä pidetään myös yleisenä hyvänä periaatteena. Vanhassa hallintomenettelylaissa hyvän hallinnon vaatimukset oli kirjattu neljänteen pykälään. Vuonna 2004 voimaan tullut hallintolaki (434/3003) korvasi hallintomenettelylain. Hallintolain uudistamien päätavoitteena on ollut toteuttaa ja edistää hyvää hallintoa ja oikeusturvanäkökulmia sekä edistää hallinnon palvelujen laatua ja tuloksellisuutta.¹²⁷⁷ Yleisiä hallinnon hyviä pääperiaatteita on haluttu lainsäädännön kautta stabilisoida, ja näitä määräyksiä on laitettu hallintolakiin. Tällä pyrittiin helpottamaan lain noudattamista ja tulkintaa viranomaistyössä¹²⁷⁸. Lisäksi lainvalmistelussa on korostettu hyvän hallinnon palveluperiaatetta entistä enemmän¹²⁷⁹.

Hallintovaliokunta on kannanotossaan pitänyt tärkeänä, että hallintolakia sovelletaan myös välilliseen julkiseen hallintoon ja julkisia hallintotehtäviä hoitaviin yksityisiin toimijoihin. Tällöin keskeiseksi muodostuu lain soveltamisessa tehtävän laatu eikä se, mikä on tehtäviä hoitavan organisaation organisatorinen asema.¹²⁸⁰ Edellä

1275 Perustuslaki ei sinänsä myöskään edellytä, että kuntien olisi itse tuotettava palvelunsa, vaan kunnilla on esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuollon palveluissa on ainoastaan järjestämisvastuu, jolloin kunnalle jää harkintavaltaa päättää, miten palvelut tuotetaan. Ks. Tuori 2000b s. 53.

1276 Kiviniemi 1985 s. 3, 16. Kiviniemi on todennut, että hallintokeskeisyyden vähentämiseksi tarvitaan asiakaskeskeisyyttä, jolloin asiaa voidaan lähestyä tarvekriteeristä ja kysyntäkriteeristä käsin. Kiviniemi 1985 s. 86–87.

1277 Ks. lisää HaVM 29/2002 s. 2; Vrt. HE 72/2002 s. 56–57.

1278 Hallituksen esityksessä mainitaan kuitenkin että ”samalla pyritään myös viranomaistoiminnan tehostamiseen. Vaikka neuvojen antaminen vaatiikin viranomaisen aikaa, vähennettäisiin näin toimien kuitenkin usein asian käsittelyn kokonaisaikaa ja samalla monesti myös viranomaisen työtä ja kustannuksia asiaa varsinaisesti käsiteltäessä”. HE 88/1981 s. 11. Säädosvalmistelua rasittavat erilaisten säädösten suuri määrä ja vaikeaselkoisuus sekä hallinnon sektoroituneisuus.

1279 HE 226/2009 s. 3.

1280 HaVM 29/2002 s. 3.

mainittuun perustuslain 21 §:n hyvän hallinnon palveluperiaatteeseen sisältyy myös kunnallisen viranomaisen oikaisuvaatimusjärjestelmän kehittäminen, mikä vaatii myös viranhaltijoilta aktiivista päätösten laadun seurantaa¹²⁸¹.

Paikallistasolla hallinto voidaan ymmärtää hyvinkin laajasti. Pääperiaatteelliset säännökset hallintoasian käsittelystä löytyvät hallintolaista, jota sovelletaan kuitenkin vasta, jos muissa laeissa ei toisin sanota – yleisyys ja toissijaisuus huomioiden.¹²⁸² Hallintolailla on siis keskeinen merkitys, vaikka se onkin luonteeltaan yleislaki. Perusoikeuskomitean mietinnössä puhutaan hyvästä hallinnosta useaan kertaan kokonaisuutena ilman, että tehdään eroa hallinnon eri osa-alueiden, kuten hallinnollisen päätöksenteon, hallintolainkäytön tai täytäntöönpanon, välillä¹²⁸³.

Hallintolaki antaa viranomaisten toiminnalle raamin, jotta tehtävät tulevat hoidetuksi perustuslain mukaisesti ja viivytyksettä. Hallintolailla on ohjaava vaikutus etenkin silloin, kun säännökset jättävät tulkitsevalle viranomaiselle suuren liikkumavaran löytää tarkoituksenmukaisin menettely¹²⁸⁴. Vaikka hallintolaki on yleislaki, se voi kuitenkin täydentää tiettyjä erityislain säännöksiä sellaisessa tilanteessa, jossa erityislain säännökset ovat puutteellisia¹²⁸⁵ tai joissa hyvän hallinnon minimivaatimukset eivät tahdo täytyä¹²⁸⁶. Oikaisuvaatimustoimikunnan komiteamietinnössä on ehdotettu, että viranomaisten toiminnan ja hallinnon tuloksellisuutta ja toimintaa voitaisiin edesauttaa sillä, että oikaisuvaatimusasioiden menettelyjen keskeisistä vaatimuksista säänneltäisiin yhtenäisesti ja yleisesti hallintolaissa¹²⁸⁷.

Hallintoasioiden käsittelyn pääperiaatteena on, että asiat hoidetaan ilman aiheutonta viivytystä. Tästä on mainittu perustuslain 21.1 §:n lisäksi hallintolain 23.1 §:ssä. Hallintolain 2.3 §:n mukaan hallintolakia sovelletaan valtion liikelaitoksiin, julkisoikeudellisiin yhdistyksiin sekä yksityisiin orgaaneihin silloin kun ne hoitavat julkista hallintotehtävää. Toimintaa ulkoistettaessa tehtävien luonteella on keskeinen merkitys. Hallintolain pohjalta jää osin tulkinnalliseksi, kuinka hallintokantelun käsittelyyn liittyvien muotosäännösten soveltamislaajuutta olisi tulkittava yksityisoikeudellisten orgaanien osalta silloin, kun asian kohteena on viranomaisen valvontavaltaan kuuluva yksityisoikeudellinen taho¹²⁸⁸.

Hallintolakia sovelletaan sellaisiin ulkoistettuihin palveluihin, joissa palvelun-

1281 KM 2008:4 s. 3; HE 226/2009 s. 3.

1282 Kulla 2008 s. 75; Hallberg ym. 1999 s. 660, 665.

1283 Kuusikko 2000 s. 141. Mäenpää näkee hallintopäätöksen keskeisinä yleisinä piirteinä neljä keskeistä oikeusvaikutusta, jotka ovat lainvoima, oikeusvoima, täytäntöönpanokelpoisuus ja pätevyys. Ks. Mäenpää 1997c s. 347.

1284 Kuusikko 2000 s. 182.

1285 Laakso 2006a s. 84–85.

1286 Ongelmalliseksi asia muodostuu silloin kun kunta ei itse tuota tiettyjä palveluita. Missä määrin voidaan valvoa ja vaatia ulkopuolista tarjoajaa noudattamaan hyvän hallinnon ja neuvonnan periaatteita? Hyvän hallinnon edellytykset olivat ennen hallintomenettelylaissa ja HM 16 §:ssä. Hyvän hallinnon periaatteet voidaan nähdä lähinnä yleisinä hallinto-oikeudellisina periaatteina, mutta palveluperiaatteet on kirjoitettu hyvin väljiksi. Mäenpää 1997c s. 254–255. Samat hallinto-oikeuden periaatteet löytyvät hallintolain 6 §:stä. Hallinto-oikeuden yleiset periaatteet saavat myös tukea perustuslaista.

1287 KM 2008:4 s. 5.

1288 EOA; kertomus 2008 s. 70. Ks. myös EOA:n päätös 21.7.2008.

tuottaja hoitaa julkista tehtävää¹²⁸⁹. Hallintolain 24 §:n mukaan asia on käsiteltävä julkisesti, jos niin on säädetty tai erityissäännöksen nojalla päätetty¹²⁹⁰. Lain 34 §:n mukaan asianosaiselle on ennen asian ratkaisemista varattava tilaisuus lausua mielihyvänsä sekä antaa selityksensä niistä vaatimuksista tai selvityksistä, joilla saattaa olla vaikutusta asian ratkaisuun.

Hyvään hallintoon kuuluvat peruseriaatteet asettavat viranomaiselle tietyt laadulliset vähimmäisvaatimukset, jotka on lueteltu hallintolain toisessa luvussa. Näitä viranomaisen harkintavaltaa ohjaavia yleisiä perusteita ovat harkintavaltaa ohjaavat yleiset hallinto-oikeudelliset periaatteet, palveluperiaate ja neuvontavelvollisuus. Suurin osa kunnallishallintoon liittyvistä toiminnoista on erilaisten palveluiden tuottamista. Palveluperiaatteen katsotaan hallintomenettelyssä vaativan viranomaiselta esimerkiksi palveluiden saatavuutta, neuvontaa, tiedottamista, nopeaa asioiden käsittelyä ja joustavaa hallintokäytäntöä. Tämä jaottelu vahvistaa kuntalaisten asemaa asiakkaana ja legitimoii kunnallishallinnon palveluperiaatteen yhdeksi hallinnon yleisiin periaatteisiin kuuluvaksi oikeudeksi. Hallintomenettelyyn liittyvien säännösten muutosidonnaisuutta on kuitenkin pyrittävä tulkitsemaan mahdollisimman asiakasmyönteisesti.¹²⁹¹ Ulkoistamisissa palvelujen tuottajalle jää ainakin ensisijainen vastuu asiakkaan neuvomisesta, mikä voidaan monesti luokitella avustavaksi toiminnaksi, kuten valiokunta on asian ilmaissut:

Valiokunnan mukaan avustava puhelinpalvelu ei ehdotuksen mukaan sisällä verotusta koskevan päätöksentekovallan käyttöä. Kyse ei siten ole julkisen vallan, eikä myöskään merkittävän julkisen vallan, käytöstä. Neuvonnassa on kysymys toiminnan avustusluonteisuudesta huolimatta kuitenkin julkisenhallintotehtävän hoitamisesta, sillä neuvonta kuuluu hallintolain 8 §:n mukaan viranomaisen lakisääteisiin tehtäviin. Valiokunta on katsonut käytännössään, että viranomaisia avustavia tehtäviä voidaan sopimuksella siirtää muiden kuin viranomaisten hoidettavaksi, kun se perustuu lakiin.¹²⁹²

1289 Kunnissa julkisten tehtävien hoitamisenä voidaan pitää mm. sosiaali- ja terveydenhuollon palveluiden tuottamista yksityisen toimesta. Tarukannel 2006 s. 427. Vrt. Hurskainen 2003 s. 74–75. Julkisen tehtävän käsitteen piiriin on katsottu kuuluvan kaikki sellaiset tehtävät, jotka ovat perinteisesti kuuluneet julkiselle hallinnolle tai joiden hoitaminen pohjautuu lakiin tai asetukseen. Ks. Eduskunnan oikeusasiamiehen vastaus kanteluun omaisuusneuvonhoito-yhtiön tarkastusvaliokuntaa koskevassa asiassa EOA:n vastaus 22.5.2001.

1290 HaLL 24 §:ssä viitataan siihen, mitä asiakirjojen julkisuudesta ja asianosaisten tiedonsaantioikeudesta säädetään julkisuuslaissa (621/199).

1291 Harjula–Prättälä 2004 s. 23. Hallinnon oikeusturvakomitean mietinnössä on todettu, että ”palveluperiaatteen mukaisesti viranomaisten on huolehdittava siitä, että asia tulee lain- ja asianmukaisesti selvitettyksi. Palveluperiaatteeseen kuuluu myös, etteivät asian vireille tuleminen ja ratkaisemista saa estää itsetarkoitukselliset prosessuaaliset vaatimukset, jotka eivät ole välttämättömiä kansalaisten tasapuoliselle kohtelulle, hallintotoiminnan asianmukaiselle kululle ja asian lainmukaiselle ratkaisemiselle. Hallintoasian asialliseen ratkaisemiseen pääsemistä toteuttavat myös viranomaisen neuvontavelvollisuutta, asiakirjassa olevan puutteen poistamista ja väärälle viranomaiselle tulleen asian oikealle viranomaiselle siirtämistä koskevat säännökset”. KM 1981:64 s. 47.

1292 PeVL 47/2005 s. 5–6.

Keskeiseksi kysymykseksi nousee, pystyvätkö kunnalliset viranomaiset ulkoistamisissa valvomaan hyvän hallintotavan periaatteiden noudattamista¹²⁹³. Ongelmana voi olla erityisesti yhdenvertaisuusperiaatteen ja suhteellisuusperiaatteen noudattaminen ulkoistetussa palvelussa. Hallinto-oikeuden periaatteisiin on tukeuduttava hallintopäätösten ja muiden kunnallisten päätösten lisäksi sosiaali- ja terveydenhuollon tosiasiallisessa toiminnassa¹²⁹⁴.

Oikeuskirjallisuudessa mainituilla yleisillä hallinto-oikeuden periaatteilla on tärkeä rooli, kun palveluja järjestetään uudella tavalla. Objektiveettiperiaatteen mukaan hallinnollisiin toimenpiteisiin ryhtymisen ja hallintoasian annetun ratkaisun tulee aina olla asialliselta sisällöltään objektiivisesti perusteltavissa. Yhdenvertaisuus edellyttää oikeusnormien kohteiden tasapuolista kohtelua ja samantapaisten asioiden ratkaisemista samoilla perusteilla. Suhteellisuusperiaate kieltää loukkaamasta esimerkiksi yksityisen intressejä enemmän kuin toimenpiteen tarkoitus välttämättä vaatii. Tarkoitussidonnaisuuden periaate kieltää viranomaista käyttämästä toimivaltaansa muuhun tarkoitukseen kuin siihen, jota varten se on perustettu.¹²⁹⁵

Hyvän hallinnon periaatteen on myös katsottu aktualisoituvan virkamieslaissa säänneltyyn virantoimitusvelvollisuuteen. Sen keskeisenä periaatteena on, että virkatehtävien suorittamisen on tapahduttava asianmukaisesti ja viivytyksettä. Toisaalta virkatehtävät määräytyvät myös yksityiskohtaisesti riippumatta virkamiehen hallinnonalasta ja toimintaa sääntelevästä lainsäädännöstä. Kaikissa virkatehtävissä on kuitenkin yleisesti huomioitava asianmukainen ja joutuisa käsittely, palveluperiaate, yleiset hallinto-oikeuden periaatteet sekä muut hyvän hallinnon periaatteet.¹²⁹⁶ Hyvän hallinnon vaatimus painottaa laillisuuden lisäksi hallinnon laadullisuutta, mihin liittyy myös tarkoituksenmukaisuusvastuu¹²⁹⁷. Tämä voidaan ulkoistuksen valmistelussa ymmärtää toiminnan laadullisten vaatimusten huomioimisena ja siihen liittyvänä vastuuna, joka ilmenee kunnissa viranhaltijoiden vastuun lisäksi myös luottamushenkilöiden poliittisena vastuuna.

Perusoikeuskomiteamietinnössä ja sen perusteella annetussa hallituksen esityksessä on mietitty ja tarkennettu hyvän hallinnon merkitystä käsitteenä. Hyvä hallinto voidaan ymmärtää kokonaisuutena, joka turvaa kansalaisille kaikissa tilanteissa oikeuden saada asiansa käsitellyksi hyvän hallinnon vaatimusten mukaisesti.¹²⁹⁸ Oikeudenmukaisen hallinnon vaatimukset tulevat ilmi perustuslaista, mutta hallintomenettelylaki tarkentaa ja täydentää monia yksilön oikeusturvaa koskevia säännöksiä. Hallintolainkäytössä

1293 Ks. Tuori 2000b s. 152–153.

1294 Tuori 2000b s. 156.

1295 Kulla 2008 s. 96–106; Mäenpää 1991a s. 115; Laakso 1990 s. 202. Mäenpää 1997c s. 183, 326.

1296 Jyränki 1997 s. 79; Kuusikko 2000 s. 155. Ks. lisää käsittelyn joutuisuudesta. Kulla 2008 s. 149–153. Euroopan unionin perusoikeuskirjan 41 artiklassa on säännelty oikeus hyvään hallintoon. Sen ongelmana on kuitenkin, että se sääntelee peruslähdekohdiltaan vain unionin toimielimiä. Ks. esimerkiksi Kuusikko 2001 s. 127–129.

1297 Heuru 2008 s. 206 (teoksessa Heuru–Mennola–Ryynänen 2008).

1298 KM 1992:3. s. 207, 211–212; HE 309/1993. s. 74. Hallintolain (434/2003) lisäksi kunnallista hallintotoiminnasta on säännelty yleisesti monissa muissa säännöksissä, joilla voi olla merkitystä toimintoja ulkoistettaessa, kuten julkisuuslaissa (621/1999), hallintolainkäyttölaissa (586/1996), henkilötietolaissa (523/1999) ja kielilaissa (423/2003).

pääperiaatteena on, että valittajalle annetaan oikeussuojaa ja hallintomenettelyn ja hallintolainkäytön välillä ei ole hyvä tehdä suuria eroja.¹²⁹⁹

Kun erilaisia ja eritasoisia kuntiin liittyviä palvelu- ja hallintouudistuksia tehdään, nousee kuntalaisten kannalta keskeiseksi kysymykseksi kansalaisten oikeusvarmuus, joka on EY-oikeudessa vakiintunut oikeusperiaate¹³⁰⁰. Tällöin tarkastelun kohteeksi nousee, mitä tosiasialliseen palvelutoimintaan lukeutuu ja miten laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan piirissä olevat päätökset pystytään erottelamaan tosistaan. Hallintopäätösten jakoa laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkintaan kuuluviin päätöksiin ei ole aina pidetty hyvänä, koska hallintopäätöksiä ei voi rajata tarkasti¹³⁰¹. Tietyissä tilanteissa, kuten yksilöllisissä hallintopäätöksissä, laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan mukaista jaottelua on pidetty liian jäykkänä¹³⁰². Harkintavallan jaottelu laillisuus ja tarkoituksenmukaisuusharkintaan ei ole kovin tarkkarajainen, vaan hyvinkin asteittainen, joustava ja liukuva. Oikeusharkintaa suorittava viranomainen joutuu tukeutumaan oikeusnormeihin ja oikeuslähteisiin mutta tarkoituksenmukaisuusharkinnassa voidaan nojautua myös muuhun kuin oikeudelliseen aineistoon.¹³⁰³ Ulkoistamisissa tosiasiallisen palvelutoiminnan erottaminen tai konkretisoiminen on vielä vaikeampaa kuin yksilöllisissä laillisuusharkinnan perusteella tehtävissä hallintopäätöksissä¹³⁰⁴.

Kunnallishallinnon kannalta oikeussäännösten sovellettavuudessa keskeisiä ovat olleet ns. osallistumisoikeudet ja TSS-oikeudet¹³⁰⁵. Hallintotoiminta voidaan jaotella sidottuun ja tarkoituksenmukaisuusharkintaan. Kun kunnan viranomainen kilpailuttaa palveluja tai käyttää julkista valtaa, on hänet sidottu hallinnollisissa toiminnoissa lakeihin. Ainoastaan tarkoituksenmukaisuusharkintaa vaativissa ratkaisuisa viranhaltijalla voi olla enemmän liikkumavaraa, mutta tällöinkin tarkoituksenmukaisuusharkintaa rajoittavat tarkoitussidonnaisuus-, objektiviteetti-, suhteellisuus- ja yhdenvertaisuusperiaate.¹³⁰⁶

Palvelujen järjestämisissä voidaan joutua tilanteisiin, joissa lainsäädännössä annetaan vain raamit ratkaisulle, ja viranomainen joutuu käyttämään tarkoituksenmukaisuusharkintaa,¹³⁰⁷ jota kuitenkin rajoittavat harkintavallan rajoitusperiaatteet.

1299 OM:n julkaisu 2/1994 s. 74–76.

1300 Joutsamo 1991 s. 117.

1301 Mäenpää 2000 s. 352; Tuori 2000 s. 115.

1302 Ks. lisää Tuori 2000 s. 115–116.

1303 Laakso 2006 s. 308–310.

1304 Tuorin mukaan tarkoituksenmukaisuusharkintaan nojautuvissa päätöksissä on samoja elementtejä kuin tosiasiallisessa palvelutoiminnassa. Molemmissa oikeusnormit antavat vain raamin tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien vaatimusten huomioimiselle. Tuori 2000b s. 149.

1305 Myös 1990-luvun vaihteessa monissa keskusteluissa painotettiin kunnan vastuuta hyvinvointipalvelujen järjestämisessä. Oikeudellisesti sääntelyissä pitäisi olla tietynlainen joustavuus ja kuntakohtainen liikkumavara, jotta lainsäädännössä säilyisi myös näkemys todellisuudesta ja siitä, miten kunnilla on mahdollisuus selviytyä uusista velvoitteista. Vrt. Nurmi 1991 s. 379. Valtiosääntökomitean välimietinnössä vuonna 1974 on todettu, että perusoikeussäännöksiä pitäisi uudistaa kokonaan. Komitea katsoi tuolloin, että perusoikeusturvaa on parannettava ja perusoikeuksien alaa laajennettava. Ks. Nurmi 1991 s. 378.

1306 Jyränki–Perttunen–Vilkkonen 1982 s. 304–305. Ks. lisää Kulla 2008 s. 96–106.

1307 Vastakohtana viranomaisen harkintavallan käyttämiselle on ns. sidottu ratkaisu tai laillisuusharkinta, jossa viranomaisella on vain yksi ratkaisu. Tällöin lainsäädännöstä tai ohjeistuksista löytyy riittävän selkeät tunnusmerkit siihen, miten kyseissä tapauksessa pitäisi menetellä. Ryynänen 1991 s. 37.

Tarkoituksenmukaisuusharkintaan perustuva päätös on viranomaisen kannalta monimutkaisempi ja laajempi kuin laillisuusharkintaan perustuva päätös¹³⁰⁸. Jos kunnallinen viranhaltija ei käytä harkintavaltaansa oikein kunnallisten palvelujen järjestämisessä asiakkaalleen, voi hän syyllistyä harkintavallan väärinkäyttöön¹³⁰⁹. Tällöin viranhaltija on päätöstä tehdessään loukannut asiakkaan tai palvelun tuottajan oikeuksia, yhdenvertaisuusperiaatetta tai tarkoituksenmukaisuusperiaatetta loukkaamalla. Samalla päätös voisi asettaa myös kuntalaisten perusoikeudet kyseenalaiseksi.

Kuntien kannalta tarkoituksenmukaisuusharkinta¹³¹⁰ on monelta osin kaventunut normi- ja säädöstulvan myötä, ja samalla tarkoituksenmukaisuusharkintaa käyttävän viranomaisen liikkumavara oikeussäännöksiä ja periaatteita soveltaessa on pienentynyt. Kunnan markkinaehtoistaessa tiettyjä kunnan toimintoja tulee tarkasteltavaksi, milloin viranomaiset voivat joutua käyttämään tarkoituksenmukaisuusharkintaa. Ulkoistamisen valmistelussa tarkoituksenmukaisuusharkinnan käyttöä ja liikkumavaraa rajoittavat kuitenkin erityislaissa mainitut säännökset, joita tarkastellaan seuraavissa luvuissa yksityiskohtaisemmin. Se, missä vaiheessa ja minkälaisissa ja -kokoisissa ulkoistamisissa tarkoituksenmukaisuusharkintaa on mahdollista käyttää, vaihtelee kunnan toimialueilla.

Hyvän hallinnon periaatteet ovat tärkeässä asemassa, kun tutkitaan ulkoistamista kunnallishallinnossa. Hallintolain mukaisia hyvän hallinnon periaatteita on noudatettava julkisia tehtäviä hoidettaessa, kuten sellaisissa tapauksissa, joissa kunta on ulkoistanut terveydenhuollon palveluja¹³¹¹. Hallinnon eri periaatteet vaikuttavat ulkoistamiseen monella eri tavalla. Lainsäädännölliset säännökset ja periaatteet voidaan jaotella ulkoistamista edesauttaviin ja sitä rajoittaviin säännöksiin ja periaatteisiin. Edesauttavia ovat esimerkiksi hallinnon toissijaisuus-, taloudellisuus- sekä tehokkuusperiaate. Rajoittavina voidaan pitää tarkoituksenmukaisuus- ja yhdenvertaisuusperiaatteita sekä perusoikeuksien turvaamisen periaatetta¹³¹². Tällöin voidaan myös tarkastella, kuuluvatko mahdollisesti ulkoistettavat palvelut subjektiivisen vai objektiivisen oikeuskäsitteen alaan¹³¹³.

Ongelmia voi tulla, jos lainsäädännöstä ei pystytä suoraan erottamaan, mitä julkishallinnon periaatteita ulkoistetun palvelun tuottajan olisi hyvä noudattaa. Tällöin voidaan ajatella, että kunnallinen viranomainen on vastuussa palvelun järjestämisestä ja harkitsee sekä selvittää, mitä hallinnon periaatteita on tarkoituksenmukaista velvoittaa palvelun tuottajaa noudattamaan. Tarkoituksenmukaisuuspunninta ei välttämättä ole sama asia kuin lakien soveltaminen, vaikka siinä tukeuduttaisiinkin lainsäätäjän

1308 Ryynänen 1991 s. 36–37.

1309 Vrt. Ryynänen 1991 s. 58.

1310 Makkonen on todennut, että vapaata harkintaa on oikeusjärjestyksessämme sellainen tarkoituksenmukaisuusharkinta, johon ei olisi muutoksenhakuoikeutta. Se, onko tietty hallintotoiminta vapaata harkintaa, voidaan määritellä vasta sitten, kun tuomioistuimet antavat ratkaisun. Makkonen 1981 s. 174–175.

1311 OKA 4.6.2004.

1312 Vrt. Rasinmäki 1997 s. 186–202. Rasinmäki on todennut, että hallintoperiaatteet voidaan jaotella yksityistämistä edellyttäviin ja yksityistämistä rajoittaviin periaatteisiin. Jälkimmäisten periaatteiden oikeudellinen velvoittavuus on vahvempaa. Samalla hän ehdottanut, että palvelun tuottaja velvoitetaan sopimuksen tai säännöksen turvin noudattamaan hallinto-oikeuden pääperiaatteita julkisen intressin ja asiakkaan oikeusturvan takaamiseksi.

1313 Ks. Hallberg 1978 s. 39–40, 91–92.

käskyyn. Oikeus- ja tarkoituksenmukaisuuskysymyksiä ei voida erotella millään yleisillä kriteereillä. Vaikka kunnallisessa toimintojen ulkoistamisessa jouduttaisiin painottamaan tarkoituksenmukaisuuspunnintaa, kunnallishallinnossa on huomioitava hallintolain 6 §:ssä mainitut hallinnon oikeuseriaatteenäkökulmat¹³¹⁴.

Kunnallisessa ulkoistamisessa tarkoituksenmukaisuusharkintaan nojautuva päätös voi esimerkiksi tulla kysymykseen kunnan yleisellä toimialueella. Perusteena voi olla kunnan tai alueen elinkeino- tai energiapolitiittisten tavoitteiden edistäminen. Tällöinkin kunnan harkintavallan käyttämiselle on kuitenkin oltava yleisesti hyväksyttävät syyt, ja niiden on edistettävä kunnan yleistä kehitystä sekä mahdollista senhetkisen yleisen toimialan puitteisiin. Harkintavaltaa ei myöskään saa käyttää väärin tarkoituksiin¹³¹⁵. Keskeiseksi kriteeriksi näyttäisi muodostuvan se, toimiiko esimerkiksi liikelaitos markkinoilla vai markkinoiden ulkopuolella¹³¹⁶. Vaikka kunnan tietyn organin toiminta tapahtuisi markkinoiden ulkopuolella, se ei myöskään pääsääntöisesti täytä kokonaisulkoistuksen tunnusmerkkejä.

Hallinto-oikeuden yleiset periaatteet sitovat kunnallisia viranomaisia, kun tehdään yksilöön tai etuuksiin liittyviä päätöksiä¹³¹⁷. Päätöksen etuuksiin liittyvistä asioista on velvoitettu tekemään kunnallinen toimivaltainen viranhaltija, vaikka itse palvelu olisi ulkoistettu. Oikeudellisesti ei aina ole kuitenkaan yksiselitteistä, missä määrin yksityinen palveluntuottaja tekee kuntalaisten oikeuksiin tai etuuksiin liittyviä valintoja¹³¹⁸. Tällaisia rajatapauksia on kuitenkin vältettävä, ja tällaisten valintojen tulkinta olisi yksityisen palvelujenharjoittajan näkökulmasta hyvin suppea.

Hyvän hallinnon näkökulman tarkasteluun liittyy keskeisesti myös julkisuusperiaate. Vuoden 1999 julkisuuslain tavoitteena oli tuoda valmisteluun enemmän julkisuutta mahdollistavia elementtejä, kuten parantaa kansalaisten tiedonsaantia, tuoda selvemmat säännökset salassapidolle sekä yleisesti lisätä ja laajentaa julkisuusperiaatetta¹³¹⁹. Riippumatta siitä, minkä muotoista tai asteista ulkoistaminen on, antavat hyvän hallinnon periaatteet kunnille ulkoistamisprosessin eri vaiheissa yhteiset kehikot. Samalla kunta pystyy mahdollisen tilaajan ominaisuudessa tarkastelemaan tuottajan toimintatapoja.

Kuntien ulkoistamisten lisääntyessä joudutaan tarkastelemaan, missä määrin kunnat ovat ohjeistaneet yksityisiä palveluntuottajia hyvän hallinnon keskeisistä

1314 Hallintolain 6 §:ssä on todettu, että viranomaisen on kohdeltava kaikkia tasapuolisesti ja puolueetomasti sekä oikeassa suhteessa päämäärään nähden ja käytettävä toimivaltaansa lainmukaisesti.

1315 Kilpailulainsäädäntö rajoittaa pääsääntöisesti ulkoistamisissa tarkoituksenmukaisuusharkinnan käyttöä, ja esimerkiksi kuntien energialaitosten toiminta ja kilpailu nojautuvat sähkömarkkinalain erityissäädöksiin.

1316 Prättälä 2008 s. 8.

1317 Ks. lisää Niemivuo–Keravuori 2003 s. 117–122, 387.

1318 Tällaisia yksityisen palveluntuottajan tekemiä valintoja voivat olla etenkin sosiaali- ja terveydenhuollossa ilman lähetettä jääminen, laboratorio- ja röntgenpalveluiden rajoittaminen tai palveluasumisessa tapahtuvat yksilön oikeuksiin kohdistuvat asiat, jotka voivat olla kuntalaisten kannalta tärkeitä päätöksiä. Näitä ei tulkita aina viranomaispäätökseksi tai tosiasialliseksi hallintotoiminnaksi, mutta ne vaikuttavat monella tavalla kuntalaisen asiakkaan roolissa samaan etuuteen tai oikeuteen.

1319 Vaikka julkisuuslaki on myös yleislaki, ovat sen tavoitteena olleet niin tyhjentävät säännökset, ettei erityislaeissa tarvitse säätää toisin. Yksi suurimmista muutoksista oli se, että kaikki julkisiksi määritellyt asiakirjat tulevat julkiseksi viimeistään silloin, kun viranomainen on lopettanut asian käsittelyn. Ahvenainen–Räty 1999 s. 22–22, 30.

periaatteista ja noudattamisesta. Voi myös olla, että kunnat tarkastelevat asioita vain yksityisoikeudellisten sopimuskysymysten tai erityislainsäädännön näkökulmasta, jolloin muu säännöstö ja periaatteiden tarkastelu jää vähemmälle huomiolle¹³²⁰. Yksityiset palveluntuottajat eivät ole kaikissa tapauksissa sisäistäneet niitä hyvän hallinnon periaatteita, joita kunta joutuu noudattamaan, jolloin kunnan valvontavastuu korostuu. Tällöin pohdittavaksi tulee, miten kunta tilaajana ottaa esille ja seuraa, että hyvän hallintotoiminnan säännöt ja periaatteet tulevat huomioitua riittävästi.

Hyvän hallinnon soveltamisen problematiikka voidaan tiivistää seuraaviin näkökulmiin: Ulkoistamisprosessin eri vaiheissa vaarana voi olla, että hyvien hallintoperiaatteiden tarkasteleminen jää kilpailuoikeudellisten asioiden varjoon. Siksi hyvälle hallinnolle asetettuja vaatimuksia on tarkasteltava ja noudatettava läpi koko ulkoistamisprosessin.

Haasteita oikeudellisessa arvioinnissa saattaa aiheuttaa se, että ulkoistamisen muotoja ja toimialueita on useita, ja kussakin tilanteessa on punnittava erikseen, mitä säännöksiä on painotettava. Ulkoistuksen eri vaiheissa on kuitenkin noudatettava hyvän hallintotavan vaatimuksia, vaikka niitä ei pystyttäisi erikseen asemoimaan säännöksinä tietyssä ulkoistamisprosessin vaiheessa. Kun kyse on kunnan lakisäätteistä palveluista, on tuotantotavasta tai toiminnasta riippumatta hallinnolle asetettava tiukempia vaatimuksia kuin vapaaehtoisten tehtävien osalta.

Hyvän hallinnon määräyksien soveltaminen ei aina toimi kunnissa säännösten vaatimalla tavalla, vaikka kuntalaisten pitäisi saada asianmukaista ja asiallista kohtelua palvelun tuottajasta riippumatta. Hyvän hallinnon vaatimukset ovat monelta osin aika yleisellä tasolla. Niiden välitön oikeudellinen tulkitseminen voi olla ulkoistetun palvelun osalta hyvinkin väljää, vaikka toisaalta ne antavat kehyksen ja välineistön siihen, mitä hyvään hallintoon kuuluu ja miten sen pitäisi lähtökohtaisesti toimia. Kuntalaisten kannalta hyvän hallinnon periaatteilla on myös keskeinen merkitys, koska ne täydentävät muita säännöksiä siltä osin kuin asiakkaan oikeudet kunnallisten palvelujen ”kuluttajana” eivät muuten toteutuisi.

Kunnallishallinnon sisäinen dualistinen periaate aiheuttaa oikeudellisia ja toiminnallisia ongelmia hyvän hallinnon soveltamisessa, silloin kun markkinatalouden oppeja sovelletaan painotetusti kunnallishallintoon. Hyvän hallinnon yhdeksi keskeiseksi ongelmaksi on jäänyt, miten hallintolegalistinen ja managerialistinen hallinto toimivat samaan aikaan kunnallishallinnossa¹³²¹. Kaikissa palveluntuottamistilanteissa ei pystytä aina sovittamaan yhteen hallintolegalistisia ja managerialistisia toimintatapoja. Joudutaan tekemään myös arvovalintoja, jotta toiminta pystyy noudattamaan hyvän hallintotavan vaatimuksia.

1320 Käsitys perustuu kokemuksiini ulkoistettujen palvelun valmistelijana ja esittelijänä kunnallishallinnossa .

1321 Ks. Palvelutuotannon oikeudellisen sääntelyn taustasta Laakso 1990 s. 13.

4.4.3 Sosiaali- ja terveydenhuollon muutos

4.4.3.1 Säädösperusta

Ulkoistamisen eri vaiheissa ja sen jälkeen kunta joutuu palveluiden järjestäjänä ottamaan huomioon monia oikeussäännöksiä¹³²². Aina ei ole välttämättä täysin yksiselitteistä, mitä säännöksiä ja missä vaiheessa ulkoistamista pitäisi noudattaa, ja samoja oikeussäännöksiä voidaan myös tarvita useampaan kertaan eri vaiheissa. Kuten alussa määriteltiin, on sosiaali- ja terveydenhuollon tarkastelua syytä painottaa sen vuoksi, että eri ulkoistamisen toiminnoista se on oikeudellisesti monimutkaisimpia ja volyymitaan yksi suurimmista ja kasvavista ulkoistusten alueista. Sosiaali- ja terveydenhuollon erityislainsäädäntöä on syytä tarkastella erikseen, vaikka osa säännöksistä tuli ilmi esimerkiksi erityisen toimialan tehtäviä tarkasteltaessa¹³²³. Lisäksi sosiaali- ja terveydenhuollon ulkoistamisiin liittyviä muita oikeuslähteitä ei mainita tai käsitellä enää erikseen.

Kunnalliset tehtävät ja palvelut ovat muuttaneet lainsäädännön kehittyessä muotoaan. Hallituksen esityksestä ilmenee, että kansanterveyslain säätämisen tavoitteena oli määritellä terveyspolitiikkamme peruseriaatteet uudelleen siten, että painopiste on terveydenhoidossa ja avosairaanhoidossa, jotta hallinnolliset ja taloudelliset puitteet kunnallisen terveydenhuollon nopealle ja suunnitelmalliselle kehittämiselle ovat olemassa.¹³²⁴ Samalla yhdistettiin monet kansanterveystyötä ohjanneet lait yhdeksi kansanterveyslaiksi. Lukuisten lainsäädännöllisten tarkistusten lisäksi on lainsäädäntöä alettu myös selkeyttää ja niputtaa yhteen, kuten meneillään olevassa kansanterveyslain ja erikoissairaanhoitolain yhdistämisessä¹³²⁵.

Kunta- ja palvelurakenteen uudistuslailla on monia vaikutuksia erityislainsäädäntöön¹³²⁶. Sosiaali- ja terveysvaliokunnan mukaan puitelainsäädäntö on antanut mahdollisuuden palvelujen purkamiseen. Valiokunnan mielestä kuntien pitäisi ratkoa palvelujen etusijajärjestys. Sosiaali- ja terveydenhuollossa ulkoistamisten huono puoli on ollut palvelujen laadun valvonnan rajallisuus¹³²⁷.

Terveyspalveluiden järjestäminen on tulevina vuosikymmeninä suurempien haasteiden edessä, koska Suomen ikärakenteen vuoksi työikäiset ihmiset vähenevät ja toisaalta sairastava väestö lisääntyy suurien ikäluokkien vanhetessa. Tällöin joudutaan useissa kunnissa miettimään myös erilaisia terveyspalveluiden tuotantotapoja ja niihin liittyvää oikeudellista problematiikkaa.

KHO 8.3.2000/491. Tapauksesta ilmeni mitoituskeskitykseen liittyviä tulkintaongelmia. Kysymys oli siitä, millaiset tilat vanhusten palveluasunnossa tuli olla ja kuka tätä valvoi. Ongelmana on, että yksityisestä sosiaalipalvelujen valvonnasta annetussa laissa

1322 Oikeustieteen haasteena on, että sen pitäisi olla ennustettavaa ja pohjautua yleisesti hyväksytyihin argumentteihin ja samalla pystyä muuttamaan yhteiskunnallisen muutoksen vauhdissa.

1323 Ks. luku 4.3.4.2.

1324 HE 98/1971 s. 1–3.

1325 Samanlaisia positiivisia vaikutuksia toivat lähteen tarkennukset kuntakonsernin- ja liikelaitostyöryhmän mietinnöstä kuntalakiin kunnallisten toiminnan ohjaamisesta ja valvomisesta kuntakonsernissa. SM:n julkaisuja 9/2006 s. 3, 8–9.

1326 HE 155/2006 s. 1, 26, 95–96.

1327 Ks. StVL 1/1994 s. 1.

sanotaan vain, että palveluja antavassa yksikössä pitää olla riittävät ja asianmukaiset tilat. Lainsäädännössä tai muissa säädöksissä ei ole annettu yksityiskohtaisia säännöksiä siitä, millaisia ja kuinka isoja palveluasunnon tilojen pitäisi olla.

Viime vuosien aikana kuntien terveydenhuollon järjestäminen on esimerkiksi kunnallisen lääkärripulan takia herättänyt keskustelua. Yhdeksi keskeiseksi kysymykseksi nousee, miten ulkoistettu terveydenhuolto eroaa omasta toiminnasta.

Vuonna 1992 annetussa sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelu- ja valtionosuuslain 4 §:ssä on määritelty ne lainsäädännölliset peruseriaa- ja tavoitteet, joiden mukaan kunnat voivat järjestää sosiaali- ja terveydenhuollon tehtäviä. Hallituksen esityksessä sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelua ja valtionosuutta koskevan lainsäädännön uudistamisesta asetettiin tavoitteeksi se, että julkisin varoin rahoitetut palvelut täyttävät tietyt laadullisesti minimivaatimukset¹³²⁸. Ulkoistettaessa sosiaali- ja terveystalvuuja erityisen tärkeäksi tulee STVOL 4.3 §:n kohta. Siinä on todettu, että jos palveluja hankitaan yksityiseltä yritykseltä, pitää kunnan tai kuntayhtymän varmistaa, että palvelun taso vastaa samaa tasoa, jota edellytetään vastaavalta kunnalliselta palvelun tuottamiselta. Kunnan hankkiessa sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja yksityisiltä yrityksiltä, tuo palveluiden tuottamismuotoon rajoituksia myös muut perusoikeussäännökset, kuten syrjinnän kieltö, yhdenvertaisuus sekä oikeus elämään ja henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja turvallisuuteen¹³²⁹.

Yksityiset sosiaali- ja terveystalvuuja tuottajat ovat velvollisia noudattamaan potilaslain (592/92) salassapitovelvollisuutta. Terveydenhuollon palvelut, jotka kunta on erityislainsäädännön järjestämisvelvoitteensa puitteissa hankkinut yksityisiltä palvelun tuottajilta, kuuluvat JulkL 4 §:n soveltamisen piiriin.¹³³⁰ Tällöin sosiaali- tai terveydenhuollon palveluja tuottavalla organilla on oltava julkisia tehtäviä, jotta toiminta on mahdollista rinnastaa JulkL 4.2 §:n nojalla viranomaiseen.

Kunnallista terveydenhuoltoa ohjaa kansanterveyslaki. Terveydenhuollolla tarkoitetaan KansanterveysL 1 §:n mukaan väestön elinympäristöön liittyvää terveyden edistämistä sairauksien ja tapaturmien osalta sekä sairaanhoitoa. Kunnan kansanterveydestä on kansanterveysL 14 §:ssä mainittu, että kunnan pitää mm. huolehtia kuntalaisten terveystalvuuja neuvonnasta ja terveystalvuuja tarkastuksesta, seurata kuntalaisten terveydentilaa, järjestää sairaanhoito, mielenterveyspalvelut, sairaankuljetus, seulonta- ja joukkotarkastuksia ja kiireellinen avosairaanhoito sekä tuottaa työterveyspalveluja. Kunnan ei ole kuitenkaan pakko tuottaa palveluja itse, sillä kansanterveyslaki antaa kunnalle hyvin

1328 HE 216/1991 s. 8–10.

1329 HE 309/1993 s. 71. Rasinmäki onkin väitöskirjassaan kysynyt aiheellisesti ”onko KuntaL 2.3 §:n yksityistämissäännöksen säätämisen jälkeen perusteita säilyttää sisällöltään ja tavoitteiltaan samankaltaista yksityistämissäännöstä STVOL 4.1 §:ssä.” Rasinmäki 1997 s. 62.

1330 Julkisuuslain säännökset eivät koske puhtaasti yksityisen terveydenhuollon palvelujen tuottajia. Oikeudellisen tulkinnan rajavetona voidaan pitää sitä, käyttääkö organii julkista valtaa tai onko organille annettu julkisia tehtäviä sekä voidaananko palvelun tuottaja rinnastaa viranomaiseen. Tällaisia tulkinnallisuksia voi esiintyä palvelujen ostamisessa yksityiseltä koululta tai lastensuojelulaitokselta. Ks. Lastensuojelulaki (683/1983) ja perusopetuslaki (628/1998).

laajat mahdollisuudet tuottaa palvelut myös ulkopuolisen tuottajan turvin¹³³¹.

KansanterveysL 15 §:ssä on maininta, että kunnassa tulee olla terveyskeskus. Lainsäätäjä on lähtenyt siitä erikoisuudesta, että vaikka palvelut voidaan tuottaa monella tavalla, pitää kunnassa olla terveyskeskus, jossa ainakin osa palveluista annetaan. Oikeudellisesti katsottuna kansanterveyslain kohdat painottavat kunnan järjestämisen, ylläpitämisen ja seurantatehtävää. Laissa yksityisestä terveydenhuollosta 2.1 § määrittelee, mitä terveydenhuollon palveluilla tarkoitetaan kyseisessä kohdassa. Esimerkiksi laissa yksityisestä terveydenhuollosta 2.2 §:n kohdassa on määritelty terveydenhuollon palvelujen tuottaja, jolla tarkoitetaan sellaista yksittäistä henkilöä tai yhtiötä, osuuskuntaa, yhdistystä tai säätiötä, joka ylläpitää terveydenhuollon palvelua tuottavaa yksikköä¹³³².

Kansanterveyslain mukaisia palveluja tai kunnan erikseen päättämiä kansanterveystyöhön kuuluvia tehtäviä varten kunnalla tai kuntayhtymällä on oltava terveyskeskus. Suomessa oli vuonna 2002 kaikkiaan 270 terveyskeskusta. Terveyskeskusten toimintaa on kehitetty väestövastuu- tai omalääkärijärjestelmän mukaisesti 1980-luvun loppupuolelta lähtien. Väestövastuinen toiminta edellyttää lääkärin vastaanotto toiminnan, hoitotyön ja sosiaalityön hyvää yhteistyötä ja yhteensovittamista erityisesti vanhustenhuollossa ja vammaisten palveluissa.¹³³³

Vahinkotilanteet voivat olla kuntalaisten kannalta ongelmallisia, koska ainoana ratkaisevana asiana ei ole, mitä kuntalaiselle tapahtuu, vaan myös organimuoto ja tapahtumapaikka sekä eri osapuolten varautuminen ja huolellisuusvaatimusten huomioiminen. Terveys- ja sairaanhoitopalvelujen hoidon tai tutkimuksen yhteydessä aiheutuneissa vahinkotilanteissa sovelletaan potilasvahinkolakia. Ongelmana on että säännökset ovat hajallaan asiakkaan näkökulmasta, koska niitä sovelletaan terveyden- ja sairaanhoidollisiin toimenpiteisiin mutta ei palveluasunnossa tapahtuvaan vanhuksen perushoittoon, johon sovelletaan sosiaalihuollon omia erityissäännöksiä¹³³⁴.

Hyvänä esimerkkinä voidaan mainita vuonna 1992 hyväksytty laki (785/1992) potilaan asemasta ja oikeudesta. Se määrittää peruseriaatteelliset oikeudet terveyden- ja sairaanhoitoon sekä itsemääräämisen- ja tietojensaantioikeudet. Potilaslain kantavana periaatteena eri hoitotoimenpiteissä on potilaan tahdon huomioiminen. Tahdosta riippumatta voidaan terveydenhuollossa ryhtyä toimenpiteisiin vain tietyissä erikseen säädettyissä tilanteissa¹³³⁵. Laissa potilaan asemasta ja oikeuksista 3 §:ssä on vahvistettu kuntalaisen oikeus ilman sytjintää terveydentilansa vaatimaan terveyden- ja sairaan-

1331 Vaikka kansanterveyslain 14 §:ssä on määritely ja sanottu aika vaikeaselkoisesti, että kunnan tulee tuottaa kunnassa sijaitseville eri työpaikoilla työskenteleville työntekijöille työnantajan järjestettäväksi työterveyspalveluita, viitataan kuitenkin kansanterveyslain kahdeksannessa kohdassa työterveyshuoltolain 12 §:ään, jossa on täsmennetty, että kyse on myös kunnan järjestämismahdollisuudesta. Lisäksi työterveyshuoltolain 7 § tarkentaa palvelujen tuottamismahdollisuuksia.

1332 Kyseisen lainkohdan mukaan palveluntuottajana ei kuitenkaan pidetä sellaista itsenäistä ammatinharjoittajaa tai työnantajaa joka järjestää työterveyslain 2 §:n mukaisia työterveyshuoltopalveluja.

1333 HE 77/2004 s. 8.

1334 Ks. Laki sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista (812/2000). Muuten sosiaalihuoltolaissa (710/1982) on viitattu kunnan sosiaalihuollon järjestämisessä STVOL 4 §:ään.

1335 Laissa potilaan asemasta ja oikeudesta 6.4 §:ssä on todettu, että tällaisia mainintoja on mielen-terveyslaissa tartuntalaissa, päihdehuoltolaissa ja kehitysvammaisten erityishuollosta annetussa laissa.

hoitoon niiden resurssien puitteissa, joita terveydenhuollolle on annettu. Palvelujen järjestämistä ja tuottamista koskevilla säännöksillä ei voida kuitenkaan rajoittaa kuntalaisten oikeutta päättää, mitä palveluja käyttää. Joissakin maissa kuntalaisten valinnanvapautta on voitu myös lisätä säännöksillä¹³³⁶.

Potilaslaki koskettaa yhtäläisesti ulkoistettua toimintaa. PotilasL 2 §:ssä on määritelty, että terveyden- ja sairaanhoito käsittää potilaan terveydentilan määrittämiseksi tai terveydentilansa palauttamiseksi tai ylläpitämiseksi tehtyjä toimenpiteitä, joita tekevät terveydenhuollon ammattihenkilöt tai joita tehdään terveydenhuollon toimintayksikössä¹³³⁷. Toiseksi eri viranomaiset, kuten AVI ja TEO, valvovat ja ohjaavat sosiaali- ja terveydenhuollon yksityisiä palveluntuottajia. Sosiaali- ja terveysministeriön toimialueella valmisteltiin uusi sosiaali- ja terveysalan lupa- ja valvontavirasto, joka osaltaan toi muutoksia lupa- ja valvontatehtävien sääntelyyn¹³³⁸.

Toisena esimerkkinä voidaan ottaa, miten tietosuoja ja henkilötietojen käsittely pitäisi ulkoistamisissa hoitaa ja mitä ongelmia siihen voi sisältyä. Ulkoistamisprosessin moniin vaiheisiin liittyy tietosuojan ja henkilötietojen käsittelyyn sekä luovuttamiseen liittyviä asioita, joista säädetään henkilötietolaissa¹³³⁹. Kun kunta ulkoistaa sellaisia toimintoja, joissa käsitellään asiakkaan kannalta arkaluonteisia tietoja, on tietojen salassa pidettävyys hoidettava asianmukaisesti. Kunnan toimialueilla yksityiskohtaisesti velvoittavia säännöksiä on olemassa eri palveluntuottajia varten eri tavalla. Esimerkiksi terveydenhuollon palveluja tuottavaa yksityistä toimijaa sitovat terveydenhuollon ammattihenkilöstöä koskeva lainsäädäntö, potilaslaki ja yksityisen terveydenhuollon salassapitosäännökset¹³⁴⁰. Tällöin tulee miettiä, miten varmistetaan yksityisyyden suojaan liittyvien asioiden oikea käsittely, kuten asiakkaiden tietojen ja rekistereiden oikea ja suojattu siirto tai käyttö. Lähtökohtaisesti julkisuuslain säännöksiä sovelletaan yksityisoikeudellisiin oikeussubjekteihin silloin, kun ne hoitavat julkisia tehtäviä ja käyttävät julkista valtaa¹³⁴¹.

Terveydenhuollon yhtenä lainsäädöllisenä esteenä on ollut se, että eri terveydenhuollon organit eivät voi käyttää potilastietoja joustavasti, koska nykyiset säännökset estävät tietojen luovuttamisen ilman potilaan suostumusta. Julkisen sektorin potilailta on yleensä tarve saada käyttöönsä hoitoonsa liittyviä potilastietoja hallinnollisista rajoista riippumatta. Onkin esitetty, että perusterveydenhuollon ja erikoissairaanhoidon potilasasiakirjoista tulisi jatkossa yksi terveydenhuollon potilastietorekisteri¹³⁴².

Sääntelyä on myös tarkennettu. KansanterveysL 6.1 §:ä uudistettiin vuonna 2006 siten, että toimeenpanoon kuuluvista tehtävistä huolehtii yksi tai useampi kunnan toimielin. Lailla vahvistettiin ja selkiinnytettiin tulkintaa kunnallisen toimivaltaelimen

1336 Näin on esimerkiksi tehty Tanskan kuntarakennemuutoksessa. Ks. lisää Tanskan kuntarakennemuutuksesta esimerkiksi verkkosivulta osoitteesta: <http://www.im.dk/im/site.aspx?p=188>.

1337 Toiseksi eri viranomaiset, kuten AVI ja TEO, valvovat ja ohjaavat sosiaali- ja terveydenhuollon yksityisiä palveluntuottajia.

1338 Ks. lisää HE 131/2008.

1339 Ks. HetiL 523/1999. Lisää yksityisyyden suojasta. Ks. Syrjänen 2006 s. 93–95.

1340 Ks. Lehtonen 2003 s. 140.

1341 Laakso–Suviranta–Tarukannel 2006c s. 364; Ks. myös Mäenpää 1997a s. 292–300.

1342 Terveydenhuoltolakitöryhmän muistiossa mainitaan uuden terveydenhuoltolain 24 §:n kohdalla esitys potilastietojen käsittelyn uudistamisesta. Terveydenhuoltolakitöryhmän muistio 2008 s. 122.

muodosta ja valtuuksista. Erityistä huolellisuutta on noudatettava JulKL 24 §:n 1 mom 25 kohdan mukaisesti sellaisten asiakirjojen kanssa, jotka sisältävät tietoja asiakkaan saamista etuuksista, tukitoimista tai sosiaalihuollon muista palveluista.

Terveydenhuollossa yksittäisen potilaan siirrosta tai lähettämisestä tiettyyn toimenpiteeseen ei tehdä hallintopäätöstä. Hallintopäätöksen ja tosiasiallisen hallintotoiminnan eroja on arvioitu eri tutkimuksissa¹³⁴³. Jos lääkäri lähettää potilaan röntgen- tai kuntoutuspalveluiden käyttäjäksi, voi kyseessä olla myös pieni ulkoistetun palvelun käyttö, josta ei kuitenkaan synny valituskelpoista päätöstä. Tosiasiallisen palvelutoiminnan tavoitteena on esimerkiksi terveydenhuollossa saavuttaa tietyt hoitotavoitteet, kun taas yksilöllisissä hallintopäätöksissä nojaututaan vahvemmin oikeudellisiin normeihin¹³⁴⁴. Kuntalaisten hoitoon liittyviä ratkaisuja terveyden- ja sairaanhoidossa on pidetty tosiasiallisena toimintana, eikä niissä synny oikeudellisesti hallintopäätöstä¹³⁴⁵.

Hallintolakia sovelletaan myös kaikilta osin yksityisiin sosiaali- ja terveystalvelujen tuottajiin eikä palvelun tuottaja voi tehdä hallintopäätöksiä vaan ainoastaan tosiasiallista hallintotoimintaa¹³⁴⁶. Tosiasiallisen hallintotoiminnan merkitystä ei pidä väheksyä. Vaikka sillä ei ole oikeudellisia suoranaisia vaikutuksia, voi kuitenkin monella tosiasiallisella toiminnalla olla kuntalaisten kannalta olennainen merkitys. Nämä rajapinnat voivat erota yksilön näkökulmasta ulkoistetun ja oman toiminnan osalta. Palvelutoiminnassa läpinäkyvyys- ja oikeusturvakysymykset ovat jo ennestään yksilön kannalta vaikeasti hahmotettavissa. Tällöin kunnan pitää seurata, miten tosiasialliseen hallintotoimintaan liittyvät toimenpiteet tulevat tehtyä.

Kunnallisten sosiaali- ja terveystalveluiden järjestämisestä on mainittu sosiaali- ja terveydenhuollon erityislainsäädännössä. Näiden palveluiden järjestäminen on kuntien vastuulla, mutta kuntien on myös huolehdittava, että palvelut on mitoitettu oikein¹³⁴⁷. Ongelmalliseksi on myös osoittautunut, että uusista säännöksistä tiedottaminen ei aina ole onnistunut odotetulla tavalla. Tämä voi johtaa kansalaisten näkökulmasta entistä epätasa-arvoisempiin tilanteisiin¹³⁴⁸. Säännös sosiaali- ja terveystalveluista on kuntien kannalta neutraali, koska siinä ei oteta kantaa siihen, miten ja kuka palvelut järjestää. Terveydenhuollossa kuntalaisten perusoikeudet on turvattu lainsäädännöllä yhdenvertaisesti palveluntuottajatahosta huolimatta. Kuntalaisten asema on perusoikeuksiensa tasolla turvattu hyvin pitkälti potilaslain ja terveydenhuollon ammattihenkilökäsittien kautta¹³⁴⁹.

Ulkoistamisen näkökulmasta yhtenä erityispiirteenä on sosiaali- ja terveydenhuollon luvanvaraisuus. Palveluntuottajien on saatava lupa ennen toiminnan harjoittamista

1343 Vrt. Mäenpää 1997a s. 316–318.

1344 Tuori 2000b s. 114.

1345 Hurskainen 2003 s. 293. On tiettyjä poikkeuksia, jolloin lääkärin täytyy tehdä päätös, kuten mielen-terveyslain 4a luvun mukaisesti tahdosta riippumatta tehty tarkkailu, tutkimukset ja hoidot.

1346 Tuori 2000b s. 300–303; ks. Suviranta 2006 s. 66. Ks. myös Kulla 2008 s. 77.

1347 Perusoikeusuudistusta koskevassa hallituksen esityksessä painotettiin, että julkisen vallan tehtävänä on turvata palvelujen saatavuus. Esityksessä ei kuitenkaan edellytetty, että kunnan pitäisi tuottaa nämä palvelut. Hallberg ym. 1999 s. 625.

1348 Sosiaalihuoltolain 40 §:ään liittyvästä palvelutarpeen arvioinnista ei ollut kyselyn mukaan tiedotettu riittävästi. Ks. HE 128/2008 s. 2.

1349 Vrt. Lehtonen 2003 s. 37. Jos kunta on ulkoistanut terveydenhuollon palvelunsa, eivät työ- tai virkasuhteeseen liittyvät salassapitovelvollisuudet lakkaa, vaikka työ- tai virkasuhde siirtyisi yksityiselle palveluntuottajalle. Lehtonen 2003 s. 46.

tai jos se olennaisesti muuttuu. Laissa yksityisestä terveydenhuollosta (152/1990) mainittu että terveydenhuollon palveluntuottajalla pitää olla lupa ennen kuin voivat tarjota kyseisiä palveluja. Samoin laissa on määritelty sosiaalipalvelujen luvanvaraisuudesta. Palveluntuottajalla, joka harjoittaa ammattimaisesti esimerkiksi ympärivuorokautista sosiaalipalvelua, on oltava lupa ennen toiminnan aloittamista. Laissa yksityisten sosiaalipalvelujen valvonnasta 5 §:ssä (691/2005) on määritelty lupaan liittyvistä kriteereistä ja 6 §:ssä ympärivuorokautisen toiminnan ilmoituksen sisällöstä.

Uusien ja tehokkaampien palvelujen tuottamiseen kuntia ajavat myös lainsäädännölliset vaatimukset ja ne lisätehtävät, joita paikallishallinto omien sisäisten paineiden lisäksi on saanut valtiolta. Perusoikeusuudistusta käsittelevä esitys ei ole lähtenyt siitä tulkinnasta, että kaikki kunnallisen sosiaali- ja terveystalouden resurssien pienennykset olisivat kiellettyjä, vaan siitä, että jokaiselle on paikallistasolla yhdenvertaisesti taattava tietty minimitaso sosiaali- ja terveystaloudessa¹³⁵⁰. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että kun kunta lähtee kilpailuttamaan sosiaali- ja terveystaloudellisia palveluja, täytyy sen ottaa huomioon lainsäädännölliset raamit palvelun tuottamiselle ja vaatia palvelujen tuottajilta tarjouspyynnössä selvitystä siitä, minkä tasoisina palvelut tuotetaan. Kun kunta tai kuntayhtymä ulkoistaa terveydenhuoltopalveluja, on huomioitava, että hoitosuhdetta ei ole kunnan taikka kuntayhtymän ja hoidettavien välillä (kuntaa koskee järjestämistä vastuu), vaan potilas- tai hoitotyötä tekevien terveydenhuollon ammattihenkilöiden ja hoidettavien välillä¹³⁵¹. Toiseksi talousarviota laadittaessa ja tasapainotettaessa on otettava huomioon muihin toimintoihin nähden, että perusoikeussäännökset toimivat etusijanormeina¹³⁵².

Sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen ulkoistuksissa erityispiirteenä on, että lainsäädäntö antaa kunnalle hyvin vähän liikkumavaraa palvelujen tuottamisen laajuudessa. Ainoastaan tuottamismuodoissa vaihtoehtoja on enemmän. Terminologisesti voidaan käyttää ilmaisia kunnan määrärahasidonnainen palvelu ja määrärahasidonnaisuudesta vapaa palvelu. Kummassakin sanamuodossa nousee esille vahvasti kunnan talous, joka on sidottu valtuuston hyväksyntään määrärahoihin eli kysymyksessä on määrärahasidonnainen palvelu. Määrärahasidonnaisuudesta vapaalla palvelulla tarkoitetaan subjektiiviseen oikeuteen liittyvää palvelua, jota kunnan on pakko antaa¹³⁵³.

Konkreettisenä esimerkkinä voidaan nostaa KansanterveysL 5 ja 14 §, joissa on määritelty kansanterveystyö kunnan tehtäväksi ja vastuulle. Kuntalaki korostaa kunnanvaltuuston roolia päätettäessä keskeisistä toiminnan ja talouden tavoitteista. Valtuuston tehtävänä on määritellä strategiset painopistealueet kunnissa sekä priorisoinnit ja toimenpiteet¹³⁵⁴. Erityisesti priorisointi, säästöt ja muut toimenpiteet olisivat ymmärrettävissä siten, että valtuusto osoittaa tai on osoittamatta määrärahan johonkin

1350 HE 309/1993 s. 71; Hallberg ym. 1999 s. 625.

1351 Ks. Lehtonen 2003 s. 43.

1352 Hallberg ym. 1999 s. 606. Samalla perusoikeussäännöksiä on myös sovellettava laeissa mainittujen säännösten mukaisesti, eivätkä ne ole ainoastaan yleisiä periaatteita, jotka otetaan huomioon kunnallisia palveluja tuotettaessa. Vrt. Niemivuo 1998 s. 18.

1353 Heuru 2001a s. 388. Kunnan terveydenhuollossa on jokaiselle kansalaiselle annettava henkeä tai terveyttä uhkaavan tilanteen korjaamiseksi välttämätön hoito aina ja ehdoitta, eikä tämä oikeus ole riippuvainen sairaustapauksesta tai määrärahoista. Jyränki 2000 s. 317–318; HE 309/1993 s. 69. Erikoissairaanhoidtolaki 1062/1989 31–31a §:t.

1354 Harjula–Prättälä 2007 s. 180–181.

toimintaan. Suurin osa sosiaali- terveydenhuollon lakisääteisten tehtävien hoitamisesta on säännelty perusoikeusnäkökulmasta hyvin velvoittavasti. On vaikea löytää missään tilanteissa argumentteja esimerkiksi talousarvion määrärahojen olennaiselle supistamiselle kyseisten palvelujen osalta niin, että kuntalaisten mahdollisuudet saada hoitoa vähenisivät.

Hoitotakuujärjestelmä on osaltaan yhdenmukaistanut käytäntöjä eri kuntien ja sairaanhoitopiirien välillä. Jos sairaanhoitopiirinkuntayhtymä ei voi itse antaa hoitoa 10§:n 1 ja 3 momentin mukaisesti, on sen hankittava hoito joltakin muulta palveluntuottajalta sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annetun lain 4 §:n mukaisesti”. Erikoissairaanhoitolaki viittaa sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annettuun lakiin, jonka 4 §:ssä käydään läpi, miten kunta voi järjestää sosiaali- ja terveydenhuoltoon liittyvät tehtävät.¹³⁵⁵ Keskeiseksi arvioitavaksi asiaksi tulee määräsidoonaisuudesta vapaan palvelun tosisiallinen resursointi. Sosiaali- ja terveydenhuollon ulkoistamisen haasteeksi tulee, miten turvataan riittävä ennalta ehkäisevä ja terveyden edistämisen rooli. Esimerkiksi ulkoistetun palvelun palvelusopimuksissa olisi arvioitava, miten kyseiset asiat on määritelty ja miten niitä seurataan. Vaikka kunnanvaltuustoilla on täysi legiimi ohjata ja päättää palvelujen järjestämisestä, näin ei kuitenkaan aina tapahdu. Usein asiat on valmisteltu ja linjattu lautakunta-, työryhmä- tai hallitustasolla, ennen kuin valtuusto ottaa niihin kantaa.

STVOL 5.3 §:ään on tullut maininta sosiaali- ja terveydenhuollon kansallisesta kehittämisohjelmasta. Sen mukaan voidaan asettaa valtion sosiaali- ja terveydenhuollon keskus- ja aluehallintoon kohdistuvan ohjelman toteutumista varten keskeisimpiä tavoitteita ja toimenpidesuosituksia, jotka olisivat perusteltuja kunnallisen sosiaali- ja terveydenhuollon tarkoituksenmukaisen toteuttamisen kannalta.¹³⁵⁶

Kuten edellä todettiin, etenkin sosiaali- ja terveydenhuollossa voidaan monesti joutua punnitsemaan talousarvion sitovuutta, kun määrärahat loppuvat kesken vuoden. Tällöin kunnassa joudutaan arvioimaan *oikeudellisesti velvoittavien oikeusnormien painoarvoa* ja järjestystä¹³⁵⁷. Yhdeksi uudeksi keinoksi on tarjottu kunta- ja palvelurakennemuutostuksesta annetun lain 11 §:ssä peruspalveluohjelmaa, jossa käsitellään kuntien tehtäviä ja niiden rahoitusta¹³⁵⁸.

1355 ErikoissairaanhoitoL 10 §:ssä on mainittu, että sairaanhoitopiirin kuntayhtymän tulee omalla toimialueellaan huolehtia erikoissairaanhoitopalvelujen yhteensovittamisesta. Palveluista on 10.3 §:ssä mainittu ”sairaanhoitopiirin kuntayhtymän tulee antaa alueensa terveyskeskuksille niiden tarvitsemia sellaisia erikoissairaanhoidon palveluja, joita terveyskeskusten ei ole tarkoituksenmukaista tuottaa”. ErikoissairaanhoitoL 31.3 §:ssä hoidon järjestämisestä on todettu, että ”hoidon tarpeen arvioinnin perusteella lääketieteisesti tai hammaslääketieteellisesti tarpeelliseksi todettu hoito on järjestettävä ja aloitettava hoidon edellyttämä kiireellisyys huomioon ottaen kohtuullisessa ajassa, kuitenkin kuuden kuukauden kuluessa siitä, kun hoidon tarve on arvioitu.

1356 STVOL 5 §:stä ilmenee, että vuonna 1998 valtakunnalliset sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämistä käsittelevät suunnitelmat korvattiin sosiaali- ja terveydenhuollon tavoite- ja toimintaohjelmilla, joita sovellettiin vuoden 2007 loppuun. Lain 5 §:stä ilmenee, että vuonna 2007 on hyväksytty sosiaali- ja terveydenhuollon kansallinen kehittämisohjelma (2.3.2007/253), jota sovelletaan vuosille 2008–2012. Ks. HE 236/2006 s. 5-6.

1357 Tuori 2000 s. 155. Oikeuslähteet ovat jaoteltavissa vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin. Ks. Tuori 2000 s. 117.

1358 Peruspalveluohjelmamenettelyyn liittyvät säännökset on tarkoitus sisällyttää kuntalakiin. Ks. HE 129/2007.

Hallitusohjelmassa on todettu, että palvelujen järjestäminen tapahtuu yhteistyössä yksityisen ja kolmannen sektorin kanssa ja esitetty toimenpide-ehdotuksia palvelujen saatavuuden ja laadun parantamiseksi. Hallitusohjelmassa on myös kiinnitetty huomiota perusterveydenhuollon ja erikoissairaanhoidon yhteistyön lisäämiseen ja raja-aitojen pienentämiseen, perusterveydenhuollon aseman vahvistamiseen sekä kunta- ja palvelurakenneuudistusten tavoitteiden toteuttamiseen¹³⁵⁹.

Sosiaali- ja terveydenhuollon sääntelyä ollaan yhtenäistämässä. Erikoissairaanhoidon ja kansanterveystieteen yhdistämisen lisäksi on esitetty myös sosiaali- ja terveydenhuollon sääntelyn kokoamista yhdeksi terveydenhuoltolaiksi. Terveydenhuoltolain on tarkoitus valmistua 2010 ja sosiaalihuoltolain muutama vuosi sen jälkeen. Lait tulevat olemaan sisältölakeja, jotka raamittavat sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämistä, kehittämistä ja valvontaa.

Ulkoistamisissa joudutaan monesti punnitsemaan *lex specialis* -säännösten mukaan eri lakien suhdetta toisiinsa. Kuntalain ja STVOL:n mukaisesti on hyvinkin selvä, että kuntalain luonne kunnallishallinnon yleislakina ei syrjäytä erityislakia vaan esimerkiksi terveydenhuollon palveluja ulkoistettaessa joudutaan miettimään ensisijaisesti palvelujen tasoa STVOL 4 §:n mukaisesti. Valtion normiohjauksen väheneminen on antanut kunnille enemmän vastuuta ja liikkumavaraa paikallisille sovellutuksille, ja kunnat ovat voineet järjestää palveluita omista lähtökohdistaan ja tarpeidensa mukaan¹³⁶⁰. Kuntien välinen lisääntyvä kilpailu johtaa siihen, että kunnat ovat entistä kiinnostuneempia hakemaan erilaisia hallinnollisia toimintamalleja, jolloin myös erilaisten hallintomallien moninaisuus lisääntyy¹³⁶¹.

Sosiaali- ja terveydenhuollon yksittäiset säännökset määrittelevät hyvinkin yksityiskohtaisesti ulkoistetun palvelun laajuuden ja sisällön, kun taas esimerkiksi KuntaL 1.3 ja 2.1 §:n sanamuodot viittaavat asukkaiden hyvinvoinnin edistämiseen ja laissa säädettyjen tehtävien hoitamiseen. Ongelmallisena kehityssuuntana on etenkin sosiaali- ja terveydenhuollossa lainsäädännön pirstoutuneisuus. Pelkästään terveydenhuollon palvelujen kokonaisulkoistamisissa pitää pystyä huomioimaan ja arvioimaan useita kymmeniä säännöksiä – joskus keskenään ristikkäisiä. Kehitteillä ja meneillään olevien lainsäädäntöhankkeiden keskeiset *suuntaviivat ja vaikutukset ovat monesti myös epäselviä* kuntien näkökulmasta. Sääntelyn lisääntyessä pitäisi pystyä asettamaan selkeitä tavoitteita ja raameja realistisia resursseja unohtamatta erilaisille palveluntuotantovaihtoehdoille. Samalla kunnille pitäisi jättää mahdollisuus huomioida toimintaympäristön erilaisuus yksittäisissä tilanteissa.

4.4.3.2 Paras-puitelainsäädäntö

Jo 1990-luvun alussa huomattiin, että puitelait ovat joillakin aloilla laajentaneet lainsäädännön sisältöä ja vaikuttaneet sen funktioihin. Samalla puitelait ovat muuttaneet

1359 Ks. Vanhasen II hallituksen hallitusohjelma 2007.

1360 Valanta–Pekola–Sjöblom 2000 s. 32. Hallituksen esityksen mukaan sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annetun lain 18 §:ään tuli muutoksia. Valtion osuutta sosiaali- ja terveydenhuollon kustannuksista korotettiin. Ks. HE 111/2008 s. 1–2.

1361 Valanta–Pekola–Sjöblom 2000 s. 32.

oikeudellista päätöksentekoa eräänlaiseksi loputtomaksi prosessiksi.¹³⁶² Vaikka puitelaki¹³⁶³ ohjaa kuntien toimintaa hyvin yleisesti, on siihen otettu myös sellaisia kohtia ja tavoitteita, jotka eivät aina ota huomioon kunnan kokonaistilannetta. Tällöin kunta ei välttämättä voi järjestää palveluja kunnan tai kuntalaisten kannalta tarkoituksenmukaisimmalla ja tehokkaimmalla tavalla. Palvelun tehokkuutta ja laatua olisi pitänyt pystyä painottamaan sääntelyssä enemmän tai ottaa ne edes keskeisiksi kriteereiksi kuntien toimintojen arvioinnissa.

Yksi viime vuosien suurin muutos kuntien kannalta on ollut kunta- ja palvelurakennemuutos. Se on määritelty laissa kunta- ja palvelurakennemuutuksesta (169/2007). Uudistuksen yhteydessä on keskusteltu siitä, kuinka paljon valtio voi puuttua kuntien asioiden hoitamiseen, jos kunta ei itse pysty vastaamaan mm. perusoikeuksien toteuttamisesta.

Kuntien toimintaympäristön muutos on uuden vuosituhannen alussa ollut erittäin rajua¹³⁶⁴. Kunta- ja palvelurakennemuutukseen on ladattu paljon odotuksia. Toisaalta sitä on jo ehditty kritisoida taloudellisesti huonoksi ja juridisesti ongelmalliseksi ratkaisuksi etenkin kuntien yhteistyön ja kuntaliitosten kannalta. Argumentteina on esitetty, että yhteistyö voi olla monelta osin EU-oikeuden vastaista, kuntaliitokset nostavat kustannuksia ja kuntien liikelaitokset vievät kilpailua väärään suuntaan ja voivat olla siten kilpailusääntösten vastaisia.¹³⁶⁵ Kunta- ja palvelurakennemuutos tuo kuntien palvelujen järjestämiseen myös monia välittömiä ja välillisiä säännöksiä, joita ei voi sivuuttaa analysoitaessa kunnallisten palvelujen järjestämis- ja tuottamistapojen kehitystä ja taustaa. Paras-hanke on myös tuonut kunnan palvelujen järjestämiseen uusia näkökulmia¹³⁶⁶. Kunta- ja palvelurakennemuutuksen keskeisinä ehdotuksista ilmeni ne haasteet mitkä niin lainsäädännöllisesti kuin kuntien peruspalvelujen toiminnalliselle järjestämiselle asetettiin:

”Ehdotetulla lailla kunta- ja palvelurakennemuutuksesta luotaisiin linjaukset uudistukselle. Lain säätämässä puitteissa kunnallisen kansanvallan lähtökohdista vahvistettaisiin kunta- ja palvelurakennetta, kehitettäisiin palvelujen tuotantotapoja ja organisointia, uudistettaisiin kuntien rahoitus- ja valtionosuusjärjestelmiä sekä tarkistettaisiin kuntien ja valtion välistä tehtäväjakoa. Tarkoituksena on parantaa tuottavuutta ja hillitä kuntien menojen kasvua sekä luoda edellytyksiä kuntien järjestämien palveluiden ohjauksen kehittämiseksi. Tarkoituksena turvata perusoikeuksien toteutuminen palvelujen saatavuuden ja laadun osalta yhdenvertaisesti asuinpaikasta

1362 Tuori 1990 s. 30–31. Hallitus antoi kunta- ja palvelurakenteista puitelain, jossa edellytettiin, että kunnat antavat yksityiskohtaisemmat suunnitelmat vuoden 2007 aikana.

1363 Puitelailla tarkoitettiin yleisluonteisia, raamiksi tai kehykseksi luonnehdittavia säännöksiä, joita paikalliset viranomaiset voivat soveltaa joustavasti. Ryynänen 1986 s. 143. Päätettäessä puitelaista on monesti vaadittu, että kyseisestä asiasta säädeltäisiin yksityiskohtaisemmin muissa lakia alemmanasteisissa säädöksissä. Puitelakien etuna voidaan pitää hallinnon kehittymistä ja joustavuutta mutta haittana päätöksenteon tulkinnallisuutta. Hydén 1985 s. 1–2, 8–18.

1364 Kuntatyö 2010 -projekti on arvioinut, että vuoteen 2020 mennessä 46 % kuntien työntekijöistä eläköityy. Esimerkiksi hoitoalalla ja teknisessä toimessa kuntia uhkaa työvoimapula, joten vaihtoehdot palvelujen järjestämistavat, voivat tulla välttämättömiksi.

1365 Ekström–Pohjonen–Haavisto 2007 s. 3.

1366 Paras-hanketta on käsitelty myös luvussa 3.2.

riippumatta, parantaa palvelujärjestelmän tuottavuutta sekä hillitää kuntien menojen kasvua ja turvata palveluiden rahoitus. Lisäksi tavoitteena on luoda edellytyksiä kuntien järjestämien palveluiden ja ohjauksen kehittämiseksi.

Uudistuksen yhtenä päämääränä oli kuntarakenteen kehittämisen ohella tuottavuuden parantaminen. Paras-lakiin ehdotettiin sisällytettäväksi myös määräyksiä tuottavuuden parantamisesta sekä tuottavuustavoitteiden huomioon ottamisesta uudistuksen suunnittelussa.¹³⁶⁷

Lainsäätäjä pyrkii siis korostamaan myös tuloksellisuutta ja uusien tehokkaiden palveluntuotantotapojen etsimistä. Paras-hankkeeseen¹³⁶⁸ liittyy myös palveluntuotantotapojen kehittämisen ja kustannustehokkuuden kannalta terve kilpailu yksityissektorin kanssa, mikä auttaa myös kunnallista tuotantoa kehittymään. Toisaalta puitelain 2.5 §:ssä on viitattu KuntaL 2 §:ään ja todettu, että perustuslain mukaan julkisia hallintotehtäviä saa antaa vain viranomaisille.

Puitelainsäädännössä mainitaan erityisesti vaikeasti asemassa olevat kunnat, joilla tietyt rahoituksen riittävyttä ja vakavaraisuutta osoittavat tunnusluvut ovat toistuvasti koko maan vastaavia heikommat ja ovat kahtena vuonna peräkkäin alittaneet valtioneuvoston asetuksella säädettyt raja-arvot. Puitelain toisessa luvussa arviointityöryhmä arvioi kyseisten kuntien tilannetta: ne joutuvat tekemään yhdessä valtion asettaman arviointityöryhmän kanssa ehdotuksen siitä, miten palvelut turvataan jatkossa.¹³⁶⁹ Kyseinen kohta on vahva velvoite niille kunnille, joiden talous on huonossa kunnossa. Lain piiriin kuuluvien kuntien pitäisi hakea aktiivisesti uusia kustannustehokkaita palvelujentuottamistapoja.

Hallintovaliokunta on ottanut kantaa Paras-hankkeeseen valtioneuvoston selonteossa, joka käsitteli keskus-, alue- ja paikallishallinnon toimivuutta ja kehittämistarpeita. Valiokunta tähdensi, että hankkeen jatkovalmistelun tulee tapahtua ensisijaisesti palvelujen turvaamisen, kehittämisen ja hyvinvoinnin vahvistamisen näkökulmasta, eikä organisaatioiden ja hallinnon lähtökohdista¹³⁷⁰.

Ongelmallista on puitelain 5 §:n mukaisesti erottaa yhteistoiminta-alueen ja kuntayhtymille annettujen tehtävien hoitaminen. Puitelain mukaisesti tehtävien hoitaminen on annettu entistä enemmän erilaisille yhteistoiminta-alueille eli yleensä kuntayhtymille. Monessa kunnassa on jouduttu uuteen tilanteeseen, jossa olennainen osa kunnan oikeudellisen järjestämisvastuun piirissä olevista palveluista on enää vain välillisesti kunnan vaikutuksen piirissä. Toisaalta organit tai eri yhteistoimintamuodot, joille päätösvaltaa palveluiden tuottamisesta ja järjestämisestä on enenevässä määrin mennyt, ovat ainoastaan välillisesti kuntademokratian piirissä.

1367 HE 155/2006 s. 74.

1368 Ks. edellä luvut 4.1.4.1 ja 4.3.2.

1369 Kunta- ja palvelurakennemuudistus alkoi vuonna 2007 puitelain (169/2007) tultua voimaan. Sen keskeinen tavoite oli turvata kuntalaisille hyvinvointipalvelut. Puitelain 5.1 §:ssä ja kuntajakolain 1.2 §:ssä on todettu, että ”kunnan tulee muodostua työssäkäyntialueesta tai muusta sellaisesta toiminnallisesta kokonaisuudesta, jolla on taloudelliset ja henkilöstövoimavaroihin perustuvat edellytykset vastata palveluiden järjestämisestä ja rahoituksesta”. Kuntien oli annettava kunta- ja palvelurakennemuudistusta koskevan lain 10 §:n mukaan selvitykset kuntarakenteen muutoksesta ja yhteistoiminnasta sekä toimeenpanosuunnitelmat palveluiden järjestämisestä.

1370 HaVM 2/2006 s. 8.

Kunta- ja palvelurakennemuutoksen tavoitteissa on mainittu palvelujen tuotantotapojen ja organisoimien kehittäminen sekä kuntien ja valtion tehtävänjaon tarkastelu. Lain tavoitteissa on myös mainittu palvelurakenteeseen liittyvät asiat. Valtaosa kunta- ja palvelurakennemuutoksen vaatimista palvelurakenteen muutoksista liittyy sosiaali- ja terveyspalveluihin.¹³⁷¹ Toisaalta uudistus on vaatinut ja vaatii kunnilta erityisesti sosiaali- ja terveydenhuollon alalla isoja hallinnon ja palvelujen uudelleenjärjestelyjä, kuten valtiovarainvaliokunta on asian ilmaissut:

”Puitelain perusteella käynnistetään erittäin mittava ja haastava lainsäädännöllinen uudistustyö, joka on tarkoitus toteuttaa vuoden 2009 loppuun mennessä. Laki edellyttää kunnilta suuria hallinnon ja palvelujen uudelleen järjestelyjä, ja uudistuksen vaikutukset näkyvätkin vasta pitkällä aikavälillä. Myös kuntien oma rooli uudistuksen toimeenpanossa on keskeinen, sillä ratkaisujen lopullinen sisältö ja toteutus riippuvat paljolti kuntien omista ratkaisuista.”¹³⁷²

Keskeisenä asiana sosiaali- ja terveydenhuollon näkökulmasta on puitelain 1 §:ssä mainittu tavoite, että pyrkimyksenä on taata perusoikeuksien toteutuminen sekä palvelujen saatavuus ja laatu niin, että ne toteutuisivat yhdenvertaisesti asuinpaikasta riippumatta. Laki on voimassa 2012 loppuun asti. Suuntauksena näyttää olevan, että puitelaki sen loputtua niputetaan yhteen muiden säännösten kanssa. Tavoitteena olisi saada aikaan sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämislaki¹³⁷³, jossa määriteltäisiin uudesta palvelurakenteesta sekä palveluiden järjestämisestä, kehittämisestä ja valvonnasta¹³⁷⁴.

Esityksessä uudeksi terveydenhuoltolaiksi on todettu, että kuntalaisten valinnanvapautta pitäisi lisätä ja asiakaslähtöisyyttä pitäisi saada toimintaa enemmän siten, että asiakas on itse selvillä paremmin hoito- ja palveluketjusta. Näin asiakkaalla pitäisi olla myös paremmat mahdollisuudet osallistua ja vaikuttaa häntä koskevaan palveluketjuun. Lisäksi laki antaisi entistä paremmat mahdollisuudet hoitopaikan valintaan, hoitoon pääsyyn ja sähköiseen asiointiin. Terveydenhuoltolain toisena keskeisenä esityksenä on perusterveydenhuollon ja erikoissairaanhoidon yhdistäminen siten, että samalla sosiaalitoimi otettaisiin myös paremmin huomioon.¹³⁷⁵ Puitelain ja terveydenhuoltolain esityksessä on monia yhtäläisiä piirteitä, kuten palvelurakenteeseen, osallistumis- ja vaikuttamismahdollisuuksiin, yhdenvertaisuuteen sekä laatuun ja taloudellisuuteen liittyvät viittaukset. Edelliseen nojaten voidaan kysyä, onko tarkoituksena ollut tehdä vain ”täytöntöönpanokelpoinen” esitys puitelakiin tukevasti nojaten vai hakea uusia menetelmiä ja metodeja, jolloin esitys toisi lisää uusia avauksia ja antaisi mahdollisuu-

1371 Ks. Terveydenhuollon turvaaminen 2007 s. 21.

1372 VaVL 39/2006 s. 3.

1373 Tulossa HE 2010.

1374 Tavoitteena on saada sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämislaki voimaan vuonna 2013.

1375 Terveydenhuoltolakityöryhmän muistio 2008 s. 90–91. Kansanterveys- ja erikoissairaanhoidon yhdistämistä valmisteleva työryhmä asetettiin 28.6.2007. Sen tavoitteena on mm. vahvistaa perusterveydenhuoltoa, edistää terveyspalvelujen saatavuutta, tehokasta tuottamista ja kehittämistä sekä esittää, miten nykyiset kaksi lakia yhdistetään uudeksi terveydenhuoltolaiksi. Valmistelussa huomioidaan kunta- ja palvelurakennemuutoksen toimeenpano, ja ehdotukset laiksi laaditaan hallituksen esityksen muotoon. Terveydenhuollon turvaaminen 2007 s. 21–22.

den jalostaa niitä edelleen¹³⁷⁶.

Puitelain ja terveydenhuoltolain esitykset tuovat kunnallisen itsehallinnon kannalta uusia näkökulmia, koska jo ennestään hajanainen sääntely lisääntyy. Kunta on vastuussa palvelujen järjestämisestä kuntalaisille, joten olisi myös tarkasteltava, miten eri säännökset täydentävät toisiaan ja *miten kuntalain sanamuotoja voitaisiin kehittää* kunnallishallinnon yleislakina. Muuten vaarana voi olla, että kuntalain säädöksen tosiasiallinen merkitys paikallisdemokratiaa ja kuntia ohjaavana välineenä kapenee muun kuntia koskevan säännösten lisääntyessä. Toisaalta perustuslakivaliokunta on painottanut puitelakien roolia edellytysten ja suuntaviivojen antajana varsinaiselle sääntelylle:

”Kunta- ja palvelurakenneuudistuksesta säädettäväksi ehdotetulla puiteluonteisella lailla ei toteuteta uudistusta, vaan luodaan sille edellytyksiä. Pääasiallisena tarkoituksena on säätää suuntaviivat ja puitteet uudistuksen toteuttamiseksi tarvittavalle varsinaiselle lainsäädäntö- ja hallinnolliselle työlle.” Lakiehdotukseen ongelmana oli, että siihen oli otettu paljon oikeudelliselta velvoittavuudeltaan varsin heikkoja tai velvoittavuutta kokonaan vailla olevia yleisiä säännöksiä. Valiokunnan mukaan lakiehdotusta voidaan tältä kannalta luonnehtia lähinnä poliittiseksi toimintaohjelmaksi tai -suunnitelmaksi.¹³⁷⁷

Ulkoistamiseen edellä mainittu esitys ei tuo mitään uusia välineitä vaan lähinnä selkeyttäisi ja vahvistaisi kuntalaisten roolia asiakkaana ja toisi jatkossa suurempia tilaajia terveydenhuollon toimintakenttään. Esityksessä uudeksi terveydenhuoltolaki oli vielä ainakin valmistelu- ja lausuntovaiheessa monia tulkinnallisuuksia. Yksi problematiikka liittyy puitelain, terveydenhuoltolain ja kuntalain suhteisiin. Kuntien kannalta voi ongelmalliseksi muodostua, että ensiksi annetaan puitelaille tietyt askelmerkit, joiden mukaan kunnat ovat lähteneet etenkin sosiaali- ja terveydenhuollon toimintoja ja palveluja kehittämään sekä järjestämään. Ennakoinnin ja kuntien pitkäjänteisen kehittämisen kannalta haasteelliseksi on muodostunut tilanne, jossa lähestulkoon heti on tulossa uutta sääntelyä, joka menisi sääntelyssä puitelakia pidemmälle ja mahdollisesti joiltain osin rajaisi taas entisestään kunnan vapautta järjestää palvelunsa – kuntalaisten valinnanvapautta lisäten. Lisäksi uusi terveydenhuoltolaki voi heikentää kuntalain merkitystä ainakin osittain, koska terveydenhuoltolaki syrjäyttäisi sen monissa tulkintatilanteissa. Kyseinen problematiikka tulee esille esimerkiksi palvelujen järjestämisvastuun käsitteen, toimivallan ja rahoituksen hajanaisuuden osalta¹³⁷⁸.

Kuntia koskeviin lainsäädännöllisiin muutoksiin pitäisi suhtautua erittäin pidättyväisesti. Usein kynnyksen niiden nopeaan muuttamiseen on erittäin korkea, koska

1376 Tarve laadukkaampaa sääntelyä kohtaan on herännyt monella taholla. Matti Vanhasen II hallituksen ohjelmaan on kirjattu, että hallitus tulee toteuttamaan paremman sääntelyn toimintaohjelmaa. Myös perustuslakivaliokunta on kiinnittänyt useasti huomiota esimerkiksi oikeudellisen sääntelyn lisääntymiseen ja sääntelyn laatuun. Ks. lisää PeVM 19/1983 s. 1–5; PeVM 5/1985 s. 2–3.

1377 PeVL 37/2006 s. 2.

1378 Tällä tarkoitetaan yhteistoiminta-alueen tai terveystoiminta-alueen järjestämisvastuun selkeyttämistä peruskuntaa nähden, jolloin ongelmaksi tulee eri toimijoiden rooli ja oikeudellinen mahdollisuus vaikuttaa järjestämisvastuun toteutumiseen.

aina ei ole tiedossa, mitä ei-toivottuja vaikutuksia tiettyjen säännösten muuttamisella on. Terveydenhuoltolakitöryhmän esityksestä heijastuu joiltain osin hyvin *organisaatiokeskeinen lähestymistapa*, joka voi pahimmillaan johtaa siihen, että rakennetaan uusia organisaatioita huolehtimaan tietyistä erityislainsäännöllä annetuista velvoitteista (joita samaan aikaan lisätään).

Yhteistoiminta-alueen hoidettavaksi annettavat tehtävät on määritelty puitelain 5 §:n 3 ja 4 momentissa. Kysymys on rajatuista tehtäväkokonaisuuksista. Kunnallisen itsehallinnon perustuslainsuojan näkökulmasta ei ole ongelmallista soveltaa sääntelyä yhteistoiminta-alueelle siirrettäviin tehtäviin – ainakaan perustuslakivaliokunnan aiemman käytännön valossa.¹³⁷⁹

Byrokratia voi ainakin hetkellisesti lisääntyä, samalla kun kuntien tosiasiallinen mahdollisuus vaikuttaa palvelujen järjestämisen malleihin ja muotoihin sekä taloudellisiin resursseihin heikkenee. Myös suoran demokratian merkitys ja vaikutus voi monelta osin pienentyä. Voidaan kysyä, onko esimerkiksi KuntaL 13.1 §:n 3 (talous ja rahoitus) ja 4 (palveluista) kohta sekä KuntaL 27 §:n mukainen valtuustolle asetettu velvoite kuntalaisten osallistumis- ja vaikuttamismahdollisuudesta jäämässä sisällöltään heikoksi erilaisten palvelujenjärjestämisuudistusten vuoksi.

Puitelaki on osaltaan vauhdittanut kunnallisten luottamushenkilöiden pohdintaa siitä, miten palvelut pitäisi kunnissa jatkossa järjestää. Puitelaki ei välittömästi tuo ulkoistamisiin uusia elementtejä, vaan se vauhdittaa kuntia hakemaan lähinnä osittaisulkoistamiseen liittyviä ratkaisuja. Nähtäväksi jää, pirstaloituvatko palveluntuotantotavat ja -rakenteet entisestään, jolloin *oikeussäännösten tehtäväksi jäisi tuoda entistä selvemmät ja yhtenäisemmät säännökset eri tuotantotavoille*. Puitelait ja muu järjestämiseen liittyvä sääntelyn kehitys liittyvät myös siihen, millaisia edellytyksiä kunnallisilla päättäjillä on tosiasiallisesti päättää kuntaa koskevista asioista, ja heikentävätkö ja vievätkö ne edellytyksiä paikallistason päätöksenteolta.

4.4.3.3 Verotuksellisia näkökulmia

Moniin palveluntuottamismalleihin liittyy myös verotuksellisia näkökulmia, joilla voi olla joissakin tilanteissa hyvinkin suuri rooli. Ulkoistamisprosessin verokohtelu ei ole kaikissa tapauksissa samanlaista, joten kunta voi joihinkin yrityksiin nähden saada tiettyjä kustannusetuja. Kuntien pitäisikin kilpailuneutraalisuudesta olla verovelvollisia samojen periaatteiden ja oikeuksien mukaisesti kuin yksityisten elinkeinotoimen harjoittajien. Kuntien ja yritysten verottomuus koskee tietyiltä osin vain terveyden- ja sairaanhoidon palveluja. Muuten kunnat ovat verovelvollisia, jos ne harjoittavat liiketoimintaa sellaisilla toimialoilla, joilla on olemassa yksityistä elinkeinotoimintaa. Kuntien mahdollisuus lähteä harjoittamaan liiketoimintaa verottomuusnäkökulmasta ei ole edes kunnan yleisen toimialan puitteissa aina mahdollista, vaan siinäkin on tiettyjen edellytysten täytyttävä. Toiminnan pitää olla kunnan toimialan mukaista, ja sen pitäisi palvella kunnan yleistä etua.¹³⁸⁰

1379 PeVL 37/2006 s. 6.

1380 HE 88/1993 s. 18. Ks. Myllymäki 2003 s. 46–47.

Sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksusta annetun lain 2 §:ssä on määritelty, että palvelusta perittävä maksu voi olla korkeintaan palvelun tuottamisesta aiheutuneiden kustannusten suuruinen. Lisäksi samassa laissa on määritelty kohtia, joiden mukaan sosiaali- tai terveydenhuollon sekä koulupalvelut ovat monilta osin maksuttomia. Ulkoistamisen kannalta asiaa voidaan joutua arviomaan esimerkiksi silloin, kun kunta on ulkoistanut tietyn osan päivähoitopalveluista. Kyseisen lain 12.1 §:n mukaan kunta voi periä kuntalaiselta kuitenkin vain saman maksun kuin silloin, kun kunta tuottaisi palvelut itse. Kunnissa on KuntaL 13.4 §:n mukaan palveluiden maksuista päätettäessä huomioitava myös yleiset hallinto-oikeuden periaatteet¹³⁸¹. Ulkoistettu palvelu ei saa STVOL 4.3 §:n mukaisesti asettaa kuntalaista eri asemaan kuin suoraan kunnallista palvelua käytettäessä.

Eri ulkoistamismuotoja arvioitaessa verotuksella on positiivinen tai negatiivinen vaikutus. Komiteamietinnössä on todettu, että kunnat ovat oman palvelunsa käytön osalta eri asemassa kuin yritykset. Kunta voi esimerkiksi rakennustoiminnassa tehdä itse verottomasti tietyn hankkeen, mikä voi aiheuttaa kilpailuhäiriöitä¹³⁸². Ongelmallisena piirteenä voidaan pitää sitä, että kunnat voivat joissakin tilanteissa pystyä hyödyntämään (osittaisulkoistus) ja saamaan kilpailuetua suhteessa yksityisen organin tuotamiin palveluihin. Lisäksi palveluiden tuottajat ovat eri toimialoilla verotuksellisesti eri asemassa. Tiettyjen sosiaali- ja terveystalvelujen tuottajan on mahdollista saada arvonlisäverosta helpotusta. Terveyden- ja sairaanhoidossa vaatimuksena on AvL 35 §:n mukaan, että yksityisen palvelun tuottajan toiminta on yhteiskunnan valvonnan piirissä. Kunnalliset ja yksityiset päivähoitopalvelut ovat AvL 38 §:n mukaan verottomia. Lisäksi sosiaali- ja terveydenhuollon palvelusetelillä hankittava palvelu olisi tiettyjen edellytysten täytyessä arvonlisäverotonta¹³⁸³.

Koulutuspalveluiden järjestämiseen liittyy myös arvonlisävero-kohtelu. Perusopetuslakia (628/1998) tarkennettaessa yksityisen perusopetuksen järjestäjän rahoitusjärjestelmä muuttui siten, että uusien perusopetuksen järjestäjien yksikköhinta on 90 prosenttia sen kunnan yksikköhinnasta, jossa opetus pääasiassa järjestetään, kun ennen uudistusta yksikköhinta oli 100 prosenttia kunnan yksikköhinnasta. Valiokunta oli pohdiskellut, vaikeuttako kyseinen muutos mahdollisuuksia perustaa uusia yksityisiä kouluja ja kiinnittänyt myös huomiota arvonlisäverokäytännön ongelmallisuuteen yksityisen koulutuksen järjestäjien näkökulmasta.¹³⁸⁴ Lisäksi yksityisen hoidon tuki on ollut palautuksen piirissä¹³⁸⁵.

Lisäksi arvonlisäveroasia liittyy välituotteisiin ja -palveluihin, jotka ovat arvonlisäveron alaisia tai joihin lukeutuu piilevää arvonlisäveroa. Välituotteita ovat tietyt tukipalvelut, kuten taloushallinto ja atk-palvelut. Niiden arvonlisävero on yleensä mukana kokonaishinnoissa, ja näin myös sosiaali- ja terveystalveluihin sisältyy piilevää

1381 HE 20/2005 s. 3.

1382 KM 1989:22 s. 344.

1383 Ks. Uotinen 2009 s. 117–118.

1384 SiVM 3/1998 s. 13–14.

1385 Ks. KHO:2008:68. Kyseisessä tapauksessa KHO antoi ennakkoratkaisun ajaksi 15.11.2006–31.12.2007, jonka mukaan kunnalla oli oikeus saada AvL 130 a §:ssä tarkoitettu laskennallisen veron palautus Kansaneläkelaitoksen kautta palvelun tuottajalle maksetuista lasten yksityisen hoidon tuesta sekä kunnallisesta lisästä. Tämä palautus liittyy hoitorahaan ja hoitolisään.

arvonlisäveroa niiden verottomuudesta huolimatta. Ongelmalliseksi asian tekee se, että yrityksen sosiaali- ja terveydenhuollon palvelutuottajien kokonaishintoihin jää piilevää arvonlisäveroa, koska niillä ei ole mahdollisuuksia saada palautuksia, kuten kunnilla.¹³⁸⁶ Piilevä arvonlisävero on osaltaan aiheuttanut sen, että eri tuotantotavat eivät ole lähtökohtaisesti tasapuolisessa asemassa. Tämä on heijastunut myös palvelusetelimallin laajentamisessa. Kunnan oman ja yksityisen tuotannon vertailussa voi olla hyvin vaikea saada yksiselitteistä kuvaa piilevän arvonlisäveron osuudesta.

Arvonlisäverolain 34 §:n mukaan arvonlisäveroa ei makseta terveyden- ja sairaanhoitopalvelujen myynnistä. Vastaava maininta on AvL 37 §:ssä sosiaalihuoltoon liittyvistä palveluista ja tavaroista. Kunta ei siis maksa arvonlisäveroa, mutta jos palvelun tuottaja onkin yksityinen yritys, jolle kunta on ulkoistanut palvelut, asia ei aina ole yksiselitteinen. Yksityinen palveluntuottaja ei ole sosiaalihuollon palvelusetelimallissa palvelujen osalta arvonlisävelvollinen, jos se on yksityisten sosiaalipalvelujen rekisterissä ja kyseessä on kunnan rahoittama palvelu¹³⁸⁷. Yksityisen sektorin etujärjestöt ovat nostaneet esille kilpailuneutraliteettiongelman, johon liittyy myös arvonlisäverolain soveltaminen ulkoistamisen eri muotoihin. Ongelma on lähinnä se, että kunnilla on tietty verotukseen liittyvä etulyöntiasema, koska sosiaali- ja terveyspalvelujen arvonlisäverokanta on nolla. Ei-yhtiömuotoisella organisaatiolla ja julkisella palvelutuottajalla voi olla toimialasta riippuen 5–9 prosentin hyöty vastaaviin yksityisiin toimijoihin nähden. Kuntien ja niiden liikelaitosten ei tarvitse myöskään maksa tuloveroa eikä kiinteistöveroja, mikä tuo ison kilpailuedun kunnallisille palvelutuottajille.¹³⁸⁸

AvL 34 §:ssä ja 35 §:ssä on mainittu, että terveyden- ja sairaanhoitopalvelut ovat verottomia vain tietyn edellytyksin. Tällöin on huomioitava, että ulkoistettavassa palvelussa on kyse AvL 35 §:n mukaisesti ihmisen terveydentilaan sekä toiminta- ja työkyvyn määrittämiseen, palauttamiseen tai ylläpitämiseen liittyvistä toimenpiteistä. Kysymyksessä täytyy olla yksityisestä terveydenhuollosta annetussa laissa (152/1990) tarkoitettu hoito, ja yksityisellä palveluntuottajalla täytyy aina olla oikeus harjoittaa toimintaa. AvL 36 §:n mukaan arvonlisäverovelvollisia eivät myöskään ole esimerkiksi tietyt sairaankuljetukset tai tutkimus- ja laboratoriopalvelut. Arvonlisäverottomuus ei oikeuskäytännön mukaan ole aina kovinkaan yksiselitteistä kunnallisissa ulkoistamisissa. Tilaajan ja tuottajan kannalta ratkaisevaa voi olla, tulkitaanko terveydenhuollon palveluja myyvän yrityksen toiminta työvoiman vuokraustoiminnaksi, joka olisi arvonlisäverollista. Seuraavasta oikeustapauksesta ilmenee, että oikeudellisesti keskeistä on, antaako palveluntuottaja palvelujaan suoraan kuntalaisille vai kunnalliselle terveystaloukselle.

KHO:2004:42. Yhtiö oli pyytänyt lääninhallitukselta lupaa yksityisen terveydenhuollon palveluiden antamiseen. Yhtiön tarkoituksena oli hoitaa kuntien ja kuntayhtymien lääkäripäivystystä kunnan tai kuntayhtymän tiloissa. Hakemuksessa tarkoitettujen palveluiden ostajana on julkiseen terveydenhuoltoon kuuluva yksikkö, joka käytännössä johtaa ja valvoo yhtiöltä ostamaansa lääkärintoimintaa. Lääninhallitus oli hylännyt hakemuksen. Yhtiö kuitenkin valitti ja vaati, että lääninhallituksen päätös

1386 Palvelusetelityöryhmän muistio 2008 s. 12–13. Ks. myös Lith 2008.

1387 HE 88/1993 s. 10–11. Palvelusetelityöryhmän muistio 2008 s. 12.

1388 TEM:n julkaisuja 23/2009 s. 28.

kumotaan.

Kyseistä työvoimanvuokraustoimintaa, jossa yhtiö ei anna palvelujaan suoraan potilaille vaan julkisen terveydenhuollon yksikölle, ei voida pitää yksityisestä terveydenhuollosta annetussa laissa tarkoitettuna yksityisen terveydenhuollon palveluiden antamisena väestölle eikä yhtiötä sellaisena yksityisestä terveydenhuollosta annetun lain 2.2 §:ssä tarkoitettuna palvelujen tuottajana, jolle voitaisiin myöntää mainitun lain 4.1 §:n mukainen lupa terveydenhuollon palvelujen antamiseen. Lääninhallitus on näin ollen voinut hylätä yhtiön hakemuksen. Lääninhallituksen päätöksen muuttamiseen ei ollut KHO:n mielestä syytä. KHO:n linjaus on osaltaan johtanut siihen, että kokonais- ja osa-alueen ulkoistusten määrä on kasvanut, koska ne ovat hinnaltaan kilpailukykyisempiä kuin sellainen toiminta, jossa työvoimaa vuokraava yhtiö antaa työvoimaa kunnalle.¹³⁸⁹

KuntaL 76 §:ssä on määritelty kunnan yhteistoiminnan muodoista. Sen mukaisia yhteistoimintaan liittyviä kustannuksia ei tulkittu liiketoiminnan muotona arvonlisävelvollisena toimintana. Pääsääntöisesti myynti on verotonta kunnan palveluissa, joissa kunnalla on järjestämisvastuu. Arvonlisäverolain mukaisena myyntinä ei myöskään pidetä liikkeen luovutuksessa tapahtuvaa tavaroiden tai palvelujen luovuttamista sellaiselle toiminnan jatkajalle, joka käyttää saatuja tavaroita ja palveluja vähennykseen tai palautukseen oikeutettavaan toimintaan. Kaikissa tapauksissa ei ole yksiselitteistä, mikä yhteistoiminta on verotonta ja mikä ei. Esimerkiksi koulutukseen liittyvät yhteistoimintasopimukset on katsottu verottomaksi ja tukipalvelut, kuten ruoka- ja siivouspalvelut sekä talous- ja tietohallinto, on tulkittu arvonlisävelvolliseksi toiminnaksi. Kuntayhtymän ei tarvitse suorittaa varainsiirtoveroa silloin, kun se on luovutuksensaajana, kun taas osakeyhtiön on maksettava varainsiirtoveroa kiinteistöjen vastaanottamisesta.¹³⁹⁰ Tällöin eri ulkoistusmuotoja arvioitaessa yhteistoiminnan sisältö ja organin muoto ovat määräävässä asemassa. Keskeiseksi kysymykseksi nousee monessa tilanteessa arvonlisäveron soveltamisen osalta, onko toiminnan harjoittaminen vastikkeellista tai maksutonta ja mikä on toiminnan sisältö.

KHO:2009:84 oli päätöksessä pitänyt yhdistyksen harjoittamaa koulutustoimintaa arvonlisädirektiivin (77/388/ETY) mukaisesti vastikkeellisena, koska oppilaille annettu koulutus oli maksutonta eikä valtionavustusta voitu pitää vastikkeena. Lisäksi kiinteistöissä tapahtuva toiminta ei kuulunut direktiivin tai arvonlisäverolain soveltamisalaan. KHO katsoi, että yhdistys ei ollut toiminnan osalta arvonlisäverolaissa tai direktiivissä tarkoitettu toimija eivätkä kiinteistöt olleet myöskään kyseisten säännösten soveltamisalaan kuuluvassa käytössä.

Osittaisessa ulkoistamisessa, jossa tietty toiminto kiinteistöineen siirtyy kuntayhtymälle, ei varainsiirtoveroa tarvitse suorittaa. Sellaisissa ulkoistamisissa, joissa toimintaa ja toimitilaa siirretään osakeyhtiölle, on varainsiirtoveroa maksettava. Arvonlisäverolain sovellettavuudessa on joitakin yhtäläisyyksiä kilpailuoikeudellisten asioiden sekä osit-

1389 Vrt. L yksityisestä terveydenhuollosta (152/1990).

1390 Tarkiainen–Suorto 2009 s. 41–45.

tais- ja kokonaisulkoistuksen määrittelyn kanssa. Tällaisina *yhtäläisyyksinä voidaan pitää verottomuuden ja ulkoistusmuotojen määrittelyssä sitä, onko orgaani, jolle toimintaa siirretään verovelvollinen*. Tällöin asiaa joudutaan tarkastelemaan myös kilpailunrajoittavien tunnusmerkkien valossa. Orgaani tai toiminta, jonka ei tarvitse maksaa arvonlisäveroa, ei näyttäisi olevan myöskään kokonaisulkoistuksen piirissä. Tällöin ulkoistamisen aste ja vahvuus näyttäisivät ainakin osittain liittyvän myös toiminnan arvonlisäverovelvollisuuteen. Edellä mainittua ei kuitenkaan voi soveltaa yksityiseen terveyden- ja sairaanhoitoon, jossa tiettyjen edellytysten täytyessä toiminta on aina arvonlisäverotonta.

4.4.4 Palveluiden laatu – oikeudellinen sisältö

Yhdeksi kunnallisten palvelujen jaottelukäytännöksi on vakiintunut jako peruspalveluihin ja muihin kunnallisiin palveluihin. Muitakin luokitteluja on esitetty.¹³⁹¹ Yksityisen yrityksen tai kunnan tuottamien palvelujen vertailussa pitäisi huomioida, että palveluilla on todellista arvoa ja merkitystä vain silloin, kun niillä on arvoa ja merkitystä kuntalaisille. Samalla tullaan laadun kannalta ongelmalliselle alueelle, koska laadun parantaminen tai heikentäminen ei käyttäydy kaikilta osin samoin kuin yksityisellä sektorilla. Monissa Euroopan unionin jäsenmaissa valtion paikallishallinnon yksiköt vastaavat palveluiden järjestämisestä tai tuottamisesta, kun taas Pohjoismaissa kuntien rooli on ollut pääasiallisesti palvelujen tuottaja.¹³⁹² Tarkastelussa on myös huomioitava, mikä orgaani palveluja tuottaa ja mitä säännöksiä siihen sovelletaan, koska kunnan järjestämän palvelun erikoispiirteenä yksityisten orgaanien järjestämään palveluun verrattuna on, että siltä vaaditaan erityisesti tiettyä luotettavuutta ja (oikeus)turvaa. Oikeusturvaa voidaan tarkastella laadullisen oikeusvarmuuden näkökulmasta, jolloin laadullinen oikeusturva liittyy menettelyn asianmukaisuuteen ja palvelun laadullisiin näkökulmiin.¹³⁹³

Hyvinvointiyhteiskunnan¹³⁹⁴ vahvistuminen 1980-luvulla toi esiin kansalaisten näkökulmasta hallinnon responsiivisuus- ja joustavuusongelmat, jotka kohdistuivat

1391 Hyvinvointipalvelut voidaan jakaa kilpailukykypalveluihin, turvapalveluihin ja elämänsisältöpalveluihin. Kilpailukykypalveluihin kuuluvat mm. koulutus, päivähoito, tiedonvälitys ja infrastruktuurin ylläpito. Turvapalveluihin luetaan mm. perusterveydenhuolto, erikoissairaanhoito ja -sosiaalihoito. Elämänsisältöpalvelujen tunnusmerkkeinä on, että kunta luo niille vain esimerkiksi infrastruktuurin mutta niitä rahoittaa yksityinen taho. Ks. Esimerkiksi Koski 1996 s. 69.

1392 Lumijärvi–Virta–Kujanpää 2001 s. 11. Möttönen on väitöskirjassaan todennut, että perinteinen palvelujen tuottamisen ja järjestämisen yksityiskohtainen ohjaus oikeussäännöillä ei ole mahdollista, koska markkinatalouden mekanismien yhteensovittaminen tuloksellisuustavoitteiden kanssa on mahdotonta demokraattisessa oikeusyhteiskunnassa. Päinvastoin tarvitaan tiettyä liikkumavaraa palvelujen ohjaukseen, jotta kunnallishallinnon eri yksiköt pystyisivät reagoimaan markkinatalouden tilanteisiin ja suhdanteisiin. Möttönen 1997 s. 56–61.

1393 Mäenpää 2005 s. 5.

1394 Hyvinvointiyhteiskunnalla tarkoitetaan sellaista hyvinvoinnin tuottamisen sekamallia, jossa esimerkiksi yrityksillä, järjestöillä ja yksilöillä on entistä suurempi vastuu, eli painotetaan vapaampaa markkina- ja kansalaisyhteiskuntaa. Esimerkiksi järjestöjen ja yritysten asema palveluiden tuottajana on vahvistunut, kuten laitos- ja kotipalvelujen osalta. Anttonen–Sipilä 2000 s. 269, 275–276. Hyvinvoinnin tuottamisen sekamallilla voidaan oikeudellisesti tarkoittaa myös palvelujen järjestämisen ja tuottamisen erottamista ja selventämistä.

pääasiassa palveluihin ja niiden laatuun¹³⁹⁵. Palvelujen laatu voidaan jakaa kahteen elementtiin: sisällölliseen laatuun eli pätevyteen ja asiointiprosessin laatuun. Asiointiprosessin laadussa asiakasnäkökulma ja sen onnistuminen ovat ratkaisevassa roolissa. *Sisällöllinen laatu* kuvaa, kuinka hyvin palvelu toimii sisällöllisesti ja vastaa tarpeita. Se voi olla teknisiltä ratkaisultaan hyvä ja oikeudellisesti koherentti eli pätevä.¹³⁹⁶

Oikeussuojajärjestelmään liittyy myös laatu, koska joustava, tehokas ja selkeä oikeusvaatimusjärjestelmä parantaa viranomaisten toiminnan laatua¹³⁹⁷. Esimerkiksi sosiaalihuollon asiakkaan asemaa ja oikeuksia koskevassa lain 4 §:ssä on määritelty asiakkaan oikeus laadultaan hyvään sosiaalihuoltoon. Lisäksi hallituksen esityksessä kuntalaiksi on useassa kohtaa tuotu esille julkisen vallan vastuu laadukkaiden palveluiden järjestämisestä¹³⁹⁸.

Kun puhutaan hyvästä hallinnosta ja siihen liittyvästä palvelusta, joudutaan määrittelemään, mitä hyvällä palvelutasolla tarkoitetaan ja mitkä kriteerit sen olisi täytettävä. Palvelutaso tarkoittaa palveluiden riittävyttä ja laatua tietyn alueen kuntalaisten kannalta. Palvelukyvyllä taas tarkoitetaan tietyn yksikön mahdollisuutta tuottaa riittävästi laadukkaita palveluita. Palvelukykyisyyttä voidaan kunnallishallinnon näkökulmasta arvioida normi- tai tarvekriteereillä¹³⁹⁹. Kun kunnallisia palveluja järjestetään ja tuotetaan uudella tavalla, voi vaarana olla, että nojaututaan liian yleisperiaatteellisiin palvelutasonormeihin ja -kriteereihin. Jos ulkoistettavassa toiminnassa on hyvin selvät ja yksiselitteiset laatustandardit, on palvelu helpompi määritellä. Muuten ongelmaksi voi tulla, mitä tietty palvelutaso kattaa ja ovatko osapuolet ymmärtäneet sen samalla tavalla. Tarkastelun kohteena pitää olla myös jo se olemassa oleva säännöstö ja velvoitavuusaste, jota kyseisen palvelun tuottamisessa vaaditaan.

Ongelmaksi ulkoistamisessa tulee hankintalain keskeisten periaatteiden mukaan, miten tasavahvoihin palveluntuottajien tarjouksiin saadaan laadullisia eroja ja miten laatua valvotaan. Jos ulkoistamisessa on painotettu kokonaiskustannuksia, pitäisi myös tähän rakentaa mahdollisimman yksiselitteiset valvontamekanismit, jotta tuottajan toimintaa eivät ohjaa ainoastaan kustannukset. Kilpailutuksen yhtenä päätehtävänä on saada todellista reaaliaikaista tietoa oman organisaation kilpailukyvyistä. Kunnalliset ja yksityiset monopolit eivät pyri välttämättä parhaaseen laatuun ja tehokkuuteen.¹⁴⁰⁰ Kilpailuttamisprosessi ja sinä käytetyt mittarit ovat hyvin erilaisia sen mukaan, mikä kunnan toimiala on kyseessä¹⁴⁰¹. Ulkoistamisen yksityiskohtaista tarkastelua vaikeuttaa

1395 Määttä–Ojala 2001 s. 18. Vrt. Kautto–Heikkilä 1999. Hyvinvointipolitiikan ala ja sisältö on vaihdellut eri palveluiden osalta monesti sen mukaan, mistä lähtökohdista arviota on esitetty.

1396 Tala 2005 s. 159. Jylhä 1989 s. 17. Laatua ei ole myöskään oikeudellisesta näkökulmasta aina painotettu riittävästi etenkin silloin, kun toimintoja ollaan ulkoistamassa. Isossa-Britanniassa palvelujen tuottajia on kannustettu kehittämään laatua ja hakemaan esimerkiksi ISO 9000 -laadustandardi toiminnalleen. Ks. Boyne 1999 s. 63.

1397 HE 226/2009 s. 1.

1398 HE 192/1994 s. 5–7.

1399 Kiviniemi 1985 s. 3 ja 16. Kiviniemi on todennut, että hallintokeskeisyyden vähentämiseksi tarvitaan asiakaskeskeisyyttä, jolloin asiaa voidaan lähestyä tarvekriteeristä ja kysyntäkriteeristä käsin. Kiviniemi 1985 s. 86–87.

1400 Ks. Esimerkiksi YTV:n seutuliikenteessä ilmenneitä laatuongelmia oli vaikea osoittaa juuri kilpailutuksesta johtuviksi. Ks. Valkama–Kallio–Kankaanpää 2008 s. 148.

1401 Yhtenä positiivisena esimerkkinä voidaan pitää Ruotsin kokeiluja. Ks. EPSU-CCRE; Reforms of Public services 2008 s. 14. Esimerkiksi teknisellä sektorilla tuotteet ja palvelut ovat usein hyvinkin määriteltävissä ja mitattavissa, jolloin sopimuksessa voidaan sopia tietyt standarditasot.

myös se, että ulkoistamiset ovat yleensä hyvinkin heterogeenisiä.

Eri osapuolten käsitykset palvelutasosta voivat samassakin kunnassa vaihdella jyrkästi. Tällöin voidaan yhtenä keinona käyttää analogista päättelytapaa (*argumentum ex analogi*) ja yrittää sitä kautta selkiyttää oikeudellista palvelutasokäsitettä¹⁴⁰². Kuitenkin kilpailuttamissäännökset lähtevät siitä, että kunnan on ennen koko kilpailuttamisprosessia päätettävä palvelun tasosta. Hallintovaliokunta on todennut kannanotossaan, että hankintayksikön on määriteltävä tarjouspyynnössä erittäin huolellisesti palvelun sisältö ja laatu sekä laadun ja hinnan painoarvon suhde¹⁴⁰³.

Etenkin sosiaali- ja terveydenhuollossa löytyy paljon ohjeita ja suosituksia siitä, millaista laatua kunnan ja yksityisen palveluntuottajan pitäisi tarjota¹⁴⁰⁴. Sosiaali- ja terveyspalveluja ulkoistettaessa olisi hyvä edellyttää ja käyttää sertifoituja laatujärjestelmiä ja ulkopulista auditointia¹⁴⁰⁵. Ulkoistuksissa käytetään yleisimmin ISO 9000-, ISO 9001- tai EFOM -standardeja. Kunnan pitäisi tilaajana ja palvelun järjestäjänä pystyä ohjamaan palvelun tuottajia ja hakemaan aktiivisesti uusia kehittämistoimenpiteitä laadun hallinnassa erilaisten säännösten, ohjeiden tai hoitotakuuveloitteiden täyttämisen lisäksi. Kuntien vertailu palveluiden laadun osalta on joillakin toimialoilla vaikeata, koska yhtenäiset valtakunnalliset laatumittarit puuttuvat. Jos niitä on, niiden sisältö ei ole aina yksityiskohtaisemman luokittelun ja kirjauksen osalta samanlaista.

Yksinkertainen käsite, kuten kunnan tai yksityiselle yritykselle ulkoistetun palvelun laatu, on oikeudellisesti ja toiminnallisesti hyvin monimutkainen asia määritellä. Ennen kuin laatua pystytään objektiivisesti vertailemaan, pitäisi tilaajan ja tuottajan pystyä sopimaan standardoinnista ja tuotteistaa palvelut yhdenvertaisiksi. Ongelmalliseksi asian tekee se, että terminologisesti laatu voidaan ymmärtää *eri aikakausina erilaisissa organisaatioissa hyvin eri tavalla*. Toiseksi lainsäädäntö antaa tietyt raamit esimerkiksi terveyspalvelujen tuottamisen laadulle, kun taas toisilla toimialueilla laadun määrittely ja ohjeistus voivat jäädä hyvin pitkälti vain kunnan ohjeistuksen ja sopimusten varaan. Ulkoistamisessa yhtenä *tärkeimpänä elementtinä laadun hallinnassa on ulkoistamista koskeva sopimus* – mikä on pohjauduttava tarjouspyyntöön, jota tarkastellaan sopimus-oikeudellisten periaatteiden, sopimusmallien ja eri sopimustyyppien kautta. Etenkin palveluissa on tarkoituksenmukaista ottaa valintaperusteeksi kokonaistaloudellinen edullisuus, joka on monesti palveluhankinnassa keskeisin tekijä¹⁴⁰⁶.

Ulkoistettujen palveluiden laatua voidaan käsitellä yksityiskohtien tai kokonaisuuden tarkastelun kautta. Yksityiskohtaiseen tarkasteluun voidaan ottaa esimerkiksi asiakkaan, henkilöstön tai johdon näkökulma, jota arvioidaan ja seurataan tietyillä mittareilla. Sosiaali- ja terveydenhuollossa ei kuitenkaan ole sitovaa lainsäädäntöä, vaan hyvän laadun mittareina joudutaan heijastelemaan suosituksia ja ohjeita¹⁴⁰⁷. Toisaalta

1402 Ks. Laakso 1990 s. 152.

1403 HaVL 25/2006 s. 5. HankintaL 69 §:ssä on mainittu, että tarjouspyynnön on oltava tarpeeksi yksiselitteinen niin, että tarjoajat voivat antaa yhteismitallisia ja keskenään vertailukelpoisia tarjouksia.

1404 Pekkala 2007 s. 449.

1405 Stockholms läns sjukvårdsområde, kvalitetetsboksut 2009 s. 27; Narikka 2008 s. 102.

1406 Kalima 2007 e s. 203. Laatupisteiden antamiselle ei ole aina kovinkaan selvää perustaa. Arvioitavaksi tulee, millaisesta toiminnasta tai palvelusta on kyse ja kuinka korkea osaamista ja ammattitaitoa vaaditaan. Vrt. Kalima 2007 e s. 207.

1407 Terveystieteiden tutkimuskeskuksen muistio 2008 s. 54. Ks. Ikäihmisten palvelujen laatusuosituksista 2008 s. 14–15 ja 39.

laillisuusvalvojat ovat huomauttaneet kaupunkeja laatusuosituksissa pysymisestä – tällöin laatusuositusten taso ja sitovuus voi sääntelyn näkökulmasta määräytyä suositusta tiukemmaksi. Toisaalta lakisääteissä tehtävissä viranomaisten on katsottava, että henkilökuntaa on laissa säädettyjen tehtävien hoitamiseen riittävästi niin että säännösten edellyttämät määrääjat toteutuvat.¹⁴⁰⁸

Ongelmaksi on tullut, että kuntien informaatio-ohjausta lisätty erilaisilla laatusuosituksilla, kuten Mielenterveyspalvelujen laatusuositus, STM:n oppaita 2001:9; Päihdepalvelujen laatusuositukset, STM:n oppaita 2002:3; Kouluterveydenhuollon laatusuositus, STM:n oppaita 2004:8; Sosiaalihuollon ammatillisen henkilöstön tehtävärakennesuositus, STM:n julkaisuja 2007:14; Ikäihmisten palvelujen laatusuositus, STM:n julkaisuja 2008:3; Perusopetuksen laatukriteerit, OPM:n julkaisuja 2009:19; Ikääntyneiden ihmisten ohjatun terveystoiminnan laatusuositukset, STM 2004:6 sekä mielenterveyspalvelujen laatusuositus STM 2001:9. Ongelmana ovat kuntien resurssit, koska suositusten taloudellisten vaikutusten arviointi on ollut hyvin rajattua. Erityisesti kuntien itsehallinnon kannalta ongelmallista on että kunta valvovat viranomaiset ovat ryhtyneet tulkitsemaan suosituksia tarkoitettuja ohjeita sitovina normeina.¹⁴⁰⁹ Toisaalta hyvin vähälle huomiolle on jäänyt, mitä mitataan ja mitä mittausongelmia toiminnan laatuun voi liittyä¹⁴¹⁰.

Keskeinen kysymys on, miten valtion harjoittama palveluohjaus kehittyä eli onko se vapaaehtoista informaatio-ohjausta¹⁴¹¹. Esimerkiksi kouluterveydenhuollon laatusuositus on ollut valtion informaatio-ohjauksen kohteena, ja sillä on yritetty tukea kuntia erilaisissa kehittämistoiminnoissa¹⁴¹². Tulosohtaus on myös muuttanut tarkastamista niin, että päärooliin täytyisi nousta talousarvion menojen ja määrärahan käyttö. Ylittämisen tarkastuksen sijaan pitäisi siis päästä tulosten tarkastamiseen. Tulosohtauksen arviointi ei onnistu kaikilta osin, jos mittareita ja tunnuslukuja ei ole olemassa ja ei ole ymmärretty, mikä muutos tulosohtauksesta seuraa.¹⁴¹³ Tulosohtauksen on vain yksi ulkoistamiseen kohdistuva tarkastelunäkökulma. Laatu ja taloudellisuutta punnittaessa on myös oikeudellisesta näkökulmasta tarkistettava, minkä liikkumavaran eri oikeussäännöt ja ohjeet antavat kyseisestä ulkoistetusta palvelusta.

1408 Valtioneuvoston oikeuskanslerin kertomus 2008 s. 250 – 251.

1409 Ks. Narikka 2008 s. 103–105.

1410 Bailey 2008 s. 147; Ross–Burkhead 1974 s. 58.

1411 Uoti 2003 s. 330. Lisäksi Uotin mukaan ongelmallisia ovat kuntien palvelustrategiat, jotka eivät täytä perus- ja ihmisoikeuksien vaatimuksia. Hyvinvointipalvelujen järjestämisvelvollisuuden sääntelyssä ja palvelujen järjestämiseen liittyvässä oikeudellisessa ohjauksessa ei ole onnistuttu, koska perusoikeuksia koskevassa sääntelyssä on puutteita. Lisäksi kunnan velvollisuudet, jotka liittyvät yksilön oikeuksiin, vaativat tarkempaa tarkastelua oikeuden toteutumisesta lainsäädännön periaatteiden mukaisesti. Tärkeää kuntalaisen kannalta on myös se, miten paikallishallinto onnistuu hyvinvointipalvelujen järjestäjänä ja tuottajana. Uoti kuitenkin korostaa vahvan ohjauksen periaatetta riippumatta siitä, miten kunnat jatkossa onnistuvat palveluiden järjestämisessä. Uoti 2003 s. 360, 362, 365.

1412 Ks. Rimpelä ym. 2007 s. 9.

1413 Meklin 2000 s. 147. Ongelmana ei pitäisi olla tarkoituksenmukaisten ja tehokkaiden toimintatapojen soveltaminen julkiselle sektorille eikä tutkimustiedon puute, vaan vanhat rakenteet ja toimintatavat, jotka voivat estää toiminnan tehokkaan ja järkevän käytön. Vrt. Eklund 2008 s. 56, 64, 84.

Yksilön oikeus tiettyyn laatuun on monelta osin oikeudellinen rajanvetokysymys. Toisaalta sosiaali- ja terveydenhuollossa on kunnan varattava talousarvioonsa määrärahat kiireellisen hoidon ohella myös muuta tarpeellista hoitoa varten, eikä yksittäisen kuntalaisen oikeutta hoitoon voida rajoittaa vetoamalla ainoastaan siihen, että kunnalla ei ole määrärahoja tiettyä laissa säänneltyä tarpeita varten¹⁴¹⁴. Samalla kun suositukset ovat tuoneet joustavuutta, on entistä tulkinnallisemmaksi muodostumassa, kuinka paljon ja millaisia resursseja kuntien pitäisi varata lainsäädännön vaatimien palvelujen toteuttamiseen.

Ulkoistettavan toiminnan laatua voidaan lähestyä ainakin oikeudellisesta, toiminnallisesta ja poliittisesta näkökulmasta, eikä yksi näkökulma sulje pois toisten näkökulmien samanaikaista tarkastelua. Laajojen ulkoistamisten laadun tekee ongelmalliseksi kunnallinen toimintaympäristö, jossa ei voida lähteä siitä, että vain tietyt asiat antavat täysin objektiivisen kuvan laadusta. Laadun huomioiminen korostuu palvelun ja tavaran ominaisuuksien määrittelyssä, ja kunnalla on mahdollisuus painottaa hyvää laatua¹⁴¹⁵. EU:ssa on nähty myös laatu- ja palvelupolitiikan merkitys. Palveludirektiivin 26 artiklassa on kehoitettu jäsenvaltioita hakemaan palveluntarjoajien kanssa toimenpiteitä palvelun laadun takaamiseksi, esimerkiksi hakemalla riippumattomilta tai akkreditoituilta elimiltä toimintojensa sertifiointeja tai arviointeja tai tekemällä omia laatusopimuksia.¹⁴¹⁶ Esimerkiksi Tanskassa ja Isossa-Britanniassa on pyritty sosiaali- tai terveydenhuoltopalveluissa kaatamaan raja-aitoja palveluntuottajien välillä painottamalla laatua entistä enemmän. Samalla viranomaisten rooli on muuttunut enemmän ohjelmien tavoitteiden eteenpäin viejiksi.¹⁴¹⁷

Havainnollistetaan muutamilla esimerkeillä edellä mainittuja kolmea laatuun vaikuttavaa elementtiä eli oikeudellisten, toiminnallisten ja poliittisten näkökulmien ilmenemistä ulkoistamisten laadussa. Ensimmäiseksi hankintalain mukaisesti tarjouspyynnössä on määriteltävä hankinnan kohde ja siihen liittyvät laatuvaatimukset, joiden on ilmettävä arviointiperusteineen jo tarjouspyynnöstä.

Esimerkkinä puutteellisista laadunarviointiasiakirjoista on tapaus, jossa Pieksämäen Seudun Terveystieteiden kuntayhtymä kilpailutti lääkäripäivystykset. Markkinaoikeus kuitenkin totesi, että kuntayhtymä ei ollut perustellut palvelun laatuun liittyviä arviointikriteerejä vaan oli pisteyttänyt tarjoukset. Asiakirjoista ei ilmennyt, miten laadunarviointiperusteita on sovellettu ja mihin pisteytserot pohjautuivat.¹⁴¹⁸

Monella kunnan toimialalla on myös ohjeellisia suosituksia ja sitovia säännöksiä yksityisen palveluntuottamisen tasosta. Toisena elementtinä ovat laatuun liittyvät toiminnalliset näkökulmat, jotka eivät aina johdu yksistään tilaajasta tai tuottajasta. Tilaaja on saattanut painottaa väärä asioita, jolloin kokonaisuus voi kärsiä, tai asettanut

1414 HE 77/2004 s. 10.

1415 Oksanen 2007a s. 283. Oikeuskäytännössä on etenkin kansallisten hankintojen osalta kiinnitetty huomiota tarjousten laadunarviointiin liittyvää problematiikkaa.

1416 Ks. myös EPSU-CCRE; Reforms of public services 2008 s. 14–15.

1417 Vrt. Health Care System in Transition. United Kingdom 1999 s. 25–26. Ks myös Health System in Transition. Denmark 2007; Kvalitetstandarder for omsorg og træning 2007; Stockholms läns sjukvårdsområde, kvalitetetsbokslut 2009.

1418 MAO 201/08.

tavoitteeksi liian suuret kustannussäästöt, jolloin toiminta voi johtaa vain tiettyihin osa-optimointeihin.

Juridisesti tilaajalla on lainsäädännön puitteissa mahdollisuus hakea erilaisia painotuksia tai tehokkuutta ulkoistettuihin palveluihin, mutta silloin pitäisi palvelujen käyttäjiä myös informoida siitä, miten kyseiset toimenpiteet vaikuttavat laatuun tai palvelun saatavuuteen. Talousvaliokunta on todennut, että hankintalaki ei rajoita tilaajan roolia kriteerien määrittämisessä ja että tilaajan tehtävänä on määrittellä hankinnan ehdot sekä hinnan ja laadun painoarvo¹⁴¹⁹. Kolmantena poliittisena elementtinä on todettavissa, että kansanvaltaisuusnäkökulmaa ei voida ulkoistuksissa irrottaa kunnallisesta toimintaympäristöstä. Tämä ilmenee palvelun eri vaiheissa ja eri tasoilla siten, että valmisteluun voi tulla poliittisen ohjauksen näkökulma palvelun laatusasta¹⁴²⁰.

Jos arvioidaan tulkinnallisia tai perinteisistä standardeista poikkeavia lopputuloksia lainsäädännön näkökulmasta, kuinka paljon kunnallishallinnossa voidaan poiketa tai hakea liikkumavaraa kuntalaisten kannalta hyvään ja tarkoituksenmukaisen palveluun. Laillisuuden ja yleistä etua palvelevan tarkoituksenmukaisuuden ja tuloksellisuuden arviointia voidaan kutsua standardi- ja normiperusteiseksi arvioinniksi. Tällöin kyse on standardeista poikkeamisesta, jolloin esille voi tulla mm. ennalta hyväksytty standardi, kuten laatuvaatimus tai tulostavoite, josta joudutaan poikkeamaan. Tekijöitä standardi- ja normiperusteisessa arvioinnissa voivat olla mm. säännöt, normiperiaatteet ja päätökset.¹⁴²¹ Kunnallishallinnossa standardi- ja normiarvioinnin täytyy perustua nykyiseen oikeusjärjestykseen ja siihen liittyviin osatekijöihin, kuten normiristiriitojen ratkaisustandardeihin ja oikeuslähdeoppeihin.¹⁴²² Kunnallisen palvelun ulkoistaminen on myös toteutettava edellä mainittujen pääperiaatteiden mukaan täydennettynä yleisillä palvelujen laatu- ja kustannusstandardeilla.

Oikeudelliseksi ongelmaksi on tullut etenkin terveydenhuollossa, että hoidon saatavuuteen liittyvät säännökset ovat olleet voimassa jo vuodesta 2005 mutta alueelliset erot ovat olleet suuria¹⁴²³. Hoitotakuu ei määrittele palveluntuottamistapaa, mutta se on monelta osin lisännyt kunnan ulkopuolisten palveluntuottajien käyttöä. Joillakin alueilla säännöksillä edellytetty saatavuus- tai laatusa on monille kunnille tai kuntayhtymille jo hyvin korkea. Tällöin terminologisesti ei ole enää oikein puhua (hyvästä) laadusta vaan pelkästään kansalaisten perusoikeudesta saada hoitoa säännösten edellyttämien määräaikojen puitteissa.

Lainsäädännöstä ei kuitenkaan löydy yksiselitteisesti vastausta siihen, mitkä ovat riittävät terveyspalvelut. Asiaa olisikin lähestyttävä sen kannalta, saavatko kuntalaiset riittävästi tarvitsemaansa hoitoa ja miten riittävän hoidon taso arvioidaan. Vaikka ter-

1419 TaVM 26/2006 s. 5. Lisäksi sosiaalitalouselainsäädäntöön valmisteltiin lisää sitovia määräaikoja palvelutarpeen arvioimiselle ja palvelun antamiselle. Ks. myös HE 166/2008.

1420 Luottamuselinten vaikutusmahdollisuuksiin ja siihen liittyvään problematiikkaan syvennyttään vielä viimeisessä luvussa.

1421 Sinkkonen–Kinnunen 1994 s. 79–81. Kansallisen terveydenhuollon seurantatyöryhmän raportissa on todettu, että palvelujen saatavuutta, laatua sekä vaikuttavuutta pitää arvioida tulevaisuudessa. Terveydenhuollon turvaaminen 2007 s. 17. Palvelun laadun ja tarkoituksenmukaisuuden näkökulmasta voidaan kysyä, ovatko kunnat pystyneet muuttamaan toimintapojaan riittävästi ja mitataanko oikeita asioita esimerkiksi asiakkaan näkökulmasta. Ks. Eklund 2008 s. 24–25.

1422 Tuori 2000 s. 184–185.

1423 Ks. Terveydenhuollon turvaaminen 2007 s. 17.

veydenhuollon toiminnan ohjaaminen perustuu hyvin pitkälle sääntöihin, haasteeksi tulee, miten yksityisen palveluntuottajan toimintaperiaatteita sovelletaan kunnalliseen terveydenhuoltoon. Kuntakohtaiset erot suositusten tulkinnessa ja noudattamisessa voivat olla suuria.

Laatusuosituksia on hyvinkin runsaasti olemassa, mutta niiden ohjaava vaikutus ei aina toteudu, koska ne eivät ole oikeudellisesti sitovia ja niitä voidaan paikallisesti soveltaa eri tavalla. Tämä taas voi kuntalaisten kannalta johtaa epäyhdentertaiseen tilanteeseen palvelujen saannissa. Kun etenkin terveyspalvelujen saatavuus ja laadulliset alueelliset erot kasvavat ja palvelutuotantotavat erilaistuvat, voidaan joutua miettimään, tarvitaanko vielä normatiivisesti velvoittavampia ohjauskeinoja, jotta kuntalaiset saisivat jatkossakin tärkeimmät peruspalvelut yhdentertaisesti. Toisaalta vaarallisena kehityssuuntana on, että suosituksia aletaan yksi toisena jälkeen nostaa lain tasolle ilman laajempaa kokonaisuvelvitystä.

Yhteisten laatustandardien ja suositusten puuttuminen tai kehittymättömyys voi myös olla oikeudellinen ongelma kunnalle.

Apulaisoikeuskansleri oli huomauttanut 13.2.2007 Helsingin kaupungin sosiaali- ja terveystoimen mitoituksista, jotka alittavat sosiaali- ja terveystoiministeriön asettamat kouluterveydenhuollon laatusuosituksiset. Apulaisoikeuskanslerin oli todennut, ”että koska kouluterveydenhuollon suositusluontoinen ohjaus ja informaatio-ohjaus yleisemminkin näkyy jääneen tavoiteltavilta vaikutuksiltaan riittämättömäksi, tarvitaan ilmeisesti normatiivisesti velvoittavampaa ohjauskeinoja, jotta terveyspalveluiden taso ja saatavuus yhdentertaisuuden edellyttämällä tavalla voidaan nykyistä paremmin turvata.” Apulaisoikeuskanslerin oli yleisesti arvioinut myös informaatio-ohjauksen vähäisestä vaikutuksesta päätöksentekoon ja käytännön toteutuksesta. Erityistä huomiota pitäisi kiinnittää silloin, kun kysymys on perusoikeuksien toteutumista koskevasta, yhdentertaisuutta edistämään pyrkivästä ohjeistuksesta.¹⁴²⁴

Myös liian suuret tulkinallisuudet voivat olla kuntalaisen oikeusturvan kannalta ongelmallisia. Vaikka kunnat eivät ole edes omassa toiminnassaan aina noudattaneet laatusuosituksia, on erityisesti tarkasteltava tarjouspyynnön ja sopimuksen sanamuotoja silloin kun ollaan ulkoistamassa toimintoja, joihin liittyy suosituksia mutta on niukasti velvoittavia säännöksiä. Konkreettisenä vähimmäislaatuvaatimuksena on että sosiaali- ja terveydenhuollon henkilöstö täyttää laissa vaaditut kelpoisuusehdot¹⁴²⁵. Toisaalta on huomattava, että henkilöstömitoitus ei kerro kuin osan tilanteesta, koska luku saadaan hoitohenkilöstön ja asukkaiden tai potilaiden välisellä laskennallisella suhdeluvulla.

Oikeudellisesti palvelun laadun arviointi ja vertailu kunnan omaan palveluun nähden voi muodostua ongelmaksi, ellei olla selvästi yksilöity, mitä kunta vaatii tuottajalta. Ulkoistamisen vaatimukset ja seurantajärjestelmät ovat erilaisia kunnan eri

1424 AOK 13.2.1007. Vrt. Boyne 1999 s. 63. Esimerkiksi Isossa-Britanniassa on yksityisille palveluntuottajille annettu ylittävät laatutasot. Lisäksi osa tuottajan tuloista on sidottu laatuksiteereiden täyttämiseen. Ks. lisää osoitteesta: <http://www.dh.gov.uk/en/Healthcare/Primarycare/>.

1425 Sosiaalihuollon henkilöstön kelpoisuudesta on säädetty sosiaalihuollon ammatillisen henkilöstön kelpoisuusvaatimuksista annetussa laissa (272/2005) ja asetuksessa (608/2005). Sairaanhoidajan ja muun terveydenhuollon henkilöstö kelpoisuudesta säädetään terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetussa laissa (559/1994) ja asetuksessa (564/1994).

toimialueilla. Esimerkiksi teknisessä toimessa voidaan pärjätä mainiosti yksityiskohtaisella palvelutaulukolla, kun taas perusterveydenhuollossa seuranta- ja laatu järjestelmien kehittäminen on monimutkaisempaa. Suomessa kokonaisvaltaisesta laatureurannasta oman ja ulkoistetun toiminnan osalta on hyvin vähän kokemuksia jos ollenkaan. Lisäksi ongelmana on, että eri laatusuosituksen noudattaminen ei ole pakollista eikä niiden laiminlyöntiä ole sanktioitu¹⁴²⁶.

Kunnallishallinnossa olisi vertailtava neutraalisti palvelukykyä oman ja yksityisen tuottajan välillä, kuten henkilökunnan pätevyyttä, asiakaspalautetta tai muita palveluprosessin osia sekä sitä, vastaavatko palvelut kuntalaisten tarpeita. Standardoinnin lisäksi kunnan tai yksityisen organin tuottaman palvelun laatuun vaikuttavat kuntalaisten odotukset, mielikuvat, kokemusten ja odotusten välinen kuilu, vuorovaikutussuhteet sekä palveluympäristöön liittyvät tekijät. Monista säännöksistä tai ohjeista saa pohjaa laadun määrittelylle, vaikka ne eivät olisi oikeudellisesti sitovia tai yksiselitteisiä.¹⁴²⁷

Ulkoistetun toiminnan standardointiin liittyy isoja kysymyksiä, kuten edellä mainittu juridinen sitovuusongelma ja se, miten kunnat varmistavat jatkossa eri toimintakäytäntöjen ja tuotteiden läpinäkyvyyden ja sopivuuden. Jos kuluttajien valinnanvapautta parannetaan, mitkä ovat tulevaisuudessa ne standardit, jotka osaltaan ohjaavat kuntalaisten valintoja?

Lisäksi ulkoistamisissa haasteeksi voi tulla tuotteistuksen ymmärtäminen ja rakentaminen niin, että se palvelee toiminnan ohjausta taloudellisesti ja oikeudellisesti. Esimerkiksi sosiaali- ja perusterveydenhuoltoa ei ole vielä tuotteistettu yhtenäisesti, joten siihen liittyvät käsitteet ovat täsmentymättömiä. Tuotteistus-termiä käytetään monesti eri yhteyksissä, vaikka toimintoja ei olisi aina tosiasiallisesti tuotteistettu vaan kysymys on vain suoritteista tai käynneistä. Tämä kuvastaa hyvin, mihin eri mallien ja menetelmien käsitteidakkoon ollaan kunnissa joutumassa. Kunnallishallintoon liittyviä uusia käsitteitä olisi tutkittava erikseen. Käsitteproblematiikkaa ei voida silti kokonaan sivuuttaa. Siihen törmätään aina viimeistään kunnallisessa valmistelu- tai päätöksentekovaiheessa, kun mietitään, täyttävätkö tilaukset määrällisesti ja laadullisesti säännösten tai ohjeitten minimitason.

Kunnan eri toimialoilla kustannusten, tehokkuuden, laadun ja tuloksellisuuden mittaamisessa on isoja eroja, eikä eri sektorien mittareita suoraan voi soveltaa sektorilta toiselle. Mittareiden valintaperusteet on yleensä määritelty kunnan johtosäännössä ja palvelusopimuksessa tilaajan tehtäväksi. Tämä on perusteltua, koska tilaaja on kaikissa malleissa myös järjestäjän roolissa vastuussa palvelun tasosta. Kunnan mahdollisuudet kehittää erilaisia kustannus- ja tehokkuusmittareita ovat kunnan eri toimialoilla hyvinkin erilaiset.

Kunnallisten palveluiden objektiivinen tarkastelu ei ole ongelmatonta, koska siihen vaikuttaa jo se, kuka tarkastelee ja mistä näkökulmasta. Laadukkaan päivähoidon

1426 Perusterveydenhuollossa kansainvälisenä luokituksena käytetään ICPC:tä (International Classification of Primary Care), joka on käytössä useissa Euroopan maissa. Ks. myös Savolainen 2008. Lisäksi perusterveydenhuollon ulkoistamisessa voidaan hyödyntää avohoidon potilasryhmitystä (APR). Ongelmaksi voi perusterveydenhuollon ulkoistamisissa oikeudellisesta näkökulmasta tulla seuranta- ja laatumittarien vertailu.

1427 Nikkilä 1994 s. 66–67; Terveystieteiden tutkimuskeskuksen muistio 2008 s. 54.

osatekijät ovat riippuvaisia hyvin pitkälti siitä, kenen näkökulmasta asioita katsoo. Esimerkiksi päiväkotilasten huoltajien ja päiväkodin johtajan näkemykset laatuasioista voivat olla hyvin erilaisia. Selvityksistä on ilmennyt, että huoltajat painottavat esimerkiksi yksilöllisyyttä, turvallisuutta ja virikkeellisuutta, kun taas päiväkodin johto painottaa päiväkotien toimintaedellytyksiä, toiminnan vaihtoehtoisuutta ja yhteistyötä vanhempien kanssa.¹⁴²⁸

Kuntarakennearia liittyy välillisesti myös ulkoistamisten kokonaishallintaan, kilpailuttamiskysymyksiin ja laatuun siten, että liian pienten yksittäisten osa-alueiden ulkoistusten osaaminen ja synergiäkysymykset ja kunnan kilpailun aikaansaaminen voivat osoittautua ongelmallisiksi pienimmissä yksiköissä. Toiseksi lainsäädäntö vaikuttaa kilpailuttamisen muotoihin ja menettelytapoihin suurissa hankinnoissa. Kolmanneksi hinta on pääsääntöisesti määräävin kriteeri, kun kunta kilpailuttaa palveluntuottajia. Tällöin kunta lähtee palvelun tuottamisessa hakemaan kustannustehokkuutta ja laatua, ja se voi ulkoistamisen eri osa-alueilla joutua soveltamaan tai ottamaan käyttöön uusia menetelmiä, jotka voivat olla tilaajalle ja tuottajalle riskialttiita¹⁴²⁹.

Jos ulkoistettavat osa-alueet ovat tarpeeksi isoja, saadaan aikaan todellista kilpailua. Esimerkiksi Ruotsissa on enemmän kokemusta käännetyistä kilpailutuksesta, jossa hinta on kiinteä ja palvelun tuottajat antavat erilaisia tarjouksia siitä, millaista, minkä laatuista ja minkä muotoista palvelua kyseisellä rahamäärällä saataisiin aikaan. Tanskan palvelusetelimalissa kunta voi laadun varmistukseksi edellyttää, että tuottaja ottaa vastaan ja hoitaa ne asiakkaat, jotka kyseinen palveluntuottaja on valinnut. Tuottajan voidaan myös edellyttää dokumentoivan, miten palvelut on suoritettu¹⁴³⁰.

Toisaalta esimerkiksi Iossa-Britanniassa laadunhallintaa on perusterveydenhuollossa kehitetty siten, että kansallisella tasolla on annettu palveluiden tuottajille tietyt yhtenäiset vähimmäiskriteerit, joita seurataan pisteytysjärjestelmällä. Viranomaisten tekemät sopimukset ovat hyvin pitkälti standardisopimuksia yksityisen palvelun tuottajan kanssa. Jos laatuasteet täyttyvät ja jos palvelun tuottaja tekee ylilaaatua, ei sitä erikseen korvata. Yksityisen palveluntuottajan rahoitus koostuu noin 60-prosenttisesti väestöpohjaisesta suorituksesta, noin 20–30-prosenttisesti käyntimääristä, ja loput tulevat laatuindikaattorin täyttymisistä.¹⁴³¹ Terveystieteidenhuollossa ulkoistamiset pohjautuvat hyvin erilaisille lähtökohdille, koska esimerkiksi Suomessa terveydenhuollon palvelut perustuvat pääosin väestöpohjaiseen tai kiinteään hintaan.

Suomessa kaikilla kuntalaisilla on samanlainen oikeus terveydenhuollon palvelui-

1428 Vartiainen 1994 s. 137–141. Yksityisiltä palveluntuottajilta voidaan vaatia tiettyjen laatustandardien noudattamista. Esimerkiksi ISO 9000 -laatujärjestelmä, takaa, että tuottaja hoitaa suunnittelun, kontrollin ja dokumentoinnin asiakasnäkökulmaa unohtamatta. Ks. Johnson 1997 s. 6–7, 50. Tulosjohtamista kokonaisvaltaisempana on pidetty Kaplanin ja Nortontin kehittelemää balanced scorecard -mallia, joka voi antaa kunnan johdolle paremmat välineet myös laadun hallintaan. Kaplan–Norton 1992. Vrt. Lumijärvi–Virta–Kujanpää 2001 s. 13–15.

1429 Tällöin esimerkiksi palvelun standardeista sopimisen tärkeys korostuu. Onko tuottajalla yksioikeus pilottihankkeiden tuloksiin? Innovaatioiden suojele kilpailupolitiikkaan ja -lainsäädäntöön nähden ei ole avoimella sektorilla mikään uusi ilmiö. Tässä patenttioikeuden suhde kilpailuoikeuteen on keskeistä. Vaikka kuntien ulkoistamisissa ei ole kyse patenttioikeuksista, on kuitenkin hyvä sopia, huomioidaanko uusien yhdessä kehitettävien ratkaisujen kustannukset hinnassa.

1430 HE luonnos 3.5.2009 s. 12.

1431 Käsitys perustuu vierailuun 17.–18.3.2008 Iossa-Britanniassa sekä Modhan ja Bailyn näkemyksiin.

hin asuinpaikasta tai taloudellisesta tilanteesta riippumatta. Paikallistasolla kuntalainen voi vaikuttaa monella tavalla terveydenhuollon toiminnan järjestämiseen. Ongelmaksi voi muodostua, että laadun arviointi ja mittaaminen on erityisen vaikeaa monissa sosiaali- ja terveydenhuollon palveluissa. Laadun mittaamiseen ja laatuerojen tasaamiseen pitäisi resursoida riittävästi voimavaroja, kun palveluja lähdetään ulkoistamaan. On esitetty, että sosiaali- ja terveydenhuollon eri tahot voisivat yhdessä palveluntuottajien kanssa kehittää laatusuosituksia, jotka mahdollistaisivat sen, että kuntia voitaisiin myös tilaajana ohjata laadukkaampien palveluiden ostamiseen.¹⁴³² Muutoin vaarana voi olla, että kunta antaa liikaa painoarvoa hinnalle ja palvelun tuottaja tarjoaa kilpailusyistä palvelua liian halvalla laadun kustannuksella. Tällöin nopeat kustannussäästöt voivat tulla kunnille pitkällä aikavälillä kalliiksi, mikä voi ilmetä toimivien markkinoiden puutteena tai palvelujen toimimattomuutena.¹⁴³³ Laadun huomioiminen on erityisen tärkeää sellaisissa ulkoistettavissa palveluissa, joissa palvelun laadulla on suuri merkitys kuntalaisille tai sen suuri vaihtelu voi vaarantaa toiminnan tai yksilön terveyden. Samalla olisi kuitenkin eri järjestämismuodoissa pyrittävä siihen, että todellinen järjestämisvastuu ja rahoitusvastuu ovat samalla organisaatiolla, jolloin laadun lisäksi tulevat myös muut juridiset ja taloudelliset reunaehdot huomioitua.

On monia eriateisia malleja ja menetelmiä ulkoistaa kunnallisia toimintoja. Vaihtoehtoja mietittäessä on ensiksi löydettävä mahdollisimman objektiiviset tarkastelukriteerit ja punnittava, kuinka paljon eri arvoille, säännöksille ja periaatteille on annettava painoarvoa. Kunnan teknisessä toimessa ulkoistamisen laadun vertailua helpottaa, jos rajapintoja on vähän. Kunnan tarkastelunäkökulma ei voi kuitenkaan olla samanlainen teknisessä toimessa ja terveydenhuollossa, vaan edellistä pitäisi tarkastella kilpailuorientoituneemmin.

Ulkoistusten laatuproblematiikka voidaan jakaa kahteen elementtiin. Ensinnäkin säännöksiin ei aina ole sisällytetty yksityiskohtaisempia määräyksiä henkilöstön määräämistä¹⁴³⁴. Sen sijaan sitä on ohjeistettu mitoitussuosituksilla, jotka antavat monesti kuvan vain yhdestä laadun osa-alueesta. Toinen näkökulma liittyy lakien suositus–velvoitusasteeseen. Kuntia valvovat viranomaiset ovat – osin täysin oikeutetusti – arvioineet suosituksia lähes sitovan tasoisina säännöksinä. Tämä ei kuntien näkökulmasta ole tarkoituksenmukaista, vaan asia pitäisi ratkaista laajemmalla, etenkin vaihtoehtoja ja vaikuttavuutta tarkastelevalla säännösten kokonaisuudistuksella.

1432 TaVM 26/2006 s. 5. Teknisissä palveluissa laatutason määrittely ja arviointi on yksinkertaisempaa, koska virallisia standardeja on olemassa enemmän ja ne ovat yksiselitteisempiä. Liukko 2002 s. 15. Lisäksi terveydenhuollon laaturerot ovat suuria ja laatua pitäisi tutkia enemmän. Ulkoistamiset lisäävät paineita laadun mittaamiseen ja seurantaan, ja samalla voitaisiin säästää kustannuksia. Ulkoistaminen tuo mahdollisuuden kehittää ns. benchmarking-järjestelmää, jolloin eri alueiden yksityisen ja kunnallisen palvelun eroja voidaan tarkastella paremmin. Ulkoistetun palvelun mittaaminen jälkikäteen on vaikeaa, ellei kriteereitä ole selvästi ennalta sovittu. Ongelmana on, että terveydenhuollossa voidaan keskittyä liikaa lakisääteisten velvoitteiden, kuten hoitotakuun, edellyttämien määräaikaisten täyttymiseen mutta itse hoitoprosessi ja siihen liittyvä laatu potilaan kannalta voi jäädä arvioinnissa taka-alalle.

1433 Utvärdering av konkurrensutsättning inom Stockholms stad 2001 s. 52–53.

1434 Sosiaalipalvelujen valvonnasta annetun lain (603/1996), joka koski ympärivuorokautista yksityistä sosiaalipalvelutoimintaa. Hoitoisuusluokitusta tehdään Rava-indeksillä. Kunnissa on käytössä esim. RAI-toimintakykymittari (vanhustenhuollossa) ja RAFAELA-hoitoisuusjärjestelmäluokitus (terveydenhuollossa).

Tarkastelua ja vertailua voi myös haitata se, että kaikilla kunnilla ei ole riittävän yksiselitteisiä mitoituksia tai tuotteistuksia oman ja yksityisen toiminnan vertailuun. Tällöin taloudellista ja oikeudellista arviointia on vaikea tehdä objektiivisesti. Lisäksi monissa ulkoistuksissa laatua ja siihen liittyviä elementtejä ei ole painotettu tai tarkasteltu riittävästi. Eri oikeustapaukset ja ulkoistamista koskevat sopimukset tukevat sitä käsitystä, että usein kyse on tiettyjen minimisäännösten täyttämisestä eikä laadusta tai kuntalaisten näkökulmasta tavoitteellisen laadukkaan ja kustannustehokkaan palvelun tuottamisesta. Laatu olisi kuitenkin nähtävä myös tärkeänä oikeudellisena elementtinä ja tärkeänä osana koko ulkoistamisprosessia. Sitä varten on erikseen rakennettava indikaattorit, joita myös seurataan, valvotaan ja kehitetään olennaisena ulkoistamiseen kuuluvana osa-alueena.

4.5 EU-oikeuden tuomat vaatimukset

4.5.1 EU-säännösten ominaispiirteet

Euroopan unioni ja sen lainsäädäntövalta pohjautuvat Lissabonin sopimukseen. Sopimuksella yksinkertaistetaan unionin lainsäädäntömenettelyä, vahvistetaan toimivaltaa, lisätään demokraattisuutta sekä hyvää hallintoa ja avoimuutta.¹⁴³⁵ EU:n lainsäädäntö vaikuttaa monella tavalla välillisesti ja välittömästi kuntien toimintaan. Toisaalta taas itse kunnallishallinnon asema on EU:ssa hyvin yksiselitteinen, koska EU:n ei ole mahdollista päättää jäsenvaltioiden hallinnosta, valtion ja kuntien tehtävien jaosta tai muista hallinnon järjestelmistä¹⁴³⁶. Yhteisösäännösten vaikutusten tarkastelussa on huomioitava, että Pohjoismaissa kunnilla on laajempi itsehallinto ja tehtäväpiiri moneen muuhun maahan verrattuna¹⁴³⁷.

Euroopan yhteisön oikeuslähteet rakentuvat suurelta osin normihierarkkisesti melko tulkinnalliseen ja hankalaan primääri- ja sekundaarinormistoon sekä oikeuskäytäntöön. Vaikka Eurooppa-oikeuden normisto ja tulkinta eroavat monelta osin meidän kansallisesta oikeuskäytännöstämme, on kuitenkin mietittävä ja haettava malleja siihen, miten sitä pystyttäisiin jäsentelemään ja vertailemaan yksinkertaisemmin.¹⁴³⁸ Raitio on todennut, että on verrattava EY:n yleisiä oikeusperiaatteita jäsenvaltioiden yleisiin oikeusperiaatteisiin. Toiseksi on katsottava, mitä eroja ja yhtäläisyyksiä EY-tuomioistuimen ja kansallisen tuomioistuimen käyttämässä argumentaatiomalleissa on. Kolmanneksi on huomioitava, että EY-oikeuden ja kansallisen tason oikeudelliset termit eivät aina vastaa toisiaan. Viimeisenä on huomioitava EY-oikeuden tavoitteet, koska ne voivat olla monessa tilanteessa erilaisia kuin kansalliseen oikeusjärjestelmään

1435 Lissabonin sopimuksella muutettiin Euroopan unionista tehtyä sopimusta (Maastarichtin sopimus) ja Euroopan yhteisön perustamissopimusta (Rooman sopimus), joka nimettiin uudelleen sopimukseksi Euroopan unionin toiminnasta. HE 23/2008 s. 1.

1436 SM:n julkaisuja 9/2006 s. 37.

1437 Ks. Ryynänen 2008 s. 137–138.

1438 Raitio 2002 s. 139, 152. Tärkeimpinä primäärinormeina pidetään Euroopan yhteisön perustamissopimusta eli Rooman sopimusta ja sopimusta Euroopan unionista, jota kutsutaan Maastrichtin sopimukseksi. Sekundaarinormeihin lukeutuvat asetukset, direktiivit ja päätökset, ja niiden tehtävänä on tarkentaa primäärioikeuden periaatteita. Raitio 2004 s. 10, 12.

sisältyvät tavoitteet.¹⁴³⁹ Tässä käydään läpi keskeiset EU-oikeudelliset kysymykset sekä sellaiset periaatteet ja näkökulmat, joilla on merkitystä kunnallishallinnon näkökulmasta eri ulkoistamistilanteissa.

Yhteisöoikeuden materiaaliseksi oikeusperiaatteiksi ovat EY-tuomioistuimen oikeuskäytännössä muodostuneet seuraavat oikeusperiaatteet: lainalaisuusperiaate, suhteellisuusperiaate, oikeusvarmuuden periaate, syrjinnän kieltö, tarkoitussidonnaisuuden periaate, luottamuksensuojanperiaate ja yhdenvertaisuusperiaate sekä taannehtivan lainsäädännön kieltö ja yleiset ihmisoikeusperiaatteet¹⁴⁴⁰. Lisäksi EY-tuomioistuimen pääasiallisena tavoitteena on EU-oikeuden tehokkaan ja yhdenmukainen toteutuminen jolloin on osaltaan pienentänyt kansallisen autonomian laajuutta¹⁴⁴¹.

Perustamissopimuksen artiklat voivat saada välittömiä oikeusvaikutuksia, jos ne on täsmällisesti ja ehdottomasti määritelty, kuten kilpailusäännöstöjä koskevat artiklat 101 ja 102¹⁴⁴². Asetuksen ja direktiivin erona on se, että asetus on velvoittava ja sitä sovelletaan sellaisenaan, kun taas direktiivit ovat enemmän tavoite- ja puiteluonteisia ja antavat oikeudellisia määräyksiä vain kyseisille jäsenvaltioille. Direktiivillä voi olla myös välittömiä oikeusvaikutuksia samoin kuin päätöksillä. Välillisillä oikeusvaikutuksilla tarkoitetaan direktiivejä, joiden välillinen oikeusvaikutus ilmenee siten, että kansallisten elinten pitää tulkita ja soveltaa kansallista oikeutta siten, että ristiriitoja yritetään välttää. Direktiivejä tulisi tulkita suhteellisuusperiaatteen kautta, jolloin kansallista oikeussäännöstöä suhteutetaan integraation tavoitteisiin siten, että direktiiviä voidaan tulkita sitä joustavammin mitä pienempi vaikutus säännöksen tulkinnalla on yleisiin integraatiotavoitteisiin.¹⁴⁴³

Yhteisöoikeuden osalta noudatetaan etusijaperiaatetta, jonka mukaan EY-normit ovat ristiriitatilanteissa ensisijaisia kansalliseen säännökseen verrattuna¹⁴⁴⁴. EY-oikeus eroaa kansallisesta lainsäädännöstämme esimerkiksi siinä, että EY-oikeuden mukaan on olemassa ns. sitovia ja ei-sitovia säädöksiä. EY-oikeus perustuu perustamissopimuksessa annettuun toimivaltaan, ja kaikkien normipäätösten taustalla täytyy olla valtuutus.¹⁴⁴⁵ Toisaalta yhteisöoikeuden velvoittava asetus syrjäyttää kansallisen säännöksen ja tätä kutsutaan yhteisöoikeuden osalta sen ensisijaisuusperiaatteeksi. Ulkoistamisprosessin eri vaiheissa on huomioitava ne EY:n säännökset, jotka täydentävät tai tulevat kansallisen yleislainsäädännön sijasta noudatettavaksi.¹⁴⁴⁶ Tuomioistuimilla on mahdollisuus antaa

1439 Raitio 2002 s. 152.

1440 PeVL 3/2002 s. 3. Ks. Raitio 2004 s. 133–134. Vrt. Hallintolain 6 §:stä löytyvät viranomais-toiminnassa ja kansalaisten oikeusturvan ensimmäisenä takeena olevat yleiset hallinto-oikeuden periaatteet, jotka ovat yhdenvertaisuus-, objektiviteetti- ja suhteellisuusperiaate sekä tarkoitussidonnaisuuden ja luottamuksensuojan periaate.

1441 HE 226/2009 s. 20.

1442 Ks. Lissabonin sopimus.

1443 Kalima 2001 s. 37. Ks. Ojanen 2006 s. 45.

1444 Ojanen 2006 s. 77; Mäenpää 1997a s. 126. EY-tuomioistuin on kumonnut Itävaltalaisen kaupungin jätehuoltosopimuksen, koska tarjouskilpailua ei järjestetty. Ks. EY-tuomioistuimen päätös 10.11.2005 asia C-29/04. EY-tuomioistuimen päätöksessä 22.5.2003 asia C-18/01 tuomioistuin oli jättänyt asian kilpailuneuvoston ratkaistavaksi.

1445 Niemivuo 1998 s. 33. Yhteisöoikeuden yhtenä keskeisenä piirteenä on säädöstyypin sitovuuden ja velvoittavuuden eristäisyys. Asetukset ovat suoraan sovellettavia ilman kansallista täytäntöönpanoa, kun direktiivit on pantava täytäntöön kansallisesti. Päätökset sitovat vain niitä, joille se on osoitettu. Suositukset ja lausunnot sen sijaan eivät sido suoraan. Ks. Ojala 2005 s. 63.

1446 Kalima 2007b s. 22–25; Suviranta 2006 s. 448.

etusija EY-oikeudelle sellaisissa tilanteissa, joissa kansallisen ja EY-säännöksen välillä on ristiriitatilanne, tai jättää sellainen kansallinen säännös soveltamatta, joka rikkoisi kansainvälisiä sopimuksia tai velvoitteita¹⁴⁴⁷.

Pääsääntöisesti EY-oikeuden säännökset on huomioitu kansallisesti. EY-oikeuden säännösten ja kansallinen säännösten tulkintatilanne kunnissa on mahdollista mutta hyvin harvinaista. Tällaisissa tulkintatilanteissa EY-tuomioistuin tutkii, onko kyseisessä tapauksessa ristiriitaa. EY-tuomioistuin voi myös joissakin tilanteissa palauttaa asian kansalliselle tuomioistuimelle. Esimerkiksi silloin, kun on kyse lähinnä paikallisesta yleisestä edusta tai olosuhteista, joissa kansallisesti tehtävä arviointi riittää¹⁴⁴⁸. Toisaalta EY-oikeuden tulkintavaikutus on sitä suurempi, mitä epäselvemmin kansallinen säännös on kirjoitettu ja mitä vähemmän lain esitöistä tai oikeuskäytännöstä ilmenee.¹⁴⁴⁹ Hallintovaliokunta on lausunnossaan käsitellyt kunnallisen itsehallinnon ja EU:n suhdetta¹⁴⁵⁰.

EY-oikeudessa tilannesidonnaisuuden ja ennakoitavuuden käsitteet ovat monesti vielä ongelmallisempia kuin suoraan kansallisella tasolla. Yhteisön jäsenvaltioiden erilaiset oikeuskulttuurit ja erojen vaikutukset yhteisöoikeuden tulkintaan ovat hyvä esimerkki tilannesidonnaisuudesta. Ennakoitavuuden merkitys korostuu EY-tuomioistuinten ennakkoratkaisujen myötä¹⁴⁵¹. Tällaisessa tilanteessa yhteisön tuomioistuin antaa jollekin yhteisön oikeussäännölle tietyn tarkennetun sisällön, jolloin tuomioistuimen tulkinnasta selviää, miten oikeussäännöstä pitäisi tulkita ja soveltaa.¹⁴⁵² Ennakkoratkaisua on veloitettu noudattamaan vain se kansallinen tuomioistuin, joka sitä on pyytänyt, jolloin korostuu EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännön merkitys oikeuslähteenä.

Avoimella kilpailulla, jota EU ohjeistaa, on myös haittansa¹⁴⁵³. Yhteisöoikeuden raju kasvu sekä määrällisesti, että laadullisesti aiheuttaa ongelmia valtion viranomaisten lisäksi paikallistasolla¹⁴⁵⁴. Valtion valvonnalle tämä aiheuttaa sen, että valvontaviranomaisten on hallittava kansallisen lainsäädännön lisäksi yhteisöoikeuden laajenevan kenttä niin, että valtion viranomaiset pystyvät ohjaamaan ja valvomaan kuntia myös yhteisöoikeudellisesta perspektiivistä.

1447 OM:n työryhmämietintö 2008:8 s. 62.

1448 Suviranta 2006 s. 440. Ks. Ojanen 2006 s. 94. Vrt. EY:n tuomioistuimen päätös 22.5.2003 asia C-18/01, jossa asia oli jätetty kilpailuneuvoston ratkaistavaksi. Kansallisilla tuomioistuimilla ei kuitenkaan ole mahdollisuutta jättää EY-oikeuden säännöstä soveltamatta sen takia, että kyseisen maan kansallinen tuomioistuin pitäisi sitä pätemättömänä.

1449 Raitio 2004 s. 122.

1450 Ks. HaVL 7/2006 s. 3–5.

1451 Ks. lisää Mäenpää 2005 s. 607–611.

1452 Wikström 2007 s. 100–101.

1453 Mäenpää on miettinyt julkisten palvelujen tuottamisen näkemistä muuten kuin taloudellisten ja kilpailullisten säädösten kautta avautuvana toimintana. Hänen mielestään kunnallisiin peruspalveluihin voitaisiin soveltaa EU:n kaupallisten näkökulmien lisäksi myös muita arvoja. Mäenpää on kunnallisen itsehallinnon näkökulmasta pohdiskellut, pystyvätkö kunnat enää demokraattisessa päätöksentekomenettelyssä ohjaamaan palvelutarjontaa ja miten siihen liittyvän taloudellisen toiminnan valvonta ja kuntalaisten oikeus riittäviin sosiaali- ja terveyspalveluihin turvataan. Mäenpää 1997a s. 50–52.

1454 Rynnänen 2004 s. 67.

4.5.2 Kunnallishallintoon liittyvä EU-sääntely

Euroopan integraation tärkeimpiä oikeuslähteitä ovat EY:n ja EU:n oikeus sekä Euroopan neuvoston oikeus. Eurooppa-oikeus on hallinto-oikeuden ja kuntien kannalta integraatio-oikeuksista keskeisimpiä. Eurooppalainen hallinto-oikeus on hieman täsmennyksen, mutta sen merkitys on kasvamassa etenkin regulatiivisesta näkökulmasta. Eurooppalaisen hallinto-oikeuden oikeuslähteisiin sisältyvät yhteisön oikeuden normit ja niihin liittyvä oikeuskäytäntö. Mäenpää on käsitellyt integraation vaikutuksia, joista voidaan nostaa esille hallinto integraatio-oikeuden välittömänä kohteena ja hallintovalvonnan kohteena koska ne ovat erityisen tärkeitä paikallishallinnon kannalta. Ensimmäisellä tarkoitetaan sellaisia asioita, joita myös kunnallisen viranomaisen on huomioitava, kuten julkisiin hankintoihin liittyvät säännökset. Toinen kohta voidaan ymmärtää niin, että nykyisin paikallishallinto on laajemman valvonnan piirissä.¹⁴⁵⁵

EY-oikeus tuo tiettyjä rajoitteita kunnille perustaa tai ylläpitää sellaisia yrityksiä, joille kunta on antanut tiettyjä yksinoikeuksia tai muita erityisoikeuksia muihin elinkeinoharjoittajiin nähden. EY-oikeuden näkökulmasta on kysymys siitä rajanvedosta, kuinka pitkälle kunnalla on mahdollisuus pitää julkisena tiettyjä palveluja, joilla on myös taloudellinen fokus. Toiseksi on nähtävissä, että kilpailuoikeuden sääntelyala on kasvamassa monille eri oikeudenoille ja hallinto-oikeudessa voidaan sanoa olevan jo oma kilpailuoikeudellinen haara. Tällöin hallintotoiminnan lainmukaisuutta olisi pohdittava myös siitä näkökulmasta, täyttääkö se kilpailuoikeudelliset reunaehdot. Eurooppalaisen hallinto-oikeuden oikeuslähteiden tasot voidaan jakaa materiaaliin integraatio-oikeuteen, yleiseen hallinto-oikeuteen ja valtiosääntöiseen tasoon. Paikallisen viranomaisen rooli on materiaalisessa integraatio-oikeudessa soveltaa ja toimeenpanna harmonisoitua lainsäädäntöä. Harmonisoitu EU-oikeuden normisto on luonut yhteiset toimintaperiaatteet materiaaliselle hallinto-oikeudelle, kuten kilpailu- ja hankintalainsäädännölle.¹⁴⁵⁶ EY-oikeus on tuonut uusia tarkennuksia ja rajoitteita sopimusoikeudelliselle puolelle. Suurimpana yksittäisenä muutoksena ulkoistuksen kannalta ovat kilpailuoikeudelliset asiat. EY-oikeus tukee sosiaalisen sopimusoikeuden keskeisiä periaatteita, vaikka ongelmaakohtiakin on olemassa.¹⁴⁵⁷

Palvelujen hankintaa on säännelty hankintadirektiivillä, jota on sovellettava kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa. Kun ulkoistetaan kunnallisia palveluja, on muistettava EU-oikeuden asettamat rajoitukset, jotka ovat tapauskohtaisia. Uusi hankintalaki säädettiin 30.3.2007. Sillä pantiin täytäntöön Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (2004/18/EY), joka sovitti yhteen julkisten rakennusurakoiden sekä tavara- ja palveluhankintojen sopimustentekomenettelyjä. Uuden hankintalain tarkoituksena oli

1455 Mäenpää 1996 s. 5, 8, 14, 17–18. Negatiivinen integraatio tarkoittaa sitä, että kansallisesti ristiriidassa olevia normeja ei pidä soveltaa. Tämä voidaan tulkita myös niin, että kunnallisella viranomaisella on mahdollisuus soveltaa kansallista lainsäädäntöä niin, että ristiriitoja EY-oikeuteen nähden yritetään välttää. Mäenpää 1996 s. 69.

1456 EY-oikeuden materiaalisista muodoista tärkeimmät ovat asetukset ja direktiivit. Direktiivit ovat yleensä implementoitavissa, ja myös hajautettu implementointi on mahdollista. Tämä tarkoittaa sitä, että alueellisilla tai kunnallisilla elimillä voi olla jossain tapauksessa legitimizeetti direktiivin täytäntöön saattamisessa. Mäenpää 1996 s. 46, 52.

1457 Wilhemsson 2002 s. 127–139. Tällaisia erilaisia tarkastelukohtia ovat mm. sopimuksen sisällön-suojakysymys, kohtuuttomuusdirektiivin tulkinta ja tasa-arvoperspektiivin painottaminen.

tehostaa julkisen varojen käyttöä, selkiyttää viranomaisten ostoyhteistyön edellytyksiä sekä turvata kaikille tarjoajille tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu.¹⁴⁵⁸ Kynnysarvon alittavissa hankinnoissa ei kuitenkaan vaadita EU-tasoista kilpailuttamista, ja etenkin sosiaali- ja terveystalouden osalta on hyvä painottaa kokonaistaloudellisuutta¹⁴⁵⁹. Kuntien hankintamenettelyä ei säännellä ainoastaan EU-oikeuden perusteella, vaan tietyt ylikansalliset sopimukset koskettavat myös tietyissä tilanteissa kuntia¹⁴⁶⁰. Erityisesti ulkoistuksen kilpailutuksessa painottuvat EY-tuomioistuimen ja julkisasiamiehen ratkaisusta esille tulleet yhdenvertaisen kohtelun, syrjinnän kiellon ja avoimuusperiaatteen noudattaminen¹⁴⁶¹. Lisäksi julkisten yritysten pitää noudattaa direktiivien mukaan hankintasääntöjä, olivatpa ne julkisoikeudellisia tai yksityisoikeudellisia. Julkiseksi yritykseksi luokitellaan sellainen yritystoiminta, johon mm. valtio tai kunta voi omistuksen tai sääntöjen tai rahoituksen turvin vaikuttaa¹⁴⁶².

Usein etenkin ulkoistamisissa vähemmälle huomiolle on jäänyt palveludirektiivi¹⁴⁶³. Sen ensimmäisessä artiklassa on todettu sen tehtäväksi edistää palvelutarjoajien sijoittautumisvapautta ja palvelujen vapaata liikkuvuutta. Palveludirektiivin toisessa artiklassa on rajattu pois sellaiset palvelut, joihin sitä ei sovelleta, kuten terveydenhuolto- ja sosiaalipalvelut. Direktiivin yhtenä keskeisimpänä kohtana on 16 artikla, jonka mukaan tiettyjä palveluja on voitava aloittaa ja harjoittaa jäsenvaltion alueella vapaasti. Ulkoistamisnäkökulmasta palveludirektiiviä voidaan kuitenkin joutua soveltamaan tilanteissa, joissa palvelun suorittamiseen hankintaan tarvitaan muuta kuin kotimaista työvoimaa.

Silloin kun kunnat eivät pysty takamaan kuntalaisille riittäviä palveluja, vaarana on, että suurin osa resursseista menee lainsäädännön asettamien minimivelvoitteiden saavuttamiseen. Tällöin keskeiseen rooliin nousee, mistä saadaan ammattitaitoinen henkilöstö ja kuka palvelut tuottaa. Asiaan liittyy myös EU:n tasolla työvoiman vapaan liikkuvuuden periaate, joka asettaa erityisiä vaatimuksia etenkin sosiaali- ja terveydenhuollon ammattihenkilöstön pätevyydelle. Ulkoistamisissa tarkastelu on hyvin toimiala- ja tilannekohtaista, koska se, että ulkoistamisten yhteydessä työvoimaa tulisi toisesta EU-maasta, asettaa erittäin suuria vaatimuksia sopimusten ja vastuiden tarkastelulle sekä työvoiman pätevyysvaatimuksille.

Hallintovaliokunnan mietinnössä lausuttiin kunnan liiketalouden toiminnan harjoittamisen ja kilpailunäkökulmien osalta seuraavaa:

Valiokunta on todennut, ”että kunnan harjoittaman liiketaloudellisen toiminnan arvioinnissa sovelletaan myös kilpailulainsäädäntöä. Tällainen toiminta on verrattavissa elinkeinonharjoittamiseen, joten kuntien toimintaa koskevat samat kilpailunrajoituksista annetun lain (480/1992) säännökset kuin muutakin elin-

1458 HaVL 25/2006 s. 2. Uusi hankintalaki korvasi vuoden 1992 annetun lain julkisista hankinnoista sekä siihen liittyvät neljä asetusta. Uusi hankintalaki (348/2007) vastaa sisällöltään monelta osin vanhaa hankintalakia. Ks. HaVL 25/2006 s. 2–3.

1459 Myllymäki 2003 s. 61–62.

1460 Forma–Niemelä–Saarinen 2008 s. 23.

1461 Nenonen 2009 s. 94.

1462 Kalliomaa–Puha 1995 s. 28; Kalima 2001 s. 55.

1463 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi palveluista sisämarkkinoilla (2006/123/EY).

keinotoimintaa”. Valiokunta on kiinnittänyt huomiota julkisten tukien antamiseen liittyviin kysymyksiin. Kyseisissä tapauksissa tuen myöntäminen edellyttää, että tuen vaikutukset kilpailuolosuhteisiin selvitetään. Lisäksi valiokunta on kiinnittänyt huomiota kilpailunäkökohtiin myös palvelutuotannossa.¹⁴⁶⁴

EU:n komissio on vuoden 2000 alkupuolella esittänyt eurooppalaisen hallintotavan uudistamista. Hyvän hallintotavan muutokset ja valkoisessa kirjassa esitetyt muutokset ovat pohjautuneet viiteen periaatteeseen, jotka ovat avoimuus, osallistuminen, vastuun selkeys, tehokkuus ja johdonmukaisuus. Niillä pyritään samaan aikaan demokraattisempaa hallintotapaa, ja ne koskettavat jokaista hallinnon tasoa. Unionin sääntely on saanut osakseen kritiikkiä. Tulevaisuudessa sääntelyn kehittämiseksi on jo säädösehdotuksen tekovaiheessa arvioitava, mikä päätöksenteon taso olisi tarkoituksenmukainen. Samalla olisi huomattava, että säännösten antaminen on yleensä vain osa laajempaa ratkaisua. Tällöin olisi kiinnitettävä huomiota siihen, että käytetään oikeita välineitä silloin kun tavoitteiden toteuttaminen on saavutettavissa lainsäädännön keinoin. EU-säännösten ongelmana ovat olleet lainsäädäntöprosessin hitaus, heikko arviointi ja palautekulttuuri sekä liian monimutkaiset säännökset.¹⁴⁶⁵

Yleistä hallinto-oikeutta ei ole samalla tavalla harmonisoitu, ja se koskee pääperiaatteessa niitä ehtoja ja sääntöjä, joita hallintotoiminnassa pitäisi noudattaa¹⁴⁶⁶. Valtiosääntöinen taso on monelta osin tärkeää, koska se sisältää sellaiset peruslähtökohdat, jotka antavat EU-oikeudelle sen välillisen tai välittömän vaikutuksen tai etusijan kansalliseen lainsäädäntöön nähden.¹⁴⁶⁷

Edellä käsitellyt Eurooppalaisen hallinto-oikeuden oikeuslähteiden tasojen väliset rajat eivät ole kovinkaan jyrkkiä. Yhtenä tärkeänä elementtinä on myös EY-tuomioistuimen oikeuskäytäntö, joka omalta osaltaan muokkaa kansallista oikeuskäytäntöä.¹⁴⁶⁸ Eurooppalaisen hallinto-oikeuden sääntelyalueet ovat tuttuja kunnallishallinnossa toimiville. Ne ovat pääasiallisesti samoja oikeudellisia periaatteita ja sääntöjä, joita vaaditaan jo hallintolaissa ja hyvän hallintotavan noudattamisessa. Tällaisina sääntelyalueina voidaan pitää hallintomenettelyn perusteita, hallintotoiminnan julkisuutta, viranhaltijan harkintavaltaa, hallintoasioiden oikeusturvajärjestelmää sekä hallinto-oikeuden oikeusperiaatteita. Viranhaltijoilla on myös mahdollisuus nojautua harkintavaltaa käyttäessään kansallisiin hallinto-oikeuden yleisiin periaatteisiin sillä edellytyksellä, että EY:n normit eivät kyseistä asiaa erikseen sääntele ja nämä ovat sopuosinnussa yhteisöoikeuden periaatteiden kanssa.¹⁴⁶⁹ Lisäksi yhteisöoikeudessa kiinnitetään huomiota menettelyn oikeusvaltiollisiin takeisiin ja niihin kuuluviin puolustautumisoikeuksiin, joilla tarkoitetaan kaikkia sellaisia keinoja, joita asianomaisella on käytettävissään puolustaessaan oikeuksiaan ja etujaan julkista valtaa vastaan yhteisöoikeudessa¹⁴⁷⁰.

1464 HaVM 18/1994 s. 4.

1465 KOM (2001) 428 s. 3, 11, 22–23, 25.

1466 Ks. Kulla 2008 s. 53.

1467 Mäenpää 1996 s. 34–35.

1468 Mäenpää 2005 s. 610; Mäenpää 1996 s. 36–37; Suviranta 1996 s. 172.

1469 Mäenpää 1996 s. 53, 115.

1470 PeVL 3/2002 s. 3.

Kuntien roolina on usein ollut olla viimeisenä hallinnollisena viranomaisena, kun EU-oikeutta on sovellettu. EU:n lainsäädäntö on vaikuttanut eniten julkisiin hankintoihin ja ympäristöä koskevaan lainsäädäntöön, mutta sen ei kuitenkaan ole koettu heikentävän ainakaan huomattavasti kuntien itsehallintoa.¹⁴⁷¹ Kuten edellä on kuvattu, ei kunnallinen toiminta ole enää pelkästään kansallisten säännösten varassa, vaan EU-oikeus sääntelee entistä tiiviimmin kuntien palvelutoimintaa, kuten energiahuoltoa. Esimerkiksi tietyn yrityksen tai tuotannonalan tukeminen voi olla kiellettyä EY:n perustamissopimuksen 87 artiklan nojalla, koska mikään tuki ei saisi vääristää kilpailua.

Yhteisöoikeuden säännökset voivat olla hyvinkin tulkinnallisia silloin kun mietitään, onko välillisen julkishallinnon noudatettava niitä. Välillisen julkishallinnon määritelmä ei ole yksiselitteinen. Sillä tarkoitetaan sellaisia itsenäisiä oikeushenkilöitä, joita ei suoranaisesti määritellä valtioon tai kunnallishallintoon vaan jotka ovat yksityisten ja julkisen toiminnan välissä mutta ne voidaan laajasti tulkittuna lukea julkishallinnon osaksi.¹⁴⁷² Tällöin on arvioitava, mitä julkisluonteisia tehtäviä orgaanilla on sekä miten kyseisen organisaation toimintaa voidaan ohjata. Jos elimellä on vain välillisesti julkisen vallan käyttöön liittyviä toimintoja, se ei ole julkinen viranomainen.

Costanzon¹⁴⁷³ tapauksessa kunnallisen itsehallinnon piirissä toimivat elimet määriteltiin valtion käsitteen sisälle. Tämän tapauksen valossa kunnalliset toimielimet eivät saa soveltaa sellaista kansallista säännöstöä, joka on yhteisöoikeuden kanssa ristiriidassa. Yhteisöoikeuden välittömät ja välilliset oikeusvaikutukset sisältyvät myös kunnallisiin viranomaisiin. Tällöin voidaan esimerkiksi direktiivin välittömien oikeusvaikutuksien osalta huomauttaa kuntaa, vaikka valtio tai sen jokin elin olisi laiminlyönyt kyseisen implementoinnin.¹⁴⁷⁴

Yhteisöoikeus ei tuo vahingonkorvauksiin uusia elementtejä, vaan valtiolta voidaan vaatia vahingonkorvausta, jos esimerkiksi viranomainen on laiminlyönyt yhteisöoikeuden velvoitteen tai jättänyt direktiivin voimaan saattamatta¹⁴⁷⁵. Esimerkiksi EY:n kilpailuoikeudessa ei ole erillisiä vahingonkorvaussäännöksiä, joten keskeiseksi nousee EY-tuomioistuimen oikeuskäytäntö¹⁴⁷⁶. Toisaalta on huomattava, että kotimaisen kilpailunrajoitusL 18a §:ssä (480/1992) on säännelty elinkeinoharjoittajan kilpailunrajoituksen rikkomisista¹⁴⁷⁷. Se miten ja milloin EU-oikeuden säännökset vaikuttavat, riippuu hyvin pitkälti siitä, mitä ulkoistettavasta toimialasta on säännelty, kuinka suuresta ulkoistuksesta on kyse ja missä vaiheessa ulkoistamisprosessia ollaan. EU-oikeudellisia säännöksiä on kuitenkin välittömästi sovellettava silloin, kun kunnallista toimintaa ollaan kilpailuttamassa. Etenkin mittavissa ja monimutkaisissa

1471 Ks. Häggroth 2005 s. 34, 36.

1472 Kulla 2008 s. 36.

1473 Yhteisöjen tuomioistuinten Contanzaoa koskeva tuomio annettiin 22.6.1989, asia C-44/1996.

1474 Mäenpää 1996 s. 88–91, 94, 97.

1475 Mäenpää 1996 s. 324, 345–346. Ruotsissa on pohdittu lisääntyvää yksityistämistä ja kaikkia sen muotoja. Yksityistäminen on tuonut joukon uusia kysymyksiä, kuten mitä toimintoja kunnan on pidettävä omissa ohjauksessa ja mitä voidaan antaa yksityiselle orgaanille. Warling–Nerep 1995 s. 276.

1476 Alkio–Wik 2009 s. 853.

1477 Kilpailunrajoituslakiin on tehty ja on myös tulossa muutoksia. Ks. esimerkiksi Kilpailulaki 2010 -työryhmän muistio ja kilpailunrajoituslain muutos 318/2004.

ulkoistamisissa EU-säännösten ja -periaatteiden sekä ennakkoratkaisujen merkitys korostuvat viranomaisten toimintaa ohjaavina tekijöinä.

Yhteisöoikeuden näkökulmasta kunnat ovat yhteisöoikeuden objekteja, eli ne kuuluvat kiinteänä osana jäsenvaltioon eivätkä ole itsenäisiä subjekteja yhteisöoikeiden näkökulmasta. Kunnat ovat kuitenkin merkittävässä roolissa, koska ne ovat yhteisöoikeuden toteuttajia ja toimeenpanijoita ja yhteisöoikeudellisten normien sääntelyn piirissä.¹⁴⁷⁸ Kuntien asema palveluntuottajana voi myös olla oikeudellisesti tulkinnallinen etenkin silloin, kun on kysymys oman toiminnan osittaisulkoistuksesta. Kunnat voidaan nähdä myös taloudellisina toimijoina, jolloin ne rinnastetaan elinkeinoharjoittajan asemaan. EY-oikeus vaikuttaa ulkoistamisprosessissa esimerkiksi henkilöstön siirtoihin, julkisen ja elinkeinotoimen harjoittamisen rajapintoihin sekä hankintoihin. EU-oikeuden vaikutus ulkoistamisessa ei ole vain kilpailuoikeudellinen, vaan yhteisöoikeuden merkitys voi olla erilainen erityyppisissä ulkoistamisissa. Asian tarkasteluun vaikuttaa ainakin se, mitä ollaan ulkoistamassa, miten ja kenelle.

4.5.3 Yhteistyö- ja lojaliteettivelvoite

Yhteisöoikeuden tehokkuusvaatimus pohjautuu yhteistyö- ja lojalisuusvelvoitteeseen. Tehokkuus voidaan jakaa negatiiviseen ja positiiviseen tehokkuuteen.¹⁴⁷⁹ Euroopan unionin jäsenvaltioilta vaaditaan, että ne toteuttavat yhteisöoikeutta ja sitä toteuttavia kansallisia normeja. Esimerkiksi Euroopan unionin hankinta- ja kilpailusäännöksiä voidaan johtaa oikeuskäytäntöön. Jäsenvaltioille on asetettu mm. seuraavia velvollisuuksia: Velvollisuus toteuttaa yhteisöoikeutta, tuomioistuinten velvollisuus tukeutua yhteisöoikeuteen ja velvollisuus olla säätämättä sellaisia kansallisia normeja, jotka ovat ristiriidassa EU-säännösten kanssa. Lisäksi jäsenvaltioilla on velvollisuus toimeenpanna yhteisöoikeutta täysimittaisesti sekä tulkita direktiivien sanamuotoja ja tavoitteita.

Pääperiaatteena on, että paikalliseen hankintatoimintaan liittyvät tallenteet ja tiedot ovat julkisia, ellei julkisuutta ole rajoitettu. Yhteisöoikeudessa ei ole säännely viranomaisen julkisuustoimintaa, vaan julkisuus- ja salassapitoperiaatteet voidaan johtaa EY-tasolla lojaliteettivelvollisuudesta. Keskieurooppalainen julkisuuskäytäntö eroaa Pohjoismaisesta julkisuuskäytännöstä pääasiallisesti siinä, että se on rajattua ja perustuu jälkikäteiseen laillisuuden arviointiin¹⁴⁸⁰.

Yhteisöoikeuden näkökulmasta nousee kysymys, kuinka pitkälle hallinnollista päätösvaltaa voidaan siirtää. Päätösvaltaa on pääasiallisesti hajautettu eli desentralisoitu

1478 Mäenpää 1997a s. 291–295. Ks. myös Mäenpää 2005 s. 40–41.

1479 Mäenpää 1996 s. 235–236; Ojanen 2006 s. 94. Positiivisella tehokkuudella tarkoitetaan sitä, mitä kansallisen viranomaisen pitää tehdä toimivaltansa puitteissa, jotta yhteisöoikeus toteutuisi. Negatiivisella tehokkuudella tarkoitetaan sitä, että ne hallinnon toimintamuodot, vaatimukset ja käytännöt, jotka on määritelty kansallisesti, eivät saa heikentää yhteisöoikeutta. Mäenpää 1996 s. 235–236; Ojanen 2006 s. 94. Ks. KHO:2006:11, jossa oli kyse ulkomailla asuvan henkilön yksityisesti hankitun hoidon korvaamisesta. Kyseisessä tapauksessa Suomesta pysyvästi ulkomaille jääneellä eläkeläisellä oli KHO:n ratkaisun mukaan oikeus saada neuvoston asetuksen (ETY) 1408/71 artiklan 31 mukaan luontaisuuksia oleskelupaikan laitoksesta lainsäädännön mukaisesti. Neuvoston asetus ei kuitenkaan ole velvoittanut samaan muussa jäsenvaltiossa asuvaa mihinkään erityiskohteluihin.

1480 Mäenpää 1997a s. 256–257.

ja järjestetty julkiselle hallinnolle ja yksityiselle. Desentralisaation asteen päättäminen kuuluu jokaiselle jäsenvaltiolle. Devoluutio eli päätösvallan antaminen yksityisille organisaatioille on kuitenkin vaikeampaa, koska tätä rajoittavat esimerkiksi kilpailuoi-
keudelliset näkökulmat. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että yhteisöoikeus kieltäisi toimeenpanovallan antamisen yksityiselle organisaatioille, vaan yhtiöt tai yhdistykset voivat toimia tietyissä asioissa yhteisöoikeuden toteuttajina, mikäli kansallisesti yksityisillä organisaatioilla on mahdollisuus käyttää julkista valtaa. Suomalaisessa oikeuskäytännössä päätösvallan siirtämisellä organilta toiselle voidaan tarkoittaa välillisiä julkishallinnon elimiä tai yksityisiä organisaatioita. Yhteisöoikeus voi myös vaatia, että toimeenpanosta vastaa viranhaltijaorganisaatio.¹⁴⁸¹

Lojaliteettiperiaatteen mukaan jäsenvaltion on katsottava, että se toteuttaa unionin lainsäädäntöä tehokkaasti. Lojaliteettiperiaatteen ala kattaa direktiivien täytäntöönpanon lisäksi myös EY-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön liittyviä oikeusperiaatteita. Etenkin EY-kynnysarvon alittavat hankinnat jättävät varsin suuren mahdollisuuden tehdä omia kansallisia ratkaisuja. Tätä liikkumavaraa kuitenkin supistavat EY:n perustamissopimus ja EY-tuomioistuimen perustamissopimukseen perustava oikeuskäytäntö. Tällaisia EY:n perustamissopimuksen periaatteita ovat tasapuolisen kohtelun, avoimuuden, ja suhteellisuuden periaate.¹⁴⁸² Lojaliteettivelvoite sisältää positiivisen että negatiivisen velvoitteen. Positiivinen velvoite vaatii jäsenvaltion aktiivista toimeenpanoa EU-oikeudesta tulevien velvoitteiden täyttämässä. Negatiivinen velvoite tarkoittaa pidättäytymistä sellaisista toimenpiteistä, jotka vaarantaisivat EU-oikeuden tavoitteiden täyttymisen.¹⁴⁸³

EY-oikeuden keskeisiä ulkoistamiseen vaikuttavia periaatteita on diskriminoinnin kiellon periaate¹⁴⁸⁴. Rooman sopimuksessa periaatteella tarkoitettiin vapaata kilpailua ja avoimia markkinoita. Vaikkei tässä alkuperäisessä perustamissopimuksessa viitattu kaikkiin jäsenvaltioiden yleisiin oikeusperiaatteisiin, ovat ne edelleen tärkeässä asemassa artiklojen soveltamisessa¹⁴⁸⁵. Jos vapaan kilpailun periaatteita sovelletaan kaikkiin julkisiin toimintoihin, tarkoittaa se myös sitä, että ulkomaalaisia yrityksiä ei saa syrjiä ulkoistettaessa kunnallisia palveluja. Oikeudellisesti asia ei ole näin yksinkertainen, koska kuntaa sitoo välittömästi julkisista hankinnoista annettu laki, jonka mukaan kunnan on kilpailutettava tietyt kynnysarvon ylittävät hankinnat EU-tasolla. Jos kynnysarvot ylittyvät, kunnalla ei ole mahdollisuutta diskriminoida isoissa ulkoistamistapauksissa muiden maiden toimittajia.¹⁴⁸⁶ Kansallisen ja EY:n oikeuden normin ristiriitatilanteissa näyttäisi olevan joitakin poikkeuksia siinä, voidaanko joitakin periaatteita soveltaa suoraan. Tällaisena esimerkkinä voidaan mainita syrjinnän kiellon periaate, joka tarkoittaa hankintamenettelyssä sitä, että hankintayksikkö ei saa syrjiä

1481 Mäenpää 1997a s. 277–280.

1482 SM:n julkaisu 9/2006 s. 37–38.

1483 Ojanen 2007 s. 103; Raitio 2006 s. 176.

1484 Brown–Jacobs 1989 s. 299; Tähti 1995 s. 448.

1485 Ks. Alkio–Wik 2009 s. 157.

1486 Ks. EU-säännösten soveltamisesta ja toimivallasta Mäenpää 1996; Mäenpää 1997a. EY-oikeus ei kehota jäsenvaltioita tai niiden viranomaisia antamaan palveluiden tuottamista yksityiselle. Toimintojen ulkoistamisessa sekä muussa ulkoistamiseen liittyvässä hallintotoiminnassa ja lainkäytössä pitää viranomaisten huomioida EY-oikeudelliset periaatteet ja säännökset.

tarjoajaa harkintaprosessin aikana.¹⁴⁸⁷

Vaikka integraatio-oikeus voi toteutua eri jäsenmaissa eri tavalla, on tavoitteeksi asetettu viranomaisten yhdenmukainen ja tehokas toiminta, jota vaalitaan lojaliteetti- ja yhteistoimintavelvoitteen avulla. Yhteistyövelvoitteen kohderyhmä on laaja, koska sen kohteena voivat olla valtion ja kuntien toimielinten lisäksi sellaiset liikelaitokset, yritykset, säätiöt tai kuntayhtymät, joille on annettu julkisia tehtäviä tai julkista valtaa. Toisaalta on hyvä huomata, että EU:n oikeuskäytännön mukaan jäsenvaltion velvollisuudet koskettavat myös viranomaisia ja julkisia tehtäviä suorittavia toimielimiä.¹⁴⁸⁸ EU-oikeus ei silti sisällä yhtenäistä hallinto-oikeudellista menettelysäännöstöä. EY-tuomioistuin on kuitenkin painottanut yksilön oikeusturvan kannalta keskeisiä asioita (mm. oikeusturvan kattavuutta, tehokkuutta ja yhdenmukaisuutta), joita kansallisten viranomaisten on myös sovellettava toiminnassaan.¹⁴⁸⁹

Kunnallishallinnon palvelujen järjestämistä rajoittavat vapaata harkintavaltaa rajoittavat periaatteet. Tarkoituksensidonnaisuudenperiaate rajoittaa viranomaisen mahdollisuutta sellaisen toiminnan suorittamiseen, joka ei kuulu hänen toimivaltaansa.¹⁴⁹⁰ EU-oikeuden lainalaisuusperiaate vaatii, että yhteisö toimii toimivaltansa ja tavoitteidensa rajoissa¹⁴⁹¹. Kunnallisissa palveluidentuottamistavoissa EU:n oikeudellisen sääntelyn lisääntyminen on johtanut sekä kuntien että valtion viranomaisten harkintavallan kaventumiseen myös kunnallisten ulkoistamisten osalta. Tämä on johtunut lähinnä siitä, että ulkoistuksien osalta viranomaisten harkintavallan ala on kaventunut vuosi vuodelta sitä mukaa, kun uusia täydentäviä säännöksiä tai ennakkotapauksia on kansallisissa tai EU-tuomioistuimissa ilmennyt.

EY:n perustamissopimuksessa todettiin, että jäsenvaltiot lupautuvat noudattamaan Rooman sopimusta, jonka tulkinnasta ja soveltamisesta viime kädessä vastaa EY:n tuomioistuin¹⁴⁹². EY:n tuomioistuimessa on edellytetty, että kansallisella tasolla täyttyvät tietyt oikeusturvan minimikriteerit. Tällaisina kriteereinä voidaan pitää oikeusturvan saatavuutta, oikeusturvamenettelyyn liittyviä tasapuolisuuden ja toteuttamiskelpoisuuden kriteerejä ja oikeusturvakeinojen tehokkuuden näkökulmia.¹⁴⁹³

Ulkoistuksissa positiivinen tehokkuus nousee siis ensisijaiseksi, vaikka negatiivista tehokkuuttakaan ei saada laiminlyödä. Tätä voidaan perustella sillä, että jos kunnalliset viranomaiset eivät noudata ensisijaisesti positiivisen tehokkuuden vaatimuksia, voisi koko ulkoistamisprosessin valmistelu lähteä vain kansallisista tai paikallisista lähtökohdista, jolloin lopputuloksena voisi olla yhteisöoikeuden vastainen menettely. Käsitykseni mukaan ulkoistuksen oikeudelliset edellytykset eivät ole kaikilta osin samoja EU:n alueella. Jatkotutkimusta voisi tehdä jo siitä, miten EU-direktiivit ovat yhdenmukaistaneet kuntien ulkoistamisia ja mitä vaikutuksia niillä on ollut.

1487 Suviranta 2007 s. 178. Ks. Kalima 2001 s. 39.

1488 Mäenpää 1996 s. 20, 22–23, 31.

1489 HE 226/2009 s. 20.

1490 Rynnänen 1988 s. 11, 22.

1491 Ks. lisää Nenonen 2009 s. 91.

1492 Alkio–Wik 2009 s. 679; EY:n perustamissopimus artikla 292. Lisää EY:n tuomioistuimen toimivallasta ks. Alkio–Wik 2009 s. 681–691.

1493 Mäenpää 1996 s. 345–346.

5. LUKU

Valmistelun ja kilpailuttamisen oikeudelliset reunaehdot

5.1 Ulkoistamisen valmistelu

5.1.1 Yleiset lähtökohdat

Kunnallishallinnon ulkoistamisprosessi eroaa lainsäädännöllisesti yksityisellä sektorilla tai valtionhallinnossa tapahtuvasta ulkoistamisesta. Yksityissektoriin nähden kuntaa sitoo julkishallintoa velvoittava lainsäädäntö. Valtionhallinnossa tapahtuva päätöksenteko taas eroaa kunnallisesta päätöksentekoprosessista. Niin valtiollisella kuin kunnallisella palvelujen ulkoistamisella voidaan pelkistettynä tarkoittaa kunnallisen toiminnon siirtämistä ulkopuolisen palvelutoimittajan hoidattavaksi¹⁴⁹⁴. Tässä luvussa tarkastellaan asiaa kunnallishallinnon kannalta painottaen erityisesti niitä elementtejä, jotka ovat oikeudellisesti omaleimaisia ulkoistamisen valmistelulle kunnallishallinnossa. Valmistelussa joudutaan kunnallishallinnon näkökulmasta purkamaan, mitä erityisvaatimuksia ulkoistamisiin liittyy. Valmistelua voidaan ainakin osittain antaa pois, mutta sitä ei voida kokonaan ulkoistaa, koska esittelevä viranhaltija vastaa valmistelusta ja esityksen laillisuudesta kokonaisuudessaan, vaikka tietyt valmistelun yksityiskohdat olisi annettu muille tahoille.

Ulkoistamisprosessin vaiheet kunnallishallinnossa ovat

- 1) tarve ja sen määrittely
- 2) kokonaisuuden tai osien määrittely ja tuotteistaminen
- 3) näennäisulkoistamisen läpikäyminen
- 4) periaatepäätös
- 5) kilpailuttaminen
- 6) päätös tarjoajasta
- 7) sopimus
- 8) ohjaus, valvonta ja raportointi
- 9) tuottajan vaihtaminen tai sopimuksen jatkaminen tai toiminnan sisäistäminen uudelleen omaksi toiminnaksi ja siihen valmistavat toimenpiteet¹⁴⁹⁵.

Eri vaiheissa käytetään eri oikeuslähteitä, ja niiden tuomat vaatimukset ovat myös hyvin erilaiset.

¹⁴⁹⁴ Ks. VM:n julkaisu 7/2006 s. 13.

¹⁴⁹⁵ Vrt. VM:n suositus 2/1999 s. 16.

Ulkoistamisissa on erotettava oikeudellisesti sisäiset ja ulkoiset tekijät. Ulkoistamisprosessin sisäisellä tekijöillä tarkoitetaan sellaisia tekijöitä, joita kunnallishallinnossa täytyy erityisesti huomioida, kuten kunnan johtosäännöt ja yhteistoimintamenettelyyn liittyvät asiat sekä kunnan poliittiseen päätöksentekoon liittyvät erityispiirteet. Ulkoistamisprosessin ulkoisilla tekijöillä taas tarkoitetaan kaikkia kuntia koskevia sääntöjä ja periaatteita, kuten hankintalakia ja kuntalakia.

Ulkoistamisen eri vaiheissa liikutaan monen eri lainsäädännön ja kunnallisten säännösten välimaastossa, jolloin tietyissä tilanteissa voidaan joutua turvautumaan harkintavaltaa rajoittaviin oikeusperiaatteisiin¹⁴⁹⁶. Tätä periaatetta voidaan soveltaa tilanteessa, jossa säännösten tavoitteita joudutaan tulkitsemaan siten, että ne ovat sopusoinnussa lainsäädännön tarkoituksien kanssa. Tämä vaatii kuitenkin huolellista säädösten tarkoituksenaisten tutkimista ja hahmotusta siitä, mitä oikeudellista normia kyseisessä ratkaisussa on sovellettava.¹⁴⁹⁷ Monessa tilanteessa voi olla epäselvää, missä määrin kunnissa voidaan käyttää tarkoituksenmukaisuusharkintaa ulkoistamisissa. Kun tarjouspyyntö on valmis ja lähetty tarjoajille, on tarkoituksenmukaisuusharkinnan käyttöala kunnassa supistunut hyvin pieneen.

Ulkoistamisprosessin valmistelussa voidaan erottaa kaksi eri elementtiä: tarkoituksenmukaisuus- ja laillisuusnäkökulma. Kun arvioidaan ulkoistamisen tarkoituksenmukaisuutta, haetaan kunnan toimivaltaiselta toimielimeltä lupa lähteä valmistelemaan yksityiskohtaisemmin asiaa, kuten kilpailuttamaan tarjoajia. Kun kunta on arvioinut ulkoistamisen tarkoituksenmukaiseksi palveluntuottamisvaihtoehdoksi ja lähtenyt kilpailuttamaan tarjoajia, voidaan keskittyä laillisuuskyseisiin päätöksenteossa. Tällöin myös esittelijän päätöksessä on oltava perustelut, miksi tietty tarjoaja voitti kilpailutuksen¹⁴⁹⁸. Oikeudellisesti tarkoituksenmukaisuus- ja laillisuuskyseysten raja ei ole aina täysin selvä, eivätkä ne kaikissa esittelytilanteissa sulje toisiaan pois. Ne on kuitenkin syytä erotella kunnallishallinnossa kahdeksi erilliseksi asiaksi ulkoistamisprosessin selkeyttämiseksi ja jotta luottamuselimet pääsisivät arvioimaan aidosti palvelutuotannon vaihtoehtoja.

Valmistelu voidaan jakaa viranhaltija- ja luottamuselinvalmisteluun. Kunnan luottamuselimillä tarkoitetaan KuntaL 32.3 §:n mukaan kunnanvaltuutettuja sekä hallituksen, lautakuntien ja muiden toimielinten jäseniä. Ero viranhaltijavalmisteluun ei ole aina kovinkaan absoluuttinen, koska luottamuselimet voivat ohjeistaa tai evästyä valmistelua monella tavalla. Lisäksi luottamushenkilöt voivat osallistua valmisteluun

1496 Kilpailuneuvoston oikeustapauksia voidaan tulkita siten, että kunnalla on mahdollisuus käyttää tarkoituksenmukaisuusharkintaa etenkin siinä tapauksessa, jos kilpailutettavana palveluna ovat sen tyyppiset palvelut, ettei niiden hintaa voida käyttää kriteerinä palveluntuottajan valinnassa ja tällöin kunnan pitäisi painottaa laatua. Vimpelin kunnanhallitus oli valinnut yrityksen psykiatristen asuinpalvelujen tuottajaksi, ja päätöksen perusteluina oli halvin tarjous. Vimpelin sosiaali- ja terveyslautakunta oli kuitenkin päätenyt toiseen yritykseen, jonka se oli katsonut kokonaistaloudellisesti edullisemmaksi kuin kunnanhallituksen valitsema yritys. Kilpailuneuvosto kumosi kunnanhallituksen päätöksen, koska kyseessä olivat sen laatuiset palvelut, ettei hintaa voida niissä pitää ainoana valintakriteerinä vaan laadulla täytyy olla määräävä asema ja valintaperusteena voidaan pitää kokonaistaloudellista edullisuutta. Myllymäki 2003 s. 68.

1497 Ryynänen 1991 s. 140.

1498 Kunnissa päätöksen perustelemista vaativat hallintolain lisäksi EY-oikeuden periaatteet. Päätöksen perustelemisvelvollisuutta on painotettu yhteisön perustamissopimuksen 253 artiklassa ja EU:n perusoikeuskirjan 41 artiklassa.

myös välillisesti, vaikka esittelevä viranhaltija kantaa vastuun valmistelusta. Luottamus-
henkilöiden mahdollisimman varhainen informointi voi kuitenkin vähentää valmistelijan vastuuta luottamuselimeen päin, vaikka sillä ei olekaan suoranaista tekemistä esittelijän oikeudellisen vastuun kanssa.

Ei voida yksiselitteisesti määritellä yhtä ainoata ajankohtaa, milloin luottamus-
henkilöiden tulisi osallistua ulkoistamisen valmisteluprosessiin. Asiaan vaikuttavat esimerkiksi operatiivisen ja poliittisen johdon sisäinen työnjako¹⁴⁹⁹. Tietynä rajanvetona luottamuselimissä käsittelylle ainakin isommissa asioissa voidaan pitää sitä, milloin valmistelussa aletaan käyttää tarkoituksenmukaisuusharkintaa¹⁵⁰⁰. Ulkoistamisprosessin valmistelussa aikataulullisesti ratkaisevalle sijalle nousee, onko esimerkiksi ulkoistettavan palvelun prosesseja määritelty¹⁵⁰¹ ja ovatko ne selvät kunnallisille päättäjille. Ulkoistusta valmisteltaessa on hyvä punnita hyötyjä ja haittoja. Jos organisaatiossa ei ole kokemusta ulkoistamisesta tai kilpailuttamisesta, pitäisi koulutukseen tai asiantuntijapalveluiden ostoon varata riittävästi aikaa ja rahaa.¹⁵⁰² Siten voi ennaltaehkäistä sanktioita, joita kunnalle voi tulla, jos muotomääräyksiä ei ole kaikilta osin noudatettu. Etenkin laajoja ulkoistamisia on tarkasteltava prosessina, joilla on alku ja loppu. Ulkoistamisprosessin alussa tehdyt virheet tai väärät valinnat voivat hankaloittaa jatkuvasti palvelun tilaajan ja tuottajan välistä sopimussuhdetta. Seuraavasta oikeustapauksesta käy hyvin ilmi, miten kunnanhallitus ei ollut painottanut riittävästi julkisista hankinnoista annettua lainsäädäntöä.

KHO 12.2.1999/218. Hallinto-oikeuden päätöksen mukaan kunnanhallitus oli päättänyt ottaa noin viiden miljoonan markan arvoisten ylävesisäiliön rakennusteknisten töiden pääurakoitsijaksi yhtiön, jonka tarjous oli ollut noin 0,67 % korkeampi kuin halvin tarjous, eikä päätöstä ollut perusteltu. Tarjouspyynnöstä ei ilmennyt arviointiperusteita. Oikaisuvaatimukseen kunnanhallitus oli vastannut, että valinnan perusteena oli kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous. Lääninoikeudelle menneessä vastineessa kunnanhallitus oli perustellut valintaansa työllisyys- ja taloudellisuusnäkökulmilla.

Lääninoikeuden päätöksen mukaan tarjoukset olivat samanarvoisia. KHO kuitenkin kumosi lääninoikeuden ja kunnanhallituksen päätökset sillä perusteella, että kunnanhallitus ei ollut tuonut perusteita kalliimman tarjouksen valinnalle eikä ollut perustellut päätöstään siten, että siitä olisi ilmennyt, että tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden vaatimukset olisivat täyttyneet.¹⁵⁰³

1499 Vrt. Työnjakoa luottamushenkilöiden ja viranhaltijajohdon välillä voidaan selvittää esim. johtajasopimuksilla. Valtuuston hyväksymällä palvelustrategialla voidaan myös selvittää ja edesauttaa kunnan päämääriä palvelun järjestäjänä.

1500 Ks. Halme 2005 s. 40.

1501 Ks. VM:n julkaisu 7/2006 s. 46.

1502 Kilpailuttamisen ABC 2001 s. 32. Valmisteluvaiheessa on varmistettava, että markkinoilla on tarpeeksi tarjoajia ja todellista kilpailua saadaan aikaan, sekä mietittävä kunnan kannalta tarkoituksenmukaiset sopimusajat. Ks. Utvärdering av konkurrensutsättning inom Stockholms stad 2001 s. 16–17. Ulkoistamisprosessin onnistuminen riippuu kuitenkin lainsäädännöllisten reunaehtojen lisäksi esim. siitä, millaisia tavoitteita ulkoistettavalle toiminnalle asetetaan, miten toiminnot organisoidaan tilaajan ja tuottajan välillä, millainen palvelusopimusten sisältö on ja miten ulkoistettua palvelua ohjataan.

1503 Vrt. HankL 40-41 §:issä on määritelty tarjouspyynnön sisällöstä.

Kyseisessä oikeustapauksessa lääninoikeuden päätös herättää kysymyksiä, koska kunnanhallitus oli perustellut päätöstään työllisyys- ja taloudellisuusnäkökulmilla. Näillä on tarkoitettu kunnan työllisyys ja taloudellisuusnäkökulmia, mikä rajoittaa vapaata kilpailuperiaatetta. Muita selviä virheitä olivat arviointiperusteiden ”keksiminen” sekä niiden perusteleminen ja ilmoittaminen jälkikäteen. Hankintalaki lähtee yksiselitteisesti siitä, että kaikki tarjoajat ovat tasapuolisessa asemassa, joten kunnan tai lääninoikeuden tulkinnalle olisi ollut vaikea löytää laillisia perusteita. Muuten tarjouspyyntö olisi pitänyt rakentaa toisin.

Vuonna 2002 tullut laki seutuyhteistyökokeilusta mahdollisti myös sen, että kunnat voivat perustaa julkis- tai yksityisoikeudellisen toimielimen, joka huolehtii alueen kuntien hankinnoista¹⁵⁰⁴. Kunnat ovat esimerkiksi perustaneet yhteisiä keskitettyjä hankintayksiköitä ja tehneet monenlaista yhteistyötä hankinnoissa. Oikeudellisesti hankintarenkaat eivät kuitenkaan ole itsessään toimielimiä, ja lopullinen päätöksenteko tapahtuu monesti tilaajakunnassa.¹⁵⁰⁵ Kunnilla voi olla myös KuntaL 76.3 §:n mukaan yhteinen viranhaltija, joka valmistelee ja tekee hankintoja. KuntaL 77 §:n mukaan kunnilla on mahdollisuus sopia, että tietty toimielin, kuten lautakunta, hoitaa tiettyjen asioiden hankinnat. Kuntien yhteistyössä tehdyistä ulkoistamisista on vielä hyvin vähän kokemuksia. Pidemmältä ajalta on kokemuksia ainoastaan KuntaL 76.1 §:n mukaisista yhteistoimintamuodoista, kuten isäntäkuntamallista tai kuntayhtymästä.

Eri palvelutuotantomallien valmistelussa on selvitettävä myös verotuksellisia näkökulmia. Ulkoistamisprosessin alussa kunnan on tiedettävä, ovatko mahdolliset palveluntuottajat arvonlisäverottomia. Muuten palveluntuottaja joutuu laskemaan kustannuksensa niin, että mukana on 22 prosenttia arvonlisäveroa.¹⁵⁰⁶ Palveluntuottajan arvonlisäverovelvollisuus voi myös olla keskeinen tarkastelunäkökulma silloin kun kunta arvioi, lähdetäänkö tiettyä toimintaa ulkoistamaan ja mikä ulkoistamisen muoto soveltuu kyseiseen tilanteeseen parhaiten.

5.1.2 Esittelijän rooli ja vastuu

Kunnallishallinnossa tapahtuvan valmistelun kantavat periaatteet tulevat perustuslain 2.3 §:stä, jossa on mainittu, että ”julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin. Kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia”. Lisäksi perustuslain 118.1 §:ssä on mainittu ne vastuut, jotka virkamies joutuu virkatoimissaan huomioimaan. Perustuslaissa on painotettu vastuuta virkatoimien lainmukaisuudesta ja sellaisista toimielinten päätöksistä, joita virkamies on kannattanut. Perustuslain 118.2 §:n mukaan esittelijän vastuu korostuu, ellei esittelijä ole jättänyt kyseisen päätöksen osalta eriävää mielipidettä. Esittelijän eriävän mielipiteen jättämiseen liittyvät kysymykset voidaan jakaa laillisuus ja tarkoituksenmukaisuuskysymyksiin, ja esittelijän ensisijainen tehtävä on vastata päätöksen laillisuudesta¹⁵⁰⁷. Esittely on erityisen tärkeä kunnallishallinnossa, koska se yhdistää valmistelun päätöksentekoon. Kunnallisen esittelijän vastuu on

1504 Laki seutuyhteistyökokeilusta (560/2002) tuli voimaan 2002. Ks. Pekkala 2007 s. 24, 47, 127.

1505 Kilpailuttamisen ABC 2001 s. 33. Yhteistoimintayksikön määritelmästä ks. Alkio–Wik 2009 s. 1105–1106.

1506 Ks. tarkemmin luku 4.4.3.3.

1507 Laakso 2006 s. 222–223.

mainittu KuntaL 61.2 §:ssä, mikä vastaa perustuslain 118.2 §:n sääntelyä. Joissakin tilanteissa ongelmaksi voi muodostua, että esittelijällä on vahva henkilökohtainen ennakkonäkemys ulkoistamisesta. Esittelijän omat ennakkokäsitykset, etenkin jos ne ovat ideologispainotteisia, eivät saisi vaikuttaa itse valmisteluun tai esittelyyn, vaikka ulkoistamista voidaan arvioida myös tarkoituksenmukaisuuskysymyksenä.

Viranhaltijan vastuu voi toteutua rikosoikeudellisena tai vahingonkorvausoikeudellisena vastuuna. KuntaL 61.2 §:ssä on tarkennettu, että luottamushenkilö, joka jättänyt eriävän mielipiteen tai äänestänyt päätöstä vastaan, ei ole oikeudellisesti vastuussa kyseisestä päätöksestä. Jos esittelijä haluaa vapautua oikeudellisesta vastuusta, hänen on aina jätettävä eriävä mielipide. KuntaL 61 §:n ja Perustuslain 118.2 §:n esittelijän vastuuta koskevat säännökset ovat yhdenmukaiset, kuntalaissa ainoastaan tarkennetaan hieman perustuslain säännöksen sisältöä eriävän mielipiteen jättämisestä. Tiettyjen palvelujen ulkoistamiset voivat kuitenkin päätöksentekotasolla olla hyvinkin moniulotteisia, ja kunnallisessa kollegisessa luottamuselimestä voi tulla monia vastaesityksiä.

Viranhaltijaorganisaation merkitys ulkoistamisen valmistelussa on tärkeä, koska luottamushenkilöiden on saatava riittävästi oikeata tietoa¹⁵⁰⁸ päätöksenteon pohjaksi. Viranhaltijoiden ja luottamushenkilöjohdon valmistelun yhteensovittamisen puolesta puhuvat myös empiirisen tutkimuksen tulokset, joiden mukaan yli 95 prosenttia päätöksistä syntyy jo hallinnon valmistelun aikana¹⁵⁰⁹. Ulkoistamishankkeet eroavat monesta muusta valmistelusta siinä, että niissä tarvitaan monien oikeussäännösten hallintaa ja samalla tarkkaa muotosidonnaisuutta ulkoistamisprosessin sisäisestä ja ulkoisesta kulusta. Laajamittaisen ulkoistamisen onnistunut valmistelu edellyttää myös ylemmän johdon kokonaisvastuuta valmistelusta ja siihen liittyvää muutoksen hallintaa¹⁵¹⁰.

Yleisesti viranomaisen hyvän valmistelun periaatteita ohjaa hallintolaki. Sen mukaan kunnallisen viranomaisen on noudatettava asian valmistelussa huolellisuutta, jotta asian ratkaisemiseksi tarvittavat selvitykset ja muu informaatio ovat oikeita ja tiedossa ennen päätöksentekoa. Lisäksi kunnallisen valmistelijan on tunnettava oikeussäännökset ja selvitettävä niiden vaikutus asian ratkaisuun, koska valmistelija vastaa myös siitä, että asiaa ei päätetä puutteellisilla tiedoilla. Ominaista kunnallishallinnolle on myös se, että asian valmistelua jaetaan ja järjestellään eri toimielinten kesken, vaikka lopullinen valmisteluvastuu olisi kunnanhallituksella.¹⁵¹¹

Isojen ulkoistamisten valmisteluissa niin viranhaltijoilta kuin päättäviltä toimielimen jäseniltä vaaditaan erilaisia tarkastelunäkökulmia, jotta kaikki toiminnalliset ja oikeudelliset asiat pystyttäisiin selvittämään jo ulkoistamisprosessin alkuvaiheessa. Ulkoistamisessa hallinnon haasteeksi on tullut, että sääntely ulkoistamisten eri osaluilla on lisääntynyt ja ulkoistamisissa tarvitaan toiminnan substanssiosaamisen

1508 Viranhaltijoiden yhtenä päätehtävänä on taata päätöksenteossa tarvittavan tiedon saatavuus ja oikeellisuus, hallinnon kontrolloitavuus sekä tietynlainen ennustettavuus ja oikeussuoja. Heuru 2001 b s. 17; Halme 2005 s. 47.

1509 Sinisalmi 1995 s. 181.

1510 Viranhaltijoiden yksityiskohtaisimmista tehtävistä voidaan määritellä johtosäännössä, ellei niitä ole laissa tai lain nojalla annettussa asetuksessa tarkemmin säädetty. Hannus–Hallberg 1997 s. 282.

1511 Mäenpää 2002 s. 46–47. KuntaL 57.3 §:ssä on määritelty, että kunnanhallituksen tai lautakunnan kokous voidaan pitää julkisena toimielimen päätöksellä. Kokouksessa ei kuitenkaan voida käsitellä salassa pidettäviksi määriteltyjä asioita.

lisäksi entistä enemmän juridiikan eri osa-alueiden syvempää hallintaa. Voidaan kysyä, riittääkö kunnilla suurimpia kaupunkeja lukuun ottamatta asiantuntijoita ainakaan vaikeimpiin ulkoistuksiin vai pitäisikö ulkoistamisprosessi kokonaisuudessaan ulkoistaa myös eri alan asiantuntijoille¹⁵¹².

Ongelmalliseksi tilanne voi viranhaltijan näkökulmasta muodostua silloin, kun esittelijä joutuu vastamaan ulkoistamispäätöksestä, vaikka se ei olisi sama kuin hänen alkuperäinen esityksensä. Sellaisissa konkreettisissa tapauksissa, joissa esittelijä muuttaa ehdotustaan tai pitää alkuperäisen ehdotuksen mutta ei jätä eriävää mielipidettä pöytäkirjaan, voi toimielin esittelijä joutua vastuuseen päätöksestä, vaikka se ei ole sama kuin hänen alkuperäinen ehdotuksensa. Lisäksi eriävä mielipide ei poista kaikkea viranhaltijan vastuuta, vaan esimerkiksi päätöksentekoa varten esityslistalla olevien asioiden tai tietojen pitää olla oikeita. Toisaalta tietyt valmistelutehtävät voivat olla julkisen vallan käyttöä etenkin niissä tilanteissa, joissa valmistelulla on suuri vaikutus päätöksentekoon.¹⁵¹³ Esittelijän vastuuta korostaa se, että kunnalliset toimielimet tekevät lopullisen päätöksen pääsääntöisesti päätösehdotuksen asiasisällön pohjalta. Kunnallinen toimielimelle esittely voidaan rinnastaa suoraan julkisen vallan käyttöön¹⁵¹⁴. Lisäksi on huomattava, että myös hankintadirektiivit vaativat ulkoistamispäätösten perustelemista, mikä taas liittyy olennaisesti syrjinnän kieltoon ja muutoksenhaun tarpeen arvioimiseen¹⁵¹⁵. Päätöksenteon perustana on myös päätöksen muutosidonnaisuus, kuten asianmukaisten käsitteiden käyttö sekä päätöksen selkeys ja täsmällisyys – kokonaisuus huomioiden¹⁵¹⁶.

Mittavissa ulkoistamisissa valmistelun johtaminen on pääsääntöisesti kunnanhallituksen ja sen alaisten viranhaltijoiden vastuulla. Joitakin kuntakohtaisia eroja voi olla hallituksen ja esittelijän tehtäväkuviissa, jotka on kuitenkin tarkemmin määritelty johtosäännöissä. Kunnanjohtaja on KuntaL 24.1 §:n mukaan keskeisessä roolissa valmistelun johtamisessa. Kunnanjohtaja valmistelee ja yleensä esittelee asiat kunnanhallituksessa, ja laajamittainen valmistelu ja sen johtaminen tai valvonta ovat hänen vastuullaan¹⁵¹⁷.

Esittelijän kannalta eriävän mielipiteen ilmaiseminen on tärkeää, koska monesti esittelijälle ei jää aikaa punnita eri vaihtoehtoja ja niiden seuraamuksia silloin, kun kokoustilanteessa tehdään muutoksia pohjaehdotukseen. Toinen ongelma liittyy itse

1512 Vrt. Forma–Niemelä–Saarinen 2008 s. 99. Ks. Rajala–Tammi–Meklin 2008 s. 12.

1513 Harjula–Prättälä 2004 s. 349, 470. Harjula–Prättälä 2007 s. 484–485.

1514 HaVM 31/2002 s. 5. Näin oli todennut hallintovaliokunta kunnallisesta viranhaltijasta ja kuntalain muuttamista koskevassa hallituksen esityksessä.

1515 Ks. Nenonen 2009 s. 95.

1516 EOA kertomus 2008 s. 72.

1517 Suomessa kunnanjohtajalla on lainsäädännöllisesti vahva asema moniin Pohjoismaihin verrattuna. Ruotsissa kunnanjohtajaa vastaa kansliapäällikkö (kanslichef), jonka asema kunnallisneuvokseen nähden on lainsäädännöllisesti tulkinnallisempi. Suomessa ja Norjassa kunnanjohtaja toimii esittelijänä ja voi olla läsnä valtuuston ja lautakuntien kokouksissa ja käyttää siellä puheoikeuttaan. Lisäksi Suomen ja Norjan kunnanjohtajilla on lakiin kirjattu oikeus johtaa kunnan hallintoa. Apulaiskunnanjohtajasta tai apulaiskaupunginjohtajasta ei ole varsinaista säännöstöä, mutta lainsäädännöllisesti heidän asemansa on kunnanjohtajan avustaminen. Hannus–Hallberg 1997 s. 195. Ruotsissa viranhaltijoiden ja luottamushenkilöiden välinen valmisteluasia on pääasiallisesti ratkaistu osa- tai kokopäiväisellä kunnallisneuvoksella, joka on luottamushenkilö. SOU 1990:24 s. 100–102; Halme 2005 s. 52.

kunnanjohtajajärjestelmään, joka voi olla tietyissä tilanteissa hankala. Esittelijä voi joutua muutosesitysten osalta tarkastelemaan myös päätösehdotuksen tarkoituksenmukaisuuden rajoja sekä poliittisen- ja viranhaltijaesittelyn asetelmaa. Toimielimessä tehty muutosesitys voi olla esittelevän viranhaltijan kannalta haasteellinen, koska hän joutuu punnitsemaan asiaa ulkoistamisen laillisuusnäkökulmasta ja vastaesitykset voivat olla vahvasti poliittisia tai eri intressiryhmien näkökulmia.

Esittely ei ole kunnallishallinnossa aina täysin ongelmatonta, koska se voi jäädä myös luottamushenkilölle, joka ei kuitenkaan viime kädessä ole esittelijävastuussa¹⁵¹⁸. Esittelijästä on tarkemmin määritelty KuntaL 50.1 §:n 7 kohdassa. KuntaL 50.1 § ja 61.2 § (esittelyvastuu) voivat mittavissa ja monimutkaisissa sekä ristiriitaisissa palveluntuottamispäätöksissä olla ongelmallisia, koska esittelijän pitäisi aina olla erityisessä virkavastuussa esittelystään, mikä ei nykysäännösten mukaan koske luottamushenkilöesittelijää¹⁵¹⁹. Kyseistä kohtaa pitäisi *selkeyttää kuntalaissa tai lisätä, että esittelijän erityinen vastuu koskee myös luottamushenkilöesittelijää, tai täsmentää*, että päätöksen pohjana pitäisi olla viranhaltijaesittely. Näin taattaisiin selkeämmät vastuut sekä eri osapuolten oikeusturva myös esittelyn osalta.

Kunnanhallituksen roolia valtuuston asioiden valmistelussa korostaa ainakin kolme lainsäädännöllistä kehityssuuntaa. *Ensimmäisenä* kehityssuuntana voidaan mainita talousarviomenojen hyväksyminen entistä suuremmissa kokonaisuuksissa¹⁵²⁰. Talousarvion informatiivisuuden ja avoimuuden kannalta ei ole kuitenkaan hyvä, jos määrärahat myönnetään talousarviossa niin isoissa kokonaisuuksissa, että sen selkeys ja informatiivisuus vaarantuvat¹⁵²¹. KuntaL 23.1 §:n mukaisesti kunnanhallitus vastaa hallinnosta ja taloudenhoidosta. *Toiseksi* kunnanhallituksella on myös tietynlainen yleisvaltuutus valvoa kunnan etua¹⁵²². Tällä tarkoitetaan myös oman konsernihallinnon palvelujen valvontaa, oli ne sitten tuotettu omana tai ostopalveluina. *Kolmanneksi* kunnanhallitus vastaa saman KuntaL 23.1 §:n mukaan asioiden valmistelusta, täytäntöönpanosta ja laillisuudesta valtuustolle.

5.1.3 Valmistelun laajuus

Ulkoistamisen valmistelu kunnallishallinnossa on formaalista. Tähän voidaan mainita neljä syytä: Ensimmäiseksi monet lainsäädännölliset rajoitukset tuovat haasteita *todellisen kilpailun aikaansaamiseen*, koska ne eivät sovi kovinkaan hyvin kunnalliseen päätöksentekokulttuuriin, jossa lopullisia päätöksiä on vaikea ennakoita. Toiseksi ulkoistamiseen liittyvät uudet toimintamallit eivät sovi aina kovinkaan hyvin perinteiseen kunnallishallintoon, jossa on totuttu *johtamaan ja valvomaan pääasiallisesti* omia toimintoja. Aina kun toimintatapoja tai organisaatiorakennetta muutetaan, olisi valmistelun alussa oikeudellisesta näkökulmasta mietittävä rooleja ja kunnallishallinnon

1518 Vrt. Husa–Pohjolainen 2008 s. 234.

1519 Ks. Harjula–Prättälä 2007 s. 485.

1520 Vrt. Heuru 2001b s. 60; Halme 2005 s. 41.

1521 Hannus–Hallberg 1997 s. 415.

1522 Ruotsissa kunnanhallituksen asema ei ole yhtä vahva kuin meillä. Kunnanhallitus voi valmistella asioista valtuustolle ja lautakunnille ja sille voidaan antaa täytäntöönpano-oikeus. Vrt. SOU 1990:24 s. 100–102; Halme 2005 s. 52.

sisäistä organisaatiorakennetta sekä niiden soveltumista eri palveluntuottamistapoihin. Kolmanneksi ulkoistaminen herättää kysymyksiä ja mielipiteitä kuntalaisten keskuudessa, ja siitä pitäisi pystyä antamaan valmisteluvaiheessa mahdollisimman paljon *oikeaa informaatiota*. Neljänneksi laajamittaisista ulkoistamisista ja niiden *oikeudellisista ja toiminnallisista ongelmista* on vielä hyvin vähän esimerkkejä ja kokemuksia kunnissamme, eikä niihin sovellettavien uusien toimintamallien toimivuudesta ole vielä kertynyt laajempaa tutkittua tietoa.

Laissa kunnallisesta viranhaltijasta 17 §:ssä on määritelty viranhaltijan yleisistä velvollisuuksista mitkä liittyvät myös ulkoistusten valmisteluun. Kunnallisesta viranhaltijasta annetun lain säätämisen yhteydessä oli esillä KuntaL 44a§ säännös joka kuitenkin kumottiin. Kyseiseen säännökseen liittyi määritelmä *kunnan edun vastaisuus* ja lakiehdotuksessa oli mainittu että kunnan viranhaltijan on vältettävä kaikkea, mikä on kunnan edun vastaista. Perustuslakivaliokunta oli todennut ongelmalliseksi määritellä kunnan edun vastaisuus, jolloin kriteeri jäisi laissa merkitykseltään ja sisällöltään varsin avoimeksi. Lisäksi kyseinen säännös nähtiin perustuslain kannalta arveluttavaksi, koska se voisi rajoittaa yleisluonteisesti viranhaltijoiden perusoikeuksia.¹⁵²³

Palvelujen ulkoistamisella voidaan hakea mm. kustannusten alenemista, synergiaetuja, uusia palvelujen tuottamistapoja ja laatua. Tehokkuusvaatimusten ja oikeusturvavaatimusten välillä ei aina ole ristiriitaa¹⁵²⁴. Ulkoistamista valmisteltaessa täytyy olla selvillä, mitä asioita haetaan ja mitä arvoja päättäjät viime kädessä haluavat painottaa lainsäädännöllisten puitteiden sisällä, koska ulkoistamisen hyödyt voivat tulla esille vasta vuosien päästä. Suuremmissa ulkoistuksissa on kuitenkin aina kyse valtuuston strategisesta päätöksestä, jolloin asiasta olisi hyvä keskustella erilaisissa informointi- tai seminaaritalaisuuksissa ennen virallista valtuuston kokousta. Näissä tilaisuuksissa ei voida kuitenkaan tehdä oikeudellisesti sitovia kannanottoja puolesta tai vastaan, vaan tilaisuuksien tarkoitukset on pidettävä tiedotuksellisina.

Kuntalaisten osallistumisen ja vaikuttamisen mahdollisuudet ovat moninaisia¹⁵²⁵, ja niitä voidaan edesauttaa mm. tiedottamisella, yleisötilaisuuksilla ja kyselyillä¹⁵²⁶. Kun kunta lähtee valmistelemaan tietyn palvelun ulkoistamista, pitäisi myös kuntalaisten saada osallistua ja vaikuttaa valmisteluun jollakin tavalla. Ulkoistamisprosessin mahdollisimman joutuisan ja laadukkaan lopputuloksen takaamiseksi pitäisi suurissa ulkoistamisissa keskittyä mahdollisimman hyvään tiedottamiseen koko kunnassa ja järjestää kaikille luottamuselimissä oleville vuorovaikutteisia tilaisuuksia, joissa pystytään ennen virallista valmisteluprosessia käsittelemään ja selvittämään asiaa eri näkökulmista.

KuntaL 27 §:ssä on säädetty, että valtuuston on huolehdittava kunnan asukkaiden edellytyksistä osallistua ja vaikuttaa kunnan toimintaan. Ongelmaksi saattaa viranhalt-

1523 PeVL 3/2000 s. 2.

1524 Halme 2005 s. 82. Ulkoistamisen negatiiviset puolet voivat ilmetä erityyillisissä sopimuksissa ja eri toimialueilla eri tavalla. Ks. CEMR Position Paper 2004 s. 6.

1525 Kunnassa voidaan jakaa osallistumisen muodot tieto-osallistumiseen, joka tapahtuu informaation kautta, konsultaatio-osallistumiseen, jossa tärkeänä on vuoropuhelu, päätösosallisuuteen, jossa käytetään päätösvaltaa, ja toimeenpano-osallisuuteen, jossa pannaan toimeen tehtyjä päätöksiä. Heuru 1999 s. 80.

1526 Heuru 1999 s. 79.

tijavalmistelussa tulla, että näkökulmat ulkoistamisen puolesta ja vastaan jakautuvat tasaisesti, jolloin viralliseen kilpailuttamisprosessiin lähteminen voi tulla oikeudellisesti ja taloudellisesti epävarmaksi. Tällöin voidaan joutua kunnallishallinnossa toimivaltakysymysten tulkintatilanteeseen, ellei lupaa ulkoistamisen valmistelulle ole haettu toimivaltaiselta toimielimeltä¹⁵²⁷.

Historiallisesti itsehallinnon funktiot on voitu jakaa ainakin poliittisiin ja oikeudellisiin. Kunnallishallinnon ominaispiirrettä kuvastaa hyvin jako valmisteluun, päättäntään ja täytäntöönpanoon, joissa viranhaltijoiden ja luottamushenkilöiden roolit painottuvat eri vaiheissa eri tavalla. Valmistelun oikeudelliset peruslähtökohdat ovat hyvin selkeitä, koska pääperiaatteiltaan valmistelu voi perustua vain tosiasioiden ja oikeudellisten reunaehtojen taustoittamiselle ja selvittämiselle. Jos viranhaltijalle on annettu tai hänellä on tietyissä tehtävissä tarkoituksenmukaisuusharkinnan mahdollisuus, eivät kollegisen luottamuselimen ja viranhaltijan valmistelun tai päätännän erot ole aina aivan selkeitä.¹⁵²⁸

Monimutkaisissa ulkoistamisissa mahdollisen hintatason määrittely voi olla vaikeaa, ja tällöin pitäisi perehtyä hyvinkin yksityiskohtaisesti toiminnan hinnoitteluun hyvissä ajoin ennen kilpailuttamisprosessia. Jos kuitenkin tarjousten avaamisen jälkeen huomataan, että määrärahat eivät riitä ulkoistamiseen, voi kunta vielä perustellusta syystä keskeyttää koko kilpailuttamisen¹⁵²⁹. Oikeudellisesta näkökulmasta arvioitavaksi voi monissa tilanteissa tulla, missä vaiheessa ulkoistaminen keskeytetään. Mitä aikaisemmassa vaiheessa se tehdään, sitä todennäköisempää on, että seuraamukset ovat paremmin hallittavissa. Tällöin voidaan tutkia näennäiskilpailutuksen tai ns. budjettiarvion käyttämistä.

Jos legimiteetti valmisteluun on epävarmalla pohjalla eikä hallitus tai valtuusto ole ottanut suoraan kantaa palvelujen ulkoistamisiin yhtenä palvelujen tuottamisvaihtoehtona, pitäisi asia valmistella kaksivaiheisesti eli *budjettiarvion* kautta. Budjettiarviossa viedään viranhaltijavalmistelun kautta vertailutietoja kustannuksista, toimintamalleista sekä eduista ja haitoista kunnanvaltuustolle, jolloin valtuusto voi vielä arvioida eri vaihtoehtoja. Tällöin kunnan on mahdollisena tilaajana saatava aikaan näennäiskilpailu, jossa usealta mahdolliselta toimittajalta pyydetään arviot siitä, mihin hintaan he pystyvät tarjoamaan tietynlaatuista palvelua. Kyseinen menettely ei liity tarjouspyyntöihin. Ulkoistamisen on edettävä säännöstekstien mukaisesti, eli budjettiarvio ja itse tarjouspyyntö on pidettävä erillisinä ja eriaikaisina. Perustelen budjettiarvion käyttämistä kunnissa kahdella argumentilla: Ensimmäiseksi jos ulkoistaminen tuotaisiin suoraan hankintalain tarkoittaman kilpailuttamisen kautta kunnanvaltuuston hyväksyttäväksi, *valtuuston mahdollisuudet perääntyä* ulkoistamisesta ilman seuraamuksia voisivat olla hyvin rajoitetut. Toiseksi *kunnanvaltuuston pitää päästä aidosti ottamaan kantaa* siihen, miten toiminta järjestetään, etenkin jos kysymyksessä on keskeisesti kunnan toimintaan ja talouteen vaikuttava ulkoistaminen. Samalla on pyrittävä samaan mahdollisimman tarkat arviot siitä, mitä kyseinen toiminta maksaa kunnan omana toimintana.

1527 Jotkut tutkijat ovat nähneet kunnallisen itsehallinnon kehityksen esteenä poliittisen johdon puuttumisen. Ongelmaksi on nähty myös poliittinen johdon kapeus, jolloin kunnanhallituksen puheenjohtajan rooli voi olla ylikorostunut. Sinisalmi 1999 s. 18.

1528 Heuru 2000b s. 69–71.

1529 Ks. MAO 181/07. Markkina-oikeuden päätös koski hankintamenettelyn keskeyttämistä.

Budjettiarvio ei sido oikeudellisesti kuntaa samalla tavalla kuin todellinen kilpailutus. Kyseessä on pikemminkin tuottajien arvio siitä, ovatko he ylipäättään kiinnostuneita tarjoamaan mahdollisesti ulkoistettavaa toimintaa. Kunnan ja tarjoajan kannalta voi olla hyvin tulkinnallista, milloin kyse on tarjouksesta ja milloin ainoastaan arvion pyytämisestä mahdollista kilpailutusta varten. Kunnallisen demokratian kannalta budjettiarvion tärkein elementti on, että se pysyy valmisteluna eikä sido kumpaakaan osapuolta. Näin kunnalliset luottamuselimet voivat aidosti perehtyä asiaan ja verrata palvelujen tuottamisvaihtoehtoja. Asiaan ei saisi sekoittaa kilpailuoikeudellisia elementtejä, koska kyse on vasta esivalmistelusta, jonka avulla selvitetään, lähdetäänkö asiaa valmistelemaan yksityiskohtaisemmin.

Ulkoistuksen valmistelussa peruslähtökohtana on, että kunnassa täytyy olla selvä näkemys siitä, mitä toimintoja ollaan ulkoistamassa, koska eri ulkoistuksen muodoille on olemassa erilaisia rajoituksia. Arvioinnin siitä, voidaanko tiettyä toimintaa ulkoistaa ja missä laajuudessa, pitää tapahtua viimeistään valmisteluvaiheessa¹⁵³⁰. Oikeudelliselta kannalta tämä on olennaisen tärkeää, koska tiettyjen sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen ulkoistamiselle on jo valmisteluvaiheessa annettu tiukemmat kriteerit esimerkiksi palvelujen sisällöstä, laadusta ja turvallisuudesta. Esimerkiksi ruoka- ja siivouspalveluiden ulkoistamisissa kunnan harkintavalta on suurempi jo siksi, että lainsäädännöllä ei ole asetettu samanlaisia rajoituksia kuin kunnan lakisääteisille tehtäville. Jos kunnallisten palvelujen kilpailuttaminen olisi joustavampaa ja yksinkertaisempaa, lisääntyisi todennäköisesti kiinnostus kokeilla eri vaihtoehtoja, kuten ulkoistamista. Toisaalta asiaa voidaan tarkastella sääntelyn yksinkertaistamisen kautta, mihin liittyy myös monia eri elementtejä.

Pääsääntönä on, että ulkoistettava palvelu pitää kilpailuttaa, vaikka poikkeuksiakin on olemassa. Ulkoistamiset ovat pääsääntöisesti niin laajoja, että niitä ei voi perustella vähäisellä arvolla. Niinpä kilpailuttamatta jättämisen täytyy perustua aivan toisenlaisiin argumentteihin. Erityisesti silloin kun toimintoja ulkoistetaan omalle yhtiölle, ei aina ole kysymys kilpailutettavasta osittaisulkoistamisesta. Kunnallista palvelua voidaan vain tiettyjen reunaehtojen täytyessä ilman kilpailuttamista antaa naapurikunnalle, kuntayhtymälle tai kunnan omistamalle yhtiölle tai säätiölle¹⁵³¹. Kilpailuttamisen laajuus riippuu hyvin pitkälti siitä, onko kysymyksessä EU:n kynnysarvot ylittävä tai kansallisen kynnysarvon ylittävä tai alittava hankinta. Kansallisen kynnysarvon alittavissa hankinnoissa on kuitenkin myös noudatettava harkintavaltaa rajoittavia periaatteita.

Kilpailuttaminen ja siihen liittyvät muotovaatimukset voidaan erottaa yhdeksi ulkoistamisprosessin vaiheeksi¹⁵³². Kun valmistelussa mietitään ulkoistamisen tulevia hyötyjä ja haittoja, on esittelijän punnittava huolellisesti ulkoistamisen puolesta ja vastaan olevia tutkimuksia. Tätä osaltaan painottaa myös se, että KuntaL 61.2 §:n mukaisesti esittelijä on vastuussa siitä, että päätöksenteossa on saatu riittävästi tietoa ja

1530 Perustuslakivaliokunta on todennut lausunnoissaan, että julkisluonteisten tehtävien hoitaminen on julkisen organisaation ulkopuolella mahdollista silloin, kun päätöksentekoon liittyvät edellytykset ja menettely on säännelty yksityiskohtaisesti, muutoksenhakumahdollisuudet on järjestetty ja hyvään hallintoon liittyvät säännökset on huomioitu. Ks. PeVL 7/1994; PeVL 19/1996.

1531 Ks. Valkama 2004 s. 229–230; Oksanen 2002 s. 78.

1532 Vrt. Karisto–Lohivesi 2007 s. 35.

ne ovat oikeita. Viranhaltijan on kuitenkin perustuslain 12 §:n mukaisesti mahdollista ilmaista mielipiteensä asiasta. Valmistelu on kuitenkin hyvin muotosidonnaista, koska viranhaltijan julkisesti esittämiltä näkemyksiltä voidaan odottaa asiallisuus- ja sopivuusvaatimuksia¹⁵³³. Valmistelun muotosidonnaisuuteen liittyy myös se, että esteelliset henkilöt eivät saa osallistua valmisteluun missään vaiheessa¹⁵³⁴.

Ulkoistamisen etujen ja haittojen punninta ei ole yksiselitteistä oikeudellisesti ja toiminnallisesti, koska jo eri ulkoistamismuodot voivat antaa samanlaisen tai erilaisen lopputuloksen. Esittelijän asemaa voi vaikeuttaa ulkoistamisissa se, että aina ei ole selvillä, kuinka laajaa ulkoistamista tarjoajat pystyvät tarjoamaan. Ulkoistamisen muodon lisäksi kokoluokasta ja toimialasta riippuu hyvin pitkälle, mitä hyötyjä voidaan saavuttaa. Jos tarjoajista ei ole kokemuksia, on vaikea ennakoida, kuinka hyvin palveluntarjoaja pystyy pitäytymään tarjouksessa ja kuinka paljon kunnalle aiheutuu ennakoituja ja välillisiä kustannuksia. Eri ulkoistamismuotojen erojen juridinen ja toiminnallinen näkökulma on myös avattava¹⁵³⁵. Oikeustaloustieteen keinoin olisi mahdollista esimerkiksi transaktiokustannusanalyysillä syventyä siihen, kuinka transaktiokustannuksia voitaisiin vähentää ulkoistuksissa¹⁵³⁶.

Yhtenä tärkeimpänä lähtökohtana ulkoistusta valmisteltaessa on selvittää, mihin hankintalain määrittelemään ryhmään ulkoistettava toiminto kuuluu. HankL 4.1 §:n mukaan hankinnan käsite on hyvin laaja. Siihen kuuluvat mm. tavaroiden ja palveluiden ostaminen, vuokraaminen tai siihen rinnastettavaa toiminta sekä urakalla teettäminen. Hallituksen esityksestä ilmenee, että myös lainvalmistelussa painotettiin laajaa hankinnan määritelmää.¹⁵³⁷ Palveluhankintaan lukeutuvat monenlaiset palvelut, kuten konsultointi- ja kunnossapitopalvelut. Urakalla teettämiseen voidaan laskea rakennustyöt, kuten talon-, maan- ja vesirakennusten urakointi.

Hankintadirektiivien tulkinnaissa voi tulla ongelmia, jos kunta ostaa kokonaispalvelut tietyiltä palveluntuottajilta niin, että palveluntuottaja rakentaa tilat ja tuottaa palvelut kunnalle tiettyä sopimushintaa vastaan. Kunnan kannalta tärkeäksi kysymykseksi nousee tällöin, noudatetaanko rakennusurakkadirektiiviä vai palvelujenhankintadirektiiviä. Tulkintaan vaikuttavat monet seikat, kuten sopimuksen sisältö ja sopimuksen teko aika rakennuksen ja palvelun osalta, sekä se, onko kunta tilaajana molemmissa. Kynnysarvojen takia hankintayksikön on pystyttävä määrittelemään, onko kysymyksessä palvelujenhankinta tai rakennusurakka. Jos hankinta voidaan suorittaa niin, että esimerkiksi rakennukset eivät siihen kuulu, voisi kyseessä olla palveluhankintadirektiivi.¹⁵³⁸ Jos ulkoistamiseen kuuluu sekä rakentamista että muuta palvelua, on kuitenkin pystyttävä kategorisesti erottamaan kyseiset vaiheet. Jos ulkoistus suoritetaan kokonaisuutena, on pyrittävä erottamaan toiminnot, jotta tiedetään, mitä säännöksiä prosessissa noudatetaan. Aina ei ole kovinkaan selvää, onko kyse ulkoistetusta palvelusta

1533 Harjula–Prättälä 2004 s. 366.

1534 Ks. KHO:2009:72.

1535 Kokonaisulkoistamisella voidaan saavuttaa samoja hyötyjä kuin yhtiöittämisellä, kuten roolien selkeyttämisestä, joustavampaa henkilöstöpolitiikkaa, päätöksenteon nopeutumista ja parempaa asiakassuuntautuneisuutta. CEMR Position Paper 2004 s. 5. Juppo 2005 s. 92; Ks. myös VM:n julkaisu 7/2006 s. 35–37.

1536 Nystén-Haarala 2002 s. 154–155.

1537 Ks. HE 154/1992 s. 12; HE 69/1997 s. 16.

1538 Arrowsmith 1992 s. 157. Kalima 2001 s. 102–103.

vai vuokrauksesta. Esimerkkinä tästä KHO:n ratkaisu, jossa kyse oli sekamuotoisen sopimusjärjestelyn arvioimisesta.

KHO:2002:19. Kempeleen kunta oli pyytänyt tarjouksia kuntaan valmistuvan jäähallin-monitoimihallin vuokraamisesta ja toiminnan järjestämisestä. Tarjous oli rakennettu siten, että tarjoajien piti ilmoittaa kunnalle maksettava vuokrahinta, ulosvuokrauksessa noudatettava hinnoittelu sekä kuntosalin, kahvion toiminnan ja kiinteistön hoidon järjestämistapa. Samalla kunta oli ilmoittanut, että se ostaa monitoimihallin käyttövuorot koulujen aukioloaikoina hintaan 300 000 mk/vuosi. Kuntaan tuli kaksi tarjousta. Sivistyslautakunta oli päättänyt, että monitoimihallin toiminnan järjestää yritys, jonka kanssa valmistellaan lopullinen vuokrasopimus.

KHO kuitenkin totesi ratkaisussaan, että liikuntahallitilojen vuokraus on osa laajempaa sopimuskokonaisuutta, jossa kunta tilojen lisäksi hankkii myös palveluja. Sopimusjärjestelyn olennaisin piirre oli hallitilojen vuokraaminen yrittäjälle niin, että tämä järjestää käyttövuorojen luovuttamisen korvausta vastaan asiakkaille. KHO oli samoilla linjoilla kilpailuneuvoston kanssa siitä, että julkista hankintalakia ei sovelleta silloin, kun kunta vuokraa omaisuuttaan, eikä silloin, kun hallitiloja luovutetaan yrittäjälle palvelujen tuottamista varten tavalla, jossa yrittäjä saa vastikkeena asiakkaiden suorittamat käyttömaksut. Se että kunta maksoi 300 000 markan korvauksen yrittäjälle saadakseen käyttövuoroja halliin, muodostaisi julkisen hankinnan.

KHO totesi perusteluissa, että sopimuskokonaisuuden pääasialliseen osaan ei voida soveltaa hankintalakia eikä se, että kunta maksaa hallivuoroista, muodosta vielä kokonaisuudessaan julkista hankintaa. Samalla KHO painotti, että kyse on sekamuotoisesta sopimusjärjestelystä, josta on kokonaisuutena arvioitava, onko kysymyksessä julkinen hankinta. Tapauksesta ei käynyt ilmi, että kunta olisi toteutetulla sopimusjärjestelyllä pyrkinyt kiertämään hankintalain säännöksiä. KHO:n päätöksen mukaan kilpailuneuvostolla ei ole toimivaltaa kyseisessä asiassa.¹⁵³⁹

KHO:n päätös oli äänestyslausunto, ja yksi käsittelijä totesi jättämässään lausunnossa seuraavasti:

”Liikuntahallitilojen vuokraus on kuitenkin vain osa laajempaa sopimuskokonaisuutta, jossa kunta ulkoistaa urheiluhallipalvelutoimintansa. Vuokrauksen ohella kunta hankkii palveluja. Korvaus yrittäjälle näiden palvelujen suorittamisesta tulee osittain tämän perimistä maksuista eikä näin ollen suorittamasta rahallisesta vastikkeesta. Sopimuksen mukaan kunta kuitenkin hankkii kiinteistölleen hoidon. Kunta hankkii yrittäjältä hallivuorot, joista korvausta maksetaan 300 000 markkaa. Jos tällainen hankinta toteuttaisiin erillisenä, olisi kysymyksessä julkisista hankinnoista annetussa laissa tarkoitettua hankinnasta. Katson, että kysymyksessä olevaa sopimuskokonaisuutta, jossa puolin ja toisin on sovittu vastikkeiden maksamisesta, on käsiteltävä kokonaisuutena arvioitaessa, onko kysymys julkisista hankinnoista annetussa laissa tarkoitettua hankinnasta. Kokonaisarviossa on erityisesti otettava huomioon, että rahallinen vastike, jonka kunta sopimuskokonaisuudessa sitoutunut vuosittain

1539 Vrt. KHO:n päätös 15.12.2004/3274, joka koski kunnanvaltuuston hyväksymää sopimusta asemakaavan muuttamisesta ja muutoksen mukaisesta rakentamisesta.

*suorittamaan ylittää selvästi sen rahallisen vastikkeen, jonka yrittäjä on sitoutunut suorittamaan. Näin ollen sopimuskokonaisuudessa on kunnan kannalta kysymys myös julkisesta hankinnasta annetussa laissa tarkoitetusta palvelujen ostamisesta, johon mainittua lakia on sovellettava”.*¹⁵⁴⁰

Mielenkiintoiseksi asian tekee sekamuotoisen sopimusjärjestelyn lisäksi se, että yksi käsittelijä on tulkinnut asiaa niin, että kunta ulkoistaa urheiluhallipalvelutoimintaa. KHO:n päätöksen osalta kyse on oikeudellisesti kuntien kannalta hyvin tulkinnallisesta asiasta. KHO mainitsee päätöksessään, että kunnan hankkima palvelu, jossa kunta maksaa 300 000 markan korvauksen käyttövuoroista, muodostaisi erikseen julkisen hankinnan. Tietyltä osin asiassa on selvästi kysymys palvelusta, mutta KHO:n enemmistön mielestä se ei ole tarpeeksi olennainen seikka muuhun sopimuskokonaisuuteen nähden. Kyse on laajemmalti siitä problematiikasta, milloin tietyissä ulkoistamistapa-uksissa *vuokraus on hallitseva osa*, jolloin ei ole kyse ulkoistuksesta, ja milloin taas on kyse palvelun ulkoistuksesta, jolloin hankinta on kilpailutettava. Ulkoistuksen osalta voidaan kysyä, onko oikeudellisesti tarkoituksenmukaista, että kunta niputtaa monia asioita yhteen sellaisissa liikunta- tai teknisen toimen tukipalveluissa, joissa kunta voi vuokrata tilaa ja saada käyttömaksuja.

Tulkinnallisuutta aiheuttaa oikeustapausten valossa se, kuinka pitkälle kunta voi tuottaa palvelua omana toimintana, silloin kun kunta ei kilpailuta palveluiden käyttöä (etenkin jos kunta toimii samalla alueella kuin yksityiset elinkeinoharjoittajat). Kunta voi välttää kilpailutuksen sillä, että *toiminta tyydyttää yleisen edun tarpeita tai on aina-kin osaksi perustettu tyydyttämään yleisen edun tarpeita*¹⁵⁴¹. Lisäksi pitäisi aina pystyä tarkastelemaan palvelutoiminnan oikeudellista muotoa ja sisältöä sekä sitä, miten eri järjestelyihin vaikuttaa se, että yksityinen yritys tarjoaa samalla samoja toimintoja myös muille asiakkaille¹⁵⁴².

Ulkoistamisen valmistelussa on huomattava, että siihen liittyy samoja elementtejä kuin liikelaitostamiseen ja yhtiöittämiseen (jotka voivat olla myös osittaisulkoistuksen muotoja)¹⁵⁴³, joissa muutosprosessien oikeudellinen hallinta kunnallisessa toimintaympäristössä nousee erityisen tärkeäksi. Organisaation muutoksen valmistelussa on myös nähtävä, että kyse on järjestelmien, toimintatapojen ja voimavarojen resursoinnista toisella tavalla¹⁵⁴⁴.

Jotta ulkoistamisprosessin valmistelu voisi edetä kunnallisessa toimintaympäristössä ilman isoja konflikteja, on moniin asioihin varauduttava etukäteen. Valmistelun alussa on hyvä aikatauluttaa, milloin tiedotetaan mistäkin asiasta. Myös ulkoistusmallin jäsentelyn on tapahduttava ymmärrettävästi, eikä riskeihin varautumista ja vaikutusten analysointia pidä unohtaa¹⁵⁴⁵. Ulkoistamisprosessin oikeudellista hallintaa voi vaikeuttaa tiettyjen säännösten muuttuminen tai tarkentuminen. Uusien säännösten astuessa

1540 Ks. KHO:2002:19 lausunnot.

1541 Ks. KHO:2005:63.

1542 Ks. KilpailunrajoitusL 5–7 §:t. Tarjouskilpailua ei kuitenkaan tarvitse järjestää, jos hankinnan arvo on vähäinen. Ks. Sutela 2003 s. 101.

1543 Vrt. Juppo 2005 s. 8.

1544 Juppo 2005 s. 37.

1545 VM:n julkaisu 7/2006 s. 30–31.

voimaan niiden tulkinnasta on vielä vähän tietoa. Tällaisissa tapauksissa ratkaisevaa voi esimerkiksi olla tarjouksen lähettämisen ajankohta.¹⁵⁴⁶

Sen lisäksi, että kunnallisessa valmistelussa hahmotetaan oikeudellisesti ulkoistamisen eri osa-alueet, on kunnissa sisäistettävä myös ulkoistamisen eri vaiheet, jotta *ulkoistamista ei nähdä liian kapea-alaisesti vain kilpailuoikeudellisena toimenpiteenä*. Tämä jaottelu ei ole kuitenkaan kunnassa yhtä selväpiirteinen kuin esimerkiksi yksityisellä sektorilla. Ulkoistamiseen liittyy myös samoja haasteita kuin kunnan omana toimintana tuotettuun palveluun. Aina kun laajoja toimintoja ulkoistetaan kilpailuoikeudellisten säännösten mukaisesti, liittyy myös valmisteluun paljon asioita, joita voidaan luonnehtia kunnallishallintoa ja demokratiaa huoltaviksi toimenpiteiksi.

Ulkoistuksen eri muodoista ja variaatioista sekä tilannesidonnaisuudesta johtuen ei aina pystytä yksiselitteisesti sanomaan, millaista hyötyä ulkoistuksesta on. Tärkeämpää on kuitenkin hahmottaa, mitä hallinnolta vaaditaan, ja ne lisävaatimukset, joita palveluntuottajalle on asetettu, kuten tehokkuus- ja palveluorientoituneisuus. Oikeusvaltion kehityksessä tehokkuus-, tuottavuus- ja taloudellisuusaspektit ovat kuitenkin alisteisia demokraattiselle ohjaukselle ja valvonnalle sekä oikeusturvalle¹⁵⁴⁷.

5.1.4 Kilpailuttamisen menettelymuotoja

Tässä kilpailuttamisen menettelymuodoilla tarkoitetaan pääasiallisesti hankintamenettelyjä, vaikka hankintamenettely on joiltain osin suppeampi käsite. Hankintamenettely voidaan jakaa avoimeen, rajoitettuun ja neuvottelumenettelyyn sekä suorahankintaan¹⁵⁴⁸. *Avoimessa menettelyssä* kaikilla tarjoajilla on oikeus osallistua tarjouskilpailuun. Rajoitetuissa menettelyissä, jotka koskevat kynnysarvon ylittäviä hankintoja ja tarjouksia, tarjous on pyydetty vähintään viideltä tarjoajalta. *Rajoitetulla menettelyllä* tarkoitetaan HankL 5.1 §:n 11 kohdan mukaista menettelyä, jossa kunta valitsee hankintailmoituksen perusteella ilmoittautuneista mahdolliset tarjouskilpailuun osallistuvat. Rajoitetussa menettelyssä voidaan käyttää HankL 37 §:n mukaisesti myös nopeutettua menettelyä, silloin kun määräaikoja ei ole mahdollista noudattaa kiireen vuoksi. Lain valmisteluaineistosta on todettavissa, että nopeutetulle menettelylle ei ole asetettu vaatimukseksi samanlaista poikkeuksellisuutta ja äärimmäisyyttä kuin suorahankinnalle¹⁵⁴⁹.

Uusi hankintalaki tarjoaa erityisesti vaikeille palvelujen ulkoistamisille uusia kilpailuttamisen menettelymuotoja, kuten neuvottelumenettelyn, kilpailullisen neu-

1546 Esimerkiksi 1.6.2007 voimaan tulleen hankintalain soveltamisajankohta aiheutti sekaannusta säännösten sovellettavuuden suhteen. Jos ulkoistamisen valmistelu oli aloitettu vuoden 2007 alussa, tarjoukset lähetetty toukokuussa ja ulkoistamista koskeva sopimus oli tarkoitus allekirjoittaa vasta syksyllä, oli vaikea tietää, miltä osin mitään lakia noudatetaan. Vrt. Kalliomaa-Puha 1995 s. 131.

1547 Halme 2005 s. 83. Tutkijoilla on erilaisia käsityksiä siitä, mikä järjestelmä on kunnallishallinnossa paras. Esimerkiksi Heuru pitää byrokratiaa parhaana laatu järjestelmänä, jota hallinnon alalla voi olla. Heuru 2001b s. 17.

1548 Ks. HE 50/2006 s. 30. Ks. lisää hankintamenttelyn valinnasta Alkio–Wik 2009 s. 1131–1124. Ensimmäisellä hankintamenettelyllä tarkoitetaan sellaisia menettelyjä, joita kunta voi valita ensimmäiseksi. Toissijaisiin hankintamenettelyihin voidaan ryhtyä vasta, jos hankintaa ei ole voitu viedä päätökseen ensimmäisillä hankintamenettelyillä. Häll 2007a s. 124.

1549 HE 50/2006 s. 85.

vottelumenettelyn ja puitejärjestelyt. Uutena kohtana hankintalakiin on tullut *kilpailullinen neuvottelumenettely*, joka on tarkoitettu monimutkaisempiin hankintoihin¹⁵⁵⁰. Kilpailullinen neuvottelumenettely pohjautuu hankintadirektiivin 29 artiklaan, ja sen vaikeaselkoisuus perustuu todennäköisesti siihen, että yksimielisyyttä ei oltu saada aikaan direktiiviä säädettäessä¹⁵⁵¹.

Jos ulkoistettava toiminto ylittää EU:n kynnysarvot, on neuvottelumenettelyä mahdollista käyttää HankL 25.2 §:n mukaisena itsenäisenä hankintamuotona tai siihen voidaan myös siirtyä HankL 25 §:ssä mainituin edellytysten täytyessä. Monimutkaisen hankinnan yhtenä pääasiallisena tunnuspiirteenä voidaan pitää sitä, että tarjouspyyntöä ei voida laatia niin selkeästi ja täsmällisesti, että sen perusteella saataisiin vertailukelpoisia tarjouksia¹⁵⁵². Kilpailullisen neuvottelumenettelyn käytössä on odotettavissa ongelmia, koska esimerkiksi ehdokkaiden valinta, neuvottelujen laajuus ja tarjouksen täsmentäminen tarjouksen valinnan jälkeen voivat aiheuttaa tasapuolisuuteen ja menettelytapoihin liittyviä oikeudellisia tulkintoja.

Neuvottelumenettely soveltuu vain tietyntylaisiin ulkoistamisiin, kuten sellaisiin, joissa hankintaa ei ole sen luonteesta johtuen tarkoituksenmukaista määritellä etukäteen, markkinoilla on monenlaisia tapoja toteuttaa ulkoistettava palvelu tai joissa vaaditaan palveluntarjoajan vastaavan henkilön ominaisuuksien arvioimista. Hallituksen esityksessä uudeksi hankintalaksi on todettu *neuvottelumenettelyn ongelmaksi* se, että sen käyttöedellytyksiä ja menettelyn kulkua koskevista säännöksistä ei ole mainintaa¹⁵⁵³. Siksi sen käyttö on ollut vähäistä myös silloin, kun hankinnan luonne olisi puoltanut sen käyttöä. Neuvottelut voisivat kattaa kaikki hankintasopimuksen toteuttamiseen liittyvät asiat. Sen pääasiallinen tarkoitus olisi kuitenkin tarjousten mukauttaminen kunnan asettamiin vaatimuksiin, jotta paras tarjous löydettäisiin¹⁵⁵⁴.

Palveluhankinnoissa neuvottelumenettelyä voidaan käyttää EU:n kynnysarvon alittavissa hankinnoissa ja HankL 66 §:ssä mainittujen edellytysten täytyessä. Monesti neuvottelumenettelyä tarvitaan erityisesti silloin, kun kyse on esimerkiksi pitkestä ja monimutkaisista elinkaarihankkeista tai sellaisista hankinnoista, joiden kokonaishinnoittelu on etukäteen mahdotonta hankinnan luonteen ja tai riskien vuoksi¹⁵⁵⁵. Jos kyse on EU:n kynnysarvon ylittävästä tavarahankinnasta, sovelletaan HankL 25 §:ää.

1550 HankL 29 §, jossa on kerrottu myös ne kriteerit, joiden perusteella kilpailullista neuvottelumenettelyä voidaan käyttää.

1551 Ks. Pekkala 2007 s. 190. Lisäksi kilpailullinen neuvottelumenettely tulee kysymykseen monimutkaisissa ulkoistamisissa. Kilpailullisen neuvottelumenettelyn rajoituksista on säädetty HankL 29–30 §:issä. Palvelujen osalta EU:n kynnysarvot ylittäviin hankintoihin lukeutuvat hankintadirektiivien ja hankintalain liitteen A mukaiset palvelut. Liitteen B mukaiset palvelut lukeutuvat niiden suuruudesta riippumatta EU:n kynnysarvot alittavaan kohtaan. Julkisista hankinnoista annetussa asetuksessa, joka on tullut voimaan 1.6.2007. Sen 3. luvussa on mainittu ilmoittamismenettelystä kynnysarvojen ylittävissä hankinnoissa.

1552 Ks. Bovis 2006 s. 239; Häll 2007a s. 135.

1553 HE 50/2006 s. 30.

1554 Tarkemmin neuvottelumenettelystä ja sen kulusta on säädetty HankL 25 ja 26 §:ssä.

1555 Pekkala 2007 s. 176; Eskola–Ruohoniemi 2007 s. 143. Ulkoistamisia joudutaan tarkastelemaan hankintalain jaottelun mukaisesti EU-kynnysarvojen ylittävinä tavarahankintoina johon lukeutuu liitteen A mukaiset ensisijaiset palveluhankinnat, rakennusurakat, käyttöoikeusurakat ja suunnittelukilpailuun liittyvät säännökset tai EU-kynnysarvot alittavina hankintoina johon lukeutuu liitteen B mukaiset toissijaiset palveluhankinnat ja eräät muut hankinnat. Vrt. Kalima 1996 s. 70.

Ulkoistetussa palvelunhankinnassa neuvottelumenettely on mahdollinen, jos kunta ei ole saanut yhtään tarjousta. Tällöinkin suoraan neuvottelumenettelyyn valittavien yritysten on täytettävä tietyt tarjoajalle asetetut vaatimukset. Toiseksi kunnalla on mahdollisuus aloittaa tarkemmat neuvottelut sellaisten tarjoajien kanssa, joiden tarjoukset eivät kaikilta osin ole vastanneet tarjouspyyntöä. Tämä edellyttää kuitenkin, että kyseisillä tarjoajilla voidaan olettaa olevan mahdollisuus tarjota kyseistä palvelua asianmukaisesti.¹⁵⁵⁶ Jos edellytykset neuvottelumenettelyyn siirtymisestä ovat HankL 66 §:n mukaisesti olemassa ja tarjoajat täyttävät HankL 56–60 §:issä tarkoitettut vähimmäisvaatimukset, ei kunnan tarvitse julkaista uutta ilmoitusta, ellei kilpailutettavan palvelun sopimusehtoja ei olennaisesti muuteta¹⁵⁵⁷. HankL 66 §:ssä mainitut kohdat voivat aiheuttaa kunnallisissa hankintayksiköissä ongelmia siinä, miten yksittäisiä sanamuotoja pitäisi tulkita. Lisäksi oikeuskäytäntöä on kertynyt hyvin vähän.

Neuvottelumenettelyssä neuvotellaan vähintään yhden tarjoajan kanssa, ja sitä voidaan soveltaa myös kansallisen kynnysarvoja alittaviin hankintoihin. Pääperiaatteena on kuitenkin, että neuvottelumenettelyyn voidaan siirtyä, jos avoimella tai rajoitetulla menettelyllä ei ole tullut tarjouksia tai ne eivät ole vastanneet tarjouspyynnön sisältöä tai tarjoukset eivät muusta painavasta syystä sovellu tilaajalle. Kunnan on mainittava perusteet jo tarjouspyyntivaiheessa, ja kaikkia tarjoajia on kohdeltava tasapuolisesti ja syrjimättömästi.¹⁵⁵⁸

Hallituksen esityksessä vuonna 2006 suora neuvottelumenettely ehdotettiin muutettavaksi suorahankinnaksi. Tällä tarkoitettiin sitä, että kunnallinen hankintayksikkö ei voi enää pyytää tarjouksia suoraan tietyiltä tarjoajilta. Toisaalta sellaisissa hankinnoissa, jotka eivät kuulu hankintadirektiiviin, voidaan käyttää laajempaa neuvottelumenettelyä. Neuvottelumenettely tuo hyötyjä sellaisiin kunnallisiin hankintoihin, joissa vaaditaan palveluntarjoajan ominaisuuksien arviointia ja markkinoilla on olemassa monia vaihtoehtoja. Neuvottelumenettely on EU-kynnysarvon ylittäviin hankintoihin nähden paljon joustavampaa. Esimerkiksi sosiaali- ja terveystarjoajien hankinnoissa kunnilla olisi mahdollisuus ottaa paremmin huomioon palvelun luonteeseen liittyvät seikat.¹⁵⁵⁹

HankL 67 §:n mukainen suorahankinnan käyttö voi olla tietyssä tilanteissa mahdollista etenkin sosiaali- ja terveyspalveluissa sellaisissa tapauksissa, joissa kyse olisi sairaan, vanhuksen tai kehitysvammaisen asumispalveluista ja kilpailuttaminen voisi johtaa kyseisen yksilön kannalta kohtuuttomaan tilanteeseen. Tietyissä tilanteissa on myös mahdollista huomioida inhimillisiä näkökulmia, ja sama palveluntarjoaja voisi jatkaa palvelun antamista kyseiselle yksilölle ilman kilpailutusta.¹⁵⁶⁰

1556 Aalto-Setälä ym. 2003 s. 549; Alkio-Wik 2009 s. 1117.

1557 Eskola-Ruohoniemi 2007 s. 139–140.

1558 HE 50/2006 s. 73–74.

1559 HE 50/2006 s. 1, 30. Myös vanhassa hankintalaissa (1505/92) kunnilla oli mahdollisuus käyttää suoraa neuvottelumenettelyä. Kunnallisessa toiminnassa neuvottelumenettelyn aloittamisen syytä ei ollut monia. Ensimmäisenä varsin perusteltu syy on, jos avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä ei ole saatu tarjouksia tai ne eivät ole vastanneet miltään osin tarjouspyyntöä. Toinen syy on, jos ulkoistettavaan palveluun tarvitaan ennalta arvaamattomista syistä tietty lisäpalvelu, joka on välttämätön kokonaisuutta ajatellen. Uudessa hankintalaissa em. kohtia tulkitaan suorana hankintana.

1560 TaVM 26/2006 s. 9.

Kilpailullinen neuvottelumenettely antaa kunnalle mahdollisuuden hankinnan toteuttamiseen liittyviin neuvotteluihin ennen tarjousten pyytämistä¹⁵⁶¹. Kilpailullisen hankintamenettelyn piirteisiin kuuluu tietty monivaiheisuus, ja sillä tarkoitetaan ennen lopullisen tarjouksen pyytämistä käytäviä neuvotteluja. Ensimmäisessä vaiheessa voidaan pyytää alustavia tarjouksia neuvottelujen pohjaksi. Tämän jälkeen selvitetään tarjousten soveltuvuutta. Viimeisenä vasta neuvottelujen jälkeen lähetetään lopulliset tarjouspyynnöt.¹⁵⁶² Neuvottelumenettelyn on nähty myös parantavan tilaaja-tuottajamallin ominaisuuksia ja käytäntöjä, jolloin palveluntuottajat pystyvät kehittämään innovatiivisempia palvelukäytäntöjä¹⁵⁶³.

Uuden HankL 29 §:n mukaisesti kilpailullista neuvottelumenettelyä on mahdollista käyttää monimutkaisissa hankinnoissa, joissa ei ole mahdollista ennalta määrittellä hankinnan oikeudellisia, rahoituksellisia tai teknisiä yksityiskohtia. Kilpailullinen neuvottelumenettely soveltuisi mm. korkean teknologian hankkeisiin, joissa tarvittaisiin innovatiivisia ratkaisuja, sekä suuriin liikenneinfrastruktuurihankkeisiin. Neuvottelumenettelystä on vielä vähän kokemuksia Suomessa. Ongelmana on, että oikeuskäytännöstä vasta odotetaan tapauksia, jotka tarkentaisivat sen käyttämistä ja eroavaisuuksia¹⁵⁶⁴. Kilpailullisen neuvottelumenettelyn käyttö voisi kunnallisissa ulkoistamisissa tulla kysymyksen vain hyvin harvinaisissa tapauksissa, joihin voitaisiin soveltaa jotakin uutta palvelujärjestelmää, tai osittaisissa ulkoistamisissa, joissa kunta olisi hyväksymässä tiettyä rahoitusmallia yksityissektorin kanssa.

Hankintalakiin on tullut *uutena kohtana puitejärjestely*, jolla tarkoitetaan HankL 31 §:n mukaan sitä, että kunta tekee yhden tai useamman toimittajan kanssa sopimuksen tiettyä ajanjaksona toteutettavista hankinnoista. EY:n komissio on katsonut, että puitesopimuksia ei voida luokitella julkisten hankintojen direktiivien tarkoitamiksi hankintasopimuksiksi, jos puitesopimuksessa mainittuja asioita ei ole vahvistettu tai jos puitesopimuksia ei voida toteuttaa samalla tavalla kuin tavallisia sopimuksia. Hankinnan kilpailuttaminen olisi pääsääntöisesti tehtävä avoimella tai rajoitetulla menettelyllä. Sitä voisi soveltaa parhaiten palveluhankintoihin, joissa määrää ei tarvitsisi vahvistaa etukäteen. Hankintasopimukseksi on katsottu sellaiset tilauksen mukaan tehtävät sopimukset, joissa ehdoista, kuten määräistä, toimitusehdoista, hinnasta, on olemassa sitova sopimus.¹⁵⁶⁵

Puitejärjestelyn tyypisistä ratkaisuihin on kunnissa jonkin verran kokemuksia, mutta tapauskohtaisesti arvioitavaksi jää, mitä oikeudellisia ja toiminnallisia ongelmia niistä voi kunnalle aiheutua. Puitejärjestelyn etuna on, että se tuo sosiaali- ja terveyspalvelujen hankintaan innovatiivisempia ja asiakaslähtöisempiä piirteitä, koska kunnat voivat itse valita kilpailutetuista palveluntuottajista mieluisimman. Järjestelmä

1561 HE 50/2006 s. 30, 53.

1562 Oksanen 2007a s. 305.

1563 Sneck–Hannula–Sandberg–Taivassalo 2008 s. 54.

1564 Ks. JHS 167 Neuvottelumenettelyjen käyttö ICT-hankinnoissa 2008.

1565 HE 50/2006 s. 80–81. HankL 31:ssä mainitulla puitejärjestelyllä on tiettyjä rajoituksia, kuten että sopimuksen ehtoihin ei voida tehdä merkittäviä muutoksia ja sitä ei saa käyttää kilpailua vääristävällä, rajoittavalla tai estävällä tavalla. Puitejärjestely voi olla voimassa korkeintaan neljä vuotta. HankL 32 §:ssä on täsmennetty, miten puitejärjestelyyn perustuvia hankinnan ehtoja voidaan täsmentää ja selkeyttää.

edesauttaa myös kilpailun ylläpitoa¹⁵⁶⁶.

Eri osapuolten kannalta ongelmallisena asiana voidaan pitää puitejärjestelyjen oikeusturvanäkökulmia, jotka voivat liittyä mahdollisten tilausten jakaantumiseen ja puitesopimuksen tekoajankohtaan¹⁵⁶⁷. Voidaan kuitenkin kysyä, miten kunta tilaajana ja tarjoaja sitoutuvat toimittamaan tiettyä palvelua esimerkiksi usean vuoden päästä, jos olosuhteet ovat merkittävästi muuttuneet. Tällöin punnittavaksi tulee, kuinka huomattavia muutoksia HankL 31.2 §:n mukaan puitejärjestelyn ehtoihin voidaan tehdä. Toiseksi keskeiseksi kysymykseksi muodostuu, kuinka suuren liikkumavaran tilaajalle ja tarjoajalle muodostaa HankL 32.2 §:n kohta, jonka mukaan ehtoja voidaan täsmentää tai selkeyttää.

Puitejärjestely itsessään ei ole vielä ulkoistamista vaan puitesopimuksen kohde ja muoto määrittävät hyvin pitkälti sen, onko kyse edes välillisesti esimerkiksi osittais- tai osa-alueen ulkoistuksesta. Puitejärjestelyihin liittyy kuitenkin hyvin paljon samanlaista oikeudellisia ongelmia kuin ulkoistamisen eri muotoihin. Todelliseksi oikeudelliseksi ongelmaksi puitejärjestelyissä voivat etenkin riitatilanteissa muodostua hankintasopimuksen tekemisen ajankohta, ehdot, sitovuus ja rajoitukset, etenkin jos kaikkia ehtoja ei ole sitovasti vahvistettu. Ongelmaksi voi muodostua sitovuuden lisäksi se, että puitejärjestelyihin liittyvä määräraha-arvio olisi huomioitava talousarviossa, etenkin jos on kyse pitkistä puitejärjestelystä. Tällöin kunta voi tulla sidotuksi pitkäksi aikaa tiettyihin puitejärjestelyihin, vaikka kunnan palveluiden tarve ja markkinatilanne olisivat muuttuneet ratkaisevasti.

5.2 Hankintasäännösten asettamat rajoitteet ja ongelmat

5.2.1 Hankintalain kehitys ja soveltaminen

Ulkoistamisessa on monesti kysymys tietyn palvelun ulkoistamisesta, ja siten hankintalainsäädännön osalta keskitytään pääasiallisesti palveluhankintoihin. Kun kunta lähtee ulkoistamaan toimintojaan, hankinta- ja muu lainsäädäntö voivat aiheuttaa tulkintaongelmia. Seuraavissa kappaleissa käydään läpi ulkoistamisen kannalta keskeistä hankintalainsäädäntöä. Nykyiseen hankintalainsäädäntöön viitataan vain siltä osin kuin olennaisia muutoksia on tullut aikaisempaan hankintalakiin.

EU-oikeus on tuonut myös hankintalaille suuria periaatteellisia tavoitteita, joita ovat yhteismarkkinoiden avaaminen, kilpailun edistäminen, yhdenvertaisuuden turvaaminen ja hallinto-oikeudellisten muutosidonnaisuuksien sekä oikaisu- ja valvontamekanismien turvaaminen¹⁵⁶⁸. Julkisista hankinnoista annettu laki on ollut voimassa vuodesta 1994. Lainsäädäntömateriaaleissa hankintalakia on tulkittu puitelainsäädännöksi, jolla on tarkoitettu sitä, että hankintalasisäädännön periaatteita on

1566 Valkama–Kallio–Kankaanpää 2008 s. 88–89. Ks. myös Aarto ym. 2009 s. 63–66.

1567 Ks. K-M Saarinen 2008 s. 156–157.

1568 Aalto-Setälä ym. 2003 s. 500–501. EU:n jäsenvaltioiden kansalliset kilpailusäännökset perustuvat EY:n perustamissopimuksen 81–82 artiklan säännöksiin. HE 11/2004 s. 6.

noudatettava hankinnan koosta huolimatta.¹⁵⁶⁹ Painopiste hankintalaissa on siinä, miten hankintoja tehdessä pitäisi menetellä¹⁵⁷⁰. Hankintalain säännökset ovat tärkeä osa-alue ulkoistuksissa. Tarkastelu- ja painotusnäkökulmalla on myös merkitystä, ja eri säännöksiä on syytä tarkastella myös erikseen.

Julkisten hankintojen direktiivit pohjautuvat Rooman sopimukseen ja siihen liittyviin direktiiveihin. Vaikka hankintalainsäädäntöä on tarkistettu, ovat monet Rooman sopimuksen keskeiset periaatteet voimassa.¹⁵⁷¹ Hankintalainsäädäntö ja sen soveltaminen sekä siihen liittyvät ongelmat kunnallisten toimintojen ulkoistamisessa on oikeudellisesti hyvin keskeinen asia¹⁵⁷². Uusia haasteita ulkoistamiselle on tuonut hankintalain uudistaminen ja siihen liittyvät epävarmuustekijät kunnille sekä sen tuomat uudet elementit. Hallituksen esityksessä hankintalaille on kirjattu monenlaisia tavoitteita kuten tehostaa julkisten varojen käyttöä, selkeyttää hankintaviranomaisten ostoyhteistyötä ja turvata jokaiselle tarjoajalle tasapuolinen ja syrjimätön menettely. Suurta muutosta uuteen hankintalainsäädäntöön ei ole tullut, vaan uusi esitys hankintalainsäädännöksi vastaa pääperiaatteiltaan vanhaa hankintalainsäädäntöä.¹⁵⁷³ Talousvaliokunta on katsonut, että uusi hankintalaki joustavoittaa hankintamenettelyä ja että kunnat voisivat huomioida entistä paremmin palveluhankintoihin liittyvät erityispiirteet.¹⁵⁷⁴

Uusi hankintalainsäädäntö tuli voimaan 1.6.2007 (348/2007). Vesi- ja energiahuollon, liikenteen sekä postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista on säännelty hankintalaissa omassa kohdassaan (349/2007). Nämä säännökset ovat korvanneet vuonna 1992 annetun hankintalain (1505/1992) ja siihen perustuvat neljä asetusta (380/1998, 381/1998, 1417/1993 ja 1416/1993). Vuonna 2004 tulivat voimaan hankintadirektiivit (2004/18/EY ja 2004/17/EY), jotka on pantu täytäntöön hankintalainsäädännöllä.

EU:n komissio teki vuonna 2006 ehdotuksen valvontadirektiivien muuttamisesta¹⁵⁷⁵. Ehdotuksen pohjalta syntyi direktiivi 2007/66/EY, jonka on tultava osaksi kan-

1569 Vanhassa HankL 5 §:ssä (1505/1992) oli maininta, että hankinnoissa on hyödynnettävä kilpailuttamismahdollisuuksia, ja hankinnan koko ja laatu huomioiden on ilmoitettava tai pyydettyä tarjouksia riittävästi. Hankintalain em. pykälä voidaan myös tulkita hankintalain yleiseksi kilpailuttamisvelvoitteeksi. Uudet hankintalain (348/2007) keskeiset periaatteet eivät eronneet vanhasta, vaan lait vastasivat pääperiaatteiltaan toisiaan.

1570 HE 154/1992 s. 1. Hallituksen esityksessä julkisista hankinnoista annetun lain muuttamiseksi tehtiin esitys vuonna 1997, koska nähtiin, että kunnat pystyivät tekemään omana työnä tiettyjä rakennushankkeita ilman kilpailutusta. Rakentamiseen ja niihin myönnettyjen valtionapuihin saadut hankkeet haluttiin saada yhtäläisesti kilpailutuksen piiriin. HE 69/1997 s. 3–4. Kunnan omalla tuotannolla on yhtäläiset mahdollisuudet osallistua kilpailuun. Esitys on myös lisännyt kuntien osittaisulkoistamisia.

1571 Kalliomaa-Puha 1992 s. 13–16. Julkiset hankinnat pohjautuvat pitkälti Rooman sopimuksen 30 artiklaan (tavaran vapaa liikkuvuus) 59 artiklaan (vapaus tarjota palvelu EU:n alueella), 52 artiklaan (liikkeenperustamisoikeus ja vapaa asettautumisoikeus) ja 7 artiklaan (syrjinnän kieltö). Pekkala 2007 s. 29–30.

1572 Ks. Forsberg 1998 s. 29.

1573 HE 50/2006 s. 1–2. Ks. myös Pekkala 2007 s. 28. Asia riippuu hyvin pitkälti siitä, minkä kokoisesta ulkoistamisesta on kyse ja kuuluuko ulkoistaminen esimerkiksi liitteen B mukaisiin toissijaisiin hankintoihin.

1574 TaVM 26/2006 s. 4.

1575 KOM (2006) 195 lopullinen.

sallista lainsäädäntöä 20.12.2009 mennessä. Kilpailuolosuhteiden kannalta on tärkeää, ovatko kunnalle tuotetut palvelut viranomaispalveluja vai elinkeinon harjoittamista. EU-säännöksiä sovelletaan kuntien hankintoihin, joiden pääasialliset muodot ovat avoin, rajoitettu sekä neuvottelu- ja kilpailullinen neuvottelumenettely.¹⁵⁷⁶

Peruspalvelun käsite voi joissakin tilanteissa aiheuttaa sekaannusta, koska sillä voidaan tarkoittaa joko ns. teknisiä peruspalveluja tai sosiaali-, terveys- ja koulutuspalveluihin liittyviä peruspalveluja. Aiemminhan erityisalojen hankintojen nimenä oli tekniset peruspalvelut. Erityisalojen hankintalaki eroaa yleisen hankintalain pääsäännöistä siinä, että sitä sovelletaan ainoastaan EU-kynnysarvojen ylittävissä hankinnoissa.¹⁵⁷⁷ Kunnallisten teknisen peruspalvelujen kilpailuttamisella tarkoitetaan lähinnä vesi- ja energiahuoltoa. Peruspalveluasetuksessa oli tarkemmin määritelty, mitkä ovat ne peruspalvelutoiminnot, jotka voidaan lukea peruspalvelutoiminnan piiriin¹⁵⁷⁸. Tekniset peruspalveluhankinnat ovat eronneet normaalista hankintamenettelystä siinä, että niistä voidaan pitää toimittajarekisteriä ja suora neuvottelumenettely voidaan ottaa useammin käyttöön kuin normaaleissa hankinnoissa¹⁵⁷⁹. Peruspalveluasetuksen viidennessä pykälässä oli myös määritelty ja täsmennetty, milloin asetusta ei sovelleta tiettyihin hankintoihin. Hankintalain uudistuksessa HankL 9 §:ään otettu kohta, jossa määritellään, että hankintalakia ei sovelleta vesi- ja energiahuoltoon vaan siitä on määritelty erityisalojen hankintalaissa (348/2007)¹⁵⁸⁰.

Silloin kun kunta osittaisulkoistaa erityisalojen hankintojen soveltamisen piiriin kuuluvia infrastruktuuripalveluja, keskeiseksi kysymykseksi nousee, onko ulkoistettu yksikkö vain tuottajan roolissa vai palvelujen järjestäjä. Jos yksikkö, jolle kunta on osittaisulkoistanut infrastruktuuripalveluja, ei tuotakaan niitä itse vaan järjestää kyseiset palvelut, ei siihen sovellettaisi erityisalojen hankintalakia. Jos se taas on hankintalain tarkoittama hankintayksikkö, tulisi sen noudattaa erityisalojen hankintalain sijasta muita hankintalain säännöksiä.¹⁵⁸¹

Euroopan komissio on nähnyt julkisten hankintojen lainsäädännön soveltamisessa joitakin ongelmia, mm. direktiivien tulkinnallisuus, hankintamenettelyn valintaan liittyvät ongelmat, nopeutetun menettelyn käyttäminen liian usein ja määräaikojen ylittäminen. Toisaalta Suomessa on koettu, että hankintalainsäädännön soveltamisen haasteena on kilpailuttamisosaamisen vahvistaminen. Myös tarjousvertailun eri vaiheissa ja valintaperusteissa on ollut ongelmia. Palveluhankinnat ovat lisääntyneet erityisesti sosiaali- ja terveydenhuollon alalla¹⁵⁸², eikä kilpailuttaminen aina ole sujunut

1576 Ks. Halme–Kotilainen 2008 s. 15–16.

1577 Niskakangas–Pönkä–Oksanen 2007 s. 39.

1578 Peruspalveluasetuksen 4 §:ssä määriteltiin peruspalvelutoiminnoiksi esimerkiksi kiinteiden verkkojen rakentaminen, tarjoaminen ja ylläpito, jos tarkoituksena on tarjota vettä, sähköä, kaasua tai lämpöpalvelua, rautatie- ja linja-autokuljetuspalveluiden tarjoaminen, polttopuuturpeen hakeminen, lentokentän ja satamien ylläpito ja tarjoaminen sekä tietyin edellytyksin televerkkojen pystyttäminen ja tarjoaminen.

1579 Pohjonen 2002 s. 66.

1580 Näin määriteltiin myös vesi- ja energiahuollosta hankinta-asetuksen 1 §:ssä.

1581 Vrt. Nenonen 1993 s. 84; Kalima 2007 d s. 102.

1582 Vuonna 1997 kunnat ostivat sosiaali- ja terveyspalveluja noin 479 miljoonalla eurolla. Vuonna 2004 summa oli noin 1,1 miljardia euroa eli yli kaksinkertainen. Kuntien hankinnat ovat olleet viime vuosikymmeninä kovassa kasvussa, jo vuonna 2005 kuntien hankintojen kokonaisarvo oli noin 11,9 miljardia euroa. Neimala 2006 s. 65.

ongelmitta. Kilpailuttamisen pullonkauloina on sosiaali- ja terveydenhuollossa nähty olevan palvelumarkkinoiden kehittämättömyys, strategisen suunnittelun puutteellisuus sekä sisällön ja laatutason määrittelystä johtuvat haitat.¹⁵⁸³ Talousvaliokunta on tuonut kannanotossaan esille, että kansallista sääntelyä vaikeuttaa epä tietoisuus yhteisösääntelyn rajoista. Sääntely pohjautuu monelta osin EU-oikeuskäytäntöön ja sen tiettyihin periaatteisiin, joiden soveltaminen kuntiin ei ole yksiselitteistä¹⁵⁸⁴.

Ruotsissa julkista kilpailuttamista sääntelee laki julkisista hankinnoista (lagen om offentlig upphandling, LOU), joka luonnollisesti myös perustuu pääosin EY:n direktiiveihin. Ruotsin malli kuitenkin eroaa joiltain osin Suomen hankintajärjestelmästä. Esimerkiksi LOU:n noudattamista valvoo julkisten hankintojen lautakunta (Nämnden för offentlig upphandling). Toiseksi ainoastaan lääninoikeuksilla on mahdollisuus keskeyttää käynnissä oleva kilpailutus. Sen sijaan markkinatuomioistuimella (Marknadsdomstolen) on mahdollisuus kilpailuviraston (Konkurrensverket) pyynnöstä kieltää sopimaton kilpailuttaminen vedoten lakiin väliintulosta sopimattomassa toiminnassa julkisessa hankinnassa (lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling, LIU). Kolmantena erityispiirteenä voidaan mainita, että LOU:ta tukee laki väliintulosta sopimattomassa toiminnassa julkisessa hankinnassa, jota on mahdollista soveltaa silloin, kun kunnallinen tai valtiollinen toimija on menetellyt sopimattomasti kilpailuttamisessa.¹⁵⁸⁵ Vaikka kansallisissa käsittelytavoissa ja nimikkeissä on eroja, ovat hankintalain pääperiaatteet kuitenkin samanlaiset Ruotsissa ja Suomessa. Tämän takaavat osaltaan jo EY:n säännökset ja periaatteet.

Hankintalaki on ollut monien tarkennusten ja keskustelujen kohteena. Vuonna 1998 siihen lisättiin kunnille kilpailuttamisvelvollisuus sellaisiin hankintoihin, joita kunnat ovat ennen tehneet ilman kilpailuttamista.¹⁵⁸⁶ Talousvaliokunta on ottanut kantaa kilpailuttamisvelvollisuuteen ja siihen liittyviin kustannuksiin:

Talousvaliokunta katsoi mietinnössään, että kunnilta tai niiden muista organisaatioista voi löytyä sellaista osaamista, jota olisi perusteltua käyttää ilman, että tulisi kilpailuttamisesta aiheutuvia kustannuksia. Kilpailuttamisvelvollisuudesta voitaisiin näin talousvaliokunnan mukaan poiketa, jos urakkakilpailua ei olisi hankkeen luonteen huomioiden mielekäästä järjestää. Toiseksi mietinnössä otettiin kantaa hyvitysmaksun lisäämiseen hankintalakiin. Se voitaisiin valiokunnan mukaan määritellä tietyksi osuudeksi hankinnan arvosta.¹⁵⁸⁷

Uuden hankintalain yhtenä keskeisenä muutoksena olivat kansalliset kynnysarvot, joiden alle jääviin hankintoihin ei suoraan tarvitse soveltaa hankintalainsäädäntöä¹⁵⁸⁸. Toisaalta kynnysarvot alittavissa hankinnoissa on huomioitava myös harkintavallan rajoitusperiaatteet, kuten syrjimättömyysperiaate, avoimuusperiaate ja tasa-arvoisen koh-

1583 HE 50/2006 s. 13–15. Direktiivien täsmentymättömyydestä vrt. Kalliomaa-Puha 1993 s. 556.

1584 Ks. TaVM 26/2006 s. 3–4.

1585 Savolainen 2004 s. 13, 61.

1586 Tämä koski sellaisia rakennushankkeisiin liittyviä rakennustöitä, joihin kunta oli saanut tietyn määrän valtionapua. Hankintalain muutoksella tavoiteltiin lisää avointa kilpailua ja oikeusturva-keinojen tehostamista. HE 69/1997 s. 9–10.

1587 TaVM 24/1997 s. 2–4.

1588 HaVL 25/2006 s. 2.

telun periaate. Periaatteisiin sisältyy myös, että hankinnat toteutetaan taloudellisesti ja tarkoituksenmukaisesti.¹⁵⁸⁹ Uuden hankintalain yhtenä tavoitteena oli helpottaa pienten hankintojen tekemistä esimerkiksi siten, että ne voidaan kilpailuttaa hankintayksiköiden sisäisten ohjeiden ja säännösten puitteissa. Tietyt teknislouhteiset säännökset on ehdotettu annettavan asetuksilla, kuten ilmoitusmenettelyyn ja sähköiseen hankintamenettelyyn liittyvät yksityiskohdat. Tällä tarkoitetaan lähinnä ilmoituslomakkeisiin, ilmoitusten vastaanottajaan ja hankintanimikkeistöön liittyviä asioita.¹⁵⁹⁰

Hallituksen esityksessä on mainittu, että tutkimus- ja kehityspalveluiden lisäksi sosiaali- ja terveystalvelujen kilpailuttamiseen on toivottu entistä joustavampia kilpailuttamismenettelyjä. Yhtenä perusteena joustavuudelle on se, että sentyyllisissä palveluissa, joissa henkilökohtaisilla työsuorituksilla on suuri rooli, on vaikea arvioida esimerkiksi laadullisia tekijöitä, ellei ole mahdollista neuvotella ja arvioida tarkemmin tarjoajan pätevyyttä kyseisen palvelun osalta.¹⁵⁹¹

EY:n tuomioistuimien on useassa hankintaratkaisussa katsonut, että hankintayksikön ja tuomioistuimen ei pidä soveltaa sellaisia kansallisia säädöksiä, jotka ovat ristiriidassa tarpeeksi täsmällisen ja ehdottoman direktiivin kanssa.¹⁵⁹² Kuntien kannalta on esimerkiksi tulkinnalliseksi jäänyt, kuinka suuri kunnan omistusoikeuden pitäisi olla, jotta toiminta kuuluisi sidosyksikkökriteereiden sisälle, tai kuinka paljon sidosyksikkö voi toimia markkinoilla, jottei sidosyksikköasema vaarannu. Muita tulkinnallisuusongelmia on liittynyt hankintasopimus- ja käyttöoikeussopimuskaistteisiin.¹⁵⁹³ Edellä mainituissa tilanteissa voidaan joutua punnitsemaan kuntalain ja hankintalain suhdetta. Kuntalaista voidaan hakea tarkennuksia mahdollisiin tulkintatilanteisiin, mutta sen perustella ei voida kuitenkaan pois sulkea EY-oikeuteen pohjautuvia hankintalain säännöksiä.¹⁵⁹⁴

EY-lainsäädäntö on tietyiltä osin hyvin vakiintumatonta. EY:n säännöksissä ei ole esimerkiksi määritelty sidosyksikköhankintojen kriteereitä. EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä on olemassa muutamia oikeustapauksia, mutta ulkoistamisen kannalta niiden prejudikaattiarvo ei ole kovinkaan vahva.

Hankintalain pääperiaatteina ovat avoimuus ja syrjimättömyys¹⁵⁹⁵ sekä julkisten hankintojen tehostaminen ja kilpailun lisääminen. Avoimuus edellyttää sitä, että julkisista hankinnoista tiedotetaan riittävästi, ja syrjimättömyys sitä, että kunnallisen hankinnan valinta- ja arviointikriteerit on määritelty etukäteen objektiivisin perustein. Ulkoistamisissa tämä tarkoittaa oikeudellisesti myös sitä, että tarjoajaa, jolla ei ole kokemusta ulkoistamisesta, ei saa sillä perusteella laittaa eriarvoiseen asemaan.¹⁵⁹⁶

Hankintalaki ohjaa oikeudellisesti yhtä ulkoistamisprosessin osaa eli kilpailuttamiseen liittyviä menettelytapoja, ei ulkoistamisen sisältöä, mikä kunnan on palvelujen ti-

1589 HaVL 25/2006 s. 3–4.

1590 HE 50/2006 s. 27–28.

1591 HE 50/2006 s. 15.

1592 Kalima 2001 s. 35; Ks. Suviranta 1996 s. 159–161.

1593 Ks. SM:n julkaisuja 9/2006 s. 39.

1594 Tähän problematiikkaan palataan vielä kilpailuoikeudellisten asioiden yhteydessä luvussa 5.3.

1595 HaVL 25/2006 s. 3. Avoimuus- ja syrjimättömyysperiaate voi ilmetä mm. siten, että tarjoukset on pääsääntöisesti aina pyydetävä kaikilta tarjoajilta samanaikaisesti ja kirjallisesti, ja tarjouspyynnöstä on ilmentävä tarjouksen arviointiperusteet. Kalima 1996 s. 83, 99.

1596 HE 50/2006 s. 7; HE 69/1997 s. 3. Kunnallisessa valmistelussa toimintaa ohjaavat hankintalain lisäksi myös harkintavaltaa rajoittavat periaatteet.

laajana huomioitava ja muotoiltava tarjouspyyntöön. Hankintalaki ei ota kantaa siihen, mitä kunta voi ulkoistaa, vaan kertoo, miten kunnan on meneteltävä. Kilpailuoikeus taas voi ottaa tietyiltä osin kantaa jo tietynmuotoisiin ulkoistamisiin esimerkiksi siten, että ulkoistettava toiminta vääristää tai rajoittaa vapaata kilpailua.

Pääperiaatteena kunnallishallinnossa on, että kokonaisulkoistettava toiminta on aina kilpailutettava, ellei ulkoistettava palvelu ole kansallista kynnysarvoa pienempi¹⁵⁹⁷. Tarjouskilpailu ei aina tarvitse järjestää avointa menettelyä käyttäen, vaan on monenlaisia muitakin tapoja toteuttaa hankinta, etenkin jos sen luonnetta ei voida määritellä etukäteen¹⁵⁹⁸. Hankintalaissa ei ole suoraan määritely vähäisen hankinnan arvoa, ja myös oikeuskäytäntöä on kertynyt vähän. Kunnallisen hankintayksikön on aina pystyttävä selvittämään ne erityiset syyt, joiden mukaan ulkoistettu palvelu jätetään kilpailuttamatta. Oli kysymyksessä sitten kansallisen kynnysarvojen ylittävä tai alittava hankinta, on pystyttävä samalla tavalla selvittämään ne erityiset syyt, miksi hankinta on jätetty kilpailuttamatta. Suora hankinta on vain HankL 27 §:n edellytysten täytyessä mahdollista.¹⁵⁹⁹ Hankintalaki ei estä sitä, että aikaisemmin yritykseltä ostetut palvelut tuotetaan kunnan omana toimintana¹⁶⁰⁰.

Hankintadirektiiveissä ei ole erikseen käsitelty suorahankintamenettelyä, josta säädellään artiklassa 31 neuvottelumenettelyn kohdalla. Erityisesti kansalliset kynnysarvot ylittävät ulkoistukset on aina kilpailutettava, ellei erityisiä HankL 27 tai 67 §:ien mukaisia syitä ole olemassa tai ellei kyseessä ole HankL 28:n tarkoittama lisätilaus.¹⁶⁰¹ HankL 29 ja 30 §:issä säännellään erityisalojen hankinnoista. Suorahankinta tapahtuu samoilla periaatteilla kuin hankintalain säännöksissä on mainittu.

1597 Kuntien yleisissä hankintaohjeissa oli ennen hankintalain uudistusta ohjeistettu, että kynnysarvon alittavissa hankinnoissa tarjouspyyntö voidaan tehdä kiireellisissä tapauksissa suullisesti mutta se on vahvistettava kirjallisesti. Kuntien yleiset hankintaohjeet 1994 s. 21–22. Ohjeistusta on kuitenkin tarkennettu säännösten muuttumisen myötä. Kunnallishallinnossa ei tulisi ollenkaan pyytää suullisia tarjouksia, koska kunnallishallinnon muutoksenhakujärjestelmään liittyviä asioita on mahdotonta todentaa jälkikäteen ilman asiallista dokumentaatiota. Vaikka hankintaa ei kilpailutettaisi, pitäisi siitä kuitenkin tehdä aina viranhaltijapäätös. Ks. Oksanen 2007b s. 28–30.

1598 HE 50/2006 s. 28. Tarjouskilpailua ei välttämättä tarvitse järjestää, vaan hankinta voidaan hoitaa suoraan neuvottelumenettelyn perusteella. Perusteina voi olla esimerkiksi hankinnan alhainen hinta tai että hankinnan arvon huomioiden tarvitaan kohtuuttomia hallinnollisia resursseja. HE 69/1997 s. 16–17. Vanhassa hankintalaissa käytetty suora neuvottelumenettely vastaa nykyistä suorahankintaa.

1599 Kilpailuneuvoston päätös 2.12.2001. Ks. Kalima 2001 s. 114–115; Pohjonen 2002 s. 23. Talousvaliokunnan mietinnössä on todettu, että tilaaja voi itse päättää kansallisen kynnysarvojen alittavien hankintojen osalta menettelytavasta, kunhan se täyttää syrjimättömyyden ja avoimuuden sekä yksikön omat ohjeet. Ks. TaVM 26/2006 s. 4. Vrt. Päijät-Hämeen sosiaali- ja terveydenhuollon avoterveydenhuollon vastaanottopalveluiden ulkoistaminen, jossa hankintamenettely oli suoritettu virheellisesti. MAO 404–405/08.

1600 Pohjonen 2002 s. 22.

1601 HankL 27 §:ssä on mainittu seitsemän perustetta suoralle hankinnalle. Keskeisimpiä niistä ovat seuraavat: Avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä ei ole saatu lainkaan tai ainakaan sopivia tarjouksia. Vain tietty toimittaja voi toimittaa tai toteuttaa hankinnan. Kunnasta riippumattomasta, ennalta arvaamattomasta syystä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi on tehtävä suora hankinta. HankL 67 §:ssä on todettu, että ”suoraa hankintaa voidaan käyttää yksittäisissä tilanteissa sosiaali-, terveys-, tai koulutuspalveluiden hankinnoissa, jos tarjouskilpailun järjestäminen, neuvottelumenettelyn käyttö tai palvelun tarjoajan vaihtaminen olisi ilmeisen kohtuutonta tai erityisen epätarvokituksenmukaista asiakkaan kannalta merkittävän hoito- tai asiakasuhteen turvaamiseksi.”

Markkinaoikeuden päätös vahvistaa, että HankL 67 §:n kohtaa pitää tulkita suppeasti. Kyseisessä tapauksessa kaupunki oli vedonnut rakennustöissä mm. korjausmetodin ainutlaatuisuuteen ja korjaustapaan sekä urakan laatuvaatimuksiin ja teknisiin ominaisuuksiin. Päätöksen mukaan kaupunki oli laiminlyönyt tarjouskilpailun järjestämisen. Suoralle hankinnalle ei siten ollut perusteita. Lisäksi markkinaoikeus totesi, että lisätilaukselle ei ole perusteita tapauksessa, jossa Paimion kaupunki oli valinnut Suunnittelukeskus Oy:n laatimaan asemakaavoja ilman kilpailutusta. Kaupunki oli yrittänyt perustella päätöstään Suunnittelukeskuksen teknisellä tietämyksellä, osaaamisella ja kustannussäästöillä. Markkinaoikeus ei pitänyt kyseisiä perusteita erityisinä syinä hankintojen toteuttamisena ilman kilpailua.¹⁶⁰²

Selvimmän hankintalaki näyttää antavan kunnalle mahdollisuuden tiettyjen rajoitusten puitteissa tehdä lisätilauksen. HankL 28 §:ssä on kuitenkin asetettu hyvin tarkkoja edellytyksiä lisätilaukselle. Lisätilausta on tarkasteltava HankL 28 §:n valossa siten, voidaanko se teknisesti tai taloudellisesti erottaa itse sopimuksesta niin, että hankintayksikölle ei aiheutuisi siitä huomattavaa haittaa, ja onko lisätilaus ehdottoman välttämätön sopimuksen loppuunsaattamiseksi. Toiseksi lisätilaus ei saisi olla arvoltaan yli 50:tä prosenttia alkuperäisestä hankinnasta. Lisäksi HankL 67 § antaa joissakin sosiaali- ja terveydenhuollon ulkoistuksissa mahdollisuuden jatkaa sopimusta, mutta perusteiden pitäisi olla painavia ja asiakaslähtöisiä, ei kuntalähtöisiä.

Vanhan hankintalain yhtenä heikkoutena palveluja ulkoistettaessa oli, että se ei säännellyt kovinkaan yksityiskohtaisesti tarjoajien arviointiin, valintaan tai vertailuun liittyvien periaatteiden eriyttämistä. Vuonna 2003 kauppa- ja teollisuusministeriön asettaman työryhmän tehtävä oli valmistella ehdotus julkisten hankintojen lainsäädännön uudistamiseksi. Hankintalaki työryhmä esitti kansalliseksi kynnysarvoksi 20 000 euroa tavara- ja palveluhankinnoissa ja 100 000 euroa rakennushankkeissa.¹⁶⁰³ Työryhmä sai pyydettyjä lausuntoja monelta taholta¹⁶⁰⁴. Hallintovaliokunta totesi kannanotossaan, ettei kansallisia kynnysarvoja pitäisi ainakaan pienentää esitetystä tasosta ja painotti kuntien sisäisten ohjeiden merkitystä lain soveltamisen ulkopuolelle

1602 MAO 36/07.

1603 HE 50/2006 s. 39–41. Uudet kynnysarvot vahvistettiin 30.4.2010 ja tulivat voimaan 1.6.2010. Julkisten hankintojen kansallinen kynnysarvo tavara- ja palveluhankinnoille, käyttöoikeusopimuksille ja suunnittelukilpailuille on 30 000 euroa. Terveystoiminta- ja sosiaalipalveluiden ja koulutuspalveluiden yhteishankinnoille kynnysarvo on 100 000 sekä rakennus- ja käyttöoikeusurakoille 150 000 euroa.

1604 Lausunnon antoivat yli kuusikymmentä tahoa, mm. ministeriöt, Korkein hallinto-oikeus, Markkinaoikeus, Kansaneläkelaitos, Kilpailuvirasto Suomen Kuntaliitto, Suomen Yrittäjät ry, Elinkinoelämän keskusliitto ry, Keskuskauppakamari, Helsingin, Espoon, Vantaan, Turun Tampereen ja Oulun kaupungit. HE 50/2006 s. 42. Esimerkiksi KHO:n ja oikeusministeriön lausunnoissa tuotiin esille hankintalain vaikeaselkoisuus ja tulkinnanvaraisuus. Suurin osa lausunnon antajista oli sitä mieltä, että kansalliseksi kynnysarvoksi tavaroissa ja palveluissa olisi riittänyt 20 000 euroa. Kaupungeista Turku ja Tampere kannattivat työryhmän esitystä, kun taas mm. Suomen Kuntaliitto, Espoon, Vantaan ja Helsingin kaupunki pitivät kynnysarvoja liian alhaisina. Perusteluina korkeimmille kynnysarvoille jotkut lausunnonantajat olivat todenneet taloudelliset aspektit, eli nähtiin, että hankinnoille tulee suuria hallinnollisia kustannuksia. HE 50/2006 s. 40–43.

jäävissä hankinnoissa¹⁶⁰⁵. Ulkoistamisen näkökulmasta sillä ei olisi ollut olennaista merkitystä, olisiko tavarahankintojen ja kaikkien palvelujen kynnysarvo 20 000 euroa. Kunnallisten toimintojen ulkoistamisissa melkein kaikki tiettyjen osa-alueiden ulkoistamiset ja varsinkin kokonaisulkoistamiset menevät ainakin kansallisen kynnysarvojen yläpuolelle. Sellaisiin sosiaali- ja terveydenhuollon hankintoihin, jotka kuuluvat hankintadirektiivin ja hankintalain liitteen B mukaisesti toissijaisiin palveluihin, ei sovelleta EU-kynnysarvon ylittävää hankintamenettelyä. Lisäksi HankL 20 §:ssä on erikseen todettu, että hankintaa ei saa jakaa eriin, osittaa tai pilkkoa eikä säännöksiä saa muuten kiertää.

Hankintalainsäädäntö tarjoaa jo jonkin verran kevyempiä menettelymuotoja ja vaihtoehtoja eri palvelujen kilpailuttamismuodoille. Etenkin sosiaali- ja terveydenhuollossa voidaan ottaa entistä paremmin huomioon kuntalaisten näkökulmat ja muut näihin peruspalveluihin liittyvät erityispiirteet.¹⁶⁰⁶ Kunnallisen palvelun ulkoistamisissa erittäin tärkeäksi näkökulmaksi jää, kuinka paljon osataan ja uskalletaan määritellä tiettyjä kehitystavoitteita palvelusopimukseen, kuten menetelmien ja palveluiden sekä tilaajaohjauksen ja sähköisen asioinnin kehittämistä¹⁶⁰⁷.

Rakenteiden ja säädösten pitäisi tukea investointijärjestelmiä, jolloin organisaatioita ja sääntelyä voidaan joutua kehittämään ja tarkentamaan uudelta pohjalta¹⁶⁰⁸. Erilaisissa ulkoistamisissa välillisten kustannusten hahmottaminen on vaikeaa, ja kilpailuttamista sääntelevät säännökset eivät mahdollista näkymättömien kustannusten huomioonottamista¹⁶⁰⁹. Osa ongelmista johtuu myös kuntien toimintatavoista ja osa siitä, että aitoja markkinoita ei ole saatu aikaan. Hankintalainsäädäntö ei sinänsä estä palveluiden kehittämistä, mutta yleensä painotetaan liikaa hintakriteeriä.

Uusi hankintalaki on tuonut joitakin uusia mahdollisuuksia itse hankintamenettelyyn. Ulkoistettavan toiminnan arvo ja kilpailuttamisen menettelymuoto ohjaavat entistä tarkemmin kuntia etenkin suuremmissa ulkoistamisissa. Kunnallisten hankintojen pääperiaatteet eivät ole hankintalain uudistuksessa muuttuneet. Tätä voidaan perustella sillä, että nämä hyvän hallinnon periaatteet ovat johdettavissa oikeusperiaatteista, joita viranomaisen on kaikessa toiminnassaan noudatettava. Hankintalain kynnysarvot ja siihen liittyvät rajat eivät sulje pois tilanteen arviointia muun lainsäädännön perusteella, kuten hallintolain ja kuntalain tasapuolisuus- ja avoimuusvaatimusten sekä muiden velvoitteiden perusteella.

Kilpailurajoituslaki ja hankintalaki eroavat pääperiaatteiltaan siinä, että hankintalaissa painotetaan hankintamenettelyä eikä suoranaisesti sen lopputulosta. Hankintalainsäädännössä mainitut periaatteet voidaan jakaa kilpailuoikeudellisiin ja menettelyn tasapuolisuutta vaaliviin päämääriin. Hankintalaki ei kuitenkaan sääntele kuin kilpailuttamista, eli yhtä osaa koko ulkoistamisesta. Se ei sääntele lainkaan sellaisia

1605 HaVL 25/2006 s. 4. Lisäksi talousvaliokunta totesi, että kansalliset kynnysarvot rajaavat hankintalain soveltamisalaa. Entisessä hankintalaissa ei ollut tarkkaa eurorajaa, mutta oikeuskäytännössä se on ollut 6 000 euron tasolla. Uuteen hankintalakiin tätä rajaa on esitetty nostettavaksi. TaVM 26/2006 s. 5.

1606 HaVL 25/2006 s. 2–3. Vrt. Yliherva 2006 s. 53–54.

1607 Yliherva 2006 s. 67.

1608 Halme–Kotilainen 2008 s. 12.

1609 Ks. Rajala–Tammi–Meklin 2008 s. 160.

keskeisiä ulkoistamisprosessin osa-alueita kuin itse sopimuksen tekoa tai sen valvontaa. Valtaosassa kunnallisissa ulkoistamisissa tullaan jatkossakin noudattamaan avointa tai rajoitettua hankintamenettelyä.

Entistä määrävämpänä tekijänä on myös, mistä ulkoistettavasta palvelusta on kyse, koska esimerkiksi terveydenhoidon- ja sosiaalipalveluihin ei sovelleta EU:n kynnyksarvon ylittävien hankintojen säännöksiä. Oikeuskäytännössä on vielä monilta osin epäselvää se, missä laajuudessa ja muodossa kunnat voivat käyttää uuden hankintalain repertuaaria ja väistyvätkö kilpailulainsäädännön säännökset tosiasiallisesti syrjään, jos kuntalaisilla on muita vahvempia oikeuksia tiettyyn kunnalliseen palveluun.

5.2.2 Hankinnan ja hankintayksikön käsitteet

Kunnallisella hankintayksiköllä voidaan tarkoittaa kollegista luottamushenkilöelintä kuten kunnanvaltuustoa, kunnanhallitusta tai lautakuntaa. Viranhaltijoilla on myös pääsääntöisesti tietyt hankintavaltuudet.¹⁶¹⁰ Kuten edellä käsiteltiin, julkisen vallan käsite on laaja ja siihen voi sisältyä mm. pakkokeinojen ja hallintopäätöksien lisäksi hankintojen hallintotoimintaa, joka ei vielä sisällä varsinaista päätöstä¹⁶¹¹. Näin ollen kaikessa hankintatoiminnassa, jossa on kyse julkisen vallan käyttämisestä, pitää olla virkasuhteessa kuntaan¹⁶¹². Hankintavaltuudet riippuvat hyvin pitkälti kunnan koosta ja organisaatiosta sekä siitä, miten ne hankinta- tai hallintosäännössä on määritelty.

Hankinta on määritelty käsittämään tavaroiden ja palveluiden ostamista, vuokraamista ja urakalla teettämistä sekä niihin rinnastettavaa muuta toimintaa. *HankL 6 §:ssä on mainittu hankintayksiköt*, joihin lakia sovelletaan. Pääperiaatteena on, että julkinen orgaani voi vaikuttaa tarpeeksi hankinnoista vastaavan yksikön päätöksiin, jos yksikkö hoitaa tietyt julkisia viranomaistehtäviä¹⁶¹³. Kunnallisen palvelun ulkoistamisessa ensimmäisiä kysymyksiä kyseisen hankintayksikön ja muutoshakumenettelyn kannalta on, mitä oikeudellisia säännöksiä sovelletaan. Hankintalain tarkoittamaan määritelmään sen sovellettavuudesta ei ole tullut muutoksia.

Hankintayksiköitä ovat HankL 6 §:n mukaisesti valtion ja kuntien lisäksi seurakunnat ja kirkot. Toiseksi sellaiset yksiköt, joiden tehtäviin sisältyy vesihuolto, energihuolto, liikenteen harjoittaminen tai teletoiminta. Kolmanneksi julkishallintoon kuuluvat oikeushenkilöt. Neljänneksi hankintalaki koskee mitä tahansa hankinnan tekijää silloin, kun julkiset yksiköt rahoittavat sitä yli 50 prosentilla hankinnasta.¹⁶¹⁴ Kunnan omistama yhteisö, laitos tai yksikkö voi myös olla yhtenä tarjoajana, ja tällöin hankintayksikön määrittelyssä arvioitavaksi tulee toiminnan laatu ja luvanvaraisuus¹⁶¹⁵.

1610 Kalima 2001 s. 49.

1611 Mäenpää 1985 s. 186; Kalima 2001 s. 50–51. Ks myös Kulla 2008 s. 42–43.

1612 Kalima 2001 s. 53.

1613 Kalliomaa-Puha 1992 s. 26; Ks. Forsberg 1998 s. 29; Pekkala 2007 s. 104–105.

Markkinaoikeuden ratkaisussa todettiin, että ympäristö- ja vesilupiin liittyvinä yhteistarkkailuun valtuutettua yhdistystä ei voitu markkinaoikeuden mukaan pitää vanhan hankintalain tarkoittamana yhteishankintayksikkönä. Ks. MAO 45/07. Em. markkinaoikeuden päätökseen viitaten on huomioitava, että hankintayksiköt ovat jaoteltavissa viranomaisyksiköiksi ja julkisoikeudelliseksi laitoksiksi.

1614 Pohjonen 2002 s. 12; Aalto-Setälä ym. 2003 s. 507; Oksanen 2007b s. 13–14. Alkio-Wik 2009 s. 1170–1171.

1615 Ks. Kalima 2007c s. 43.

EU:n hankintadirektiivin (2004/187EY) 1 artiklassa ja erityisalojen hankintadirektiivin 2 artiklassa on todettu, että julkisoikeudellista laitosta pidetään hankintayksikkönä silloin, kun se perustettu tyydyttämään sellaisia yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole kaupallista luonnetta.

Tulkinnallisempi hankintayksikön määrittelylle on HankL 6.1 §:n 5 kohta, jonka mukaan tiettyjen edellytysten täyttyessä lakia sovelletaan, vaikka hankintayksikkönä on yksityinen taho. Tällöin arvioitavaksi tulee, kuinka paljon kunta rahoittaa, tukee ja valvoo yksikköä. Hankintadirektiiviin pohjautuva *hankintayksikön määritelmä on hyvin laaja* ja se voi erityisalojen hankintadirektiivin puolella koskea tiettyssä tapauksissa myös yksityisiä yrityksiä¹⁶¹⁶. Rooman sopimuksen 90 artikla käsittelee julkisia yrityksiä. Ei ole ratkaisevaa, onko kyseessä julkinen yritys, mikä on orgaanin juridinen muoto tai tavoitteleeko se liikevoittoa, vaan oleellista on taloudellisen toiminnan harjoittaminen¹⁶¹⁷. Kunnan tulee rahoittaa yli puolet hankinnasta, jotta julkisen yrityksen yksi tunnusmerkki toteutuisi¹⁶¹⁸. Jotta tietyn orgaanin olisi noudatettava hankintasäännöksiä, pitäisi sen olla perustettu kunnissa yleisen edun nimissä ja tyydyttää niitä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tulkinnan mukaisesti¹⁶¹⁹. Ongelmaksi muodostuu, että käsite yleisen edun nimissä on hyvin laaja, koska eri ulkoistusmuodoissa voi yksityinen orgaani tuottaa tiettyä palvelua yleisen edun nimissä kunnan puolesta.

Kuntiin sovelletaan yksiselitteisesti hankintalakia. Se miksi ulkoistamisen määrittelyssä voidaan monilta osin nojautua HankL 10 §:ään, ilmenee kyseisen kohdan sanamuodoista. HankL 10 §:ssä on todettu:

”Tätä lakia ei sovelleta hankintoihin, jotka hankintayksikkö tekee siitä muodollisesti erillisinä ja päätöksenteon kannalta itsenäiseltä yksiköltä, jos hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa valvoo yksikköä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja jos yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan niiden hankintayksiköiden kanssa joiden määräysvallassa se on.”

1616 Nenonen 2009a s. 975.

1617 Julkisen ja yksityisen yrityksen määritelmästä ks. Kalliomaa-Puha 1992 s. 27–32. Markkinaoikeus tulkitsi tapauksessa vuodelta 1988 hankintayksikön määritelmää SOS-Lapsikylä ry:n hankinnassa. Olennaista tapauksessa oli, että kuntien maksamat hoitomaksut olivat noin 63,4 % yhdistyksen toiminnan kustannuksista ja ne oli annettu vastineeksi SOS-Lapsikylän tarjoamista sosiaalipalveluista. Kysymyksenä oli, voidaanko hoitomaksuja yhdistykselle pitää sellaisena rahoituksena, että yhdistyksen voitiin katsoa lukeutuvan julkishallintoon. Markkinaoikeus oli ratkaisussaan päätenyt siihen, että koska yhdistyksen tuottamat sosiaalipalvelut ja niiden valvonta eivät kohdistuneet hankintoihin vaan palveluihin, yhdistys ei ollut valvonnan osalta sellainen julkisyhteisöön kuuluva oikeushenkilö. Koska rakennushanketta koskeva tuki oli vain alle puolet kustannuksista, ei yhdistystä pidetty tässä mielessä hankintayksikkönä. MAO:88/102. Aalto-Setelä 2003 s. 511–512.

1618 Kalima on todennut, että julkisista hankinnoista annettua lakia säädettäessä ei käsitelty sitä, loukataanko kunnallista itsehallintoa, kun kuntien on noudatettava mm. kilpailuttamismenettelyä hankintoja tehdessään. Hankintalain perustuslainmukaisuutta ei annettu arviotavaksi ollenkaan eduskunnan perustuslakivaliokunnalle. Koska kyseessä on pieni asia kunnallisen itsehallinnon kannalta, ei sitä ole myöskään annettu perustuslain säätämisyjärjestyksessä. Kalima 2001 s. 49; Kalima 2007 c s. 44.

1619 Ks. vuokra-asuntoja myyvien osakeyhtiöiden toiminta (C-237/1999), televerkkojen ylläpito ja telepalveluiden tarjoaminen (C-324/1998) ja talousjätteiden kerääminen ja käsittelyä koskeva asia (C-44/1996).

Ulkoistamisen kannalta keskeiseksi nousee osapuolten välinen sidossuhde: kuinka erillisestä ja itsenäisestä yksiköstä on kysymys sekä millainen valvontamahdollisuus ja -muoto kunnalla on yksikköön.

Ongelmana on kuitenkin sidosyksikköhankinnan määritelmä, koska se on vielä joiltain osin hyvin tulkinnallinen ja perustuu suoraan EY-tuomioistuimen ratkaisusta otettuun muotoon, vaikka lain valmisteluvaiheessa oli esillä myös muita vaihtoehtoja. Hankintalain yksi keskeisin uudistus oli kuitenkin 10 §:n sidosyksikköhankinnan määritelmä, joka antaa kunnalle mahdollisuuden tehdä ja ostaa palveluja suoraan sellaiselta kunnan määräysvallassa olevalta yksiköltä, joka tuottaa valtaosan palveluista kunnalle¹⁶²⁰. Edellä oleva pohdinta soveltuu myös ulkoistamiskäsitteen selventämiseen. HankL 10 §:n tulkintaan nojaten voidaan kysyä, voiko toiminta, joka kuuluu *in house* -hankintamääritelmän sisälle, olla ulkoistamista ja jos voi, minkä asteista.

HankL 10 §:ssä on kysymys siitä, että kunta tilaa palveluja yksiköltä, joka on kunnasta erillinen mutta johon kunnalla samanlainen valvontaoikeus ja -mahdollisuus kuin muihin kunnan toimipisteisiin. Hallintovaliokunnan lausunnossa asiaa ei kuitenkaan nähty näin yksiselitteisenä. Valiokunnan mukaan tilanne tulisi voida nähdä myös siten, että sidosyksikkö tekee hankinnan kuntakonsernin sisällä suoraan kunnalta. Tällöin ei kuntakonsernin näkökulmasta olisi merkitystä sillä, tekeekö kunta hankinnan sidosyksiköltä vai sidosyksikkö hankinnan kunnalta.¹⁶²¹

Etenkin pienemmissä kunnissa kunnanvaltuusto voi olla myös hankintayksikkö, jos hankintapäätöksen tekee kunnanvaltuusto. Pääsääntöisesti kunnanhallitus on kunnissa se taho, joka mielletään oikeudellisessa mielessä hankintayksiköksi. Käytännössä ainakin suurimmissa kunnissa hankinnoista päättävät lautakunnat tai viranomaiset. Sillä mikä toimitus on hankintayksikkö, on merkitystä esimerkiksi silloin, kun tarkastellaan muutoksenhakumahdollisuuksia.

Markkinaneuvostoon (entinen kilpailuneuvosto) tulevien valitusten määrä kuntien kilpailuttamisproesseista on kasvanut huomattavasti viimeisen viiden vuoden aikana. Markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuilla on suuri merkitys, kun kunnallishallinnossa tulkitaan eri tilanteita hankintamenettelyssä. Tämä johtuu osaltaan siitä, että hankinta on käsitteenä laaja ja palvelujen hankintaan kuuluvat kaikenlaiset palvelut.¹⁶²² Hankinnan piiriin ei kuitenkaan kuulu sellainen tuotanto tai työsuoritus, joita hankintayksikkö tekee omana työnä organisaatiossaan¹⁶²³.

Käyttöoikeusurakat on kilpailutettava samalla tavalla kuin rakennusurakat. Käyttöoikeusurakkaa kilpailuttavan kunnallisen hankintayksikön on noudatettava kynnysarvoja normaalisti. Puhtaisiin vuokrasopimuksiin hankintasäännöksiä ei sovelleta.¹⁶²⁴ Esimerkiksi toimitilojen vuokraus ei kaikissa tilanteissa kuulu ollenkaan

1620 Pekkala 2007 s. 37; Eskola–Ruohoniemi 2007 s. 56–59.

1621 HaVL 25/2006 s. 5.

1622 HE 154/1992. s. 12. Vrt. KHO:n päätös siitä, oliko kyse kuntien välisestä yhteistyöstä vai hankintasopimuksesta. Sopimusta pidettiin hankintasopimuksena, koska siihen liittyi taloudellinen riski, sopimusosapuolina olivat erilliset oikeushenkilöt ja se oli luonteeltaan yksityisoikeudellinen. KHO 30.11.2004/3048.

1623 HE 69/1997 s. 16. Esitys koski julkisista hankinnoista annetun lain muuttamista.

1624 Käyttöoikeusurakan ja rakennusurakan ainoa ero on, että rakennustyön korvauksena on mahdollinen käyttöoikeus tai urakkahinnan ja käyttöoikeuden yhdistelmä. Ks. Pohjonen 2002 s. 18–20.

kilpailuttamisvelvollisuuden piiriin. Tällöin on arvioitava hankinnan objektiivista laatua sopimuksen perusteella, kuten seuraavasta tapauksesta ilmenee:

Markkinaoikeus oli päätöksessään Poliisin tietohallintokeskuksen vuokrausasiasta todennut, että keskeistä on se, ilmeneekö tarjouspyynnössä, että kyse on pysyvistä vuokratiloista, rakentaminen tai peruskorjaus tapahtuisi muualla kuin hankintayksikön maalla ja omistusoikeus ei tule siirtymään hankintayksikölle. Markkinaoikeus ei ollut toimivaltainen käsittelemään asiaa, koska tapauksessa on kyse rakennuksen vuokrasopimuksesta, johon ei sovelleta hankintasäännöksiä.¹⁶²⁵

Vaikka toimitilojen vuokrauksiin ei ole pääsääntöisesti sovellettu hankintasäännöksiä, on Kalima todennut, että vuokran sitominen rakennuksen ja tontin investointikustannuksiin siten, että taloudellinen riski tulee kunnalle, vaikuttaa kilpailuttamisvelvollisuuteen. Jos riski jää yksityiselle yritykselle, kyseistä toimintaa ei pääsääntöisesti tarvitsisi kilpailuttaa. Joissain tilanteissa vuokrausvaihtoehto voi myös lähestyä julkista rakennusurakkaa, kuten esimerkiksi silloin, kun rakentaminen toteutetaan alusta saakka kunnan vaatimusten ja tarpeiden pohjalta.¹⁶²⁶ Erityisesti sellaisissa tilanteissa, joissa palvelun sisältö ja tilojen rakentaminen ovat palveluntuottajan tehtäviä, on pystyttävä määrittelemään, liittyykö mahdolliseen ulkoistukseen vuokraelementtiä ja jos liittyy, missä roolissa kunta on ja mihin vuokran määrä sidotaan.

Ongelmia voi myös aiheuttaa se, jos kunta on jo osittaisulkoistanut tietyt toiminnot kunnan omistamalle vuokra- tai elinkeinoyhtiölle. Tällöin on pohdittava, luetaanko kyseisen yksikön toiminta hankintayksikön käsitteen alle ja sovelletaanko edellä mainittuihin toimijoihin hankintalakia. Arvioinnissa keskeisessä roolissa on yhtiön toiminnallinen luonne.¹⁶²⁷ Hankintayksikön määritelmää joudutaan myös arviomaan HankL 6.1 §:n neljännen kohdan kautta. Jos ulkoistettava palvelu kuuluu toissijaisiin palveluihin, kuten sosiaali- ja terveydenhuollon palvelut, koulupalvelut tai liikenteeseen liittyvät palvelut, sovelletaan siihen hankintalakia, vaikka oikeudellinen tulkinta eroaa tietyiltä osin muihin hankintoihin nähden. HankL 8 §:ssä säädetään palveluhankintojen soveltamiseen liittyvistä poikkeuksista. Etenkin ulkoistamisenäkökulmasta pääperiaatteena voidaan pitää, että kaikki hankinnat, jotka eivät ole tavarahankintoja tai rakennusurakoita, ovat palveluhankintoja. Jos hankinnassa on elementtejä tavara- ja palveluhankinnasta, ratkaisevaksi kriteeriksi nousee, kumpi on euromääräisesti suurempi.

Yksi oikeudellinen rajanveto on, missä määrin kunta voi ulkoistaa ilman hankintalaissa mainittuja kilpailuttamisvelvoitteita. Tällöin liikutaan ulkoistamisen kannalta määrittelyn ydinalueella, eli ollaanko päättämässä ulkoistuksesta vai vain oman toiminnan laajentamisesta¹⁶²⁸. Asiaa voitaisiin lähestyä hankintalain hankintayksikkökäsitteestä

1625 MAO 182/03 ja 183/03.

1626 Kalima 2007d s. 91–92, 94. Ks. myös Oksanen 2008 s. 269–272.

1627 Vrt. Eskola- Ruohoniemi 2007 30–31. Ks. Siitari–Vanne 2002 s. 129.

1628 Talousvaliokunnan mietinnössä on todettu, että kuntien sisäiset hankinnat niiden organisaation omilta osastoilta ja yksiköiltä eivät kuuluisi kilpailuttamisvelvollisuuden alle, mutta kuntien liikelaitosten osalta pitäisi aina erikseen arvioida, täyttyvätkö hankinta- ja sidosyksikön välillä määräysvaltaan, valvontaan ja toiminnan pääasialliseen kohdistumiseen liittyvät vaatimukset. TaVM 26/2006 s. 7.

tai kilpailullisista muotovaatimuksista käsin, jolloin on tarkasteltava, tapahtuisiko tietty palvelunosto oikeudellisesti erilliseltä ja päätöksenteon kannalta itsenäiseltä yksiköltä ja mikä on kunnan määräys- ja valvontavallan laajuus kyseiseen orgaaniin¹⁶²⁹. Tarkastelunäkökulma voidaan myös rajata vain osittaisulkoistamisiin, jolloin tarkastelukulma ja lopputulos ovat erilaisia.

5.2.3 Kunnallinen tarjouskilpailu

5.2.3.1 Huomioitavia näkökulmia

Ensiksi kunnan on mietittävä, missä laajuudessa palveluita ostetaan ja mitä laatuormeja niiltä vaaditaan. Kunnalla on monella tavalla valtaa harkita, millaisia kelpoisuusehtoja tarjoajille asetetaan. Liian vaativien kriteerien asettamisessa pitäisi noudattaa varovaisuutta, etenkin jos asia on hyvin tulkinnallinen. Yhtenä esimerkkinä tulkinnallisesta kelpoisuusehdosta on vaatimus vähimmäisliikevaihdosta. Kunnalla on mahdollisuus asettaa vähimmäisliikevaihtovaatimus, jos sille on olemassa hankintaan liittyvä syy. Kelpoisuuden arvioinnin on tapahduttava ennen tarjouspyyntöjen vertailua, kuten seuraavasta KHO:n 23.11.2005 päätöksestä ilmenee:

KHO:2005:78. Kaupungin keskuspalloaseman suunnittelu- ja seurantaryhmä valitsi päätöksellään perusrakojen sijaksi yhtiön B. Kaupunki ja Yhtiö B allekirjoittivat perusrakoa koskevan kirjallisen urakkasopimuksen. Tämän jälkeen kaupungin talo-osasto lähetti tarjouspyynnön kaupungin keskuspalloaseman rakennusurakasta (runkourakka), johon tarjouksen hyväksymisen ehdoksi oli asetettu liikevaihdon vähimmäismäärä. Kaupunginhallitus oli hylännyt yhtiön A urakkatarjouksen, koska yhtiö ei täyttänyt urakkatarjouksen hyväksymisehdoksi asetettua liikevaihdon vähimmäismäärää. Tämän jälkeen kaupunginhallitus päätti valita runkourakan urakoitsijaksi yhtiön C, ja kaupunki ja yhtiö C allekirjoittivat runkourakkaa koskevan kirjallisen urakkasopimuksen. Kaupunki oli perustellut vähimmäisliikevaihtoa koskevan vaatimuksen asettamista sillä, että kyseessä oli melko suuri rakennuskohde ja urakan valmistumisaikataulu oli poikkeuksellisen kiireellinen aikataulu. Tämä on edellyttänyt urakoitsijalta välittömästi käytettävissä olevia resursseja työn aloittamiseksi.

Vähimmäisliikevaihtoa koskeva vaatimus voidaan asettaa vain, jos siihen on erityinen ja hankinnan kohteeseen liittyvä syy. Vaatimuksen asettamisella ei saa pyrkiä tiettyjen tarjoajien sulkemiseen tarjouskilpailun ulkopuolelle, vaan vaatimuksen on kohdistuttava kaikkiin tarjoajiin tasapuolisin ja syrjimättömin perustein. Tarjoajan liikevaihdon jäätyä alle tarjouspyynnössä asetetun vähimmäisliikevaihdon oli lisäksi arvioitava, osoittiko asiassa esitetty muu selvitys tarjoajalla olevan sellaiset edellytykset hankinnan toteuttamiseksi, joiden olemassaolon hankintayksikkö on pyrkinyt varmistamaan¹⁶³⁰.

1629 Ks. TaVM 26/2006 s. 7.

1630 Julkisia hankintoja koskevien säännösten mukaisesti hankintamenettely on kaksijakoinen siten, että julkisista hankinnoista annetun lain 6.1 §:n perusteella tutkitaan tarjoajien kelpoisuus osallistua tarjouskilpailuun ja lain 7.1 §:n perusteella arvioidaan tarjousten paremmuus.

KHO katsoi, että näissä olosuhteissa kaupungilla oli perusteltu syy varmistua urakoitsijan riittävästä suorituskyvystä. Liikevaihto voi osaltaan osoittaa urakoitsijan suorituskyvyn laajuutta ja tehokkuutta. Kaupungilla oli siten hankinnan luonteeseen liittyvä erityinen syy vähimmäisliikevaihtoa koskevan vaatimuksen asettamiselle. Lisäksi ei ilmennyt, että kyseistä vaatimusta asetettaessa tarjoajaa olisi pyritty sulkemaan pois tarjouskilpailuista julkisia hankintoja koskevien säännösten vastaisella syrjivällä tavalla.

Valittajayhtiö ei ole myöskään esittänyt muuta selvitystä, joka osoittaisi yhtiöllä olevan sellaiset edellytykset hankinnan toteuttamiseksi, joiden olemassaolon hankintayksikkö on pyrkinyt varmistamaan asettamalla tarjoajien kelpoisuuden edellytykseksi vähimmäisliikevaihtoa koskevan vaatimuksen. KHO ei muuttanut markkinaoikeuden päätöstä.¹⁶³¹

Kuten KHO:n päätöksestä on nähtävissä, kunta ei voi asettaa sellaisia vaatimuksia, jotka asettavat tarjoajat eriarvoiseen asemaan ja rajoittavat kilpailua. Tarjousten arvioinnissa ratkaisevaa oli se, mitä tarjouspyynnössä oli asetettu vähimmäiskriteeriksi. Vaikka hankintalainsäädäntö ohjaa ulkoistettavan palvelun kilpailuttamisprosessissa, on hyvän hallinnon keskeisillä periaatteilla entistä tärkeämpi merkitys esimerkiksi yhdenvertaisuuden kannalta. Yhdenvertaisuusperiaate voi konkretisoitua ulkoistettavien palvelujen tarjouspyyntövaiheessa. Silloin tilaajan ja palveluntuottajan ei pidä käydä sellaisia neuvotteluja, joiden tarkoituksena on vaikuttaa tarjottuun hintaan.¹⁶³² Ulkoistamisissa kunnan on toisaalta määritettävä hyvin yksityiskohtaisesti tarjouspyynnössä ne kriteerit, joita on noudatettava – kunhan ne ovat tasapuolisia. Oikeudellisesti on ratkaisevaa, mitä hankintailmoituksessa on mainittu, koska tarjouspyyntö vain täydentää hankintailmoitusta¹⁶³³.

Vähimmäisliikevaihdon asettaminen tietylle palveluntuottajalle ei saisi missään tilanteessa vaarantaa tarjoajien tasapuolisuutta tai syrjiä jotakin tarjoajaa. Ensinnäkin vaaditaan, että tarjoaja täyttää tarjouspyynnössä olevat ehdot. Toiseksi tarjoajalta vaaditaan hankintalain mukaan samoja periaatteita kuin oikeustoimilaisissa siten, että tarjoaja pystyy varauksettomasti täyttämään tarjouspyynnössä vaaditut kohdat ja kunta voi hyväksyä tarjouksen. Ellei kunta pysty suoraan hyväksymään tarjousta tai niissä olevia ehtoja, joutuu kunta sulkemaan tarjoajan pois tai käynnistämään neuvottelumenettelyn tarjoajien kanssa¹⁶³⁴.

1631 Ensi vaiheessa hankintayksikkö arvioi, onko tarjoajalla tekniset, taloudelliset tai muut edellytykset hankinnan toteuttamiseksi. Jos tällaisia edellytyksiä ei ole, hankintayksikkö voi sulkea tarjoajan pois tarjouskilpailusta. Tämän jälkeen suoritetaan tarjousten vertailu niiden tarjoajien tekemien tarjousten kesken, joita ei ole suljettu pois tarjouskilpailusta.

1632 Kalima 2001 s. 118–121, 126–127. Vrt. Ryynänen 1991a s. 127.

1633 HE 50/2006 s. 86. Toisaalta hankinnat voidaan jakaa kynnysarvon ylittäviin ja alittaviin hankintoihin. Ilmoittamisvelvollisuus laajentui myös kaikkiin kynnysarvon ylittäviin hankintoihin, mutta kansallisissa kynnysarvon alittavissa hankinnoissa menettely olisi joustavampaa. HE 50/2006 s. 33. Kansalliset kynnysarvot mainitaan HankL 15 §:ssä ja EU:n kynnysarvot HankL 16 §:ssä. Jos ulkoistettava toiminta jää EU-kynnysarvojen alle, on kunnalla mahdollisuus määritellä tarjouksen tekemiselle määräaika. EU-kynnysarvon ylittävissä ulkoistuksissa kunnan ei ole mahdollista määritellä määräaikoja itse. EU-kynnysarvojen alittavissa kilpailutuksissa ajan on oltava tarjoajalle kohtuullinen. Ks. KHO:1998:39.

1634 Ks. KM 1990:20 s. 145.

Kunta voi myös ulkoistaa tarjouskilpailun järjestämisen eli kilpailuttaa hankinnat yhteishankintayksikön kautta tai toimeksiantosopimuksella. Tosin kunnallisen yhteishankintayksikön kautta tavaroita ja palveluita voivat ostaa ainoastaan omistajajäsenet. Kunta ei saa toimeksiantosopimuksella kiertää julkisiin hankintoihin liittyvää lainsäädäntöä, vaan toimeksisaajan on noudatettava samoja säännöksiä ja periaatteita kuin kunnan.¹⁶³⁵

Uudet kynnysarvot ja tarkemmat muotosidonnaisuudet tuovat kunnallisten palvelujen ulkoistamiselle erityisiä uusia vaatimuksia, etenkin jos tarjoajia on paljon ja laatu- ja hintaerot ovat pieniä. Kynnysarvon alittavat hankinnat eivät ole niin muotosidonnaisia kuin kynnysarvon ylittävät hankinnat, jotka on ilmoitettava.¹⁶³⁶ HankL 68.1 §:ssä vaaditut ilmoitukset on julkaistava JulkHankL annetun asetuksen 4 §:n mukaisesti sähköisesti julkisten hankintojen Internet-osoitteessa. Hankintailmoituksesta pitää ilmetä kaikki hankinta-asetuksen 5 §:n mukaiset tiedot. EU-kynnysarvojen ylittävissä hankinnoissa vaaditaan laajempaa ilmoittamisvelvollisuutta, koska niiden kilpailuttamisesta pitää laatia ja julkaista ennakoilmoitus, hankintailmoitus ja jälki-ilmoitus¹⁶³⁷. Kunnallisen hankintayksikön on myös palveluja kilpailuttaessaan kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa jätettävä ennakoilmoitus ja jälki-ilmoitus.

Kynnysarvon ylittävissä tavara- ja palveluhankinnoissa käytetään usein avointa ja rajoitettua menettelyä. Kynnysarvon ylittävät hankinnat ovat sen alittaviin hankintoihin nähden tarkemmin säännöstyjä, ja hankintamenettelyn valinta ja kohde korostuvat.¹⁶³⁸

*KHO 27.10.1997/2703. Hankinnan jaksottaminen, myöhäistäminen tai laajentaminen ilman uutta kilpailutusta voi olla monelta osin ongelmallista. Hallinto-oikeus otti kantaa siihen, että Helsingin kaupunki oli hankkinut toimittajiltaan määrällisesti ja ajallisesti laajemmin kuin oli alun perin sovittu. KHO oli todennut, että sopimuksen kohteen laajennus oli tulkittava julkisesta hankinnoista annetun lain tarkoittamaksi hankinnaksi.*¹⁶³⁹

Kunnan sisäisen valvonnan ja talous- ja hankintaprosessien selvyiden ja tarkastuksen kannalta pitäisi aina olla edes jonkinlainen dokumentointijärjestelmä¹⁶⁴⁰, josta ilmenisi vähintään, mitä on tilattu ja kenen hyväksynnällä. Muuten repressiivinen sisäinen ja ulkoinen valvonta eivät pysty selvittämään tapahtumaketjuja.

1635 HE 154/1992 s. 13; HE 69/1997 s. 16–18.

1636 Julkisia hankintoja koskeva ilmoittamisvelvollisuus on pakottavaa lainsäädäntöä. Kilpailuneuvosto on päätöksissään katsonut, että hankintailmoituksen ilmoittamatta jättäminen johtaa siihen, että koko tarjouskilpailu tulee aloittaa uudelleen, ellei hankintailmoitusta ole hankintalain mukaisesti ilmoitettu virallisessa lehdessä. Eri EU:n hankintamenettelyn määräajoista on tietyt vähimmäismääräajat kullekin menettelylle. Ks. Eskola–Ruohoniemi 2007 s. 198. Vrt. HE 69/1997 s. 15–16.

1637 Hankinta-asetuksen 8 §:ssä on määritelty hankintailmoitus ja 10 §:ssä ennakoilmoitus. Hankintalain ja erityisalojen jälki-ilmoitus on mainittu 11 §:ssä.

1638 Kalima 2007d s. 66–67; Kalima 2001 s. 123.

1639 Ks. myös KHO:2009:88.

1640 Kuntien yleisessä hankintaohjeessa on mainittu, että tietyissä kiireellisissä tapauksissa kynnysarvon alittavat hankinnat tarjouspyyntöineen voidaan tehdä suullisesti, mutta ne olisi hyvä kuitenkin myöhemmin laatia kirjalliseen muotoon. Ks. Oksanen 2007b s. 43.

Rajoitetun menettelyn käyttämisen peruste on myös, jos avoimessa menettelyssä tarjoajia on niin paljon, että kunnalla ei ole resursseja kohtuullisessa ajassa suoriutua kilpailuttamisesta ja se vaarantaisi kilpailuttamisprosessin asianmukaisen ja tasavertaisen kohtelun. Jos taas kunta ei ole saanut yhtään tarjouspyynnön mukaista tarjousta, ei saa hyväksyä tarjouspyynnön vastaista tarjousta vaan on siirryttävä neuvottelumenettelyyn tai järjestettävä uusi tarjouskilpailu.¹⁶⁴¹ Jos tarjouspyynnön mukaisia tarjouksia ei ole saapunut, on mietittävä, onko tarjouspyynnöt lähetetty mielekkäissä kokonaisuuksissa, jotta kilpailua syntyisi¹⁶⁴². Tällöin kunta voi joutua miettimään, olisiko tarkoituksenmukaista jakaa palvelu pienemmiksi osa-alueiksi, jolloin myös pienempien yritysten kynnys voi madaltua. Tietyn palvelun jakaminen useamman tarjoajan kanssa aiheuttaa tosin uusia haasteita esimerkiksi tuotteistuksen ja rajapintojen kohdalla.

Kun tavara- ja palveluhankintasopimus jaetaan osiin, jokainen yksittäinen sopimus on huomioitava koko sopimuksen hintaa laskettaessa. Jos hankinnalle ei pystytä laskemaan tarkkaa hintaa tarjouspyyntihetkellä, tulee sen perustua senhetkisiin arvioitaviin tosiseikkoihin. Ennakoarviossa on huomioitava tarjouspyynnölle asetettavat yksityiskohtaisuuden ja täsmällisyyden vaatimukset.¹⁶⁴³ Kaikkiin ulkoistamisiin liittyy pilkkomiskielto, ellei jokaista osakokonaisuus kilpailuteta erikseen säännösten vaatimalla tavalla. Kunta ei voi myöskään kasvattaa tavaroiden ja palveluiden arvoa siten, että ne jäisivät säännösten ulkopuolelle.¹⁶⁴⁴ Ulkoistamisen kokoon liittyy toiminnallisia ja oikeudellisia näkökulmia, joita ei voida käsitellä täysin irrallisina asioina. Oikean kokoinen ulkoistus on toiminnallisesti ja oikeudellisesti kunnalle yksinkertaisempi valvoa ja ohjata kuin liian pieni, pirstaleinen tai epäselvä kokonaisuus, jossa yksityisen ja julkisen tuottamia palveluja ei voida selvästi erotella. Oikeudellisten vastuukysymysten lisäksi tähän liittyvät myös taloudelliset näkökulmat.

Neuvottelumenettely käyttö voi monissa pienissä tai poikkeuksellisen vaativissa ulkoistuksissa olla yksi keskeinen menettelymuoto. Säännökset neuvottelumenettelystä ovat kuitenkin hyvin tulkinnallisia, ja neuvottelumenettelyjen rooli ja muodot ovat lisääntyneet uuden hankintalain myötä. HankL 15 §:ssä on määritelty kynnysarvot, jotka ovat jaoteltavissa kolmeen ryhmään hankinnan koon mukaan. Ulkoistamiseen

1641 Ks. Kalliomaa-Puha 1992 s. 65; Pohjonen 2002 s. 46–47. Em. perusteet ovat pääperiaatteiltaan samanlaiset myös uudistetussa hankintalaissa (348/2007). HankL 5.1 §:ssä kohdan 12 neuvottelumenettely eroaa kohdan 13 kilpailullisesta neuvottelumenettelystä. Lisäksi yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että jos hankintayksikkö on vahvistanut rajoitetussa menettelyssä valintakriteereihin liittyvät säännöt, joita tullaan käyttämään, on ne kerrottava ilmoituksessa tai tarjouspyynnössä.

1642 Kunnalla on kuitenkin mahdollisuus oikeuskäytännön mukaan tehdä muutoksia hankinnan sisältöön, niin että muutetut tai täsmennetyt tarjoukset vastaavat todellisuudessa muutoksia eikä näillä muutoksilla loukata ketään tarjoajaa ja niihin on olemassa objektiiviset syyt. Ks. Pohjonen 2002 s. 82.

1643 Alkio–Wik 2009 s. 1133. Ks. myös ennakoitun arvon laskemisen periaatteista Alkio–Wik 2009 s. 1111–1113. Kokonaisarvon laskeminen voi olla monimutkaista, ja yksinkertaisemmissakin tapauksissa tarjousten pyytäjällä ja mahdollisella tarjoajalla voi olla hyvin erilaiset näkemykset hankinnan arvosta. Ks. MAO 264/06.

1644 Kalima 2007d s. 70. Kilpailuneuvoston ratkaisuisa on kuitenkin kiinnitetty huomiota kilpailun aikaansaamiseen niin, että kuntien on myös palveluja hankkiessaan mietittävä, kuinka suurina osina palvelua pyydetään, koska samaan aikaan joudutaan punnitsemaan, miten saadaan suuret ja pienemmät tarjoajat kiinnostumaan tietynlaisista palvelukokonaisuuksista. Pohjonen 2002 s. 76–77.

liittyvän kilpailuttamismenettelyn kannalta on ratkaisevaa, kuuluko hankinta kansalliset kynnsarvot ylittävien vai EU-kynnsarvot ylittävien hankintamenettelyjen piiriin. Kansalliset kynnsarvot alittavissa ulkoistamisissa neuvottelumenettely on mahdollista ilman erityistä syytä. Kansalliset kynnsarvon ylittävissä mutta EU:n kynnsarvon alittavissa hankinnoissa se on sallittu HankL 25.2 ja 66 §:ien mukaan, jos siitä ilmoitetaan etukäteen, jolloin sitä pidetään omana valintamenettelynä, tai jos neuvottelumenettelyyn siirrytään HankL 65 ja 25 §:ssä mainittujen edellytysten täytyessä.¹⁶⁴⁵ Neuvottelumenettelyyn on mahdollista siirtyä myös, jos kaikki tarjoukset ylittävät olennaisesti kunnan talousarviossa olevat määrärahat ja ulkoistaminen pitäisi toteuttaa supistetussa tai muutetussa muodossa¹⁶⁴⁶.

Kansallisen kynnsarvon ylittäviin mutta EU:n kynnsarvon alittaviin hankintoihin kuuluvat myös hankintadirektiivin ja hankintalain liitteen B ns. toissijaisia hankintoja koskevat palvelut, joihin kuuluvat terveydenhoito- ja sosiaalipalvelut, avustavat kuljetuspalvelut ja koulutuspalvelut¹⁶⁴⁷. Aina ei kuitenkaan ole yksiselitteistä, *kuuluuko tietty terveydenhuoltopalvelu hankintalain ns. toissijaisiin palveluihin*. Tällöin voi esimerkiksi sairaankuljetuksissa joutua tarkastelemaan, mikä osuus on siirtokuljetusta ja mikä osa itse hankintalaissa mainittua liitteen B mukaista toissijasta palvelua. Kilpailutettavan palvelun kategorisointi voi aiheuttaa ongelmia ainakin tietyissä rajatapauksissa, jolloin tietyn hankintamenettelyn valinnalla ei ole oikeudellisia perusteita.

Kunnissa noudatettavien hyvän hallinnon periaatteiden ja hallintolain tasapuolisuuden ja syrjimättömän kohtelun periaatteet ovat joiltain osin samanlaisia kuin hankintaprosessissa sovellettavat periaatteet. Hankinnan pilkkominen on kynnsarvot ylittävissä hankinnoissa periaatteessa aina kiellettyä, etenkin jos sillä pyritään väistämään kilpailuttamisvelvollisuutta. Kynnsarvot alittavissakin hankinnoissa se saattaa olla kiellettyä, etenkin jos esimerkiksi harkintavaltaa käytetään väärin.¹⁶⁴⁸

Kilpailuttamismenettelyn keskeyttämiseen pitää olla asialliset ja hyväksyttävät syyt, kuten seuraavasta tapauksesta ilmenee.

*Kaupunki oli irtisanonut sopimuksen asumispalvelujen tuottamisesta. Kun neuvottelut eivät edenneet liian korkean hinnan takia, kaupunki oli tehnyt päätöksen tuottaa kyseiset palvelut itse. Kaupunki oli jo kuitenkin aloittanut neuvottelumenettelyn hakijan kanssa, ja sen keskeyttämistä piti tulkita HankL 5 §:n (1505/1992) mukaisesti. Kilpailuneuvosto katsoi, että neuvottelumenettelylle oli erityiset syyt ja lisäksi keskeyttämiselle oli asialliset perusteet, koska neuvottelumenettely ei ollut tuottanut toivottua tulosta ottaen huomioon talousarviossa varatut määrärahat.*¹⁶⁴⁹

1645 Kunnallisella hankintayksiköllä oli myös mahdollisuus mennä suoraan neuvottelumenettelyyn, jos se voi vedota äärimmäiseen kiireeseen, jonka on kuitenkin johduttava muusta kuin kunnallisen hankintayksikön omasta toiminnasta. Kiireellisen hankinnan on perustuttava todellisiin syihin, ennakoimattomuuteen ja kiireellisen hankinnan tekemisen tärkeyteen. HE 69/1997 s. 17. Lain sisältö on sama, mutta neuvottelumenettely ja suora hankinta ovat nykyisessä laissa. Vrt. HE 50/2006 s. 110–111.

1646 Oksanen 2007b s. 36–37.

1647 Kalima 2007d s. 75–76. Ks. myös Lukkarinen 2007 s. 112, 117.

1648 Kalima 2001 s. 66.

1649 Kilpailuneuvoston päätös 25.6.1998. Ks. myös Kalima 2001 s. 93.

Palveluntuottajien vähäisyys voi ulkoistuksissa määrätä myös kilpailuttamisen menettelymuodon tai johtaa menettelyn vaihtamiseen, jos sille on perusteita. Toisaalta jos kunta on päättänyt ulkoistaa tietyn toiminnan ja hakee avoimesti ja aktiivisesti palveluntuottajia, pääsääntöisesti tarjoajat aktivoituvat ja ovat kiinnostuneita tarjoamaan kyseistä palvelua. Asia liittyy myös valmisteluun, koska palveluja ulkoistavan kunnan pitäisi jo etukäteen kartoittaa, onko palveluntuottamiselle toimivia markkinoita – oikeudellisesti tämä koskee ulkoistusmuotoa ja oikean kokoisen palvelun osan kilpailuttamista. Kilpailuttamisen menettelyn oikeudellista hallintaa helpottaa myös se, että kunta on esimerkiksi palvelustrategiassaan linjannut poliittiset linjat ja vaihtoehdot, jolloin itse ulkoistamisen kilpailuttamisessa pystytään noudattamaan ainoastaan oikeudellisia näkökulmia.

5.2.3.2 Valinta- ja poissulkemiskriteerit

Valinta ja poissulkeminen pohjautuvat suoraan ulkoistamista koskevan tarjouspyynnön sisältöön. Ulkoistettavalta palvelulta vaadittavien ominaisuuksien ja laatu-tekijöiden oltava selvillä ennen tarjousten pyytämistä. Jos jostain syystä tarjouksen sisältöä ja kriteerejä joudutaan tarkentamaan, on tarkennuksia pyydettyä yhdenvertaisuusperiaatteen mukaisesti kaikilta tarjouskilpailuun osallistuvilta¹⁶⁵⁰. Tarjouksen jättäjällä on myös velvollisuus perehtyä riittävästi tarjoukseen, eikä tarjouksen tarkennusten syynä voi olla tarjoajan laiminlyönti tarjouksen valmistelussa.

Tarjoajan poissulkemisesta tai lisäselvitysten pyytämisestä on säädetty hyvin yksityiskohtaisesti hankintalaissa. Tällöin tulee myös tarkastella, lukeutuuko ulkoistamisen arvioitu loppusumma kansallisen kynnyksarvon ylittäviin vai alittaviin vai EU:n kynnyksarvot ylittäviin hankintoihin¹⁶⁵¹. Tarjouspyynnön kannalta olennaista on, että arviointikriteerit ja niiden tärkeysjärjestys on ilmoitettu selkeästi. Tärkeysjärjestyksen pitäisi olla tiedossa myös kynnyksarvot alittavissa tarjouspyynnöissä.¹⁶⁵²

Isommissa hankinnoissa, joissa kohteena on tietyn palvelun ulkoistaminen, kriteerinä pitäisi olla myös palveluiden laatu- ja näkökulma, ja sen mukaisesti arviointikriteereille pitää antaa tietty painoarvo. HankL 62 ja 72 § antavat tähän hyvän mahdollisuuden. Kunnan on huolehdittava siitä, että laatu- ja kriteerit käyvät selvästi ja ymmärrettävästi ilmi tarjouspyyntiasiakirjoista. Laatu- ja kriteereitä ei saa asettaa keinotekoisesti korkeammaksi kuin ulkoistettava toiminta todellisuudessa vaatii¹⁶⁵³. Näin vältetään mahdolliset ristiriidat ja liian suuret erot palvelujen laatu- ja kriteereissä. Toisaalta palvelujen ulkoistamisissa laadun määrittely ja siihen liittyvien mittareiden oikeellisuuden ja oikeudellisten näkökulmien huomioiminen on hyvinkin haastava tehtävä.

Tarjoaja voi tulkita yksinkertaisiakin tarjouspyyntöjä väärin, jolloin kunta voi joutua hylkäämään koko tarjouksen. *Oikeustapauksissa on vahvistettu tarjouspyynnön merkitystä*. Osapuolten on pääperiaatteellisesti noudatettava sitä kilpailuttamisproses-

1650 Kalima 2007 e s. 208. Tasapuolisuutta ja syrjimätöntä kohtelua on painotettu myös oikeuskäytännössä. Ks. markkinaoikeuden päätökset. MAO 15/07; MAO 96/06.

1651 Kansallisia kynnyksarvoja ylittäviä ulkoistuksia säännellään HankL 71 §:ssä, EU:n kynnyksarvon ylittäviä ulkoistuksia säännellään lain 52–95 §:issä.

1652 Eskola–Ruohoniemi 2007 s. 241–242. Vrt. HE 69/1997 s. 19–20.

1653 Ks. Oksanen 2007 b s. 25.

siin ajan¹⁶⁵⁴ ja panostettava sen laadintaan sekä toimittava muutenkin huolellisesti.¹⁶⁵⁵ Seuraavassa perusterveyshuollon palveluiden ulkoistamisessa oli kysymys siitä, onko kilpailuttamisessa menetely väärin. Esimerkistä käy myös hyvin ilmi, kuinka tarkasti hankintayksikön on panostettava tarjousvertailun pisteytystapaan sekä kelpoisuuden ja erityisesti laadun arviointiperusteisiin.

Kouvolan seudun kansanterveystyön kuntayhtymä oli vuonna 2006 ulkoistamassa avoterveydenhuollon vastaanottopalveluja ja perusterveydenhuollon päivystyspalveluja ajalle 1.2.2007–31.1.2009. Ulkoistuksen vuosihinta oli noin 4,5 miljoonaa euroa. Kuntayhtymän hallitus oli valinnut palvelun toimittajaksi yritys X:n. Yritys Y oli vaatinut, että markkinaoikeus poistaa hallituksen päätöksen ja velvoittaa kuntayhtymän korjaamaan virheellisen menettelyn. Toissijaisesti hakija oli myös vaatinut kuntayhtymää maksamaan hyvitysmaksua 2 051 177 euroa.

Tarjouspyynnössä oli todettu, että valintaperusteena pidetään kokonaistaloudellisesti edullisinta tarjousta. Tämä jakautuu siten, että kokonaiskustannusten osuus oli 51 prosenttia ja toiminnan laadun ja henkilöstöjärjestelyjen 49 prosenttia. Laadun kriteereiksi oli ilmoitettu kahdeksan kohtaa, joille kullekin kohdalle oli oma painoarvo. Tarjousvertailun muistiossa oli myös pisteytyksen sanalliset perustelut.

Markkinaoikeus totesi, että kuntayhtymän pisteytystapa, jossa parhaalle tarjoukselle annetaan laadunarviointiperusteiden osalta täydet pisteet ja toiselle tarjoukselle subteessa vähennetyt pisteet, oli tarjouspyynnön ja hankintasäännösten mukainen. Lisäksi tarjouspyynnössä oli selvästi ilmoitettu hankinnan arviointiperusteet, mukaan lukien laatu ja siihen liittyvät painoarvot. Markkinaoikeus totesi että tarjousvertailun hankintasäännösten mukaisuutta arvioitaessa keskeisenä on pidettävä sitä, mitä tarjouspyynnössä on esitetty ja millaisen käsityksen tarjoajat ovat siihen pohjautuen voineet saada tarjousvertailuun vaikuttavista tekijöistä ja niiden merkityksistä. Toisaalta tarjousten vertailuperusteissa markkinaoikeus viittasi Euroopan yhteisöjen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan luettelomaista referenssilistaa, josta ei esitetty tarkempia selvityksiä siitä, mitä palvelun tuottaja on asiakkaille toimittanut, ei ole mahdollista pitää riittävänä perusteena tarjouksen valinnalle.

Kuntayhtymä oli perustellut valintaansa sillä, että lähete- ja kustannus seuranta oli parempi ja laadunhallintajärjestelmä oli monipuolisempi ja selkeämpi. Voittaneelle tarjoajalle oli myönnetty tietyille asemille ISO 9001 -sertifikaatti joidenkin palvelujen osalta. Hakijan toimintasuunnitelmassa oli myös todettu, että toiminta perustuu ISO 9000 -standardisarjan mukaiseen laatujärjestelmään, mutta tarjouksesta ei käynyt ilmi, että sille olisi myönnetty kyseistä sertifikaattia. Tarjouksen perusteella voittaneella x yrityksellä oli laajempi kokemus kokonaisvaltaisesta ulkoistamisesta. Lisäksi laatumittareissa ja seurantajärjestelmissä oli ollut eroja hakijan ja voittaneen

1654 Salon kaupunki oli tarjouspyynnössä pyytänyt kuntalain mukaisia tilintarkastuspalveluja 40 päivää, jotka oli erikseen luokiteltu JHTT-tarkastajan tasoisiksi. Tarjoaja oli antanut JHTT-tarkastajan tasoisia työpäiviä 10 ja avustavan tarkastajan työpäiviä 30. Kilpailuneuvosto päätti, että hakijan tarjous oli olennaisesti erilainen kuin tarjouspyynnössä ja kunnan olisi pitänyt hylätä se ennen tarjousten vertailua. Kilpailuneuvoston päätös 30.3.2001. Ks. myös KPMG:n julkaisu 2001 s. 41–49.

1655 Pohjonen 2002 s. 73, 96.

*tarjousten välillä ja kuntayhtymällä on ollut harkintavaltaa ottaa ne tarjousten vertailuissa huomioon. Markkinaoikeus totesi perusteluissaan, että kuntayhtymällä oli harkintavaltaa sovellettavien kokonaistaloudellisten edullisuuden arviointiperusteiden ja painotusten asettamisessa. Tarjousten vertailu oli suoritettu tarjouspyynnön ja hankintasäännösten mukaisesti. Hankintayksikkö ei ollut menetellyt HankL 9 §:ssä tarkoitettujen oikeusohjeiden vastaisesti, ja täten hakijan vaatimus hylättiin.*¹⁶⁵⁶

Kunnallisen hankintaviranomaisen tulee aina palveluja kilpailuttaessa varmistaa ennen valintatilannetta, että kukin tarjoaja täyttää tarjoukseen laitetut vaatimukset. Sellainen tarjoaja, jota ei voida hyväksyä teknisten tai taloudellisten syiden takia tai jolla ei ole edellytyksiä toteuttaa hankintaa, voidaan jättää pois tarjouskilpailusta.¹⁶⁵⁷ Erityisesti lakisääteisten palvelujen kilpailuttamisessa kuntien pitää lisäksi tarkistaa, onko muita yhteiskunnallisia velvoitteita ja lakeja noudatettu. Kunnalla on mahdollisuus sulkea tarjouskilpailusta joku tarjoaja pois mutta vain riittävän painavin perustein.¹⁶⁵⁸ Tämä on tärkeää esimerkiksi sellaisten sosiaali- ja terveystalouden tuottajien osalta, jotka tuottavat kunnan päivähoito- tai vanhustalouden palveluita. Kunnan on aina pystyttävä itse osoittamaan, mitkä ovat asialliset hyväksyttävät ja objektiiviset syyt tarjouskilpailun keskeyttämiselle tai tarjouksen hylkäämiselle.¹⁶⁵⁹

Hankintalaki antaa mahdollisuuden sulkea pois sellainen tarjoaja, jolla ei ole taloudellisia tai teknisiä valmiuksia hankinnan suorittamiseksi, mutta se millä muilla perusteilla kunta voi keskeyttää hankinnan, on hyvin tulkinnallista. Tarjousta ei pidä hylätä sellaisilla kriteereillä, joita ei ole vaadittu tarjouspyynnössä. Kunnalla on kuitenkin velvollisuus hylätä tarjous, jos se ei ole tarjouspyynnön mukainen. Oikeuskäytännössä on mainittu, että hankinnan voi perustellusta syystä keskeyttää. Se kuinka vähäisestä syystä hankinnan voi keskeyttää tai yksittäisen tarjouksen voi hylätä, voi olla hyvin tulkinnanvaraista.¹⁶⁶⁰

Tarjoajien kelpoisuutta täytyy arvioida monesta näkökulmasta¹⁶⁶¹. Perustellusta syystä kunnalla on mahdollisuus jättää joku tarjoaja hankintamenettelystä pois, jos se ei ole suorittanut veroja tai sosiaaliturvamaksuja. Muita syitä tarjouskilpailusta pois ottamiselle voivat olla konkurssi ja selvitystilä. Kunnalla on oikeus, mutta ei velvollisuutta, sulkea tarjoaja pois tarjouskilpailusta velkajärjestelyn tai yrityssaneerauksen takia. Jos tarjoaja on syyllistynyt lainvastaiseen tekoon tai tehnyt virheen ammatinharjoittamisessa, voi kunnalla olla oikeus sulkea se tarjouskilpailusta. Keskeiseksi kriteeriksi lainvastaisessa teossa tai virheessä ammatinharjoittamisessa on, miten kyseiset

1656 MAO 300/08.

1657 HankL 53–54 §:ien mukaan tarjoaja voidaan sulkea hankintamenettelystä pois tai asiaa pitäisi erityisen huolella selvittää, jos tarjoaja on selvitystilassa tai tuomittu, jättänyt veroja tai sosiaalimaksuja maksamatta tai ei ole antanut oikeita tietoja. Muita syitä poissulkemiselle ovat mm. tarjoajan konkurssi-, velkajärjestely- tai velkasaneerausohjelma.

1658 HE 69/1997 s. 19.

1659 Ks. HankL 5 §, 52–55 §. Ks. myös Kilpailuneuvoston päätös 26.1.2001, joka koski Hämeenlinnan ammatillista aikuiskoulutuskeskusta.

1660 Mononen 2008 s. 40. Ks. Kalima 2001 s. 110–111.

1661 Ks. KHO:n päätös, joka koski virheellistä menettelyä julkisessa hankinnassa. Hankintayksikkö ei tehnyt riittävää eroa tarjoajien kelpoisuuden tutkimisen ja tarjousten kokonaistaloudellista edullisuutta koskevan arvioinnin kesken. KHO:2003:89.

teot liittyvät toimittajaan ja kuinka vakavasta virheestä on kysymys. Monesti tarjoajan poissulkemista joudutaan punnitsemaan tarjouspyynnön lähtökohdista.¹⁶⁶²

Kunnallisessa päätöksentekoprosessissa ongelmaksi voi tulla myös se, että jo hyväksytyä ja aloitettua kilpailuttamisprosessia ei viedä loppuun tai kolleginen luotamushenkilöelimiin ei halua hyväksyä tarjouksia. Tällöin tarjousten hylkäämiselle täytyy olla asialliset syyt, eivätkä ne saa syrjiä ketään.¹⁶⁶³ Kunnallisen hankintayksikön on pystyttävä näyttämään toteen, että hankinnan keskeyttämiselle on olemassa riittävän painavat ja hyväksyttävät perusteet. Tällaisia tekijöitä on mm. todellisen kilpailutilanteen puuttuminen (tarjoajia on vain yksi) tai se, että ulkoistettuun palveluun ei ole talousarviossa varattu tarjouksien mukaista määrärahaa.¹⁶⁶⁴ Oikeuskäytännössä on tapauksia, joissa hankinta on voitu keskeyttää sillä perusteella, että resurssit eivät riitä kyseiseen hankintaan tai hankinta on edullisempaa tehdä omana työnä¹⁶⁶⁵.

Kunta voi vain asianmukaisella ja hyväksyttävällä syyllä luopua kilpailutuksesta kesken prosessin ja alkaa tehdä kilpailutettua toimintaa omana työnä. Tällä ennalta ehkäisevällä menettelyllä voidaan välttyä esimerkiksi korvauksilta, joihin kunta voi olla velvoitettu, jos mielipiteet palveluntuotantotavoista muuttuvat kesken hankintaprosessin. Kilpailuttamisesta poikkeava menettely on etenkin kansallisen kynnyksarvon ylittävissä hankinnoissa perusteltavissa huolellisesti, koska näyttö kilpailuttamisvelvollisuudesta poikkeamisen syistä on hankintayksiköllä.¹⁶⁶⁶

Etenkin uusilla toimijoilla tai aggressiivisesti markkinaosuutta kasvattavilla yrityksillä on taipumus hinnoitella toimeksianto minimiin, etenkin jos hinta on tarjouspyynnössä määrävänä tekijänä. Jos kunta ei ole tehnyt tarjouspyyntöä tarpeeksi yksityiskohtaisesti, voidaan kaikista pienistä tulkinnallisuuksista joutua maksamaan lisää. Tarjoaja on sopimusoikeudellisesti vastuussa tarjouksen täyttämistä, eikä kunnilla ole aina mahdollisuutta tarkistaa kyseisen palvelusopimuksen kannattavuutta.

Ulkoistamisissa törmätään käytännössä hyvin suuriin hintaeroihin. Ongelma liittyy myös edellä käsiteltyyn poissulkemiseen mutta toisaalta suuri *hintaero on myös nähtävä juridisesti paljon laajempänä asiana*. Poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen hylkäämisperusteet pohjautuvat hankintadirektiivin 55 artiklaan, ja HankL 63 §:ssä on asiasta säädetty. Alhainen hinta ei sinänsä ole epämääräisen peruste, vaan kunnan on noudatettava tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua joka tilanteessa.

1662 Aalto-Setälä ym. 2003 s. 593–597. Mahdollisen tarjoajan poissulkemisessa on kunnan tarkastettava asiaa niin, että tarjoajien tasapuolisuus tai syrjimättömyys ei vaarannu. Ks. MAO 357/07. Toisaalta jos tarjoaja erehtyy olennaisesti kustannusarviossaan ja viipymättä ilmoittaa siitä, ei tarjous sido tarjoajaa. KKO 1968 II 33.

1663 Hankinnan peruuttamisen syynä voi esimerkiksi olla se, että tarjoukset tulevat kunnalle liian kalliiksi. Tällöin on kuitenkin luovuttava hankinnasta tai muutettava hankinnan sisältöä uudelleen edullisemmaksi. Hankinta voidaan hylätä myös yleisillä sopimusoikeudellisilla periaatteilla. Tämä tarkoittaa lähinnä sitä, että tarjous on virheellinen, vajavainen tai ei ole saapunut määräajassa tai hinta on liian korkea. Ks. Narikka 2008 s. 278; Alkio–Wik 2009 s. 1148.

1664 Aalto-Setälä ym. 2003 s. 580.

1665 Ks. KHO:2006:47; MAO 76/07.

1666 Pohjonen 2002 s. 79. Usein vedotaan mm. kiireeseen tai siihen, että hankintayksikkö tuntee markkinat. Kalima 2001 s. 114–116.

*KHO:2001:57. KHO on päätöksessään todennut, että hankintayksikön toimia on arvioitava niin, että tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden edellytykset täytyvät julkisesta hankinnoista annetun lain mukaisesti. Huomattavasti halvempaa tarjousta ei saa jättää tarjousvertailuun ulkopuolelle, vaan on pyrittävä arvioimaan ja selvittämään, mikä on tarjouksen todellinen hinta ja toteuttamiskelpoisuus.*¹⁶⁶⁷

Kunnan on hyvin vaikeata lähteä näyttämään toteen alihinnoittelua, ellei kyse ole suoranaisesta subventiosta, heikosta laadusta tai virheistä. Kunnan on myös hyvin vaikea reaalisesti saada tieto subventoinnista. Ristisubventoinnin ongelmat voidaan tilaajan eli kunnan näkökulmasta tiivistää informaatio-ongelmaan ja kustannuslaskennan valvontaongelmaan.¹⁶⁶⁸

Kun valitaan kunnallisille palveluille tuottajaa, on varottava, että tarjoajan, suunnittelijan tai konsultin roolit eivät mene sekaisin. Tiettyjen paikallisten tarjoajien tai valtakunnallisten yritysten neuvonanto ei saa muodostua muita tarjoajia syrjiväksi avoimessa kilpailutusprosessissa. Ongelmaksi voi tulla se, että kunta tarvitsee apua kilpailuttamisessa tai hankesuunnitelman laadinnassa ja tarjouskilpailuun osallistuu sama yritys, joka on ollut avustamassa tarjouspyynnön tai hankesuunnitelman valmistelussa. Kilpailuneutraliteetin toteutuminen sitoo kaikilta osin myös kuntia. Tietty ehdokas ei saa kunnan järjestämässä hankintakilpailussa muita parempaa asemaa esimerkiksi sen vuoksi, että on tuottanut samoja palveluja ennen tai osallistuu tarjouksen valmisteluun. Jos kilpailuneutraliteettia ei voi muuten taata, voidaan kyseenalainen tarjoaja sulkea pois koko tarjouskilpailusta. Tällöin joudutaan arvioimaan oikeudellisesti, onko joku tarjoaja saanut sellaista hyötyä tai etuutta, jota muille tarjoajille ei ole annettu. Tasapuolisuus voidaan joissakin tapauksissa turvata niin, että kaikille tarjoajille annetaan samat tiedot ja aineistot kuin hankinnan suunnitteluun osallistuvalla tarjoajalle.¹⁶⁶⁹

Laki julkisista hankinnoista edellyttää, että tarjoaja täyttää tarjouskilpailun liittyvät muotovaatimukset. Kunnalla on HankL 53–54 §:iin nojautuen mahdollisuus myös sulkea tarjoaja kokonaan pois. Oikeuskäytännössä ei ole täysin yksiselitteistä, missä tilanteissa poissulkemista voidaan käyttää. Asiaa on tarkasteltava aina yleisten kohtuuttomuussäännösten ja oikeustapausten valossa. Poissulkeminen ei voi olla kohtuutonta suhteessa teon vakavuuteen.¹⁶⁷⁰

Ulkoistamisessa ei voida automaattisesti sulkea pois sellaista tarjoajaa, jolla ei ole organisaatiota tai tarvittavaa kalustoa palvelun tuottamista varten. Poissulkemiseen on suhtauduttava pidättyväisesti, koska HankL 2.1 §:ssä on jo korostettu hankintojen keskeisenä periaatteena osapuolten tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua. Oikeuskäytännön valossa tarjoajalle täytyisi antaa mahdollisuus hankkia tarvittava kalusto tai organisaatio vasta tarjouskilpailun päättyttyä. Tarjouspyynnön määräaikoja on

1667 Vrt. tarjosten vertailun laiminlyönti. KHO:2010:19; KHO:2010:35.

1668 Valkama 2004 s. 312–313. Valkama on määritellyt ristisubventio-ongelman näennäismarkkinoilla seuraavasti: ”jollakin palveluntuottajalla on institutionaalisesti muita paremmat mahdollisuudet siirtää kustannuksia tai tuottoja hyödykkeistä toisille siten, että se johtaa alihinnoitteluun”. Valkama 2004 s. 312.

1669 Pohjonen 2002 s. 125–128.

1670 HE 50/2006 s. 96.

noudatettava, ja tarjoajaan ei saa yrittää vaikuttaa määräaikojen jälkeen niin, että se vaikuttaisi tarjoajan asemaan.

KHO 18.1.1995/144. KHO totesi sairaankuljetusta koskevassa päätöksessään, että tarjoajalta ei voitu vaatia voimassaolevaa liikennelupaa tarjouksentekohetkellä. KHO käsitteli sairaankuljetustoimintaan liittyviä tarjouspyynnön ehtoja, joissa tarjoajalta oli edellytetty laillista liikennelupaa tarjouksentekohetkellä. Ongelmana oli, että liikennelupien myöntäminen vaatii mm. liikennetarpeen olemassaolon. KHO päätti, että sellainen tarjoaja, jolla tätä liikennelupaa ei ollut, asetettiin perusteettomasti eriarvoiseen asemaan niihin nähden, joille liikennelupa oli jo myönnetty, koska he hoitivat tarjouspyynnön mukaisia sairaankuljetuksia.¹⁶⁷¹

Palveluntuottajan kokemuksen määrittelemisen voi aiheuttaa ongelmia, jos kunta ei kuitenkaan saa vertailussa syrjiä niitä tarjoajia, joilla sitä ei vielä ole. Tämä olisi tulkittavissa niin, että kunta ei saa vielä ensivaiheessa tarjouspyynnissä asettaa sellaisia ehtoja, jotka syrjivät tai asettavat eriarvoiseen asemaan tarjoajan, jolla ei ole kokemusta tai toiminnan harjoittamiseen liittyvää kalustoa. Toisaalta kunta voi säännösten mukaan asettaa tietyt vertailuperusteet ja niille painoarvot, jolloin kokematon tarjoaja ei välttämättä menesty itse tarjouksien vertailussa.

EU-kynnysarvot ylittävissä kilpailutuksista on HankL 53 §:ssä mainittu tilanteet, joissa kunnalla on velvollisuus sulkea tarjoaja pois kilpailusta. HankL 54 §:ssä taas on mainittu tilanteet, joissa kunnalla on mahdollisuus harkita, sulkeeko se tarjoajan pois kilpailusta. Hankintalain sanamuodot eroavat säännösten kohdissa seuraavasti: HankL 53 §:n mukaan ”hankintayksikön on päätöksellään suljettava ehdokas tai tarjoaja”; sen sijaan HankL 54 §:n sanamuoto ei ole pakottava: ”hankintayksikkö voi päätöksellään sulkea”. Kokonaan uutena kohtana kunta voi sulkea tarjoajan tai ehdokkaan pois tilaajavastuulain perusteella, mikäli tarjouspyynnössä on asiasta mainittu¹⁶⁷². Erityisen tarkkaa selvitystä vaaditaan mm. sosiaali- ja terveystalouden tuottajalta, koska kunta on vastuussa kyseisen palvelun järjestämisestä. Pääsääntöisesti tarjoajan rajaaminen pois tarjouskilpailusta tulee kysymykseen vain siinä tapauksessa, että tarjoaja ei täytä tarjouspyynnössä mainittuja kriteerejä. Tämän jälkeen on vielä tarkastettava, että perusteet ovat tosiasiallisesti olemassa.

Hankintalaissa ei suoraan viitata ulkoistamiseen, mutta se kertoo ne säännöt ja periaatteelliset reunaehdot, joita ulkoistamisprosessin aikana on noudatettava, jotta kilpailuttaminen menisi oikein¹⁶⁷³. Valintakriteereitä mietittäessä on huomioitava tavoitteet niin poliittisen päätöksenteon kuin oikeudellisten reunaehtojen osalta, koska on *pystyttävä erottamaan siihen liittyvät poliittiset tavoitteet ja näkökulmat erikseen itse hankintalain edellyttämistä oikeudellisista menettelytavoista*. Jotta ulkoistettavan toiminnan kilpailuttaminen onnistuisi oikeudellisesta näkökulmasta mahdollisimman hyvin, pitäisi ennen tarjouspyynnön lähettämistä pystyä arvioimaan ulkoistamiselle ja yksittäisille palvelun osille asetettuja tavoitteita ja kriteereitä mahdollisimman objektiivisesti ja selkeästi.

1671 Ks. HankL 41 §:ssä on mainittu myös määräajoista ja voimassoloista.

1672 Näin on mainittu tilaajavastuulaissa (1233/2006).

1673 Ks. L julkisista hankinnoista (348/2007), esim. 1 §.

5.2.4 Kilpailuttamiseen liittyvät ongelmat

Kunnallisen ulkoistuksen suurimpia haasteita on ymmärtää, miten palvelut toimivat yksityisellä sektorilla, eroavatko ne kunnallisesti tuotetuista palveluista ja ymmärretäänkö palvelut toiminnallisesti ja oikeudellisesti samalla tavalla. Pääsääntönä on, että kaikkia tarjoajia täytyy kohdella samalla tavalla, ja tällöin keskeiseksi asiaksi nousevat ne lähtökohdat, jotka on ilmoitettu hankintailmoituksessa ja tarjouspyynnössä.¹⁶⁷⁴ Jos arviointikriteerejä ei ole annettu, joutuu hankintayksikkö oikeuskäytännön mukaan valitsemaan halvimmman tarjouksen¹⁶⁷⁵.

Julkisella ja yksityisellä sektorilla on käytössä erilaiset normit ja laatustandardit. Tarjouspyynnöissä pitää ilmaista, painotetaanko tarjouksessa hintaa, laatua vai kokonaistaloudellisuutta¹⁶⁷⁶. Julkisista hankinnoista annetussa laissa tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden periaate edellyttää sitä, että saatuja tarjouksia vertaillaan toisiinsa ja valinta tehdään tämän jälkeen hinnan tai kokonaistaloudellisuuden perusteella.¹⁶⁷⁷ Tarjousten vertailu voi olla ongelmallista, jos ostettava palvelu tai tuote sisältää niin paljon eri osia, että kunnallisella hankintayksiköllä ei ole resursseja tai tarvetta vertailla kaikkia osapalveluja tai tuotteita erikseen. Kunnalla on mahdollisuus keskittyä vertailemaan olennaisimpia kohtia, mutta sen täytyy pystyä näyttämään toteen, että *vertailu on suoritettu objektiivisesti* olennaisten palvelujen osalta ketään tarjoajaa syrjimättä. Kuntien palvelujen hankinnoissa on joiltain osin vielä epäselvää se, mitä kokonaistaloudellisuudella tarkoitetaan ja miten sitä pitäisi objektiivisesti arvioida.

*KHO 10.11.2000/2885. Päätös koski sairaankuljettamisen järjestämistä. Tammi-saaren kaupunki oli ilmoittanut tarjouspyynnössään, että kaupunki pidättää itselleen oikeuden arvioida tarjouksia kokonaistaloudellisuuden perusteella. Tarjouspyynnössä ei kerrottu kokonaistaloudellisuuden edullisuuteen viittaavista arviointiperusteista, joten kilpailuneuvosto oli todennut, että tarjoajien voidaan olettaa lähteneen siitä, että tekniset ja taloudelliset kriteerit täyttävistä tarjouksista valitaan halvin. KHO yhtyi tähän.*¹⁶⁷⁸

¹⁶⁷⁴ Ks. Kalliomaa-Puha 1992 s. 134–137.

¹⁶⁷⁵ Kalima 2001 s. 196. Markkinaoikeus oli päätöksessään 24.10.2007, joka koski Espoon kaupungin fysioterapiapalveluja todennut, että kaupunki ei ollut menetellyt syrjivästi tai tasapuolisuutta varantavalla tavalla, vaan hankintayksiköllä on mahdollisuus harkita, mihin työkokemuksen pisteyttämisen periaatteet pohjautuvat. MAO 385/07. Vihdin kunnan perusturvalautakunta oli päättänyt hankkia hoivapalveluja siten, että asumispalveluja annetaan palveluntuottajille vertailutaulukon mukaisessa järjestyksessä. Markkinaoikeus oli katsonut, että kunnan vertailulaskelma ei ollut tarjouspyynnön mukainen. Markkinaoikeus oli kuitenkin todennut, että kokonaisuus huomioon ottaen menettelyä ei voida pitää hankintalain vastaisena. MAO 80/08.

¹⁶⁷⁶ Näin on todettu HankL 62.3 §:ssä ja 69 §:ssä. Kaliman mukaan kokonaistaloudellisuudesta on tullut yksi tärkeimmistä tarjousten valintakriteereistä, vaikka laissa ei yksiselitteisesti määritellä, mitä sillä tarkoitetaan. Kalima 2001 s. 195.

¹⁶⁷⁷ Näin on myös KHO ratkaisussaan painottanut KHO:1997:63, jossa hankintayksikkö ei ollut tehnyt riittävää eroa siinä, mitkä tarjoajat täyttivät kelpoisuusvaatimukset ja mikä tarjous oli kokonaistaloudellisesti edullisin. KHO:2003:89.

¹⁶⁷⁸ Tarjousvertailun objektiiviteettia voidaan kohentaa myös kahden kuoren menettelyllä, jolla tarkoitetaan sitä, että ensimmäisessä tarjouksessa on tarjouksen sisältö ja tarjoukselta edellytetyt yksityiskohdat. Vasta kun tarjousten sisällöllinen ja laatua koskeva vertailu on viety loppuun, voidaan käydä läpi tarjoajien hinnat. Ks. Forsberg 1998 s. 122. Tarjoajan on mahdollisuus tehdä vahingonkorvausvaatimus. Jos tarjoaja pystyy osoittamaan, että hankinnassa tapahtunut virhe on johtanut siihen, että hän ei ole saanut sopimusta sen johdosta, on kyseisellä tarjoajalla oikeus vahingonkorvaukseen.

Yhtenä tarjouskilpailun kompastuskivenä voi olla se, että vaikka kunnalla olisi kuinka hyvät kokemukset jostakin palveluntuottajasta, ei tätä saa suosia. Kun ulkoistettava palvelu on kilpailutettu, ei sen sisältöä voida enää muuttaa lukuun ottamatta tilanteita, joissa on kyse HankL 29 §:n mukaisesta kilpailullisesta neuvottelumenettelystä tai jos kilpailuttamisprosessi keskeytetään kokonaan. Jos ulkoistamisessa on kysymys EU:n kynnysarvot ylittävästä kilpailuttamisesta, on valinta- ja vertailuperusteiden valmistelussa noudatettava erityistä tarkkuutta. Mielenkiintoinen on KHO:n tapaus vuodelta 2001, jossa oli tehty hyvin kattavat tarjouskriteerit mutta niitä ei ollut kaikilta osin noudatettu. Alla oleva lyhennelmä KHO:n päätöksestä vahvistaa tulkintaa, jonka mukaan kunnat saavat olla hyvin varovaisia siinä, millaisen painoarvon tarjouspyynnissä antavat oman organisaation kokemukselle.

*KHO 19.4.2001/898. Espoon kaupunki oli pyytänyt tarjouksia rintasyöpäseulontatar-
kastuksesta. Tarjouspyynnön valintaperusteina oli mainittu hinta, toimitusaika, ehdot,
maksuehto, laatu, toimitusvarmuus, kattava palvelu ja ruotsin kielen taito. Sosiaali-
ja terveyslautakunta päätti tehdä sopimuksen järjestön X kanssa edellä mainittujen
valintaperusteiden pohjalta. Hakijan tarjous oli 124 mk/tutkittava ja kokonaishinta
1 624 400, kun valitun tarjoajan X hinta oli 130 mk/tutkittava ja kokonaishinta
1 703 000. Eroa oli 80 000 markkaa, jota pidettiin olennaisena.*

*Ongelmana oli, että Espoo ei ilmoittanut, mitkä tekijät ja kriteerit osoittivat, että
valittu tarjous oli kokonaistaloudellisesti edullisempi. KHO päätyi siihen, että vaika
valintapäätös ja sitä koskeva pöytäkirja olivat tarjouspyynnön mukaisia, ei niitä
tosiasiallisesti ollut käytetty, vaan hankintayksikön kokemus valitusta tarjoajasta oli
syrjinyt toista hakijaa. Kun kaupunki oli valinnut muun kuin halvimman tarjouk-
sen, oli se toiminut hankintalain vastaisesti, koska halvimman tarjouksen jättäneellä
tarjoajalla olisi voinut olla mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu, jos se olisi ollut
virheetön. KHO piti kilpailuneuvoston ratkaisun voimassa ja määräsi 100 000
markan hyvitysmaksun.¹⁶⁷⁹*

Kunta ei myöskään saa suosia paikallisia palveluntuottajia, vaikka paikallisen tarjoajan valinnalla olisi vaikutusta kunnan työllisyyteen ja verotuloihin. Vaatimukset eivät voi olla kuntaa, aluetta tai kansallisuutta koskevia tai suosivia.¹⁶⁸⁰ Julkisista hankinnoista annetun lain 1 §:ssä on korostettu koko hankintamenettelyn pääperiaatetta eli tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua. Vanhan HankL 6.3 §:ssä oli mainittu yksityiskohtaisemmin niistä tasapuolisuuden kriteereistä, joita myös kunnan omistamiin yhteisöihin ja laitoksiin oli sovellettava. Hallituksen esityksissä julkisista hankinnoista on todettu,

¹⁶⁷⁹ Vrt. KHO:n päätöksen mukaan hankintayksikkö sai jättää yhtiön tarjouksen ulkopuolelle, jotta kilpailuneutraaliteetti ei vaarannu. KHO 30.10.2003/2643. Laajoissa ulkoistamisissa, joissa tarvitaan tarjoajien kokemusta valmistelussa, olisi kilpailuneutraaliteetin kannalta optimaalisin ratkaisu, että avustava toimija ei itse osallistuisi kilpailuun ja valmistelun suorittaisi hankintayksiköstä ja mahdollisista tarjoajista riippumaton toimija. Ks. kilpailuneuvoston päätös 12.12.1996. Kokemukselle saa antaa tarjouspyynnössä jonkinlaista painoarvoa mutta ei niin, että sillä vaikeutettaisiin avointa kilpailua tai syrjittäisiin muita tarjoajia. Häll 2007b s. 167–169; Ks. Pohjonen 2002 s. 138–139. Vrt. myös kilpailuneuvoston päätös 10.4.2000.

¹⁶⁸⁰ HE 69/1997 s. 19.

että tasapuolisuutta on noudatettava¹⁶⁸¹ ja erityisesti on kiinnitettävä huomiota siihen, että kilpailuttaessa oman organisaation tarjous on vertailukelpoinen toisten tarjoajien kanssa. Samalla tulisi selvittää ja valvoa, ettei omaa organisaatiota ole subventoitu.¹⁶⁸² Monimutkaisissa ulkoistuksissa vertailua voi helpottaa se, että tarjoajalta pyydetään HankL 59 §:n mukaisesti mahdollisimman kattavasti asiakirjoja, jotka liittyvät tarjoajan suorituskyvyn ja ammatillisen pätevyyden vertailuun.

Usein vaarana on, että kunnat tukevat tietoisesti tai tiedostamatta jotakin toimintaa, mikä kilpailuttamistilanteessa ei ole sallittua, jos oma yksikkö osallistuu avoimeen kilpailuun. Oikeuskäytäntö on lähtenyt siitä, että kunnallisen yksikön tarjous ei ole kokonaistaloudellisesti edullisin, jos tarjous vaatii kunnalta taloudellista tukea, vaikka tarjousvertailuissa oman yksikön tarjous olisi halvin. Tällaisesta tarjouksesta saadaan vertailukelpoinen ainoastaan siten, että siihen lisätään subventoidut osuudet.¹⁶⁸³ Ongelmallisemmaksi kunnallisten palvelujen kilpailuttaminen tulee silloin, kun kunnallinen yksikkö osallistuu kilpailuun mutta subventio ei tule välittömästi kunnasta tai subventio on tehty esimerkiksi investointien muodossa jo olemassa olevaan organisaatioon. Toisaalta aina myöskään kuntien kustannuslaskenta ja tuotteistus eivät ole niin kehittyneitä ja läpinäkyviä, että voitaisiin suoraan vertailla oman yksikön tarjousta ulkopuolisen tarjoajan kanssa.

Etenkin tilaaja-tuottajamallin ongelmana voi olla, että kunnan oman tuotannon ja ulkopuolisen tuottajan aiheuttamat kustannukset eivät ole aina täysin vertailukelpoisia. Tarjouksessa on otettava huomioon mm. kaluston pääomakulut ja kiinteistön kulut, jotka voidaan hyväksyä, jos kysymyksessä on kunnallisen toiminnan ehostaminen ja kyseiset kalustot tai kiinteistöt ovat jo olemassa. Alihinnoittelun rajanvetoa on selvitetty KHO:n päätöksessä vuodelta 2001.

KHO 26.11.2001/2941. Varsinais-Suomen sairaankuljetus Oy oli vaatinut, että kilpailuneuvoston päätös kumotaan tai vaihtoehtoisesti hankintayksikön on korjattava virheellinen menettely. Toissijaisesti oli myös vaadittu hyvitysmaksua. KHO totesi, että palolaitoksella oli mahdollisuus käyttää kalustoa ja kiinteistöjä, jotka oli sen toiminnan vuoksi jo hankittu. Sitä voitiin pitää toiminnan tehostamisena eikä palolaitoksen tarjous ollut alihinnoiteltu. Tämä kävi ilmi pienestä hintaerosta. KHO totesi, että kilpailuneuvosto oli selvittänyt asiaa riittävästi. Palolaitoksen tarjous ei ollut KHO:n mukaan keinotekoisesti pieni niin, että sairaankuljetuksesta tulisi heti lisäkustannuk-

1681 HE 50/2006 s. 1–2, 6. Tasapuolisuuden rikkomisesta on kilpailuneuvoston päätös vuodelta 1999, jossa Oriveden seudun kansanterveystyön kuntayhtymä oli kilpailuttanut sairaankuljetuksen. Tarjousten jättämisen jälkeen oli tarjoajille annettu mahdollisuus selvittää hankintayksikön vaatimuksia ja tarjouksen sisältöä. Oriveden Sairasautopalvelu Ky oli laskenut tarjouksen hintaa, niin että tarjouksen sisältö ei muuttunut, ja luvannut, että vuorossa on yksi sairaanhoitaja. Näillä tekijöillä oli kuitenkin hintaa korottava vaikutus. Kuntayhtymän hallitus päätti hyväksyä Sairauspalvelu Ky:n tarjouksen sillä perusteella, että Sairauspalvelu Ky:llä oli organisaatio, johon kuului mm. kalustoa, liikennelupia ja henkilöstöä. Tarjouspyynnössä ei vaadittu tällaisia tekijöitä. Hankintayksikkö oli myös antanut yhden tarjoajan korjailta tarjousta ilman, että palvelun sisältöön tuli muutoksia. Tämän lisäksi oli käytetty tarjouspyyntiasiakirjaan sisällymättömiä valintaperusteita. Kilpailuneuvosto kumosi hankintapäätökset ja totesi, että em. seikat vaikeuttavat lisää uusien tarjoajien tuloa alalle. Kilpailuneuvoston päätös 20.5.1999.

1682 HE 69/1997 s. 19–20; HE 50/2006 s. 45.

1683 Pohjonen 2002 s. 147.

*sia omistajille. Palolaitoksen tarjous oli hankintalain mukaisesti hinnaltaan halvin. Ratkaisussa nähtiin, että kysymyksessä olivat tehostamistoimenpiteet.*¹⁶⁸⁴

Oikeudellista tulkintaa ja punnintaa tarvitaan etenkin niissä kunnallisissa palveluiden hankinnoissa, joissa oma yksikkö osallistuu kilpailuun tavalla tai toisella¹⁶⁸⁵. Tällöin vaaditaan erityistä huolellisuutta kunnilta, jotta pystytään erottamaan ja selkeyttämään, mikä on julkisesti välittömästi ja välillisesti tuettua toimintaa ja mikä osa avoimilla markkinoilla kilpailutettavaa toimintaa, johon kunnallishallinnon ja politiikan muut intressit eivät saa vaikuttaa. Ulkoistamisen eri vaiheiden liika politisoituminen voi myös olla monella tavalla vaaraksi koko ulkoistamisprosessin hallinnalle¹⁶⁸⁶.

Kunnan oman ja puhtaasti markkinaperusteisen toiminnan määrittelyyn liittyy rajanveto-ongelmia. Kunnat ovat yrittäneet kiertää tai laiminlyödä kilpailuttamista esimerkiksi perustamalla kunnallisia yhtiöitä yleisen edun mukaisesti tyydyttämään teollista tai kaupallista toimintaa. Tästä hyvänä esimerkkinä EY-tuomioistuimen tuomio:

*Kyseisessä tapauksessa keskeisinä asioina oli, oliko Varkauden kaupungin kokonaan omistama yhtiö hankintalain mukainen hankintayksikkö ja mitä tarkoitetaan yleisen edun mukaisilla tarpeilla. Asiaa vaikeutti se, että yleisen edun käsitettä ei ole määritelty hankintadirektiiveissä. EY-tuomioistuin on ensisijaisesti selvittänyt, voiko yhtiön toiminnassa olla kysymys yleisen edun mukaisten tarpeiden tyydyttämisestä ja ovatko tarpeet muita kuin teollisia tai kaupallisia. Yhteisön tuomioistuin katsoi, että Taitotalon toiminta tyydytti yleisen edun mukaisia tarpeita. Perusteluna oli, että sen harjoittama toiminta edistää aluetta taloudellisesti ja sosiaalisesti siten, että kuntaan syntyy työpaikkoja, verotulot kasvavat ja palvelujen tarjonta lisääntyy. Tuomioistuin painotti päätöksessään, että yleisen edun määrittelyyn vaikuttaa se, ovatko tarpeet luonteeltaan muita kuin teollisia ja kaupallisia. Päällimmäisenä tarkoituksena ei saisi olla voiton tavoittelu huomioiden toiminnan riskit ja julkinen rahoitus. Kansallisen tuomioistuimen oli arvioitava olosuhteita, joissa kyseinen yhtiö on perustettu, ja muita toiminnan harjoittamisen edellytyksiä.*¹⁶⁸⁷

Kuten EY-tuomioistuimen päätöksestä kävi ilmi, on paikallisilla tekijöillä ja toiminnan harjoittamiseen liittyvillä asioilla yksittäistapauksissa hyvinkin merkittävä oikeudellista painoarvoa, kun mietitään, voidaanko kunnallisia yhtiöitten olemassaoloa perustella mm. yleisen edun mukaisilla tarpeilla ja *mitä rajanvetoa yleisen edun mukaisten tarpeiden määrittely tuo osittaisulkoistuksiin*. Ulkoistamisessa yhtenä pääkriteerinä on, että tarjouspyyntö vastaa EU:n kynnsarvoja tai kansallista kynnsarvojen menettelyä, koska ulkoistamisen arvioidusta arvosta ja luonteesta riippuu, miten on meneteltävä ja mitä tarjouksesta on ilmettävä¹⁶⁸⁸.

1684 Ks. alihinnoittelusta lisää luvusta 5.2.4.

1685 Tällöin omaa yksikköä ei voida suosia millään tavalla.

1686 Luhmannin mukaan sekä poliittisen että lainsäädännöllisen puolen pitää sopeutua ja ne voivat nostaa esiin eri kysymyksiä. Luhmann 1990 s. 197–198.

1687 EY-tuomioistuimen tuomio 22.5.2003 asia C-18/01.

1688 HaVL 25/2006 s. 2.

Ennen kuin tarjouspyyntöjä lähetetään kunnasta, on mietittävä kilpailutettavan palvelun ratkaisuperiaatteet, eli sidotaanko tarjouspyyntö kokonaistaloudellisuuteen vai pääasiallisesti hintaan¹⁶⁸⁹. Nykyisen hankintalain (348/2007) tultua voimaan siirtyivät kyseiset kokonaistaloudellisen arvioinnin kriteerit vanhasta hankinta-asetuksesta nykyiseen hankintalakiin. Hankintalaissa on mainittu, että kokonaistaloudellisuuden arvioinnin kriteerit¹⁶⁹⁰ voivat olla esimerkiksi hinta, toimitusaika, valmistuspäivä, käyttökustannukset, laatu, elinkaarikustannukset, toiminnalliset ominaisuudet, tekniset ansiot, huoltopalvelut, toimitusvarmuus, tekninen tuki sekä ympäristökustannukset, joita hankinnasta voi aiheutua¹⁶⁹¹. Tarjouspyynnön laatiminen ja sen sisällön yksityiskohtaisuus ja täsmällisyys ovat avainasemassa, jos joudutaan esimerkiksi kiistatilanteeseen aikaisemman toimittajan ja uuden toimittajan kanssa. Toisaalta saamaan aikaan joudutaan punnitsemaan avoimen kilpailun edellytyksiä, jotta ei suljeta pois potentiaalisia tarjoajia. Seuraavaksi esimerkkinä ulkoistamista koskeva tarjouspyyntö:

Karjaan kaupunki oli pyytänyt vuonna 2007 tarjouksia avoterveydenhuollon ja kotisairaanhoidon palvelun tuottamisesta. Tarjouspyynnössä oli yksilöity nykyinen palvelujen organisoitintapa. Mahdollinen sopimuskausi olisi viisi vuotta ja kahden vuoden optiolla. Tarjouspyynnössä kokonaishinnan painoarvoksi oli annettu 70 prosenttia ja laatua painotettu 30 prosenttia. Laatu jakaantui toiminnan järjestämiseen ja henkilöstöjärjestelyihin. Tarjouspyyntö oli kokonaisuudeltaan laadittu kattavasti. Kehittämisen- ja ongelma-kohteiksi osoittautui laatua arvioivien mittareiden puuttuminen. Tarjouspyynnössä oli mainittu vain, että laatua tullaan arvioimaan sovitavien mittarein. Toisaalta laadun pieni painoarvo suhteessa mittareihin voi tuoda tulkinnallisuuksia siinä, mitä eri laatulementtien vaikutus on käytännössä ja miten ne toteutuvat.¹⁶⁹²

HankL 72 §:stä on todettavissa, että tarjousten arviointiperusteita ei ole pakollista pisteyttää EU:n kynnysarvon alittavissa hankinnoissa ja esimerkiksi toissijaisissa palveluhankinnoissa. Jos valintaperusteena käytetään kokonaistaloudellista edullisuusmäärittelyä, voidaan riittäväksi katsoa, että arviointiperusteet on ilmoitettu tärkeysjärjes-

1689 Ennen hankintalain voimaantuloa oli laadittu valtakunnalliset rakennusurakkakilpailun periaatteet, joiden mukaan urakkakilpailussa, jossa hankintayksikkö on tarjouspyynnössä kertonut urakan suunnitelmat ja laadun, pitäisi pääsääntöisesti valita halvin, ellei tarjouspyynnön sisällöstä muuta johdu. Tämä ei kuitenkaan koskenut palveluiden hankintaa. Vataja–Oksanen 1985 s. 202. Toisaalta on nähtävissä, että hankintalakia ennen otettiin huomioon myös laatutekijöitä, vaikka niistä ei ollut vielä samantaisia määräyksiä.

1690 Hallituksen esityksessä oli mainittu seuraavasti: ”Tarjoajien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun periaate edellyttää tarjouksen valintaperusteiden ilmoittamista etukäteen joko hankintailmoituksessa tai tarjouspyyntöasiakirjassa. Mikäli tarjouksen valintaperusteena käytetään kokonaistaloudellista edullisuutta, tulee valintaperusteiden avoimuuteen kiinnittää erityistä huomiota. Mikäli mahdollista, valintaperusteiden keskinäinen järjestys ja painoarvo tulisi ilmoittaa etukäteen. Tarjouksen valinta on aina suoritettava objektiivisin perustein”. HE 69/1997 s. 20. Kunnalla ei ole kuitenkaan mahdollisuutta painottaa pisteytyksessä sellaisia asioita, että tasapuolisuus vaarantuisi. Esimerkkinä voidaan mainita tapaus, jossa kunta oli antanut enemmän pisteitä yhdelle tarjoajalle sillä perusteella, että toimittajan vaihtaminen tuo lisäkustannuksia. Ks. MAO 96/06.

1691 Näin oli myös määritelty vanhan Hankinta-asetuksen 41 §:ssä. Vrt. HankL 41, 69 sekä 55–59 §:t.

1692 Tarjouspyyntö 20.3.2007; Karjaan kaupungin terveyst- ja sairaanhoitopalvelut.

tyksessä, jonka mukaan myös vertailu tapahtuu¹⁶⁹³. Kunnallisella hankintayksiköllä on myös velvollisuus laittaa tarjoukset yhteismitallisiksi niin, että niitä voidaan vertailla. Toisaalta hankintayksikkö joutuu myös ensisijaisesti arviomaan onko kysymyksessä tarjouspyynnön vastaisesta tarjouksesta.

Yhtenä tarjousvertailun pääsääntönä on sen kaksijakoisuus: Ensin tarkastellaan, mitkä tarjoukset täyttävät tarjouspyynnössä vaaditut perusvaatimukset. Sen jälkeen jäljellä olevia tarjouksia vertaillaan pisteytyksen kautta, jossa painopistealueina voivat olla esimerkiksi laatu, hinta ja palveluorganisaation kehittyneisyys.¹⁶⁹⁴ Ulkoistamisissa niin kuin muissakin hankinnoissa on kuitenkin nykyisten säännösten valossa painotettava kunnan autonomista roolia, silloin kun määritellään ulkoistamisten ehtoja sekä hinnan ja laadun painoarvoa. Niiden pitää kuitenkin kohdella kaikkia tarjoajia tasapuolisesti¹⁶⁹⁵.

Keskeiseksi arvioitavaksi kysymykseksi ulkoistamisessa nousee se, kuinka paljon painotetaan laatua ja kuinka paljon hintaa. Usein hintapisteille annetaan 70 prosentin ja laatuasteille 30 prosentin painoarvo. Hintapisteille ei pääsääntöisesti voida laittaa alle 50 prosentin painoarvoa, ellei hankinnan luonne erityisesti sitä vaadi¹⁶⁹⁶. Tällöin hankintayksikkö tarkastelee, mitä vaatimuksia ja erityispiirteitä kyseisessä ulkoistettavassa toimialassa on tunnistettavissa. Nämä seikat täytyy ratkaista jo tarjouspyyntövaiheessa. Esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuollossa etenkin vaativimpien asiakaspalveluiden, kuten hoivan tai hoidon, osalta pitäisi laadun osuuden tarjouspyynnössä lähennellä mieluiten 35–50 prosenttia. Muuten kunta voi tilaajana ohjata toimintaa sellaisille tarjoajille, joilla ei ole mahdollisuutta huomioida tarpeeksi perusoikeudellisia näkökulmia ja kykyä kehittää laatua muuttuvissa tilanteissa. Tarjouspyynnön laadinnassa laadun painotus ja merkitys korostuvat, koska tilaajan on ilman eri korvausta vaikeaa saada palveluntuottaja parantamaan palvelun laatua jälkikäteen, jos sitä ei ole tarjouspyynnössä riittävän yksiselitteisesti painotettu.

Korkein hallinto-oikeus on myös painottanut ratkaisussaan, että tasapuoliseen ja syrjimättömään kohteluun liittyy valintaperusteiden ja arviointiperusteiden ilmoittaminen etukäteen¹⁶⁹⁷. Edellä mainitut kriteerit käyvät monelta osin hyvin laite- tai muihin materiaalitoimituksiin. Kun kunta hankkii palveluita, joissa toiminnallisuuden lisäksi monet lainsäädännölliset tekijät antavat kehikon tarjoukselle, liikutaan tarjouspyynnön osalta eri vaikeusasteissa kuin kaupallisesti yksinkertaisissa tuotteissa.¹⁶⁹⁸ Tarjouspyynnön valmistelussa on pystyttävä ennakoimaan monia asioita, koska valintakriteerejä tai painotuksia ei voida jälkikäteen enää muuttaa.

Poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen määrittely voi olla ongelmallista. Ensimmäiseksi kunnan kannalta ongelmalliseksi voi tulla halpa tarjous, jossa on alihinnoittelun piirteitä. Tämä siksi, että halpa tarjous on jo käsitteenä tulkinnallinen, eikä se

1693 Ks. HE 50/2006 s. 114.

1694 Kalima 2001 s. 173, 192.

1695 Vrt. TaVM 26/2006 s. 5.

1696 Kalima 2007e s. 207. Ks. Forsberg 1998 s. 101–102, 117–118. Kunnalla on kuitenkin mahdollisuus hyväksyä kokonaistarjous, vaikka se ei olisi sitä pyytänyt, jos kokonaistarjous on halvempi kuin tarjotut osatarjoukset. Ks. KHO 23.2.2006/638.

1697 Ks. esimerkiksi KHO:2004:22; KHO:2003:41.

1698 Vrt. Konstari 1986 s. 38.

ole riittävä peruste sille, että tarjous olisi tarjouspyynnön vastainen, vaan joudutaan vertailemaan laadullisia kriteerejä. Kunnalla on velvollisuus palveluja ulkoistaessaan tutkia, onko tarjous teknisiltä ja taloudellisilta ominaisuuksiltaan sellainen, että se vastaa kyseisen palvelun laatua.¹⁶⁹⁹ Ongelmana on kuitenkin se, että käsitettä poikkeuksellisen alhainen tarjous ei ole määritelty yksityiskohtaisemmin¹⁷⁰⁰. Hankintalain esitöissä on todettu, että

*”Oikeuskäytännössä on katsottu hankintalainsäädännön vastaiseksi menettelyt, joissa tarjousten vertailu on perustunut niin sanottuun oikeaan hintaan tai keskiarvohintaan, jolloin tätä hintaa alhaisempi hinta on tarjousten arvioinnissa otettu negatiivisena seikkana huomioon taikka alhaisemman hinnan sisältäneitä tarjouksia ei ole lainkaan huomioitu. Oikeuskäytännössä on katsottu, ettei hankintalainsäädännön vastaisena kuitenkaan ole pidettävä sitä, että poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia määriteltäessä käytetään hyväksi matemaattisia perusteita, jos nämä perusteet ovat puolueettomia ja syrjimättömiä”.*¹⁷⁰¹

Arvioitavana on, onko tarjoajalla edellytyksiä toiminnan toteuttamiseksi. Samalla on punnittava hankinnan laajuutta ja laatua sekä toteuttamiseen liittyviä taloudellisia ja muita riskejä¹⁷⁰². Jos ulkoistettavaan toiminnan alhaista hintaa voidaan selittää sillä, että siihen liittyy tietty uusi toimintatapa tai menetelmä tuottaa palvelua, voi tuotteen omintakeisuus olla perusteena sille, että tarjous on hyväksyttävä. Hallituksen esityksessä vuodelta 1992 annettiin mahdollisuus noudattaa yleisiä sopimusperiaatteita siten, että poikkeuksellisen alhainen tarjous on mahdollista hylätä, jos on todennäköistä, että tarjottu hinta ei kata tarjoajan kustannuksia ja voi siten aiheuttaa uusia kustannuksia kunnalle.¹⁷⁰³

Kun kunnallisia palveluja ulkoistetaan, on jo tarjouspyyntövaiheessa käytävä läpi keskeiset sopimuskohdat, jotta tarjouspyyntö vastaisi mahdollisimman hyvin tulevaa toimeksiantoa. Kunnan tehtävänä ei ole puuttua markkinatalouteen, jossa hinnat voivat muokkautua vapaan kilpailun tuloksena, vaan sen ydintehtävänä on varmistaa, että hinta-laatusuhde on tarjoajalla paras ja oikea tarjouspyyntöön nähden¹⁷⁰⁴.

1699 Aalto-Setälä ym. 2003 s. 599. Lisäksi kunnalla oli velvollisuus kynnyksarvojen ylittävissä hankinnoissa ja mahdollisuus kynnyksarvojen alittavissa hankinnoissa soveltaa hankinta-asetuksen 43.1 §:n mukaan menetelmää seuraavasti: ”Jos tarjoushinta vaikuttaa hankinnan laatuun nähden poikkeuksellisen alhaiselta, ja hankintayksikkö sen vuoksi harkitsee tarjouksen hylkäämistä, hankintayksikön on tutkittava tarjous yksityiskohtaisesti ennen hankintapäätöksen tekemistä ja pyydyttävä kirjallisesti tarjoajalta selvitystä tarjouksen perusteista. Tarjoajalle on ilmoitettava, mitä tarjouksen kohtaa ei voida hyväksyä.” Poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen käsittelystä määritellään nykyisen HankL 63 §:ssä, joka sisällöltään vastaa kuitenkin edellä kuvattua hankinta-asetusta.

1700 Bovis 2006 s. 430.

1701 HE 50/2006 s. 168. Lisäksi ks. EY-tuomioistuimen päätökset C-285/99, C286/99, jotka koskevat tarjouskilpailun ratkaisemista, poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia ja niiden poissulkemista tarjouskilpailusta.

1702 HE 50/2006 s. 108.

1703 HE 154/1992 s. 14; ks. myös Alkio–Wik 2009 s. 1141–1142.

1704 Forsbergin mukaan sopimuksesta pitäisi ilmetä esimerkiksi sopimuksen laajuus, viivästymiseen ja aikatauluun liittyvät kohdat, vahingonkorvausasiat, vastuukysymykset, maksuehdot ja ylivoimaisesti esteeseen liittyvät tulkinnat. Forsberg 1998 s. 88–90.

Alihinnoittelun todentaminen voi olla erityisen vaikeaa suurissa kokonaisulkoistamisissa, joissa vertaillaan vain kokonaishintaa. Ongelmaksi voi tulla, että toiminnan ja sopimussuhteen kannalta luonnollinen palvelukokonaisuus on hyvä, mutta kustannusten jakautumisen ja alihinnoittelun näkökulmasta olisi hyvä ottaa tarjouspyyntöön maininta, että tiettyjen osa-alueiden tai toimintojen hinnoittelun on oltava näkyvissä.

Etenkin urakkasopimuksissa voivat kustannukset monesti muuttua tai tarjoaja on tehnyt laskentavirheen. Ongelmana ei niinkään ole se, että kunta havaitsee tarjoajan tehneen virheen tai suoranaisesti alimitoitaneen tarjouksensa. Oikeudellisena haasteena voidaan nähdä se, kuinka suuri virhe voi olla ja mitkä seikat vaikuttavat vilpittömän mielen syntymiseen, kun kunta on tehnyt urakkasopimuksen¹⁷⁰⁵. Laskentavirhe voi monissa tilanteissa olla myös perusteena sille, että tarjoaja yrittää peruttaa tarjouksensa. Lähtökohdiana on kuitenkin, että lähetetty tarjous sitoo myös tarjoajaa, ellei tarjouspyynnössä ole toisin määritelty. Siten palvelua tarjoava yritys ei voi OikTL 7 §:n mukaisesti peruttaa tarjousta enää sen jälkeen, kun kunta on avannut ja käsitellyt tarjoukset, vaan peruttamisen pitäisi tapahtua ennen avaamista.

Korkein hallinto-oikeus on päätöksessään 9.6.2004/1283 todennut seuraavaa:

Tapauksessa oli kyse laskutuksessa tapahtuneesta vakavasta virheestä. Ehdokasyrityksellä oli laskutuksessa epäselvyyksiä, jotka oli oikaistu hankintayksikön pyytämien ja tekemien selvitysten jälkeen. Kyseisessä tapauksessa laskutuksen virheettömyydellä oli sillä tavalla merkitystä osapuolten luottamukselle, että se riitti kyseisen yrityksen poissulkemiseen tarjouskilpailusta. KHO totesi, että poissulkeminen ei vaadi virheen kohdistumista siihen vetoavaan hankintayksikköön vaan poissulkeminen oli mahdollista, vaikka tarjoajan toiminta oli siirretty samojen omistajien omistamaan toiseen yritykseen. Poissulkeminen oli edellisen johdosta mahdollista jo tietyn perusteiden luottamuksen pohjalta. Toiseksi virheellisyden ei tarvitse kohdistua suoraan tarjoajaan.

HankL 67 § sivuaa joiltakin kohdin myös HankL 27.1 §:n kolmatta kohtaa, jossa todetaan äärimmäisen kiireen mahdollistavat syyt. Äärimmäisen kiireen kriteerit¹⁷⁰⁶ voivat täytyä vain siinä tapauksessa, että ne eivät johdu hankintayksiköstä ja asia liittyy terveyteen tai turvallisuuteen.¹⁷⁰⁷ Erityisiä perusteita on tulkittava hyvin suppeasti. Oikeustapaukset sellaisissa ulkoistamisissa, joissa olisi vedottu tai voitaisiin vedota äärimmäiseen kiireeseen, ovat hyvin harvinaisia. Toiseksi voidaan olettaa, että hankintalaissa mainituille ”äärimmäiselle kiireelle” tai ”asiakkaan kannalta merkittävän hoito- tai asiakassuhteen turvaamiselle” haetaan perusteita myös muista oikeussäännöksistä, joissa viitataan kunnan velvollisuuteen järjestää palveluja tai painotetaan kuntalaisten oikeutta saada tietyt terveystalvet tietyssä ajassa. Tällöin kunnan pitäisi ensisijaisesti turvata palvelut väliaikaisilla sopimuksilla ja kilpailuttamisenettely tulisi kysymykseen vasta toissijaisesti.

Ulkoistamisessa on hyvin vaikeaa oikeudellisesti vedota kohtaan teknillisestä tai taiteellisesta yksinoikeuden suojelemisesta eikä äärimmäisen kiireeseen. Ulkoistettaville

1705 Halila 2005 s. 70.

1706 Ks. Kalima 2001 s. 129–130.

1707 Arrowsmith 1992 s. 260–261; Kalima 2001 s. 116.

palveluille täytyy löytyä kilpailua, ja niiden läpivieminen kunnallisessa päätöksentekoprosessissa valmistelusta lainvoimaisiin päätöksiin vie monesti vähintään puoli vuotta ulkoistuksen koon ja käytettävien resurssien mukaan.¹⁷⁰⁸

Kunnallisissa ulkoistamisissa tarjoajien ja muiden hankintamenettelyyn osallistuvien ehdokkaiden on saatava riittävän perusteelliset tiedot kunnallisen hankintayksikön ratkaisusta ja ohjeistusta siitä, mitä oikeussuojakeinoja heillä on mahdollisuus käyttää. Olennaisina tietoina ehdokkaiden kannalta voidaan pitää mm. ehdokkaiden ja hankinnan valintaperusteita ja niiden soveltamisperiaatteita.¹⁷⁰⁹ Perusteluista on käytävä selvästi ilmi, kuka valittiin tarjoajaksi, mitä arviointikriteerejä on sovellettu ja mikä on tarjouksen hinta. Jos tarjouspyynnössä on ilmoitettu arviointikriteeriksi kokonaistaloudellisesti edullisin tarjous, on hyvä ilmoittaa vähintään pari kokonaistaloudellisinta tarjousta ja perusteet, joiden mukaan valittu tarjous on kokonaistaloudellisin.¹⁷¹⁰

Oikeuskäytännössä ei suoranaisesti ole otettu kantaa siihen, miten pienen tai suuren ulkoistettavan palvelun perusteluosan kanssa pitäisi menetellä. Pääperiaatteena voidaan kuitenkin pitää sitä, että suuremmissa hankinnoissa voidaan vaatia hyvin laajoja ja yksityiskohtaisia perusteluja.¹⁷¹¹ HankL 73 § ei kuitenkaan ota kantaa perustelujen laajuuteen, vaan siitä on mainittu viranomaisten valmistelua ja päätöksentekoa ohjaavissa säännöksissä. Tarjouspyynnöiltä ja tarjouksilta, jotka koskevat ulkoistamista, vaaditaan aina hyvin tiukkaa muotosidonnaisuutta.¹⁷¹² Kunnallisissa ulkoistamisissa *perusteluvelvollisuus on erityisen tärkeä tarjoajien oikeusturvan lisäksi myös julkisuus- ja avoimuusperiaatteiden takia*. Useat kuntien ulkoistamiset ovat hyvin yksityiskohtaisia perusteluja vaativia hankintoja. Ulkoistamisen näkökulmasta hankintalaki ja siihen liittyvä oikeuskäytäntö ei ole kaikissa tilanteissa kovinkaan yksiselitteinen, vaikka pääperiaatteena on, että tasapuolisuuden, avoimuuden ja syrjimättömyyden ehtoja ei saa vaarantaa missään vaiheessa.

Tarjouspyynnöissä mainitut valintakriteerit eivät aina ota riittävästi huomioon osaamista sekä palveluiden ja toimientapojen kehittämistä, jolloin vaarana on, että hankinta- ja yhteistyökäytännöt eivät tue tarpeeksi uusien ratkaisujen hakemista. Toiseksi sopimukset ovat monesti liian lyhyitä, ja kysyntä voi olla sen jälkeen epävarmaa. Kolmanneksi tarjouspyynnössä ei anneta toimittajille liikkumavaraa, jolloin riskien ja hyödyn jakosuhte ei aina ole oikea.¹⁷¹³

Mittavat kokonaisulkoistamiset ovat vieläkin melko harvinaisia kunnissa, joten kokemuksia eri ulkoistamismallien toimivuudesta on vähän. Yhtenä syynä tähän voi olla, että nykyiset ”sisäiset toimintamallit” sekä hankinta- ja yhteistyökäytännöt eivät tue kokonaisulkoistamisia, joissa tarvitaan hyvinkin erillistä toimintatapaa, jotta perinteiset kunnallishallinnon hierarkkiset toimintaperiaatteet saadaan toimimaan saumattomasti palveluntuottajan kautta. Lainsäädäntö mahdollistaa erilaisten toi-

1708 Vrt. Pohjonen 2002 s. 25–26.

1709 HE 101/2001 s. 3; HE 50/2006 s. 17–18.

1710 Ks. HE 50/2006 s. 31–32.

1711 Ks. Aalto-Setälä ym. 2003 s. 611–612. Tällaisia ilmoitteluja ja perusteluja vaatii myös hankinta-asetuksen 11 §, joka koskee jälki-ilmoitusta.

1712 Forsberg 1998 s. 117–119.

1713 Yliherva 2006 s. 14. Yliherva on tutkinut 350:tä henkilöä kymmenistä eri organisaatioista. Puolet oli julkisen sektorin tilaajia ja puolet yksityisten yritysten henkilöstöä, jotka tuottavat palveluita julkiselle sektorille. Yliherva 2006 s. 14.

mintojen kilpailuttamisen – ulkoistamisten osalta ongelmaksi muodostuvat erilaisten yksittäisten säännösten laajuus ja mahdollinen ristikkäisyys sekä niiden keskinäisten suhteiden määrittely ja yksityiskohtien arviointi.

5.3 Kilpailuoikeuden asettamat vaatimukset

5.3.1 Kilpailuoikeuden sovellettavuus

Kilpailunrajoituslain keskeiset asiat on mainittu artikloissa 101 ja 102, jotka pohjautuvat EY:n perustamissopimuksessa mainittuihin Rooman sopimuksen artikloihin. Lissabonin sopimus tuli voimaan 1.12.2010, ja se korvaa EU:n sopimuksen ja EY:n perussopimuksen. Uudessa perussopimuksessa artikloiden numerointi muuttuu, jolloin esimerkiksi tärkeimmät kilpailuoikeuden artikkelit 81 ja 82 muuttuivat artikloiksi 101 ja 102. Niiden sisältö on kuitenkin edelleen sama.¹⁷¹⁴

Tarpeeksi tehokas kilpailu ennaltaehkäisee määrävän markkina-aseman muotoutumista myös paikallistasolla¹⁷¹⁵. Hallituksen esityksessä on todettu, että kiellettyinä pidetään niitä toimenpiteitä, joilla pyritään ainoastaan tuotannon rajoittamiseen ja markkinoiden tai hankintalähteiden jakamiseen. Sallittuna näitä voidaan pitää silloin, kun ne ovat aivan pakollisia keinoja tehostaa tuotantoa, jakelua sekä teknistä tai taloudellista kehitystä ja valtaosa hyödyistä koituu asiakkaalle.¹⁷¹⁶

Vanhasen II hallituksen ohjelmassa painotetaan kilpailunrajoituslain uudistuksen tarpeita, jotta olisi mahdollista puuttua vahingollisiin kilpailunrajoituksiin¹⁷¹⁷. Joissakin tapauksissa yhteistoiminta eli konsortio on myös nimenomaisesti yrityksille sallittua. Tällainen tilanne voi tulla esimerkiksi kunnallisessa kilpailuttamistilanteessa, jos palvelun tai urakan suorittaminen olisi yhdelle yritykselle liian iso tehtävä.¹⁷¹⁸ Kilpailunrajoituslain artikloja voidaan soveltaa kuntaan, jos se harjoittaa kaupallista toimintaa. Niiden piiriin voivat kuulua sellaiset kunnalliset yritykset, jotka ovat kunnan omistuksessa – esimerkiksi sellaiset tapaukset, joissa kunta on antanut yleishyödyllisiä tehtäviä osakeyhtiölle.¹⁷¹⁹

Kunnan voi olla hankalaa osoittaa, että tietty palveluntarjoajan markkinaosuus lähentelee määrävän markkina-aseman rajaa ja hinnoittelussa on piirteitä alihinnoittelusta¹⁷²⁰. Kunnan on pystyttävä vertailemaan hintojen kustannusvastaavuutta, mikä taas edellyttää hinnoittelun läpinäkyvyyttä, jotta saadaan jonkinlainen vertailupohja kilpailijoihin ja oman toiminnan kustannuksiin¹⁷²¹.

Kilpailuoikeudellisilla säännöillä voi olla merkitystä sille, millainen liikkumavara ulkoistamisissa on. Kunnallisia palveluja yksityistämällä on haettu tehokkuutta kun-

1714 Alkio–Wik 2009 s. 98. Ks. lisää Lissabonin sopimuksesta http://europa.eu/lisbon_treaty/index_fi.htm.

1715 Ks. Kalima 2001 s. 21; Pekkala 2007 s. 105.

1716 HE 162/1991 s. 10–12. Vuoden 1988 kilpailunrajoituslaki pohjautui pitkälti väärinkäyttöperiaatteelle (708/1988).

1717 Ks. Kilpailulaki 2010 työryhmän muistio s. 17.

1718 HE 1987/148 s. 21.

1719 Huopalainen 1998 s. 21, 44.

1720 Ks. Määttä 2004 s. 266–267; Alkio–Wik 2009 s. 98.

1721 Hinnoittelun läpinäkyvyydestä ja kustannusvastaavuudesta, ks. Määttä 2004 s. 268–270.

nalliseen toimintaan. Joissakin tilanteissa on syntynyt kunnallisia monopolitoimintoja, jolloin ollaan tulkinnallisessa tilanteessa kunnallisen toimialakäsitteen ja spekulatiivisen toiminnan harjoittamisen kiellon kanssa¹⁷²². Elinkeinoharjoittajien täytyy noudattaa kilpailurajoituslakia, sillä muuten voi syntyä pääasiallisesti hallinto-oikeudellisia sanktioita.¹⁷²³ Julkisia hankintoja tehdessä voi hakijoiden joukossa olla yrityksiä, joiden yhteistyö on kilpailua rajoittavaa tai häiritsevää. Tällöin on huomattava, että kilpailurajoituslain sisältö perustuu väärinkäyttö- ja kieltoperiaatteelle. Sen keskeinen tehtävä on asettaa reunaehdot yritysten väliselle yhteistyölle niin, ettei hinnanmuodostus tai tehokkuus heikkene. Kilpailurajoituslain sääntely ei ulotu suoranaisesti elinkeinoharjoittajiin ja niiden yhteenliittymiin.¹⁷²⁴

Kilpailurajoitusta voidaan tarkastella kansallisesti tai EU-tasolla, jos tapaus ulottuu maan rajojen ulkopuolelle. Kilpailurajoituslain 3 §:ssä mainittu määräävä markkina-asema ei ole kovin yksiselitteinen kuntien kannalta, koska kunnalliset liikelaitokset ja yhtiöt, kuten kunnalliset vesi- ja energialaitokset, voivat olla kunnan tietyllä alueella määräävässä markkina-asemassa¹⁷²⁵. Jos kunnallinen yhtiö tai liikelaitos on saanut määräävän markkina-aseman alueellaan, pitää sen kuitenkin noudattaa hinnoittelussa kohtuullisuus- ja tasapuolisuusvaatimuksia¹⁷²⁶. Toisaalta näitä vaatimuksia tukee myös se, että viranomaisen toiminnan tulee kaikissa tilanteissa olla puolueetonta ja objektiivista sekä perusteltavissa. Vaikka hyvän hallinnon periaate ja palveluperiaate ovat oikeudellisessa mielessä väljiä, voidaan niihin nojata myös kilpailuasioissa.¹⁷²⁷

Monissa kunnallisissa palveluissa ei ole mahdollista luoda täysin vapaita markkinoita, ja siksi on hyvä käyttää erilaisia vaihtoehtoja kunnallisen toiminnan tehostamiseksi eri aloilla¹⁷²⁸. Monissa maissa ajankohtaisina asioina pohditaan kunnan roolia ja tehtäviä lisääntyvän kilpailun, kuntien tehtävien ja palvelujen järjestämiskysymyksen näkökulmasta. Ruotsin kunnallislain kommentaariteoksessa on todettu, että kilpailulainsäädäntö on tuonut uusia kollisiotilanteita kunnallisoikeudellisten ja muiden julkisoikeudellisten säännösten ja kilpailuoikeuden välille¹⁷²⁹. Ongelmana on, että

1722 Ks. Warling–Nerep 1995 s. 172.

1723 Aalto–Setälä ym. 2003 s. 458.

1724 Kalliomaa–Puha 1995 s. 30, 39.

1725 Kuoppamäki 2000 s. 625.

1726 Kunnallisten yritysten on huomioitava 81, 82 ja 86 artikla. Komissio on tiedonannossaan todennut, että kunnalliset yleishyödylliset palvelut on mahdollista katsoa niin pieniksi, että niillä ei ole vaikutusta jäsenvaltioiden kanssa käytävään kauppaan. Komission tiedonanto 2001/C 17/04.

1727 Mäenpää 1992 s. 155–156; Kalliomaa–Puha 1995 s. 6.

1728 SOU 1991:104 s. 15. Lisäksi Nordberg on todennut, että EY-tuomioistuimen oikeuden analysointiin ei voi käyttää samoja metodeja kuin ruotsalaisen oikeuden analysointiin. Samalla hän toteaa EY-tuomioistuimesta että ”vi vet att EG-domstolen tar stor hänsyn till hur integrationen påverkas av ett hanlande och vi vet att EG domstolen ser den sociala skyddslagstiftningen som en del av samma helhet, samma ekonomiska ordning, som marknadslagstiftningen”. Nordberg 1999 s. 42.

1729 Ruotsissa on pohdittu, mitä ongelmia kuntalain ja kilpailulainsäädännön kollisio voi aiheuttaa: ”Kollision som kan uppkomma mellan KomL och konkurenslagen. Kommuner som driver verksamhet i konkurrens med privata näringsidkare kan tänkas subventionera verksamheten genom skattemedel och till följd därav göra sig skyldiga till otillåten korssubventionering och underprissättning”. Warling–Nerep 1995 s. 205; Kunnas 1995 s. 17, 26. Ruotsissa on kuitenkin painotettu, että on olemassa joukko kunnallisoikeudellisia periaatteita, jotka rajoittavat kunnan kompetenssia ja antavat raamit kuntien toimintavapaudelle. Warling–Nerep 1995 s. 192. Katso lisää kuntien kompetenssista Warling–Nerep 1995 s. 199–206.

kunta voi subventoida omaa toimintaansa ja olla osaltaan ”markkinahäirikkö”, silloin kun kyseistä toimintaa on myös avoimilla markkinoilla. Kunnallinen kompetenssi perustuu siihen, että kunnalla on periaatteessa mahdollisuus rahoittaa toimintoja, joilla on yleishyödyllisiä tavoitteita¹⁷³⁰. Sama pääperiaate pätee tietyn rajoituksen myös ulkoistamisessa. Yksittäisellä kunnalla on hyvin moninaiset mahdollisuudet rahoittaa osittaisulkoistettua toimintaa.

Oikeudelliseksi kysymykseksi kuitenkin nousee, missä määrin on kyse ulkoistuksesta, jos kunnan rahoitusosuus ja -vastuu on suuri koko organin toiminnan volyyymiin nähden ja palvelua tuottavan organin riippuvuusuhde kunnasta on suuri. Kilpailuoikeudellisia näkökulmia voidaan tarkastella myös tilaajan-tuottajan näkökulmasta, jolloin kunta voi joutua arviomaan tilaajana, onko tuottaja noudattanut kilpailuoikeudellisia säännöksiä.

Tutkimusaiheen kannalta on keskeistä kysyä, missä määrin kunnalliseen palvelutuotantoon sovelletaan kilpailunrajoituslakia. Hallituksen esityksessä kilpailunrajoituslaiksi¹⁷³¹ tulkinnalliseksi ohjenuoraksi on tarjottu sitä, voiko yksityinen hoitaa kyseisen toiminnan. Jos voi, myös kilpailunrajoituslakia voidaan soveltaa. Hyvänä esimerkkinä voidaan pitää kunnallisia satamia ja sähkölaitoksia. Aina ei ole aivan yksiselitteistä, milloin kunnan tai sen omistaman yhtiön toiminta on kilpailunrajoituslain alaista. Kuntayhtymän tai sairaanhoitopiirin suorittamat kansanterveyslain mukaiset velvoitteet eivät ole kilpailunrajoituslain piirissä, mutta palvelujen myyminen yksityiselle lääkäriasemalle tulkittaisiin elinkeinon harjoittamiseksi¹⁷³².

Kunnallisia kilpailunrajoituksia joudutaan arvioimaan kunnallisten palvelujen osittaisulkoistuksissa ja yksityistämisisä. Tosin rajanveto ei ole aina yksiselitteistä kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta. Jos kunnallinen yhtiö toimii avoimilla markkinoilla, voi kilpailu vääristyä silloin, kun kunta subventoi yhtiön toimintaa verovarolla. KHO on linjannut kilpailuneuvoston ratkaisun pohjalta, että kun kunta on yleisten satamien pitäjänä, voidaan niihin soveltaa KilpailunrajoitusL 3 §:n säännöksiä¹⁷³³. KilpailunrajoitusL 3.2 §:n mukaisina elinkeinonharjoittajina on kilpailuvirasto pitänyt energialaitoksia ja alueellisia sähkölaitoksia. *Kilpailunrajoituslakia sovelletaan julkisiin yrityksiin ja esimerkiksi sellaisiin sähkölaitosten tai energialaitosten osittaisulkoistamisiin, jossa kunta on omistaja ja käyttää määrävää markkina-asemaa väärin.*

Kunnallisen toimintojen ulkoistamisessa määrävään markkina-asemaan vaikuttavia tekijöitä ovat mm. seuraavat: Ensinnäkin julkisyhteisöllä voi olla paremmat mahdollisuudet resursoida tietty toiminto verovaroin. Toiseksi kunnallisilla yhtiöillä tai liikelaitoksilla on monesti sijainnin tuoma etulyöntiasema alueellaan.¹⁷³⁴ Osittaisulkoistuksiin liittyy kuitenkin monia EU-oikeudellisia ongelmia esimerkiksi markkinoilla toimimiseen, verokohteluun ja konkurssisuojaan¹⁷³⁵.

1730 Hilborn–Paulsson 2001 s. 36.

1731 Ks. HE 148/1987; HE 162/1991; HE 11/2004.

1732 Kalliomaa–Puha 1995 s. 40.

1733 KHO 1993 A 57.

1734 Mentula–Pokela–Saraste 1998 s. 68, 71. Määrävään markkina-aseman tekijöitä punnittaessa on huomioitava myös teknologinen etuasema muihin kilpailijoihin verrattuna tai laaja tunnettuus.

1735 Vrt. Alkio–Wik 2009 s. 946–947.

Tulkinnallisempi asia on se, milloin lainsäädännön velvoittamat minimistandardit hallinnon ja päätöksenteon osalta tulevat täytettyä¹⁷³⁶. Kauppa- ja teollisuusministeriö on tutkimuksessaan selvittänyt, ovatko kuntien laitosten toimintatavat kilpailunrajoituslain mukaisia. Tutkimuksen lähtökohdaksi on otettu esimerkkitapausten kautta oletttamus, että kunnalliset laitokset eivät esimerkiksi hintapäätöksissään ja laskutuksessaan noudata kilpailunrajoituslain pykäläiä. Kunnallisilla laitoksilla on usein määräävä markkina-asema, mikä asettaa muut yritykset ja asiakkaat alisteiseen asemaan. Ongelmaksi mainitaan, että kunnat voivat jo kunnanvaltuustojen ohjesäännöillä ainakin periaatteellisella tavalla rajoittaa vapaata kilpailua.¹⁷³⁷

Oikeudellisesta näkökulmasta kuntien osittaisulkoistuksissa olennaista on lainmukainen ja sisällöltään kilpailuoikeuden sääntöjä huomioiva toiminta. Kunnallishallinnossa, niin kuin koko julkishallinnossa, tietyt menettelyoikeudelliset järjestelyt ja hallinnon prosessit ovat pääperiaatteiltaan samanlaisia ainakin lainsäädännöllisestä näkökulmasta. Kunnan toimialan määrittely on eri vuosikymmeninä hakenut muotoaan, mikä on osaltaan aiheuttanut sen, että kuntien toiminnat ovat erilaistuneet ja samalla kilpailuoikeudellisten asioiden arviointi yleistynyt. Lisäksi tarkastelussa on huomioitava, että kilpailunrajoituslaki on yleislaki ja sitä monesti tulkitaan vasta erityislakien jälkeen.

5.3.2 Kilpailuoikeuden tuomat rajoitteet

Vaikka toimialajaottelussa ei ole varsinaisesti kyse kilpailuoikeuden tuomista rajoitteista, yleisen ja erityisen toimialan mukainen tehtävänjaottelu jäsentelee myös kilpailuoikeuden sovellettavuutta. Mitä kauempana ollaan kunnan lakisääteisistä tehtävistä, sitä todennäköisemmin kilpailuoikeuden sääntöjä sovelletaan. Kunnan yleiseen toimialaan liittyvää elinkeinonharjoittamista ei kuitenkaan pidetä kuntien lakisääteisenä toimintana¹⁷³⁸. Kunnan yleisen toimialan puitteissa tapahtuvia ulkoistuksia on tarkasteltava pääsääntöisesti kilpailuoikeudellisten säännösten näkökulmasta¹⁷³⁹.

Lakiin perustuen kunta hoitaa erityistoimialaansa liittyvät tehtävät, joita ovat mm. rakennusluvut, kaavoitus sekä ympäristö- ja elintarvikevalvonta. Tällöin lainsäädännössä on veloitettu, että kunta hoitaa kyseisiä tehtäviä, ei voida ulkoistaa. Kunnilla on lakiin perustuvissa tehtävissä tietynlainen monopoliasema, ja yritysten mahdollisuus lähteä tosiasiallisesti kilpailemaan kyseisistä tehtävistä kunnan kanssa on hyvin rajoitettu. Toisaalta yleisellä toimialalla kunta voi osittain ulkoistaa tiettyjä sähkö-, vesi- ja elinkeinopalveluja liikelaitoksilleen tai yhtiöilleen, ja tällöin ollaan myös usein kilpailuoikeudellisten säännösten piirissä. Yksittäisillä yrityksillä on mahdollisuus kilpailla ainakin tietyissä palveluissa kunnan kanssa, mutta se ei ole aina taloudellisesti kannattavaa¹⁷⁴⁰.

Kuntaliiton antamat yleiset hankintaohjeet ovat selventäneet käytännön tilannetta kilpailunrajoituslain säädösten soveltamisessa, kun kysymyksessä on kunnallisen lai-

1736 Ks. Hilborn–Paulsson 2001 s. 66.

1737 Björkroth ym. 2006 s. 11–16.

1738 HE 148/1987 s. 16.

1739 Warling–Nerep 1995 s. 172–173; Mentula–Pokela–Saraste 1998 s. 28–29.

1740 SOU 1991:104 s. 29–30; SOU 1991:28 s. 331.

toksen kilpailuttama julkinen hankinta¹⁷⁴¹. Kuntateknisten palvelujen tuottamisessa on monia vaihtoehtoja. Keskeistä on määrittellä, mikä on kunnan rooli, miten palvelut järjestetään sekä mikä on oman tuotannon ja mikä yksityisen osuus.¹⁷⁴² Teknisellä toimialalla kilpailuoikeudellisten säännösten tulkinta voi tulla nopeasti esille silloin, kun kunta on lähtenyt harjoittamaan esimerkiksi omistajan roolissa sellaista toimintaa, jota jo harjoitetaan yksityisellä sektorilla.

Yritysten välistä yhteistyötä voidaan tarkastella kilpailunrajoituksen näkökulmasta horisontaalisena ja vertikaalisena yhteistyösopimuksina¹⁷⁴³. KilpailunrajoitusL 4 §:ssä on todettu, että elinkeinoharjoittajien ei pitäisi tehdä sellaisia sopimuksia, jotka merkittävästi rajoittavat, estävät tai vääristävät kilpailua. Tietyistä poikkeuksista on säädetty kilpailunrajoitusL 5 §:ssä.¹⁷⁴⁴ Ulkoistamisnäkökulmasta voidaan joutua purkamaan esimerkiksi mahdollisen palveluntuottajan asemaa markkinoilla tai osittaisulkoistetun toiminnan määritelmää elinkeinoharjoittajan määritelmän näkökulmasta.

Kilpailunrajoituslain 3.2 §:n mukaan määräävä markkina-asema edellyttää, että joillakin toimijalla (tai toimijoilla) on monopoliasema tai muuten määräävä asema tietyillä hyödykemarkkinoilla. Kunnilla on monella alueella määräävä asema. Jos kunta ulkoistaa palveluja suurella volyymilla, voi yksityiselle palveluntuottajalle tulla alueellaan samanlainen määräävä asema kuin kunnallisille yrityksille tai liikelaitoksille. Jotta määräävän markkina-aseman kriteerit täyttyvät, pitää ulkoistetun palvelun volyymin olla merkittävä ja alueellisesti ei saa olla paljon muuta kilpailua.

Määräävä markkina-asema voi olla monelta osin hyvin tulkinallinen ja sen määrittely on vaikeaa. Tarkastelussa on huomioitava, että määrävään markkina-asemaan vaikuttavat markkinaosuuden lisäksi muiden kilpailijoiden markkinaosuudet ja mahdolliset esteet alalle tulolle. Jos markkinaosuus nousee 80 prosenttiin, voidaan elinkeinoharjoittajaa pitää jo määrävässä markkina-asemassa.¹⁷⁴⁵ Pääsääntöisesti alle 30 prosentin markkinaosuutta ei pidetä määrävänä. Jo 30–40 prosentin markkinaosuutta voidaan pitää vain tietyissä erityistilanteissa määrävänä, kun taas yli 40 prosentin osuutta voidaan monessa tilanteessa pitää määrävään markkinaosuuden kriteereiden täyttymisenä.¹⁷⁴⁶ Komissio määrittelee myös tiedonannossaan ns. *de minimis*-säännöllä 81 artiklan soveltamisesta eli siitä, onko kysymys kilpailun rajoittamista koskevasta sopimuksesta¹⁷⁴⁷.

Julkisista subventioista on mainittu artikloissa 92 ja 93. EY-tuomioistuin käsittelee

1741 Kunnas 1995 s. 28.

1742 Jos palveluja ulkoistetaan tai yksityistetään teknisellä puolella, on kiinnitettävä huomiota palvelujen saatavuuteen, kustannuksiin, laatuun, asiakasnäkökulmaan sekä valvontaan. Ks. lisää Paloposki 2004.

1743 Ks. lisää. Alkio–Wik 2009 s. 173, 241.

1744 Ks. Kilpailulaki 2010 -työryhmän muistio; KHO:2009:83. Tapauksessa oli kyse siitä, olivatko tietyt yhtiöt osallistuneet hinta- ja tarjousyhteistyöhön, markkinoiden jakamiseen sekä tietojenvaihtoon.

1745 Määttä 2004 s. 199.

1746 Nordberg 1999 s. 167. Vrt. edellä Määttä 2004 s. 199.

1747 Ojala 2005 s. 144–146. Lisää *de minimis*-tiedonannosta ja -sääntelystä ks. Alkio–Wik 2009 s. 123 ja 1064. Lisäksi kartellit voidaan jakaa julkisiin, salaisiin ja *de facto*-kartelleihin. Julkisissa kartelleissa sopimus on julkinen ja tiedossa. Salaisissa kartelleissa sopimus ei ole julkinen tai se on havaittavissa markkinaolosuhteista. *De facto*-kartelleissa sopimusta ei ole tehty kirjallisena, ja se voidaan havaita markkinaolosuhteista. Kalliomaa–Puha 1995 s. 167; Alkio–Wik 2009 s. 176.

yksityisten yritysten alihinnoitteluja, kun taas komissio käsittelee alihinnoittelua, jotka johtuvat julkisista subventioista.¹⁷⁴⁸ Kunnallinen subventio voi tulla esille monella tavalla kunnan osittaisulkoistetuissa toiminnoissa, kuten kiinteistöyhtiöissä. Toimintaperiaatteiden tulee olla selkeitä ja läpinäkyviä, jotta tiedetään, mitä osaa esimerkiksi asumisesta tuetaan sosiaalisista syistä ja mitä ei¹⁷⁴⁹. Yhtenä tärkeänä tulkintana ulkoistamisen kannalta ovat kunnalliset subventiot tai tuet, joita kunnat antavat omistamilleen yhtiölle. Kilpailunrajoituslaki ei anna tyhjentävää vastausta siihen, voivatko kunnat esimerkiksi tukea ulkoistettua toimintaa, jota harjoitetaan yhtiön kautta. Kilpailunrajoituslaki rajaa lähinnä sitä, miten tukea saa käyttää¹⁷⁵⁰.

Teoreettisesti kunnallisille palveluille voi syntyä monenlaista kilpailua, mutta viime kädessä kunnan oma halukkuus saada kilpailua tietyille toimialoille ratkaisee, sillä kunta pystyy pitämään monissa yleisen ja erityistoimialan palveluissa ainakin tietynlaista monopoliasemaa yllä. Ulkoistuksen asteesta ja muodosta riippuu, kuinka tarkasti kilpailuoikeudelliset säännökset vaikuttavat eri ulkoistamismuotoihin.

Oikeustapausten pääasiallinen sisältö valitusoikeuden kannalta on siinä, että kilpailunrajoitusasian vireilläolo ei estä asian käsittelyä myös kunnallisvalituksena.

KHO 1995 A 30. KHO:n päätöksessä oli kysymys siitä, että Helsingin kaupunginhallitus oli korottanut satamamaksuja nelinkertaiseksi. KHO katsoi, että matkustajamaksun korotus merkitsee kilpailunrajoituksista annetun lain 7.1 §:n 4 kohdassa tarkoitetun kohtuuttoman hinnoittelukäytännön soveltamista. KHO katsoi, että satamamaksujen määräämiseen voidaan soveltaa kilpailunrajoituksista annettua lakia. KHO totesi, että matkustajamaksun nosto on kilpailunrajoituslain mukaisesti kohtuuttoman hinnoittelukäytännön soveltamista.

Kunnallisvalituksen jälkeen asia voidaan myös käsitellä kilpailunrajoituslain mukaisesti. Tätä tukee se periaate, että kilpailunrajoituslain menettely ja kunnallisvalitus ovat toisistaan irrallisia valituksia. Kilpailunrajoitusasia voi käytännössä tulla ilmi vasta, kun elinkeinoharjoittaja harjoittaa tai soveltaa toimintaansa – kunnallisvalitus on sidottu tiukasti valitusaikaan. Asianosaiset ovat myös erillisiä, ja myös valitusperusteet ovat erilaisia. Kunnallisvalitus voidaan tehdä vain laillisuusperustein. Kilpailunrajoitusasioissa on mahdollista määrätä seuraamusmaksu, mutta

1748 Nordberg 1999 s. 232. Nordberg on todennut, että ”offentligt subventionerad underprisättning kan ha tre syften: 1. Underprisättning kan motiveras av sociala skäl. 2. Underprisättning kan motiveras av allmänna konkurrensskäl. 3. Underprisättning kan riktas mot viss konkurrent.” Nordberg 1999 s. 231. Hän on pitänyt tärkeänä, että kaikki kuntalaiset saavat kaikki tarvittavat palvelut sosiaalipolitiikan alueelta ja julkiset subventiot pitäisi näiltä osin hyväksyä. Nordberg 1999 s. 239. Vrt. Warling–Nerep 1995 s. 189.

1749 Warling–Nerep 1995 s. 176.

1750 Nordberg 1999 s. 160–161. Nordberg on todennut Ruotsin kilpailulainsäädännön tilasta seuraavaa: ”I den svenska konkurrenslagiftningen finns inga regler och inte heller någon rättspraxis för bland administrationsområdet. Konkurrensnedrindning till följd av offentlig stödgivning delas upp i två steg. Den första frågan är om det offentliga organet X kan betala pengar till mottagaren Y. Den andra frågan är hur mottagaren kan använda dessa stödpengar. I Sverige reglerar kommunallagen och övriga förvaltningsrättsliga lagar det första steget, frågan om stödet får ges. Konkurrenslagen handlar uteslutande om det andra steget, om hur mottagaren inte får använda stödet. När frågan om offentlig subventioner till bostadsföretag är tillättna prövas, får hänsyn inte tas till de konkurrensnedrindande effekter som uppstår då stödet används.” Nordberg 1999 s. 160.

KHO voi määrätä ainoastaan, että päätöstä ei saa soveltaa.

KHO totesi, että satamamaksun suuruutta rajoittavat yleisesti julkisoikeudellisen maksun määräytymistä ja kunnallisten toimielinten päätösvalan käyttöä koskevat periaatteet, jolloin kaupunginhallitus korottaessaan matkustajamaksun nelinkertaiseksi oli käyttänyt harkintavaltansa muuhun kuin satamamaksun perimiseen ja ylittänyt siten toimivaltansa.¹⁷⁵¹

Oikeustapauksissa on katsottu, että kunnan pitää huomioida toimialaansa liittyviä tehtäviä hoitaessaan, ettei se luo perusteettomia esteitä ja rajoituksia vapaalle elinkeinotoiminnan harjoittamiselle vaan huomioi kilpailurajoituslain asettamat säännökset. Kunnalle voi syntyä monopoliasema, vaikka kyseiset palvelut olisi osittaisulkoistettu.

Kun kunta harkitsee palvelujen tuottamista omana tai yksityisen toimesta, täytyy sen huomioida kilpailurajoituslaissa mainitut tavoitteet. Kunnan osalta tämä tarkoittaa pääperiaatteellisesti sitä, että taloudellinen kilpailu on terveellä pohjalla. Kunnat eivät saa vaikuttaa markkinoiden hinnoitteluun tai vääristää sitä esimerkiksi subventoimalla jotakin toimintaa. Kunta ei saa myöskään luoda esteitä tai rajoituksia yksityiselle toiminnalle, ellei sille ole erittäin painavia perusteita. Kilpailuneuvoston ja korkeimman hallinto-oikeuden tulkinta on ollut asiakas- ja kuluttajapainotteinen.¹⁷⁵²

KHO katsoi päätöksessään 11.1.2002/54, että selvästi asukkaita hyödyttävää toimintaa ei voida pitää kilpailurajoituslain vastaisena toimintana. Tapauksessa oli kysymys liikuntapalveluiden lisäämisestä, jolloin palvelut olisivat kuntalaisille ilmaisia tai omakustannushintaisia. Tapauksessa kunta oli vuokrannut koulujen sisäliikuntatiloja yleisölle käytettäväksi liikuntatoimintaan. Se että kunta harjoitti julkista tehtävää, ei sulkenut pois sitä, että kilpailurajoituksista annettu laki voisi tulla sovellettavaksi kuntaan. KHO totesi kuitenkin kokonaisuudesta, että liikuntatilojen vuokraamiseen liittyvien piirteiden vuoksi, erityisesti koulujen liikuntatilojen hyötykäytön tehostaminen ja maksujen määräytyminen muiden kuin liiketaloudellisten periaatteiden mukaan, ei toimintaa voitu pitää kilpailurajoitusL 3.1 §:n tarkoittamana ammattimaisena hyödykkeiden luovuttamisena vastiketta vastaan eikä kilpailurajoitusL 3.1 §:n tarkoittamana elinkeinon harjoittamisena.¹⁷⁵³

KHO:n päätös vuodelta 2002 tuo esille lisäkysymyksiä ulkoistamisnäkökulmasta, etenkin siltä osin, kuinka paljon kunta voi tietyissä rajoissa rajoittaa yksityisen elinkeinoharjoittajan toimintaa subventoimalla tai rajoittamalla sellaisia ei-lakisääteisiä palveluja, josta kuntalaiset todella hyötyvät. Kysymykseksi nousee, kuinka pitkälle kunnat voivat ottaa osaa vapaalla markkinoilla tuotettuihin palveluihin sillä perusteella, että kunnan toiminnasta hyötyvät kuluttajat.

Sosiaali- ja terveydenhuollon yksi suurin haaste on kilpailulainsäädäntö, jolloin joudutaan miettimään, miten innovatiivisuus ja kilpailusäännösten näkökulmat on

1751 Vrt. L kilpailurajoittamisesta (480/1992); HE 88/2010.

1752 Aalto-Setälä ym. 2003 s. 24–25.

1753 Ks. HE 88/2010.

mahdollista yhdistää¹⁷⁵⁴. Ei voi olla julkisen talouden edun mukaista, että toimintamalleja ei uskalleta kehittää asiakkaan kannalta tarkoituksenmukaisemmiksi erilaisten tulkinnallisten säännösten pelossa.

Toisaalta lisääntyvällä sääntelyllä on sekä positiivisia että negatiivisia vaikutuksia kuntalaisiin. Negatiivisia ovat esimerkiksi uusien toimintamuotojen hakemisen hitaus silloin kun kunnan tai seutukunnan toimintaympäristö muuttuu. Positiivisena voidaan kuitenkin pitää sitä, että monet säännökset, kuten eri EU-säännökset ja kilpailuoluiden että hankintalain uudet säännökset, painottavat entistä enemmän tasapuolisuutta ja syrjimättömyyttä. Samalla kuitenkin erityisesti eri ulkoistamismuodoissa ongelmaksi on tullut, että oikeuskäytännön pohjalta ei sen vähyysden vuoksi pystytä tulkitsemaan ja ennakoimaan, mitä säännöksiä tai menettelymuotoja pitäisi kussakin toimintamuodossa painottaa

Suomi on ajanut laajaa palvelusdirektiivin soveltamisalaa. Ulkoistusten osalta direktiivi on liittynyt lähinnä vuokratyönvälityspalveluihin ja turvapalveluihin sekä sosiaalipalvelujärjestelmän tulkintoihin. Vaikka palveludirektiivi supistui jonkin verran alkuperäisestä ehdotuksesta, oli sillä vaikutuksia myös Suomelle. Direktiivissä ei puuttunut esimerkiksi työoikeuteen ja työehtosopimuksiin eikä työehtojen valvontaan. Toisaalta direktiivin nähtiin tuovan oikeusvarmuutta ja kannustavan palveluyrittäjiä myös vientiin.¹⁷⁵⁵ Hallintovaliokunnan lausunnossa tuotiin esille palveludirektiivin ongelmat:

”Valiokunta katsoo valtioneuvoston tavoin, että tekstiä tulisi selkeyttää siten, ettei direktiivi koske Suomen julkiseen sosiaalipalvelujärjestelmään kuuluvia palveluja, jotka ovat koko väestölle suunnattuja universaaleja, tarveharkintaan perustumattomia palveluita. Myös esimerkiksi käsitteitä yleishyödylliset palvelut, yleishyödylliset taloudelliset palvelut ja yleisen taloudellisen edun mukaiset palvelut olisi tarpeen täsmentää.” Valiokunta oli jo lausunnossaan kiinnittänyt huomiota myös turvallisuuspalveluiden aseman epäselvyyteen. Yksityiset turvallisuuspalvelut rajattiin direktiivin ulkopuolelle, mitä valiokunta piti perusteltuna.¹⁷⁵⁶

Sekä kilpailunrajoituslaki että kuntalaki tuovat tiettyjä rajoituksia ulkoistuksille. Kilpailunrajoituslaki rajoittaa kunnan osittaisulkoistamista silloin, kun kunta alkaa harjoittaa toimintaa, jota markkinoilla jo harjoitetaan. Kuntalaki taas tuo tiettyjä rajoituksia siihen, mitä toimintaa kunta voi yleensä lähteä harjoittamaan.

1754 Halme–Kotilainen 2008 s. 84. Teknologian on jo 1970-luvulla uskottu parantavan paikallishallinnon tuottavuutta. Ks. Ross–Burkhead 1974 s. 93.

1755 HaVL 20/2006 s. 2–4.

1756 HaVL 20/2006 s. 5.

6. LUKU

Sopimuksellisuuteen ja vastuukysymyksiin liittyvät oikeudelliset vaatimukset

6.1 Sopimuksen tekoa, asemaa ja muotoa asemoivat säännökset

6.1.1 Sopimuksellisuuteen liittyvät normit ja periaatteet

Yksityisoikeus on hyvin laaja kokonaisuus, ja siihen liittyviä normeja voidaan systematisoida monella tavalla. Yksityisoikeus jaetaan monesti yleiseen ja erityiseen yksityisoikeuteen. Kaikkia näkökulmia ei voida tässä käsitellä, vaan keskitytään ainoastaan niihin olennaisimpiin yleisen ja erityisen yksityisoikeuden kysymyksiin, joiden kanssa kunnissa yleensä operoidaan, kun toimintoja ulkoistetaan¹⁷⁵⁷. Ulkoistamissopimukseen liittyvä säännöstö on myös sopimuksellisuuden osalta monipuolinen, koska siinä on huomioitava hankintalain ja kilpailuoikeudellisten säännösten lisäksi oikeustoimilain, julkisuuslain sekä erityislainsäädännön tuomat velvoitteet ja rajoitteet.

Ulkoistamisiin voi laajemmin liittyä myös monia yhteiskunnallisia ristivetoja, joita voidaan tarkastella modernin sopimusoikeuden kautta. Ne voidaan jaotella oikeuden ja moraalien, formalismin ja materialismin, julkisoikeuden ja yksityisoikeuden sekä sopimuksen sitovuuden näkökulmista. Oikeussysteemiä voidaan sopimusoikeuden ongelmanratkaisussa lähestyä oikeusperiaatteiden, oikeussäännösten ja sopimusmallin näkökulmista.¹⁷⁵⁸

Sopimusvapauden merkityssisältö voidaan eritellä koskemaan sopimuksen sisältövapautta, muotovapautta sekä sopimussuhteeseen liittymisen ja siitä irtaantumisen vapautta. Vaikka yksityisoikeudessa sopimusvapaus on johtava pääperiaate osapuolten välisissä sopimussuhteissa, on kunnan lakisääteisten tehtävien ulkoistamisia lähestyttävä julkisoikeudellisesta näkökulmasta. Kunnallisessa ulkoistamisessa voi olla tietyissä tilanteissa vaikeaa erottaa, missä menee tarkasti viranomaistoiminnan ja julkisen vallan käytön raja, koska julkisten tehtävien hoitamisessa ja tehtävissä voi olla useita eri muotoja.¹⁷⁵⁹

Sopimusvapauden perusteet pätevät joiltain osin kunnissa, mutta monia asioita, kuten valitsemisvapautta ja muotovapautta, on rajoitettu enemmän julkisoikeudellisilla säännöksillä ja periaatteilla (etenkin valitsemisvapautta), joista osa on johdettu EU:n direktiiveistä. Pääsääntöisesti sopimusoikeudelliset vapaudet ovat julkisella ja

1757 Yleistä yksityisoikeutta kutsutaan myös siviilioikeudeksi ja siihen lukeutuvat mm. varallisuus oikeus ja oikeussubjekti. Erityiseen yksityisoikeuteen lukeutuvat mm. kauppa- ja varallisuus oikeus.

1758 J. Pöyhönen 1988 s. 113.

1759 Ks. Suviranta 2006b s. 55; Pöyhönen 1997 s. 246; Mäenpää 1989 s. 58, 128.

yksityisellä puolella samanlaisia. Näin turvataan tietty muotosidonnaisuus ja kuntalaisten oikeusturva niin, että sopimuksissakin on noudatettava hyvän hallinnon vaatimuksia. Itse sopimusten tulkintasäännöt ovat hyvin erilaisia eri maissa, joten olisi perehdyttävä myös niiden tulkintadoktriineihin ja taustoihin, koska myös eri maiden sopimustentulkintanormit poikkeavat monelta osin toisistaan. Yhtenä suuntauksena näyttäisi olevan siirtyminen yksityiskohtaisesta normistosta kohti vilpittömää mieltä suojaavaa yleislauseketta.¹⁷⁶⁰

Yhtenä tarkastelunäkökulmana voisi olla normatiivinen sopimusvapaus, eli millaisissa tilanteissa oikeusnormit eivät velvoita sopimuksen tekemiseen mutta eivät myöskään kiellä sitä. Vaikka puhutaan normatiivisesta sopimusvapaudesta, voi tosiasiallinen sopimusvapaus voi olla hyvin vähäistä.¹⁷⁶¹ Kunnissa voi tietyn TSS-oikeuksien alaan liittyvän palvelun osalta käydä niin, että tosiasiallista sopimusvapautta ei ole tai liikkumavara on hyvin pientä. Tällä tarkoitan sitä, että kun ulkoistettu palvelu on erityislainsäädännöllä normitettu ja ohjeistettu tiukasti ja siihen lisätään kilpailuoikeudelliset ja kunnan sisäiset ohjeet sekä resurssinäkökulmat, voi todellinen sopimusvapaus jäädä vähäiseksi.

Pöyhönen on todennut, että sopimusvapauden *prima facie* -luonnetta on pidetty systeemi-arvoltaan vahvimpana sopimusoikeudessa¹⁷⁶². Kun sopimusvapauden periaate erotetaan sopimuksen käsitteestä, antaa se mahdollisuuden pitää sopimusvapautta oikeusperiaatteena¹⁷⁶³. *Prima facie* -luonteen korostaminen ulkoistamista koskevissa sopimuksissa edes teoreettisesti vaatisi koko oikeusjärjestyksen ja myös muiden normien hyvää tuntemusta, jotta tasapainotilanteessa ei tehtäisi vääriä tulkintoja. Kunnallisessa sopimustoiminnassa täytyy aina kuitenkin ottaa huomioon, että sopimusehtojen laatijat eivät aina pysty tekemään sopimusta niin tarkasti tai virheettömästi, ettei mitään tulkintatilanteita syntyisi koko sopimuskauden aikana¹⁷⁶⁴.

Prima facie -tilanne voi tulla jo heti alkuun kunnan ja ulkoistettavan toiminnan sopimuksen syntymisajankohdasta. Sopimus on OikTL 1 luvun mukaan tehty, kun sopimusosapuolilla on yksimielisyys sopimuksen sitoutumisesta ja sisällöstä. Oikeustoimilain mukaisessa tulkinnassa sopimuksessa on kaksi keskeistä elementtiä eli tarjous ja siihen annettu vastaus, josta voidaan todentaa, että osapuolet haluavat tehdä oikeustoimen¹⁷⁶⁵. Yksityisoikeudellisille periaatteille voidaan antaa etusija julkisoikeu-

1760 Sajama 2007 s. 132, 135. Esimerkiksi Isossa-Britanniassa ei ole olemassa lainsäädännöllisiä sopimustentulkintanormeja, kun taas Ranskan Code Civil on ollut edelläkävijä. Ranskan tulkintasäännön perusajatus on ollut, että tuomarille ei ole jätetty harkintavaltaa vaan heidän ratkaisunsa on sidottu yksityiskohtaisiin tulkintanormeihin. Espanja teki yksityiskohtaisen tulkintanormiston noin sata vuotta Ranskan jälkeen. Kuvaavaa on, että tulkintanormien määrä on vaihdellut Ranskan kahdentoista säännön mallista Saksan yhden säännön malliin. Tarkemmin ks. Sajama 2007 s. 132–134.

1761 Wilhelssom 1993 s. 14; J. Pöyhönen 1988 s. 268–270.

1762 J. Pöyhönen 1988 s. 27. *Prima facie* -etusijalla tarkoitetaan, että jokin periaate laitetaan tietyissä tilanteissa ensisijaiseksi, eli tietyille periaatteelle annetaan tasapainotilanteessa etusija toisiin periaatteisiin nähden sitä huolimatta, että ne loukkaisivat muita periaatteita. J. Pöyhönen 1988 s. 26.

1763 J. Pöyhönen 1988 s. 94.

1764 Vrt. Häyhä 1996 s. 97.

1765 Häyhä 1996 s. 127. Sopimus voi joissakin tilanteissa syntyä jo suullisessa sitoutuspäätöksessä, jolloin kirjallinen sopimus on vain muodollisuus. Tällaisissa tapauksissa ratkaisevaa on myös se, mitä sopijaosapuolet ovat tarkoittaneet. Ks. Hertzen 1983 s. 122–128.

dellisten periaatteiden kustannuksella, koska sopimuksen syntymisajankohdan periaate ymmärretään hallinto-oikeudellisista lähtökohdista toisin¹⁷⁶⁶.

On mahdollista, että oikeussääntöjä ei aina käytetä ulkoistamiseen liittyvien risti-riitojen tulkinnassa, jolloin voidaan puhua *contra legem* -tilanteesta. Sen mukaan tietty tapaus olisi ratkaistava nykyisten oikeussääntöjen mukaan tietyllä tavalla, mutta näin ei tehdä. *Contra legem* voidaan jakaa oikeudelliseksi ja ei-oikeudelliseksi. Ei-oikeudellisella *contra legem* -ratkaisulla tarkoitetaan, että koko oikeusjärjestelmä ohitetaan ratkaisussa. Oikeudellisella *contra legem* -ratkaisulla tarkoitetaan ratkaisua, jossa oikeusjärjestelmän tietystä yksittäisestä kohdasta poiketaan siten, että se korvataan ja huomioidaan tuohon järjestelmään kuuluvien muiden kohtien perusteella. *Contra legem* -tilanteeksi voidaan kutsua myös tilannetta, jossa toisen lailla vahvistetun oikeussäännöksen soveltamatta jättämistä perustellaan toisella oikeussäännöllä¹⁷⁶⁷. Jatkossa *contra legem* -ratkaisuilla tarkoitetaan ainoastaan oikeudellista *contra legem* -tilannetta.

Ulkoistamista koskevan sopimuksen osalta jouduttaisiin kyseinen oikeudellinen *contra legem* -ratkaisu tekemään yksittäistapauksena, jolloin siihen sovellettaisiin yksistään siihen soveltuvia oikeusperiaatteita ja ohitetun oikeussäännön merkitys pysyisi ennallaan¹⁷⁶⁸. Kunnallisissa ulkoistamisissa oikeudellista *contra legem* -ratkaisua voidaan joutua harkitsemaan tilanteissa, joissa yksittäisen säännöksen ottaminen sopimukseen olisi tilaajan tai tuottajan kannalta kohtuutonta tai epäohdonmukaista. Ongelmaksi kuitenkin kyseisessä ulkoistamista koskevassa sopimuksessa muodostuu oikeudellisten ratkaisujen prejudikaattiasema, eli että kyseistä oikeusratkaisua ei tulkittaisi yksittäistapauksena vaan se yleistettäisiin muihin tapauksiin.

Hallituksen esityksessä on todettu, että kohtuullistamiseen ei voi vedota sellaisissa tilanteissa, joissa sopimusosapuolten velvollisuuden järkkymiseen johtaneet tekijät ja niiden seuraukset ovat sopimuksentekohetkellä ennakoitavissa¹⁷⁶⁹. Toisaalta myös sopimuksen valmistelussa sopijaosapuolten neuvotteluasemalla on merkitystä. Neuvotteluasemaa ei kuitenkaan voida kategorisoida yhden asian perusteella, vaan siihen voivat vaikuttaa asiantuntemus, monopolityyppinen tilanne, sopimuksen välttämättömyys, tarjoajien määrä ja taloudellinen asema¹⁷⁷⁰. Kunta on lähtökohtaisesti tasa-arvoisessa asemassa sopimusosapuolena, oli kyse yksityisoikeudellisesta tai julkisoikeudellisesta sopimuksesta. Kohtuuttomuustilanteiden arvioinnissa on tarkasteltava tilannetta ja ympäristöä, joissa sopimus on laadittu. Kunnan näkökulmasta pitäisi olla hyvin poikkeukselliset olosuhteet, koska kunta on se taho, joka hankintalain mukaan pyytää tarjouksia, joihin myös sopimukset perustuvat.

Tarkastelua voidaan laajentaa siihen, missä tilanteessa ulkoistamista koskeva sopimus tulee kohtuuttomaksi toiselle osapuolelle. Esimerkiksi sopimuksen pituus voi olla ongelma. Etenkin pitkissä ja mittavissa sopimuksissa kilpailuttaminen neuvotteluineen ja lainvoimaisine päätöksineen voi kestää toista vuotta ja sopimukset voivat olla optioineen kuusi vuotta. Tarjoajan näkökulmasta kyse on valmisteluineen 7–8 vuoden resursoinnista ja investoinneista. Näissä tilanteissa joudutaan monesti punnitsemaan,

1766 Vrt. KKO 1996:84. Päätöstä käsitelty tarkemmin luvussa 6.1.5.

1767 J. Pöyhönen 1988 s. 29, 38–39, 46.

1768 Vrt. J. Pöyhönen 1988 s. 50.

1769 HE 247/1981 s. 12.

1770 Hemmo 2001 s. 20.

mikä on kohtuullista sopimuksen sitovuuden näkökulmasta. Yleinen sovittelusäännös kohtuuttoman ehdon soveltamisesta on määritelty OikTL 36–38 §:ssä.

Kohtuusperiaate voi nousta *prima facie* -asemaan, eli jos periaatteet ovat punnintatilanteessa tasapainossa, on valittava ratkaisuksi kohtuusperiaatteen vaatima suunta. Lisäksi jos kohtuusperiaate soveltuu kyseiseen tilanteeseen, on pystyttävä näyttämään argumentit siitä poikkeamiselle. Jos tällaisia argumentteja, kuten sääntöjä tai muista periaatteista johdettuja argumentteja, ei pystytä tuomaan esille, jää ratkaisu kohtuusperiaatteen mukaisesti *prima facie* -asemaan.¹⁷⁷¹

Pöyhönen on todennut että ”periaateprejudikaatteina tuomionistuinratkaisuilla on periaatteiden punnintatilanteissa kuitenkin aina (vain) se arvo, joka niiden julkilausutuilla ja niihin välttämättä sisältyvillä (julkilausumattomallakin) materiaalisilla perusteilla on”¹⁷⁷². Kunnallisista ulkoistamisista on kuitenkin hyvin vähän KHO:n ja KKO:n päätöksiä, joista voi välittömästi johtaa prejudikaatteja. Välillisesti tai yksittäisissä asioissa on ulkoistamiseen liittyviä ratkaisuja, joilla voidaan katsoa olevan jonkinlainen ohjaava merkitys tietyistä tulkintaongelmista huolimatta¹⁷⁷³.

Sopimusmallit voidaan jakaa peruskäsitteisiin, dogmeihin ja konstruktioihin. Sopimusmallin peruskäsitteet antavat raamin, jonka ytimeen sopimuksen käsite sijoittuu. Sopimuksen peruskäsitteitä tarvitaan normiston systematisoinnin avuksi ja oikeudellisten ongelmien kohdentamisessa oikeaan normiympäristöön. Sopimuksen peruskäsitteet ovat tärkeitä, koska jos ne tulkitaan soveltuviksi, ne tuovat sopijaosapuolille velvollisuuksia ja oikeuksia. Se kuinka spesifisesti oikeudet ja velvollisuudet ovat johdettavissa peruskäsitteestä, riippuu sopimusmallista ja siihen liittyvästä normistosta. Peruskäsitteet ovat sopimusoikeuden systematisoinnissa avainasemassa, koska sopimus käsitteenä on riippuvainen oikeusnormeista ja yhtä ainoaa juridista sopimusmuotoa ei ole.¹⁷⁷⁴ Kunnallisen ulkoistamisen osalta sopimusmallin peruskäsitteet selventävät sitä kontekstia, jossa kunta kulloinkin oikeudellisesti liikkuu ja mitkä kulloinkin ovat sopimuksen oikeudelliset rajat.

Dogmien avulla punnitaan esimerkiksi, kumpi kahdesta säännöstä on poikkeus ja kumpi pääsääntö, tai millaisessa normiympäristössä ongelmat ovat ja millaisiin periaatteisiin ne pääasiallisesti pohjautuvat. Dogmit ilmenevät sopimusoikeudessa esimerkiksi siten, että tietyistä normistosta ei voida poiketa oikeusperiaatteisiin vedoten vaan ainoastaan oikeussääntöjen perusteella. Esimerkiksi vilpittömän suojan dogmin mukaisesti vilpittömässä mielessä ollut sopijapuoli saa oikeussuojaa, kun taas vilpillisessä mielessä toiminut sopijapuoli jää ilman oikeussuojaa.¹⁷⁷⁵ Oikeussäännöstä voi tulla dogmi, jos siihen perustuva oikeusperiaate tulee *prima facie* -asemaan¹⁷⁷⁶. Konstruktion tehtävänä on perustella, että tutkittavana olevaan oikeudelliseen ongelmaan on mahdollista soveltaa tiettyä normatiivista ratkaisumallia, vaikka ratkaisu voisi

1771 J. Pöyhönen 1988 s. 193. Pöyhönen on antanut sopimusoikeuden neljälle johtavalle periaatteelle (sopimusvapaudelle, vaihdannan intressille, kohtuuden ja heikkomman hyvittämiselle) *prima facie* -aseman joissakin sopimusmalleissa. J. Pöyhönen 1988 s. 195.

1772 J. Pöyhönen 1988 s. 76.

1773 Vrt. Laakso 1990 s. 100–102.

1774 Pöyhönen on jaotellut sopimusmalleja väitöskirjassaan. J. Pöyhönen 1988 s. 81–82.

1775 J. Pöyhönen 1988 s. 83, 102.

1776 Wilhelmsson 1993 s. 19–20.

jäädä avoimeksi. Toiseksi konstruktiolla levennetään sopimusmallin ja siihen kuuluvan dogmin soveltumisalaa. Konstruktiot auttavat korjaamaan normiston, ja kyseisessä sopimuksessa tulleet jännitteet kehittävät sopimusten ongelmien ratkaisumahdollisuuksia.¹⁷⁷⁷ Kunnan ulkoistamisissa konstruktiotilanteet ovat hyvin tulkinnallisia ja niissä liikutaan oikeudellisesti hyvin hypoteettisella alueella. Kunta voi kuitenkin ainakin teoreettisesti joutua tiedostamattaan konstruktiotilanteeseen, esimerkiksi jos toinen sopijaosapuoli ei ole tietoinen kunnan ehdoista, jotka eivät kuulu oikeudellisesti kyseiseen sopimusmalliin. Tällöin voidaan hiljaisen tahdon konstruktion avulla palauttaa alkuperäinen sopimus vallitsevaan tahtotilanteeseen.

Tarkastelun kohteeksi voi tulla, voiko kolmas osapuoli välittömästi tai välillisesti tulla sidotuksi kunnan ulkoistamista koskevaan sopimukseen. Pääsääntö oikeuskäytännössä on ollut, että sopimusosapuolet voivat sitoa sopimuksella vain toisensa. Kolmatta osapuolta koskeva oikeusvaikutus voi tulla kysymykseen sellaisessa tilanteessa, jossa esimerkiksi kolmannelle osapuolelle tehdään jokin suoritus. Tällöinkin kolmatta osapuolta velvoittavia sopimuksia on mahdollista tehdä, jos lain kyseinen säännös antaa siihen oikeutuksen¹⁷⁷⁸. Kun sopimusoikeudessa on mahdollista tehdä sopimuksia niin, että kolmannelle osapuolelle tulee hyötyjä, voidaan kysyä, tuleeko sille myös itsenäinen vaadeoikeus sopimukseen nähden.¹⁷⁷⁹ Kunnallisen ulkoistamisen osalta kysymys voi aktualisoitua, kun kunta tekee sopimuksen yrityksen kanssa ja sopimukseen otetaan tiettyjä velvoitteita kolmannen osapuolen hyväksi. Toiseksi kunta voi tulla sidotuksi välillisesti myös kolmanteen osapuoleen, kuten aliorakoitsijaan.

Sopimuksen kielellisenä lähtökohtana pidetään yleiskielen mukaista tulkintaa. Aina tämä ei kuitenkaan ole mahdollista. Yleiskielen mukaista tulkintaa ei tarvitse tehdä silloin, kun sopimukseen on otettu tietyn erikoisan sanasto. Esimerkiksi jos toinen sopimusosapuoli ei ole tiennyt tietyn sanan erikoismerkitystä, on asiaa lähestyttävä siten, mitä tietämys-, selonotto- ja informointivaatimuksia sopimusosapuolille on asetettava.¹⁷⁸⁰ Sopimusoikeuden yhtenä tulkintaperiaatteena on, että sopijaosapuolten tarkoitukselle annetaan tulkinnassa etusija esimerkiksi sanamuotoon nähden¹⁷⁸¹. Edellä mainitut sopimusoikeudelliset periaatteet vain vahvistavat sitä käsitystä, että kunnassa on oltava hallinto-oikeuden lisäksi tietämystä siitä, mihin sitoudutaan. Samalla pitää olla kyseisen ulkoistettava toimialan erikoisosaamista, jotta tilaaja pystyy terminologisesti antamaan oikeat merkitykset sopimuksen sisällölle.

Oikeustoimilain 32.1 §:n mukaan ilmaisuerehdyssääntö ei tarkoita sitä, ettei sopimus ole miltään osin legitiimi. Kohtaa voidaan tulkita myös siten, että sopimuksen virheellisen kohdan mukainen tulkinta ei tule sitovaksi, jos se ei vastaa sopimuksen alkuperäistä merkitystä tai se on tehty vilpillisellä mielellä¹⁷⁸². Sopimuksen tulkinnoissa voidaan soveltaa *e contrario* -periaatetta, jonka mukaan sopimusmääräyksiä, joita ei

1777 Vrt. J. Pöyhönen 1988 s. 84–87.

1778 Ks. Häyhä 1996 s. 237.

1779 Häyhä 1996 s. 326, 327.

1780 Hemmo 1997b s. 40–41. Ks. myös KKO 1994:108.

1781 Aho 1985 s. 166–167.

1782 Pääperiaatteena varallisuus oikeudellisissa oikeustoimissa on objektiivinen tulkinta, jota on mahdollista täydentää vetoamalla sopijaosapuolen subjektiviseen arvioon sillä edellytyksellä, että se vastaa toisen sopijaosapuolen alkuperäistä näkemystä. Aho 1985 s. 170–171.

ilmene välittömästi sopimustekstistä, ei ole¹⁷⁸³. Pääsääntöisesti sopimuksen epäselvät kohdat tai siihen liittymättömät odotukset tulkitaan laatijan vahingoksi, koska laatijalla on paremmat mahdollisuudet vaikuttaa sopimuksen tulkinnallisuuteen.¹⁷⁸⁴ Sopimuksen laatijaan ja oikeustoimiopin subjektiivisen tulkintaan voitaisiin ainakin välillisesti ajatella sovellettavan samoja periaatteita siten, että oikeustoimelle annetaan tahdonilmaisun antajan antama sisältö¹⁷⁸⁵. Monet tutkijat ovat jaotelleet sopimusvapauden tosiasialliseen ja normatiiviseen sopimusvapauteen¹⁷⁸⁶.

Jos osapuolten sopima sopimussisältö ei noudata lainsäätäjän linjaa keskimääräisestä oikeudenmukaisuudesta, ei sitovuutta välttämättä synny, elleivät osapuolet löydä muita erityisiä perusteita sopimuksen sitovuudelle¹⁷⁸⁷. Yksityisoikeuden ja julkisoikeuden suhde sopimusoikeudessa on haastava – etenkin perusoikeuksien osalta. Kuntien ulkoistamissopimukset ovat lisänneet yksityisoikeuden argumenttielementtejä, samalla kun perusoikeusäännösten vaikutus ja oikeusmerkitys lakisäateisten palvelujen ulkoistamisiin ovat vahvistuneet. Toisaalta yksityisoikeudelliset normit eivät ole aina sopu-soinnussa perusoikeusnormien kanssa, koska perusoikeudet ovat monesti avoimempia ja tulkinnallisempia¹⁷⁸⁸. Vaikka perusoikeuksia ei aina pystytä niiden yleisyyden takia ottamaan itse sopimukseen, on tilannekohtaisesti tarkasteltava, miten hyvin pystytään toteuttamaan ja sovittamaan yhteen kuntalaisten ja hallinnon tavoitteita esimerkiksi avoimuuden ja oikeusturvan osalta¹⁷⁸⁹.

6.1.2 Julkis- vai yksityisoikeudellinen sopimus?

Siviilioikeus on julkisoikeudellistunut, kun julkisessa intressissä yhä useampia toimintoja on tarpeen säännellä ja ohjailla. Sopimusoikeudellakin on yhä suurempia linkkejä julkiseen intressiin, koska enenevässä määrin sopimusosapuolina on myös julkisoikeudellisia toimijoita. Julkisten palveluiden ulkoistaminen ja yksityistäminen johtaa myös siihen, että yksityisoikeuden merkitys näiden toimintojen oikeudellisena puitteena lisääntyy¹⁷⁹⁰. Toisaalta on nähtävissä, että yksityis- ja julkisoikeudellisten elementtien merkitys ja painoarvo ovat hyvin pitkälle riippuvaisia sääntelyn kohteesta¹⁷⁹¹.

Sopimuksia on yritetty luokitella yksityis- ja julkisoikeudellisiksi monissa tutkimuksissa. Yhdestä näkökulmasta julkisoikeudellisesta sopimuksesta on kyse vain siinä tapauksessa, että sopimuksen osapuolet sitoutuvat noudattamaan julkisoikeudelliseen oikeussuhteeseen liittyviä velvoitteita¹⁷⁹². Toiseksi julkisoikeudellisen sopimuksen yhtenä pääasiallisena elementtinä on laista tuleva valtuutus, jos sopimus tehdään kahden

1783 Hemmo 1997b s. 64.

1784 KM 1990:20 s. 24–30.

1785 J. Pöyhönen 1988 s. 18. Ks. myös Laakso 1990 s. 112. Lisäksi Pöyhönen toteaa, että riitatilanteissa subjektiivisen tulkinnan periaatetta ei voida noudattaa vaan pääsääntöisesti on käytössä objektiivisen tulkinnan periaate. J. Pöyhönen 1988 s. 18.

1786 Sopimusvapauden perusteisiin kuuluvat päättäväisyys, osapuolten valitsemisvapaus, tyyppivapaus, sisältövapaus, muutovapaus ja purkuvapaus. Hemmo 1997b s. 62.

1787 J. Pöyhönen 1988 s. 240.

1788 Alexy 1986 s. 338–342, 494.

1789 Vrt. Mäkinen 2000 s. 102.

1790 Vrt. Nuotio 2002 s. 5.

1791 Mäenpää 2005 s. 174.

1792 HE 72/ 2002 s. 119.

eriarvoisen sopimuskumppanin välillä. *Julkisoikeudellisen ja yksityisoikeudellisten sopimusten asemasta ja roolista on eri vuosikymmeninä tehty runsaasti eri määritelmiä*¹⁷⁹³.

Merikoski mukaan sopimusten luokittelussa olennaista on lainsäätäjän tahto ja se, onko kyseinen asia tarkoitettu käsiteltäväksi hallintolainkäytön mukaisesti vai yleisessä tuomioistuimessa¹⁷⁹⁴. Villkkonen taas on todennut, että yleispäteviä sääntöjä sopimusten luokittelussa julkis- tai yksityisoikeudelliseksi ei ole mahdollista antaa¹⁷⁹⁵. Mäenpään mukaan viranomaisten tekemät sopimukset olisivat pääsääntöisesti joko yksityisoikeudellisia tai julkisoikeudellisia. Sopimuksen yksityisoikeudellisesta tai julkisoikeudellisesta muodosta riippuu sopimuksen pätevyys, sitovuus, oikeusvaikutukset ja toimivalta¹⁷⁹⁶. Hallintosopimuksen piirteinä on, että osapuolet ovat lähtökohtaisesti tasa-arvoisia ja sopimukseen pääseminen vaatii kummankin osapuolen hyväksyntää sen sisällöstä. Ongelmana on kuitenkin, että hallintosopimuksen käsite ei ole ollut kovinkaan yksiselitteinen.¹⁷⁹⁷

Hallintosopimuksen osapuolta pidettäisiin myös hallintolaisissa tarkoitettuna asianosaisena. Niin ikään sopimussuhteen ulkopuolinen taho voi olla asianosainen, jos valmistettava sopimus koskee tätä säännöksessä tarkoitettulla tavalla. Esityksessä ei nähty tarkoituksenmukaiseksi rajata asianosaisen käsitettä suppeaksi.¹⁷⁹⁸ Hallintolain valmistelussa olleet asianosaisasemaa määrittävät oikeuden, edun ja velvollisuuden käsitteet ja niihin liittyvät päätökset ovat ulkoistettavien tehtävien rajoja määriteltäessä keskeisessä asemassa.

Vaikka sopimus itsessään olisi pääsääntöisesti yksityisoikeudellinen, liikutaan kunnallisessa ulkoistamisessa myös julkisoikeudellisten sääntöjen alueella. Julkisoikeuden ja yksityisoikeuden keskeinen ero ovat niiden sääntelyalat. Julkisoikeus sääntelee julkisyhteisöjen välisiä suhteita ja toimintaa sekä organisaatioita, ja siten sen avulla voidaan kohdistaa velvoitteita ja yksipuolisia toimia kansalaisiin¹⁷⁹⁹. Kuntien näkökulmasta ensisijaisena tavoitteena ei saisi olla tietyn julkisoikeudellisen sopimussuhteen muodon tavoittelu, vaan kunnan tulisi tilaajana tarkastella, mitä päämääriä ja velvoitteita yksityiselle organille olisi asetettava. Ei ole vielä kovinkaan selvää, missä kohtaa eri

1793 Ks. Rytkölä 1950 s. 31, 26–28.

1794 Merikoski 1968 s. 467.

1795 Villkkonen 1973 s. 58.

1796 Mäenpää 1989 s. 89, 91. Mäenpää toteaa kuitenkin, että sopimusten erottelu julkis- tai yksityisoikeudellisiin sopimuksiin ei ole keskeistä. Viranomaisten tiettyjä sopimusmuotoja voidaan perinteisestä näkökulmasta luonnehtia julkisoikeudellisiksi, mutta samalla niiden yksityiskohtaisemmassa erittelyssä, tulkinnassa ja toteuttamisessa voi olla sijaa myös yksityisoikeudellisille näkökulmille. Mäenpää 1989 s. 89, 91, 159.

1797 Kulla 2003 s. 24. Esimerkiksi ranskalaisessa hallinto-oikeudessa on muovautunut hallinnollisille sopimuksille oma käsite, *contrat administratif*. Se on hyvin laaja ja sisältää kaikki viranomaisten ja yksityisten väliset sopimukset, joiden tarkoituksena on julkisten palvelujen toteuttaminen. Mäkinen 2001 s. 10.

1798 HE 72/2002 s. 32–33.

1799 Ks. Hoffmann-Riem-Schmidt-Aßmann 1998 s. 268–270.

oikeussäännösten rajat tulevat ulkoistamisissa vastaan¹⁸⁰⁰.

Kunnan toimintojen ulkoistamiseen liittyvä sopimus on monelta osin hyvin kompleksinen, koska aina ei ole edes selvää, liikutaanko julkisoikeudellisella vai yksityisoikeudella puolella. Erityisesti kunnan lakisääteisessä palvelutoiminnassa on syntynyt tulkinnallisuuksia¹⁸⁰¹. On myös aina erotettava kunnan sisäiset ja ulkoiset sopimukset toisistaan¹⁸⁰², koska niiden suhde tai sitovuus voi olla erilainen. Sopimusten ryhmittelyyn voidaan soveltaa jaottelua viranomaisten solmimista sopimuksista. Tällaisia ovat puhtaasti yksityisoikeudelliset toimet¹⁸⁰³, muodoltaan yksityisoikeudelliset sopimukset, jotka vaativat viranomaisen hallintopäätöstä, lakiin perustuvat sopimukset, joissa voidaan tarvita julkisen vallan käyttöä, ei lakiin perustuvat sopimukset julkisen vallan käytöstä, viranomaisten kesken tehtävät sopimukset sekä poliittiset sopimukset, kuten virkapaketit.¹⁸⁰⁴ Aina ei tarvitse käyttää perinteistä ryhmittelyä julkisoikeudellisiin ja yksityisoikeudellisiin sopimuksiin¹⁸⁰⁵.

Yhtenä esimerkkinä voidaan mainita jätteenkuljetus, joka voidaan järjestää kunnan hoitamana tai sopimusperusteisena. Sitä on pidetty sekä yksityisoikeudellisena että julkisoikeudellisena sopimuksena. Jätteenkuljetusta on perusteltu pidettäväksi yksityisten välisenä julkisoikeudellisena sopimuksena, koska se perustuu normiin ja kunnanvaltuuston päätökseen. Toisaalta jätteenkuljetussopimuksen voidaan katsoa olevan myös yrittäjän ja kiinteistön haltijan välinen yksityisoikeudellinen sopimus. Jätelain (1072/1993) 60 §:n mukaan taas kaikki viranomaisten väliset sopimukset ovat hallintosopimuksia¹⁸⁰⁶. Kunnan rooli on rajattu jätehuollon järjestämisvastuuseen, jolloin eri määräysten ja säännösten valvominen on kunnan vastuulla. Esimerkiksi maankäyttösopimuksia on pidetty sekä julkisoikeudellisina että yksityisoikeudellisina sopimuksina¹⁸⁰⁷.

1800 Esimerkkinä voidaan mainita kunnan omakotitalotonttien myyminen. Tonttikaupat ovat kunnan yleiseen toimialaan kuuluvia vapaaehtoisia tehtäviä ja yksityisoikeudellisia sopimuksia, ja itse luovutusehtoja ei ole säännelty erikseen. Vaikka toiminta olisi osittain ulkoistettu, on kunnan kuitenkin huomioitava tasapuolinen kohtelu ja muut hyvään hallintoon liittyvät periaatteet tonttien myynnissä. Apulaisoikeusasiamies antoi 6.9.2007 kolmen kunnan omakotitalotonttien luovutusta koskevan ratkaisun, jossa käsitellään omakotitonttien luovutuksensaajien valintaperusteita ja luovutusmenettelyä. Ratkaisussa todetaan, että asiassa on kyse kunnallisen itsehallinnon ja kuntalaisten yhdenvertaisen kohtelun välisestä rajanvedosta, johon hallintotuomioistuimien ottaa viime kädessä kantaa. Ks. EOA:n päätös 6.9.2007. Tapauksessa oli piirteitä osittaisulkoistamisesta, vaikka kunnat ovat antaneet tonttien markkinoinnin ja luovutuksen yksityisille yrityksille. Kunnan pitää määrittellä erityisesti rajatapauksissa em. EOA:n ratkaisun mukaisesti, että myyntiperiaatteet ovat tasapuolisia ja yhdenvertaisia.

1801 KM 1990:53 s. 13. Ks. Kuntal. 23 §, oikeustoimen tekeminen ja sitovuus. Markkinaoikeus on myös arvioinut päivähoitopalveluiden hankintaa niiden toiminnan perusteella eikä sen pohjalta, onko kunnan ja yksityisen palveluntuottajan välillä syntynyt yksityisoikeudellista sopimussuhdetta, joka koski päivähoitopalvelujen hankinnan kilpailuttamisvelvoitetta. Ks. MAO 149/04.

1802 Ks. Harjula-Prättälä 2007 s. 236.

1803 Yksityisoikeudellisia toimia ovat mm. työsopimus ja urakkasopimus.

1804 Mäenpää 1985 s. 184; Rasinmäki 1997 s. 346.

1805 Mäenpää on todennut, että tietyillä hallinnon sääntelyn aloilla sopimustyyppinen menettely voi olla viranomaisratkaisua mielekkäämpi hallintotoiminnan muoto. Mäenpää 1985 s. 189.

1806 Tulkinnallisuudesta lisää ks. Eilavaara 1987 s. 276; Mäenpää 1989 s. 1–2, 91; Rasinmäki 1997 s. 346, 349.

1807 Julkisoikeudellista puolta ovat tuoneet esiin esimerkiksi Mäenpää ja myöhemmin Mäkinen. Ks. Mäenpää 1989 s. 226–227; Mäkinen 2000 s. 276–279. Yksityisoikeudellista puolta ovat painottaneet Ekroos ja Majamaa. Ks. Ekroos–Majamaa 2005 s. 466.

Joissakin erityislakien muutoksissa sopimussuhde on muuttunut. Tietyissä kunnan järjestämistä vastuulla olevissa asioissa lainsäädännöllinen kehitys ja oikeuskäytäntö ovat vieneet sopimussuhdetta yksityisoikeudellisemmaksi¹⁸⁰⁸. Konkreettisena esimerkkinä voidaan mainita vanha palo- ja pelastustoimilaki,¹⁸⁰⁹ jonka mukaan nuohoustoimen järjestäminen oli kunnan vastuulla. Palo- ja pelastustoimilain 24 §:n mukaan kunnalla oli oltava nuohooja tai tehtävä oli annettava jollekin hoidettavaksi. Vuonna 1999 voimaan tullessa pelastuslaissa mainitaan, että rakennuksen haltijalla on vastuu nuohouksen hoitamisesta¹⁸¹⁰.

Kunnalliset ulkoistukset voivat olla yksityisoikeudellisia sopimuksia, hallintosopimuksia, kuten hallintolain 3 §:ssä on määritelty, tai niissä voi elementtejä kummastakin sopimustyyppistä¹⁸¹¹. Jos sopimukseen liittyy julkisia hallintotehtäviä tai julkisen vallan käyttöä niin se on hallintosopimus. Se onko kyseessä hallintolain 3 §:ssä tarkoitama hallintosopimus, liittyy pitkälti siihen, kuuluuko kyseiseen ulkoistamiseen julkisia hallintotehtäviä tai julkisen vallan käyttöä. Kunnallishallinnon näkökulmasta on tarkasteltava, mitä julkisella hallintotehtävällä tietyissä tilanteissa tarkoitetaan. Rajanveto eri sopimustyyppien välillä ei ole aina kovinkaan selvä. Ongelmaa on lähestyttävä sen kannalta, onko tapaus kuntien erityistoimialaan kuuluvien lakisäätöisten tehtävien piirissä. Julkista tehtävää pidettiin laajempaan kuin julkisen hallintotehtävän käsitettävä. Julkisiin tehtävien hoitoon voidaan lukea sellaiset yksityiselle palveluntuottajalle ulkoistetut sosiaali- ja terveydenhuollon toiminnot, joissa on kysymys kunnan lakisäätöisten tehtävien hoidosta.¹⁸¹²

Hallintosopimuksiksi voidaan kutsua sellaisia ulkoistamisia, joissa on puhtaasti kysymys kunnan erityistoimialan mukaisesta lakisäätöisten tehtävien hoitamisesta ja kunnan hallintotehtävien hoitamisesta¹⁸¹³. Tällaisissa julkisoikeudellisissa sopimuksissa yksityinen palveluntuottajan tuottaa kunnan lakisäätöisiä palveluja sopimuserusteisesti. Hallintosopimukset julkisten hallintotehtävien hoitamisessa voivat myös sosiaali- ja terveydenhuollon alalla olla kuitenkin hyvin kompleksisia ja käytäntö on vakiintumatonta. Kuntien ja kuntayhtymien sopimustavat eivät ole aina kaikilta osin yhteneväisiä vaan yksityisoikeudellisen ja hallintosopimuksen jaottelu voi olla epäselvää monessa tilanteessa. Olennaista on, onko ulkoistettava palvelu pakko järjestää kunnan asukkaille lakisäätöisesti ja kuinka paljon kunnalla on harkintavaltaa sen järjestämisessä. Vahvasti säännellyssä palvelussa kunnan liikkumavara on pieni.

Uuteen hallintolakiin on säännökset hallintosopimuksesta. Hallintolain 71 §:ssä on mainittu, että hallintolakia sovelletaan 1.1.2004 jälkeen. Sitä ennen tehtyihin hallintosopimuksiin sovelletaan sitä lainsäädäntöä, jonka mukaisesti ne rakennettu tai jota niihin olisi ennen hallintolain voimaantuloa sovellettava. Hallintolain 3 §:n mukaan:

1808 Vrt. Halila 2005 s. 73–74.

1809 Laki palo- ja pelastustoimesta (559/1975).

1810 HE 76/1998 s. 38.

1811 Suviranta 2006b s. 54–56.

1812 Suviranta 2006 s. 54–56; Suviranta 2006d s. 427. Vrt. Paason mukaan terveydenhuollon julkisoikeudellistumiseen on luonteavaa liittää se, että sen toiminnot on osittain organisoitu ns. julkisiksi tehtäviksi eli että terveyden- ja sairaanhoito on osa julkista hallintoa, jota hoidetaan virkatyönä. Paaso 1992 s. 216.

1813 Hallintotehtäviä on käsitelty edellä kohdassa 4.2.4.

”Tätä lakia sovellettaessa hallintosopimuksella tarkoitetaan viranomaisen toimivaltaan kuuluvaa sopimusta julkisen hallintotehtävän hoitamisesta tai sopimusta, joka liittyy julkisen vallan käyttöön. Hallintosopimusta on tehtäessä on noudatettava hyvän hallinnon perusteita ja riittävällä tavalla turvattava niiden henkilöiden oikeudet sopimuksen valmistelussa sekä mahdollisuudet vaikuttaa sopimuksen sisältöön, joita sovittava asia koskee.”

Hallituksen esityksessä esitettiin hallinto-asioihin ja muihin hallintotoimiin liittyvien asioiden erottelemista siten, että valtaosaa hallintolain säännöksistä sovellettaisiin vain kirjallisessa hallintoasian käsittelyssä silloin, kun kyseessä olisi hallintopäätöksen tekeminen. Eduskunnan hallintovaliokunnan mukaan asiakkaan oikeuksien näkökulmasta olennaista ei ole hallintoasian tunnistaminen vaan se, että hallintolakiin otetut velvoitteet voidaan toteuttaa¹⁸¹⁴. Hallintolain sisällöstä päätettäessä on hyväksytty eduskunnan hallintovaliokunnan näkemys, että hallintolakia sovelletaan kaikkeen hallintotoimintaan eli kunnallisten viranomaisten toiminnan lisäksi myös sellaisiin kunnallisen viranomaisen toiminnan ulkopuolisiin toimintoihin, joihin on määritelty julkisen hallintotehtävän hoitamista. Lain valmistelussa hallintolain tarkoittamilla julkisilla tehtävillä tarkoitetaan sellaisia tehtäviä, jotka liittyvät lainsäädännön toimeenpanoon sekä kansalaisia ja yhteisöjä koskevaan päätöksentekoon, johon liittyy oikeuksia, etuja ja velvollisuuksia.¹⁸¹⁵

Hallintosopimus voidaan määritellä pääsääntöisesti niin, että sopimuksen toisena neuvotteluosapuolena on julkisyhteisö ja kyse on julkisten tehtävien tai toiminnan toteuttamisesta. Yhtenä keskeisenä arviointilähtökohtana on, onko kunnalla lakisääteinen velvollisuus järjestää kyseiset palvelut. Ulkoistamista koskevat sopimukset voivat olla yksityisoikeudellisia tai julkisoikeudellisia (hallintosopimuksia) tai niissä voi olla ominaisuuksia kummastakin sopimustyyppistä¹⁸¹⁶. Kunnan kannalta olennaista ulkoistamismuodon valinnassa on se, kuinka rajoitetulla alueella lainsäädännöllisestä näkökulmasta liikutaan. Hallintosopimuksen toisena osapuolena on oltava julkisyhteisö. Se että toisena sopimusosapuolena on hallintoviranomainen, ei vielä anna perustetta pitää sopimusta julkisoikeudellisena, vaan usein tarvitaan tarkempaa hallinto- ja sopimusoikeudellista tarkastelua.¹⁸¹⁷ Hallintosopimukseen sovelletaan hallintolakia vain joiltain osin. Tätä on perusteltu sillä, että sopimusmenettely voitaisiin pitää mahdollisimman vapaamuotoisena, ja tällöin yksittäisten säännösten soveltaminen tapahtuisi hallintosopimuksen laadun ja vaikutusten pohjalta.¹⁸¹⁸

1814 HaVM 29/2002 s. 5.

1815 HE 72/2002 s. 45–46.

1816 Vrt. Suviranta 2006 b s. 56; Mäenpää 1989 s. 188.

1817 Ks. Mäenpää 1989 s. 194–195. Hallintosopimuksen luonne voidaan kuvailla kunnan ja sen sopimusosapuolen tahdonilmaisujen yhteensulautumiseksi. Mäenpää 1989 s. 87.

1818 HaVM 29/2002 s. 6.

Kunnallisessa ulkoistamistilanteissa hallintosopimuksella on myös paljon rajoituksia¹⁸¹⁹. Kunnallisiin hallintopäätöksiin liittyvää menettelymuotoa ei voida soveltaa hallintosopimukseen, koska hallintopäätös on yleensä yksipuolinen. Tällöin hallintopäätös ymmärretään siten, että se vaikuttaa yksipuolisesti ja konkreettisesti kansalaisen oikeusasemaan. Hallintopäätösten valmisteluun ja täytäntöönpanoon voi liittyä myös julkisen vallan käyttöä.¹⁸²⁰ Toisaalta hallintosopimukset voidaan katsoa vähintään yhtä sitoviksi kuin hallintopäätökset, vaikka niitä ei aina voida suoraan rinnastaa toisiinsa¹⁸²¹.

Kunnallisessa toiminnassa hallintosopimuksia on käytössä monessa ostopalvelusopimuksessa, joilla kunta ostaa palveluja esimerkiksi yksityiseltä tai toiselta julkisyhteisöltä. Tällaisia palveluja ovat mm. päivähoito, sairaanhoito ja vanhustenhoito. Pelkkä kunnan toimeksiannon ei tee yksityisestä palveluntuottajasta julkisten hallintotehtävien hoitajaa. Toisaalta yksityisten palveluntuottajien antamaa hoitoa tai opetusta, joka perustuu lakisääteisten palvelun toteuttamiseen, voidaan pitää hallintotehtävän hoitamisena.¹⁸²² Etenkin selvärajaisten sopimusten jaottelu on osin myös selkiintynyt. Hallintolaki ei sinällään anna kunnalliselle viranomaiselle toimivaltaa sopimuksen osalta, vaan se määritellään muussa lainsäädännössä.

Hallintosopimuksen sopivuudesta kuntiin ei olla täysin yksimielisiä, koska sitä saatettaisiin alkaa tulkita liian hallintokeskeisenä sopimuksena¹⁸²³ ja sopimusosapuolet eivät olisi tasavertaisia. Lisäksi painopiste on muuttunut myös oikeudellisesti siihen suuntaan, että kunta joutuu olemaan monissa sopimuksissa vain yksi yksityisoikeudellinen toimija, jolla ei ole erityisasemaa sopimuskumppanina. Ulkoistamista koskevien sopimusten luokittelu alkaa olla joissakin tilanteissa hankalaa – etenkin jos sopimuksessa on monia eri elementtejä.

Rasinmäki on pohtinut julkisoikeudellisten ja yksityisoikeudellisten sopimusten problematiikkaa. Hänen mukaansa monet palvelusopimukset ovat yksityisoikeudellisia

1819 Mäenpää on tuonut esille neljä argumenttia, joilla on perusteltu yleistä kielteistä käsitystä hallintosopimusten mahdollisuuksista. 1) Koska julkinen hallinto on vallan käyttöä, sitä ei voida sitoa vastavuoroisuutta ja tasavuoroisuutta edellyttäviin sopimussuhteisiin. 2) Koska julkinen hallinto on lakisidonnaista, siitä ei voida disponoida sopimuksella. 3) Koska viranomaisilta puuttuu oikeussubjektius, ne eivät voi olla osapuolina sopimussuhteissa. 4) Koska sopimusmahdollisuudesta ei yleensä ole nimenomaisia säännöksiä, viranomaisilta puuttuu sopimustoimivalta. Mäenpää 1989 s. 114.

1820 Ks. Holopainen 1969 s. 32–33, 79; Mäkinen 2000 s. 84–85; Mäenpää 1989 s. 104. Lisäksi julkisia tehtäviä hoidetaan tosiasiallisin toimin. Ks. Laakso 2006 a s. 79, 93. Keravuori-Rusanen on todennut, että ”julkisten tehtävien ja vallankäytön sopimusperusteinen siirtäminen oli pitkään hallintokäytännössä ja oikeustieteessä muotoutuneiden yleisten oikeusohjeiden varassa”. Keravuori-Rusanen 2008 s. 309.

1821 Näin Mäkinen 2001 s. 90. Ks. myös Laakso 2006 a s. 95. Mäkinen on todennut, että hallintosopimuksella ei pääsääntöisesti voi olla heikompa sitovuutta kuin hallintopäätöksellä. Vahvan sitovuuden periaatetta voidaan noudattaa myös kunnallisissa ostopalvelusopimuksissa. Mäkinen 2001 s. 90–91. Keravuori-Rusasen mielestä hallintosopimusta ei voitaisi pitää hallintopäätökseen rinnastettavana viranomaisratkaisuna. Keravuori-Rusanen 2008 s. 314.

1822 Mäenpää 2003 s. 45, 66, 69.

1823 Kuntien tekemissä sopimuksissa on alettu käyttää termiä hallintosopimus. Se kuitenkin viittaa liian vahvasti hallintoon ja hallintotoimiin ja korostaa kunnan asemaa sopimustilanteissa. Rasinmäki 1997 s. 350.

sopimuksia.¹⁸²⁴ Lisäksi sopimustyyppin valitsemiseen vaikuttavat kunnallishallinnossa sopimuksen osapuolet, toimiala ja koko. Esimerkiksi päivähoiton ostopalveluissa kyse voi olla yksittäisestä ostopalveluista tai laajemmasta ulkoistumisesta, mutta päivähoito- tehtäviä ei voida kokonaan siirtää kunnan orgaanin ulkopuolelle, koska päätösvalta ja järjestämisvelvollisuus pysyvät kunnalla¹⁸²⁵. Tulkinallisuutta aiheuttaa kuitenkin se, että kunnan päivähoitosopimukselle on vaikea erottaa sellaista muotoa, joka erottaisi sen muista kunnan sopimuksista. Hallintosopimus sitoo siinä missä yksityisoikeudellinen sopimuskin, ja sopimusrikkomus voi myös johtaa korvausvelvollisuuteen.

Mäenpää on todennut, että hallintosopimuksen ja yksityisoikeudellisen sopimuksen erot eivät ole yksiselitteisiä, koska hallintosopimukseen voi liittyä myös puhtaasti yksityisoikeudellisia kohtia. Julkisia hankintoja koskevia sopimuksia ei voi pitää hallintosopimuksina, vaikka niitä on tarkasti säännelty.¹⁸²⁶ Hallintosopimus eroaa normaalista yksityisoikeudellisesta sopimuksesta¹⁸²⁷ esimerkiksi siinä, että hallintosopimus ei ole pätevä, jos viranomainen on ylittänyt toimivaltansa, ja sopimuserimielisyydet ratkaistaan hallinto-oikeudessa.

Sopimukseen liittyvät yksityisoikeudelliset piirteet voivat olla kunnalle ongelmallisia, koska kunta vastaa kuitenkin aina viime kädessä julkisoikeudellisen palvelun järjestämisestä. Tämän lisäksi olennaisina tekijöinä on, mitä valitus- ja purkumahdollisuuksia on käytettävissä. Ensimmäisenä pääasiallisen tarkastelun kohteena pitäisi olla se, onko kyse kunnan lakisäätelistä tehtävistä ja onko kyseisessä tapauksessa enemmän julkisoikeudellisia vai yksityisoikeudellisia piirteitä.

Vaikka julkisoikeus ja yksityisoikeus ovat lähentyneet sisällöllisesti toisiaan, on hallintomenettelyssä ja tuomioistuimtoiminnassa jaottelu tehtävä heti, jotta menettely- ja prosessinedellytykset olisivat jo alussa tiedossa¹⁸²⁸. Kunnallisilla ulkoistamisilla on yhteisiä piirteitä viranomaisten solmimien sopimusten jaottelun kanssa. Jaottelu ei kuitenkaan ole aina täysin yksiselitteinen, koska sopimuksessa voi olla elementtejä sekä julkisoikeudellisesta että yksityisoikeudellisesta sopimuksesta.¹⁸²⁹ Tällainen tilanne voi tulla sellaisissa ulkoistamisissa, joissa kunnalla on lakisäätäinen palvelunjärjestämisvastuu. Sopimukseen on voitu ottaa tiettyjä erikoislainsäädännöstä johtuvia velvoitteita, jotka liittyvät palvelun laatuun ja saatavuuteen. Samassa sopimuksessa voi kuitenkin olla yksityisoikeudellisia viittauksia sopimussakkoihin ja sanktioihin.

Usein sopimukset jaotellaan vieläkin yksityisoikeudellisiin ja julkisoikeudellisiin sopimuksiin, jotta osapuolille olisi selvää, kumpaan oikeudenalaan tukeudutaan tulkintatilanteissa¹⁸³⁰. Yhtenä ratkaisevana tekijänä on onko kyse laissa määritellyistä julkisista tehtävistä, kuten seuraava KKO ratkaisu osoitti:

1824 Lisäksi Rasinmäki on todennut, että yksityistämisessä voidaan menettää hallinnolle kuuluvia arvokkaita hallinto-oikeuden periaatteita. Rasinmäki 1997 s. 389.

1825 Vrt. Rasinmäki 1997 s. 366.

1826 Mäenpää 2003 s. 46.

1827 Ks. KHO 1979 II 79.

1828 Hurskainen on väitöskirjassaan käsitellyt julkisoikeuden ja yksityisoikeuden jaottelua. Ks. Hurskainen 2003 s. 69.

1829 Julkisen vallan ja tehtävien määrittelystä ks. Saraviita 2000 s. 73, 571–573. Kulla on todennut, että tarve erottaa hallintosopimukset yksityisoikeudellisista sopimuksista on perusteltavissa siten, että hallintosopimus on julkisoikeudellisena instrumenttina sidottu tiettyihin käyttöedellytyksiin ja siitä aiheutuvat riidat ovat hallintoriita-asioita. Kulla 2003 s. 25.

1830 Mäkinen 2000 s. 53.

KKO 1992:177. Ratkaisussa oli kysymys perusopetuksen järjestämisestä ja kunnan lakisäätisestä velvollisuudesta. Kunnan ja yksityisen organin riita sopimuksesta oli tulkittu hallintoriita-asiaksi, mitä oli perusteltu sillä, että kunta siirtää laissa määrättyjä julkisia tehtäviä yksityisen hoidettavaksi.¹⁸³¹

Yksityinen palveluntuottaja joutuu myös tarkastelemaan toimintaansa entistä enemmän kilpailuoikeudellisten säännösten sekä yksityis- ja julkisoikeudellisten säännösten näkökulmasta. Oikeustoimilain 1 luvussa mainitut säännökset antavat etusijan sopimusvapaudelle. Sen lisäksi tarvitaan monesti OikTL:n 1 luvun säännöksiä täydentävien normien tulkintaa, jotta sopimus syntyisi¹⁸³². Kun verrataan oikeustoimilain mainittua sopimusvapauden periaatetta muihin kuntaa velvoittaviin säännöksiin, on huomioitava, että kunnallisessa sopimustoiminnassa kunnilta vaaditaan oikeudellisesti sopimuksen sitovuuden osalta toisenlaisia menettelytapoja kuin jos kysymyksessä olisi kaksi yksityistä organia. Vaikka kunnalla ja sille palvelua tuottavalla yrityksellä on periaatteellisesti sopimusvapaus, rajoittavat kuitenkin sopimusvapautta monet eri lainsäädännön säännökset ja viranomaiseen päätöksiin kohdistuvat lainmukaisuuden vaatimukset.¹⁸³³ Kuntalaisten kannalta ongelmallisuutta lisäävät kunnan osittaisulkoistukset. Kunnan osittaisulkoistaman sähkö- tai vesilaitoksen kanssa tehty sopimus on yksityisoikeudellinen. Toisaalta kun kunta on ulkoistanut terveydenhuollon toimintonsa, tapahtuu silti kuntalaisen ja terveyskeskuksen välinen toiminta hallinto-oikeudellisten säännösten mukaisesti.

Lainsäädännön kehitys on toisaalta mahdollistanut sen, että kunnat pystyvät ulkoistamisissa erottamaan entistä selvemmin järjestämisvastuun ja tuottamisvastuun toisistaan¹⁸³⁴. Kunnan on erityisen toimialan liittyvissä sopimuksissa huomioitava kaikki toimialaa koskevat erityissäännökset. Lakisidonnaisuus rajoittaa monelta osin myös kunnan liikkumavaraa hallintosopimuksissa. Kunnan on huomioitava kaikki oikeussäännökset, eikä oikeusnormien edellytyksistä tai vaatimuksista voi poiketa

1831 Ks. myös luku 4.2.4.

1832 Häyhä 1996 s. 128–129. Sopimusvapauden etusijalla tarkoitetaan sitä, että OikTL säännökset ovat dispositiivisia eli sopimusosapuolet voivat myös syrjäyttää OikTL säännökset. Hoppu 1998 s. 32. Ulkoistamista koskevan sopimuksen osalta on huomioitava ensin pakottavat säännökset ja vasta sen jälkeen, mitä on sovittu. Näiden jälkeen voidaan tarkastella dispositiivisia säännöksiä. Ks. Saarnilehto 2009 s. 62–66, 141, 146–149. Sopimuksen osalta säännösten velvoittavuus ei ole aina kovin yksiselitteistä. Esimerkiksi OikTL 1 luvun 1.2 §:n velvoittavuudesta on eri näkemyksiä. Kyseinen kohta voidaan nähdä pakottavana. Toisaalta pakottavuuden merkitystä horjuttaa se, ettei koko OikTL:n luvussa määritellä tarjouksen tai vastauksen tunnusmerkkejä. Oikeudellinen pakko ilman pakon soveltamisalan ilmaisevaa kriteeriä on tehoton, ellei ajatella, että kysymyksessä on ilman legaalidefiniotakin riittävän täsmällisesti vakiintunut ilmiö. Tarjouksen tai vastauksen tunnusmerkistö ei kuitenkaan kuulu viimeksi mainittuun kategoriaan. Ks. Lisää Grönfors 1989 s. 24.

1833 Vrt. Mäenpää 1989 s. 177. Kuntaa sitovat monet OikTL:n kohdat, esimerkiksi 36 §:ssä on maininta kohtuullisuusvaatimuksesta. Oikeustieteellisissä tutkimuksissa on useasti tullut se, että lisääntynyt sopimusten sääntely on vähentänyt sopimusvapautta.

1834 Toisaalta terveydenhuollon julkisoikeudellistumiselle löydetään tukea esim. terveydenhuollon valvontaviranomaisen toimivallasta, joka ulottuu myös yksityisiin lääkäritointa harjoittaviin orgaaneihin. Paaso 1992 s. 241.

yksittäisellä sopimuksella¹⁸³⁵. Tarkastelussa joudutaan nojautumaan kunnalliseen sopimuskonstruktion ja siihen, että tietyn palvelun hankkimistavassa on huomioitu ne rajoitukset ja vaatimukset, jotka on jätetty kunnan varmistettavaksi.

Ennen kuin kunta lähtee pyytämään tarjousta ulkoistetusta toiminnasta, on hyvä analysoida niitä elementtejä, joita tehtävältä sopimukselta vaaditaan. Tällaisia voivat olla mm. laatutason mitoittaminen ja varmistaminen, sopimuksen keston optimointi sekä riskien kartoitus¹⁸³⁶. Yhdeksi keskeiseksi arvioitavaksi alueeksi nousee, mitä laatuvaatimuksia kunnalliselle toiminnalle on asetettu, koska palvelun tuottajan liiketaloudelliset intressin ja kunnallisen palvelun tuottamisperiaatteet voivat joissakin tapauksissa olla ristiriidassa. Tällöin kunnan suorittama säännöllinen valvonta sekä sopimuksen sanktio- ja purkamismahdollisuudet voivat nousta esille¹⁸³⁷. Hallintosopimusten sitovuutta voidaan tarkastella vahvan ja heikon sitovuuden kautta. Vahvasti sitovia ovat yksityisoikeudelliset sopimukset ja sellaiset sopimukset, joissa kunnalla on palvelun järjestämisvelvollisuus¹⁸³⁸.

Käsitteellisesti hallintoasiat on erotettava tosiasiallisesta hallintotoimesta, vaikka tosiasiallista hallintotoimintaa voi edeltää hallintopäätös. Ulkoistamissopimuksen sisältöä ja muita vastuita määriteltäessä asiaa monimutkaistaa se, että kunnissa on työtehtäviä, joihin voi kuulua sekä hallintoasioita että tosiasiallisia suoritustehtäviä.

*Hallintovaliokunta on todennut, että hallintoasioiden määrittely voi olla hyvinkin tulkinnallista ja se on käsitteenä monitahoinen. Hallintoasiakäsitteen määrittelyä rajaa kuitenkin se, että hallintolakia on sovellettava myös hallintotoimintaan.*¹⁸³⁹

Esimerkiksi lääkärien ja osastonhoitajien työtehtäviin voi kuulua molempia¹⁸⁴⁰. Tällöin on hyvä oikeudellisesti purkaa, mitä hallintoasioita palveluntuottajalle annetaan. Sitä varten joudutaan tarkastelemaan perustuslain 124 §:n ja hallintolain 2.3 §:n tuomia rajoituksia esimerkiksi julkisen vallan käytöstä. Aina ole yksikertaista määritellä, mitä hallintoasioita jää tilaajalle ja mitä tulee tuottajalle. Sopimuskonstruktion ulkopuolelle jää myös monia asioita, kuten kunnan järjestämisvelvollisuuteen, valvontaan,

1835 Mäenpää 1989 s. 164–165. Warling-Nerep on todennut että ”indelningen av den kommunala verksamheten i ”specialreglerad” och ”oreglerad”, eller-mer korrekt uttryckt-endast reglerad genom KomL-har tett sig tämligen självklar, allt medan uppfattningarnan om verksamhetens rättsliga natur har varierat starkt i äldre doktrin”. Ks. Warling-Nerep 1995 s. 169.

1836 Vrt. Hemmo 2001 s. 11.

1837 Mäkinen on todennut, että viranomaisten solmimien sopimusten sitovuudesta kannattaisi säännellä lailla, jotta osapuolilla olisi parempi tieto oikeudellisesta asemastaan. Hän on esittänyt kaksi vaihtoehtoa tästä sääntelystä: 1) Sovellettavaksi tulevat sopimusoikeuden periaatteet, ja sopijapuolelle annetaan suoja sopimuksen sitovuuden periaatteen edellyttämällä tavalla. 2) Viranomaisten valvomalle yleiselle intressille annetaan merkitystä sopimuksenpurkuperusteena. Mäkinen 2001 s. 57–58.

1838 Mäenpää 1989 s. 223; Mäkinen 2000 s. 89.

1839 HaVM 29/2002 s. 5. Ks. myös Tuori 2000a s. 114.

1840 Tosiasiallisina hallintotoimina pidetään mm. sellaisia tutkimus- ja suunnittelutoimia, jotka eivät ole sellaisenaan päätöksen valmistelua eivätkä johda hallintopäätöksen tekemiseen. Hallintoasioilla tarkoitetaan pääsääntöisesti kunnissa sellaisia viranomaisten toimivaltaan kuuluvia asioita, joihin liittyy hallinnollinen ratkaisu, joka voi olla hallintopäätös mutta myös esitys, lausunto tai suunnitelman hyväksyminen. HE 72/2002 s. 30–31. Ks. Laakso 2006 a s. 98–99; Hurskainen 2003 s. 218.

virkevastuuseen, salassapitovelvoitteisiin tai palvelun tuottajaan liittyvien vähimmäiskelpoisuusvaatimusten tarkastelu¹⁸⁴¹.

Jos ulkoistamista koskeva sopimus on hallintosopimus, kuuluu se yksiselitteisesti hallintolain soveltamispiiriin, vaikka sitä ei pidetä oikeudelliselta vaikutuksiltaan hallintopäätökseenä¹⁸⁴². Kunnalliset ulkoistamista koskevat sopimukset ovat pääsääntöisesti vahvasti sitovia, etenkin jos ne ovat muodoltaan yksityisoikeudellisia tai kunnan lakisääteisin palveluihin liittyviä julkisoikeudellisia sopimuksia. Toisaalta geneerisen lainsäädännön lisääntyminen on tuonut ulkoistamisen osapuolet uusien ongelmien eteen¹⁸⁴³. Tällöin joudutaan arviomaan, mitä säännöksiä on huomioitava ja missä mahdolliset riitatilanteet käsitellään.

Ulkoistamisen kannalta ei ole ensisijaista, onko sopimus julkisoikeudellinen tai yksityisoikeudellinen, vaan se, että osapuolet pystyvät asemoimaan kyseiseen sopimukseen liittyvät keskeiset elementit ja tiedostavat ne rajoitteet, joita kyseisen ulkoistamisen toimiala tuo. Toiseksi liian yksipuolisen sopimuksen mekaaninen soveltaminen voi tuoda osapuolille oikeudellisia tulkinnallisuuksia, joten tapauksia on hyvä tarkastella monesta näkökulmasta.

Ulkoistamista koskevan sopimuksen valossa voidaan kysyä, onko julkisoikeudellista sopimusta enää tarkoituksenmukaista luokitella hallintosopimukseksi, joka on määritelty ja tulkittu eri aikoina hieman eri tavalla¹⁸⁴⁴. Ulkoistamisen näkökulmasta hallintolain 3 §:n mukaan hallintosopimukseksi luettaisiin sellaiset kunnan toimivaltaan kuuluvat sopimukset, joissa on kysymys hallintotehtävien hoitamisesta. Ongelmaksi muodostuu, että julkisen hallintotehtävän käsite on monelta osin epämääräinen, ja voidaan puhua myös julkisista palvelutehtävistä¹⁸⁴⁵. Ulkoistamisen näkökulmasta hallintosopimustermin käyttöön ja painottamiseen olisi suhtauduttava hyvin varauksellisesti, ja sitä olisi käytettävä vain selkeissä tilanteissa. Selvempää olisi jaotella sopimukset julkisoikeudellisiin ja yksityisoikeudellisiin sopimuksiin. Tässä voi *esiintyä rajanveto-ongelmia*, mutta samalla sopimuksen yksityis- ja julkisoikeudellista luonnetta tarkasteltaessa *sopimuksen asema ja luonne selkiytyvät*. Tätä voidaan perustella sillä, että kunnalla ei sopimusosapuolena edes sosiaali- ja terveystalveluiden osalta *ole min-käänlaista erityisasemaa toiseen sopijapuoleen nähden*. Erityisasema koskee vain kuntaa itseään, mikä ilmeni lakisääteisten palvelujen järjestämistä vuuna.

6.1.3 Sopimuksellisuus ulkoistamisessa

Sopimuksellisuus on noussut ulkoistusten myötä entistä keskeisempään asemaan, ja kunnissa on koettu, että sopimusmenettelyssä ja toimivien sopimusten aikaan saa-

1841 Vrt. PeVL 11/2004. s. 1–2. Samalla on huomattava, että terveydenhoitoa tehdään entistä vähemmän virkatyönä. Vanhaa virkatyökäsitystä eivät tue kovin hyvin tämänhetkinen terveydenhuollon reaaliympäristö eikä lainsäädännön kehitys, joka on tuonut kunnille mahdollisuuden järjestää terveydenhuollon palvelut hyvin erilaisilla tavoilla.

1842 HE 72/2002 s. 32. Keskeiseksi kysymykseksi nousee, onko ulkoistamisessa piirteitä julkisten tehtävien hoitamisesta tai julkisten palvelun tuottamisesta tai onko sopimuksen nojalla mahdollisuus käyttää julkista valtaa. Laakso 2006a s. 95. Vrt. Mäkinen 2001 s. 90–91. Julkisen vallan käyttöön liittyvistä hallintosopimuksista ks. Laakso 2006a s. 96–97.

1843 Ks. Mäenpää 2005 s. 179.

1844 Vrt. Suviranta 2006b s. 56, 64–70. Mäenpää 1989 s. 91–94.

1845 Suviranta 2006b s. 58, 60–61. Ks. Keravuori-Rusanen 2008 s. 160–165.

misessa on kehittämistä¹⁸⁴⁶. Haasteena on, miten yleisiä sopimusoikeudellisia asioita tarkastellaan ja linkitetään kuntien ulkoistamiseen, jossa asioita on käsitelty pääasiallisesti hallinto- ja kilpailuoikeudellisten reunaehto- ja näkökulmasta. Yksittäisten sopimusoikeudellisten asioiden valossa pyritään nostamaan esille sellaisia asioita, jotka ovat tärkeitä kunnallisen ulkoistamisen näkökulmasta. Kyse on kunnallishallinnon rakenteellisten muutosten lisäksi siitä,¹⁸⁴⁷ että hallinnon toimintatavat ovat muuttuneet. Päätöksenteko toteutuu entistä enemmän viranomaisen ja yksityisen välillä solmittavin sopimuksin. Ongelmana on myös, että kunnilla ei yleensä ole käytössä tai rakennettu sopimusstrategiaa, jolla voitaisiin systematisoida sopimusprosessi ja sopimustenhallinta sekä muut riskit¹⁸⁴⁸.

Sopimusoikeudellisten sääntöjen ja periaatteiden läpikäynti erityisesti kunnallishallinnosta käsin on tutkimusaiheen kannalta tärkeää ja samalla ongelmallista, koska kunta on sopimusta tehdessään lähtökohdiltaan tasaveroinen mutta samalla asema neuvotteluosapuolena voi olla hyvinkin erilainen eri tilanteissa. Toiseksi kunta ei voi vedota ulkoistamista koskevan sopimuksen jälkeen sen institutionaaliseen rooliin, vaan joutuu lähtökohdiltaan noudattamaan niitä siviilioikeudellisia säännöksiä ja periaatteita, joihin se on sopimuksessa sitoutunut. Sopimuksella voidaan säännellä sopijaosapuolten suhdetta oikeudellisesti, luoda sopimusosapuolten käyttäytymistä sitovia normeja ja sopimuksella syntyviä oikeusnormeja, joita on noudatettava¹⁸⁴⁹. On kuitenkin monia ulkoistamiseen liittyviä sopimusoikeudellisia asioita, joita ei ole ratkaistu lainsäädännöllä tai prejudikatuureilla¹⁸⁵⁰. Ulkoistamista koskevat sopimukset voivat olla keskenään hyvinkin erilaisia, joten tässä paneudutaan vain tyypillisimpiin sopimusoikeudellisiin asioihin ja ongelmiin.

Kunnallisessa ulkoistamisessa sopimusoikeudellisesta näkökulmasta voidaan nostaa esiin ainakin kolme keskeistä asiaa: Ensinnäkin monesti on hyvin epäselvää ja tulkinnallista, milloin liikutaan julkisoikeudellisten säännösten ja milloin yksityisoikeudellisten säännösten piirissä. Toiseksi, mikä on sopimuksen oikeudellinen rooli ja sitovuus ja mitä seuraamuksia sopimuksesta on. Kolmanneksi, eroavatko sopimusoikeudelliset säännökset, periaatteet ja dogmit esimerkiksi julkisista säännöksistä, tulkinnoista ja dogmeista.

Sopimuksen pysyvyyden periaate on keskeisimpiä, ja sitä tehostavat julkisen vallan pakkokeinot. Voidaan siis kysyä, kuinka paljon kunnallisessa ulkoistamista koskevassa sopimuksessa on formaaleja normeja. Pohjoismaiset sopimusopit ovat hyvin samanlaisia.

1846 Martikainen 2009 s. 98.

1847 HE 72/2002 s. 1–2.

1848 Vrt. Taskinen 2002 s. 112–113.

1849 Häyhä 1996 s. 44. Sopimussidonnaisuuden tärkeänä tunnusmerkkinä voidaan pitää osapuolten samanlaista tahtotilaa. Tarjouksen jättäjä voi peruuttaa tarjouksensa, kunnes vastapuoli hyväksyy tarjouksen. Ks esimerkiksi Määttä 2006 s. 118–121.

1850 Vrt. Hemmo–Könkkölä–Norros 2008 s. 49. Ks. myös Hurst–Reeves 2004 s. 385. Sopimusoikeudessa transaktiokustannuksilla tarkoitetaan yleensä valmisteluun ja oikeudellisten erimielisyyksien selvittämiseen kuuluvia kustannuksia. Hemmo–Könkkölä–Norros 2008 s. 37.

Tehty tarjous sitoo tarjoajaa, vaikka sitä ei olisi vielä hyväksytty.¹⁸⁵¹ Länsimaissa ei käytetä julkista valtaa valtaosassa viranomaisten sopimuksista, kuten hankinta-, vuokra- ja kauppasopimuksissa. Sopimukset, joissa tarvitaan viranomaisen hallinnollista sääntelyä, ovat lisääntyneet.¹⁸⁵² Samalla hyvin pienelle huomiolle on oikeustieteessä jäänyt sopimusten laatu tai se, miten kunnan erilaiset sopimukset tosiasiallisesti toimivat¹⁸⁵³. Täydelliseen ja ristiriidattomaan ulkoistamissopimukseen päästään harvoin, ja tällöin hallinnollisen normiohjauksen mahdollisuudet riippuvat hyvin pitkälti siitä, kuinka velvoittavista säännöksistä on kysymys ja miten ne määritelty sopimuksessa.

HankL 5 § sisältää eri hankintasopimustyyppit. Sopimuksellisuutta lähestytään pääsiallisesti palveluhankintasopimusta taustaa vasten¹⁸⁵⁴. HankL 5 §:n 4 kohdassa on määritelty palveluhankintasopimukset, ja HankL 74 §:ssä säännellään hankintapäätöksen jälkeisestä kirjallisen sopimuksen tekemisestä¹⁸⁵⁵. Vaikka kyse on pääasiassa oikeudellisesta sopimussuhteesta, vaativat kilpailuttamiseen liittyvät sopimisen tavat ja mekanismit jonkin verran osapuolten välistä luottamusta, jotta sopimuksen riskit ovat jollakin tasolla tiedostettavissa. Erityisesti silloin, kun kolmas osapuoli on hoivan tai hoidon kohteena eikä pysty enää ottamaan täysivaltaisesti kantaa palvelun tasoon, on tilaajalla oltava perusluottamus tuottajan toimintaan.¹⁸⁵⁶

Kunnan erityistoimialan kautta tehdään yksityisten kanssa paljon julkisoikeudellisia sopimuksia, jotka perustuvat tiettyihin erityislakeihin. Yleiseen toimialaan perustuen tehdään yksityisoikeudellisia sopimuksia, jolloin kunta liikkuu muutenkin yksityisoikeudellisen toiminnan puolella. Sopimusteknisesti suurimmat eroavuudet tulevat toimivaltakysymyksissä, sopimuksen muodossa ja velvoittavuudessa sekä muutoksenhaussa.¹⁸⁵⁷ Yleisen toimialan puitteissa osittaisulkoistettavat tehtävät, kuten

1851 Pöyhönen on todennut, että sopimuksen sitovuudesta voi riippua koko sopimussysteemin ylläpitämisen tärkeys. Kaikkien sopimusmallien ytimenä on se, mihin sopimusten sitovuus perustuu. J. Pöyhönen 1988 s. 88. Häyhä on jaotellut sopimukselle liberalistisia ideaalityyppejä. Liberalistisen sopimusopin keskeiset elementit ovat hahmoteltavissa sopimusoikeudellisesta lainsäädännöstä, oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta ja oikeustieteellisestä kirjallisuudesta. Kunnallishallinnon kannalta keskeisiä elementtejä ovat mm. sopimuksen pysyvyys, sopimuksen voimassaoloaika, sopimuksen tulevaisuuteen suuntautuneisuus, yhdenvertaisuusperiaate ja sopimuksen neuvotteluvaihe. Ks. esim. Häyhä 1996 s. 31–35, 43.

1852 Mäenpää 1989 s. 57–58, 91–97; Mäenpää 2000 s. 171–173.

1853 Vrt. Haapio 2002 s. 67.

1854 HankL 5 §:n 4 kohdassa on määritelty palveluhankintasopimukset, jotka pohjautuvat hankintadi-
rekhtiivin 1 artiklan 1 kohtaan.

1855 HankL 74 §:ssä on mainittu hankintasopimuksen tekemisen ja päätöksen rajoituksista. EU-kynnysarvot ylittävissä ulkoistamisissa kunta voi tehdä sopimuksen ja panna sen täytäntöön aikaisintaan 21 päivän kuluttua siitä, kun päätös on annettu tiedoksi. Lisäksi 74 §:ssä on todettu, että hankintasopimus on mahdollista panna täytäntöön aiemmin, jos sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä yleistä etua koskevasta pakottavasta syystä tai ennalta arvaamattomasta kunnasta riippumattomasta syystä. HankL 74 §:ssä mainittuna pakottavana syynä voitaisiin pitää hoitoon pääsyä, jos kunta ei pysty itse tuottamaan sellaisia terveydenhuoltopalveluja, joihin kuntalaisilla on erityislainsäädännön mukaan oikeus.

1856 Vrt. Kovalainen–Österberg–Högstedt 2008 s. 19.

1857 Mäenpää 1989 s. 94. Ks. Eilavaara 1987 s. 275–277. Kunnan yksityisen sektorin toimijan kanssa tekemä sopimus on julkisoikeudellinen, jos siihen liittyy julkisten tehtävien hoitoa, kuten sosiaali- ja terveydenhuollon tai koulupalvelujen ostoa. Sopimuskäsitettä voidaan lähestyä myös palvelu- ja tehtäväsovimusten jaotellulla. Yksityinen taho, joka solmii tietystä toiminnasta tehtäväsovimuksen, joutuu noudattamaan julkishallintoon liittyviä periaatteita ja lainsäädäntöä laajemmin kuin pelkästään palveluja tuottava yritys. Rasinmäki 1997 s. 349.

elinkeinopalvelusopimukset, eivät ole niin muotosidonnaisia ja normitettuja kuin erityistoimialan sopimukset. Toimivaltakysymykset ovat väljemmät ja delegoitavissa, mutta muutoksenhaku voi toisaalta olla rajatumpaa, jos kysymyksessä on osakeyhtiö.

Erytistoimialaan liittyvissä ulkoistamisissa toimivalta on tiukasti lainsäädännöllä rajattu, eikä sitä voi aina edes delegoida elimeltä pois, koska sopimus on hyvin muotosidonnainen ja lainsäädäntö voi edellyttää esimerkiksi yksityiseltä terveydenhuolto-palvelun tuottajalta tiettyjä selvityksiä. Tällaisia ovat esimerkiksi STVOL 4.1 §:ssä ja KuntaL 2.3 §:ssä määritellyt ostopalveluista tehdyt sopimukset. Muutoksenhaku näihin voi tapahtua kunnallisoikeudellisin tai kilpailuoikeudellisin perustein. Perussääntönä on, että mitä enemmän sopimuksissa on julkisia tehtäviä, sitä julkisoikeudellisempi kunnassa tehtävä sopimus on. Oikeustapaukset eivät yksiselitteisesti ole selkiönnytäneet julkis- ja yksityisoikeudellisten sopimusten ratkaisupaikkakysymystä, vaan molemmat tuomioistuimet ovat toimivaltaisia käsittelemään ulkoistamispäätöksiin ja niiden toteuttamiseen liittyviä sopimusristiriitoja. Kyse on toimivallasta yleisen lainkäytön ja hallintolainkäytön välillä.¹⁸⁵⁸

Ulkoistamispäätöksen jälkeen on viimeistään tarkasteltava sopimuksen eri osa-alueita, niihin valmistautumista ja niiden tavoitteita. Osa-alueita voidaan tarkastella sopimushallinnon, sopimustekniikan ja sopimustaktiikan näkökulmasta¹⁸⁵⁹. Sopimushallinnosta käytetään myös nimikettä *contract management*. Kunnallishallinnossa se ilmenee hyvin samoin kuin yrityksissä, eli se käsittää ohjeistusta, kouluttautumista ja asiakirjojen säilyttämistä¹⁸⁶⁰. Sopimustekniikkaan liittyvät asiat eroavat yrityksen järjestelyistä siltä osin, että kunnalla ei ole aina samanlaista vapautta määrittellä, millaisia sopimuksia se tekee. Kunnan on mahdollista ennen tarjouspyyntöjen lähettämistä valita, mitä se tavoittelee tulevilla sopimuksella ja mitä painotuksia siihen tulee. Toisaalta kunnalla ja mahdollisella yksityisellä palveluntuottajalla on myös samoja päämääriä sopimustekniikan osalta, kuten että häiriöitä olisi mahdollisimman vähän, osapuolten riskit olisivat tiedossa ja ne olisi huomioitu sopimuksen riskinjaon näkökulmasta. Molemmat myös pyrkivät välttämään kohtia tai sanoja, jotka aiheuttavat myöhemmin tulkintaongelmia¹⁸⁶¹. Kunnalla on käytettävissä rajallisemmat sopimustaktiikan keinot kuin yrityksellä, koska pääasialliset sopimusehdot määräytyvät tarjouspyynnön perusteella. Monesti kyse on vain siitä, millaiseen formaattiin asiat sopimuksessa laitetaan ja onko määrittely selkeä niin, ettei yksittäisiä asioita tarvitse jatkuvasti tarkentaa.

Sopimusten hallinnassa haasteita aiheuttaa säännösten lisääntyminen. Usein ulkoistamisissa liikutaan julkisoikeudellisten ja yksityisoikeudellisten säännösten rajapinnassa, ja niiden tulkinnallisuus on lisääntynyt. Nykyisestä lainsäädäntötekniikasta on myös esitetty, että säänneltävä reaali maailma on liian monimuotoista, jotta sitä voitaisiin velvoittaa täsmällisesti tiettyjen säännösten alaisuuteen.¹⁸⁶² Lisäksi EY:n

1858 Ks. HE 217/1995 s. 86.

1859 Hemmo–Könkkölä–Norros 2008 s. 583–585.

1860 Vrt. Hemmo–Könkkölä–Norros 2008 s. 585. Contract management -käsite ymmärretään usein hyvin laajasti niin, että se sisältää pääosan sopimustekniikkaan kuuluvista asioista. Kunnissa se käsittää koko hankintatoimen ulkoistamisineen ja erilaisine kilpailuttamisasioineen. Hemmo–Könkkölä–Norros 2008 s. 635.

1861 Hemmo–Könkkölä–Norros 2008 s. 602.

1862 Hemmo1997a s. 52.

lainsäädännöstä tulee paljon velvoitteita kunnalliselle ulkoistamiselle. Sopimusoikeuteen EY on kuitenkin vaikuttanut vain vähän. Ongelmaksi voi muodostua, että sopimusoikeudellisia normeja ei ole yhtenäistetty kaikilta osin, ja Ison-Britannian, Ranskan, Saksan ja Pohjoismaisen sopimusnormiston välillä monenlaisia eroja.¹⁸⁶³ EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä 81 artiklan 1 kohdan mukaista sopimuskäsitettä on tulkittu laajasti¹⁸⁶⁴.

Sopimuksen voimassaoloaika kulminoituu sopimuksen alkamiseen ja loppumiseen, joiden välillä sopimusvelvoitteet ovat voimassa. Sopimuksen tulevaisuuteen suuntautuneilla elementeillä voidaan ottaa huomioon tulevia tapahtumia. Yhdenvertaisuuden periaatteella tarkoitetaan liberalistisesta oikeusnäkökulmasta sitä, että kummatkin sopimusosapuolet ovat tiedollisesti ja taidollisesti tasavahvoja. Erityisen tärkeäksi tämä tulee silloin, kun tilaaja-tuottajaroolin pitää olla tasavertainen myös tilattavan palvelun toiminnassa. Neuvotteluvaihe on tärkeä, koska sopimus tehdään yleensä sen jälkeen¹⁸⁶⁵. Neuvotteluvaiheen tarkoituksena on myös tarkistaa, onko sopimusosapuolilla mahdollisuus päästä sopimussitovuuteen¹⁸⁶⁶ tietyissä yksityiskohdissa. Tältä osin voidaan joutua liikkumaan hankintalain ja sopimusoikeudellisten velvoitteiden rajamaastossa. Neuvotteluvaiheeseen voi ulkoistamistilanteissa tulla monia tulkinnallisuuksia etenkin sellaisissa sopimuksissa, jotka syntyvät vaiheittain ja ovat monimutkaisia¹⁸⁶⁷.

Samat edellä mainitut ongelmat pätevät lähes kaikkiin mittaviin ulkoistamisiin. Tämä johtuu lähinnä siitä, että välittömästi kuntiin kohdistuvat ja lakisäateisten palvelujen tuottamiseen liittyvät säännökset ovat lisääntyneet ja tarkentuneet, mikä osaltaan on monimutkaistanut sopimuskonstruktiota. Tämä voi ilmetä esimerkiksi siten, että kunnissa joudutaan pitämään hankkeen kuluessa pieniä ”jatkosopimusneuvotteluja”, joilla tarkennetaan alkuperäisen tarjouspyynnön perusteella tehtyjä sopimuksia. Oikeudellisesti kysymys ei ole hankintalain mukaisesta neuvottelumenettelystä vaan tulevan sopimuksen sisällön täsmentämisestä. Kunnan on kuitenkin tilaajana arvioitava hyvin tarkasti, milloin tarkentavia neuvotteluja voidaan käydä tarjoajan kanssa. Yksi määräävä kriteeri on, milloin tarjoajasta on tehty virallinen päätös. Laajojen ulkoistamisten neuvottelut voivat kestää hyvin kauan, ja tulkinnallisuus voi lisääntyä, ellei kaikkia neuvotteluasiakirjoja ole dokumentoitu hyvin ja osoitettu niiden painoarvoa

1863 Hemmo–Könkkölä–Norros 2008 s. 50. Sopimusoikeuteen vaikuttavat myös monet kansainvälisiä periaatteita ja säännöksiä käsittelevät teokset kuten *The Principles of European Contract Law* tai *The Principles of International Commercial Contracts*. Niitä ei erikseen käsitellä, koska kunta ei joudu välittömästi soveltamaan niitä niin, että säännöksiä ei olisi implementoitu kansalliseen lainsäädäntöön.

1864 Ks. Ojala 2005 s. 122–123.

1865 Hertenzen on todennut, että ”avoimen argumentoinnin näkökulmasta käsin oikeustiede lainopin merkityksessä on dialektiikkaa, keskustelua yhteiskunnallisista ongelmista ja niiden ratkaisemisesta. Tämän lähestymistavan mukaan oikeustieteen harjoittajan kannanotto ei ole yleispätevää oikeaksi todistamista, vaan ainoastaan enemmän tai vähemmän painavien argumenttien esittämistä tietyn näkökulman puolesta tai sitä vastaan”. Hertenzen 1983 s. 12–13.

1866 Häyhä 1996 s. 46–51. Neuvotteluvaiheella tarkoitetaan eri asiaa kuin hankintalain tarkoittamalla neuvottelumenettelyllä. Sopimuksen neuvotteluvaihe on kunnallisissa ulkoistamisissa vasta sen jälkeen, kun palveluntuottaja on kilpailutettu ja valittu.

1867 Vrt. Häyhä 1996 s. 129. Esimerkiksi rakennusurakkasopimukset syntyvät vaiheittain. Harvoin päästään yhdellä sopimuksella, vaan asioita tarkennetaan, kun perustiedot ovat kunnossa. Häyhä 1996 s. 129.

lopullisessa sopimuksessa.

Sopimusten moninaisuuden ja sääntelyn ristiriitaisuuden vuoksi voivat sopimus-oikeudelliset kysymykset olla hyvin tulkinnallisia. Tällainen tulkinnallisuus voi tulla OikTL 4 §:n ja 6 §:n kohdalla, jotka on katsottava tulkintanormeiksi. Esimerkiksi OikTL 4 §:n säännös liittyy tilanteeseen, jossa sopimusta ei voi hyväksyä, koska tarjous tai hyväksyvä vastaus on tullut perille liian myöhään. Moninaisuutta lisää myös se, että sopimukset voivat olla tyypiltään erilaisia ja sijoittua erilaiseen ympäristöön ja niillä voidaan tavoitella hyvin erilaisia asioita¹⁸⁶⁸. Vaikka kunnalliset sopimusneuvottelut ovat paljon muotosidonnaisemmat kuin puhtaasti kahden yksityisoikeudellisen toimijan sopimusneuvottelut, on kunnilla mahdollisuus käydä hyvinkin yksityiskohtaisia sopimusneuvotteluja. Tarjoajalta voidaan vaatia mm. tiettyä rahoituskykyä, kapasiteettia, henkilöstöresurssia, laatua ja suorituskykyä¹⁸⁶⁹.

Hankintalaki tuo kuitenkin tiettyjä oikeudellisia rajoituksia sopimusneuvotteluihin, kuten sen, että kunta ei saa sopimusneuvotteluissa muuttaa sopimusta olennaisesti siitä, mitä tarjouspyynnössä on pyydetty. Kunnallisen ulkoistamista koskevan sopimuksen todellinen sopimusvapaus kohdistuu suurilta osin tarjouspyyntöön¹⁸⁷⁰. Toisaalta eri hankintamenettelymuodot tuovat eroja. Sopimusneuvotteluissa on varmistettava, että tarjoajalla on edellytykset sitoutua tarjouksen mukaisiin toimenpiteisiin. Jos ulkoistamisprosessi lainvoimaisine päätöksineen kestää oletettua kauemmin, kunnan olisi myös pystyttävä varmistumaan siitä, että tarjoajalla on vielä mahdollisuus suoriutua palvelun tuottamisesta tarjouspyynnössä mainituilla ehdoilla. Oikeudellisesti asia voi olla ongelmallinen, koska tarjous sitoo tuottajaa, mutta kunnalla on tietyssä palveluissa aina palveluiden järjestämistä vastuu ja sen pystyttävä ennakoimaan olosuhteiden muutokset mahdollisimman varhaisessa vaiheessa. Silloin kun sopimuksen neuvottelut kestävät pitkään ja vaativat osapuolilta huomattavaa resursointia, on ulkoistamisprosessin eri vaiheissa (esimerkiksi julkisten hankintojen neuvottelumenettelyssä) oltava erityisen tarkka ja täsmennettävä, milloin on kyse valmistelusta, milloin neuvottelumenettelystä ja milloin varsinaisesta sopimuksen tekemisestä.

Sopimusten yksityiskohtaisuuden ja jäykkyyden määrittelyssä voi olla useita näkökulmia, ja oikeudellisesti sopimuksessa voi olla monta tulkinnallista kohtaa. Tulkinnalliset kohdat eivät haittaa sopimusosapuolia niin kauan kuin mikään niistä ei aktualisoidu¹⁸⁷¹. Sekä kunnan että yksityisen toimittajan intresseissä on saada sopimus toimimaan ja minimoida sopimushäiriötilanteet. Viimeistään sopimusneuvotteluissa¹⁸⁷² on paneuduttava sopimusehtojen valmisteluun, kartoitettava mahdollisia häiriötekijöitä

1868 Hemmo 1997a s. 52. Vrt. sosiaalinen sopimusoikeus, Wilhelmsson 2001 s. 8. Sosiaalisen sopimusoikeuden pääperiaatteena Wilhelmsson on nähnyt heikomman sopimusosapuolen suojan kehittämisen. Hän on myös todennut, että kaikki sopimusvapauden rajoitukset eivät ole sisällöltään sellaisia, että niitä olisi tarpeellista kutsua sosiaalisiksi sopimusoikeudeksi. Wilhelmsson 2001 s. 32, 123.

1869 Hemmo 2001 s. 39.

1870 Vrt. Aarto ym. 2009 s. 32.

1871 Hemmo 2001 s. 26.

1872 Tarjouspyyntövaiheessa on määriteltävä hyvin pitkälle mm. keskeiset ehdot, riskinjakoperiaatteet ja sopimusaika. Yksityiskohtaisuus riippuu ulkoistettavan toiminnan suuruudesta ja käytettävästä hankintamuodosta. Ulkoistamiseen liittyvien ongelmien preventiivinen tarkastelu painottuu kunnissa sitä enemmän, mitä tärkeämmästä sopimuksesta on kyse.

ja riskijakoa sekä mietittävä, mitä mahdollisia kannusteita ja sanktioita sopimukseen sisällytetään¹⁸⁷³. Riskin jakautumisen ja kannusteiden osalta voidaan käyttää mallia, jossa palvelun laatu on sidoksissa maksettaviin korvauksiin.

Välillisen ja välittömän vahingon erottelun mukainen tulkintatilanne voi olla kunnissa mahdollista esimerkiksi ulkoistettavissa urakoissa. Välittömän ja välillisen vahingon tulkinnallisuutta voidaan kuitenkin pienentää vahinkojen korvaamiseen liittyvillä vastuunrajoituskohdilla. Vastuunrajoituskohdat on kirjattava sopimukseen, ja kunnan on huolehdittava siitä, että vastuunrajoitus on kohtuullinen kummallekin osapuolelle. Vastuunrajoituskohdan tulkintaa rajaa kuitenkin se, että sitä tulkitaan usein suppeasti. Toiseksi jos vastuunrajoituslauseke eroaa sopimuksen sisällöstä, voidaan se joutua ohittamaan.¹⁸⁷⁴ Ulkoistamista koskevissa sopimuksissa vastuunrajoituskohdat ovat hyvin monitahoisia sopimusosapuolten kannalta, ja ne voivat myös asettaa toimijat eriarvoiseen asemaan. Kunnat eivät aina tarvitse samanlaista suojaa kuin monet pienemmät ja epävarmat toimijat. Kysymykseksi nousee, pitäisikö kunnan sallia yksityisille toimijoille laajempia vastuunrajoituslausekkeitä, jotta aitoa kilpailua saataisiin enemmän aikaan.

Sopimusneuvottelujen yksi olennainen tarkoitus on hankkia tietoa, ja sopimuksen neuvotteluvaiheeseen liittyvillä oikeusperiaatteilla on vaikutusta sopimuksen sisältöä koskeviin periaatteisiin¹⁸⁷⁵. Oikeudellisesti ovat *erotettavissa sopimusneuvottelut ja neuvottelumenettelyt*. Edellisissä kunta tarkistaa ja varmentaa tarjouskilpailun voittajan kanssa palvelutuotantoon liittyviä yksityiskohtia siltä osin, kuin tarjouspyynnössä on mainittu. Etenkin mittavissa ulkoistamisissa tarkentavat sopimusneuvottelut ovat hankintapäätöksen jälkeen yleensä välttämättömiä. Jälkimmäisellä neuvottelumenettelyllä tarkoitettiin hankintalain mukaista menettelyä jossa kunta voi neuvotella valittujen ehdokkaiden sopimuksen ehdoista tiettyjen rajojen puitteissa¹⁸⁷⁶.

Sopimusneuvotteluissa tapahtuvat esitykset ja selvitykset eivät aina kaikissa tilanteissa sellaisinaan vielä aiheuta oikeustoimisisidonnaisuutta¹⁸⁷⁷. Tiettyä problematiikkaa on nähtävissä siinä, miten julkisista hankinnoista annetun lain mukaisesti tarjouksen sitovuus on eri vaiheissa tulkittava huomioiden myös oikeustoimilain ja sopimusoikeudelliset säännökset.¹⁸⁷⁸ Ulkoistamisen muoto ja koko vaikuttavat hankintamenettelyn valintaan ja siihen, milloin kunta voi tulla missäkin hankintamuodossa sidotuksi tarjoukseen. Oikeustoimialain mukaan kunta voi tulla sidotuksi tarjoukseen heti, kun se on tehnyt siitä päätöksen. Sopimuksen syntymisen kannalta ei ole merkitystä, käyttääkö kunnanhallitus KuntaL 51 §:n mukaista otto-oikeuttaan, onko sopimus allekirjoitettu tai onko kunnan päätös saanut lainvoiman. Sopimussuhteen syntymiseen voi riittää se, että kunta on hyväksynyt tarjouksen ja tarjoaja on saanut siitä tiedon.

1873 Ks. lisää Hemmo 2005a s. 41–46.

1874 Hemmo 1997b s. 284, 287, 293–294.

1875 Häyhä 1996 s. 130.

1876 Ks. Häll 2007a s. 130.

1877 Ks. lisää Herten 1983 s. 228–229. Ks. myös K-M Saarinen. 2008 s. 54.

1878 Vanhassa hankintalaissa 1992 oli mainittu, että HankL 7.1 §:n mukaan tarjouksista on valittava se, joka on halvin tai kokonaistaloudellisesti edullisin. Kunnalla on kuitenkin JulkHankL 6 §:n mukaan mahdollisuus sulkea tarjoaja pois, jos sillä ei ole teknisiä, taloudellisia tai muita edellytyksiä suoriutua tarjouspyynnön mukaisesta hankkeesta. Vaikka kohdat ovat muuttuneet, on hankintalain periaate pysynyt tältäkin osin samana.

Sopimuksellisuuden asema ja rooli on vahvistunut ja hakee uutta muotoa ulkoistusten myötä. Samalla kunnan rooli julkisena toimijana on tullut entistä enemmän tasa-arvoiseksi – tai vain yhdeksi sopimuksen osapuoleksi. Viime kädessä ulkoistamista koskevan sopimuksen sopimustyyppi ratkaisee, kuinka vaikeaa luokittelu on. Ulkoistamisen muoto ja sisältö taas määrittelevät kunnan roolin oikeudellisena osapuolena.

6.1.4 Sopimuksen sisältö ja muotomääräykset

Ulkoistamiseen liittyvää sopimusta voidaan lähestyä ainakin kolmen jaottelun kautta: Ensimmäiseksi kunnallista sopimusta voidaan tarkastella oikeudellisesti yksilöllisenä tai vakiosopimuksena ja erotella kerta- ja kestosopimuksiin. Toiseksi tietyllä toimialalla voi olla erilaisia erityissäännöksiä ja ehtoja lainsäädännössä, jotka rajoittavat myös kunnallista sopimusvapautta. Kolmanneksi kunnallista sopimusta voidaan tarkastella sen kontekstin ja toimintaympäristön kautta, jossa ulkoistaminen toimii kunnassa.

Teoreettiselta kannalta täydellisessä sopimuksessa olisi otettu kantaa kaikkiin sopijaosapuolten oikeussuhteisiin jokaisessa mahdollisessa tilanteessa, joita sopimuksen kestoaikana voi syntyä¹⁸⁷⁹. Toisaalta sopimustoiminnan avulla voidaan ainakin kartoittaa ulkoistamiseen liittyvät riskit, joita voidaan vähentää kiinnittämällä niihin huomiota sopimuksessa¹⁸⁸⁰. Sopimus voidaan laatia ainakin teoreettisella tasolla mahdollisimman täydelliseksi kunnan ja palveluntuottajan näkökulmasta, etenkin jos toimintaympäristö pysyy stabiilina. Usein ongelmaksi muodostuu kuitenkin se, mitä tilaaja ja tuottaja ovat sopimuksessa tarkoittaneet ja miten sopimus soveltuu muuttuneeseen toimintaympäristöön. Jos kysymyksessä on harvinaisempi ulkoistamisen muoto, pitäisi pystyä samalla hahmottamaan sen kokonaissisältö ja samalla ne erityispiirteet, joista osapuolilla ei varmuutta tai kokemusta. Tällöin painottuu erityisesti kunnan osalta huolellisuusvaatimus, jotta tiettyjä asioita ei jouduta moneen otteeseen tulkitsemaan tai täydentämään uudestaan. Palveluissa, joihin liittyy vahvasti velvoittavia säännöksiä, olisi pystyttävä avaamaan kokonaisuudessaan sovellettavien oikeusnormien määrä ja niiden suhde toisiinsa – tällöin ei pärjätä ainoastaan standardisopimusten varassa.

Kaikissa sopimuksissa peruslähtökohtana on sopimusoikeudellisten normilähteiden noudattaminen. Ne voidaan jaotella lakiperusteisiin normeihin, osapuolten välisiin ehtoihin ja kauppatapaan, tahdonvaltaiseen oikeuteen sekä sellaisiin osapuolten aikaisempiin käytäntöihin, joilla on normivaikutusta. Normihierarkian soveltamista voi vaikeuttaa kuitenkin mm. dispositiivisten normien merkitys pakottavan lain soveltamisessa. Sopimusten oikeudellinen arviointi vaatii kokonaisuudessaan lainsäädännöllisten tekijöiden ja sopimuksen tulkintaa. Tällöin keskeinen merkitys sopimuksen sisällön määräytymisessä on kahdella normilähteellä eli sopimuksen sisällöllä ja lainsäädännöllä.¹⁸⁸¹

Oikeuskäytännön mukaan sen osapuolen, jonka oikeutta on loukattu, on näytettävä toteen, miten sopimuksesta johtuvaa velvollisuutta on laiminlyöty ja miten vahinko on syntynyt. Yleensä sopimuksin otetaan myös kohta sopimussakosta, mikä

1879 Hemmo 2001 s. 25.

1880 Keskitalo 2002 s. 246–247.

1881 Hemmo–Könkkölä–Norros 2008 s. 330. Dispositiivisista säännöksistä ks. Hoppu 1998 s. 32.

taas liittyy suoranaisesti vahingonkorvausvastuuseen.¹⁸⁸² Kunnan ja palveluntuottajan tekemässä sopimuksessa on erityisesti mietittävä sopimussakon oikea määrä, jotta sillä olisi kunnan kannalta oikea vaikutus. Mäenpää on arvioinut, miten sopimusmenettelyssä voidaan laillisuusnäkökulmien lisäksi sovittaa yhteen hallintotoiminnan legitimiisyyden positiiviset ja kielteiset näkökulmat, niin että hallinnollisen sääntelyn formaaliin rationaliteettiin liittyvistä asioista ei tarvitse olennaisesti luopua¹⁸⁸³. Ulkoistuksessa sopimusmenettelylle voidaan asettaa hyvin tarkat muotosidonnaisuusvaatimukset, jotta julkiselle vallalle annettu vastuu ja oikeusturvamekanismien rooli eivät jää huomioimatta¹⁸⁸⁴.

Kysymys päätöksentekokompetenssista tuo monia ulottuvuuksia suhteessa mahdolliseen sopimuskumppaniin¹⁸⁸⁵. Hyvinkin tiukat muotomääräykset ovat monessa hallinnollisessa menettelyssä etenkin päätöksenteossa keskeisellä sijalla. Oikeustieteessä voidaan erotella muotomääräykset varsinaisiin, epävarsinaisiin ja ohjeellisiin. Muotovaatimukset ovat sopimuksen teossa hyvin olennaisia elementtejä, koska ne vaikuttavat sopimuksen syntyyn ja koska niiden noudattamatta jättämisellä on oikeusvaikutuksia sopimuksen pätevytyteen. Lisäksi muotovirheestä johtuva pätemättömyys voi tuoda esille vahingonkorvauskysymykset.¹⁸⁸⁶ Muotovirhekysymys voi olla sopijaosapuolten välillä hyvinkin ongelmallinen, koska oikeustoimen pätevyyttä punnittaessa on muotovirhettä tarkasteltava vain yhtenä tekijänä. Kun muotovirhettä arvioidaan sopimus oikeudellisena kysymyksenä, on huomioitava, mikä on sopijaosapuolten tosiasiallinen asema, onko sopimus kokonaisuutena asianmukainen ja onko muotovirhe pelkästään kohtuuton.¹⁸⁸⁷ Ulkoistamisen muotovaatimuksia tarkasteltaessa on eroteltava erikseen päätöksentekoa koskevat muotovaatimukset ja niihin liittyvät muutoksenhakumenettelyt sopimus oikeudellisista muotomääräyksistä.

Jos alkuperäisessä sopimuksessa ei ole mainintaa sopimuksen muuttamisesta, voi

1882 Routamo–Ståhlberg 1995 s. 114. Ks. myös Hemmo 2005b s. 300.

1883 Mäenpää 1989 s. 53–54.

1884 Tällöin sopimusmenettelyltä vaaditaan ”hallinnollisten sääntelyn sisältöä, hallintomenettelyltä, hallintovalvontaa ja oikeusturvaa koskevien perussäännösten sitovuutta ja ei disponoitavuutta myös sopimustoiminnassa. Toiseksi se edellyttää mahdollisuutta näissä puitteissa määrittellä yksittäisen, hallinnollisen sääntelyn toteuttamista koskevan konsensuaalisen järjestelyn sisältöä mahdollisimman avoimessa ja julkisessa menettelyssä, jossa erilaiset yleiset ja yksityiset intressit sovitetaan yhteen ja jonka muodollisena kirjauksena voi olla myös osapuolia oikeudellisesti sitova sopimus. Sopimusmenettelyyn ja sopimuksella perustetun oikeussuhteen sisältöön ja tulkintaan tulee kolmanneksi voida soveltaa sekä yleisiä hallinto että sopimus oikeudellisia periaatteita, joskin sopimuksen sisältö ja sen kohde saattavat niin ikään vaikuttaa näiden periaatteiden soveltamisalan täsmällisempään määrittymiseen. Neljänneksi on tietysti syytä edellyttää myös yksipuolisen lainsoveltamispäätöksen korvaavilta sopimuksilta sisällöllistä lainmukaisuutta. Viidenneksi, edellä esitetyjä vaatimuksia ei välttämättä sellaisenaan käy soveltamaan hallintosopimuksiin, joiden sisältönä ovat esimerkiksi puhtaasti varallisuus oikeudelliset asiat. Vaikka tuollaisen sopimuksen osapuolena on hallintoviranomainen, ei se ilman muuta merkitse, että sopimussuhdetta olisi arvioitava hallinnollisen sääntelyn toteuttamisen ja lainsäädännön toimeenpanon kannalta. Pikkemminkin tällöin korostuvat yleiset sopimus oikeudelliset arviointiperusteet.” Mäenpää 1989 s. 53–54.

1885 Warling–Nerep 1995 s. 154.

1886 Hemmo 1997a s. 121. Vrt. Saarnilehto 2009 s. 107–108.

1887 Hemmo 1997a s. 126. Lisäksi ulkoistamisissa on hyvä sopia esimerkiksi sopimuksen sitovuudesta ennen, kuin kun osapuolet ovat allekirjoittaneet sopimuksen. Hemmo 1997a s. 128–129.

sen muuttaminen yksipuolisesti olla erityisen vaikeata ellei muutosoikeudesta ole otettu sopimukseen mainintaa. Tällöin tarkasteltavaksi nousee, onko muutos tarkoitettu yleiseksi vai rajattuun osaan sopimusta. Toisena kriteerinä on, kuinka olennaisesti muutos muuttaisi sopimussisältöä eli kuinka olennaisiin ehtoihin muutosta yritetään tehdä. Kolmantena kriteerinä ovat ne reaaliset syyt, joita arvioidaan sopimuksen muuttamisen puolesta. Lisäksi on arvioitava, että muutettu kohta ei johda kummankaan osapuolen näkökulmasta kohtuuttomuuteen. Tätä voidaan perustella sillä, että kohtuusnäkökulmien huomioon ottamisen voidaan nähdä olevan oikeudellisesti sisäänrakennettu elementti¹⁸⁸⁸. Muutosta vaativaa sopijaosapuolta voidaan pyytää perustelemaan, mihin sopimustyyppiin, alan käytäntöihin tai muihin asiallisiin faktoihin se vetoaa. Sopijaosapuolilla on mahdollisuus muuttaa tekemäänsä sopimusta, jos ne ovat muutoksista yksimielisiä.¹⁸⁸⁹ Hankintalaki rajoittaa kuitenkin alkuperäisen sopimuksen (verrattuna tarjouspyyntöön) muuttamista – etenkin jos kysymys on olennaisesta muutoksesta.

Perinteinen käsitys sopimuksesta lähtee siitä, että sopimus on sitova, mutta ei tarkastele sopimuksen sisältöä. Moderni sopimusoikeus sen sijaan huomioi sopijaosapuolen roolin ja sen, missä sopimus tehdään¹⁸⁹⁰. *Oikeuskäytännössä sopimusasiakirjan merkitys on korostunut, ja siihen on tehokkainta vedota silloin, kun se on hyvin laadittu.* Yhtenä keinona vähentää oikeudellisia tulkintoja on ottaa sopimusasiakirjaan maininta, että kaikki sopimusehdot on mainittu ja määritelty sopimusasiakirjassa, eikä siinä mainitsemattomiin ehtoihin voi vedota. Ulkoistamista koskevan sopimuksen kielellinen selvyys ja ymmärrettävyys ovat keskeisessä roolissa etenkin, jos sitä joudutaan usean vuoden kuluttua tulkitsemaan uudelleen. Sopimuksessa käytettävissä olevia liitteitä kuten karttoja, suunnitelmia ja laskelmia voidaan tulkita samalla tavalla kuin sopimusasiakirjaa, ellei erikseen ole toisin mainittu tai sovittu. Tämä ei poista kaikkia tulkinnallisuuksia, mutta voi olennaisesti vähentää niitä. Sopimukseen tulevan materiaalin ja aineiston painoarvoa pitäisi tulkita siten, että mitä myöhemmin tai lähempänä lopullista sopimusta aineistoa tulee, sitä merkittävämmän painoarvon se saa sopimusta tulkittaessa. Toisaalta sopimuksen kokonaissisällöllä on myös merkitystä siinä, miten tiettyjä tulkintaongelmia painotetaan.¹⁸⁹¹ Vaikka mahdollisuudet tehdä ja lähettää sopimuksia ja siihen liittyvää materiaalia ovat parantuneet, täytyy esimerkiksi sähköpostiin suhtautua hyvin varauksellisesti, koska kirjallista tulostetta ei synny automaattisesti. Jos sopimusaskikirjaan tehdään joitakin painotuksia, on huomattava, että oikeudellisesti merkintätavoilla on merkitystä. Sopimuksessa yksilöityjä asioita tulkitaan niin, että mitä yksilöllisempi merkintätapa, sitä enemmän sopijaosapuolet ovat sopimuksessa kyseistä asiaa tarkoittaneet¹⁸⁹².

Sopimukseen liittyvät riskit voidaan jaotella korvausvastuuriskiksi, sitovuusriskiksi ja tulkintariskiksi¹⁸⁹³. Kunnalle on ensiarvoisen tärkeää, että sopimuksessa sovitut asiat

1888 Laakso 1990 s. 218.

1889 Hemmo 1997b s. 88–91, 96.

1890 Häyhä 1997 s. 17–18.

1891 Hemmo 1997b s. 20–22, 31. Ks. Eskola–Ruohoniemi 2007 s. 246–247. Sopimusten tulkintaan liittyy myös aina tietynlainen *e contrario* -henki, eli sellaisia sopimusnormeja ei voida huomioida, jotka eivät ilmene sopimuksesta. Hemmo–Könkkölä–Norros 2008 s. 332.

1892 KM 1990:20 s. 31–32, 65–66. Tulkinta-aineistosta ks. myös Saarnilehto 2009 s. 151.

1893 Hemmo 2001 s. 13.

toteutuvat häiriöittä. Etenkin korvausvastuuriski voi tuoda ongelmia yritysjärjestelyjen kautta. Jos esimerkiksi laajan ulkoistamisen voittaneena tarjoajana on ison yhtiön pienempi tytäryhtiö, olisi emoyhtiöltä saatava sopimukseen maininta tai sitova dokumentti siitä, että se vastaa myös tytäryhtiön toiminnasta¹⁸⁹⁴. Kunnallisen ulkoistuksen sopimusvalmisteluissa muotomääräyksille on annettava erittäin suuri rooli, koska niitä edellyttävät monet säännökset, jotka konkretisoituvat pääasiallisesti viranhaltijan valmisteluvastuuna. Julkisten hankintojen yleisistä sopimusehdoista voi olla monessa tapauksessa hyötyä, mutta niiden käyttö on kuitenkin aina arvioitava tapauskohtaisesti¹⁸⁹⁵. Sitovuusriski voidaan ymmärtää myös siten, että kunnallisessa ulkoistuksessa pitää olla maininta siitä, minkä toimivaltaisen toimielimen lopullinen hyväksyntä sopimukseen vaaditaan. Sopimuksen valmistumisajankohdasta voi tulla osapuolten välillä näkemuseroja. Pääperiaate on, että kun sopimus on tehty, ei sen tulkinnassa voi huomioida sellaisia asioita, jotka ovat tulleet ilmi, kun sopimus on saatu valmiiksi¹⁸⁹⁶. Esimerkkitapauksena voidaan mainita KKO:n ratkaisu vuodelta 1996:

KKO 1996:7. Oikeuskäytännössä esisopimuksen merkitystä on korostanut KKO:n päätös, jossa kaupunki ja osakeyhtiö olivat tehneet aiesopimukseksi nimetyn sopimuksen. Kaupunkirajaluonnokseen oli laitettu kaikki keskeiset aineosat tarkasti määriteltynä allekirjoituspäivämäärineen, eikä sopijaosapuolilla ollut erilaisia näkemyksiä sen sisällöstä. Kysymys oli kaupungin ja yhtiön tekemän esisopimuksen ehdollisuudesta. Kaupunginjohtaja oli lähettänyt yhtiölle jatkoneuvotteluja koskevan kirjeen sen jälkeen, kun kaupunginhallitus oli hyväksynyt ja osapuolet olivat allekirjoittaneet sopimuksen.

KKO päätti, että kaupunginhallituksen hyväksymää aiesopimukseksi nimettyä asiakirjaa erään yhtiön osakekannan kaupan osalta pidettiin sitovana esisopimuksena, vaikka kaupunginvaltuusto ei ollut varannut hankkeeseen määrärahaa. Lisäksi kaupunginjohtajan tulkinnanvaraista kirjettä jatkoneuvotteluista ei voitu pitää riittävänä selvityksenä sen suhteen, että sopimus olisi tarkoitettu ehdolliseksi.¹⁸⁹⁷

Sopimuksen tulkintatilanteessa voi olla merkitystä sillä, että kunnalla ja toisella sopimusosapuolella on ollut aikaisemmin sopimus. Aikaisemmalla sopimuskäytännöllä on merkitystä, mikäli ajallinen yhteys on tarpeeksi pieni ja sopimuksissa on riittävästi samoja piirteitä¹⁸⁹⁸. Sopimustoiminnan tietyt standardimuodot voivat luoda sopijaosapuolille sopimussisältöön liittyviä odotuksia¹⁸⁹⁹. Tietyissä sopimustyypeissä voivat jotkut sopimukseen liittyvät asiat tulla epäselvyystilanteissa suojatuksi silloin, kun sopimuksen sisältö tulkitaan epäselvyyssäännösten lailla vahingoksi sopimuksen laatineelle sopijapuolelle¹⁹⁰⁰. Ulkoistamista koskevassa sopimuksessa voi myöhemmin

1894 Vrt. Hemmo 2001 s. 174; Nygren 2002 s. 224. Tilaajan ja tuottajan edustajien toimivalta riippuu monesta tekijästä, kuten organisaatiomuodosta ja asemasta sekä muutoksen merkittävydestä ja suuruudesta. Ks. Hemmo–Könkkölä–Norros 2008 s. 261.

1895 Ks. JYSE palvelut 2009.

1896 Lehrberg 1995 s. 66–67.

1897 Ks. lisää luku 6.1.7.

1898 Hemmo 1997b s. 25.

1899 Häyhä 1996 s. 47.

1900 KM 1990:20 s. 24–30.

ilmetä monia ongelmia, joita joudutaan tulkitsemaan.

Sopimusongelmia saattavat aiheuttaa seuraavat asiat: sopimusehtojen liiallinen tulkinnanvaraisuus, odottamattomat tekijät toimintaympäristössä, erilaiset suori-tushäiriöt sekä sopimusosapuolten erilaiset odotukset ja tietämykset sopimuksesta. Myös kunnan ja tarjoajan toisistaan poikkeavat käsitykset sopimuksen syntymisestä saattavat aiheuttaa ongelmia.¹⁹⁰¹ Oikeudellista kompleksisuutta voi lisätä myös se, että kumpikin osapuoli voi nojautua eri lainsäädäntöön. Tarjoaja voi vedota OiktL 2–3 §:ien mukaiseen periaatteeseen siten, että kun tarjous on saapunut määräajassa, tulee se hyväksymispäätöksellä sitovaksi. Kunnassa samaa tapausta voidaan tulkita julkis-hallinnollisista lähtökohdista, jolloin päätelmänä voi olla, että tarjous tulee sitovaksi, kun toimivaltainen toimielin on kunnassa hyväksynyt sen, se on saanut lainvoiman ja sopimus on allekirjoitettu. Sovittelussa mittapuuksi voidaan ottaa mm. pakottavat ja tahdonvaltaiset lait, julkisoikeudelliset säädökset sekä markkinatuomioistuimen ja kuluttaja-asiamiehen käytännöt¹⁹⁰².

Kunnan kannalta keskeinen kysymys on, milloin sopimus sitoo kuntaa. Kysymystä ei voida tulkita pelkästään OiktL 1.1 §:n mukaan, jossa mainitaan ”tarjous sopimuk-sen tekemisestä ja sellaiseen tarjoukseen annettu vastaus sitovat tarjouksen tekijää ja vastauksen antajaa sen mukaan, kuin jäljempänä tässä luvussa säädetään”. Kunnan näkökulmasta asia on oikeudellisesti laajempi kuin pelkästään sopimuksen sitovuuden määrittelyyn liittyvä asia. Kunnan puolesta toimivallan ylittäneelle viranhaltijalle voi tulla sanktioita tai vahingonkorvausvaateita, jos tarjoaja on yksityisoikeudellisesti nä-kökulmista¹⁹⁰³ olettanut, että tarjous tai sopimus sitoo kuntaa, vaikka sopimus ei olisi kuntaa koskevien hallinnollisten säännösten mukaan sitova. Ensisijaisesti kysymys on kunnan vastuusta sopijapuoleen nähden. Keskeiseksi punnittavaksi asiaksi voi nousta, onko kunta ilmoittanut sopimuksen hyväksymisen ajankohtaa tarjoajalle ja jos on, niin miten. Kunnan ulkoistetusta toiminnasta pyytämä tarjous sitoo hankintalain tai oikeustoimilain periaatteiden mukaisesti samalla tavalla. Tarjouksen sitovuudessa on pientä eroa, ja oikeustoimilaki eroaa hankintalain menettelytavoista, vaikka myös monia yhtäläisyyksiä löytyy. Ulkoistamissopimuksissa pitää määritellä riittävän tar-kasti jatko-option käytöstä, pituudesta sekä käyttämisen tai käyttämättä jättämisen ajankohdasta¹⁹⁰⁴.

Ulkoistamista koskevan sopimuksen voidaan sanoa olevan vahvasti sitova, jos sopimuksen solmivalla toimielimellä tai toimenhaltijalla on siihen annettu toimivalta. Tällaisia vahvasti sitovia sopimuksia ovat lakisääteiset sopimukset, kuten kunnan pal-velujen järjestämiseen liittyvät sopimukset. Heikosti velvoittavilla hallintosopimuksilla ei ole kunnan päätöksentekoon liittyvää velvoittavaa vaikutusta.¹⁹⁰⁵ Toimivalta- tai

1901 Hemmo 2001 s. 29. Ks. myös Boyne 2006.

1902 Wilhelmsson 1995 s. 129–134.

1903 Häyhä on väitöskirjassaan todennut sopimusneuvottelujen ja sopimuksen sitovuudesta yksityis-oikeudellisesti seuraavasti: ”Niin kauan kun osapuolet käyvät toisiaan vastaanottamien tahdonil-maisuuden vaihtoa on kysymys sopimusneuvotteluvaiheesta. Sopimus oikeudellinen vastuu ulottuu tällöin ainoastaan kulloinkin tarjouksen tehneeseen osapuoleen ja koskee vain hänen tekemänsä tarjousta. Molemmat osapuolet tulevat pääsäännön mukaan sopimus oikeudellisesti sidotuiksi vasta siinä vaiheessa, kun tahdonilmaisut vastaavat toisiaan”. Häyhä 1996 s. 144.

1904 Vrt. AOK 18.11.2009. Kyseisessä tapauksessa kunta oli jatkanut hankintaopimusta, vaikka sopi-muksessa ei ollut mainintaa jatko-optiosta.

1905 Ks. Mäenpää 1989 s. 224.

päätöksenteon muoto- tai muodollisuusvirheet eivät kuitenkaan tee tarjoajan tarjousta aina pätemättömäksi, vaan kunta voi tulla sidotuksi sopimukseen, vaikka se ei kunnallishallinnon näkökulmasta täytä kaikkia hyvälle hallintotavalle asetettuja muotovaatimuksia. Asia voi konkretisoitua siten, että ulkoistamisen valmistelussa ja esittelyssä viranhaltija on syyllystynyt valmistelussa virheelliseen menettelyyn. Tällöin arvioitavaksi tulee, millaisesta laiminlyönnistä ja vastuusta on kyse¹⁹⁰⁶. Palveluntuottajan näkökulmasta kunnan sisäisellä hallinnollisella virheellä ei voida yksipuolisesti kyseenalaistaa sopimuksen sitovuutta.

Julkisten ja yksityisten tahojen tarkastelu tuo sopimustoimintaan sellaisia elementtejä, joita kahden yksityisen tahon välillä ei ole. Pääsääntöisesti oikeussubjekteilla on sopimusvapaus, mutta *sopimuskonstruktio voi osittaisulkoistuksissa vaihdella, koska kunnalla on myös toimintoja, joissa kunnan orgaaneilla on sopimuspakko eli kyseinen toimija voi olla velvollinen tekemään sopimuksen*. Tällöin kunnan orgaanilla on kuntalaisiin nähden velvollisuus tehdä sopimus, joka voi pohjautua säännöksiin tai kunnan monopoliasemaan.

Sopimusoikeuden pääsääntö *pacta sunt servanda* -periaate voidaan tulkita myös siten, että sopijaosapuolet joutuvat ainakin tiettyyn rajaan saakka noudattamaan myös sellaista sopimusta, joka ei kaikilla tavoilla vastaa esimerkiksi alkuperäistä tarkoitusta¹⁹⁰⁷. Sopimusoikeudellisten asioiden kompleksisuuden vuoksi on tarkasti tiedettävä, mihin kunta sitoutuu ja mitä vaikutuksia sillä on sopimuskauden aikana, koska sopimus tuo myös oikeudellisia veloitteita kunnalle. EU-tasolla on harmonisoitu eri sopimustyypppejä, kuten kuluttajasopimusta. Näin EU-tasolla tehdyillä ennakkoratkaisuilla on myös vaikutusta kansalliseen lainsoveltamiseen sopimusoikeuden alalla¹⁹⁰⁸.

Sopimustentulkintasäännösten systematiikassa sopimukset voidaan ryhmitellä tulkinta-aineiston hyödynnettävyyden mukaan ja oikeuspoliittisten päämäärien tulkinnan edistämisen mukaan. Ensimmäistä voidaan kutsua osapuolisuuntautuneeksi tulkinnaksi ja jälkimmäistä tavoitteelliseksi tulkinnaksi¹⁹⁰⁹. *Osapuolisuuntautuneessa tulkinnassa tarkastellaan sopimuksen sanamuotoa ja muuta kirjallista materiaalia sekä sopimusosapuolten käyttäytymistä ja heidän tarkoituksiaan*. Sen keskeisenä tavoitteena on toteuttaa sopijapuolten keskenään vahvistama sopimussisältö. Jos sopijaosapuolten käsitykset sopimuksen sisällöstä eroavat toisistaan, voidaan yrittää löytää sellaisia perusteita, joiden mukaan toisen sopimusosapuolen tulkinnalle voitaisiin antaa etusija. Osapuolisuuntautuneessa tulkinnassa lähestytään asiaa objektiivisen tulkintatavan kautta tai yritetään kartoittaa, miten sopijaosapuolet ovat sopimuksen sisällön käsittäneet. Objektiivisessä tulkintatavassa sopimusaineistoa arvioidaan siten kuin kyseessä olisi rationaalinen tarkastelija¹⁹¹⁰.

Sopimusosapuolten välillä voi olla painoarvoa myös sillä, olisiko toisen sopimus-

1906 Virkavastuu ja muu oikeudellinen vastuu ovat lähentyneet toisiaan. Ks. HE 196/2002 s. 6–7, 12.

1907 Ks. Häyhä 1996 s. 218.

1908 Wilhelmsson 1993 s. 69–71.

1909 Hemmo 1997b s. 34.

1910 J. Pöyhönen 1988 s. 53. Objektiivisestä tulkinnasta. Ks. Saarnilehto 2009 s. 153.

osapuolen täytynyt ymmärtää, miten toinen on sopimusta tulkinnut¹⁹¹¹. *Tavoitteellisen tulkinnan* piiriin kuuluu mm. nykyisen lainsäädännön sisällön tai sopijaosapuolten toimintaroolien mukainen tulkinta¹⁹¹². Pakottavan lakiperusteisen normiston rooli on erityisen tärkeä¹⁹¹³, koska pakottavia normeja sovelletaan ensisijaisesti sopimusmateriaaliin nähden. Ongelmana niiden noudattamisen lisääntymisessä on ollut se, että sopimusvapauden ala on kaventunut ja tulkintasäännöt kehittyvät osapuolisuuntautuneisuudesta lähemmäs yhteiskuntasuuntautuneisuutta. Tahdonvaltaisten normien tarkoituksena on kartoittaa, ovatko sopimusosapuolet tahtoneet järjestää oikeussuhteensa niistä poikkeavalla tavalla. Tahdonvaltaisista normeista ei kuitenkaan voi poiketa rajattomasti. Poikkeamiselle on oltava perusteita, ja se on tehtävä tarpeeksi selvästi. Tahdonvaltaisen ja pakottavan oikeuden erottaminen rakentuu toimijan näkökulmalle, ja tällöin sopimuksen osapuolilla on mahdollisuus sopia toisin.¹⁹¹⁴

Etenkin pitempien sopimusten osalta on huomioitava, että kaikkia tulevaisuuden riskejä ei voi ennakoita. Ulkoistamisiin liittyvillä sopimuksilla on kuitenkin mahdollista jakaa epävarmuutta kunnan ja yksityisen organin välillä¹⁹¹⁵. Lakiperusteisten normien tulkinta on ensiarvoisen tärkeää, koska esimerkiksi TSS-oikeuksiin lukeutuvissa toiminnoissa on erityisen paljon pakottavia normeja, joita kunnan on ulkoistamisissa noudatettava. Ulkoistettavan palvelun tuottajan ei voida olettaa olevan perillä kaikista kuntaa velvoittavista säädöksistä. Jos kysymyksessä on yritys, sillä voi olla perusteet tukeutua valmistelussa osapuolisuuntautuneeseen tulkintaan ja vedota siihen, ellei muusta ole sovittu.

Kohtuuttomiin sopimusehtoihin vetoaminen ei kunnan kannalta ole relevanttia, koska kunta ei voi sopimuskumppanina menestyksellisesti vedota siihen, että se olisi ollut tietämätön tai heikompi osapuoli tai kunnalla ei olisi sopijaosapuolena ollut muuta mahdollisuutta¹⁹¹⁶. Silloin kun tarjoajana on suuri valtakunnallinen tai kansainvälinen yritys, voi pieni kunta olla myös tiedollisesti ja taidollisesti heikompi osapuoli. Kohtuuttomuusargumentti voisi tulla kysymykseen sellaisissa tilanteissa, joissa toinen osapuoli

1911 Disenssitilanteessa etsitään perusteita sille, että toisen osapuolen tulkinta on mahdollista hyväksyä. Disenssitilanteet voivat olla avoimia tai piileviä. Keskeistä on, olisiko disenssin havainneen sopijaosapuolen tarvinnut ottaa tarkoitusten vastaamattomuus heti esille. Tavoitteellisen tulkinnan piiriin kuuluvat epäselvyyssäännön mukainen tulkinta ja lakiperusteisten normien tulkinta, joihin lukeutuvat sellaiset tulkintasäännöt kuin minimisääntö, tavallisuussääntö, kohtuusääntö ja pätevyysääntö. Em. tulkintasääntöjä voidaan kutsua myös pakkotulkintanormeiksi, eli kun kyseisiä tulkintasääntöjä sovelletaan, luovutaan primäärisestä tavoitteesta määritellä oikeustoimen sisältö tulkinta-aineiston avulla. Hemmo 1997b s. 38, 58.

1912 Hemmo 1997b s. 34–38.

1913 Vrt. Häyhä on todennut väitöskirjassaan *Sopimus, laki ja vakuutustoiminta* pakottavan lain merkityksestä vakuutuslainsäädännössä seuraavasti: ”Pakottavan lain perusteluiksi esitetty vakuutusnottajan suojaaminen heikompana osapuolena ei ole ulottunut vakuutus sopimuksen keskeisiin ainesosiin, vakuutus turvanmäärittelyyn ja vakuutusmaksun sääntelyyn. Tältä osin laki on suojannut vakuutusnottajaosapuolta lähinnä ehkäisemällä liian ankarien sanktioiden käyttöä”. Häyhä 1996 s. 87.

1914 Hemmo 1997b s. 59–60; J. Pöyhönen 1988 s. 53.

1915 Ks. Häyhä 1996 s. 266. Häyhä on todennut, että vakuutus sopimukset solmitaan epävarmaksi koetun tulevaisuuden varalta, jolloin vakuutus sopimuksen solmimisen motiivi on sama kuin sopimuksen yleensäkin. Häyhä 1996 s. 266. Tätä analogiaa voidaan joiltakin osin soveltaa myös osapuolten riskijakautumaan ulkoistuksissa.

1916 Vrt. J. Pöyhönen 1988 s. 301–302.

on ollut vilpillisessä mielessä tai muuten yrittänyt kiertää esimerkiksi pakottavaa lainsäädäntöä sopimuksessa. Tällöin sopimusta on arvioitava kokonaisuutena, ja otettava huomioon kaikki kohtuuttomuuden arviointiin liittyvät tekijät. Kohtuuttomuutta on arvioitava OiktL 36 §:ssä esitettyjen säännösten valossa.

Ulkoistamisen tulkintatilanteissa joudutaan arvioimaan, painotetaanko enemmän sopimusvapautta vai pakottavaa lainsäädäntöä. Todennäköisesti lopputulokseen ja siihen liittyviin argumentteihin vaikuttavat ainakin sopimuksen muoto, osapuolet, sisältö, ulkoistuksen toimiala sekä se, tulkitaanko asiaa yksityisoikeudellisesta vai julkisoikeudellisestä näkökulmasta. Yksityisoikeudellisessa sopimuksessa hallintolain säännökset eivät kaikissa tilanteissa koske tuottajaa samassa laajuudessa, ja riita-asiat ratkaistaan yleisissä tuomioistuimissa. Kuten jo todettiin, ei kunnan ole kuitenkaan mahdollista yksipuolisesti päättää sopimuksesta vaan on löydettävä sopimuksen yhteistahtotila, kuten yksityisoikeudellisissa sopimuksissa¹⁹¹⁷. Oikeustapaukset voivat monissa tilanteissa olla merkittävässä roolissa, kun haetaan ratkaisua tiettyyn ongelmatilanteeseen – etenkin silloin, kun lainsäädäntö ei ole täysin ajantasaista tai se on tulkinnallista. Tulkintaprejudikaattia ei voida aina suoraan verrata toisenlaiseen tosiseikastoon, vaan oikeustapausaineistoa voidaan hyödyntää silloin, kun etsitään tiettyä painoarvoa tietynlaisille tulkinnoille¹⁹¹⁸.

Tapauskohtaiseksi tulkinnaksi jää kuitenkin se, missä määrin kunta voi määritellä sopimukseen lisäehtoja, jotka liittyvät kunnan järjestämisvelvollisuuteen. Tarkasteltavaksi tulisi, mitä sopimuksessa on sovittu ja täyttävätkö olosuhteet sopimuksessa mainitut poikkeustilanteen ehdot. Tällöin joudutaan palamaan ulkoistamisprosessin alkuasetelmiin. *Ensin on pystyttävä asemoimaan kyseisen ulkoistamisen alaan liittyvät normit ja niiden velvoittavuuden aste. Vasta tämän jälkeen pystytään punnitsemaan, kuinka suuri sopimus oikeudellinen liikkumavara kunnalla tosiasiallisesti on olemassa.* Lisäksi yksityisen palveluntuottajan näkökulmasta keskeiseksi asiaksi nousee se, miten asia on ilmaistu tarjouspyynnössä ja kuinka mahdollinen lisäehto poikkeaa siitä. Kunnalla ei ole mahdollisuutta yksipuolisesti antaa edes äärimmäisessä kiireessä tuottajalle uusia tai lisätehtäviä, vaan niiden on perustuttava sopimukseen. Muuten osapuolilla täytyy olla sama käsitys lisätehtävien suorittamisesta ja tarpeellisuudesta sekä mahdollisesta lisäkorvauksesta.

6.1.5 Häiriö- ja pätemättömyystilanteet

Julkisen sektorin monipalvelutuottajamallit ovat tuoneet kunnille aivan uusia tilanteita, jotka eivät ole perinteisesti saaneet suurta huomiota kunnallishallinnossa. Ulkoistamisiin liittyviä häiriötilanteita ja käsitteitä on lähestyttävä pitkälti sopimus oikeudellisesta näkökulmasta, vaikka eri häiriötilanteissa joudutaan liikkumaan niin yksityisoikeudellisten kuin julkisoikeudellisten säännösten piirissä. Eri oikeuslähteiden ja oikeusnormien tarkastelu tulee ongelmatilanteissa keskeiseen rooliin, ja se pitäisi tehdä ennen kuin sopijaosapuolilla on erimielisyyksiä sopimuksen tulkinnasta.¹⁹¹⁹

1917 Ks. HaVM 29/2002.

1918 Hemmo–Könkkölä–Norros 2008 s. 302.

1919 Jaakkola–Sorsa 2005 s. 16–17.

Sopimusten pätevyyttä tulkittaessa on lähdettävä siitä, että kaikilla sopimusehdoilla on vaikutuksensa. Osaa ehdoista ei voi pitää vaikutuksettomina, koska peruslähtökohdanna on, että sopijaosapuolet eivät käytä sopimuksessa sellaisia kohtia, joilla ei olisi yksittäisinä sopimuskohtina minkäänlaista vaikutusta.¹⁹²⁰ Sopimuksella on kaksi pääfunktioita, joista ensimmäisen mukaan markkinoilla toimivien olisi helpompi ennustaa tulevia tapahtumia. Toinen funktio on korvauksellinen. Jos osapuolten välillä jostakin syystä ilmenee sopimusrikkomus, joudutaan asiaa lähestymään vahingonkorvausnäkökulmasta. Pääperiaatteena sopimusrikkomuksessa on, että vahingonkorvauksen määränä pidetään rikotun sopimuksen sisältöä. Jos sopimukseen liittyy sellaisia tiettyjä sivuvelvoitteita, jotka eivät ole sopijaosapuolten tahdonilmaisun kohteena sopimusta tehdessä, voi niiden merkitys sopimus- ja vahingonkorvusoikeuden raja-alueilla olla hyvin tulkinnallinen¹⁹²¹.

Sopimuksen subjektiivisen ja objektiivisen tulkintatavan vastakkainasettelusta voidaan saada selvyttä siihen, onko osapuolilla mahdollisuuksia poiketa jonkin sopimuksen kohdan normaalimerkityksestä. Jos ulkoistamista koskevan sopimuksen osapuolet ovat yksimielisiä tietyn kohdan poikkeavasta tarkoituksesta, voidaan subjektiivisen käsitykseen pohjautuvaa tulkintaa soveltaa, etenkin jos se ei vaikuta sivullisten oikeusasemaan.¹⁹²²

Sopimuksen käsitteeseen kuuluu velvollisuus noudattaa tehtyä sopimusta¹⁹²³. Kun tutkitaan, mitä mahdollisuuksia ulkoistetun toiminnan osalta kunnalla ja palvelun tuottajalla on irtisanoa sopimus, liikutaan monesti kyseisen sopimuksen keskeisen sisällön tulkinnassa. Esimerkiksi voidaan ottaa KauppaL 25.1 § ja 39.1 §, joissa on mainittu, että sopimusrikkomuksella on oltava velkojalle olennainen merkitys ja velallisen on täytynyt ymmärtää tämä. Sopimusoikeuden periaatteet, jotka rajoittavat sopimuksen purkamista, ovat myös kunnan palvelujen järjestämisen kannalta tärkeitä, jotta yritykset uskaltavat investoida riittävästi eikä kumpikaan osapuoli voi lähteä yksipuolisesti irtisanomaan sopimusta liian kevyihin purkamisnormeihin vetoamalla¹⁹²⁴.

Sopimuksen täydentämisessä on mahdollista huomioida yli sopimustyyppirajojen täydentäviä yleisiä normeja, jos sellaisia on. Lakiperusteisia normeja ei tarvitse arvioida, koska sopimusmateriaali jää niiden osalta toissijaiseksi.¹⁹²⁵ Vaikka liberalistisen sopimusoikeuden mukainen pääperiaate selonottovelvollisuudesta ei toteudu kaikissa tilanteissa, sillä on merkitystä, jos ulkoistamisen sopijaosapuolina on oikeudellisesti, taloudellisesti ja asiantuntemuksellisesti kaksi tasavahvaa osapuolta. Sopimuksen muuttaminen voi myös joissakin tapauksissa tulla hyvin pian esille. Toisena tekijänä

1920 Hemmo 1997b s. 74.

1921 Häyhä 1996 s. 60–61. Neuvotteluvaiheen aikana tulleita vahinkoja ratkotaan pääperiaatteessa vahingonkorvauslain, ei sopimusoikeudellisten periaatteiden mukaan. Häyhä 1996 s. 131. Sopimuksen pistekäsityksmallista. Ks. J. Pöyhönen 1988 s. 211.

1922 Hemmo–Könkkölä–Norros 2008 s. 317.

1923 HE 247/1981 s. 1–2.

1924 Vrt. Hemmo 1997b s. 342.

1925 Hemmo 1997b s. 81–83. Sopimuksen sitovuudessa *pacta sunt servanda* -periaate on pääsääntö. Liberalistisen sopimusopin tavoitteet eivät väisty, jos toinen sopijaosapuoli on tietämättömyyden takia laiminlyönyt velvollisuutensa, vaan kyse on sopijapuolten riskinjaosta tiedonhallinnassa. Käytännössä selonottovelvollisuuden vaatimus voi erilaisten olosuhteiden takia jäädä merkityksettömäksi. Häyhä 1996 s. 99–100.

voidaan myös pitää olosuhteiden muutosta, jolloin tiettyjen edellytysten täyttyessä voi sopimuksen sisältöön tulla muutoksia esimerkiksi vahingonkorvauksen osalta. Tällaisina ehtoina pidetään esimerkiksi *force majeure* -tyyppisiä asioita.¹⁹²⁶

Sopimusoikeudellisia seuraamuksia voi syntyä esimerkiksi kilpailukiellon rikkomisesta. Kilpailuoikeudellisten säännösten rikkominen voi aiheuttaa sopimuksen esimerkiksi pätemättömyyden. Tuottamuksellinen velvoitteiden laiminlyönti taas voi johtaa vahingonkorvausvelvollisuuteen. Sopimukseen laitetaan yleensä sopimussakko, jota sopimusta rikkonut osapuoli joutuu suorittamaan rikkomuksen tuottamuksellisuuden tai aiheutuneen vahingon määrän mukaan.¹⁹²⁷ Toisaalta näyttäisi siltä, että ulkoistuksissa sopimuksen rakenne on kehittynyt sisällön osalta – ulkoistuksen laajuus ja muoto näyttäisivät myös vaikuttavan sopimussakon käyttöön.

Sopimusrikkomus voi aiheuttaa henkilö- ja esinevahinkoja, joiden tulkinnat voivat olla hyvinkin monimutkaista, koska pelkästään sopimussuhteella ei kaikissa tilanteissa ole mitään merkitystä lopputulokselle. Henkilö- ja esinevahinkoihin palataan vahingonkorvausta käsittelevässä luvussa 6.2. Sopimuksen aiheettoman purkamisen tai irtisanomisen pääsääntönä voidaan pitää sitä, että laitton sopimuksen purkaminen antaa mahdollisuuden saada korvausta saamatta jääneen hyödyn mukaisesti.¹⁹²⁸

Sopimusoikeudellisesti sopimuksessa voi ilmetä epätavallisia piirteitä. Nämä voidaan jaotella sopimuksen sitovuus- ja suoritushäiriöihin. Sitovuushäiriötilanteessa sopimuksen pätevyys on kyseenalaistettu. Suoritushäiriöllä tarkoitetaan sopimusrikkomuksesta tai suoritusvirheestä johtuvaa tilannetta, jossa jompikumpi sopijapuolista ei ole suorittanut kaikkia velvoitteita.¹⁹²⁹ Kaikkia suoritushäiriöitä ei ole tarkoituksenmukaista tarkastella ulkoistamisen näkökulmasta, koska on hyvin epätodennäköistä, että kunta joutuu tekemisiin niiden kaikkien kanssa. Seuraavassa käydään läpi joitakin pääasiallisia suoritushäiriöitä, jotka voivat ilmetä kunnallisessa ulkoistamista koskevassa sopimuksessa.

Tyypillisimpiä suoritushäiriöitä on suorituksen viivästys. Esiin nousee kaksi olennaista tekijää: Ensinnäkin, miten hyvin sopimuksessa on sanktioitu esimerkiksi

1926 Hemmo 1997b s. 104, 107. Suoritusesteestä ks. Hemmo 2001. s. 159–166. Sopimukseen voidaan ottaa *force majeure* -ehto, jota todennäköisesti vaatii jokainen tarjoaja, joka haluaa rajata vastuunsa järkeviin raameihin. *Force majeure* -ehdossa pitäisi samalla määritellä, että suoritusesteestä on ilmoitettava heti. Näin tulisi menetellä, vaikka mainintaa ei erikseen sopimuksessa olisikaan. Suoritusestemäärittelyssä voi olla esimerkiksi seuraavanlaisia kohtia: ylivoimaiseen esteeseen kuuluvat asiat, kuten poikkeukselliset sääolot ja luonnonmullistukset, tietoliikennejärjestelmän häiriöt, lainsäätäjän tai viranomaisen kiellot, lakot ja työnseisaukset, sodat, kulkutaudit tai muut, jotka estävät tuottajaa täyttämästä sopimusvelvollisuutensa. Hemmo 2001 s. 160, 174. Työvoiman saatavuuden vaikeutumisen voi olla myös suoritusestemääritelmien joukossa. Tällaisiin kohtiin on kuitenkin sopimuksen osalta suhtauduttava hyvin varauksellisesti tai niitä tarkennettava niin, että normaalit rekrytointivaikeudet eivät vielä käy suoritusesteestä. Tämä näkökulma voi olla monen lakisäateisen palvelun osalta tärkeä sopimusehto kunnalle, koska ulkoistus voi tapahtua juuri työvoiman huonon saatavuuden takia.

1927 Castrén 1997 s. 136–138.

1928 Hemmo 1997b s. 172–196. Sopimuksetekovaiheeseen liittyy erilaisia riskejä, esimerkiksi sitovuusriski, tulkintariski ja luetettavuusriski. Jaakkola–Sorsa 2005 s. 11.

1929 Saarnilehto 2009 s. 185. Suoritushäiriöt voidaan jakaa viivästyksen, laatuvirheeseen, oikeudelliseen virheeseen ja vallintavirheeseen, henkilö- ja esinevahinkoihin, sopimuksen aiheettomaan irtisanomiseen tai purkamiseen sekä kilpailukiellon ja salassapitovelvollisuuden noudattamatta jättämiseen. Hemmo 1997b s. 172–194.

sellaisten suoritusten viivästykset, joista voi aiheutua vahinkoa kunnalle. Toiseksi, kuinka hyvin kunta valvoo ja pystyy reagoimaan suoritusten viivästymisiin. Kummassakin tapauksessa oikeustoimiopin keskeisen periaatteen mukaan on reklamoitava heti toista sopimusosapuolta. Kiteytettynä reklamaatio on suoritushäiriöön liittyvä ilmoitus, se ei ole tarkasti muotosidonnainen.¹⁹³⁰

Sopimuksen sitovuus voidaan jaotella formaaliseen ja materiaalispainotteiseen sitovuuskäsitykseen. Formaalin käsityksen tunnusmerkkinä on, että sitovuus rakentuu tietyistä muodollisista kriteereistä, kuten muotovaatimuksista ja vastavuoroisesta sitoutumisesta. Materiaalisen sitovuuskäsityksen mukaan sopimus ei saa olla epätasapainossa sopijaosapuolten välillä.¹⁹³¹ Kohtuupohjaisella sovittelulla yritetään turvata sopimusosapuolten sisällöllistä oikeudenmukaisuutta ja sopimussuoritusten tasapainoa¹⁹³². Hallintosopimuksen osalta on myös noudatettava yleisiä sopimusoikeudellisia periaatteita, koska niillä voi olla merkitystä kun arvioidaan ulkoistamista koskevan sopimuksen sitovuutta. Toiseksi kunnan sopimuksen sitovuuteen voivat samaan aikaan vaikuttaa sekä yksityisoikeudelliset että julkisoikeudelliset säännökset.¹⁹³³ Kyseinen problematiikka on tunnistettava ulkoistamisprosessin alkuvaiheessa, koska tällöin palataan juridisten peruskysymysten äärelle, kuten lainsäädäntömme dualistiseen rakenteeseen ja eri oikeudenalojen rajojen ongelmiin.

Kunnallisissa ulkoistuksissa materiaalisen sitovuuskäsityksen tunnusmerkkien on täyttyttävä osapuolten välillä, koska kunta on sopimusosapuolena tasa-arvoisessa asemassa eikä voi viranomaisen roolissa yksipuolisesti määrätä sopimuksen sisällöstä. Tätä käsitystä voidaan perustella sillä, että kunnalliselta viranhaltijalta ja toimielimeltä vaaditaan huolellisuutta ulkoistusten valmistelussa, koska kunta ei voi esimerkiksi lähteä ottamaan epätavallisen suurta riskiä eikä voi myöskään vaatia sitä yksipuolisesti toiselta sopimusosapuolelta. Se, että ulkoistamistoimenpiteet täyttävät formaalisen sitovuuskäsityksen mukaiset elementit, on perusedellytys koko sopimuksen sitovuudelle. Kunnan kannalta sitovuuteen vaikuttaa myös se, että monella kunnan toimialueella pakottavaa lainsäädäntöä on paljon enemmän kuin kahden yksityisen organin välisissä sopimuksissa. Sopimuksen sitovuuden tulkintaa voidaan lähestyä myös deskriptiivisestä näkökulmasta, jossa sopimuksen sitovuuden aste liittyy sopimuksen tekemisen ajankohtaan¹⁹³⁴.

Hallituksen esityksessä todetaan, että ”jos sopimusehdot ilman asiallisia sopimuksen erityispiirteisiin liittyviä perusteita merkittävästi poikkeavat tästä mallista toisen

1930 Hemmo 1997b s. 199, 207. Ks. myös Saarnilehto 2009 s. 50. Reklamaatiota ei pidä sekoittaa mm. vahingonkorvaukseen tai hinnanalennukseen, vaan oikeusseuraamuksiin voidaan vedota reklamaatioajan kuluttua. Tämä edellyttää kuitenkin, että reklamaatiossa tähän on varattu mahdollisuus. Hemmo 1997b s. 205–206. Vaikka reklamaatio ei ole muotosidonnainen, voidaan sopimuksessa edellyttää kirjallista reklamaatiota, koska sillä voi jälkeenpäin olla kunnan ja viranhaltijavastuun kannalta merkitystä.

1931 Hemmo 1997b s. 115–116.

1932 J. Pöyhönen 1988 s. 5.

1933 Tämä voi konkretisoida sopimuksen sitovuuden osalta ulkoistamisissa siten, että vaikka kirjallista sopimusta ei ole tehty voi tarjouksen hyväksyminen sitoa kuntaa hankintalain periaatteiden mukaisesti. Toisaalta taas jos sopimus on tehty ja sen on hyväksynyt kunnallinen toimielin joka ei ole toimivaltainen ko. asiassa voi ulkoistamista koskeva sopimus siitä huolimatta sitoa kuntaa. Vrt. Mäenpää 1989 s. 220.

1934 Wilhelmsson 1993 s. 178–180.

osapuolen vahingoksi, on ehtojen kohtuullistaminen usein paikallaan”¹⁹³⁵. Kunnallisessa toiminnassa voidaan törmätä toimivaltakysymyksiin, koska viranhaltijoille voidaan delegoida lopullinen sopimuksen allekirjoittaminen etenkin silloin, jos aiesopimus tai sopimusluonnoksen keskeiset periaatteet on hyväksytty hallitustasolla. Tämä edellyttää, että ulkoistamista koskevan sopimuksen vaatimat määrärahat on hyväksytty valtuustossa. KuntaL 11.2 §:n mukaan kunnanvaltuuston päätösvaltaa ei voida siirtää sellaisissa asioissa, joissa valtuusto on laissa olevan säännöksen mukaisesti päättävä elin, kuten KuntaL 80.1 §:ssä on säännelty. Jos kunnallinen hankintaorganisaatio on pyytämässä tarjouksia ennen kuin ulkoistettavaan toimintaa on varattu määräraha, toimielimen pitää laittaa tarjouspyyntöön ja sopimukseen oikeudellisesti selvä ja yksiselitteinen ehto, että sopimus sitoo osapuolia vasta, kun toimielin on sen hyväksynyt ja myöntänyt määrärahan palvelujen ostamiselle¹⁹³⁶.

Joskus palveluntuottaja haluaa purkaa ulkoistamista koskevan sopimuksen. Tilannetta joudutaan lähestymään sopimuksen sitovuuskysymysten lisäksi sopimus-oikeudellisesta jaottelusta, eli onko kysymys yksityisoikeudellisesta sopimuksesta vai hallintosopimuksesta. Jos kyseessä on puhtaasti yksityisoikeudellisiin säännöksiin pohjautuva sopimus, sitoo sopimus kaikilta osin myös tuottajaa, ellei sopimuksessa ole muuta ole mainittu.¹⁹³⁷ Tätä ei pidä kuitenkaan tulkita siten, että puhtaasti julkisoikeudellinen hallintosopimus olisi aina vähemmän sitova. Hallintosopimukseen voi kunnan järjestämistä vastuun kautta tulla monia lisäelementtejä, (esim. uusia tehtäviä) jotka voivat vaikuttaa myös tuottajaan. Kaikkia muutoksia ei voida ottaa huomioon sopimusta tehtäessä, ja muuttuvissa tilanteissa voi alkuperäinen sopimus tulla kohtuuttomaksi tuottajalle. Ei voida lähteä siitä, että se sitoisi esimerkiksi yksityistä tuottajaa sellaisissa tilanteissa, joissa julkisen vallan toimenpiteet ovat muuttaneet osapuolten asemaa olennaisesti. Tällöin joudutaan palamaan jo aiemmin käsiteltyyn julkisen vallan käsitteeseen ja sen sisältöön. Sopimuskauden aikana esimerkiksi sosiaali- tai terveydenhuollossa normien määrä ja subjektiiviset oikeudet voivat lisääntyä sopimuksen alkuperäiseen muotoon verrattuna, jolloin kuntien olisi nostettava sopimus säännösten vaatimalle tasolle.

Laatuvirheitä voi ulkoistamisessa olla monenlaisia, ja ne voivat osittain johtua kunnastakin. Laatuvirhe on vakava, jos se ei ole pelkästään sopimuksellinen asia vaan sen korjaamista edellytetään myös erityislainsäädännön pohjalta. Tällöin oikeudelliseksi kysymykseksi voi nousta, onko kunta tilaajana antanut oikeat tiedot. Laatuvirheessä korostuvat sopimuksessa mainitut laadulliset ominaisuudet, joiden pohjalta laadullinen arviointi suoritetaan. Laatuvirhe voi ilmetä myös aineettomissa palveluissa, kuten tilintarkastus- tai kiinteistöväilytyspalveluissa. Laatuvirheet ja suoritushäiriöt voivat olla kunnalle hyvinkin ongelmallisia, jos kyseessä on palvelu, jota kunnan on järjestettävä näistä häiriöistä riippumatta. Sopimuksen aiheuttamaan purkaantumiseen kunnan pitäisi varautua sellaisella sopimussakolla, että se kattaa vähintään kilpailuttamis- ja transaktiokustannukset¹⁹³⁸.

1935 HE 247/1981 s. 14.

1936 Vrt. Mäenpää 1989 s. 247.

1937 Ks. Harjula–Prättälä 2007 s. 236.

1938 Kauppalain (355/1987) 25.2 § antaa mahdollisuuden purkaa sopimus silloin kun myyjä ei ole tehnyt suoritustaan kohtuullisen lisäajan aikana.

Oikeuskäytännössä ei ole edellytetty sopimusasiakirjan laatimista, jotta sopimuksesta tulisi sitova. Sopimuksen sitovuutta voidaan tarkastella toimivallan ja vilpittömän suojan näkökulmasta. Pääperiaatteena on, että jos toimivaltainen henkilö tai organisaatio tekee sopimuksen tai antaa tarjouksesta hyväksyvän vastauksen, tulee sopimus oikeudellisesti kuntaa sitovaksi¹⁹³⁹. Ulkoistetun palvelun tarjoajan ei tarvitse hallita kaikkia kunnallishallintoon liittyviä toimivaltakysymyksiä, vaan tarjoaja voi vedota tulkinnallisissa tilanteissa vilpittömän mielen suojaan,¹⁹⁴⁰ kuten seuraavasta KKO:n oikeustapauksesta ilmenee:

KKO 1996:84. Päätöksessä kunnan tekninen lautakunta oli hyväksynyt urakkasopimuksen. Sen jälkeen viranhaltijana toiminut kunnaninsinööri oli kertonut tuloksen voittaneelle tarjoajalle ja sopinut allekirjoittamispäivän myöhemmäksi. Asianosaiset olivat vaatineet, että kilpailutuksessa sovelletaan rakennusalan urakkakilpailun periaatteita. Kunnasta ei tuotu ilmi, että urakkasopimus syntyisi vasta sopimuksen allekirjoittamisella. Rakennusalan urakkasopimuksen periaatteiden mukaan urakkasopimus syntyy, kun rakennuttaja on antanut urakoitsijalle tiedon tarjouksen hyväksymisestä. KKO katsoi päätöksessään, että kun urakkasopimusten periaatteiden lisäksi huomioidaan OikTL 1, 6, ja 11 §:ien periaatteet, oli urakkatarjouksen hyväksyminen tullut kuntaa sitovaksi.

Kunnanhallitus oli käyttänyt otto-oikeutta ja pyytänyt uudet tarjoukset. Kunta velvoitettiin myös maksamaan vahingonkorvausta, koska se oli tehnyt myöhemmin samanlaisen urakkasopimuksen kolmannen yrityksen kanssa. KKO:n päätöksen mukaan ei voitu olettaa, että tarjoaja olisi voinut tietää keskustelujen perusteella, että urakkasopimuksen syntyminen vaatii vielä kunnanhallituksen päätöksen.¹⁹⁴¹

Kuten KKO:n ratkaisusta on nähtävissä, tarvitaan myös ulkoistamisten pätemättömyyteen sopimusoikeudelliset syyt¹⁹⁴². Tällöin ratkaisevaa ei ole se, tietääkö toinen osapuoli kaikki kunnallishallintoon liittyvät toimivaltasuhteet, vaan se, onko sopijaosapuoli toiminut vilpittömällä mielellä. Sopimusoikeudessa käytettävä dogmi vilpittömän mielen suojasta¹⁹⁴³ voi täten olla hyvin keskeisessä asemassa, kun ratkotaan kunnan sopimuksen sitovaksi tuleminen ajankohtaa osapuolten välillä. Kyseisessä KKO 1996:84 päätöksessä ei otettu suoranaisesti kantaa tiedonantovirheeseen, joka voi OikTL 3 luvun säännösten perusteella aiheuttaa myös pätemättömyysperusteen. Ulkoistamista koskevan sopimuksen osalta voidaan punnita, missä määrin väärin tietojen tai tietojen jättämättä antaminen täyttäisi OikTL:n tarkoittamat pätemättömyyden kriteerit¹⁹⁴⁴.

1939 Mäenpää 1989 s. 237.

1940 Vrt. Mäenpää 1989 s. 240–241.

1941 Ks. myös Kuntal 50 §, joka koskee valtuuston hyväksymää hallintosääntöä sekä Kuntal 51 §, joka koskee asian ottamista ylempään toimielimen käsiteltäväksi.

1942 Ks. Halila 2005 s. 72.

1943 Ks. J. Pöyhönen 1988 s. 82–84.

1944 Sopimuksen pätemättömyystilannetta joudutaan oikeudellisesti lähestymään hyvin teoreettisesti. Yhtenä keskeisenä näkökulmana on, onko pätemättömyysperusteiden tarkoitus sopimosapuolten suojaaminen vai yhteiskunnan näkökulmasta tietyn lopputuloksen saavuttaminen. Ongelmaksi voi tulla, että toinen sopijapuoli ei vetoa pätemättömyysnäkökulmaan vaan esimerkiksi sopimuksen kohtuuttomuuteen, jolloin sopimustasapainoa voidaan hakea uudestaan. Ämmälä 1999 s. 152.

Pätemättömyyden korvaustilanteen¹⁹⁴⁵ mukaan loukattu sopijapuoli saa ensisijaista suojaa kaikille väärinkäytöksille¹⁹⁴⁶. Julkisoikeuden ja yksityisoikeuden dogmien painotuseroista johtuen kunnan on koko ulkoistamisprosessin ajan pystyttävä täsmällisesti ja selkeästi viestittämään, missä vaiheessa ulkoistamisprosessia ollaan, koska tarjoukset käsitellään ja milloin itse sopimus tulee sitovaksi.

OikTL 10.2 §:n mukaisen asemavaltuutuksen puitteissa tehdyt oikeustoimet sitovat myös kuntaa. Oikeustoimilaissa on säännelty kattavasti sopimuksen pätemättömydestä. Lisäksi monessa erityislainsäädännössä, kuten kilpailunrajoitusL 18 §:ssä, on kohta, joka kieltää sopimuksen täytäntöön panemisen. Samoin Rooman sopimuksen 85 artiklan 1 kohdassa on mainittu mm. kilpailun estämiseen, rajoittamiseen tai vääristymiseen liittyvistä sopimusten pätemättömyyksistä¹⁹⁴⁷. Kun pätemättömyys perustuu julkisessa organisaatiossa noudatettaviin sääntöihin, nousee esille, voidaanko kilpailulainsäädännön vastaiset kohdat jättää pois sopimuksesta ja onko sopijaosapuolten kannalta tarkoituksenmukaista, että muut sopimukseen liittyvät asiat velvoittavat osapuolia.¹⁹⁴⁸ Se sopijaosapuoli, jonka etua on loukattu, voi valita, haluaako se pitäytyä sopimuksessa vai tehdä sopimuksesta pätemättömän, joka on kyseisen sopimuksen osalta lopullista¹⁹⁴⁹. Toisaalta kuntaa velvoittaisivat myös hankintalain mukaiset vaatimukset siitä, että tarjoukset vastaavat tarjouspyyntöä.

Ulkoistamisissa on hyvin tilannekohtaista, milloin sopimus on osapuolten välillä pätemätön, koska monesti sopimusta tarkastellaan kokonaisvaltaisesti ja yhtenä vaihtoehtona voi myös olla sovittelu. Sopimus ei voi olla pätevä, jos siinä on ristiriitaisuuksia pakottavan lainsäädännön kanssa. *Pacta sunt servanda* -periaatetta ei voida suoraan sellaisenaan soveltaa sopimuksiin, joita on pidettävä julkisoikeudellisesta näkökulmasta heikosti sitovina¹⁹⁵⁰. Toiseksi sopimuksen pätemättömyyskysymys liittyy myös sopimuksen muotoon, eli onko kysymyksessä yksityisoikeudellinen vai julkisoikeudellinen sopimus.

Kunnallisiin ulkoistamisiin voidaan soveltaa sovittelusäännöksiä, koska kunta monesti ulkoistaa toimintojaan yksityisille yrityksille, jolloin joudutaan noudattamaan myös yksityisoikeudellisia sopimusehtoja. Tällöin arvioitavaksi tulee, milloin liikutaan yksityisoikeudellisten sopimusten ja milloin julkisoikeudellisen viranomaistoiminnan piirissä. Sovittelussa joudutaan käyttämään monesti kokonaisharkintaa, jolloin sopimusoikeuden kaikki keskeiset periaatteet ovat sovittelussa käytössä.¹⁹⁵¹ Sovittelusäännösten soveltamisessa julkisoikeudellisiin oikeussuhteisiin on ollut käytäntönä, että kohtuullistamissäännöksiä ei voi soveltaa viranomaistoimintaan¹⁹⁵². Samalla palveluntuottamisen

1945 Pätemättömyydestä ks. OikTL 28–33 §:ien kohdat.

1946 Hemmo 1997a s. 207. Vahingonkorvauksissa sopimuksen sisältö on keskeisessä roolissa, ja sisältöön voidaan sovitaa positiivisen tai negatiivisen sopimusedun oppeja.

1947 Hemmo 1997a s. 278, 282.

1948 Oikeustoimilain 32 §:n mukaiset pätemättömyysperusteet voidaan luokitella vahvoihin ja heikkoihin sekä OikTL ulkopuolella oleviin vahvoihin pätemättömyysperusteihin, kuten muotovirheeseen tai oikeustoimikelpoisuuden puuttumiseen. Zitting-Rautiala 1982 s. 22.

1949 Hemmo 1997a s. 204.

1950 Mäenpää 1989 s. 233.

1951 Hemmo 2001 s. 52, 64.

1952 Ks. HE 247/1981 s. 10.

eri yksityisoikeudelliset ja sopimuksellisuuden eri muodot ovat kehittyneet ja vaativat monelta osin uudelleentarkastelua.

Sopimuksen sovitteluun liittyvä rakenne voidaan jaotella sisäisiin ja ulkoisiin vaiheisiin. Sovittelun ulkoiseen rakenteeseen kuuluu seitsemän vaihetta, jotka ovat sitovuuden läpi käyminen, mahdollisen epätasapainon tutkiminen, epätasapainon ja sopimuksen ulkoisten seikkojen yhteyden arviointi, sovitteluperiaatteiden arviointi, kohtuuttomuuden arviointi kokonaisuutena ja kokonaisarviointin tekeminen tilanteesta. Näiden vaiheiden avulla päätetään, lähdetäänkö sovitteluun vai ei. Samalla määritellään, mitkä oikeusvaikutukset tulevat mahdollisiksi. Sisäinen rakenne puolestaan jakautuu sovitteluperusteisiin ja sovitteluperiaatteisiin. Sovittelu pohjautuu oikeudellisiin sovitteluperusteisiin, jotka voidaan luokitella sopimuksen ulkoisiin ja sopimuksen sisäisiin. Sovitteluperiaatteilla tarkoitetaan oikeusnormeja, joiden avulla oikeustositseikkojen raamit ja käyttö kohdentuvat siten, että tiedetään, tuleeko painottaa enemmän sopimusvapautta tai kohtuuperiaatetta.¹⁹⁵³

Sovittelusääntöä pidetään kuitenkin vain poikkeuksena pääperiaatteesta. Kohtuuttomienkin sopimusten sovittelun periaatetta on pidettävä vain sopimuksen tarkistuskeinona, johon vetoamalla on mahdollista vastustaa niitä kohtuuttomuuksia, joihin ainoastaan pääperiaatteen noudattaminen voisi johtaa¹⁹⁵⁴. Tällöinkin kysymykseksi nousee, onko kunnalle aiheutunut paljon vahinkoa siitä, että se joutuu uudestaan aloittamaan sopimusneuvottelut tai koko kilpailuttamisprosessin. Välittömän ja välillisen vahingon välisen rajan vetäminen voi olla hyvinkin vaikeaa irtaimen kaupan ulkopuolisissa sopimuksissa. Sopimusten sovittelu on noussut entistä tärkeämpään rooliin, mitä osoittaa se, että KKO:n monissa ratkaisuisa *sovittelukysymys on noussut prejudikaattiasemaan*¹⁹⁵⁵.

Kun painotetaan kokonaisharkintaa, on se sopimuksen osapuoli, joka sopimuksen tekohetkenä tiesi kohtuuttomuudesta, huonommassa asemassa kuin tietämätön sopimusosapuoli¹⁹⁵⁶. Oikeusjärjestyksen ristiriitaisuuden takia ei kannata odottaa, että pystyttäisiin löytämään yhtenäinen kohtuuskäsite, joka taustoittaisi sopimusoikeuden kehitystä¹⁹⁵⁷. Sovittelu voidaan toteuttaa niin, että kohtuuton kohta pysyy voimassa, mutta sen sisältö mietitään uudelleen. Toiseksi sopimus voi jäädä voimaan alkuperäisessä muodossa, mutta kohtuutonta kohtaa ei oteta huomioon. Kolmanneksi sopimuksen joitakin kohtia korjataan ja kohtuuttomaan kohtaan ei kosketa. Viimeisenä mahdollisuutena on, että sopimus raukeaa ja se todetaan päättyneeksi.¹⁹⁵⁸ Sovittelunharkinta nojautuu pääasiallisesti kokonaisharkinnalle, jossa yhden argumentin esittäminen sovittelua tukevana ei yleensä ratkaise koko tilannetta¹⁹⁵⁹. Vakioehdot voivat joiltain osin pienentää sopimusvapautta, ja niitä käytettäessä voi toiselta sopimusosapuolelta

1953 J. Pöyhönen 1988 s. 250–252.

1954 Ks. Wilhelmsson 1993 s. 27.

1955 Vrt. KKO 2006:56; KKO 1999:124. Ks. myös Korkeimman oikeuden prejudisiaalisesta merkityksestä Laakso 1990 s. 98–99.

1956 J. Pöyhönen 1988 s. 301.

1957 Wilhelmsson 1993 s. 111–114. Ks. myös J. Pöyhönen 1988 s. 286.

1958 Wilhelmsson 1993 s. 73–75.

1959 J. Pöyhönen 1988 s. 298.

pienentyä mahdollisuus sovitteluun¹⁹⁶⁰.

Kunnallishallinnossa sopimuksen muuttaminen on paljon muutosidonnaisempi prosessi kuin yksityissektorilla. Asia on vietävä uudestaan ainakin samalle toimivaltaiselle toimielimelle hyväksyttäväksi.¹⁹⁶¹ Hankintalaissa on määritelty vain kilpailutamistilanteet ja niissä tehtävät muutokset. Hankintalaki ei määrittele ulkoistamista koskevan sopimuksen muuttamista eikä sitä, mikä toimielin päättää kyseisestä asiasta. Ulkoistamisen häiriötilanteiden tarkastelussa joudutaan purkamaan, *johtuvatko häiriöt osapuolten välisestä toiminnasta, sopimuksen tulkinnallisuudesta* tai sellaisista tekijöistä, joita osapuolet eivät ole pystyneet ennakkoon huomioimaan.

6.1.6 Positiivinen ja negatiivinen sopimusetu sekä sopimussakko

Vahingonkorvauksella on mahdollista saada tietynlaista korvausta siitä, että toinen sopijapuoli ei ole kaikilta osin huolehtinut sopimukseen liittyvistä velvoitteista. Kunnallisissa ulkoistuksissa tuottajalle voivat tulla korvattavaksi sopimusrikkomukseen liittyvät virheet ja esinevahingot. Myös sopimussakko on mahdollinen, jos sellainen on sopimukseen otettu. Arvioitaessa vahingon määrää voidaan puhua positiivisesta ja negatiivisesta sopimusedusta.

Sopimusrikkomuksissa peruseriaatteena on positiivinen sopimusetu, eli millainen taloudellinen asema sopimusosapuolella olisi ollut, jos sopimuksesta tulleita velvoitteita olisi noudatettu. Arvioinnissa käydään läpi, millainen tilanne olisi ollut, jos kaikki sopimusvelvoitteet olisi täytetty osapuolten välillä. Positiivista sopimusetua voidaan rajoittaa ottamalla sopimukseen kohtia korvausvelvollisuudesta¹⁹⁶². Negatiivisen sopimusedun mukaisessa tilanteessa arvioidaan, mikä tilanne sopimusosapuolella olisi ollut, jos sopimusta ei olisi ollenkaan tehty. Siinä ei kuitenkaan huomioida mahdollisia taloudellisia etuja, joita sopimuksesta olisi tullut. Tietyissä tilanteissa negatiivisen sopimusedun tarkoittama korvaus voi olla myös korvausta saavalle osapuolelle hyvä. Tällöin sopimuksen olisi ulkoistettavan toiminnan osalta oltava lähtökohdiltaan tappiollinen korvauksen saajalle.¹⁹⁶³

Kunnan mahdollisuus saada ulkoistamista koskevasta sopimuksesta vahingonkorvausta positiivisen sopimusedun kautta on monissa tilanteissa hyvin hypoteettinen. Tämä johtuu siitä, että vastuuta arvioitaessa kunnalle voi olla vaikea löytää kaikkia samoja argumentteja kuin yksityiselle toimijalle¹⁹⁶⁴. Negatiivisen sopimusedun mukai-

1960 Ks. Wilhelmsson 1993 s. 68–69, 240. Jos tarjoaja haluaa sovittelua ulkoistamiseen liittyvää sopimusta kunnan kanssa, voivat yhtenä päteväenä argumenttina olla muuttuneet olosuhteet. Niiden on kuitenkin oltava olennaisia ja sopimusosapuolista riippumattomia. J. Pöyhönen 1988 s. 298 ja s. 306–307.

1961 Hemmo 1997a s. 22. Oikeuskirjallisuudessa ei ole suhtauduttu kovinkaan myönteisesti siihen, että sopimukseen alettaisiin jälkepäin yksipuolisesti tehdä laajoja muutoksia. Hemmo 1997b s. 95.

1962 Aarto ym. 2009 s. 108.

1963 Hemmo–Könkkölä–Norros 2008 s. 473–474. Ks. Jaakkola–Sorsa 2005 s. 66.

1964 Lähtökohtana on, että yksityisen palveluntuottajan asema on turvattu jo kilpailuoikeudellisilla säännöksillä paremmin kuin kunnan, ja yrityksellä kyse on elinkeinotoiminnan harjoittamisesta, joka voi vaarantua.

nen vahingonkorvaus voisi tulla kysymykseen tilanteessa, jossa kunta on kilpailuttanut toimijat ja sen jälkeen neuvotellut sopimuksesta tarkemmin yhden tarjouskilpailun voittaneen osapuolen kanssa mutta tarjoaja lopettaa tai katkaisee yksipuolisesti sopimuksen tarkentavien neuvotteluiden aikana. Jos kunta keskeyttää tai lakkauttaa sopimuksen perusteettomasti, voi palveluntuottajalla olla myös oikeus positiivisen sopimusedun mukaiseen korvaukseen.

Hyvitysmaksulla ja vahingonkorvauksella on kiinteä yhteys toisiinsa. Vahingonkorvaustilanteissa, joissa kunta on korvausvelvollinen, huomioidaan myös hyvitysmaksun määrä, kun arvioidaan korvausvelvollisuutta ja vahingonkorvauksen määrää¹⁹⁶⁵. Pelkästään hankintalain mukaisesta menettelystä poikkeaminen voi aiheuttaa kunnalle hyvitysmaksun hankintalain mukaisesti. Silloin arvioidaan, onko noudatettu julkisista hankinnoista annettua lainsäädäntöä. Hankintalaissa ei ole säännelty hankintasopimusten pätemättömyydestä¹⁹⁶⁶. Osapuolilla täytyy olla mahdollisuus luottaa siihen, että muodollisesti oikein tehty tarjous ja sopimus sitovat osapuolia. Jos jompikumpi osapuoli laiminlyö sitovaan tarjoukseen tai sopimukseen liittyvät velvollisuudet, voi toinen osapuoli saada vahingonkorvausta positiivisen tai negatiivisen sopimusedun mukaisesti.

Kynnysarvon ylittävissä ja alittavissa hankinnoissa mahdollisella tarjoajalla on negatiivisen sopimusedun periaatteen mukaisesti mahdollisuus saada korvausta tarjouksen laatimiseen ja tarjouskilpaillun osallistumiseen liittyvistä kustannuksista, jos kyseisellä tarjoajalla olisi ollut mahdollisuus voittaa hankintakilpailu. Suomessa julkisten hankintojen vahingonkorvauksissa sovelletaan pääasiallisesti ns. negatiivista sopimusetua. Tämä tarkoittaa sitä, että tarjoajalla on useimmissa tapauksissa mahdollista saada korvausta ainoastaan tarjouksen laatimiseen ja tarjouskilpailuun osallistumisesta.¹⁹⁶⁷ Jos tarjoaja pystyy osoittamaan varmuudella hankintakilpailun voittamisen, voi kysymykseen tulla positiivinen sopimusetu. Arrowsmith on esittänyt positiivisen sopimusedun periaatteen kieltämistä EY:n lainsäädäntöön nojaten, silloin kun kansalliset normit sellaista vaatisivat¹⁹⁶⁸. Etenkin mittavissa ulkoistamisissa positiivisen sopimusedun mukaista vahingonkorvausta voisi olla hyvin vaikea osoittaa – mekaanista soveltamista ei ole ja toiseksi on arvioitava myös, voisiko positiivisen sopimusedun soveltaminen johtaa kohtuuttomuuteen.

Kunnallisissa ulkoistamisissa hinnanalennus on oikeudellisesti hyvin tulkinnallinen asia etenkin silloin, kun sopimuksessa ei ole hyvin yksityiskohtaisesti määritelty mm. tuottajan suoritusmääriä ja laatutasoja. Joissakin tilanteissa kunta voi olla oikeutettu hinnanalennukseen. Sopimuslainsäädännössä pyritään eri oikeuskeinoilla ensisijaisesti siihen, että sopimus pysyisi voimassa. Hinnanalennuksen tavoitteena on palauttaa tasapaino sopimusosapuolten välille. Hinnanalennuksilla ja sopimussakoilla pyritään siihen, että tehtyä sopimusta ei olisi oikeudellisesti kovin helppo purkaa. Purkamisen perusteena täytyy olla olennainen sopimusrikkomus.¹⁹⁶⁹

1965 OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 75.

1966 Ks. OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 78–79.

1967 Kalima 2001 s. 264–265.

1968 Arrowsmith 1993 s. 164–172.

1969 Hemmo 1997b s. 320, 342–343.

KKO 1993:52. Hinnanalennuksesta voidaan oikeustapauksena mainita KKO:n päätös, jossa kunta oli teollisuusopinnoituksen yhteydessä myynyt teollisuushallin yhtiölle. Hallin katossa oli ollut virheitä rakennesuunnittelun puutteiden takia. Yhtiö oli korjannut ne, mitä voidaan pitää joiltain osin perusparannuksena, ja katon käyttöikä oli pidentynyt huomattavasti. KKO totesi päätöksessään, että kunnan vastuuta mietittäessä tulee suorittaa eduntasoitus, ja hinnanalennuksena määrättiin noin puolet korjauskustannuksista.¹⁹⁷⁰

Kunnan ulkoistamisissa hinnanalennus voi sisällöltään vaatia täsmennystä ja tarkennusta. Jotta se olisi mahdollisimman yksiselitteinen, pitäisi sen sisältö, merkitys ja laskentaperusteet purkaa sopimuksessa niin, että tulkintaa syntyy jälkepäin mahdollisimman vähän.

Oikeudellisesta näkökulmasta kunnan on helpointa määrittellä sopimukseen tietty sopimussakko. Sopimussakkomaininta otetaan etukäteen sopimukseen, ja siinä määritellään korvaus siitä, että sopimusten ehtoja ei ole noudatettu. Sopimussakko ei ole suoranaisesti kytkettävissä vahinkoon, vaan sitä voidaan käyttää myös sellaisissa tilanteissa, joissa sopimuksen noudattamatta jättämisestä ei ole tiedossa suoranaista vahinkoa. Tällaisia voi kunnassa olla muitakin kuin suoranaiset taloudelliset seikat, kuten elinkeino- ja työllisyyspolitiikan näkökulmat.¹⁹⁷¹

Sopimussakon ja vahingonkorvauksen suhde voi aiheuttaa tulkinnallisuutta ulkoistamisissa. Sopimussakko antaa mahdollisuuden saada tietyissä tapauksissa myös vahingonkorvausta ainakin niiltä osin, joita sopimussakko ei koske. Näin vain toista voidaan saada täysimääräisesti.¹⁹⁷² *Sopimussakkoa voidaan käyttää erityyppisissä ulkoistamisissa, ja sillä voidaan tavoitella hieman eri asioita.* Eniten sopimussakkoa on käytetty kuntien kilpailuttamissa urakkasopimuksissa, mutta sitä on hyvä käyttää kaikissa kunnan kannalta tärkeissä sopimuksissa, niin sosiaali- ja terveydenhuollon kuin teknisen toimen ulkoistamisissa. Lakisääteisten palvelujen tehokas ulkoistaminen vaatii myös kulloiseenkin tilanteeseen riittävän sopimussakon määrittelyn.

6.1.7 Sopimusmallien ja -tyyppien luokittelua

Sopimusoikeuteen liittyviä muutoksia pitäisi pystyä tarkastelemaan sopimusoikeuden sisäisestä ja sen ulkoisesta näkökulmasta. Oikeuden sisäisen tarkastelun lisäksi on yrittävä nähdä yhteiskuntatodellisuuden näkökulma¹⁹⁷³. Eri sopimustyypeillä voi olla

1970 Hinnanalennusta on myös käsitelty ostajan ja kuluttajan näkökulmasta kauppalain (355/1987) 30, 36–38 §:issä sekä kuluttajansuojalaissa (38/1978) 5. luvun 19 ja 31 §:issä.

1971 Hemmo 1997b s. 330–331.

1972 Vrt. Hemmo 1997b s. 334, 405–406. Vahingonkorvauksen vanhentumista voidaan lähestyä sopimusperusteisen vanhentumisajan ja sopimuksen ulkoisen korvausvastuun näkökohdista. Sopimuksen ulkoisen korvausvastuun periaatteena on VahL 7 luvun 2 §:n mukaan, että korvausvastuu vanhenee kymmenen vuoden aikana vahingosta, eli vahingon ilmenemisajankohta on ratkaiseva. Sopimusperusteisessa vanhentumisessa tarkastellaan sopimuksen tehoketkettä, josta vahingonkorvausaika kymmenen vuotta lasketaan.

1973 Häyhä 1997 s. 16. Sopimustyyppit voidaan luokitella pääasiallisesti yksilölliseen sopimukseen, vakiosopimukseen, kuluttajasopimukseen, liikesopimukseen, kertosopimukseen ja kestosopimukseen. Ks. Hemmo–Könkkölä–Norros 2008 s. 39–43. Se mikä sopimustyyppi tulee kysymykseen, voi vaihdella.

hyvinkin erilaiset lähtökohdat ja sääntelypohjat¹⁹⁷⁴.

Sopimus voidaan ymmärtää myös prosessiksi, jonka aikana on toimittava tiettyjen vaatimusten mukaisesti tai tehtävä päätöksiä, jotta neuvottelijoiden välille tulee tietynasteista sopimussidonnaisuutta tai -suhdetta. Tämän jälkeen sopimusosapuolten toiminta täsmentää yksityiskohtaisemmin sidonnaisuuden sisältöä.¹⁹⁷⁵ Sopimussuhde on mahdollista jakaa prosessikäsitteen mukaan asialliseen, ajalliseen ja henkilölliseen ulottuvuuteen. Asiallinen ulottuvuus tuo esille sopimuksen vastuulementit, joiden tehtävänä on vahvistaa sopijaosapuolten oikeuksia ja velvoitteita. Ajallisen ulottuvuuden tehtävänä on rajata sopimuksen voimassaoloaikaan liittyviä vastuunäkökulmia. Henkilölliseen ulottuvuuteen liittyy se, voiko sopimusvastuu kohdistua sopimusosapuolten lisäksi toisiin henkilöihin.¹⁹⁷⁶

Sopimuksen prosessikäsitystä voidaan monelta osin soveltaa kunnalliseen ulkoistamiseen, vaikka sopimus vaatii kunnissa preventiivisiä toimenpiteitä ja hyvin pitkälle menevää muotosidonnaisuutta¹⁹⁷⁷. Ajallisen ulottuvuuden periaatteen mukaan kunnilla on suurin vapaus sopia sopimustensa kestosta. Sopimussuhteen prosessikäsitteen asiallinen ja henkilöllinen ulottuvuus ovat erityisesti kunnan erityistoimialueella hyvin rajoitettuja, koska kuntaa palvelujen järjestäjänä velvoittavat myös monet muut oikeussäännökset.

Pöyhönen on tarkastellut sopimusmalleja tahtomallin, luottamusmallin ja yhteisöllisen käytännön mallin kautta. Tahtomalli nimensä mukaisesti korostaa osapuolten tahdon merkitystä. Sen syntytausta on tullut jo 1800-luvun lopulla tutuksi muillekin tieteille ja oikeudenaloille. Tahtomallin ydin on vapaa tahto, johon sopimusvastuu perustuu. Vaikka tahtomalli on myös kehittynyt, sen peruseriaatteet ovat pysyneet hyvinkin ajankohtaisina, koska sopimuksen sitovuus ja siihen liittyvä sopimusvastuu kulmineituvat monelta osin tahdonvapauteen. Luottamusmallin pohja on *pacta sunt servanda* -periaatteessa. Osapuolten välinen luottamus rakentuu sille, että niiden tiedossa on se normi, johon sopimuksen sitovuus pohjautuu¹⁹⁷⁸. Tahtomallissa on pidetty dogmina tahtojen konsensusta, kun taas luottamusmallissa dogmiksi nousee vilpittömän mielen suoja¹⁹⁷⁹. Tahtomalli ja luottamusmalli ovat oikeusvaltion sopimusmalleja. Yhteisöllisen käytännön mallilla on pyritty hahmottamaan näiden tilalle hyvinvointivaltion sopimusmallia¹⁹⁸⁰. Suomessa on monelta osin siirretty oikeusvaltiosta sosiaalivaltioon. Tämä tarkoittaa sopimusoikeudellisissa kysymyksissä sitä, että keskeisiksi periaatteiksi ovat nousseet kohtuus ja heikomman hyvittäminen¹⁹⁸¹.

1974 Grönfors 1989 s. 28. Valtionhallinnon tietohallintotoimintojen ulkoistamista varten on tehty tietoturvasuositus, jossa on käyty läpi sopimukseen tulevia tietoturvasuosituksia ja siihen liittyvää säädösperustaa. Ks. VM:n suositus 2/1999 s. 46 ja 51–52.

1975 Aurejärvi–Hemmo 2004 s. 94.

1976 J. Pöyhönen 1988 s. 217.

1977 Preventiivisillä toimenpiteillä tarkoitan tässä lähinnä sellaista hankintalain vaatimaa menettelymuodon valitsemista ja kilpailuttamista, joilla mahdolliset sopijapuolet voivat tulla oikeudellisesti sidotuksi hyvinkin varhaisessa vaiheessa. Samalla näillä toimenpiteillä turvataan se, että kunta täyttää kaikki ulkoistamisprosessiin liittyvät muotosidonnaisuuden vaatimukset.

1978 J. Pöyhönen 1988 s. 120, 127, 136, 138–140.

1979 J. Pöyhönen 1988 s. 143; Tarkemmin sopimusmalleista ks. J. Pöyhönen 1988 s. 118–179.

1980 J. Pöyhönen 1988 s. 198.

1981 Kosonen 1995 s. 20–32, 140–145, 183–186 ; Wilhelmsson 1993 s. 33–35.

Kunnallisessa ulkoistamisissa ei kaikissa tilanteissa riitä, että ymmärretään hallinto-oikeudellisia säännöksiä ja periaatteita, koska etenkin ulkoistamisprosessin loppupuolella asioita on lähestyttävä myös sopimusoikeudellisina. Sopimusprosessin kokonaisuuden hahmottamiseen on kehitelty teoriaa sopimusvastuun pistekäsityksestä. Se tarkoittaa, että sopimusvastuu aktualisoituu tiettyinä hetkenä, säilyy tietyn ajan ja loppuu tiettyinä hetkenä. *Pistekäsitys voidaan liittää* moniin sopimusvastuuseen pohjautuviin sopimusmalleihin, ja parhaiten se soveltuu tahtomalliin. Pistekäsitykselle on tunnusomaista se, että sopimusta pidetään kokonaisuutena, jossa sen oikeusvaikutukset ovat kummallekin sopijapuolelle samat. Toiseksi sopimuksella on tarkasti rajautunut sitovuusalue, joka koskee kumpaakin tai vain toista sopijaosapuolta. Kolmanneksi oikeusjärjestys tuo oikeussuojaa silloin, kun on olemassa sitova sopimus. Neljänneksi sopimuksen muuttumattomuuden mukaisesti sopimusosapuolilla on mahdollisuus muuttaa sopimuksen sisältöä vain tekemällä uuden sopimuksen. Viimeiseksi pistekäsityksen kriteereihin kuuluu pätemättömyyden ehdottomuus. Jos sopimus ei ole pätevä, osapuolet eivät voi vedota siihen kuuluviin oikeusvaikutuksiin.¹⁹⁸² Kunnallisissa ulkoistamisissa voidaan joiltain osin soveltaa sopimusvastuun pistekäsitystä, kunhan varmistetaan, että kunnan sopimusprosessia rajoittavat seikat on huomioitu ennen sopimuksen hyväksyntää.

Joukko- ja vakiosopimusten määrä on kasvanut viime vuosina. Vakioehtojen ja yksilöllisten ehtojen erottaminen voi olla hyvin tulkinnallista, koska niitä ei ole aina erikseen painotettu. Vakioehtosopimuksille on tunnusomaista, että ne ovat ennalta laadittuja ja niitä käytetään monissa sopimussuhteissa. On kuitenkin täsmennettävä, sääntelevätkö yleiset sopimusehdot koko sopimusta vai osaa siitä. Oikeuskäytäntö ja oikeuskirjallisuus ovat tuoneet esille vakiosopimusten ja yksilöllisten sopimusten oikeudelliset erot. Ulkoistamista koskevia sopimuksia lähestytään kolmen esimerkitapauksen ja yhden palvelusopimuksen kautta, joissa kuvaillaan, mitä keskeisiä elementtejä suurissa sopimuksissa pitäisi olla.¹⁹⁸³

Ulkoistamista koskevassa sopimuksessa voidaan käyttää kiinteää toimitushintaa, kustannusperusteista tai kannustintyyppistä sopimusta. Kiinteä sopimushinta on monissa ulkoistetuissa palveluissa yleinen ja antaa palvelun tuottajalle mahdollisuuden toimia kustannustehokkaasti. Kustannusperusteisissa malleissa ongelmana on, että tuottajalla ei ole riskiä, ja motiivi löytää kustannustehokkain toimintapa voi puuttua: Kannustinsopimuksia ovat yhdistelmät kiinteistä ja kustannussopimuksista, ja niissä voidaan sopia mm. tietyistä tuottajan kannustinmekanismeista. Ulkoistamisissa on aina huomioitava oikeudellisten reunaehtojen lisäksi se, mitä tavoitellaan, kuten halutaan-ko, että tietty kunnan väestö tai alueen palvelut tulisivat hoidettua mahdollisimman kustannustehokkaasti ja laadukkaasti. Tällöin ulkoistettavan palvelun tarjous on rakennettava kyseisen toimialan säännösten pohjalta, ja sitä on täydennettävä tietyillä sanktio- ja kannustinmekanismeilla.

Esi- ja aiesopimusproblematiikkaa nousee ulkoistamisnäkökulmasta esille ainakin kahta kautta. Ensimmäiseksi on arvioitava, voidaanko niitä yleensä käyttää ja

1982 J. Pöyhönen 1988 s. 212–213.

1983 Saarnilehto 1996 s. 46; Wilhelmsson 1993 s. 5–6, 31. Sopimusasiakirjan tulkinnasta ks. Hemmo–Könkkölä–Norros 2008 s. 305–306.

minkälaisissa ulkoistuksissa. Toiseksi on punnittava, mikä oikeusvaikutus niillä olisi koko ulkoistamisprosessin näkökulmasta. KKO:n ratkaisu (1996:84) osoittaa¹⁹⁸⁴, sopijaosapuolten on hyvä määritellä ja dokumentoida, milloin sopimus tulee sitovaksi kunnassa. Osapuolet tekevät neuvottelutuloksista esisopimuksen, jonka pohjalta myöhemmin päätetään varsinainen sopimus. Esisopimuksen avulla epäselviä kohtia voidaan selvittää, vaikka kaikki yksityiskohdat eivät olisi vielä tiedossa. Esisopimuksen ja lopullisen sopimuksen suhde ja mahdolliset korvausvaatimukset liittyvät pitkälti siihen, kuinka tarkasti esisopimus täsmentää pääsopimuksen sisältöä. Itse pääsopimuksen tekemättä jättäminen voi antaa oikeuden vaatia sitä hyötyä, jota se olisi tuonut.¹⁹⁸⁵ Kunnissa tehdään monesti aiesopimuksia¹⁹⁸⁶, joiden käyttötärpeet ovat hyvin samanlaiset kuin esisopimuksen. Vaikka aiesopimuksella ei ole samanlaisia oikeusvaikutuksia kuin esisopimuksella, voivat tilaaja ja tuottaja sopia säännöistä, jotka velvoittavat neuvottelujen läpiviemiseen, ja pätemättömästä syystä irtaantuminen voi aiheuttaa korvausvelvollisuuden.¹⁹⁸⁷

Ulkoistamisen muotoja tarkasteltaessa joudutaan oikeudellisesti punnitsemaan, onko kunnan kannalta parempi tehdä sitovampi esisopimus vai vähemmän sitova aiesopimus ennen lopullista sopimusta. Esisopimus ei tuo enää uusia rajoituksia, kun otetaan huomioon kuntaa sitovat oikeudelliset reunaehdot, jotka sinällään voivat rajoittaa merkittävästi kunnan sopimusvapautta. Kunnallishallinnossa voidaan esisopimuksen tai aiesopimuksen kautta tulla velvoitetuksi sopimukseen yhtä tiukasti kuin kaksi tasapuolista yksityistä organia keskenään tulisi¹⁹⁸⁸.

Aiesopimuksessa pitää kuitenkin erikseen mainita, että se ei ole lopullinen sopimus eikä tuo velvollisuutta sellaisen tekemiseen¹⁹⁸⁹. Esisopimusta tehtäessä taas on tarkasteltava siihen liittyviä mahdollisia muotovaatimuksia, eli kuinka sopimustyyppi ja tavoitteet määrittelevät sisällöllisen yksityiskohtaisuuden ja lopullisen sopimuksen hyväksymisajankohdan.

Esisopimuksen ja lopullisen sopimuksen hyväksymistä vaikeuttavat kunnallishallinnon hyvin jäykät toimivaltuudet¹⁹⁹⁰. Jos detaljeista käydään vielä neuvotteluja ennen lopullisen sopimuksen hyväksymistä ja allekirjoittamista, voi punnittavaksi tulla, millä toimielimellä on kompetenssi tehdä esisopimus kunnan puolesta ja tuleeko kunta sidotuksi esimerkiksi esisopimuksen hyväksymisen kautta lopulliseen sopimukseen liian aikaisin. Oikeudellisesti asia voi olla hyvin kompleksinen, koska Kuntal 23.1 §:n mukaisesti kunnanhallituksella on mahdollisuus tehdä esisopimus tietyissä asiois-

1984 Kuten luvussa 6.1.5 mainittiin.

1985 Hemmo 1997a s. 162. Esisopimuksen oikeusvaikutuksista ks. Muukkonen 1960 s. 28–56.

1986 Sopimusoikeuden kirjallisuudessa puhutaan aiesopimusta sijasta letter of intent -asiakirjoista. Niiden ero esisopimukseen on se, että sopijapuolelle ei tule suoranaisesti sopimussidonnaisuutta eikä myöskään veloitetta lopullisen sopimuksen tekemiseen. Hemmo 1997a s. 170–171.

1987 KM 1990:20 s. 132–134. Ks. Hemmo–Könkkölä–Norros 2008 s. 150.

1988 Vrt. edellä KKO 1996:7.

1989 Ks. MAO 18/09.

1990 Sopimusten hyväksymisessä Oikeustoimilain 25 §:ää on tulkittava siten, että ulkoistamista koskeva sopimus, joka on tehty osapuolten välillä täysin vilpittömässä mielessä, sitoo kuntaa, vaikka kunnan viranomaisen tai toimielin ei olisi ollut siihen toimivaltainen.

sa¹⁹⁹¹. Ongelmana on, että kunta voi tulla sidotuksi sopimuksen lopulliseen muotoon liian aikaisin, etenkin jos kyse on monimutkaisesta sopimuskonstruktiosta, jossa on eri osa-alueita¹⁹⁹². Toisaalta on huomioitava, että kunnilla on laaja joukko erilaisia ohjelmia, joilla ei ole samanlaista sitovuutta osapuolten välillä. Seuraava KHO:n päätös osoittaa tämän:

*KHO:2004:87. KHO:n tapauksessa oli kysymys myös siitä, että maankäyttö Sopimus on yksityisoikeudellinen sopimus, jonka sisällöstä päättävät sopimuksen osapuolet. Kunnan maapoliittinen ohjelma ei yksistään ratkaissut sopimuksen sisältöä eikä osoittanut, mitä sopimuksella on sovittu.*¹⁹⁹³

Esisopimuksen¹⁹⁹⁴ tekeminen ei ole oikeudellisesti kovinkaan yksiselitteistä, koska kunnalta vaaditaan tarjouspyynnön ja sopimuksen osalta tarkempaa muotosidonnaisuutta kuin yrityksiltä. Etenkin esisopimusta tehdessään kunnan on kuitenkin huomioitava, mitä rajoituksia hankintalaki tuo. Jotta esisopimus täyttäisi kilpailuoikeudelliset edellytykset, pitää kunnan ennen sen allekirjoittamista huomioida, että tarjouskilpailu on viety loppuun ja muut tasapuolisuuteen ja muutoksenhakuun liittyvät tekijät on huomioitu. Esisopimusten ja aiesopimusten arvioinnin tarve on erilainen myös eri ulkoistamisen muodoissa.

Oikeudelliseen kokonaisarviointiin vaikuttaa tulkinta- tai riitatilanteissa myös se, onko kyseessä kansallisen kynnysarvon vai EU-kynnysarvon ylittävä hankinta ja mistä hankintamenettelystä ja -muodosta on kysymys. Lisäksi on huomioitava, että ulkoistusta tarjoava voi olla omistaja- ja toimintataustaltaan kansainvälinen, joten kunnallishallinnon suomalaiset menettelytavat eivät aina ole heille tuttuja. Kuitenkin Pohjoismaissa yhdenmukaiset tarjouksen ja sopimuksen menettelytavat vähentävät oikeudellisia sekaannuksia. Yleisten sopimusoikeudellisten välineiden, kuten edellä mainitut esi- ja aiesopimusten, käyttö ja muoto ovat tietyissä ulkoistamismuodoissa ja -tapauksissa hyvin rajoitettuja hankintalain säännösten vuoksi. Toisaalta kilpailuttamisprosessin takia on hyvin vaikea nähdä, missä tilanteissa esi- ja aiesopimukset toisivat ulkoistamissopimusten osapuolille lisäsuojaa¹⁹⁹⁵.

Esimerkiksi kunnan teknisellä toimialalla on monia palveluita, kuten katujen kunnossa- ja puhtaanapito ja jätehuolto, jotka on säädetty kunnan tehtäväksi. Osa

1991 Kunnanhallitus voi myös tietyn edellytyksin KuntaL 23 §:n mukaisesti tehdä sopimuksia ennen kunnanvaltuuston päätöstä. Tällöin kunnanhallituksen on osoitettava, että sillä on johtosäännön kautta toimivalta, sopimus on pelkästään valmistelua tai sopimus ei sido kuntaa ennen kuin valtuusto on siitä tehnyt päätöksen.

1992 Tarkka ja yksilöity esisopimus voi tulla sitovaksi esisopimukseksi, kuten KKO:n ratkaisusta vuodelta 1996 ilmeni. Ks. edellä KKO:n päätös 1996:7.

1993 KHO:n mukaan maankäyttö Sopimuksella ei myöskään voida syrjäyttää asemakaavalle maankäyttö- ja rakennuslaissa asetettuja sisältövaatimuksia.

1994 Hopun määritelmän mukaan esisopimuksessa sovitaan tulevaisuudessa hyväksyttävästä sopimuksesta. Tällöin kunta sopii tarjoajan kanssa, että varsinainen sopimus tehdään, kun kaikki pääsopimuksen yksityiskohdat on selvitetty. Hoppu 1998 s. 33. Sopijaosapuolet voivat esisopimusta tehdessään sopia, että se on yksipuolinen tai kumpaakin osapuolta velvoittava. Aiesopimuksen teko hetkellä ei ole tietoa sopimuksen tarkasta sisällöstä. Esisopimus taas on sitova, kunhan siinä on riittävästi yksilöity, mikä sisältö sopimuksessa tulee olla. Saarnilehto 2009 s. 70–75.

1995 Ks. Aarto ym. 2009 s. 85.

teknisen toimialan tehtävistä kuuluu kunnan yleisen toimialan piiriin, ja kunta voi käyttää harkintavaltaansa niiden tuottamisessa. Samalla on kuitenkin erotettava kunnan lakisäätöiset suunnittelu- ja kehittämistehtävät sekä päätöksentekoon liittyvät viranomaistehtävät, joita kunta ei voi kokonaisulkoistaa. Seuraavassa ulkoistamisso-
pimuksessa oli kyse Askolan kunnan väylien ja muiden ulkoilualueiden sekä isännöinnin, kiinteistönhoidon ja vesihuollon kokonaisvaltaisesta ulkoistuksesta yksityiselle organille:

Askolan kunta ja yritys X olivat tehneet vuonna 2005 teknisen toimen palveluiden ulkoistamisesta nelivuotisen sopimuksen, jossa henkilöstö siirtyi yrityksen palvelukseen liikkeen luovutuksella. Itse sopimus palvelutaulukkoineen, tunnuslukuineen, määrätietoineen sekä muine liitemateriaaleineen sisältää yli 120 sivua, joten tässä on kuvailtu vain joitakin sopimuksellisuuden kannalta olennaisimpia asioita. Sopimuksen kohde jakautuu kolmeen eri osaan: Ensimmäisenä on operatiivinen johtaminen, hankkeiden läpivienti ja päivystys, joita on kuvattu yksityiskohtaisemmin palvelutaulukossa. Toisena ovat liikenneväylät, ulkoilu- ja urheilualueet, uimarannat, kiinteistöjen pihat, ladut ja ulkoreitit. Viimeisenä sopimuksesta voidaan erotella isännöinti ja kiinteistöhoito, vuokraustoiminta, vesihuolto, uimaranta ja maauimala. Kaikkia kohtia on yksityiskohtaisemmin kuvattu palvelutaulukoissa.

Sopimuksen maksuperusteena on käytetty kokonais- ja yksikköhintaa, ja tuottaja on sitoutunut osoittamaan tarvittavan määrän henkilötyötä, jotta sopimuksessa määritellyt työtehtävät ja laadutaso toteutuisivat. Laadunhallinnallisten toimenpiteiden osalta on sopimuksessa viitattu tarjoukseen. Sopimuksessa on myös kuvattu kokonaishintaan (lähes kaksi miljoonaa euroa) ja erikseen yksikköhintaan kuuluvat työt sekä vastuunjaot. Sopimuksessa noudatettavia asiakirjoja on kuvattu kuudella pääluokituksella, joka ristiriitatilanteissa ilmaisee sopimusosapuolille pätevyysjärjestyksen. Tilaajalla on myös mahdollisuus saada tuottajalta sopimuksen mukainen sakkokorvaus, jos tuottaja ei ole tilaajan huomautusten jälkeen ryhtynyt toimiin tilanteen korjaamiseksi. Sakkojen maksimimääräksi on kuitenkin rajattu viisi prosenttia vuosihinnasta.

Sopimus muistuttaa joiltakin kohdin yksityisoikeudellista urakkasopimusta, mutta siinä on myös pidemmälle vietyjä elementtejä, kuten palvelutaulukot, tilaajan ja tuottajan mallin kuvailua edustajien, raportoinnin ja laadunhallinnan osalta sekä tuottajan velvollisuus pitää yhteyttä kuntalaisiin ja muihin sidosryhmiin. Lisäksi liikkeen luovutuksessa on sovittu siirretyn henkilöstön eläköitymisriskin jakautumisesta ja ennen luovutushetkeä voimassaolevan työehtosopimuksen noudattamisesta. Sopimuksen päättymisessä on huomioitu, että kunnalle itselleen ei kerry enää samalla tavalla dataa kuin ennen, joten tuottajan täytyi luovuttaa päivitetty huoltokirjat ja muut dokumentit tilaajalle. Sopimuksessa on myös elementtejä julkisoikeudellisesta sopimustyyppistä, vaikka sitä voidaan pitää monelta osin yksityisoikeudellisena sopimuksena ja sopimuksessa on myös todettu, että erimielisyydet ratkaistaan käräjäoikeudessa.¹⁹⁹⁶

1996 Askolan kunnan väylien ja muiden ulkoilualueiden sekä isännöinnin, kiinteistönhoidon ja vesihuollon sopimus 1.4.2005. Kirjoittaja on ollut kyseisessä tapauksessa valmistelijan ja esittelijän roolissa.

Kunnan kokoon ja toimialaan sekä ulkoistuksen laajuuteen suhteutettuna esimerkiksi on kyse *kokonaisulkoistuksesta*, jossa kunnan rooli on tilaajana valvoa sopimukseen kirjattujen asioiden toteutumista. Tässä sopimuksessa tilaajalla ja tuottajalla ei ollut kovin paljon epäselviä päällekkäisiä rajapintoja, kuten esimerkiksi osa-alueen ulkoistuksissa usein on. Sopimuksessa on sekä julkisoikeudellisia että yksityisoikeudellisia elementtejä, joten sitä ei voida täysin yksiselitteisesti luokitella mihinkään muottiin. Oikeudellisesti kyseisessä ulkoistuksessa on myös KuntaL 2 §:n mukaisia osia sekä yleisen että erityisen toimialaan kuuluvien tehtävien puolelta. Jos kyseistä ulkoistamista tarkastellaan kokonaisuutena, liikutaan monelta osin yksityisoikeudellisen säännösten piirissä¹⁹⁹⁷. Rajanveto ei tosin ole yksiselitteinen, koska osaltaan on myös kyse kunnan lakisäätteistä palveluista. Tämä näkökulma on perusteltavissa sillä, että sopimuksessa on teknisen toimen alueelta monta eri osa-aluetta, joissa on taas yksittäisinä kohtina eri elementtejä¹⁹⁹⁸.

Konkreettisenä esimerkkinä rajanveto-ongelmista voidaan mainita vesihuolto, josta on säädetty vesihuoltolaissa (199/2001). VesihuoltoL 5.1 §:n mukaan kunnan velvollisuutena on huolehtia vesihuollon yleisestä kehittämisestä ja yleissuunnitelmasta alueellaan. Ensisijainen vesihuollon järjestämisvastuu on VesihuoltoL 6.1 §:n mukaisesti kiinteistön omistajalla tai haltijalla. VesihuoltoL 6.2 § räsmentää kunnan vastuun toissijaiseksi sellaisissa tilanteissa, joissa suurehkon asukasjoukon tarve tai terveydelliset tai ympäristösuojelulliset syyt sitä vaativat. Silloin kunnan on turvattava vesihuoltopalveluiden saatavuus.

Vakioehtosopimuksista¹⁹⁹⁹ voi olla kunnalle hyötyä tietyillä vaikeilla ja kapeilla aloilla, kuten urakan ulkoistamisissa. Ongelmaksi muodostuvat laajemmat ulkoistamisiin liittyvät sopimukset, koska niihin ei aina ole edes olemassa vakiosopimuksia. Oikeudellisesti tulkinnallisuutta voi aiheuttaa se, milloin on kysymyksessä vakiosopimus ja milloin yksilöllinen sopimus. Pääsääntönä on, että kunta asettaa sopimusehdot palvelun tuottajille. Ongelmana on kuitenkin, että kokonaisvaltaisia ulkoistamistilanteita varten on tarjolla hyvin rajoitetusti eri malleja, jolloin tiettyjä sopimusten osia joudutaan tarkentamaan vasta ulkoistamispäätöksen jälkeen. On tietysti mahdollista, että osapuolet haluavat sopimuksen pohjaksi tietyn vakiosopimuksen. Niihin on suhtauduttava hyvin suurella tarkkuudella, koska ne eivät mm. huomioi kaikkia erikoistilanteita ja olosuhteita. Jokin tietty tekijä, kuten lakisäätteisten palvelun nopea saatavuus, voi olla

1997 Mäenpään luokittelua mukaillen kyseisessä ulkoistamisessa liikuttaisiin yksityisoikeudellisen hallintosopimuksen ja modifoidun yksityisoikeudellisen hallintosopimuksen alueilla. Ks. Mäenpää 1989 s. 91–94.

1998 Kunnan ulkoistamista koskevan sopimuksen monialaisuus tekee luokittelun ongelmalliseksi, koska yksistään vesilaitoksen, kiinteistönhoidon, isännöinnin, korjausrakentamisen tai teiden hoito on luokiteltavissa selvemmin kuin kokonaisuus, jossa on kunnan lakisäätteisiä ja ei-lakisäätteisiä tehtäviä. Lisäksi teknisen toimen käytännöt ja sopimukset ovat kehittyneet hyvin pitkälti yksityisoikeudellisten sopimusten pohjalta.

1999 Vaikka vakiosopimusten määrä on kasvanut, eivät yksilölliset sopimukset ole kokonaan poistuneet. Monesti arvoltaan erityisen suuret sopimukset ovat yksilöllisiä. Yksilöllisten ja vakioehtojen erottelu voi usein olla vaikeaa, koska vakioehtosopimukseen on voitu ottaa yksilöllisiä ehtoja. Hemmo 1997a s. 27. Sopimus sisältää kuitenkin pääasiallisesti kaksi elementtiä eli yksilölliset ehdot ja yleiset sopimusehdot. Yksilöllisiksi lukeutuvat esimerkiksi hinta ja velvollisuudet. Esim. IT-sopimuksissa viitataan alan yleisiin sopimusehtoihin, kuten IT2000-ehdoin. Ohvo–Numminen 2007 s. 270.

kunnalle erityisen tärkeä asia. Toiseksi tietyt vakiosopimukset voivat kaventaa kunnan oikeudellista vapautta ja liikkumavaraa entisestään.

Yllättäviin ja ankariin vakioehtoihin kuuluviin oppeihin on mahdollista viitata, jos ehdot poikkeavat suuresti dispositiivisen oikeuden säännöistä tai ovat yllättäviä sopimuksessa²⁰⁰⁰. Vakioehdot voivat tulla kysymykseen tiettyjen kunnallistekniikkaan liittyvien osa-alueiden tai laitetoimitusten ulkoistamisissa. Monesti joudutaan kuitenkin täydentämään sopimusvaihtoehtoja, kun ulkoistamista koskevaa sopimusta muotoillaan. Sopimustyyppi riippuu hyvin pitkälti myös sopimuksen toimialasta. Jos sopimustoimintaa tarkastellaan pelkästään taloudellisesta ja transaktiokustannusten²⁰⁰¹ näkökulmasta, ei ole järkevää sopia kaikista yksityiskohdista. Kunnallisessa ulkoistamisessa niiden rooli voi nousta monimutkaisissa ulkoistamisissa merkittäväksi. Toisaalta välittömien ja välillisten transaktiokustannusten määrä voi vaihdella paljonkin sopimustyyppin ja ulkoistamismuodon mukaan.²⁰⁰²

Ulkoistamistilanteessa on tarkasteltava, mikä sopimustyyppi ja lopullinen sopimusmuoto sopivat parhaiten. Näyttäisi siltä, että vakiosopimuksia voidaan käyttää paremmin tiettyjen tukipalvelujen, kuten teknisen toimen sekä ruoka- ja siivouspalvelujen, ulkoistamiseen.²⁰⁰³ Vakioehtoiset sopimukset vähentävät osaltaan sopimusvapautta ja sisältävät yleensä rajoituksia korvausvastuuseen²⁰⁰⁴. Sovittelua puoltaa selvästi, jos sopimuksen, jossa on kohtuuttomaksi väitetty kohta, on laatinut täysin yksipuolisesti toinen sopijaosapuoli²⁰⁰⁵. VahL 2:1.1 §:n mukaan on vahingonkorvaus ja sovittelu erotettava toisistaan.

Sopimusmallien kehittämisen näkökulmasta pitää huomioida niin arvoperiaatteet kuin tavoiteperiaatteet. Sopimusjärjestelmiä koskevan sopimusmallin pääasialliseksi tehtäväksi voidaan kiteyttää sopimusvapauden, kohtuuden, vaihdannan intressin ja heikomman hyvittämisen periaatteiden yhteensovittaminen.²⁰⁰⁶ Kunnallisen sopimustoiminnan ja kunnallishallinnon kannalta arvoperiaatteissa ja tavoiteperiaatteissa on monia samoja elementtejä kuin viranomaisen harkintavallan jaottelussa oikeus- ja tarkoituksenmukaisuusharkintaan. Kun viranomainen käyttää oikeusharkintaa, tehdään päätökset oikeussäännösten pohjautuen. Tarkoituksenmukaisuusharkinnassa taas

2000 Wilhelmsson 1993 s. 80.

2001 Transaktiokustannuksilla tarkoitetaan sellaisia kustannuksia, jotka tulevat sopimuksen valmistelusta ja sopimukseen liittyvien tulkinnallisuuksien selvittämisestä. Transaktiokustannuksien vuoksi voidaan etenkin yksinkertaisissa ja pienemmissä sopimuksissa käyttää usein myös vakiosopimuksia.

2002 Hemmo 1997a s. 22

2003 Ks. Wilhelmsson 1993 s. 84–85.

2004 Aarto ym. 2009 s. 108.

2005 HE 247/1981 s. 16. Hallituksen esitys koskee oikeustoimen kohtuullistamista.

2006 Pöyhönen on määritellyt arvo- ja tavoiteperiaatteet seuraavasti. ”Siten oma merkityksenä on annettava sopimusvapauden ja kohtuuden periaatteelle, jotka ovat arvoperiaatteita ja joiden tausta-arvot ovat vapaus ja oikeudenmukaisuus. Lisäksi on otettava huomioon vaihdannan intressi ja heikomman hyvittäminen keskeisinä yhteisöllisinä tavoiteperiaatteina. Niiden taustalla olevat tavoitepäämäärät ja taloudellinen vauraus ja vastaavasti sosiaalinen ja taloudellinen (minimi) turvallisuuus. Näiden neljän perustuvan periaatteen yhteensovittaminen on jokaisen nykyisiä sopimusjärjestelmiä koskevan sopimusmallin keskeinen tehtävä. Vasta perusteltu ja yhteen soviteltu kokonaisuus tekee mahdolliseksi palauttaa sopimusjärjestelmälle se systeemiluonne, joka siltä erilaisten systeemiä tietoisesti loukkaavien sääntöjen, ennen kaikkea jälkikäteissovittelun oikeuttavien oikeuskäytäntöjen, vaikutuksesta on katoamassa”. J. Pöyhönen 1988 s. 181.

keskeisessä roolissa voivat olla yhteiskuntapoliittiset näkökulmat. Tarkoituksenmukaisuusharkintaa rajoittavat kuitenkin harkintavaltaa rajoittavat periaatteet.²⁰⁰⁷ Erityisesti kunnissa joudutaan monesti päätöksenteossa punnitsemaan molempia näkökulmia samanaikaisesti²⁰⁰⁸.

Tavoiteperiaatteen ja arvoperiaatteen yhteensovittamisessa painottuu yksityisoikeudellinen aspekti. Oikeus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan²⁰⁰⁹ jaottelussa taas painottuu hallinto-oikeudellinen aspekti. Sopimusoikeudellisista periaatteista löytyy silti myös hallinto-oikeudellisia näkökulmia, kuten oikeudenmukaisuus-, kohtuullisuus- (suhteellisuus-) ja luottamuksensuojaperiaate. Kysymykseksi nousee, voidaanko monimutkaisten ulkoistamista koskevien sopimusten osalta konstruktioita ainakin teoreettisella tasolla laajentaa siten, että eri sopimusmalleissa täydennetään sopimusoikeuden periaatteita hallinto-oikeudellisilla periaatteilla. Kunnan ja yrityksen välisissä yksityisoikeudellisissa ristiriitatilanteissa annetaan sopimusoikeudellisille periaatteille, ainakin oikeuskäytännössä, usein *prima facie* -etusija, vaikka ulkoistamista koskevan sopimuksen osassa olisi myös hallinto-oikeudellisia piirteitä. Julkisoikeudellisena (hallintosopimuksen piirteet) on pidettävä seuraavaa perusterveydenhuollon päivystyspalveluiden osa-alueen ulkoistusta:

Vantaan kaupunki oli tehnyt yrityksen kanssa perusterveydenhuollon päivystyspalveluiden tuottamisesta kiinteähintaisena noin kaksivuotisen sopimuksen, jonka arvo oli yli 8,2 miljoonaa euroa. Hoidon saatavuus on sopimuksessa painotettu esimerkiksi jononmuodostuksen ennakoinnilla, ja muut palveluntuottajan vastuut on yksityiskohtaisesti määritelty. Raportoinnista ja laadunhallinnasta on maininta, ja niitä arvioidaan soveltujen mittareiden avulla. Itse laadunvalvonnasta vastaa kuitenkin tilaaja. Sopimukseen on otettu myös maininta, että tuottajan toiminnan on oltava asianmukaista ja siihen sovelletaan kunnalliseen toimintaan liittyviä säännöksiä soveltuvin osin.

Sopimuksen mukaan tuottaja on korvausvelvollinen toimituskatkoksen sattuessa tai palveluiden vähentyessä olennaisesti. Sanktiot ja sakkomaksut on yksilöity erikseen. Sopimus on laadittu kustannusten hallintaa ja seurantaa painottavasti. Erimielisyydet ratkaistaan sopimuksen mukaan yleisessä alioikeudessa.²⁰¹⁰ Sopimuksen joka sivulla, hinnat ja maksuehdot -kappaletta lukuun ottamatta, on viitattu palveluntuottajan innovatiivisuuden vuoksi liikesalaisuuteen.

Kyseisessä päivystyspalveluiden *osa-alueen ulkoistuksessa* on muutama erityispiirre joihinkin muihin ulkoistamisiin nähden. Sopimuksessa laatuun liittyviin mittareihin viitataan, vaikka olennaista olisi, että ne ovat sopijapuolten tiedossa itse ulkoistamista koskevassa sopimuksessa. Sopimuksen purkautumisesta on määritelty siten, että huomautusten ja sanktioiden lauettua toistuvasti tilaajalla on oikeus purkaa sopimus. Toisaalta ei ole vielä ennakkotapausta laajamittaisen ulkoistamisen purkamisesta ja

2007 Laakso 2006c s. 307–308.

2008 Harjula–Prättälä 2004 s. 21.

2009 Päätösharkintaa rajoittavista hallintolain 6 §:n mukaiset yhdenvertaisuus-, suhteellisuus- ja objektiveiteetti-periaate sekä tarkoitussidonnaisuuden ja luottamuksensuojan periaate.

2010 Sopimus perusterveydenhuollon päivystyspalveluista Vantaalla Peijaksen sairaalassa 21.2008.

siihen liittyvistä ongelmista – etenkin lakisäateisten subjektiivisten oikeuden piiriin kuuluvien palvelujen osalta. Arvioitavaksi voi tulla, onko sopimukseen kirjattu lakisäateisten terveyspalveluiden välitön purkaminen nopeasti edes mahdollista, ellei kunnalla ole osoittaa kuntalaisille korvaavaa palvelua²⁰¹¹.

Kunnan sopimusvapautta ulkoistamisissa rajoittavat toimialasta riippumatta aina normisidonnaisuuden vaatimukset. Sopimuksen on siis oltava lainsäädännön asettamien vaatimusten mukainen, eikä lainvastaisia kohtia voida sopimukseen ottaa²⁰¹². Hallintosopimuksissa on erityisesti huomioitava hallinto-oikeuden keskeiset periaatteet. Oikeuskäytännössä etenkin tarkoitussidonnaisuus- ja suhteellisuusperiaate ovat tärkeitä hallintosopimusten solmimismenettelyn ja sisällön kannalta.²⁰¹³ Seuraavassa sopimuksessa oli kyse kokonaisulkoistuksesta, joka liittyi Kouvolan terveysaseman avoterveydenhuollon vastaanottopalveluiden sekä Kouvolan seudun perusterveydenhuollon päivystyspalvelujen ulkoistamiseen²⁰¹⁴.

Kouvolan seudun kansanterveystyön kuntayhtymä oli tehnyt yrityksen kanssa vuoden 2007 alussa sopimuksen avovastaanottopalveluiden tuottamisesta koko Kouvolan kaupungin väestölle. Kaksivuotisen sopimuksen arvo oli yli yhdeksän miljoonaa euroa. Tuottajan tehtäväksi jäi vastata palvelun riittävästä resursoinnista, kuten lääkäreiden sekä hoito- ja avustavan henkilöstön määrästä, siten, että palvelun saatavuus toteutuu. Sopimuksessa oli jaoteltu erikseen kiireettömän ja kiireellisen hoidon järjestämisaajat. Sopimus mahdollisti myös lisäväestön ottamisen erillisen kiinteän korvauksen perusteella. Sopimuksessa on yksilöity palveluntuottajan raportointivelvollisuudesta ja etenkin vastuun jakautumisesta osapuolten välillä esimerkiksi potilasrekisterin, erikoissairaanhoidon ja laboratoriopalveluiden sekä kuvantamispalveluiden osalta.

Palveluntuotanto on samoissa tiloissa kuin tilaajan tuottama palvelu oli, mutta yksityisellä tuottajalla on oikeus käyttää tiloja myös muiden terveydenhuoltopalveluiden tuottamiseen. Asiaksmaksujen kerääminen on tuottajan vastuulla, ja laadunvalvonnasta vastaa tilaaja. Sopimushinta oli alussa kiinteä, ja sanktiot ovat riippuvaisia hoidon saatavuudesta. Olennainen palveluiden väheneminen tai toimituskatkos voi johtaa sakkomaksuun, joka suurenee rikkeen suuruuden mukaan. Enimmäissakoksi oli määritelty 20 prosenttia sopimuksen kokonaisvuosihinnasta. Erimielisyydet ratkaistaan välimiesmenettelyllä.²⁰¹⁵

Edellä kuvattu perusterveyspalvelujen sopimus on luokiteltavissa monelta osin julkis-oikeudelliseksi sopimukseksi (hallintosopimukseksi), koska siinä on kyse lakisäateisten palveluiden ja siihen liittyvien palvelutehtävien antamisesta yksityisen organin tuotettavaksi ja tehtäväksi. Mittavuudeltaan kyseessä on *kokonaisulkoistuksen* muoto.

2011 Hallintosopimusten luokittelussa sitä voidaan pitää sopimuksena viranomaiselle kuuluvien julkisten tehtävien hoitamisesta. Ks. Mäenpää 1989 s. 93–94.

2012 Ks. Mäkinen 2000 s. 91.

2013 Mäenpää 1989 s. 200.

2014 Kyseinen hallintosopimus voidaan luokitella sopimukseen viranomaiselle kuuluvien julkisten tehtävien hoitamisesta. Ks. Mäenpää 1989 s. 93–94.

2015 Sopimus Kouvolan terveysaseman avoterveydenhuollon vastaanottopalveluiden sekä Kouvolan seudun kansanterveystyön kuntayhtymän perusterveydenhuollon päivystyspalveluista 17.1.2007. Vuoden 2009 alussa tilaajaosapuolena oli Kouvolan kaupunki.

Kyseistä sopimusta on jatkettu, ja optiovuosille on otettu uusia elementtejä laadunhallintaan. Uudessa, vuonna 2008 hyväksytyssä sopimuksessa oli uusi elementti: sopimushinnasta vain osa on kiinteä ja osa on sidottu laatuun perustuvaan hintaan. Tällöin palveluntuottaja saa aina sopimuksessa mainitun kiinteän hinnan, mutta laatuun perustuva osuus tulee jälkeensä laatukriteerien perusteella. Laadullisia päämittareita sopimukseen oli otettu yhdeksän, ja niillä seurataan esimerkiksi asiakaspalautetta, palvelujen saatavuutta, palvelujen peittävyyttä ja tiettyjä asiakkaan terveydentilaan liittyviä mittauksia ja testejä. Laatupisteytys on sopimuksessa rakennettu siten, että sata pistettä tuo palvelun tuottajalle kiinteään hintaan täyden lisäyksen, joka voi olla enintään kymmenen prosenttia kiinteästä hinnasta. Kyseisessä sopimuksessa osapuolet ovat sopineet laatuindikaattoreiden käytöstä osana sopimushintaa. Lopullinen hinta siis sidotaan laatuun, jolloin myös palveluntuottaja on ottanut tietyn rahallisen riskin sovittujen kriteereiden toteuttamisesta.²⁰¹⁶

Laatupisteytyksestä on ulkoistusten osalta vähän kokemuksia Suomessa. Sillä tavoitellaan tilaajan kannalta parempaa asiakkuuden hallintaa ja siihen liittyvää laatua. Ongelmia voi tulla, jos laatumittarit ovat liian tulkinnallisia tai sopimusaika on kovin lyhyt. Silloin palveluntuottaja ei ehdi tehdä toimintaansa tarvittavia muutoksia, niin että laatupisteitä alkaisi kertyä. Toiseksi tilaajan vaatimukset asiantuntemuksen ja ohjauksen osalta kasvavat, koska yrityksen saamaa rahoitusta heijastellaan tosiasialliseen toimintaan ja siihen liittyviin indikaattoreihin. Lisäksi sopimuksissa on maininta alihankinnan käyttämisestä, mikä voi etenkin terveyshuollossa lisätä oikeudellista problematiikkaa esimerkiksi potilasrekisterin siirroissa, henkilöstön ja tilojen käytössä sekä erilaisissa vastuukysymyksissä. Tilaaja-tuottajamallissa voi olla myös erilaisia sisäisiä palvelusopimuksia, jotka eroavat monelta tavalla hankintalain mukaisesti kilpailutetuista sopimuksista. Seuraava palvelusopimus koski perusterveydenhuollon avopalveluja:

Tampereen kaupungilla on palvelusopimus perusterveydenhuollon avopalveluista, jossa tilaajana on terveyttä ja toimintakykyä edistävien palvelujen lautakunta ja tuottajana avopalvelujen johtokunta. Palvelusopimuksen puiteosassa on sovittu pysyväluonteisista asioista ja tarkistusosa käydään läpi vuosittain. Tarkistusosaan on otettu tuoteryhmät, joille on annettu kokonaishinnat. Siihen on myös otettu asiakaslupauksia sekä laatu- ja vaikuttavuustavoitteita. Palvelusopimuksessa on määritelty tilaajan ja tuottajan vastuujao, palvelukokonaisuudet, laatukriteerit ja painopisteet. Palveluiden laatua ja vaikuttavuutta arvioidaan BSC-näkökulmasta. Palvelusopimuksessa on myös viitattu läinsäädännöllisiin velvoitteisiin ja muihin ohjeisiin.

Palveluntuottajan pitää tuottaa palvelunsa enimmäkseen itse. Alihankinta-oikeuksista on erikseen sovittava, ja tuottaja vastaa niistä samalla tavalla kuin muista tuottamistaan palveluista. Muita ulkoisia alihankkijoita tuottaja voi käyttää vain tilaajan suostumuksella. Perinteiset viranomaistoiminnot ovat pääasiassa tilaajan vastuulla, ja tilaaja antaa soveltamisohjeita siltä osin kuin asioita valmistellaan tuotannossa. Palveluverkon peittävydestä vastaa tilaaja, mutta sen määrittely tapahtuu yhdessä. Molemmat osapuolet osallistuvat tiedottamiseen, mutta tuottajalle on annettu

2016 Kouvolan seudun kansanterveystyön kuntayhtymän hallitus hyväksyi sopimuksen 26.6.2008. Kirjoittaja oli valmistelemaan kyseistä sopimusta.

*käytännön tiedottaminen. Osallistumis- ja vaikuttamismahdollisuuksien parantamisen vastuu on määritelty tilaajalle. Tuottajan on raportoitava säännöllisesti sopimuksen toteutumisesta, ja tilaaja vastaa lakisääteisestä laadunarvioinnista. Palvelusopimuksessa on myös kuvattu toimintaa erityisesti koskeva lainsäädäntö. Vahingonkorvausvastuu on sillä osapuolella, jonka vastuulla toiminta on. Alihankkijoiden osalta tuottajan on varmistettava vakuudet. Sopimuserimielisyydet ratkaisee viime kädessä pormestari tai kaupunginhallitus.*²⁰¹⁷

Edellä kuvattu *palvelusopimus* eroaa muista esimerkkisopimuksista siinä, että se on täysin kunnan sisäinen sopimus, joka on rinnastettava kunnan muihin sisäisiin sopimuksiin ja sääntöihin. Palvelusopimuksen ongelmana on, että se ei ole kovinkaan sitova – toisin sanoen sen velvoittavuus on muihin säännöksiin tai sopimuksiin nähden heikko²⁰¹⁸. Sen vaikutus on lähinnä ohjaava, koska sekä tilaaja että tuottaja järjestävät ja tuottavat palveluita virkavastuulla. Tuottaja voi sisäisen palvelusopimuksen mukaan ulkoistaa jonkin osa-alueen, mutta laajamittaisemmista kokonaisvaltaisista ulkoistuksista päättää tilaaja. Kuntalain mukainen tiedottamisvastuu on yhteistä ja jaettua, mikä voi joissakin äkillisissä tilanteissa aiheuttaa sekaannusta. Palvelusopimuksissa ja ulkoistamista koskevissa sopimuksissa häiriö- ja kriisitilanteisiin liittyviä kohtia on mietitty hyvin vähän tai ei ollenkaan. Sopimukseen olisi hyvä yksilöidä, miten palvelut turvataan eri tilanteissa²⁰¹⁹.

Palvelusopimuksen puutteena on, että siinä on mainittu vain tietyt toimintaa sääntelevät säännökset (KansanterveysL, tartuntatautiL, L yksityisestä terveydenhuollosta ja L potilaan asemasta ja oikeudesta), mutta viittausta tai tarkennusta muihin säännöksiin ei ole annettu. Tällöin pitäisi arvioida, onko tarkoituksenmukaista ottaa vain muutama erityislaki vai pitäisikö kaikki toimintaa sääntelevät säännökset kerätä palvelusopimukseen. Vahingonkorvausasioihin viittaaminen ei sinällään tuo palvelusopimukseen lisäarvoa, koska kuntien vahingonkorvausasiat käsitellään ensiasteessa yleisessä alioikeudessa ja vahingonkorvausketjua ei voida aina ennakoida. Sopimuserimielisyyksien ratkaiseminen on sisäinen asia, eikä siihen liity samanlaisia haasteita kuin aiemmin kuvattuihin julkis- tai yksityisoikeudellisten osapuolten välillä tehtyihin sopimuksiin. Sisäisen palvelusopimuksen ongelmana on myös se, että se hajottaa vastuu- ja valtasuhteita, jolloin voidaan menettää strategista ketteryyttä reagoida toimintaympäristön muutoksiin.

Oikeusperiaatteiden merkitys tulee sopimuksissa tärkeäksi vasta sitten, kun sopimusmalli on täsmentynyt ja tiedetään sopimuksen tarkempi sisältö²⁰²⁰. Sopimusmalleille on tavanomaista monenlainen muutos ja kehitys, jossa sopimusnormiston syntyminen on usein kytkettävissä eriaikaisiin sopimusmalleihin²⁰²¹. Oikeusjärjestyksen normien ja sopimusoikeuden yleisten periaatteiden lisäksi kunnan sopimusvapautta rajoittavat ja ohjaavat ulkoistamisissa monet kilpailuoikeudelliset ja hallinto-oikeudelliset periaatteet.

2017 Kyseinen perusterveydenhuollon avopalvelujen palvelusopimus on hyväksytty terveyttä ja toimintakykyä edistävien palvelujen lautakunnassa 31.1.2008.

2018 Kyse on kuntien sisäisistä sopimuksista. Vrt. Laakso 1990 s. 67.

2019 Ks. Juntunen–Nurmi–Stenvall 2009 s. 91.

2020 J. Pöyhönen 1988 s. 111–112.

2021 Tuori 2000b s. 675.

Etenkin pienemmät sopimukset voivat pohjautua yleisiin sopimusehtoihin (YSE)²⁰²², jolloin tärkeäksi elementiksi nousee niiden objektiivinen tulkinta. Sopijaosapuolten tekemille yksilöllisille lisäyksille ja tarkennuksille on kuitenkin aina annettava etusija.

Kun urakkasopimus on tehty ja työt käynnistetty, joudutaan hankintalain mukaisen tarjouspyynnön lisäksi nojamaan sopimusoikeudellisiin kysymyksiin. Tällöin punnittavaksi tulee, kuinka suuresta virheestä on kysymys, mikä on ollut tilaajan asiantuntemus sekä mitä sopimukseen on kirjoitettu urakkahinnan muuttumisesta. Yleisten sopimusoikeudellisten periaatteiden täsmentyminen, sopimusehtojen kehittyminen ja julkisten hankintojen sääntelyn tarkentuminen ovat osaltaan selventäneet ulkoistamisen toteuttamista koskevaa sopimusta.²⁰²³

Pääsääntöisesti YSE:tä tulkitaan kuluttajasopimusten osalta ostajan eduksi²⁰²⁴. Useimmiten yleiset sopimusehdot ovat osapuolten näkökulmasta neutraaleja. YSE:tä voidaan tarvita esimerkiksi pienimuotoisissa ulkoistamisissa. Sopimukset voivat pohjautua YSE:hen vain tietyltä osin tai pääosiltaan. Tällaisia voivat olla mm. urakointiin tai tietoliikenteeseen liittyvät palvelut ja laitteita koskevat sopimukset. Urakoinnissa käytetään ja viitataan urakkasopimuksen lisäksi yleisiin sopimusehtoihin. Tällöin voidaan rajata tarjoajan vastuuta YSE 1998 -ehtojen 30 §:n mukaisesti siten, että mahdollisen urakoitsijan vastuu voidaan takuuajan jälkeen rajata vain törkeään laiminlyöntiin. Jos kunta haluaa kaventaa omaa vastuutaan, on urakointisopimuksiin otettava maininta siitä, mikä muoto tilaajan ja urakoitsijan riskinjaolle annetaan.²⁰²⁵ Monet isommat ja vaikeammat ulkoistamista koskevat sopimukset ovat kuitenkin hyvin yksilöllisiä, ja niitä ei voida rakentaa yksin YSE:n pohjalle. Ratkaisevaksi seikaksi muodostuu, kuinka yksityiskohtaisesti palvelun tuottamisesta on säännelty ja mitä muita rajoituksia erityislainsäädäntö asettaa kyseiselle toiminnalle.

Kunnallinen valmistelu- ja päätöksentekoprosessi voi viedä aikaa, joten tarjouskilpailussa on hyvä määritellä tarjousten sitovuus riittävän pitkäksi ajaksi²⁰²⁶. Jos ulkoistamisen piirissä on esimerkiksi jokin tekninen suoritus tai urakka, voi ongelmaksi muodostua asiakirjojen runsaus. Monesti tällainen tulkintatilanne vältetään sillä, että tietyissä vakioehdossa määritellään noudattamisjärjestys. Yksilöllisessä sopimuksessa dokumentoidaan, mitä normilähteitä noudatetaan ja missä järjestyksessä.

KKO 2007:5. Ratkaisussa otettiin kantaa rakennusurakkasopimuksen tulkintaan. Tapaus koski kunnan ja urakoitsijan välistä urakkasopimuksen tulkintaa ja urakoitsijan mahdollisuutta lisä- ja muutostyölaskutukseen. Tulkinta liittyi myös YSE 1998 -ehtoihin siten, voidaanko vedota rakenneselostuksen mukaisista kahdesta vaihtoehdosta toiseen ja oliko urakoitsijan vastuulla tehdä YSE 1998 -sopimusehtojen 13 §:n 8 kohdassa mainittua selvityspyynnöä.

KKO totesi, että rakennusalalla vakiintuneen vastuunjaon mukaisesti tilaaja

2022 Esim. valtiovarainministeriö on julkaissut oppaan julkisten hankintojen yleisistä sopimusehdoista. Ks. JYSE 2009 palvelut; JYSE 2009 tavarat.

2023 Vrt. Halila 2005 s. 70–71.

2024 HE 247/1981 s. 16. Vrt. Vakiosopimukset voidaan luokitella soft-law tyyppisiksi oikeuohjeeksi Tala 2005 s. 9.

2025 Ks. Laine 2005 s. 173–176.

2026 Hemmo 2001 s. 64–65, 70–71, 75.

vastaa suunnitelmien puutteellisuudesta, tulkinnallisuuksista tai virheistä. KKO:n päätös vahvistaa YSE-1983 77 §:n mukaista oikeuskirjallisuudessa olevaa tulkintaa, jonka mukaan halvin mainittu vaihtoehto kuuluu hintaan. Ratkaisu painottaa myös lojaaliteettiperiaatetta, eli tilaaja ei saa perusteetonta etua, jos sopimusasiakirjoissa on tulkinnallisuuksia. KKO totesi päätöksessään, että koska epäselvyys on tilaajan vastuulla olevissa suunnitelmissa, on urakoitsijalla oikeus lisäkustannuksiin.²⁰²⁷

Ulkoistamissopimuksissa joissa osapuolina on yksityisoikeudellinen ja julkisoikeudellinen toimija, voi tulla tulkinnallisuutta eri asiakirjojen pätevyysjärjestyksestä. Esimerkiksi urakkasopimuksissa on viitattu YSE-ehdoin, ja poikkeava menettely on aina tuotava esille. Toiseksi yleisistä sopimusehdoista voidaan erotella keskeisimmät kohdat, joista voi tulla osapuolten välillä tulkintaerimielisyyksiä, ellei etusijasääntöihin ole paneuduttu ajoissa.²⁰²⁸ Lopullisen sopimuksen valmistuttua voi epäselvyyttä aiheuttaa, jos neuvotteluvaiheen sopimusluonnoksen jokin kohta on jätetty lopullisesta sopimuksesta pois. Tällöin olisi lopullisessa sopimuksessa oltava maininta, että sopimuksen ulkopuolisia dokumentteja ei huomioida sopimuksen hyväksymisen jälkeen.

Keskeiseksi arvioitavaksi asiakasi voi nousta, kuinka pitkäksi ajaksi sopimus voidaan tehdä. Hankintalaki ei tähän anna suoraa vastausta, mutta sen 19 § käsittelee hankinnan ennakoitun arvon laskemista sopimuskaudelle. Sen mukaan sopimukset voivat olla määräaikaisia tai toistaiseksi tai määrittelemättömäksi ajaksi tehtyjä. Puitejärjestelyistä on mainittu, että hankintasopimukset olisi tehtävä enintään neljäksi vuodeksi. Kunnan on kuitenkin hyödynnettävä vallitsevat kilpailuolosuhteet. Neljän vuoden sääntö voidaan ylittää erityisen syyn vuoksi, esimerkiksi jos potilas sijoitetaan tiettyyn yksityiseen palveluasuntoon²⁰²⁹. Ainakin isommissa ulkoistamisissa on kunnalla paremmat mahdollisuudet myös arvioida sopimuksen pituuden tarkoituksenmukaisuutta, koska lyhyissä muutaman vuoden sopimuksissa transaktiokustannukset voivat nousta suuriksi. Sopimuksen pituuden arviointiin vaikuttaa myös keskeisesti se, millaisesta ulkoistamisesta on kyse, mikä on kunnan tarve sekä onko markkinoille muita toimijoita.

Sopimusoikeuden oikeuslähteitä on monia, mutta pääasiallisesti kunnan ja yrityksen velvoitteet ja ehdot sitovat osapuolia eri säännösten ja sopimusehtojen perusteella. Kaikissa laajemmissa ulkoistamisissa on hyvä huomata, että normilähteiden keskinäinen järjestys on yksi avaintekijä sopimuksen tulkinnassa. Kuntalain mukainen kunnallisvalitus on mahdollinen, jos ulkoistettava palvelu on hallintosopimuksen muodossa. HankL 74 §:ssä on säädetty valitusosoituksen ja oikaisuohjeen käyttämisestä ja HankL 75 §:ssä hankintapäätöksen tiedoksiannosta. Lisäksi HankL 84 §:ssä on määritelty hankinta-asiakirjojen julkisuudesta ja asiakirjojen julkisuuslupakysymyksistä sekä tiedonsaantioikeudesta, jossa sovelletaan julkisuuslakia (348/2007)²⁰³⁰.

2027 Vrt. JYSE 2009 palvelut; JYSE 2009 tavarat.

2028 YSE 1998 -ehdot 13 §. YSE 1998 -ehtojen 13 §:ssä on mainittu kaupallisten asiakirjojen pätevyysjärjestyksestä. Vrt. KKO 2007:5.

2029 Eskola–Ruohoniemi 2007 s. 226; Pekkala 2007 s. 206. Tarkemman tarkastelun ulkopuolelle jäävät myös sellaiset ulkoistamisiin liittyvät PPP-hankeet, jotka voivat olla pituudeltaan yli 20 vuotta.

2030 Ks. lisää HE 190/2009 s. 58.

Itse sopimustoimi ja sopimuksen sitovuus tai muut sopimuksen osapuoliin suoraan liittyvät toimet jäävät *kunnallisvalituksen ulkopuolelle*, ja tällöin on mahdollista edetä yleisen lainkäyttömenettelyprosessin mukaisesti²⁰³¹. Asian ongelmallisuutta kuvastaa se, että jos jälkikäteen halutaan olennaisia muutoksia ulkoistamissopimukseen, on siitä sovittava erikseen osapuolten välillä ja saatava kummankin osapuolen hyväksyntä. Eri sopimusmalleissa on hyvinkin suuria eroja eri toimintojen välillä. *Ulkoistamisissa sopimuksen muoto ja siihen liittyvät elementit poikkeavat monelta osin ostopalvelusopimuksista.*

Kokoavasti voidaan todeta, että kunnan oikeudellinen liikkumavara ja sopimukseen liittyvät vaatimukset ovat myös suoraan riippuvaisia siitä, onko kyse KuntaL 2.1 §:n mukaisista laeilla säädetyistä tehtävistä tai muista kuin erityislainsäännöksillä säädetyistä tehtävistä, kuten kunnan KuntaL 2.1 §:n mukaisesti itsehallinnon nojalla itselleen otamista tehtävistä. Kokonaisuutena ulkoistamisen muodot ja määrä ovat lisääntyneet. Tämä on osaltaan johtunut kunnan lakisääteisten tehtävien lisääntymisestä sekä niihin liittyvien säännösten yksityiskohtaisuudesta, mikä on ajanut kuntia ulkoistuksiin ja toisaalta asettanut uusia vaatimuksia ulkoistamissopimusten sisällölle.

6.2 Ulkoistamisiin liittyvä vahingonkorvauksellinen ja rikosoikeudellinen vastuu

6.2.1 Kunnat ja vahingonkorvausoikeus

Vahingonkorvausta on tutkittu julkisyhteisöjen korvausvastuun näkökulmasta – vähemmän kuitenkin kuntien ulkoistamisen näkökulmasta²⁰³². Yksi selittävä tekijä on, että vahingonkorvausoikeus luetaan yksityisoikeuden alaan ja julkisen vallan käyttöön liittyvät asiat nähdään julkisoikeudellisena asiana²⁰³³. Vahingonkorvauksen taustoitamiseksi joudutaan ulkoistamista koskevia VahL:n säännöksiä sivuamaan laajemmin kuin vain kunnallisen toimintojen ulkoistamisen näkökulmasta, jotta saataisiin käsitys siitä, kuinka kompleksisessa ympäristössä vahingonkorvausoikeudellisesti liikutaan kunnan monipalvelutuottajajärjestelmässä. Keskeisenä kysymyksenä kunnallisissa ulkoistuksissa on, vastaako vahingosta palveluntuottaja, yksittäinen viranhaltija tai työntekijä vai kunta tilaajana kollektiivisesti.

Ulkoistaminen tuo monenlaisia haasteita kunnalle, koska sen vastuut, valvonta ja ohjaus eroavat monelta tavalla perinteisestä omana tehdystä toiminnasta. Voidaan kysyä, millaisia velvollisuuksia kunnalle tulee sen järjestäessä toiminnan uudella tavalla, miten kunta voi minimoida vahinkotilanteet ja millä tavalla kunta voi joutua vahingonkorvausvastuuseen. Jo 1980-luvun alkupuolella arvioitiin, että vahingonkorvausoikeudessa julkis- ja yksityisoikeuden raja tulee hämärtyvän, koska pakottavan lainsäädännön

2031 Ks. Mäenpää 1989 s. 258–259.

2032 Vrt. Routamo–Ståhlberg 1995 s. 1. Vahingonkorvausvelvollisuuden eri muodot voidaan Routamon ja Ståhlbergin mukaan jaotella tuottamuvastuuseen, rikosvastuuseen, tuottamuksesta riippumattomaan vastuuseen, vastuu sopimussuhteessa, vastuu yhteisöissä ja säätiöissä, vastuu toisen aiheuttamasta vahingosta ja vastuu useilla perusteilla. Routamo–Ståhlberg 1995 s. 40.

2033 Vrt. Paaso 1992 s. 22.

määrä yksityisoikeudessa lisääntyy²⁰³⁴. Julkisyhteisöjen vahingonkorvauslain uudistukselle on nähty olevan tarvetta ja sääntelyn uudistustarpeita selvitetään²⁰³⁵.

Perustuslain 118.3 §:n mukaan jokaisella, joka on kärsinyt vahinkoa tai oikeudenloukkauksen virkamiehen lainvastaisen toimenpiteen tai laiminlyönnin takia, on mahdollisuus vaatia vahingonkorvausta tai rangaistusta viranhaltijalle tai kunnalle. Samassa pykälässä on mainittu, että viranhaltija on vastuussa virheensä tai laiminlyöntinsä johdosta tapahtuneista vahingoista. Vaikka kunnallinen viranhaltija ei joutuisi itse suoranaisesti korvamaan vahinkoa, on perustuslain 118 §:n mukaan kuntalaisella mahdollisuus vaatia vahingonkorvausta myös suoraan vahingon aiheuttaneelta viranhaltijalta²⁰³⁶. Kunnalla on ensisijainen velvollisuus korvata viranhaltijan vahinko, ja viranhaltijan vastuu on toissijainen.²⁰³⁷

Kuntien vastuu eroaa yleisen tuottamuvastuun periaatteista²⁰³⁸ sellaisissa tapauksissa, joissa vastuu on pohjautunut julkisen vallan käytössä ilmenneisiin virheisiin. VahL 2 luvun 1.1 §:ssä on todettu, että ”joka tahallisesti tai tuottamuksellisesti aiheuttaa toiselle vahingon, on velvollinen korvamaan sen, jollei siitä, mitä tässä laissa säädetään, muuta johdu.” Vahingonkorvauslain periaatteesta voidaan erottaa kaksi pääsääntöä: Ensinnäkin vahingonkorvauslaki velvoittaa korvamaan tahallisesti tai tuottamuksellisesti syntyneet vahingot. Toiseksi vahingonkorvauslain mukaan korvausvastuuta ilman eri määräystä ei tule sellaisissa tilanteissa, joissa vahinkoa ei voida pitää tahallisenä tai tuottamuksellisena.²⁰³⁹ Vahingonkorvauslaissa on vastuuta rajoittava säännös, jonka mukaan kunta on korvausvelvollinen vain sellaisissa tapauksissa, joissa toimen tai tehtävän suorittamiselle laatu ja tarkoitus huomioiden kohtuudella asetettavia vaatimuksia ei ole huomioitu. Joissakin tilanteissa edellytetään kuitenkin korvauskanteen nostamiseksi ja korvauksen saamiseksi, että kunnan viranomaisen päätökseen on haettu muutosta, hallintopäätös on kumottu tai päätöksen tehnyt viranomainen on tuomittu virkarikoksesta.²⁰⁴⁰

Vahingonkorvauslaki rajoittaa myös joiltain osin yleistä sopimusvapautta. Lain 4 luvussa on mainittu työntekijän ja viranhaltijan korvausvastuusta, jota on täsmennetty VahL 7:1 kohdassa. Muuten osapuolilla on mahdollisuus sopia osapuolten vastuista

2034 Modeen on katsonut, että julkishallinnon vahingonkorvausvastuuseen liittyvät asiat kuuluvat julkisoikeuden piiriin. Modeen 1996 s. 236. Ks. esimerkiksi Hakalehto-Wainio 2000 s. 4.

2035 Ks. Oikeusministeriön säädöshankkeet 1.2.2010, s. 61.

2036 Lisäksi perustuslain 21.1 § sisältää subjektiivisen oikeuden, jonka mukaan ”jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivästystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa sekä oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi”. Perustuslain 118.3 § ja 21.1 § painottavat toisaalta kunnalta vaadittavaa erityistä huolellisuutta asioiden käsittelyssä, mutta samalla painotetaan joutuisaa käsittelyä, joka voi joissakin tilanteissa lisätä vahinkoriskin syntymismahdollisuutta.

2037 Koskinen–Kulla 2005 s. 223–224. Ks. KKO 1998:9.

2038 Lisäksi on olemassa vahinkotilanteita, joissa tahallisuutta tai tuottamusta ei voida todeta ja kuitenkin vahingonkorvausvastuu tilanne voi syntyä. Tällaista vahingonkorvausoikeutta kutsutaan tuottamuksesta riippumattomaksi vastuuksi tai ankaraksi vastuuksi. Sopimusoikeuden alalla ankara vastuu on vieläkin harvinaisempi kuin sopimussuhteen ulkopuolisissa vahingonkorvausoikeudellisissa kysymyksissä. Routamo–Ståhlberg 1995 s. 78; Hoppu 1998 s. 188.

2039 Routamo–Ståhlberg 1995 s. 42.

2040 Hemmo–Kaisto 2001 s. 97–98. Ks. myös Hemmo 2005b s. 19.

sopimusoikeudellisten sääntöjen ja periaatteiden mukaan²⁰⁴¹. Vahingonkorvaussäännökset ryhmitellään kahteen tyyppiin: lainsäännöksiin pohjautuvaa korvausvelvollisuutta kutsutaan *lakisääteiseksi vastuuksi* ja sopimuksen rikkomisesta johtuvaa korvausvelvollisuutta *sopimusperusteiseksi vastuuksi*. Molemmissa noudatetaan ainakin osin samoja korvausvelvollisuusperiaatteita.²⁰⁴² Vahingonkorvauskanteen käsitteleminen liittyy yleisten tuomioistuinten ja hallintotuomioistuinten toimivaltaan, jolloin joudutaan punnitsemaan tuomioistuinten välistä toimivallanjakoa. Korkeimman oikeuden tapaus vuodelta 2008 valottaa sitä problematiikkaa, johon voidaan joutua vahingonkorvauskanteen tutkimisessa.

KKO 2008:36. Tapauksessa oli kyse kauppaoppilaitoksen ja kuntayhtymän välisestä hallintosopimuksesta. Kauppaoppilaitos oli vaatinut kuntayhtymältä vahingonkorvausta saamatta jääneistä tuloista ja kustannuksista. KKO totesi, että vakiintunut tulkinta on ollut, että yksityisoikeudellisin perustein ratkaistava vahingonkorvauskysymys on ollut yleisten tuomioistuinten toimivallassa. Hallinto-oikeuden ratkaistavaksi kuuluisivat vain sellaiset asiat, joissa on kysymys sopimuksen tulkinnan ja sisällön erimielisyydestä. KKO katsoi, että käräjäoikeus on toimivaltainen tutkimaan vahingonkorvausasiaa.

*Yksi korkeimman oikeuden jäsenistä jätti eri mieltä olevan lausunnon, jonka mukaan hallintosopimukseen liittyvien riitojen ratkaisemisen pitäisi kyseisen vahingonkorvausvaatimuksen osalta tapahtua hallintoriita-asiana hallinto-oikeudessa. Lausunnossa oli viitattu hallituksen esitykseen hallintolain, jonka mukaan riitojen ratkaisemista yleisessä alioikeudessa ei voida pitää tarkoituksenmukaisena. Näin ollen kyse on hallinto-oikeuden toimivaltaan liittyvästä asiasta.*²⁰⁴³

Hallintosopimukseen liittyvät vaatimukset käsiteltäisiin erikseen yleisessä tuomioistuimessa ja samalla hallintotuomioistuimessa, mikä ei voi olla tarkoituksenmukaista. Toisaalta tästä KKO:n päätöksestä heijastuu se problematiikka, mikä on hallinto- tehtävien hoitamista, onko sopimuksella hallinto-oikeudellinen luonne ja liittyykö mahdollisiin vaatimuksiin julkisoikeudellista palvelun järjestämisen tarkastelua. Tämä kuvastaa jo aiemmin käsiteltyä haastetta hallintosopimuksen tarkasta tulkinnasta. Ongelma voitaisiin osin ratkaista sillä, että ulkoistamisia koskevia sopimuksia pidettäisiin ensisijaisesti joko julkisoikeudellisina tai yksityisoikeudellisina sopimuksina silloin, kun se on selkeästi mahdollista.

Mahdollista vahingonkorvausta punnittaessa pyritään heikomman osapuolen suojaamiseen ja yksilökohtaisen kohtuuttomuuden minimointiin²⁰⁴⁴, jolloin on hyvin todennäköistä, että kunta voidaan nähdä joissakin tilanteissa vahvempana osapuolena.

2041 Ks. Routamo–Ståhlberg 1995 s. 42.

2042 Hoppu 1998 s. 185. Sopimusperusteinen vastuu. Ks. Hoppu 1998 s 200–205. Näin ovat todenneet myös Routamo ja Ståhlberg: ”Jos vahingonkorvausoikeutta tarkastellaan muulta kuin vain korvausvastuun perusteen osalta, voidaan havaita, ettei selvää eroa voida tehdä sopimus- ja muun perusteisen korvausoikeuden välillä. Niinpä kysymykset syy-yhteyden vaatimuksesta, eri vahingokolajien korvattavuudesta ja korvausvastuun määrästä ovat sopimusoikeuden alalla samanlaisia kuin muillakin vahingonkorvausoikeuden alueilla.” Routamo–Ståhlberg 1995 s. 109–114.

2043 Vrt. KHO 1993 A 10.

2044 Hemmo 1996 s. 7.

Vahingonkorvauskysymyksissä joudutaan kunnan toiminta jaottelemaan kahteen ryhmään: sellaiseen viranomaistoimintaan, jonka hoitamiseen voi liittyä julkisen vallan käyttöä, ja muuhun toimintaan, jolla voidaan tarkoittaa myös yksityisoikeudellista toimintaa. Kunnissa on tehtäviä, joissa ei tarvita julkista valtaa vaan joissa hoidetaan vain julkisia tehtäviä.²⁰⁴⁵ Toisaalta julkisen vallan käsitettä on tulkittu vahingonkorvauslakiin liittyvänä laajemmin kuin samaa käsitettä hallinto-oikeudellisissa asioissa²⁰⁴⁶.

Vahingonkorvausoikeudessa erotetaan kaksi tapahtumakulkua eli hypoteettinen ja todellinen tapahtumakulku²⁰⁴⁷. Toiseksi voidaan tutkia, onko tietyllä toiminnalla tai laiminlyönnillä riittävä syy-yhteys vahingon syntyyn²⁰⁴⁸. Näitä tulkintoja voidaan tarvita esimerkiksi tapaturma- ja vahinkotilanteissa talviaikana²⁰⁴⁹. Vahingon kärsineelle on monesti samantekevää, onko tapaturmaan johtaneen toiminnan laiminlyönyt kunta vai yritys, jolle toiminta on ulkoistettu, kunhan henkilö-, esine tai varallisuusvahingot korvataan. Yksityiseen palveluntuottajaan kohdistuvat riidat ja vahingonkorvausvaateet käsitellään yleisessä alioikeudessa, ja kunnan omaan palveluun liittyvät riidat käsitellään hallinto-oikeuksissa. Kunta voi joutua vahingonkorvausvastuuseen myös ulkoistetuista palveluista²⁰⁵⁰.

Asiakkaan lisäksi myös palveluntuottaja voi nostaa vahingonkorvauskanteen kuntaa kohtaan sopimuksen laittomasta purkamisesta. Kunnan korvaussäännökset saattavat olla hyvinkin ongelmallisia jo pelkästään siksi, että kunnan vastuusuhteet voivat olla hyvin epäselviä. VahL 3 luvun 6 §:ää voidaan tulkita siten, että jos kunta on aiheuttanut vahinkoa ja on korvausvelvollinen, sovittelu tulee kysymykseen vain poikkeustapauksissa, esimerkiksi jos korvaus on kohtuuton tai siihen on muita erityisiä seikkoja. Kukkonen on määritellyt vahingonkorvauksen siten, että ”virkamies aiheuttaa vahingon eli vastuuperusteena on virkamiehen tuottamus, vahingon kärsineellä on oikeus korvaukseen ja julkisyhteisö on vahingonkorvauksen maksaja (korvausvelvollinen)”²⁰⁵¹.

Yhtenä näkökulmana on huolellisuusnormien täyttäminen. Jos voidaan osoittaa, että kunta tai palvelun tuottaja on laiminlyönyt huolellisuusvaatimuksen, voi vahingon

2045 Warling–Nerep 1995 s. 443.

2046 Kuusikko 2000 s. 502; Huhtanen 2005 s. 130–131.

2047 Routamo–Ståhlberg 1995 s. 30.

2048 Routamo–Ståhlberg 1995 s. 32. VahL:ssa ei ole kuitenkaan määritelty syy-yhteyttä ja sanottu, millainen syy-yhteyden pitäisi olla. Ks. Saarnilehto 2007 s. 37–42.

2049 Vrt. KKO 1983 II 105, jossa jalankulkija oli liukastunut ja loukkaantunut kaatuessaan, koska katu ei ollut hiekoitettu. Kadun kunnossapito kuului kaupungille, joka oli laiminlyönyt tarvittavat toimenpiteet liukkauden estämiseksi. KKO velvoitti kaupungin suorittamaan vahingonkorvausta jalankulkijalle.

2050 Vrt. Rasinmäki 1998 s. 439–444.

2051 Kukkonen 1996 s. 2. Ruotsin vahingonkorvauslainsäädäntö on hyvin samantapainen. ”Därutöver har kommun och stat ett särskilt skadeståndsansvar för personskada, sakskada och ren förmögenshetskada som vållats genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen. Enligt 3 kap. 3 § skadeståndslagen har kommuner och staten numera också ansvar för ren förmögenshetskada som vållats genom att myndighet genom fel eller försummelse lämnat felaktiga upplysningar eller råd, om det med hänsyn till omständigheterna finns särskilda skäl.” Hilborn–Paulsson 2001 s. 181. Monet vahingonkorvausalan tutkijat ja asiantuntijat pitävät vahingonkorvausoikeutta monimutkaisena oikeudenalana, jossa normien tutkimisella on suuri merkitys. Ks. esimerkiksi Kukkonen 1996 s. 2.

kärsijällä olla oikeus vahingonkorvaukseen²⁰⁵². Perustuslain 118 §:n mukaan vahingon kärsineellä on kuitenkin mahdollisuus vaatia suoraan korvausta kunnan viranhaltijalta, vaikka konkreettinen suoritus tulisi vahingonkorvauslain isännänvastuuperiaatteen mukaisesti kunnalta²⁰⁵³. Ulkoistusten eri muodot voivat myös täsmentää ja rajata, miten vahingonkorvaustilanteissa menetellään osapuolten välillä. Etenkään osittaisulkoistuksissa sopimusperusteista vastuuta ei aina ole toisin kuin kokonais- ja osa-alueen ulkoistuksissa.

6.2.2 Rikosoikeudellinen vastuu

Oikeudellisesta näkökulmasta valtionhallinnon ja kunnallishallinnon virkavastuulla ei ole kovin suurta eroa. Tätä on perusteltu sillä, että virkavastuuseen liittyy julkisen vallan käyttö ja sen käyttäminen on oikeutettu vain lakiin liittyvän toimivaltasäännöksen nojalla²⁰⁵⁴. Julkisyhteisöjen vastuuta on Pohjoismaissa viime vuosisadan lopulta lähtien tarkasteltu pääsääntöisesti erottamalla toisistaan julkisen vallan käyttäminen ja julkisyhteisön vastuu yksityisoikeudellisissa oikeussuhteissa²⁰⁵⁵.

Rikosoikeudellinen virkamieskäsite on tulkittu laajemmaksi kuin puhdas hallinnollinen virkamieskäsite. Virkarikossäännöksiä sovellettaessa rikosoikeudellinen virkamieskäsite ei saisi liittyä palvelusuhteen laatuun julkisen työnantajan roolissa eikä siihen, millä tavalla julkisten tehtävien toiminnot on organisoitu. Kuntalaisten kannalta, jotka ovat julkisen vallan kohteena, organisatoriset ja henkilöstöhallinnolliset asiat eivät ole keskeisiä. Rikosoikeudellisen virkavastuun käsitteellä tarkoitetaan virkamiehen toimintaa palvelusuhteessa ja virkaansa toimittaessa, ja sitä määrittelevät viranhaltijoiden toimintamahdollisuudet virkasuhteessa.²⁰⁵⁶ Rikosoikeudellinen virkamieskäsite koskee myös kunnan luottamuselimiä²⁰⁵⁷. Julkisen vallan käsite sisältyy myös rikoslakiin (39/1889). Hallituksen esityksen perusteluissa virkarikossäännösten uudistamiseksi on todettu, että tarkoituksena oli kuvata julkisen vallan ydinalue²⁰⁵⁸. Virkarikossäännösten uudistamisessa rikoslakiin tuli 40 luvun 11 §:n 5a kohta, jonka mukaan julkisen vallan käytön määritelmään kuuluu sellainen henkilö, joka antaa lain tai asetuksen nojalla toista velvoittavan määräyksen tai päättää toisen eduista, oikeudesta tai velvollisuudesta. Lisäksi RL 40 luvun 11 §:n 5b kohdan mukaan julkista valtaa käyttävällä henkilöllä tarkoitetaan myös sitä, joka lain tai asetuksen nojalla tai viranomaisen toimeksiannon perusteella on osallistunut jollakin tavalla valmisteluun.

KuntaL 75.2 §:n mukaan tilivelvolliselle on annettava muistutus. Jos viranhaltijaa epäillään virantoimituksen ulkopuolella tehdystä rikoksesta, voidaan hänet pidättää tutkimuksen tai virantoimituksen ajaksi, jos on mahdollista, että asialla on vaikutusta viranhaltijan edellytyksiin hoitaa virkaansa²⁰⁵⁹. Ulkoistettuun palveluun liittyvissä

2052 Mielityinen 2006 s. 248.

2053 Koskinen–Kulla 2005 s. 223; ks. myös Koskinen–Kulla 2009.

2054 HE 192/1994 s. 99. Se että viranomainen voi korjata asiavirheen, ei kuitenkaan sulje pois mahdollisuutta siviilioikeudelliseen vahingonkorvaukseen. Kulla 2003 s. 222.

2055 Routamo–Ståhlberg 1995 s. 145.

2056 HE 58/1988 s. 20, 54.

2057 KuntaL 41 §:ssä on todettu, että valtuutettu on tietyissä tilanteissa pidätettävä luottamustehtävistä. Viranhaltijan virantoimituksesta pidättäminen perustuu L kunnallisesta viranhaltijasta 47 § 1–2 momenttiin.

2058 HE 77/2001 s. 55.

2059 Saipio–Nittylä–Vartiainen 1996 s. 186.

viranhoidon epäselvyyksissä on menetely KuntaL 47.1 §:n mukaisesti selvityksen antamisessa. Selvitykseen on varattava riittävä aika, ennen kuin kunnanhallitus voi pidättää viranhaltijan virantoimituksesta. Kunnanhallitus voi HMenL 15 §:n mukaisesti viranhaltijaa kuultuaan pidättää tämän virantoimituksesta tutkimuksen tai oikeudenkäynnin ajaksi.

Erityisen keskeiseksi nousee virkarikoksien osalta se, että toimintojen järjestämisen tavalla ei saisi olla keskeistä merkitystä. Perustuslakivaliokunnan näkemyksen mukaan julkisen vallan käyttöä voidaan lieventää käsitteellä julkisen tehtävän hoitaminen, joka voidaan antaa lailla yksityisten hoidettavaksi. Kun julkisen tehtävien hoitamista annetaan yksityisille, on vaadittu, että päätöksenteosta ja siihen liittyvästä menettelystä sekä muutoksenhakumahdollisuudesta on säännelty ja tehtävien suorittajaa koskee rikosoikeudellinen virkavastuu²⁰⁶⁰.

Rikoslain valmistelun aikana on pohdittu julkista tehtävää ja julkisen vallan käyttöä. Lakivaliokunnan lausunnossa vuodelta 1989 todetaan, että käsitettä ”hoitaa julkista tehtävää” ei ole pidetty laajuutensa takia tarpeeksi tarkkarajaisena. Nähtiin selvänä, että ainakin julkisen vallan käyttämisen pitää johtaa virkavastuuseen. Valiokunta ehdotti, että säännöstä käytettäisiin suppeampaa mutta selkeämpää ilmaisua ”käyttää julkista valtaa”.²⁰⁶¹

Rikoslain näkökulmasta keskeiseksi nousee, missä tilanteissa vahingonkorvausvaatimus täyttää rikoslain asettamat tunnusmerkit. Rikossyyte- ja vahingonkorvausasioissa joudutaan arvioimaan teon tahallisuutta, koska rikokset ovat rangaistavissa ainoastaan tahallisina tai tahallisina ja tuottamuksellisina. Tahallisuus voidaan arvioida rikosoikeudessa samalla tavalla kuin vahingonkorvausoikeudessa sellaisessa tilanteessa, jossa tahallisella rikoksella on aiheutettu vahinkoa.²⁰⁶² RL 36:5 §:n tahallisuusvaatimuksen periaatteena on, että vahingon aiheuttamista voidaan pitää joiltain osin hyvin todennäköisenä²⁰⁶³.

Julkisoikeudellisten ja yksityisoikeudellisten tehtävien yksityiskohtainen erottelu ei aina ole selvää. Esimerkiksi laajamittaisissa hankkeissa, joissa kunta on ulkoistanut osan toiminnoistaan, voi yksittäisen tehtävän asemointi aiheuttaa tulkintaa, vaikka lähtökohteisesti viranomaistehtävät, kuten hallinnollinen valmistelu, esittely ja päätöksenteko, tapahtuisivat kunnassa. Pääperiaatteena on, että julkisia tehtäviä hoitavan yksityisen on noudatettava tiettyjä hallinto-oikeudellisia periaatteita kuntalaisten oikeusturvan vuoksi. Tällöin joudutaan myös miettimään, kuinka tarkasti rajataan kunnan ja yksityisen tehtäviin liittyvät rajatapaukset, koska kunnan valvoma viranomaisen vastaa valvonnasta virkavastuulla.

Sosiaali- ja terveydenhuollon palveluiden ulkoistaminen ei tuo rikosoikeudellista virkavastuuta palveluntuottajalle, eikä ulkoistetun palvelun tuottajan rangaistus ole yhtä ankara kuin kunnan viranhaltijan ja työntekijän mahdollinen rangaistus²⁰⁶⁴.

2060 PeVL 7/1994 s. 1.

2061 LaVM 7/1989 s. 6.

2062 Hoppu–Routamo 197 s. 60–61.

2063 Esim. luottamusaseman väärinkäyttör rikoksissa jo taloudellisen vahingon syntymisen välitön vaara täyttää vahinkoedellytysten tunnusmerkit. Ks. KKO 2006:72.

2064 Kunnan viranhaltijoiden ja työntekijöiden rikosoikeudellisesta vastuusta säädetään RL 40 luvussa.

Rikosoikeudellisen vastuun kannalta nousee esille mm. rikkomuksen laajuus ja siihen reagointi sekä tietämyksen aste valvovan viranomaisen ja valvottavan ostopalvelun välillä. Monissa ulkoistetuissa palveluissa, kuten tietyissä terveydenhuollon palveluissa, tehdään niukasti varsinaisia hallintopäätöksiä. Esimerkiksi hoitovahingot aiheuttavat harvoin rikosoikeudellista vastuuta.

Apulaisoikeusasiamiehellä oli vuonna 2004 käsiteltävänä tapaus, jossa oli arvioitava, oliko keikkalääkäri käyttänyt julkista valtaa arvioidessaan päihtyneen henkilön hoidontarvetta. Apulaisoikeusasiamies päätyi tarkastelussaan siihen, että keikkalääkäri ei ollut käyttänyt julkista valtaa tehtävässään eikä näin myöskään ollut toiminnastaan rikosoikeudellisessa virkavastuussa.²⁰⁶⁵

Toisaalta ulkoistetun palvelun laiminlyöntiin voi liittyä monenlaisia oikeus- ja vahingonkorvausvastuuketjuja kunnalle, koska rikosoikeudellisen vastuun lisäksi viranhaltijalle voi tietoisesta valvonnan laiminlyönnistä aiheutua myös vahingonkorvausvastuu²⁰⁶⁶. Vaikka kunnan lakisäätteisiä tehtäviä hoitaisi yksityinen, on kunnalla aina vahinkotilanteissa viime kädessä julkisoikeudellinen vastuu samalla tavalla kuin jos palvelu tuotettaisiin omana²⁰⁶⁷. Seuraavassa KKO:n ratkaisussa arvioitiin tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomista:

KKO 2009:86. Sosiaalityöntekijä ei ollut laatinut vammautuneelle asiakkaalle asetuksen edellyttämää palvelusuunnitelmaa eikä lain vaatimaa hoito- ja palvelusuunnitelmaa. Arvioitava oli, oliko sosiaalityöntekijä, joka oli noudattanut esimiestensä ja kunnan toimielinten linjauksia, syylistynyt tuottamukselliseen virkavelvollisuuden rikkomiseen (teko aika 1.1.1998–30.9.2003). Ongelmaksi KKO mainitsi, että väljä sääntely on johtanut kunnissa epäyhtenäisiin tulkinta- ja soveltamiskäytäntöihin. Porvoon kaupungissa palvelusuunnitelma oli tehty vain, jos henkilölle on myönnetty useampi kuin yksi vammaispalvelulain ja -asetuksen mukainen tukimuoto. Palvelusuunnitelmaa ei ole tehty, jos asiakas on käyttänyt vammaispalveluista ainoastaan kuljetuspalvelua. Kaupungissa oli tehty vain joitakin palvelusuunnitelmia, ja suunnitelmien laatiminen usealle olisi todennäköisesti vaatinut sellaisia voimavaroja, joihin sosiaalityöntekijä (A) ei ollut voinut vaikuttaa. Palvelusuunnitelman puuttumisesta ei myöskään ole seurannut, että hakija olisi jäänyt vaille jotain etuutta. Asiaan ovat vaikuttaneet esimiesten mahdollinen tietoisuus kunnan toimielinten suunnitelmien laatimiseen osoittamista voimavaroista.

KKO katsoi, että A on osaltaan ollut vastuussa palvelusuunnitelmien konkreettisesta laatimisesta ja siten hänellä on ollut tehtävässään velvollisuus harkita suunnitelmien laatimisen tarpeellisuutta. A:lta ei kuitenkaan ” – palvelusuunnitelman luonteeseen ja tarkoitukseen sekä A:n asemaan ja tosiasiallisiin toimimismahdollisuuksiin vaikuttavat seikat ole voitu edellyttää poikkeamista niistä linjauksista, joita hänen työtään ohjaavat esimiehet ja kunnalliset toimielimet ovat tehneet. Näin on asia erityisesti siltä osin kuin kysymys on ollut vammaispalveluasetuksen mukaisesta palvelusuunni-

2065 EOA:n 31.1.2008.

2066 Vrt. HE 187/1973 s. 17. Hallituksen esitys vahingonkorvausta koskevaksi lainsäädännöksi.

2067 Ks. Paaso 1992 s. 255.

telman laatimisvelvoitteesta, johon on jo sellaisenaan liittynyt tarveharkintaa. Siltä osin kuin kysymys on ollut asiakaslain mukaisesta velvollisuudesta laatia palvelu- ja hoitosuunnitelma, kunnan velvoite on ollut selvästi yksiselitteisempi.”

Arvioitaessa A:n rikosoikeudellista vastuuta on huomioitava asiakaslain 7.1 §:n voimaantuloajankohta palvelusuunnitelman laatimisen näkökulmasta. Tällöin B ei ole ollut vammaispalvelun asiakkaana. KKO katsoi, että A ei ole virkaansa toimittaessaan syyllistynyt tuottamukselliseen virkavelvollisuuden rikkomiseen.²⁰⁶⁸

Ulkoistamiseen ja siihen liittyvään kilpailutukseen voi liittyä pahimmissa tapauksissa monenlaisia RL 40 luvun tunnusmerkit täyttäviä virkarikoksia²⁰⁶⁹. Pienten osa-alueiden ulkoistamisissa, kuten infrastruktuurihankkeissa tai rakennusurakoissa, on oikeustapauksia lahjusrikkomuksista²⁰⁷⁰. Erityisen keskeiseksi asiaksi on oikeuskäytännön ja julkisen keskustelun myötä noussut se, että valmistelevien viranhaltijoiden on syytä noudattaa erityistä varovaisuutta kaikissa kestityksissä yms. ennen kuin päätös ulkoistamisesta on tehty. Lahjusrikkomussäännökset lähtevät siitä, että viranhaltijat eivät saa ottaa sellaista lahjusta, joka voi heikentää luottamusta virantoimituksessa vaadittavaan tasapuolisuuteen²⁰⁷¹.

Kunnalliselta virkamieheltä vaaditaan hyvin suurta pidättyväisyyttä koko ulkoistamisprosessin aikana. RL 40 luvun 3.2 §:ssä on todettu, että lahjusrikkomuksen tunnusmerkit voivat täytyä, jos viranhaltija itselleen tai toiselleen ”ottaa vastaan tai hyväksyy lahjan tai muun edun taikka hyväksyy sitä koskevan lupauksen tai tarjouksen”. Lisäksi 3.3 §:n kohta tarkentaa, ”että menettely on omiaan heikentämään luottamusta viranomaistoiminnan tasapuolisuuteen”. RL 3.3 §:ssä on viranhaltijan toimintaa hyvinkin tarkasti rajoittava sanamuoto, koska arvioitavaksi voi tulla, onko lupaus, tarjous tai muu toimenpide johtanut siihen, että viranomaistoiminnan tasapuolisuus on heikentynyt.

Rikosoikeusvastuun valossa voidaan tehdä ainakin kaksi keskeistä havaintoa: Ensinnäkin on useita säännöksiä, jotka ulkoistamisen eri vaiheissa sääntelevät sekä kunnan että yksityisen palveluntuottajan henkilöstöä. Toiseksi kunnan henkilöstöön ja etenkin viranhaltijoihin kohdistuu laajempia velvoitteita ja tarkempia säännöksiä kuin yksityisen organin henkilöstöön.

6.2.3 Julkinen valta vahingonkorvauslain näkökulmasta

Kunnallishallintoon ja toimintojen ulkoistamiseen liittyy hyvin paljon tehtäviä ja toimintoja, joiden määrittely julkisen vallan käyttämisen näkökulmasta on monesti ongelmallista²⁰⁷². Julkisen vallan käyttö voidaan kategorisoida määrämuotoiseen pää-

2068 Ks. Aarto ym. 2009.

2069 Rikoslain (604/2002) 40 luvun mukaiset virkarikokset voidaan luokitella lahjusrikkomuksiin, julkistamisrikoksiin, virka-aseman väärinkäyttör rikoksiin ja muihin tahallisiin tai tuottamuksellisiin virkavelvollisuuksien rikkomuksiin.

2070 Ks. esimerkiksi KKO 1996:67.

2071 Viranhaltijan lahjusrikoksista on mainittu RL 40 luvun (604/2002) 1 §:n kohdissa 1–3.

2072 Tuori 1998 s. 301. Perustuslain 124 §:ssä mainitaan julkinen hallintotehtävä ja merkittävä julkisen vallan käyttö, jotka monesti ymmärretään hyvin samanlaisiksi käsitteiksi sillä erotuksella, että hallintotehtävä on käsitteenä paljon laajempi. Ks. edellä luku 4.2.3.

töksentekoon, kuten etua, oikeutta tai velvollisuutta koskevat hallintopäätökset, ja ei-määrämuotoisina päätöksinä tapahtuvaan julkisen vallan käyttöön, jossa voidaan puuttua kansalaisen perusoikeuksiin.²⁰⁷³ Vahingonkorvauslakia koskevassa komiteamietinnössä, jossa käsiteltiin julkisoikeudellista korvausvastuuta, ei tuolloin käytetty julkisen vallan käsitettä, vaan se tuli muutama vuosikymmen myöhemmin vuoden 1974 vahingonkorvauslakiin (412/1974)²⁰⁷⁴.

Perustuslain 124 §:stä ilmenee, että merkittävää julkisen vallan käyttöä ei voida ulkoistuksissa siirtää tai antaa muille kun viranomaisille²⁰⁷⁵. Ongelmalliseksi voi muodostua VahL 3:1.2 §:n mukaisen kunnan vastuun määrittelemineen, koska julkisissa hallintotehtävissä voidaan käyttää myös julkista valtaa. Toisaalta julkiset hallintotehtävät voidaan jaotella palvelu- ja hallintotehtäviin.

Kunnissa julkisilla hallintotehtävillä tarkoitetaan viranomaistehtäviä, joissa voidaan käyttää julkista valtaa ja jotka vaativat monesti kunnan toimielimiltä päätöksien tekemistä sekä niiden hoitamisen edellyttämää virkavastuuta²⁰⁷⁶. KuntaL 44 §:ssä on määritelty, että jos kuntaan palkatulla henkilöllä on mahdollisuus käyttää julkista valtaa, on hänen oltava virkasuhteessa kuntaan. Kunnalliset luottamushenkilöt eivät kuitenkaan vastaa lievällä tuottamuksella aiheutetusta vahingosta samalla tavalla kuin viranhaltijat²⁰⁷⁷. Vahingonkorvauslain esitöistä ilmeni, että mikä tahansa poikkeama kunnan hallintoelimeltä vaadittavasta täysin moitteettomasta menettelystä ei perusta loukatulle oikeutta saada korvausta julkisen vallankäyttäjältä, vaikka kyseessä olisikin virhe²⁰⁷⁸.

Kuten edellä on jo käynyt ilmi, julkinen valta, julkinen tehtävä ja julkinen hallintotehtävä liittyvät moniin ulkoistamistilanteisiin, ja säännösten yksiselitteinen määrittely voi olla vaikeaa. Käytännössä niillä operoiminen onnistuu myös monissa kunnan palvelujenjärjestämistilanteissa. Käsite julkisten tehtävien hoito on myös VahL:n mukaan keskeinen pohdittaessa vastuutahoa vahinkotilanteissa. Esimerkiksi terveydenhuollon ulkoistamisissa käsitettä julkisen tehtävien hoitaminen joudutaan tulkitsemaan VahL:n 3:2 §:n tarkoittamaan korvausvastuun selvittämiseksi²⁰⁷⁹. Tällöin keskeiseksi tulkinnaksi tulee, milloin ostopalvelun luonteeseen kuuluu julkisen teh-

2073 Sutela 2003 s. 76. Holopainen on väitöskirjassaan jo 1960-luvulla jakanut julkisen vallan välittömään julkiseen valtaan, julkiseen valtaan ja välilliseen julkiseen valtaan. Holopainen 1969 s. 79, 392. Ks. Paaso 1992 s. 142; Mäenpää 1981 s. 103.

2074 KM 1958:14 s. 14.

2075 Ks. HE 1/1998 s. 178. Hallituksen esityksessä merkittävänä julkisen vallan käyttönä pidetään esim. sellaista toimintaa, jossa on mahdollisuus käyttää voimakeinoja tai kajotaan huomattavasti yksilön perusoikeuksiin

2076 Heuru 2000a s. 333. Sutela 2003 s. 77. Vrt. Julkinen hallintotehtävä on käsitteenä suppeampi kuin julkinen tehtävä. Hurskainen 2003 s. 75; Suviranta 2006b s. 61.

2077 HE 151/1991 s. 3, 6–7.

2078 Ks. HE 187/1973 s. 17–18.

2079 Routamo ja Ståhlberg ovat todenneet, että VahL 3.2 §:n mukaisesti julkisyhteisö on velvoitettu korvamaan vahingon, joka on aiheutunut julkista valtaa käytettäessä virheellä tai laiminlyönnillä. Saman vastuun piiriin lukeutuvat muut yhteisöt, jotka lain, asetuksen tai lakiin liittyvän valtuutuksen nojalla hoitavat julkista tehtävää. Samalla he ovat tutkineet VahL:n lähtökohdista, mikä toiminta voisi olla julkisen vallan käyttämistä. Parhaiten julkisen vallan käyttäminen on hahmoteltavissa rajoituksina, jolloin eri yhteisöillä on tietyissä tapauksissa mahdollisuus tehdä mm. yksilön terveyteen ja vapauteen vaikuttavia ratkaisuja yksilön tahdosta riippumatta. Routamo–Ståhlberg 1995 s. 162–163.

tävien hoitoa²⁰⁸⁰, koska silloin vahinkoa voidaan arvioida myös vahingonkorvauslain tarkoittamana julkisen vallan käyttämisenä. Routamo ja Ståhlberg ovat todenneet, että ”julkisen vallan käyttämisestä aiheutuvasta vahingosta on kysymys lähinnä silloin, kun vahingon aiheuttaa teko, toimenpide tai päätös, johon julkisyhteisöllä on oikeus ainoastaan niiden säännösten nojalla, joilla yksityisen perusoikeuksia on rajoitettu”.²⁰⁸¹

Jos vahinkoon liittyy julkisen vallan käyttöä, on tarkasteltava VahL 3:2 §:ää, jossa on määritelty, että kunta on velvollinen korvamaan vahingon, joka johtuu laiminlyönnistä tai virheestä julkista valtaa käytettäessä. Kunta vastaa vahingosta pääsääntöisesti myös silloin, kun kunta tai viranhaltija käyttää julkista valtaa tai asemaansa, vahingon osapuolella on etu, oikeus tai velvollisuus kuntaan kohtaan²⁰⁸². Julkisen vallan käyttö voi myös ilmetä neuvonnassa. Sen olisi oltava tietty konkreettinen tilanne, jossa julkista valtaa käytetään päätöksen tai muun ratkaisun tekemisessä, jolloin arvioidaan, ovatko toimen tai tehtävän laadulle ja tarkoitukselle asetetut vaatimukset täyttyneet.²⁰⁸³ Kunta on velvollinen korvamaan vahingon julkista valtaa käyttäessään, johtuipa vahinko KuntaL 17 §:ssä tarkoittamasta kunnan toimielimen päätöksestä tai virkamiehen virheestä tai laiminlyönnistä.

Ongelmallista on määritellä se vahingonkorvauslain kohta, jossa viitattaisiin suoraan julkisten tehtävien tai toimintojen ulkoistamiseen. Vastausta ei voida suoraan hakea ulkoistamiskäsitteen kautta, vaan sitä joudutaan tulkitsemaan vahingonkorvauslain käsitteistön, kuten julkisen tehtävän, toiminnan harjoittajan, julkisen vallan, työssä aiheutetun vahingon sekä työntekijän valvontavastuun kautta. Paaso on väitöskirjassaan nostanut esiin julkisen vallan käsitteen käyttöä vahingonkorvausoikeudessa ja hallinto- ja rikosoikeuden sääntelyaloilla. Paaso on nähnyt, että sisällöltään staattista ja yhtenäistä julkisen vallan käytön käsitettä tai tulkintamaksimia ei ole pystytty viemään eteenpäin niin julkisoikeuden kuin yksityisoikeuden alallakaan.²⁰⁸⁴ Suviranta taas on todennut, että ”julkisen vallan käsitettä käytetään kahdessa eri merkityksessä, yhtäältä

2080 Vrt. Keravuori-Rusanen 2008 143–146; Suviranta 2006 d s. 427; Paaso 1992 s. 263; Mäenpää 1989 s. 93–94, 127.

2081 Routamo–Ståhlberg 1995 s. 164.

2082 Kukkonen 1996 s. 419. Vrt. Paaso 1992 s. 99. Ruotsin vahingonkorvauslakiin (SkL) on myös tullut muutoksia. ”Tidigare var en skadeli dande? I princip hänvisad till att väcka talan mot den enskilde tjänstemannen för skada vållad vid myndighetsutövning, men numera kan ansvar istället utkrävas direkt av ”det allmänna”. Intresset för skadestånsanktionen tycks ha ökat allteftersom advokater och allmänheten ”fått upp ögonen” för de faktiska möjligheterna att utkräva skadestånd av det allmänna”. Warling–Nerep 1995 s. 441.

2083 Routamo–Ståhlberg 1995 s. 163; Tuori 1998 s. 304. Neuvonnasta oli myös mainittu vahingonkorvausta koskevassa hallituksen esityksessä. HE 187/1993 s. 17.

2084 Paaso 1992 s. 315. Lisäksi Paaso on todennut, että ”Aiemman ajattelutavan julkisen vallan käyttämiseen liittämistä välittömän ja sitovan oikeusasemaan puuttumisen vaatimuksesta voidaan havaita pyrytyn irtisanoutumaan varsinkin hallinto-oikeudessa ja vahingonkorvausoikeudessa; jälkimmäisellä oikeudenalalla kenties vielä edellistä näkyvämmiin. Käsitteen tulkinta on pitänyt sanotussa lähtökohdassa selvimmin rikosoikeudessa. Intensiteetiltään heikoimmillaan julkisen vallan käyttönä voitaneen kahdelle edellisellä oikeudenalalla pitää yleensä sellaista hallintotoimintaa, jonka sisältönä on erilaisten etujen jakaminen ja oikeuksien perustaminen. Erityisesti vahingonkorvausoikeudessa käsitteen tulkinnassa saatetaan eräin paikoin antaa keskeinen merkitys hallintotoimintaa ohjaaville, kansalaisten asemaa suojaaville oikeusperiaatteille, ennen muuta luottamuksensuojaperiaatteelle.” Paaso 1992 s. 315. Julkisen vallan toiminta -käsitteellä tarkoitetaan julkisen vallan käyttämistä. Julkisen vallan käsite on täsmentynyt Paason pohdiskelun ajoilta. Sen merkitystä on selkiytetty joiltain osin perustuslain ja hallintolain uudistuksissa sekä niihin liittyvässä lainvalmistelussa.

organisatorisena käsitteenä ja toisaalta toimintakäsitteenä”.²⁰⁸⁵

VahL 3:1 §:n mukaan kunta joutuu korvausvelvolliseksi, jos vahinko on johtunut virka- tai palvelussuhteessa olevan henkilön virheestä tai laiminlyönnistä²⁰⁸⁶. Samassa pykälässä on mainittu termi ”aiheuttaa työssä”, jonka Hallituksen esitys täsmentää koskevan myös kuntien toimintaa²⁰⁸⁷. Vahingonkorvauslain mukainen julkisyhteisön vastuu on kuntien kannalta tulkinnallinen, koska kunnan henkilöstön virheen vastaamisessa keskeiseksi nousee, mitä pidetään julkisen vallan käyttämisenä ja mitä ei. Vahingonkorvauslaki jättää myös avoimeksi, kuinka laajasti julkisen vallan käsite tulisi ymmärtää. Tuori on todennut, että kunnan viranomaisen toimintaa tai päätöksentekoa, johon liittyy lakisääteisistä velvollisuuksista huolehtiminen sosiaali- ja terveydenhuollossa, voidaan pitää vahingonkorvauslain säännöksen tarkoittamana julkisena valtana²⁰⁸⁸. Yhtenä arvioitavana tekijänä on viranomaisen asema kansalaiseen nähden²⁰⁸⁹.

VahL 3:2.2 §:n säännöksessä on elementtejä sekä isännänvastuusta että organisaation vastuusta. Säännöksessä ei kuitenkaan ole kyse ainoastaan isännänvastuun rajoittamisesta, vaan myös sellaisten tilanteiden arvioinnista, joissa vahingon syy on viranhaltijan yläpuolella, kuten huono organisointi, puutteelliset resurssit yms. Näin voidaan puhua julkisyhteisöjen omasta tuottamuksesta ja virkamiehen tuottamuksesta. Jos vahinko johtuisi liian suuresta työtaakasta, ei korvausvaatimusta voitaisi ratkaista ainoastaan isännänvastuukonstruktion avulla. Tällöin olisi ensin selvitettävä, onko kunta hoitanut veloitteensa niin, että toiminnan organisoinnille kohtuudella asetettavat vaatimukset täyttyvät.²⁰⁹⁰ Isännänvastuun ja orgaanivastuun erottamisessa voi olla monia ongelmia, koska monet itsenäiset ja johtavat viranhaltijat ovat kuntalain tarkoittamia valmistelijoita tai esittelijöitä. Jos vahingon ensisijaisena syynä on liian suuri työtaakka, pitäisi kunnassa asiasta päättävillä elimillä olla tiedossa riskit resurssien niukkuudesta. Silloin olisi perusteltua kallistua orgaanivastuuseen, jos muuta puutteita viranhaltijan toiminnassa ei pystytä osoittamaan.

Julkista valtaa voidaan joutua käyttämään ulkoistamisprosessin aikana, kuten hallintopäätöksissä ja sopimuksissa, jolloin yksityinen palvelun tuottaja alkaa tuottaa tiettyä palvelua kunnalle²⁰⁹¹. Keskeiseksi kysymykseksi näyttää nousevan vahingonkorvauslain määrittelemä julkisen vallan käsite ja sen laajuus²⁰⁹², jolloin julkisen vallan käyttöön

2085 Suviranta 2006b s. 59.

2086 Kukkonen 1996 s. 75, 317. Ks. KKO 1982 II 135. Kyseisessä oikeustapauksessa oli kysymys siitä, onko hoitopaikan työntekijä, joka oli yhdistyksellä töissä, laiminlyönyt valvontavelvollisuutensa. Vahingonkorvauslain 3:1.1 §:n on todettu, että ”työnantaja on velvollinen korvamaan vahingon, jonka työntekijä virheillään tai laiminlyönnillään työssä aiheuttaa”. Kun taas vahingonkorvauslain 3:1.2 §:n on mainittu, että julkisyhteisö vastaa silloin, ”kun vahinko on aiheutunut sellaisen julkisyhteisön työntekijän taikka yhteisöön virka- tai siihen verrattavassa palvelussuhteessa olevan henkilön virheestä tai laiminlyönnistä toiminnassa, jota ei ole pidettävä julkisen vallan käyttämisenä”.

2087 Ks. HE 187/1973 s. 16.

2088 Tuori 2004 s. 210–212.

2089 Hakalehto-Wainio 2009 s. 593.

2090 Tulokas 1979 s. 101, 103–104. Tulokkaan näkemys tuo VahinkL:n tulkintaan lisää syvyyttä mutta samalla tekee sen myös ongelmalliseksi. Ks. Paaso 1992 s. 103–104.

2091 Sutela 2003 s. 219. Vahingonkorvausoikeuden yhtenä tavoitteena on preventiivinen vaikutus ainakin yksilötasolla.

2092 Hakalehto-Wainio 2009 s. 588.

liittyviä elementtejä voidaan joutua eri ulkoistamistilanteissa tarkastelemaan hyvinkin tapauskohtaisesti. Vahingonkorvausvelvollisuus voi tulla kunnalle, jos se järjestäessään ja ulkoistaessaan palveluja käyttää *julkista valtaa ja aiheuttaa vahinkoa virheellään tai laiminlyönnillään*. Tätä näkemystä puoltaa vahingonkorvauslain mukainen luokittelu esimerkiksi siitä, onko käytetty VahL 3:2 §:n tarkoittamaa julkista valtaa vai ei ja onko viranhaltija laiminlyönyt ulkoistetun palvelun valvonnan²⁰⁹³. Kansalaisten oikeusturva ei kuitenkaan saa heikentyä, vaan julkisen vallan käsitettä olisi tulkittava vahingonkäräjien eduksi niissä vahingonkorvaustilanteissa, joissa löytyy elementtejä ja argumentteja sekä julkisen vallan käytön puolesta että sitä vastaan.

6.2.4 Korvausvelvollisuus vahingonkorvauslain mukaan

Kunnallinen vahingonkorvausvelvollisuus ulkoistamisessa voidaan jaotella hankintalain mukaisiin vahingonkorvauksiin, sopimusperusteiseen vahingonkorvausvelvollisuuteen sekä vahingonkorvauksiin, jotka pohjautuvat yleisiin vahingonkorvauksiin liittyviin säännöksiin ja periaatteisiin²⁰⁹⁴. Edellisissä luvuissa on käsitelty sopimusperusteista vastuuta, ja tässä luvussa käsitellään lakisäateistä vastuukysymyksiä, vaikka kaikissa kohdissa niitä ei ole eroteltu toisistaan.

Vahingonkorvausasioita käsitellään yleisessä tuomioistuimessa, ja hankinta-asioihin liittyviä vahingonkorvausoikeudenkäyntejä on kuntien osalta ollut hyvin vähän²⁰⁹⁵. Toisaalta on erotettava kilpailuoikeudelliset vahingonkorvausasiat, jotka voivat perustua vahingonkorvauslain 81 tai 82 artiklan rikkomiseen, silloin kun yksilön tai elinkeinonharjoittajan oikeuksia on yhteisöoikeuden näkökulmasta rikottu²⁰⁹⁶. HankL 84 §:n mukainen vahingonkorvaus on myös jäänyt oikeudellisessa tarkastelussa vähemmälle, ja se on nähty lähinnä HankL 76 §:n 1–3 kohtien mukaisten reaalikeynojen tai HankL 76 §:n 4 kohdan hyvitysmaksun lisänä.

Vahingonkorvausasioissa kunnan toimielimen ja viranhaltijan sekä niiden toimivaltasuhteiden määrittely on tietyissä kohdissa hyvin keskeistä, vaikka pääsääntöisesti vahingonkorvausvastuu kohdistuu koko kuntaan eikä yksittäiseen viranomaiseen²⁰⁹⁷. Kunnissa vahingonkorvausvelvollisuus määräytyy myös VahL 4 §:n mukaisesti. Kunnallisten luottamushenkilöiden ja viranhaltijoiden vahingonkorvausvastuu voi syntyä tahallaan tai tuottamuksella eli huolimattomuudella, taitamattomuudella tai varomattomuudella²⁰⁹⁸. Vahingonkorvausoikeudellisella virheellä tai laiminlyönnillä ei tarkoiteta samaa kuin virkavirheellä, koska viranhaltija tai kunta voi tulla vahingonkorvausvelvolliseksi siitä huolimatta, että teko tai laiminlyönti ei täyttäisi rikosoikeudellisia tai kurinpidollisia tunnusmerkkejä. Vahingonkorvausvelvollisuus rajoittuu kunnan viranhaltijan osalta siihen, mihin virkavelvollisuuskin. Asia ei kuitenkaan ole näin yksinkertainen, koska aina ei viranhaltijan velvollisuudesta ole täsmällisesti säännelty,

2093 Vrt. Tuori 2004 s. 210–212.

2094 Ks. Saarnilehto 2007 s. 27–28.

2095 HE 50/2006 s. 2–3.

2096 Alkio–Wik 2009 s. 854.

2097 Hakalehto–Wainio 2000 s. 16.

2098 Ks. Harjula–Prättälä 2004 s. 330–331. Vrt. Vilpittömän mielen suojaa voidaan antaa myös kunnan kanssa neuvotelleelle sopimusosapuolelle. Routamo–Ståhlberg 1995 s. 27.

virkaovelvollisuudesta ei ole olemassa yksityiskohtaisia säännöksiä tai viranhaltija ei ole tietoinen, mikä velvoite on sitova.²⁰⁹⁹

Aina ei ole kovinkaan yksiselitteistä, mikä virhe tai menettely oikeuttaa samaan korvausta kunnalta. Korvausvaatimukseen vaikuttaa ainakin se, mikä on tuottamuk-
sen aste ja onko tapauksessa käytetty julkista valtaa. Kolmas tärkeä kriteeri on, onko
toimen tai tehtävän suorittamiselle laatu ja tarkoitus huomioiden kohtuudella ase-
tettuja vaatimuksia noudatettu.²¹⁰⁰ Julkisyhteisön vahingonkorvauksesta on mainittu
VahL 3 luvun 1.2 ja 2.2 §:ssä²¹⁰¹ ja viranhaltijan vahingonkorvauksesta 4:2 §:ssä.
Peruseriaatteena vahingonkorvauslaissa on se, että kunnan korvausvelvollisuudessa
on nojaututtava lain standardisäännökseen. Sen mukaan kunta on julkista valtaa
käytettäessä velvollinen korvamaan virheestä tai laiminlyönnistä johtuneen vahingon
vain silloin, kun toimen tai tehtävän suorittamiselle sen laatu ja tarkoitus huomioon
ottaen kohtuudella asetettuja vaatimuksia ei ole noudatettu. Oikeuskäytäntö on myös
vahvistanut standardisäännösten yleistä merkitystä²¹⁰².

Laakso on todennut, että standardisäännöksen soveltamiselle on oikeuskäytän-
nön mukaan asetettu melko korkea kynnyks²¹⁰³. Lisäksi Mielityinen on todennut, että
julkisyhteisöjen vastuuseen liittyvä VahinkoL 3:2.2 §:n standardisäännös on hieman
ongelmallinen²¹⁰⁴. Standardisäännösten osalta näyttää siltä, että julkisen vallan aiheutta-
missa vahingoissa ei ole tavoiteltu täydellistä korvattavuutta, koska normin ulkopuolelle
jääviä loukkauksia ei korvata²¹⁰⁵. VahL 3:2.1 §:n mukainen korvausvelvollisuus koskee
myös muita yhteisöjä, jotka hoitavat julkisia tehtäviä²¹⁰⁶.

Kunnan kannalta voidaan vahingonkorvaukset luokitella anonyymiin tuotta-
mukseen ja kumuloituun tuottamukseen. Anonyymien tuottamuksen mukaisella
vahingolla tarkoitetaan vahinkoa, jossa kunta voi joutua korvausvelvolliseksi, vaikka
vahingonaiheuttajaa ei voitaisi tarkasti määrittellä. Kumuloitulla tuottamuksella
tarkoitetaan tilannetta, jossa kunta joutuu korvamaan viranhaltijoiden aiheuttamia
vahinkoja, vaikka yksittäisenä tapauksena jokaisen viranhaltijan virhe tai laiminlyönti
ei johtaisi vahingonkorvaukseen.²¹⁰⁷ Tuottamustason määrittämisessä vaikuttavat
huolellisuusvaatimus (kuinka tarkkaa huolellisuutta vahingonaiheuttajalta vaaditaan)
ja vahingonaiheuttajan tuottamuksen tietoisuuden aste²¹⁰⁸.

Jos anonyymia tai kumuloitua tuottamusta heijastellaan oikeussuojan keskeisiin
periaatteisiin, on perusteltua olettaa, että kuntaa tarkastellaan ensisijaisesti julkisen

2099 Kukkonen 1996 s. 81–83. Oikaisevan oikeudenmukaisuuskäsityksen mukaan korvausvelvoitteen
on oltava tasapainossa rikkomukseen nähden. Korvausvastuun vaatimuksena voidaan tällöin pitää
syy-yhteyttä korvausvelvollisen toiminnan ja korvattavan vahingon kanssa. Vrt. Mielityinen 2006
s. 250–251.

2100 Mielityinen 2006 s. 374.

2101 HE 291/ 1993 s. 7.

2102 Ks. KKO 2006:75. Ruotsissa vahingonkorvausvastuu julkista valtaa käytettäessä on säännelty SkL
3:2. Vrt. Warling–Nerep 1995 s. 445.

2103 Laakso 2006b s. 159. Ks. myös Hakalehto–Wainio 2009 s. 589.

2104 Mielityinen 2006 s. 375.

2105 Hakalehto–Wainio 2000 s. 76.

2106 Ks. KKO 2001:93.

2107 Kukkonen 1996 s. 112–113.

2108 Hemmo 1996 s. 111.

vallan käyttäjänä, vaikka vahingonkorvausvelvollisuus ei olisi suoranaisesti aiheutunut julkisen vallan käytöstä. Toiseksi lakia säädettäessä on tavoiteltu, että julkisen vallan käytöstä johtuvan vahingon ulottuvuus olisi erittäin laaja²¹⁰⁹. Yleensä VahL:n perusteella korvataan ainoastaan esine- ja henkilövahinkoja, mutta silloin kun vahinko on tapahtunut julkista valtaa käytettäessä, voi korvaus käsittää hyvityksen myös muusta taloudellisesta vahingosta.²¹¹⁰ Anonyymi tuottamustilanne voi aktualisoitua ulkoistamisissa etenkin epäselvissä tilanteissa, ja se voi aiheuttaa kunnalle vahingonkorvausvelvollisuuden.

Kunnan ja viranhaltijan korvausvastuussa lievän ja törkeän tuottamuksen erottelu on tärkeää, koska tahallisesti aiheutetussa vahingossa voi vahingon kärsineellä osapuolella olla mahdollisuus saada vahingonkorvausta kunnalta ja viranhaltijalta. Lievällä tuottamuksella aiheutetusta vahingosta viranhaltija ei joudu vastaamaan²¹¹¹ mutta kunnalle voi tulla korvausvelvollisuus.²¹¹²

Työnantajan vastuuta työntekijän aiheuttamasta vahingosta kutsutaan isännänvastuuksi. Sen piiriin on luettu kuntien ja valtion vastuu myös silloin, kun kysymyksessä on julkisen vallan käyttäminen. *Isännänvastuun piiri* on kuitenkin tietyissä tilanteissa hyvinkin tulkinnallinen.²¹¹³ VahL 3:1,1 kohdan mukaan isännänvastuu koskee myös kuntia tai muita julkisia yhteisöjä sekä laitoksia. Työntekijän tai virkamiehen aiheuttama vahinko tai laiminlyönti tulee kunnalle korvattavaksi VahL 3:1,2 kohdan mukaan silloin, kun toimintaa ei ole pidettävä julkisen vallan käyttönä. Kunnan vastuuta on kuitenkin rajattu siten, että vahingonkorvaus tulee kysymykseen vain, jos toimen tai tehtävän suorittamiselle sen laatu ja tarkoitus huomioiden kohtuudella asetettavia vaatimuksia ei ole huomioitu. Hoppu on todennut, että julkisyhteisöjen vastuun rajaaminen perustuu siihen, että toimielimet ja viranhaltijat ovat velvollisia käsittelemään ja ratkaisemaan monesti hyvin nopeasti asioita, joihin voi liittyä monia suuriakin vahinkoriskejä.²¹¹⁴

Vahingonkärsijän näkökulmasta kunta vastaa isännänvastuun periaatteiden mukaisesti omasta tuottamuksestaan. Vahingonkorvauslain kohdassa 3:1,3 on todettu, että

”jos se joka viranomaisen määräyksestä, luottamustoimeen valittuna tai toisen pyynnöstä suorittaa laissa määrättyä tai työsuhteeseen verrattavissa olosuhteissa tiettyä tehtävää olematta itsenäinen yrittäjä, tehtävää suorittaessaan virheellään tai laiminlyönnillään aiheuttaa vahinkoa, on se, jonka lukuun tehtävä suoritetaan, velvollinen korvamaan vahingon.”

VahL 3:1,1 ja 3:1,3 §:ien mukaan yhdeksi keskeiseksi kunnan vahingonkorvausvastuun näkökulmaksi nousee, missä *vahingonkorvauslain mukaisissa toimeksiantosuhteissa* yritys toimii. Jos kunnassa on käytetty julkista valtaa ja on aiheutettu vahinko, on ensisijaisesti

2109 Koskinen–Kulla 2005 s. 224.

2110 Tuori 2004 s. 383–385. Vrt. KKO 2009:24.

2111 Routamo–Ståhlberg 1995 s. 308; Kukkonen 1996 s. 9.

2112 Mielityinen 2006 s. 375–376; Kukkonen 1996 s. 108.

2113 Routamo–Ståhlberg 1995 s. 141.

2114 Hoppu 1998 s. 192. Hopun näkemukseen vahinkoriskien rajaamisen syistä saadaan tukea perustuslaista.

nojauduttava VahL 3:2,1 §:ään. Tässä pykälässä ei ole viitattu virkakäsitteeseen vaan työnantajaan, ja säännös on tarkoitettu sellaiseen toimintaan, jota ei pidetä julkisen vallan käyttämisenä²¹¹⁵.

Oikeuskäytännöstä näyttäisi löytyvän tietty sisäinen logiikka ainakin tahallisissa vahingoissa. Jos korvausvelvollisuus on tahallisessa aiheutetussa vahingossa kohdistettu ainoastaan julkisyhteisölle, on myös vahingonkorvausvelvollisuus tuomittu julkisyhteisölle. Silloin kun korvaus on kohdistettu viranhaltijaa ja julkisyhteisöä kohtaan, voi vahingonkorvaus olla myös yhteisvastuullinen.²¹¹⁶ Vaikka korvausvelvollisuus kohdistuisi kuntaan, voidaan siihen soveltaa esimerkiksi henkilövahingoissa yleisiä vahingonkorvauksen periaatteita. Hallituksen esityksessä on todettu, että yleisen vahingonkorvausoikeuden periaatteisiin kuuluu se, että vahingonkärsijän on yritettävä rajoittaa korvattavan vahingon määrää²¹¹⁷. Käräjäoikeuden kautta on mahdollista hakea muutosta kunnan vahingonkorvauspäätöksiin, koska kunnan päätös tiettyyn vahingonkorvausvaatimukseen on vain sen näkemys korvausvelvollisuudesta, ja ne ovat muutoksenhakukelpoisia päätöksiä. Tällöin on arvioitava asianomaisen kannalta, mihin osaan vahingonkorvausvelvollisuudessa halutaan muutosta.

Korvausvelvollisuutta voidaan lähestyä esimerkkitapausten kautta. Teknisen toimen tehtävistä esimerkiksi katujen kunnossa- ja puhtaanapito voidaan ulkoistaa joko kokonaan tai osittain kunnan omistamalle yhtiölle. Yksi yleinen tapaturmalaji on liukastuminen, josta on myös olemassa oikeustapauksia²¹¹⁸. Konkreettisenä esimerkkinä voidaan tarkastella, kenen kuuluu maksaa, jos jalankulkija liukastuu kunnan kiinteistön alueella, jonka hiekoitusta hoitaa yksityinen, ja vaatii tapaturmasta vahingonkorvausta. Tällaisessa tapauksessa vahingonkärsijän perusoikeudet on turvattava tuottamistavasta riippumatta. Perustuslain 118.3 §:n mukaan vahingonkärsijän on saatava tulkinnallisissa tilanteissa kunnalta tai tehtävää hoitavalta (palveluntuottajalta) vahingonkorvausta. Vahingonkorvauslain säännökset kattavat muut yhteisöt, jotka hoitavat julkisia tehtäviä, ja näin täsmentävät oikeudellista rajausta ulkoistamistapauksissa. Kun on pystytty erottamaan, kenen vastuulla liukastumispaikka on ollut, pitää seuraavaksi arvioida, onko eri säännöksiä noudatettu. Ulkoistuksissa on arvioitava julkisen tehtävien hoitamisen rajaa. Jos palveluntuottaja ostaa tiettyjä suorituksia aliurakoitsijoilta, liittyykö julkisen tehtävän hoitaminen VahL 3 luvun 2.1 §:n mukaisesti vain kunnan kanssa sopimuksen tehneeseen ulkoistetun palvelun tuottajaan vai useammalle tasolle?

Yleisten alueiden kunnossa- ja puhtaanapidosta annetun lain (2005/547) 4.1 §:n on todettu, että katujen kunnossapito on kunnan vastuulla. Saman lain 4.1 §:n toisessa virkkeessä on todettu, että ”tontinomistajan velvollisuutena on kuitenkin pitää tontin kohdalla oleva jalkakäytävä käyttökelpoisena poistamalla jalankulkua häiritsevää lumi ja jää sekä huolehtia liukkauden torjunnasta jalkakäytävällä”. Lisäksi saman lain 6 §:ssä on tarkennettu, että ”kunnan hallinnassa oleva tori, katuaukio, puisto ja

2115 Kukkonen 1996 s. 13. Sellaisessa tilanteessa, jossa vastuussa on sekä työnantaja että työntekijä, sovelletaan nk. kanavointisäännöstä. Sen mukaan vahinkoa kärsineen on laitettava korvaushakemus ensin työnantajalle riippumatta siitä, onko vahingon kärsinyt ulkopuolinen henkilö vai ei. Hoppu 1998 s. 192.

2116 Kukkonen 1996 s. 110–111.

2117 HE 167/2003 s. 30. Ks. Mielityinen 2006 s. 193.

2118 Ks. KKO 1998:28.

muu näihin verrattava yleinen alue on kunnan pidettävä alueen käyttötarkoituksen vaatimassa kunnossa”. Nämä esimerkit osoittavat, että tehtäviä voidaan ulkoistaa mutta vastuu on kunnalla. Toiseksi yleisten alueiden kunnossa- ja puhtaanapidosta annetussa laissa useat kohdat, kuten 6 §, antavat tilaajalle melko suuren liikkumavaran tarkastella, millaisia vaatimuksia ja ehtoja palveluntuottajalle asetetaan. Vahingonkorvausnäkökulmasta tarkkojen vastuiden ja rajapintojen läpikäyminen korostuu silloin, kun vastuu ja tuotanto jakautuvat kunnan, yksityisen palveluntuottajan (jolle tiettyjä kunnossa- ja puhtaanapitotehtäviä on ulkoistettu) ja asunto-osakeyhtiöiden kanssa. Liukastumisesimerkin pohjalta on todennäköistä, että yhtiö, jolle toiminta on ulkoistettu, joutuu maksamaan vahingonkorvauksen jalankulkijalle, jos se on laiminlyönyt velvollisuutensa²¹¹⁹.

Ulkoistamisessa pitää myös tarkastella kunnan ja tuottajan välistä sopimusta ja siihen liittyviä kohtia mitoituksen ja sanktioiden osalta. Kunta voi tietyissä tilanteissa tulla korvausvelvolliseksi myös mm. palvelun järjestäjän, toiminnan harjoittajan tai kiinteistön omistajan roolissa, vaikka palveluntuottaja olisi laiminlyönyt sopimusta. Tällöin kunnalle tulee kuitenkin mahdollisuus vaatia esimerkiksi sopimuksessa määritettyjen sanktiopykälien perusteella korvausta sopimuksen rikkomisesta.

Teknisen toimen ulkoistamiseen liittyvänä oikeudellisena esimerkkitapauksena voidaan ottaa katujen ja tiestön turvallisuuteen liittyvä KKO:n päätös.

KKO 1991:138. Rovaniemen kaupunki oli ostanut yhtiöltä kaukolämpölinjan urakoinnin, jonka yhteydessä oli laitettu varoitusmerkkejä kaivausten ympärille. Autoilija oli ajanut kaivantoon, koska varoituslaitteet oli ilkvallan vuoksi poistettu paikalta. Autoilija vaati vahingonkorvausta esinevahingosta kaupungilta ja yhtiöltä.

KKO totesi, että ”varoituslaitteisiin aikaisemmin kohdistetun ilkvallan ja kaivannon liikenteelle aiheuttaman erityisen vaaran vuoksi, yhtiön olisi tullut ryhtyä tehokkaampiin varoitoimenpiteisiin liikenteen turvaamiseksi ja siten varustaa kaivanto sellaisella varoituslaitteilla, ettei niitä olisi voitu tapahtunein tavoin ilkvallaisesti poistaa. Kun yhtiö on tämän laiminlyönyt, on se vastuussa autoilijalle aiheutuneesta vahingosta. Tien ylläpito on kuulunut kaupungille. Yhtiön suorittama työ ei kuitenkaan ole liittynyt tienpitoon. Kun poliisiviranomaiset ovat yhtiön ilmoituksen perusteella hyväksyneet liikesuunnitelman rakennuspaikalle varoituslaitteineen ja valvoneet suunnitelman toteutumista, ei kaupungilla ole ollut velvollisuutta erikseen valvoa, että tie rakennustyöstä huolimatta olisi tienkäyttäjälle turvallinen. Kaupunki ei siten ole tienpitäjänä vastuussa autoilijalle aiheutuneesta vahingosta”.

KKO hylkäsi yksimielisesti kaupunkiin kohdistuneen korvausvaatimuksen ja yhtiö todettiin korvausvelvolliseksi. Yhtiön korvausvelvollisuutta arvioitiin tuottamusarvioinnin kautta sekä ankaran huolellisuusvelvollisuuden ja liiallisen riskin kantamisperiaatteen mukaan.²¹²⁰

Kyseistä oikeustapausta voidaan hyödyntää, kun tarkastellaan ulkoistamisessa ilmeneviä vastuukysymyksiä, koska KKO:n linja korostaa tietyssä ulkoistamisissa myös tuotta-

2119 Vrt. KKO 1998:28.

2120 Vrt. KKO 1977 II 84.

jan vastuuta²¹²¹. Vaikka tien ylläpito kuului kaupungille, työ ei liittynyt tienpitoon. Jos kunnat tuomittaisiin aina teettäjän tai rakennuttajan ominaisuudessa vahingonkorvausvastuuseen, johtaisi se ulkoistamisissa ainakin pitkällä aikavälillä *laajempaan riskisuojaantumiseen ja valvonnan resursointiin alueilla*, joissa urakoitsijalla olisi paljon parempi asiantuntemus ja mahdollisuus varautua erilaisiin vahinkotilanteisiin²¹²². Poikkeukselliset luonnontapahtumat tapahtumien syy-yhteytenä voivat olla niin tilaajalle kuin tuottajalle vastuuta alentava seikka²¹²³.

Vahingonkorvauskanne kuntaa vastaan on laitettava VahL 7:4 §:n mukaan vireille alioikeudessa²¹²⁴. Kunta voi joutua vahingonkorvausvelvolliseksi, vaikka se yrittäisi mahdollisimman nopeasti järjestää puuttuvan palvelun. Tällainen tilanne voi oikeuskäytännön mukaan aktualisoitua mm. päivähoitopaikan järjestämisessä. Silloin kun kunnalla on ehdoton järjestämisvastuu, kuten päivähoitolain 11 a.1 §:ssä ja asetuksen 2 §:ssä on mainittu, voi kunnalle tulla VahL 3:2.1 kohdan mukaan korvausvelvollisuus.

*KKO 2001:93. Päivähoitopaikan saaminen oli viivästynyt, mikä oli aiheuttanut ansiotulon menetystä. Tuottamusarviointi pohjautuu päivähoitolain 11 a §:n 1 mom ja lasten päivähoitosta annetun asetuksen 2 §:ään. Näiden perusteella päivähoitohakemuksen jättäneen äidin olisi pitänyt saada lapselleen päivähoitopaikka 20.11.1996. Koska paikasta oli tieto vasta 2.12.1996, aiheutui ansiotulojen menetystä. Kunta oli vedonnut siihen, että se oli yrittänyt mahdollisimman nopeasti järjestää päivähoitopaikan tilanteessa, jossa hakijoiden määrä oli kasvanut. Enemmistö KKO:sta katsoi, että päivähoitolailla on annettu ehdoton velvoite ja jos päivähoitopaikkaa ei pystytä siihen oikeutetulle osoittamaan, merkitsee se, että tehtävälle asetettuja vaatimuksia ei ole VahL 3 luvun 2.1 §:n mukaisesti täytetty.*²¹²⁵

KKO:n päätös korostaa myös kunnan velvollisuutta järjestää määräajassa ne palvelut, joihin kuntalaisella on subjektiivinen oikeus. Tällöin hallintosopimuksen osalta kunta voi yhtäläisesti tulla korvausvelvolliseksi, ellei se pysty osoittamaan, että hallintosopimuksen solmimisen jälkeen olosuhteet ovat muuttuneet olennaisesti kunnasta riippumattoman synn takia²¹²⁶.

Sopimosapuolilla ei ole mahdollisuutta vedota siihen, että he eivät taittamattomuuden tai muun subjektiivisen asian perusteella ole voineet ennakoida sopimusrikkomuksen vaikutuksia²¹²⁷. Kunnallisessa organisaatiossa, jossa osa toiminnoista tehdään itse ja osa on ulkoistettu, voi olla vaikea kohdentaa, mihin valtuudet ja

2121 Vrt. KKO 1999:124.

2122 Oikeuskirjallisuudesta ilmenee, että liikenneväylien kunnossapidolle on asetettu hyvin tiukkoja huolellisuusvaatimuksia. Vahinkoriskiä voi lisätä vastuutahon tietoisuus tien huonokuntoisuudesta. Lisäksi korvausvelvollisuutta vahvistaa tien nopea heikentyminen niin, että tielläliikkuja ei pysty siihen varautumaan. Mielityinen 2006 s. 356–357: Ks. myös KKO 1995:69, KKO 1998:146.

2123 Ks. KKO 1980 II 20.

2124 Ks. lisää Kukkonen 1996 s. 120.

2125 Tällöin ei ole palveluun oikeutetun kannalta merkitystä sillä, kuka palvelut tuottaa, kun kunnalla on viime kädessä järjestämisvelvollisuus.

2126 Mäenpää 1989 s. 274.

2127 Kukkonen 1996 s. 125.

vastuuperusteet pohjautuvat tai täytyykö ne johtaa yleisistä periaatteista²¹²⁸. Intresipiirijattellua voidaan soveltaa vahingonkorvausoikeudellisesti kuntaan myös siten, että tietyillä normeilla suojataan julkisyhteisön etuja ja toisilla suojataan pääasiallisesti vain yksityisen etuja²¹²⁹.

Toiminnon viivästyminen tai liian hitaasti suoritettu tehtävä voi tuoda kunnalle oikeuden saada vahingonkorvauksia. Teoreettisesti olisi pystyttävä osoittamaan, onko kuntalaisella oikeus vahingonkorvaukseen tietyn ajan jälkeen ja millaisia määräaikaanormeja kyseisessä tapauksessa on annettu²¹³⁰. Oikeudellisesti tilannetta vielä monimutkaiseksi se, millaisesta ulkoistamisesta on kysymys, onko kunta asettanut määräaikoja, joiden rikkomisesta aiheutuu kuntalaiselle vahinkoa sekä johtuuko viivästyminen kunnan viranomaisen valvonnan laiminlyönnistä tai palveluntuottajasta. Oikeuskäytännössä vahingon kärsineen kannalta ei ole merkitystä sillä, onko kysymyksessä sisäisen normin tai määräyksen virheellisyys vai niiden noudattamatta jättäminen²¹³¹. Oikeustulkinnan mukaisesti voidaan kysyä, muuttuuko kuntalaisen oikeustilanne, jos ulkoistamista koskevassa sopimuksessa tai sen valvonnassa on tapahtunut laiminlyönti tai virhe.

Kunnalle on Kuntal 2.3 §:n kohdassa annettu mahdollisuus ostaa palveluja, mutta se ei vapauta kuntaa palvelujen tuottamisen vastuusta. Tätä analogiaa tukee kaksi korkeimman oikeuden oikeustapausta. Ensimmäisessä rakennusliike oli tehnyt kansanterveystyön kuntayhtymän hallitsemalle rakennukselle hiekkapuhallustyön. Urakoitsijan suorittama hiekkapuhallus oli levinnyt pysäköintipaikoilla oleviin autoihin, mikä taas oli aiheuttanut yhdelle autonomistajalle henkilö- ja esinevahinkoa. KKO totesi päätöksessään seuraavaa:

”KKO 1999:124. Vahinkoa aiheuttanut hiekkapuhallustyö on tehty kunnostettaessa rakennusta, jossa kuntayhtymä harjoittaa sairaalatoimintaa. Hiekkapuhalluspölyn leviäminen ympäristöön ei liittynyt sairaalatoimintaan, vaan Rakennustoimisto A Oy:n liiketoimintana harjoittamaan rakennuksen kunnostamiseen. Asiassa ei ole väitetty, että kuntayhtymän ja rakennusliikkeen välillä olisi muu kuin normaali urakkasopimus, tai että rakennusliike olisi epäitsenäinen suhteessa kuntayhtymään. Kuntayhtymää ei tässä tapauksessa voida pitää ympäristövahinkolain 7 §:n tarkoitettamana toiminnan harjoittajana tai sellaiseen rinnastettavana.”²¹³²

Kun kunta ulkoistaa esimerkiksi kiinteistöjen kunnossapito- ja huoltotyöt, voidaan joutua oikeustapauksessa mainittuihin tilanteisiin ja arvioimaan, kuka on korvausvelvollinen, kun palveluntuottaja aiheuttaa vahinkoa. Laissa ympäristövahinkojen

2128 Kukkonen 1996 s. 157. Kukkonen on väitöskirjassaan todennut että ”viranomaisten monikerroksisesta virkahierarkiasta johtuu, että kirjoitettujen normien ja suullisten käskyjen lisäksi virkamiehen esimiesasema, valvontavelvollisuus tai muu virkamiehen tavanomaisesta poikkeava asema saattaa aiheuttaa erityisiä vahingonkorvausoikeudellisia kysymyksiä; tämä lähinnä siitä syystä, ettei esimerkiksi jokaista esimiesasemaa tai ratkaisijan asemaa varten ole mahdollista eikä tarpeellistakaan antaa yksityiskohtaisia normeja. Tällaisissa tapauksissa vastuuperusteet joudutaan etsimään tai luomaan yleistä periaatteista”. Kukkonen 1996 s. 157.

2129 Kukkonen 1996 s. 168.

2130 Vrt. Kukkonen 1996 s. 174–175.

2131 Kukkonen 1996 s. 179.

2132 Ks. urakkasopimuksista. KKO 2007:5; KKO 1996:84.

korvaamisesta (19.81994/737) on 7 §:ssä mainittu korvausvelvollisuudesta seuraavaa:

”Siinäkin tilanteessa, että vahinkoa ei ole aiheutettu tahallisesti tai tuottamuksellisesti on korvausvelvollisuus sillä jonka harjoittamasta toiminnasta ympäristövahinko johtuu tai voidaan rinnastaa toiminnan harjoittajaan ja jolle ympäristövahingon aiheuttanut toiminta on luovutettu, jos luovutuksensaaja toiminnan saadessaan tiesi tai olisi pitänyt tietää vahingosta tai 1 §:ssä tarkoitetusta häiriöstä tai sellaisen uhasta.”

Jos ulkoistamistilanteissa tulisi ympäristövahinko, tulisi se korvattavaksi palvelun tuottajalle, etenkin jos se ei liity palvelun tilaajan toimintaan, eikä tilaajaa voida pitää YVL 7 §:n mukaisena toiminnan harjoittajana tai sellaiseen rinnastettavana. Tämä tulkinta edellyttää kuitenkin, että ulkoistetussa toiminnassa tilaajan ja tuottajan roolit sekä sopimus täyttävät YVL:n 7 §:ssä ja KKO 1999:124 päätöksessä mainitut tunnusmerkit. Toisessa KKO:n tapauksessa on korvausvelvollisuutta punnittu toiminnan harjoittajan määritelmän ja merkityksen näkökulmasta.

KKO 2001:61. Turun kaupunki oli ostanut yhtiöltä asvaltoinnin vaatiman tienpinnan tasaamisen ja tiivistämisen. Jyräys ja lanaamisesta johtuva tärinä olivat aiheuttaneet vaurioita asuinrakennuksessa, jonka omistaja oli vaatinut korvausta kaupungilta. Kaupunki oli kiistänyt, että se olisi tasoitustyön osalta toiminnan harjoittaja ja viitannut siihen, ettei sillä ole ollut toiminnallista yhteyttä tehtyyn työhön, jonka oli urakkasopimuksen perusteella suorittanut itsenäinen urakoitsija. Kaupunki oli viitannut KKO:n ratkaisuun, jossa sairaalatoimintaa harjoittavaa kuntayhtymää ei katsottu korvausvelvolliseksi. Ratkaistavana olleessa tapauksessa vahinkoa aiheuttanut toiminta sen sijaan liittyi kiinteästi kaupungin lakisääteisiin velvollisuuksiin kuuluvaan kadun rakentamiseen. Kun kaupunki siten oli itse YVL 7 §:ssä tarkoitettu toiminnan harjoittaja, kysymys ei ollut KKO:n vuoden 1999 päätöksessä tarkoitettua tilanteesta. Näin ollen kaupunki vastasi kadun rakentamisen yhteydessä mahdollisesti aiheutuneesta ympäristövahingosta tuottamuksesta riippumatta. KKO totesi päätöksessään, että kaupunki oli korvausvelvollinen YVL:n nojalla.²¹³³

Korkeimman oikeuden päätöstä voitaisiin tulkita siten, että kunnan korvausvelvollisuus riippuu hyvin pitkälti siitä, kuuluuko kyseinen toiminta kunnan toimintaan vai ei. Kunnan erityistoimialaan liittyvät palvelut voisivat vahinkotilanteissa olla YVL 7 §:n mukaisesti kunnan korvausvelvollisuuden piirissä, etenkin jos kunta tai kuntayhtymä on itse YVL 7 §:n mukainen toiminnan harjoittaja.²¹³⁴ KuntaL 2.3 § korostaa kunnan järjestämisvastuun ja tuottamisvastuun erottamista. Erityislait, kuten YVL 7 §, tarkentavat kunnan vastuuta ulkoistamisissa siten, että yhdeksi keskeiseksi kriteeriksi nousee se, onko kunta YVL:n tarkoittama *toiminnan harjoittaja*.

Sellaisissa tilanteissa, joissa kunnan viranhaltijan virkavelvollisuuksiin kuuluu valvoa tietyn ostopalvelun laatua, tarkasteltavaksi tulee viranhaltijan vahingonkorvaus-

2133 Vrt. KKO 1999:124.

2134 HE 165/1992 s. 26.

velvollisuus, jos hän laiminlyö valvonnan, jolla olisi tietyn ostettavan palvelun vahinko voitu välttää. Kysymys on hyvin hypoteettinen, koska oikeuskäytännön mukaan pitäisi pystyä tarkentamaan, onko kyseinen viranhaltija ensisijaisessa vastuussa ostopalvelu sopimuksen valvonnasta, kuuluuko se hänen virkatehtäviinsä ja mikä on tuottamuksen aste. Perustuslain 21.1 §:llä turvataan jokaiselle kansalaiselle mahdollisuus saada hoidettua asiansa asianmukaisesti ja viivytyksettä. Jos kunnallinen viranhaltija tietää, että ulkoistetun palvelun toiminnassa on virhe, joka saattaa aiheuttaa vahinkoa kuntalaisille, kuuluu hänen virkavelvollisuuksiinsa ryhtyä korjaamaan asiantilaa tai ilmoittaa virheestä toimivaltaiselle viranomaiselle²¹³⁵.

Esimerkiksi päivähoitopalvelujen ulkoistamisessa kunnalle jää valvonta ja tarkastusvelvollisuus. Jos ulkoistetussa päivähoitopalveluissa ilmenee vahinko, joka johtuu valvonta- ja tarkastusvelvollisuuden laiminlyönneistä, ei viranhaltija voi vedota menestyksellisesti ulkoistetun palveluntuottajan vastuuseen. Vahingonkorvausvastuun edellytykset täyttyvät, jos valvomaan velvollinen viranhaltija on tietoinen tai hänen olisi pitänyt huomioda, että toiminnassa on tiettyjä seikkoja tai olosuhteita, jotka saattavat edesauttaa vahingon syntymistä²¹³⁶. Jos sovelletaan julkisen vallan käyttämiseen liittyvää huolellisuusvelvollisuutta, vahingonkorvauksen lisäedellytyksenä on, että huolellisuusvaatimuskohtaa on laiminlyöty²¹³⁷.

Kunnissa ulkoistetun palvelun valvonnan järjestäminen ja itse valvonta ovat eri viranomaisilla. KuntaL 24.1 §:n mukaan kunnanjohtaja johtaa kunnanhallituksen alaisuudessa kunnan hallintoa, taloutta ja muuta toimintaa. Useissa kunnissa esimerkiksi palvelujen valvonnan järjestäminen kunnassa on kunnanjohtajan tehtävä, vaikka kunnanjohtaja ei itse välttämättä valvontaan aina suoranaisesti osallistu vaan johtaa toimintaa sisäisen valvonnan kautta. Tällöin keskeiseksi näkökulmaksi *vahingonkorvausvastuun kannalta nousee itse valvonta ja valvonnan järjestäminen*. Valvonnan järjestämisen laiminlyönneistä vastaa vain se johtava viranomainen, jonka vastuulla se on, kun taas valvonnan laiminlyönneistä vastaa johtavan viranhaltijan lisäksi se viranhaltija, jonka tehtäviin itse valvonta kuuluu²¹³⁸.

Ulkoistetun toiminnan valvonnassa on merkitystä sillä, onko kunnalliselle viranomaiselle erityisesti vastuutettu valvontavelvollisuus tai sen järjestäminen. Jos on, viranhaltija ei enää syyllisty pelkästään valvonnan laiminlyöntiin vaan myös virkavelvollisuuksiensa laiminlyöntiin. Jos kunnallinen viranhaltija laiminlyö virkavelvollisuuksiinsa kuuluvan ulkoistetun palvelun valvonnan, on kyseinen laiminlyönti nähtävä ensisijassa tuottamukselliseksi.²¹³⁹ Viranhaltijoilla ei aina ole tarkkaa käsitystä ulkoistetun toiminnan valvontavastuusta, esimiesten mahdollisesta vahingonkorva-

2135 Ks. KKO 1989:11.

2136 Kukkonen 1996 s. 277.

2137 Koskinen–Kulla 2005 s. 225. Lainvalmisteluaineistosta on todettavissa, että rikosoikeudellisen virkavastuun piiriin on haluttu laittaa myös sellainen julkisen vallan käytön valmistelu, jossa tosiasiallisesti määrätään tai keskeisesti vaikutetaan julkisen vallan käyttöä sisältävän päätöksen tai muun toimen sisältöön. HE 77/2001 s. 53.

2138 Kukkonen 1996 s. 285.

2139 Ks. Saarnilehto 2007 s. 110.

usvelvollisuudesta ja toimenpiteisiin ryhtymisestä vahingon välttämiseksi²¹⁴⁰. Myös lainvastainen tai virheellinen neuvonta voivat aiheuttaa vahingonkorvausvelvollisuuden tai rikosoikeudellisen seuraamuksen, etenkin jos neuvo aiheuttaa taloudellista vahinkoa²¹⁴¹. Ulkoistettavan palvelun valvonnasta vastuullinen viranomaislainen voi välttyä vahingonkorvauksilta tai rikosoikeudellisilta syytteiltä, jos laiminlyöntiä ja etenkin tuottamuksellista laiminlyöntiä ei ole tapahtunut, vaikka kunta olisikin yhteisöllisesti lopullisesti korvausten maksaja.

Erityislakien lisäksi näistä vahingonkorvauslain mukaisista valvontasuhteista määritellään kunnissa tarkemmin hallinto- tai johtosäännöissä tai toimenkuvuissa. Valvonnan vahingonkorvauksellisten seuraamusten kannalta ratkaisevaa on, mitä viranomaisen olisi pitänyt tietää, millaiset tosiasialliset mahdollisuudet viranhaltijalla oli estää kyseinen vahinko sekä olisiko valvovan viranhaltijan ilmoituksella pystytty estämään tai rajoittamaan vahinkoa²¹⁴². Seuraavassa KKO:n ratkaisussa oli kyse kunnan vahingonkorvausvastuusta rakennusvalvonnassa tapahtuneen laiminlyönnin vuoksi:

KKO 2008:62. Oli kysymys siitä, oliko Seinäjoen kaupunki velvollinen korvamaan yritykselle vahingon, joka oli tapahtunut rakennusvalvonnassa tapahtuneen laiminlyönnin vuoksi. Korkein oikeus totesi, että kunnan viranomaisen tehtäviin kuuluu yleisen edun mukaisesti valvoa rakennustoimintaa ja kunta käyttää siinä julkista valtaa. Kyseisessä tapauksessa keskeisiä olivat rakennuksen turvallisuuteen ja rakenteiden lujuuteen liittyvät seikat. KKO katsoi, että viranhaltija ei ollut kiinnittänyt riittävästi huomiota rakennuksen lujuuden ja turvallisuuden kannalta olennaisiin asioihin. KKO:n mukaan rakennustarkastusta suorittaessaan viranhaltija ei noudattanut tehtävän suorittamiselle laatua ja tarkoitusta huomioiden kohtuudella asetettavia vaatimuksia. Kaupunki oli näin KKO:n mukaan osaltaan vastuussa yrityksen katon sortumisen aiheuttamasta vahingosta.²¹⁴³

Lisäksi on huomattava, että kunnan viranhaltija voi KuntaL 75 §:n mukaan joutua korvausvastuuseen myös tilinmuistutusmenettelyn johdosta. Kunnanvaltuusto voi tilinpäätöksen hyväksymisen yhteydessä päättää, että tilintarkastajien muistutuksen nojalla nostetaan korvausvaatimus tilivelvollisia kohtaan. Kunnat pienentävät erilaisilla vakuutusilla taloudellista riskiä henkilö- ja esinevahingoissa sekä varallisuusvahingoissa.

Pääperiaatteena monissa hankinta- ja ostopalvelusopimuksissa on, että kunnalla ei ole erityisasemaa sopijaosapuolena²¹⁴⁴. Kunnat eivät myöskään joudu heti vahingon-

2140 Kukkonen on väitöskirjassaan Vahingonkorvaus virassa aiheutetusta vahingosta todennut, että ”oikeuskäytännön nojalla näyttää siltä, että valvontavelvollisille virkamiehille ei ole riittävän selvää, että heillä on velvollisuus ryhtyä toimenpiteisiin, jos heillä on riittävä tieto sellaisen virheen tai laiminlyönnin tai muun sellaisen seikan olemassaolosta, joka saattaa vaikuttaa vahingon syntymiseen”. Toiseksi hän ottaa esille oikeuskäytännössä vallitsevan linjauksen, jonka mukaan ylimmän esimiestason vahingonkorvausvastuuta on rajoitettu pienten tehtävien ja laiminlyöntien osalta yhteen valvontatasoon kussakin laiminlyöntitapauksessa. Kukkonen 1996 s. 296.

2141 Laakso 2006b s. 157.

2142 Ks. Kukkonen 1996 s. 283.

2143 Virkavelvollisuuden rikkomisesta. Ks. KKO 1998:41; KKO 2007:46.

2144 Hakalehto-Wainio 2000 s. 29, 32. Ruotsissa kunta voi SkL:n säännösten mukaan joutua vahingonkorvausvastuuseen silloinkin, kun julkista valtaa on annettu kunnan ulkopuolelle ja vastuun mahdollisesta vahingosta kantaa toiminnan järjestäjä. Ks. Hakalehto-Wainio 2000 s. 42.

korvausvastuuseen, etenkin jos on osoitettavissa, että palvelun tuottaja ei ole halunnut noudattaa VahL 3:2.1 §:n mukaisia tehtävän suorittamiselle kohtuudella asetettavia vaatimuksia vahingon estämiseksi²¹⁴⁵.

Kuntien tietyt toiminnot voivat joiltain osin muistuttaa avoimen sektorin sopimusperusteista toimintaa. Jos uusia tehtävienjärjestämistapoja tulkitaan hyvin suppeasti, esimerkiksi julkisen vallan käytön lähtökohdista, kuntalainen saattaa saada erilaisen kohtelun sen mukaan, kuka toiminnon on suorittanut ja onko siinä käytetty julkista valtaa. Tällöin on huomioitava, että viranhaltijan vahinko, julkista valtaa käytettäessä aiheutettu vahinko ja yrityksen vahinko eroavat toisistaan punnittaessa tahallisuutta ja tuottamusta vahingonkorvauslain mukaan²¹⁴⁶.

Kunta voi joutua sairaanhoitoon liittyvien henkilövahinkojen korvaajaksi ja korvamaan potilaan yksityisen terveydenhuollon käyttämisestä aiheutuneet kustannukset. Sairaanhoitokustannusten tarpeellisuus tarkoittaa korvattavuuden osalta sitä, että kulut kuuluvat yleisesti hyväksytyyn lääketieteellisen käsityksen mukaisiin hoitoihin ja tutkimuksiin. Yksityisen terveydenhuoltopalvelun tuottajan käytöstä tulleet lisäkulut ovat tietyissä tilanteissa korvattavissa, esimerkiksi jos kuntalaisella ei ole vastaavaa hoitoa saatavissa julkisella puolella, sitä ei ole saatavissa kohtuullisessa ajassa tai tilanteissa, joissa korvausvelvollisuuden kokonaismäärä rajoittuu tai pienentyy yksityisen palvelun käytön johdosta.²¹⁴⁷ Edellä mainitut VahL 5 luvun kohdat²¹⁴⁸ ja hallituksen esityksestä ilmenneet korvattavuuskriteerit vahvistavat osaltaan kunnan koko terveydenhuollon järjestämisvastuuta, koska vahinkotilanteissa kuntalaisella on myös oikeus saada kohtuullisessa ajassa tarpeellista hoitoa tai muuten kuntalainen voi olla oikeutettu käyttämään puhtaasti yksityisiä palveluja.

Lisäksi sosiaali- ja terveydenhuollon *asiakasmaksusta annetusta laista on löydettyvissä hoitopalvelujen järjestämiseen* liittyviä kysymyksiä. Sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuL 13a §:n mukaan palvelun käyttäjällä on oikeus saada korvaus hoidosta esimerkiksi tapaturmavakuutuslain tai liikennevakuutuslain nojalla tai muun lain perusteella, jossa säädetty korvaus määräytyy tapaturmavakuutuslain säännösten mukaan²¹⁴⁹. Lain ongelmana on kuitenkin, että sen 13a §:n 3 momentin mukaisesti sairaanhoitopalvelua antanut julkinen terveydenhuollon toimintayksikkö tai sairaanpalvelun järjestämisestä vastuussa oleva kunta tai kuntayhtymä *ei ole asianosaisen asemassa sellaisissa* tapauksissa, joihin liittyy hoitopalvelujen käyttäjän oikeus korvaukseen vammasta tai sairaudesta 1 momentissa mainittujen lakien perusteella. Tällöin kunta

2145 HE 187/1973 s. 17.

2146 Vrt. Bruun–Mäenpää–Tuori 1995 s. 225–227; Kukkonen 1996 s. 75–156.

2147 HE 167/2003 s. 30–31 s. 6. Mielityinen 2006 s. 194.

2148 Tarkemmin määritelty myös VahL 3 luvun 2 §:ssä ja 4 luvun 1 §:ssä (31.5.1974/412).

2149 Hoitopalveluista vastaavalla kunnalla on oikeus saada kyseisten lakien perusteella korvausvelvolliselta vakuutuslaitokselta tai Valtionkonttorilta säännöksissä mainittu maksu, joka on korkeintaan hoitopalvelujen järjestämisestä aiheutuneiden kustannusten määrä vähennettynä käyttäjältä saaduilta asiakasmaksuilla. Kyseisen 13 § a 2 momentin mukaan hoitopalveluiden järjestämisestä aiheutuvilla kustannuksilla tarkoitetaan sellaista maksua, jonka kuntayhtymän ulkopuolinen kunta ErikaisL 42–43 §:ien mukaisesti maksaisi kuntayhtymälle kuntalaistensa hoitokustannuksiksi, jos kunnan olisi maksettava hoito. Jos taas hoito tapahtuisi kunnan ylläpitämässä sairaalassa, terveyskeskuksessa tai muissa terveydenhuollon toimintayksiköissä, palvelun järjestämisestä aiheutuvilla kustannuksilla tarkoitetaan sellaista maksua, joka kansanterveysL 22.2 §:n mukaisesti peritään potilaan kotikunnasta.

tai kuntayhtymä voi jäädä asiakasmaksulain 13a §:n sanamuodon mukaisesti ilman korvausta, jos palvelun käyttäjällä ei kyseisessä tilanteessa ole oikeutta korvaukseen mainittujen lakien perusteella. Kunta ei siis voisi olla asianosaisen roolissa, vaan se *velvoitetaan sairaanhoidon järjestämisvelvollisuuteen liittyvien säännösten perusteella takaamaan ja antamaan tarvittava* hoito niissäkin tapauksissa, joissa kunta ei saisi henkilövahingoissa sairaanhoitopalvelujen tuottamisesta aiheutuneita kustannuksia vakuutusyhtiöltä.

VahL 3:2.1 §:ää on tulkittu myös siten, että yksityisoikeudellisten tahojen vahingonkorvausvastuu on hieman laajempi kuin kunnan²¹⁵⁰. Lisäksi STVOL 4.1 §:n kohdan 4 mukaisten sosiaali- ja terveydenhuollon palveluiden ulkoistuksiin ei suoranaisesti voida soveltaa VahL 3:2.1 §:ää – lakisääteistä ja sopimusperusteista vahingonkorvausvastuuta on arvioitava kyseisten säännösten osalta yksittäin ja erikseen. Terveydenhuollossa vahingonkorvausmenettelyn ongelmana näyttää olevan se, onko asiakas kunnallisessa vai yksityisessä ostopalveluna ostettavassa hoitojonossa, koska korvauskäytäntö ei ole samanlainen²¹⁵¹. Kun kunta on ulkoistanut terveydenhuollon palvelut, pitäisi vahingonkorvausasioita pystyä käsittelemään ja arvioimaan palvelun järjestäjää velvoittavaan normistoon tukeutuen²¹⁵².

Asiaa monimutkaistaa kuntalaisen näkökulmasta se, että korvausvelvollisuus yleensä edellyttää, että pystytään osoittamaan ne tekijät, joiden mukaan ulkoistetun palvelun tuottajan toiminta tai teko on johtanut vahinkotilanteeseen²¹⁵³. Oikeuskäytännössä on katsottu kuntien vastuulla olevan, että julkiseen infrastruktuuriin liittyvät asiat, kuten tiet ja vesijohdot, ovat käyttökunnossa, ellei muuta ilmoiteta²¹⁵⁴. Kunnat eivät vastaa vahinkotilanteesta ensisijaisesti kaikista ulkoistetuista toiminnoista. Punnettavina asioina on, oliko kunnalla lakisääteinen velvollisuus kyseiseen toimintaan ja oliko sopimusta loukattu sekä mitä rajoituksia sopimusperusteiseen ja lakisääteiseen vastuuseen liittyy tietyssä tilanteessa.

Vahingonkorvauslaissa liikutaan joustavien normien maksimoinnissa²¹⁵⁵, jolloin ulkoistetun palveluiden vastuiden sääntelemättömyys aiheuttaisi vahinkotilanteissa kunnalle ja oikeusturvaa peräville kuntalaisille hyvinkin ennalta arvaamattomia tilanteita. Ongelmia aiheuttaa se, onko ulkoistetun palvelun tuottaja itsenäinen yrittäjä vai TSL 1 §:n (436/1946) tarkoittama työsopimussuhteinen henkilö. Tällä on ulkoistamisissa olennainen merkitys vahingonkorvauslain kannalta: VahL 3 luvun 1.3 §:n mukaan, jos palvelun tuottajalla ei ole oikeudellisesti katsottuna yrittäjän asemaa, vastaa vahingoista se, jonka tilauksesta tehtävä tehdään. Oikeudellisesti kunnan isännänvastuu näyttää

2150 Rasinmäki 1997 s. 437.

2151 Paaso 1992 s. 254–255.

2152 Vrt. Paaso 1992 s. 263. Rasinmäki 1997 s. 439. Sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottaminen on pääsääntöisesti tosiasiallista hallintotoimintaa, johon ei liity julkisen vallan käyttöä kuin tietyissä poikkeustilanteissa. Tällaisia tilanteita voivat olla laitospalvelut, joissa voidaan tarvita tosiasiallisen julkisen vallan käytön lisäksi myös yksilön oikeuksiin liittyvää määrämutoista päätöksentekoa. Huhtanen 2005 s. 136.

2153 Sutela on todennut teoksessaan Sosiaali- ja terveyspalvelujen ulkoistaminen, että ostopalveluiden käyttäjällä on mahdollisuus hakea vahingonkorvausta esim. silloin, kun hoidon huono laatu on aiheuttanut kärsimystä tai vammaa. Ongelmaksi voi kuitenkin muodostua asian toteennäyttäminen ja yhteisvaikutusten selvittäminen. Sutela 2003 s. 188–189.

2154 Paaso 1992 s. 95.

2155 Aho 1985 s. 32.

konkretisoituvan silloin, kun palveluntuottajalta puuttuu yrittäjäasema tai toiminta jää pk-yrityskäsitteen sisälle.²¹⁵⁶ Vahingonkorvausoikeuden säännökset eivät tunnista ainakaan välittömästi kunnan korvausvelvollisuutta sellaisissa tilanteissa, joissa palvelu on ulkoistettu yksityiselle ja kunta vastaisi vahingoista²¹⁵⁷.

Oman ryhmänsä muodostavat potilasvahinkolain säännökset. Lain 4.1 §:ssä on mainittu, että terveyden- ja sairaanhoitotoimintaa tarjoavilla tahoilla on oltava vakuutus henkilövahinkojen takia²¹⁵⁸. Korvaukset käsitellään erillisessä potilasvahinkolautakunnassa, ja sieltä korvaus mahdollisesti etenee riita-asiana yleiseen alioikeuteen. Potilasvahinkolain 2 §:ssä on seitsenkohtainen luettelo siitä, mitä korvauskelpoisuuteen luetaan. Pääsääntöisesti korvauskelpoisia ovat ne henkilövahingot, jotka ovat johtuneet tutkimuksesta, hoidosta tai muusta vastaavasta toimenpiteestä, sekä sellaiset vahingot, jotka ovat johtuneet tiettyjen toimenpiteiden laiminlyönnistä²¹⁵⁹. Korvauksen potilasvahingosta antaa vakuutusenantaja tai potilasvakuutusyhdistys sellaisissa tilanteissa, joissa vastuuvakuutusta ei ole. Potilasvahinkolain mukaan vähäinen vahinko voidaan käsitellä yleisessä alioikeudessa eikä siitä makseta korvausta.²¹⁶⁰

Kuten jo edellä on huomattu, ovat kunnan korvausvelvollisuusmuodot ja -tilanteet ulkoistamisen kannalta hyvin moninaisia. Ulkoistamisissa, joissa sopimus tehdään yrityksen kanssa, kunnilla ei ole välitöntä vahingonkorvausvelvollisuutta etenkin sellaisissa tilanteissa, joissa ulkoistetut palvelut eivät ole lakisääteistä toimintaa. On kuitenkin ainakin *kaksi ongelmallista ulkoistamistilannetta*, joissa kunta voi joutua vahingonkorvausvastuuseen. Ensimmäiseksi kunta voi joutua korvausvelvolliseksi *isännänvastuun nojalla*, josta on määritelty VahL 3 luvun 1.1 §:n mukainen toimeksiantosuhte, työn laatu ja muut olosuhteet²¹⁶¹. Toiseksi kunta voi joutua korvausvelvolliseksi sellaisissa palveluiden ulkoistamisissa, joissa sillä on *järjestämismvastuu*. Tällöin voidaan vedota sopimusvastuukysymykseen tai VahL 3:2 §:n mukaan julkisen vallan käyttöön palvelujen järjestämisessä. Tätä käsitystä puoltaa ainakin välillisesti oikeustapaus, jossa keskeisenä tekijänä oli kuntayhtymän korvausvelvollisuus.

*KKO 1998:79. Sairaala oli ostanut Virosta potilaalleen sydämen ohitusleikkauksen, jossa potilas oli kuitenkin saanut virustartunnan. Kun sairaala oli laittanut potilaalle lähetteen toiseen sairaalaan, olisi se käyttänyt julkista valtaa. Keskeisenä kysymyksenä oli sairaalalain vastuuperiaate, josta KKO mainitsi, että sairaala on vastuussa ostopalveluina tehdyistä hoitotoimenpiteistä. Kuntayhtymä ei ollut velvollinen korvamaan vahinkoa, koska ei osoitettu, että kyseiselle tehtävälle asetettuja vaatimuksia ei olisi kohtuudella noudatettu. Potilas sai potilasvahinkolain nojalla korvauksen, jonka KKO arvioi kattavan myös ostopalvelusta tulleen vahingon.*²¹⁶²

2156 Rasinmäki 1997 s. 443–444.

2157 Aho 1985 s. 32; Vrt. Rasinmäki 1997 s. 443.

2158 Potilaalla tarkoitetaan hallituksen esityksessä terveyden- ja sairaanhoitopalveluja käyttävää tai kansalaista, joka on niiden kohteena. HE 185/1991 s. 13.

2159 Sutela 2003 s. 189.

2160 Routamo–Ståhlberg 1995 s. 96–97.

2161 Kiiha 2002 s. 168–169; Sutela 2003 s. 186.

2162 Ks. PotilasvahinkoL (585/1986).

Jos tätä oikeustapausta arvioitaisiin ainoastaan isännänvastuun mukaisesti, kyseinen sairaala ei olisi ollut vastuussa ostopalvelusta²¹⁶³. Tapaus vahvistaa tulkintaa, että kunta voi joutua vastuuseen ulkoistettujen palvelujen virheistä, etenkin jos niissä käytetään julkista valtaa. Jo lääkärin asema on joiltain osin analoginen virkamiesaseman kanssa. Virkavastuussa ja lääkärinvastuussa on eroja, mutta niissä voidaan kuitenkin nähdä myös paljon yhtäläisyyksiä.²¹⁶⁴ Lisäksi kunta voi joutua *välillisesti vahingonkorvausvastuuseen* valvonnan laiminlyönnistä esimerkiksi sellaisten ulkoistettujen palveluiden osalta, joissa erityislainsäädännössä on annettu kunnalle valvontavelvollisuus palvelun tuottamisesta.

Kunnat ovat monesti tuoneet esiin niiltä vaadittavien tehtävien määrän resursseihin nähden. Kysymykseksi nousee, voiko kunta vedota menestyksellisesti mahdollisessa vahingonkorvaustilanteessa kiireeseen tai resurssien vähäisyyteen. Tätä kysymystä valottaa KKO:n tapaus, jonka lopputuloksena oli, että vetoaminen kiireeseen ei ollut hyväksyttävä peruste vahingonkorvauksen epäämiselle. Kyseisessä päätöksessä rakennuslupa oli kohdistettu väärälle kiinteistölle.²¹⁶⁵ Hallituksen esityksessä on mainittu, että standardisäännöstä voidaan jättää soveltamatta ja pyrkiä tehokkuuteen tietyllä riskilläkin, jos mm. terveyteen, vapauteen ja varallisuuteen liittyvät vahingot eivät ole uhattuna²¹⁶⁶. Kunnalla ei ole mahdollisuutta välttää vahingonkorvausta ainakaan kiireeseen vedoten. Ulkoistamista valvova viranomainen voi pienentää vastuutaan ja mahdollista korvausta, jos hän on ilmoittanut esimiehelleen yksilöidysti kiireen tai resurssien vähäisyyden aiheuttavan puutteita valvonnassa²¹⁶⁷. Hyvin organisoitu valvontakaan ei estä kunnallisessa toiminnassa kaikkia vahinkotilanteita. Kun kunnallisissa ulkoistamisessa aktualisoituu vahinkotilanne, ei vastuuta voida sulkea pois resurssien vähäisyyden perusteella. Kunta voi joutua korvaamaan vahingon, joka syntyy tietoisesta turvallisuudesta tinkimisestä²¹⁶⁸.

Vahingonkorvauksiin liittyy myös se, milloin kunnalla on mahdollisuus saada vahingonkorvausta, jos palveluntuottaja on toiminut kilpailusäännösten vastaisesti. Kilpailunrajoituslaissa (480/1992) ja EY:n perustamissopimuksen 81 ja 82 artikloissa on käsitelty sopimuksia ja järjestelyjä, jotka voivat olla kiellettyjä sen perusteella, että ne rajoittavat kilpailua markkinoilla. Kunnan kannalta ongelma on kuitenkin se, että kaikkia kunnan järjestämistä vastuuseen liittyviä palveluja ei voida pitää elinkeinon harjoittamisena. Sellaisissa ulkoistuksissa, joissa palveluntuottaja olisi *rikkonut kilpailunrajoituslakia*, olisi kunnalla mahdollisuus saada vahingonkorvausta sopimusoikeudellisen vahingonkorvausvastuun kautta tai siten, että kunta hakee korvausta suoraan vahingonkorvauslain nojalla. Jälkimmäinen ei vaadi sopimussuhdetta vahingonaiheuttajaan, eikä kunnan tarvitse olla elinkeinonharjoittajan asemassa.²¹⁶⁹ Lisäksi on erotettava

2163 Kiiha 2002 s. 170–171.

2164 Paaso 1992 s. 71.

2165 Kyseisessä tapauksessa kaupunki oli vedonnut rakennuslautakunnan ylityöllistettyyn tilanteeseen ja siihen, että kohtuudella asetetuista vaatimuksista oli pidetty kiinni. KKO määräsi kaupungin maksamaan vahingonkorvausta rakentamisesta ja rakennuksen purkamisesta sekä jutun hoitamis-kuluja. KKO 1985 II 39.

2166 HE 291/1993 s. 5.

2167 Kukkonen 1996 s. 279.

2168 Hakalehto-Wainio 2003 s. 109.

2169 Ks. Havu 2009 s. 38–39.

erillisenä näkökulmana *hankintalain mukaiset vahingonkorvauksen* edellytykset, jotka voivat HankL 84 §:n mukaan tulla kysymykseen, jos ehdokkaalla tai tarjoajalla olisi ollut todellinen mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu.

Kokoavasti voidaan todeta, että ulkoistettavien palveluiden vahingonkorvausvelvollisuus voi ilmetä monissa tilanteissa. Sosiaali- ja terveydenhuollossa hoidetaan lain tai asetuksen mukaisia julkisia tehtäviä, ja niiden eri vahinkotilanteissa on tarkasteltava, onko laatu ja tarkoitus huomioiden kohtuudella asetettavia vaatimuksia noudatettu²¹⁷⁰. Kohtuudelle asetettavat vaatimukset ilmenevät tarkemmin oikeuskäytännöstä²¹⁷¹. Ulkoistamisissa voidaan tarvita hyvinkin erilaisia vahingonkorvaustilanteiden jaotteluja. *Lakisääteisen vahingonkorvausvastuun* ja sopimusperusteisen vastuun erot on purettava silloin, kun tarkastellaan vastuukysymyksiä tilaajan ja tuottajan sekä alihankintasopimusten kannalta²¹⁷². Kunnan pitäisi tilaaja-tuottajamallin mukaisissa palvelusopimuksissa tarkasti määritellä tai ohjeistaa (omaa tuotantoa) eri osapuolia sopimuksista, jotta kunnalla olisi tietyissä tilanteissa mahdollisuus saada ulkopuoliselta palveluntuottajalta *sopimusperusteista korvausta* vahinkotilanteissa. Ulkoistuksen osalta tilannetta voi kuitenkin monesti monimutkaistaa se, että kaikki edellä mainitut käsitteet eivät ole käytännön sopimustoiminnassa aina selkeitä ja vakiintuneita eivätkä osapuolten tiedossa. Vahinkotilanteissa joudutaan tarkastelemaan alusta alkaen, missä suhteessa ja kenen vastuulla tehtävien tai toimen hoito on ollut sekä millaisesta vahingosta tai laiminlyönnistä on kyse.

Vaikka vahingonkorvaustilanne voi tulla eteen monesta syystä ja usean eri tahon kautta, on kunnan kannalta erotettavissa ainakin kaksi selkeätä pääsääntöä. Kun korvaus on sopimusoikeudellinen asia, kuten sopimuksen rikkominen tai laiminlyönti, ja sopimuksessa on maininta sopimussakosta, *liittyvät sopimus ja kyseinen vahingonkorvaus* kiinteästi toisiinsa. Toinen keskeinen näkökulma on, onko toiminta, jossa vahinko on sattunut, kunnan lakisääteistä toimintaa ja onko vahinko aiheutettu julkista valtaa käyttäessä.

6.3 Konfliktinratkaisumenetelmät ristiriitojen sovittelussa

Laajojen ja monimutkaisten ulkoistamisten vähyys kunnallisella puolella on johtanut siihen, että ulkoistamisia ei ole tarkasteltu sopimuskonstruktion näkökulmasta. Ulkoistettua toimintaa voidaan tarkastella oikeudellisen sopimustoiminnan lisäksi laajempänä ulkoistamisprosessina, jonka aikana sopijaosapuolten toimintaympäristössä voi tapahtua muutoksia, jotka taas voivat aiheuttaa konflikteja. Ulkoistamisessa sopimusriidat voivat johtua laatuongelmista tai olosuhteiden muuttumisesta siten, että niihin ei ole varauduttu tai niitä ei ole huomioitu. Lisäksi sopimuksessa olevat epäselvät tai vaikeasti ymmärrettävät kohdat lisäävät erimielisyysriskiä.²¹⁷³

2170 Saarnilehto 2007 s. 97–99.

2171 Ks. Saarnilehto 2007 s. 96.

2172 Vrt. HE 50/2006 s. 46–48. Kyseinen asia liittyy myös kokonaissuunnitelmallisuuteen hankinta-sopimuksen valvonnan ja laadun osalta.

2173 Vrt. Hemmo–Könkkölä–Norros 2008 s. 561.

Pitkissä ja monimutkaisissa sopimuksissa tulee vastaan todennäköisesti tulkinnallisia tilanteita tai jopa konflikteja. Tällaisessa tilanteessa voidaan käyttää vaihtoehtoisia konfliktinratkaisumenetelmiä, jotka eroavat perinteisestä oikeusdogmaattisesta lähestymistavasta. Epäviralliset konfliktinratkaisumenetelmät eivät rajoitu kaikilta osin pelkästään oikeuteen, mutta niitä pidetään kuitenkin oikeuskulttuuriin lukeutuvana ilmiönä.²¹⁷⁴ Mittavissa ja monimutkaisissa ulkoistamista koskevilla sopimuksissa on erittäin harvinaista, että tietty kohta tai näkökulma aiheuttaisi sopimusriidan osapuolten välillä. Osapuolet pystyvät yleensä ratkaisemaan erilaiset näkemykset tarkastelemalla esimerkiksi tarjouspyyntöä, sopimusasiakirjoja sekä toimialaan liittyviä säännöksiä ja periaatteita kokonaisuutena, jolloin pystytään välttämään ainakin suurimmat konfliktit.

Konfliktiteorioiden mukaan konflikti on kahden osapuolen erimielisyys. Sen muotoja ovat esimerkiksi intressikonfliktit ja arvokonfliktit²¹⁷⁵. Konflikteja on selvitetty mm. legaalisesta, oikeussosiologisesta, oikeushistoriallisesta ja oikeuspoliittisesta perspektiivistä. Vaihtoehtoisella konfliktinratkaisumenetelmällä voidaan painottaa sopijaosapuolten itsesääteilyä, ja perinteiseen sopimusriita-asiaan nähden se on monesti halvempi ja nopeampi ratkaisu. Toisaalta vaihtoehtoinen konfliktinratkaisumenetelmä antaa paremman mahdollisuuden säilyttää osapuolten väliset suhteet riidan jälkeen, ja sovittelussa ei tule samanlaista voittaja-häviöjäasetelmaa kuin oikeudenkäynnissä.²¹⁷⁶ Konfliktinratkaisun menettelyt voidaan jaotella lukuisiin eri muotoihin, kuten tuomitsemiseen, sovintomenettelyyn, neuvotteluun ja välimiesmenettelyyn. Kunnallisissa ulkoistamisissa toimivimmat ja nopeimmat konfliktinkäsittelymenetelmät ovat käsityksenä mukaan välimies-, neuvottelu- ja sovittelumenettely – edellyttäen, että osapuolilla on tahtoa ja halua jatkaa sopimusta.

Välimiesmenettelyn perusteena on sopimusvapaus²¹⁷⁷. Siinä annetaan sopimuksen erimielisyydet ratkaistavaksi kolmannelle, puolueettomalle taholle. Osapuolilla ei ole mahdollisuutta hakea päätökseen muutosta yleisestä tuomioistuimesta. Välimiesmenettelyn käytöstä on sovittava välimiesmenettelylain mukaan sopimuksessa. Jos sitä tarvitaan jo ennen lopullisen sopimuksen tekoa, täytyy osapuolten olla yksimielisiä sen käytöstä. Vuonna 1992 hyväksytyn välimiesmenettelylain valmistelussa ei ole pystytty huomioimaan sellaisia julkisoikeudellisiin säännöksiin liittyviä toiminta- ja sopimusvapauden rajoituksia, jotka voivat vaikuttaa palveluntuottajien oikeussuhteisiin.²¹⁷⁸ Lain valmisteluaineistosta kuitenkin ilmenee, että pakottavien oikeusohjeiden soveltamista vaativia yksityisoikeudellisia riitakysymyksiä on myös mahdollista ratkaista välimiesmenettelyssä²¹⁷⁹. Jos välitystuomion yksityisoikeudellinen riita-asia on pohjautunut pakottavan säännöksen tulkintaan, ei välitystuomio sido kilpailuvirastoa tai markkinaoikeutta²¹⁸⁰.

Sovittelua pidetään tuomioistuinmenettelyn ohella yhtenä vartenotettavimmis-

2174 Ks. Esimerkiksi Ervasti 2000 s. 1237.

2175 Ervasti 2002 s. 127.

2176 Ks. tarkemmin Ervasti 2002 s. 138.

2177 Välimiesmenettelystä kilpailuoikeudellisissa asioissa ks. Alkio–Wik 2009 s. 872.

2178 Peltonen 2005 s. 299,301.

2179 HE 202/1991 s. 22.

2180 Peltonen 2005 s. 312.

ta konfliktinratkaisumenetelmistä. Sen ensisijaisena päämääränä on monesti saada aikaan hyväksyttävä sopimus osapuolten välille. Sovintomenettelyn puolestapuhujat ovat painottaneet sen vahvuuksia tuomioistuinmenettelyyn ja välimiesmenettelyyn nähden.²¹⁸¹ Argumentteina sovittelun puolesta on käytetty sen joustavuutta, mahdollisuutta saada aikaan luovempi sopimus, halpuutta ja nopeutta sekä osapuolten parempia mahdollisuuksia kontrolloida konfliktia. Lisäksi voidaan saada neutraalimpi ratkaisu kummankin osapuolen kannalta, eikä osapuolten välille tule yhtä jyrkkää jakoa kuin tuomioistuinmenettelyssä.²¹⁸²

Vaihtoehtoisia konfliktinratkaisumenetelmiä on myös kritisoitu julkisen vallan roolin ja ohjauksen pienenemisen takia, koska kompromissit eivät aina noudata pakkottavia normeja. Toiseksi vaihtoehtoisissa konfliktinratkaisumenettelyissä osapuolten tasavahvuus ei toteudu parhaalla mahdollisella tavalla.²¹⁸³ Kunnallisessa ulkoistamisessa ei ole pystytty tai osattu aina kiinnittää tarpeeksi huomiota preventiiviseen sopimustoimintaan. Sopimusyhteistyötä on kehitettävä ja selkeytettävä jatkuvasti niin, että konfliktitilanteet minimoidaan. Korvausvelvollisen vahva taloudellinen asema on monesti vahingonkäräjän taloudellista tilannetta olennaisempi mittari sovitteluharkinnassa sellaisissa tilanteissa, joissa vahingon kärsineellä osapuolella ei ole erityistä korvaustarvetta.²¹⁸⁴

Kunnallishallinnossa käytetyissä menetelmissä ja sopimustoiminnan ongelmanratkaisukeinoissa on monesti kyseessä joku *konfliktinkäsittelymenetelmien muodoista*, vaikka ne eivät ilmene puhtaina. Tätä ei kuitenkaan kunnissa yleensä tunnisteta, vaan sovittelut etenevät yleensä neuvotteluina sopijaosapuolten välillä.

Jos konfliktitilanteessa ei löydetä yhteisymmärrystä, etenee asia virallisemmin hallintoriita-asiana, käräjäoikeusasiana tai välimiesmenettelyyn. Ei voida antaa tyhjentävää vastusta siihen, mitkä asiat ja millaisissa ulkoistamisissa puoltavat sovittelun käyttöä. On kuitenkin nähtävissä, että kokonais- ja osa-alueen ulkoistamisten lisääntyessä eri konfliktinratkaisumuodoille olisi tarvetta. Ilmeistä kuitenkin on, että yksityisoikeudellisissa sopimuksissa kyseiselle menettelylle olisi enemmän tilausta jo eri oikeusasteiden ruuhkautumisen takia.

Isoissa ulkoistamistapauksissa sovittelua puoltavat tietyt argumentit, kuten nopeus ja mahdollisuus hallita tilannetta. Lisäksi useissa kunnan kannalta kriittisissä toiminnissa voi jo kunnan kokonaisedun kannalta olla tarkoituksenmukaista saada nopeasti ratkaisu tietyn palvelun tuottamisen jatkumisesta – etenkin silloin kun vaihtoehtoja palvelun tuottamisen näkökulmasta on vähän.

2181 Ervasti 2000 s. 1248–1249.

2182 Hemmo–Könkkölä–Norros 2008 s. 573–574. Ks. Ervasti 2002 s. 138.

2183 Ervasti 2000 s. 1255–1256.

2184 Hemmo 1996 s. 76.

7. LUKU

Oikeusturvakeinot ja muutoksenhaku

7.1 Sääntöjen sovellettavuus

Muutoksenhakua voidaan tarkastella kuntalaisten ja asianosaisten kannalta. Ulkoistamisissa niin kuin kaikissa kilpailuttamisissa oikeusturvakeinoja voidaan käyttää monessa tilanteessa²¹⁸⁵. Hallituksen esityksessä hankintalaiksi vuodelta 1997 todettiin, että muutoshakemuksen markkinaoikeuteen voi laittaa vireille jokainen, jota asia koskee. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että yritys voi olla hakijana, jos sillä on tai olisi ollut mahdollisuus menestyä tarjouskilpailussa, joka olisi toteutettu hankintalain mukaisesti.²¹⁸⁶ Vuonna 2002 hankintamenettelyyn liittyviä oikeusturvamekanismeja uudistettiin siten, että ehdokkaille ja tarjoajille on ilmoitettava kirjallisesti perusteluineen, jos heidät ollaan sulkemassa tarjouskilpailusta. Ehdokkaille ja tarjoajille on myös kirjallisesti ilmoitettava tarjouskilpailun ratkaisu ja siihen liittyvät perusteet muutoshakemusosoituksineen.²¹⁸⁷

Ulkoistamisprosessin eri vaiheissa sovelletaan eri säännöksiä, joiden keskinäistä järjestystä joudutaan usein punnitsemaan. Esimerkiksi hallintolakia sovelletaan, jos muuta erityislakia tai säännöstä ei ole annettu eli *lex specialis derogat legi generali*-oppien mukaisesti, jonka mukaan erityislaki syrjäyttää yleislain²¹⁸⁸. Ulkoistuksissa *lex specialis*-periaatetta joudutaan tarkastelemaan kokonaisuuden yleissäännösten ja erityissäännösten kautta, jolloin jälkimmäiset täydentävät ja tarkentavat ensimmäistä.

2185 HankL 77 §:ssä on määritelty, että jos tarjoaja ei ole tyytyväinen kunnan kilpailuttamismenettelyyn, se voi laittaa hakemuksen markkinaoikeuteen 14 päivän kuluessa siitä, kun se on saanut kirjallisen tiedon tarjouskilpailusta poissulkemisesta tai tarjouskilpailun ratkaisusta. Vanhassa hankintalaissa 1505/1992 oli maininta, että tarjoajan on ennen hakemusta ilmoitettava tästä kirjallisesti tarjouden pyytäjälle. Nykyisessä hankintalaissa kyseistä mainintaa ei enää ole.

2186 HE 69/1997 s. 22.

2187 Ks. HE 101/2001 s. 1–2; Siitari–Vanne 2002 s. 120. Hankintalakiin tuli 2005 uusi 7a §, jonka mukaan kunnan on tehtävä myös hankintamenettelyistä kirjalliset päätökset hakemusosoituksineen, ja nämä on saatettava asianosaiselle tiedoksi. HE 50/2006 s. 17.

2188 Asetusten ja hallintolainkäyttölain suhde aiheuttaa monelta osin tulkinnallisuutta. Keskeiseksi punnintakriteeriksi nousee, onko asetus annettu ennen vai jälkeen hallintolainkäyttölain voimaantulon. Etenkin ennen hallintolainkäyttölakia annettu asetus syrjäyttää hallintolainkäyttölain. Tätä on perusteltu sillä, että hallintolainkäytöstä on ennen hallintolainkäyttölakia annettu asetuksentasoisia säännöksiä niin paljon, että niitä ei ole pystytty nostamaan lain tasolle. Asiaa monimutkaistaa vielä se, jos alkuperäinen säännös on annettu ennen hallintolainkäyttölain voimaantuloa mutta asetusta on tarkennettu hallintolainkäyttölain voimaantulon jälkeen. Tällöin hallintolainkäyttölaki syrjäyttää asetuksen, ellei kyseisestä asetuksesta ole annettu muuta erityisvaltuutusta laissa. Muuten pääsääntönä on, että hallintolainkäyttölaki syrjäyttää sen kanssa ristiriidassa olevan asetuksen, jos asetus on annettu hallintolainkäyttölain voimaantulon jälkeen. Hallberg–Ignatius–Kanninen 1997 s. 63–67.

Lex posterior derogat legi priori -periaatteen mukaan samantasoinen myöhempi säännös syrjäyttää normikonfliktitilanteessa aikaisemmin annetun säännöksen. Silloin kun joudutaan esimerkiksi punnitsemaan eri normipäätösten lainvastaisuutta, on kyse *lex superior derogat legi inferiori* -periaatteesta, jonka mukaan ylemmänasteinen säännös syrjäyttää alemmanasteisen.²¹⁸⁹

Yleinen hallintolainkäyttöä ohjaava laki on hallintolainkäyttölaki. Hallintolainkäyttö voidaan nähdä laajasti osana koko hallinnon oikeusturvajärjestelmää, eikä sitä pidä arvioida erillään hallinnosta, hallinto-organisaatiosta, hallintomenettelystä ja hallinnon muusta valvonnasta²¹⁹⁰. Hallintolainkäyttölain soveltaminen ulkoistamisessa liittyy esimerkiksi siihen, että hankintalaki ei sisällä hakemuksen muotomääräykseen selventäviä kohtia, jolloin on tarkasteltava hallintolain 23 §:ää valituksen muotomääräyksistä. Lisäksi eri oikeudenalojen soveltamisten prosessisäännöstyöissä on eroja, millä voi olla asiaosaisen kannalta tärkeä merkitys.

Hallintolainkäyttölaki säädettiin vuonna 1996, ja tarkoituksena oli hajanaisen sääntelyn kokoaminen ja yhdenmukaistaminen sekä kansalaisten oikeusturvan vahvistaminen hallintoasioissa²¹⁹¹. Lainsäädännössä on yritetty viime vuosina kiinnittää entistä enemmän huomiota siihen, että laista kävisi selvemmin ilmi, mitä muutoksenhakuineen sovelletaan. Kuitenkaan erityisesti erityislakeja sovellettaessa ei ole aina kovinkaan yksiselitteistä, onko muutoksenhakuineen hallinto- vai kunnallisvalitus.²¹⁹² Lisäksi hallintolainkäytöllä on monia yhtäläisyyksiä siviiliprosessin kanssa, ja hallintolainkäytössä on sovellettu monia siviiliprosessin menettelymuotoja²¹⁹³. Eduskunnan lakivaliokunta on esittänyt, että ennen hallintolainkäyttölain voimaantuloa annetut asetuksentasoiset säännökset, jotka sisältävät poikkeuksia hallintolainkäyttölaista, pitäisi tarkistaa ajan tasalle²¹⁹⁴.

Hallintolainkäyttölain ja kunnallishallinnossa oleva KuntaL 88 §:n mukainen muutoksenhakujärjestelmä voi kunnallisia palveluja järjestettäessä tai kilpailutettaessa aiheuttaa sekaannuksia. Kunnallisvalituksen mukaisena valitusviranomaisena toimivat hallinto-oikeus ja korkein hallinto-oikeus, mutta julkisista hankintoihin liittyvät asiat käsitellään markkinaoikeudessa. Muutoksenhaku hallinto-oikeudesta ja markkinaoikeudesta on korkeimpaan hallinto-oikeuteen, ja muutoksenhaussa sovelletaan hallintolainkäyttölakia²¹⁹⁵. Hallintolain perusteluissa on todettu, että hallintoasian rajoja määrävänä pääperiaatteena voidaan pitää sitä, kuuluuko asia hallinto-oikeudellisen

2189 Laakso 1990 s. 135–139.

2190 HE 217/1995 s. 4–5. Kyseisessä hallituksen esityksessä tuotiin kuitenkin myös esille eri prosessien soveltamisen eroja: ” – hallintolainkäytön eräät peruspiirteet samoin kuin viranomaisten organisatorinen monimuotoisuus ovat vaikeuttaneet oikeudenkäymiskaaren säännösten soveltamista täydentävänä oikeuslähteenä. Riita- ja rikosasiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistamisessa ei ole voitu ottaa huomioon sen heijastusvaikutusta hallintolainkäyttöön.”

2191 Ks. Mäenpää 2005 s. 48–49.

2192 Hallberg–Ignatius–Kanninen 1997 s. 131. ”Hallintolainkäyttölakia voidaan pitää yleislakina, joka sisältää kaikki keskeiset säännökset valituksesta ja muista hallinto-oikeudellisista oikeusturvakeinoista sekä edellä mainittujen käsittelystä noudatettavista menettelyistä.” Hallberg–Ignatius–Kanninen 1997 s. 3.

2193 HE 217/1995 s. 18.

2194 Hallberg–Ignatius–Kanninen 1997 s. 67.

2195 Hallberg–Ignatius–Kanninen 1997 s. 48–49. Valitusoikeuden vaatimuksena on, että päätös vaikuttaa suoraan kyseiseen henkilöön. Ks. KHO:2000:46.

muutoksenhakujärjestelmän piiriin²¹⁹⁶.

Myös hallintolainkäyttölain suhde kunnallishallintoon on joltakin osin vielä tulkinnallinen. Etenkin kilpailuttamisprosessien ja niihin liittyvän muutoksenhaun osalta hallintolainkäyttölaki täydentää uutta lainsäädäntöä. Hallintolainkäyttölain 3 §:ssä on mainittu, ”että muussa laissa tai ennen tämän lain voimaantuloa annetussa asetuksessa on tästä laista poikkeavia säännöksiä, niitä sovelletaan tämän lain asemasta”. Hallintolainkäyttölain 8.1 §:ssä on mainittu, että sitä ei sovelleta välittömästi, kun kyseessä on KuntaL 100 §:n mukainen kunnallisvalitus, eikä suoranaisesti silloinkaan, kun kyseessä on hakemus markkinaoikeuteen. Kunnallisvalituksessa sovelletaan ensisijaisesti kuntalakea, jota täydennetään hallintolainkäyttölain säännöksillä²¹⁹⁷. Hallintolainkäyttölakia ei sovelleta erityissäännöksiin perustuvissa itseoikaisuissa ja muita oikaisumenettelyissä.²¹⁹⁸

Vapaakuntatyöryhmän komiteamietinnössä on selvitetty oikeusturvan edistämistä kunnallisvalituksen näkökulmasta. Komitea päätyi siihen, että kunnallisvalitusta voidaan pitää perustana kun haetaan muutosta kunnallisen viranomaisen päätökseen²¹⁹⁹. Hallintoon liittyvien oikeusturva- ja päätöksentekonäkökulmien selkiyttämistä ei voida pitää ainoastaan hallintokeskeisinä toimenpiteinä, koska myös yksityisen palveluntuottajan toimintaa edesauttaa se, että lainsäädäntöohjeistus ja valvonta ovat riittäviä ja selkeitä.

Erityisesti kunnissa on laajasti ollut käytössä oikaisuvaatimusmenettely, ja kunnallishallinnossa on KuntaL 89 §:n mukainen mahdollisuus tehdä oikaisuvaatimus kunnanhallituksen, lautakunnan tai niiden jaoston sekä näiden elinten alaisuudessa olevien viranomaisten päätöksistä. KuntaL 90 §:n mukaan valittaja voi hakea muutosta vasta oikaisuvaatimuksen jälkeen kunnallisvalituksena hallinto-oikeuteen, ja sen on tapahduttava laillisuusperusteella²²⁰⁰. Kuntalaisten näkökulmasta tilaaja-tuottajamalleihin liittyvät palveluiden tuottamiseen keskittyvät johtokunnat voivat tuoda sekaannuksia siinä, mikä kunnallinen toimielin käsittelee tiettyä asiaa.

Oikeusturvan kannalta voi katvealueita syntyä, kun kunta on antanut yksityiselle hoidettavaksi julkisoikeudellisia tehtäviä²²⁰¹ tai kunta ostaa tiettyjä palveluita, joissa hallintopäätöksiä ei kaikilta osilta voida tehdä. Tätä tulkintaa vahvistaa se, että hallintolainkäytön mukaisessa järjestyksessä ei voida tutkia sellaisia asioita, joissa ei ole kysymys julkisen vallan käytöstä. Myöskään valitusoikeutta ei yleensä ole sellaisesta julkisen vallan käytöstä tai muusta hallintotoiminnasta, joissa ei tehdä varsinaisia viranomaispäätöksiä²²⁰².

2196 HE 72/2002 s. 46

2197 HE 217/1995 s. 4–5. Ks. myös Mäenpää 2005 s. 75.

2198 Hallberg–Ignatius–Kanninen 1997 s. 50.

2199 KM 1987:2 s. 14.

2200 Oikaisuvaatimuksen voi tehdä asianosaisen lisäksi kunnan jäsen. Oikaisuvaatimus on tehtävä 14 päivän aikana päätöksen tiedoksisaamisesta, ja sen voi tehdä sekä laillisuus- että tarkoituksenmukaisuusperusteella. KuntaL 92.3 §:n mainitaan, että jos päätös muuttuu oikaisuvaatimuksen johdosta, voi kunnallisvalituksen tehdä asianosaisen lisäksi kunnan jäsen. Tällöin valitusaika on 30 päivää tiedoksisaannista. Lisäksi yhtenä keskeisenä oikeussuojakeinona on itseoikaisu sen eri muodoissa. Ks. Kulla 2003 s. 219.

2201 KM 2003:3 s. 18.

2202 Hallberg–Ignatius–Kanninen 1997 s. 72.

Viranhaltijat voivat tarkentaa tai muuttaa sopimuksen sisältöä sen jälkeen, kun se tai tarjouspyyntö, johon sopimus perustuu, on hyväksytty toimivaltaisella toimitelmällä. Tämä liittyy siihen rajanvetoon, millainen muutos voi olla tarjouksen hyväksymisen ja ulkoistamista koskevan päätöksen jälkeen. Asiaa voidaan lähestyä soveltuvin osin hallintolain 50–53 §:ien kohdista päätöksessä olevan virheen korjaamisesta. Kun kysymyksessä on hallintolain 51 §:n tarkoittama kirjoitus- tai laskuvirhe tai muu vastaava pieni virhe, ei asiaa tarvitse viedä kunnassa uudestaan käsiteltäväksi. Uutena oikaisuusojakeinona on myös esitetty hankintaoikaisua, joka olisi hallintolain tyylinen virheidenkorjausmenettely²²⁰³. Jos taas alkuperäiseen hyväksytyyn sopimukseen tulee olennaisia muutoksia, joudutaan se pääsääntöisesti käsittelemään kunnissa samalla toimitelmällä, joka sen on hyväksynyt, vaikka muutoin sopijaosapuolet olisivat yksimielisiä muutoksista.

Pohjoismaiden välillä on joitakin eroja etenkin oikeusturvassa ja muutoksenhakumekanismieissa. Ruotsissa kynnsarvon alittavissa hankinnoissa on mahdollista käyttää yksinkertaistettua hankinta- ja valintamenettelyä, jossa hankintayksikön tulee ilmoittaa kaikki hankinnat, myös kynnsarvon alittavat. Ruotsissa vähäisillä hankinnoilla tarkoitetaan hankintalautakunnan ohjeiden mukaan noin 20 000–50 000 euron hankintoja. Oikeusturvamekanismit ovat hieman erilaisia, koska Ruotsissa hankintalain vastainen menettely voi tulla lääninoikeuden käsiteltäväksi. Sellaisista päätöksistä, joista voi valittaa lääninoikeuteen, ei kuitenkaan voi valittaa kunnallisvalituksena vaan ainoastaan tehdä oikaisuvaatimus kuntaan.²²⁰⁴ Ruotsin korkein hallintotuomioistuim on todennut, että hankintasopimuksen tekeminen ei estäisi hakemuksen tutkimusta sellaisissa tapauksissa, joissa sopimus on syntynyt hankintasäännösten vastaisesti²²⁰⁵. Ruotsissa on valmisteltu hankintadirektiivien voimaan asettamista valmistelleen komitean mukaan kahta erillistä lakia, kuten Suomessa.²²⁰⁶

Norjassa hankintailmoitusta ei tarvitse tehdä sellaisissa suorahankinnoissa, jotka jäävät alle 25 000 euron. Muutoksenhakumenettelyt poikkeavat Suomen ja Ruotsin menettelyistä. Norjassa erikoisuutena on, että virheellisestä hankintamenettelystä ei voi valittaa hallinto-oikeudellista tietä, vaan ne on saatettava hakemusasioina yleisen alioikeuden tutkittavaksi. Norjan hankintalakiuudistuksessa kansallista kynnsarvoa aiotaan nostaa noin 61 000 euroon. Tällöin hankintojen valituslautakunnalla olisi mahdollisuus määrätä säännösten rikkomuksista maksuja sellaiselle hankintayksikölle, joka tekee suoria hankintoja.²²⁰⁷ Norjassa julkisten hankintojen muutoksenhakulautakunnalla on mahdollisuus määrätä seuraamusmaksu sellaisissa tilanteissa, joissa kunta on tahallaan tai törkeästi tuottamuksesta tehnyt säännösten vastaisen suorahankinnan²²⁰⁸.

Hankintalain yhtenä keskeisenä tavoitteena on joustavuuden lisääminen. Tähän on pyritty sillä, että kansallisesti kynnsarvon alittavat hankintamenettelyt ovat joustavampia kunnille. Toiseksi on lisätty uusia menettelytapoja, kuten HankL 5 §:n kohta 14 kilpailullinen neuvontamenettely. Kolmanneksi sääntelyä on pyritty

2203 Ks. OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 99–101.

2204 HE 50/2006 s. 8–9. Ks. OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 37.

2205 OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 36.

2206 HE 50/2006 s. 9.

2207 HE 50/2006 s. 11.

2208 OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 44.

yksinkertaistamaan siten, että neuvottelumenettelyä on mahdollista soveltaa entistä useammin. Markkinaoikeus on myös omalta osaltaan todennut, että tarjouspyynnöissä sekä tarjoajien ja tarjousten valinta- ja vertailuperusteiden asettamisessa on vielä paljon parannettavaa²²⁰⁹.

Ulkoistamispäätökseen tyytymättömällä on mahdollisuus täyttää monia rinnakkaisia oikeusturvamekanismeja. On mahdollista käyttää KuntaL 89 §:ssä mainittua oikaisuvaatimusta tai HankL 77 §:n mukaisia keinoja asian viemiseksi markkinaoikeuteen. Muutoksenhakuaika alkaa vasta mainitusta tiedoksisaantipäivästä, ellei muuta näytetä. Tiedoksiantosäännökset ovat kuitenkin hankintalain näkökulmasta ristiriitaisia, koska KuntaL 95.1 §:n mukaan asianosainen on saanut päätöksen tiedoksi seitsemän päivän kuluttua, kun taas hallintolain 59.2 §:n mukaan asianosainen on saanut tiedon seitsemäntenä päivänä päätöksen lähettämisestä²²¹⁰. Lisäksi ulkoistamispäätöksestä on mahdollisuus nostaa vahingonkorvausprosessi alioikeudessa.

Kun kunta antaa hallintotehtäviä yksityiselle tai muille kuin hallintolainkäyttölaissa tarkoitetuille viranomaisille, on perustuslain muutoksenhakuoikeusveloitetta tutkittava valitusoikeuden tarpeellisuuden näkökulmasta. Perusoikeuksia tai oikeusturvaa ei saa kuitenkaan vaarantaa.²²¹¹ Hyvän hallinnon periaatteen perustuslaintasoisuus on merkittävä asia kuntalaisten kannalta, kun palvelutuotannon rakenteita uudistetaan. Oikeusturva voidaan ottaa huomioon preventiivisesti esimerkiksi tosiasiallisten hallintotehtävien osalta, jolloin ennen ulkoistusta määritellään tarkat kriteerit henkilöstön pätevyydelle²²¹².

Perustuslain 21 § painottaa yksilön oikeuksia asianmukaisen, nopean ja laadukkaan käsittelyn ja päätöksen osalta. Oikeusturvan huomioiminen on tällöin tärkeää. Oikeusturvakeinona kunnallisten toimintojen ulkoistamisessa voi tulla kysymykseen hallintokantelu, joka tehdään eduskunnan oikeusasiamiehelle tai valioneuvoston oikeuskanslerille²²¹³. Samalla on huomattava, että hallinnon yleisillä laillisuusvalvojilla ei ole mahdollisuutta muuttaa tai korjata päätöstä. Sovittelumenettely on myös mahdollinen ja perustuu EY:n toiseen valvontadirektiiviin²²¹⁴. Kansallinen tuomioistuin voi myös pyytää Euroopan yhteisön tuomioistuimelta ennakkoratkaisua, mitä mahdollisuutta KHO on kuitenkin käyttänyt vähän²²¹⁵.

Kuntalaisten oikeusturvanäkökohtia voidaan käsitellä eri vaiheissa erilaisissa ulkoistamistapauksissa. *Oikeusturvakysymykset voidaan luokitella* ulkoistamisissa siten, että ne sisältävät kuntalaisten oikeuksien turvaamisen, lainmukaisen päätösten tekemisen, hallintotoiminnan legimitetin takaamisen, mielivaltaisuuden poissulkemisen sekä kuntalaisten näkemysten ja etujen huomioimisen.

Palvelujen tuottaminen on väljä ja laaja käsite, johon liittyy monia oikeusturva-asioita. Toisaalta edellä käsiteltävänä olleet konkreettiset palvelutuotannon orga-

2209 Neimala 2006 s. 50–51.

2210 Ks. OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 57.

2211 Mäenpää 2005 s. 71.

2212 PeVL 20/2002 s. 3.

2213 Siitari–Vanne 2002 s. 176.

2214 Sovittelumenettely on vapaaehtoinen, eikä ole kytköksissä muihin muutoksenhakukeinoihin. Sovittelumenettelystä ei ole kertynyt kokemuksia paljoakaan, vaikka se tarjoaa yhden mahdollisuuden yritysten ja peruspalveluyksiköiden riitojen ratkaisemiseen. Kuoppamäki 2000 s. 266–267.

2215 Ks. Kalima 2007f s. 266.

nisointiin liittyvät mallit ovat saaneet tukea oikeudellisen kehityksen myötä. Pitää kuitenkin varmistaa, että kaikki kuntalaisten oikeusturvaan liittyvät näkökulmat tulevat huomioituksi.

7.2 Julkisuus ja salassapidon laajuus

Kuntalaisten mahdollisuus vaikuttaa asioihin ja hakea muutoksia heihin vaikuttaviin ja heitä kiinnostaviin asioihin riippuu paljolti siitä, kuinka paljon asioista tiedotetaan ja ovatko ne julkisia. Hallintolain 24.1 §:ssä on todettu, että asiat on käsiteltävä julkisesti, jos näin on säädetty tai erityiseen säännökseen perustuen päätetty. Hallituksen esityksessä kuntalaiksi on todettu, että toimielimet voivat halutessaan pitää kokouksiaan julkisina²²¹⁶. Kun käsiteltävät asiat koskevat laajaa kuntalaisjoukkoa, voi olla perusteltua pitää kokoukset julkisena, elleivät salassapitosäännökset tätä estä²²¹⁷. Vuoden 1994 hallituksen esityksen mukainen kuntalaisten osallisuus- ja vaikuttamismahdollisuuksien parantaminen on toteutunut monelta osin²²¹⁸. Julkisuuslainsäädännön uusimisen yhtenä päätavoitteena oli julkisuuden lisääminen²²¹⁹.

Kuntamarkkinoinnista ei ole kuntalaissa selvää mainintaa, vaan lainsäädännössä on mainittu, millaisista asioista kunnan on tiedotettava. Suurin osa lainsäädännöstä koskettaa kuitenkin yksityistä elinkeinonharjoittajaa.²²²⁰ Tällöin on tärkeää, että ulkoistetun palvelun tuottajan kanssa käydään läpi sekä markkinointiin että tiedotukseen liittyvät pelisäännöt, joista jälkimmäiselle on asetettu velvoitteita kuntalain säännösten mukaisesti.

Ulkoistettaessa palveluita kuntien pitäisi sopia tiedotuksen ja markkinoinnin pääperiaatteista, jotta kuntalaiset saisivat tarpeeksi oikeaa ja tarpeellista tietoa. KuntaL 29 §:ssä on myös kunnille annettu laaja tiedotusveloite. Vaikka kunta antaisi tehtäviään osakeyhtiölle tai muun yhteisön hoidettavaksi, se ei vapaudu KuntaL 29.2 §:n mukaisesta tiedotusvelvollisuudesta. Kunta voi antaa tiedottamisesta tarkemmat määräykset hallintosäännössään. Asiaa ei pidä kuitenkaan nähdä pelkästään oikeudellisena velvollisuutena, koska oikealla ja johdonmukaisella viestinnällä pystytään nopeuttamaan palvelujen tuottamistapojen uudistamista ja vähentämään ennakkoluuloja ulkoistamista kohtaan.

Yleisveloite kunnallisille toimielimille ja viranhaltijoille tiedottaa toiminnastaan tulee kuntalaista ja julkisuuslaista²²²¹. Ulkoistamisissa on purettava, mitä JulkL 11–12 §:t sanovat asianosaisten yleisestä tiedonsaantioikeudesta ja mahdollisuudesta saada tietoa itseään koskevista asiakirjoista. Asiakirjojen luokittelu helpottaa koko ulkoistamisprosessin hallintaa tiedonsaannin näkökulmasta. Asiakirjat voidaan heti valmistelun alussa luokitella julkisiin, harkinnanvaraisesti julkisiin ja salassa pidettäviin asiakirjoihin²²²².

2216 HE 192/1994 s. 28–29.

2217 Harjula–Prättälä 1998 s. 370.

2218 Vrt. HE 192/1994 s. 106; Harjula–Prättälä 1998 s. 207–220, 369–371. KuntaL 57.2 §:ssä, on määritelty kokousten julkisuudesta. KuntaL 29 §:ssä on taas määritelty tiedottamisesta.

2219 HE 30/1998 s. 10; OM:n kirje ministeriöille julkisuuslainsäädännön täytäntöönpanosta 23.9.2005 s. 5.

2220 Anttiroiko 1989 s. 198–199.

2221 Näin on mainittu KuntaL 29 §:ssä ja JulkL 20 §:ssä.

2222 Ks. Laakso 2006e s. 360.

Lähtökohtana voidaan pitää sitä, että ulkoistamisen valmisteluun liittyvät asiakirjat ovat julkisia. Toiseksi kunnissa on noudatettava KuntaL 29 §:ää, joka painottaa tiedottamista ja julkisuusperiaatteen noudattamista. Ulkoistettaessa on myös huomattava, että JulkL 4.2 §:n mukaan julkisuuslakia sovelletaan tietyin edellytyksin myös välillisesti julkisia tehtäviä hoitaviin organisaatioihin silloin, kun ne käyttävät julkista valtaa.

JulkL 4 §:ssä on mainittu ne organisaatiot, joita asiakirjojen julkisuus ja salassapitosäännökset koskevat. Perustuslain 12 §:ssä on määritelty, että julkisuutta on mahdollista rajoittaa lailla erikseen ainoastaan välttämättömien syiden vuoksi. Julkisuuslakia sovelletaan viranomaisiin, joten kunnallisen viranomaisen määritelmä on ratkaisevassa asemassa. Kunnallisilla viranomaisilla tarkoitetaan sellaisia tahoja, joilla on oikeudellisiin normeihin perustuvia tehtäviä ja toimivaltaa. Tällaisia ovat esimerkiksi kuntayhtymät ja liikelaitokset²²²³. Julkisuuslaki ei aina anna yksiselitteistä vastausta siihen, sovelletaanko sitä liikelaitoksiin ja osakeyhtiöihin, vaan tätä problematiikkaa joudutaan lähestymään julkisen tehtävän ja julkisen vallan käsitteiden kautta²²²⁴.

Julkisuuslaissa ei ole erikseen purettu julkisten tehtävien ja julkisen vallan määritelmiä. Ei ole kovinkaan yksiselitteistä, liittyykö julkisiin tehtäviin aina julkisen vallan käyttöä, koska on myös olemassa julkisia tehtäviä, joissa ei ole mahdollista käyttää julkista valtaa²²²⁵. Julkisen vallan käyttö on hyvin keskeinen käsite myös julkisuuslain kannalta, koska jos kunta tai kuntayhtymä on ulkoistanut palvelujaan yksityisoikeudelliselle palvelun tuottajalle, on julkisuuslakia noudatettava julkista valtaa käyttäessä²²²⁶.

Julkisuuslainsäädännön kokonaisuudistuksella tavoiteltiin laajaa julkisuusperiaatteen sovellettavuutta riippumatta siitä, miten julkisten tehtävien hoito on järjestetty. Tavoiteltu laaja viranomaisten määritelmä kattaa myös sellaiset yksityisoikeudelliset yhteisöt ja yksityiset henkilöt, jotka säännösten nojalla hoitavat julkista tehtävää ja käyttävät siihen liittyvää julkista valtaa.²²²⁷ JulkL 4.2 §:n mukaan se, mitä viranomaisesta säädetään, koskee myös lain tai asetuksen taikka lain tai asetuksen nojalla annetun säännöksen tai määräyksen perusteella julkista tehtävää hoitavia yhteisöjä, laitoksia, säätiöitä, ja yksityisiä henkilöitä niiden käyttäessä julkista valtaa. Vaikka julkisuuslaissa on painotettu määritelmää julkinen valta, ei käsitettä kuitenkaan ole erikseen avattu. Hallituksen esityksessä laiksi viranomaistoiminnan julkisuudesta on täsmennetty, että julkisen vallan käytöllä tarkoitetaan lakiin perustuvaa päätöksentekoa tai toimintaa, jolla voidaan yksipuolisesti määrätä yhteisön tai yksilön eduista tai oikeuksista²²²⁸.

Lakisääteisiä terveydenhuollon palveluja tuottavat yksityiset organit voidaan lukea välilliseen julkishallintoon. Niihin on myös sovellettava julkisuuslakia, vaikka

2223 Ahvenainen–Räty 1999 s. 33.

2224 Julkisen vallan ja julkisen tehtävän käsitteistä ks. luvut 4.4.2–4.4.3.

2225 Tuori 2004 s. 555.

2226 HE 30/1998 s. 30. Esimerkiksi terveydenhuollon ja sosiaalipalvelujen lainsäädännössä on monia velvoitteita; mm. julkisuuslain ja henkilötietolain säännökset on huomioitava. Ks. laki sosiaalipalvelujen valvonnasta 9.8.1996/603.

2227 VNS 5/2003 s. 17.

2228 HE 30/1998 s. 52. Eri maissa kilpailuttaminen on eri vaiheissa eri toimialoilla. Ranskassa on perinteisesti toteutettu teknisiä palveluja siten, että yrityksille annetaan toimilupa toiminnan harjoittamiseen. Ruotsissa on sovellettu jo laajasti tilaaja-tuottajamallia, jossa asteittain on päästy kokeilemaan kilpailua. Ks. lisää Kuopila ym. 2007.

niillä ei ole suoranaisesti mahdollisuutta käyttää julkista valtaa. Toisaalta terveydenhuoltopalvelujen ulkoistamisessa julkisia tehtäviä siirtyy aina joissakin määrin kunnallisilta viranomaisilta palveluntuottajalle, vaikka kyseessä ei ole julkisen vallan siirtyminen. Kuntalaisten yksityisyyttä ja asiakirjojen saantioikeutta on turvattu ja rajattu julkisuuslain lisäksi potilaslaiilla ja sosiaalihuollon asiakaslaiilla sekä sellaisissa tilanteissa, joissa sosiaali- ja terveystieteiden palveluja tuottaa yksityisoikeudellinen organisaatio.²²²⁹ Esimerkiksi ulkoistettujen terveyspalvelujen keskeisenä käsitteenä ovat toimeksiantotehtävät, ja kunnallisen viranomaisen antamat ja sille toimitetut asiakirjat, jotka kuuluvat toimeksiantotehtävän piiriin, tulkitaan myös julkisuuslain piiriin kuuluviksi viranomaisen asiakirjoiksi²²³⁰.

Erityisesti sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja ulkoistettaessa tärkeäksi nousee myös henkilötietolaki, joka ohjaa kaikkea henkilötietojen käsittelyä. Henkilötietolaki voidaan joutua täydentämään myös julkisuuslain ja arkistolain säännöksillä. Kuntalaisten oikeuksien turvaamiseksi on huolehdittava, että kuntalaisten tietojensaantioikeuksiin ja käsittelyoikeuksiin liittyviä asioita kehitetään²²³¹, kun palveluja ulkoistetaan. Jos asiakastietoja käsitellään sähköisesti, korostuvat myös tietoturvasuunnitelmien²²³².

Perustuslakivaliokunta oli lausunnossaan laiksi väestötietojärjestelmästä ja väestörekisterikeskuksen varmennepalveluita todennut, että Väestörekisterikeskus voi lakiehdotuksen 49 §:n nojalla tehdä sopimuksen rekisterihallinnon ulkopuolisen organisaation kanssa väestötietojärjestelmään talletettujen nimi-, osoite- ja yhteystietojen sekä tiettyjen tietojen luovuttamisesta. Palvelunantajana voisi olla myös yksityinen yritys. Perustuslakivaliokunnan mukaan asiaa oli arvioitava perustuslain 124 §:n näkökulmasta. Lakiehdotuksessa tarkoitettu tietopalvelu on viranomaista avustava tehtävä, jonka kautta voidaan luovuttaa vain tavanomaisia nimi- ja yhteystietoja.

Valiokunta totesi, että sopimuksen tekeminen lain säännöksen pohjalta täyttää vaatimuksen julkisen hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle lain nojalla. Lisäksi valiokunnan mukaan palvelutehtävän siirtäminen voi olla tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi tarpeen, jos säännöksen edellytykset palvelujen saatavuuden tai toiminnantehokkuuden takaamisesta täyttyvät.²²³³

Henkilötietolain 3.2 §:n mukaisella käsittelyllä tarkoitetaan mm. henkilötietojen keräämistä, tallentamista, siirtämistä, käyttöä, luovuttamista, säilyttämistä ja poistamista. Oikeanlainen henkilötietojen käsittely korostuu etenkin sellaisissa ulkoistamisissa, joissa niitä tarvitaan usein, koska kunnat ovat palvelujen järjestäjänä vastuussa siitä, että henkilötietojen ja muiden asiakirjojen käsittely on lainmukaista. Henkilötietojen käsittelylle voidaan asettaa useita vaatimuksia. Esimerkiksi henkilötietolain 6

2229 Tuori 2004 s. 557–561.

2230 HE 30/1998 s. 56. Hallituksen esityksessä on todettu, että etuuksien myöntäminen on julkisen vallan käyttöä. HE 30/1998 s. 52.

2231 VM:n julkaisu 7/2006 s. 54–55.

2232 Tästä on säännelty laissa sosiaali- ja terveyshuollon asiakastietojen sähköisestä käsittelystä (159/2007).

2233 PeVL 3/2009 s. 4. Ks. myös HE 89/2009.

§:ssä mainitaan, että henkilötietoja käsitellään ja hallitaan asianmukaisesti ja niiden tarkoitukset on ennalta määritelty. Samassa pykälässä on säädetty tietolähteiden ja tietojenluovutusten määrittelyvelvollisuudesta.

Julkisuuslain lisäksi on esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuollossa julkisuuslakia täydentäviä säännöksiä. Tällaisina voidaan pitää asiakaslakia ja potilaslakia, jotka ovat julkisuuslakiin nähden erityissäännöksiä ja täydentävät sitä. Vaikka pääperiaatteena on, että erityislaki syrjäyttää yleissäännöksen, on näiden säännösten soveltamisessa myös tiettyjä tulkinnallisuuksia. Julkisuuslakia sovelletaan ulkoistamisissa, silloin kun yksityinen sosiaalihuolto tuottaa kunnille sen lakisääteisen järjestämivelvollisuuden piiriin kuuluvia palveluja. Asiakaslaissa taas on huomioitava myös täysin yksityisesti toimivat sosiaalihuollon palvelut. Vaikka asiakaslaki täydentää joiltain osin julkisuuslakia, täydentää myös julkisuuslaki joiltain osin asiakaslakia.²²³⁴ Asiakaslaissa on useissa kohdissa viitattu suoraan julkisuuslain säännöksiin. Tällaisia kohtia ovat esim. JulkL 5.1–5.2 §:n määritelmät viranomaisen asiakirjasta, 11,1 §:n kohta asianosaisen oikeudesta tiedonsaantiin ja 31 §:n kohta viranomaisen asiakirjan salassapidon lakkaamisesta.

Julkisuuslain säännökset koskevat ainoastaan julkisesti järjestetyn terveydenhuollon asiakirjoja. Yksityisen terveydenhuollon alueella potilaslakia sovelletaan laajemmin. Terveydenhuollossa, jossa yksityisyydensuoja ja luottamuksellisuuden vaatimus on viety pitkälle, ei tietojen luovuttamista voida perustella JulkL 26–28 §:issä mainituilla säännöksillä vaan PotL 13 §:n säännökset syrjäyttävät ne. Sama pykälä syrjäyttää myös HetiL12 §:ssä mainitut kohdat arkaluonteisten tietojen käsittelystä.

Pääsääntönä on, että ulkoistetun sosiaali- ja terveydenhuollon viranomaisen asiakirjaan liittyvien tietojen antamisesta kunnassa päättää toimivaltainen viranhaltija²²³⁵. Tiedon antaminen salassa pidettävästä viranomaisen asiakirjasta on JulkL 26.1 §:n 2 kohdan mukaan mahdollista, jos asiakas antaa siihen suostumuksen.

KHO:2009:12. Ratkaisun mukaan virheellisen rekisterimerkinnän korjaamiseen viranomaisen aloitteesta sovellettiin henkilötietolain säännöksiä. Väestötietojärjestelmään tehdyllä merkinnällä ei ollut ratkaistu oikeudellisesti sitovasti kysymystä ottolapsisuhteen olemassaolosta. Kyseinen merkintä ei siten sisältänyt hallintolainkäyttölain 5.1 §:n mukaista sitovaa hallintoasian ratkaisua, johon olisi voinut hakea muutosta ylimääräisellä muutoksenhakukeinolla.²²³⁶

Se onko asiakirja viranomaisen hallussa, ei ole määrävä kriteeri, koska viranomaisen asiakirjana voidaan pitää JulkL 5.2 §:n mukaan myös sellaista asiakirjaa, jonka on laatinut joku muu viranomaisen toimeksiannosta. Toimeksiannot voivat kunnissa olla lakiin pohjautuvia, kuten perhehoitoa tai omaishoitoa koskeva sopimus yksityisen organin kanssa²²³⁷. JulkL 5.3 §:ssä on rajattu ja määritelty, mitä ei pidetä viranomaisen asiakirjana²²³⁸. Kyseisen pykälän tulkinnallisimpana kohtana voidaan pitää viranomaisen tai toimeksiannon perusteella laadittuja muistiinpanoja ja luonnoksia, joita viranomainen

2234 Tuori 2004 s. 557–558.

2235 Tuori 2004 s. 559–561.

2236 Hallintolainkäyttölain (586/1996) 5.1 §:n mukaan "päätöksellä josta saa valittaa, tarkoitetaan toimenpidettä, jolla asia on ratkaistu tai jätetty tutkimatta".

2237 Näin on mainittu sosiaalihuoltolain 17, 25–26 ja 27a–27b §:issä.

2238 Ks. Laakso 2006f s. 368–371.

ei ole antanut esittelyä tai asian käsittelyä varten. Toiseksi JulkL 5.4 § painottaa, että viranomaisten sisäiseen työskentelyyn ja yksityisten organien tuottamiin luonnoksiin ja muistioihin ei sovelleta julkisuuslakia, ellei niitä ole arkistolainsäädännön mukaan arkistoitava.

Valmistelun eri vaiheissa rajanveto ei aina ole helppoa, ja viranhaltijat joutuvat punnitsemaan, mihin edellä mainittuihin ryhmiin tietoa jaetaan, koska siitä riippuu myös aineiston julkisuus. Tällöin ulkoistamista valmistelevalle viranhaltijalle pitää toisaalta saada riittävä ja olennainen tieto toimivaltaiselle toimielimelle ja harkittava esittelyssä tai päätöksenteon käsittelyssä tarvittavan informaation määrä. Jos valmistelunaikaisissa luonnoksissa tai sisäisessä valmistelussa ilmenee olennaisen tärkeää tietoa asian tai päätöksenteon kannalta, ei valmistelija voi käyttää valmisteluun liittyvää harkintavaltaa väärin²²³⁹. Ulkoistamisen näkökulmasta olisi pystyttävä tarkastelemaan kokonaisuutta ja vastuita mahdollisimman yksiselitteisesti.

Uuteen julkisuuslakiin lisättiin asioiden valmistelua ja käsittelyä koskeva kohta. Kunnallishallinnossa tämä tarkoittaa sitä, että valmisteluaineisto tulee julkiseksi heti, kun päätös asiasta on tehty. Viranomaisella voi myös harkita, antaako tietoja valmisteluasiakirjoista siltä osin kuin kyse ei ole salassa pidettävästä asiakirjoista. Yhtenä keskeisenä asiana julkisuuslaissa on se, että sitä voidaan soveltaa perinteisen julkisen viranomaisen ulkopuolelle siinä tapauksessa, että kyseiset oikeussubjektit hoitavat lain, asetuksen tai määräyksen mukaisesti sellaisia julkisia tehtäviä, joihin kuuluu julkisen vallan käyttö. Kuntalaisten kannalta tämä lisää avoimuutta, koska julkisuuslain säännöksiä voidaan soveltaa esimerkiksi yksityiseen palveluntuottajaan, jolle on annettu julkisten tehtävien hoitamista tai julkista valtaa kyseisten tehtävien hoitamiseen.²²⁴⁰

Kilpailuttamisprosessin aikana syntyvät asiakirjat ja muu materiaali, joka ei tule lopulliseen sopimukseen, ovat tiettyin edellytyksin julkisia. Jo valmistelun aikana tuotettava tieto laitetaan arkistolainsäädännön mukaisesti arkistoon, ja siihen sovelletaan JulkL 5.4 §:ää. Julkisuuslakia ei sovelleta kunnallisen viranomaisen sisäisestä työskentelyä varten hankittaviin asiakirjoihin, kuten sähköpostiviesteihin, tiedotteisiin ja työjohtoasioihin, sekä neuvotteluasiakirjoihin, joilla ei ole ollut suoranaista vaikutusta asian sisältöön.

Valmisteluun voi kohdistua kunnallishallinnossa erityisen paljon mielenkiintoa, koska monet suuret strategiset linjaukset tehdään jo valmisteluvaiheen alussa. Valmisteluasiakirjojen kirjavuus voi aiheuttaa sekaannusta esimerkiksi siitä, milloin tietty ulkoistamisen valmisteluun liittyvä asiakirja tulee kunnallishallinnossa julkiseksi. Hallintovaliokunta on myös lausunnossaan todennut, että asiakirjojen julkisuussäätelyä on joiltakin kohdin tarpeen täsmentää²²⁴¹.

Kunnallishallinnossa olevien asioiden käsittelyä ja valmistelun julkisuutta on syytä selvittää tiettyjen asiaryhmien osalta. Päätöksen valmistelua koskevat asiakirjat, kuten muistiot, pöytäkirjat tai sopimukset, tulevat julkisiksi silloin, kun valmisteluun liittyvä päätös on allekirjoitettu²²⁴². Salassapitovelvollisuuden rikkominen voi aktualisoitua niin,

2239 Esittelijä voi KuntaL 61 §:n mukaisesti vapautua vastuusta vain eriyvän mielipiteen jättämisellä. Esityksen täsmällisyydestä. Ks. OKA 26.5.1998.

2240 Mäenpää 2000 s. 50–51, 76–78.

2241 Ks. HaVL 25/2006 s. 6.

2242 Mäenpää 1999 s. 76–77.

että palvelun tuottaja tai tarjoaja vaatii kunnalta korvausta sopimus- tai liikesalaisuuden rikkomisesta. Tällaisten tilanteiden ennaltaehkäisemiseksi pitäisi sopimukseen ottaa maininta myös siitä, mitä tietoja kunnan on annettava ja mistä ei tarvitse julkisuuslain säännösten mukaisesti antaa tietoja. Sellaisissa tilanteissa joissa viranhaltia kieltäytyy antamasta tietoa asiakirjasta sillä perusteella, että tieto katsotaan salassa pidettäväksi, on ratkaisu perusteltava. Perustusvaliokunta on painottanut, että kieltäytymisratkaisut perustellaan asianmukaisesti mainitsemalla salassapidon lakiperusta tuomalla esille ne tosiasialliset seikat, jotka ovat vaikuttaneet salassapitosäännöksen²²⁴³. Toisaalta kunnallisen viranomaisen on huomioitava JulkL 17 §:n suppean tulkinnan sääntö, mikä on myös tullut esille oikeuskäytännössä²²⁴⁴. Kyseisen pykälän mukaan salassapitosäännöksiä on tulkittava ahtaasti, eikä tiedonsaantia saa rajoittaa enempää kuin suojattavan edun vuoksi on välttämätöntä.

Ulkoistettavan palvelun kilpailuttamisprosessissa valmisteluaineiston tulkinta on selvempää silloin, kun asiakirjat JulkL 6–8 §:ien mukaisesti pitää liittää arkistoon²²⁴⁵. Silloin kun kyse on kilpailuttamisprosessiin liittyvästä sisäisestä tausta-aineistosta, ongelmaksi viranhaltijavalmistelussa voi tulla *rajanveto sisäisen työskentelyn ja valmisteluun* liittyvän aineistojen valmistumisajankohdan määrittelystä. Vaikka julkisuuslakia ei pääsääntöisesti sovelleta valmistelun aikana käytävään sisäiseen tiedon keräämiseen ja vaihtoon, on tämä tulkittava ainoastaan sisäisen mielipiteen vaihdon ja viestinnän turvaksi²²⁴⁶. Asiakastietojen saamiseen ja vaihtamiseen eri organisaatioiden välillä liittyy myös perustuslaillisia oikeusturvanäkökuomia, kuten perustusvaliokunnan lausuntoon, hallituksen esityksestä laeiksi sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista sekä sosiaalihuoltolain muuttamisesta ja eräksi niihin liittyviksi laeiksi liittyi:

*Valiokunta totesi kannanotossaan alaikäisen asiakkaan asemasta, että ”hallituksen esitykseen sisältyvän lakiehdotuksen 10 §:n 3 momentin mukaan alaikäisellä on oikeus perustellusta syyistä kieltää antamasta itseään koskevia tietoja lailliselle edustajalleen, jollei se ole selvästi alaikäisen edun vastaista. Valiokunta piti aikaisemmassa lausunnossaan tätä ehdotusta perustuslaissa turvatus yksityiselämänsuojan (10 §) ja oikeusturvan (21 §) vastaisena siltä osin kuin säännöksiä sovelletaan huostaanotto-asiaan ja muuhun perhe-elämän suojaa nauttivaan asiaan.”*²²⁴⁷

Pääperiaatteena on kuitenkin JulkL 4 §:n mukaisesti, että kilpailuttamisen kohteena olevat tarjouspyynnöt ja siihen liittyvät selvitykset ja muut hankinta-asiakirjat *tulevat julkisiksi, kun ne on allekirjoitettu tai varmennettu*²²⁴⁸. Itse tarjoukset ja siihen liittyvät

2243 PeVL 43/1998 s. 6.

2244 Ks. OM:n kirje ministeriöille julkisuuslainsäädännön täytäntöönpanosta 23.9.2005 s. 8; KHO:2002:19.

2245 Arkistolain 7 §:ssä on mainittu, millaiset asiakirjat on arkistoitava ulkoistamista valmisteltaessa. Arkistolain mukaan arkistointi on hoidettava siten, että yksityisillä ja yhteisöillä on mahdollisuus saada tietoja julkisista asiakirjoista ja että oikeusturvasta ja tietosuojasta on huolehdittu asianmukaisesti.

2246 HE 30/1998 s. 57–58.

2247 PeVL 7a/2000 s. 1.

2248 Julkisuuslaki on myös laajentanut urakkasopimukseen liittyvien valmisteluasiakirjojen julkisuutta, koska ne tulevat julkiseksi, kun sopimus on tehty huolimatta siitä, onko niitä liitetty toimielimen pöytäkirjaan vai ei. Ahvenainen–Räty 1999 s. 56.

selvitykset tulevat JulkL 7 §:ssä mainituin perustein julkisiksi vasta, kun sopimus on tehty. Samalla on kuitenkin huomattava, että aito kilpailutilanne vaatii jo itsessään, että tarjoajat eivät saa liian aikaisin tietoja toistensa tarjouksista²²⁴⁹. Jos ulkoistamisprosessin alussa ilmeni tietoa tarjoajien mahdollisista tarjouksista, heikentäisi se tarjoajien tasa-puolista ja yhdenvertaista kohtelua sekä aidon kilpailutilanteen aikaansaamista. Tällöin jo kilpailuttamisen alkuvaiheessa voi keskeiseksi asiaksi asiakirjojen julkisuuden osalta nousta, miten aineisto on luokiteltu²²⁵⁰. Hankintapäätöstä ja -sopimusta on kohdeltava liikesalaisuuden näkökulmasta samoin: kilpailuttamismenettelyssä esiintyvä liikesalai-suus on yleensä salaista tietoa myös ulkoistamista koskevassa sopimuksessa²²⁵¹.

Annettuihin tarjouksiin voi liittyä seikkoja, jotka ovat tarjouksen jättäneen yri-tyksen mielestä liikesalaisuuksia. Pääperiaatteena on kuitenkin, että kuntaan saapuva tarjous on viimeistään JulkL 7 §:n mukaan julkinen, kun hankintasopimus on tehty. Viranomaisen täytyy erikseen punnita, löytyykö perusteita tai sellaisia tekijöitä, joiden mukaan tietyt kohdat tarjousasiakirjoista olisivat esimerkiksi liikesalaisuuksia.²²⁵² Eten-kin suurissa ja monivaiheisissa ulkoistamisissa kunnalliselle viranomaiselle jää viime kädessä harkittavaksi ja päätettäväksi, mitkä asiakirjat eivät ole julkisia. Oikeuskäytäntö on painottanut, ettei viranomaisella ole vapaata harkintaa asiakirjan luovuttamisessa sellaisissa tapauksissa, joissa asiakirja ei ole vielä tullut julkiseksi²²⁵³.

Tietyn tarjouksen tai sen osan luokittelu ei-julkiseksi asiakirjaksi vaatii tarkkaa har-kintaa ja perustelua, koska esimerkiksi suuret hankinnat menevät kunnanvaltuustoihin, joiden esityslistat taas ovat pääsääntöisesti julkisia. Toiseksi valtuutettujen tietojensaantioikeus on KuntaL 43 §:n nojalla erilainen kuin muilla. Tällöin luottamushenkilöt voivat saada tietoa myös sellaisista asiakirjoista, jotka eivät ole vielä julkisia.

Kunnallisen viranomaisen on mahdollista harkita, annetaanko tietoa esimerkiksi KuntaL 29 §:n perusteella sen jälkeen, kun hankintapäätös on tehty ennen lopullista hankintasopimuksen allekirjoittamista. Valmistelevalle viranomaiselle joutuu viime kä-dessä tapauskohtaisesti punnitsemaan julkisuuslain säännöksiä kunnallisten asioiden avoimuuteen ja tiedotuksellisiin näkökulmiin nähden, silloin kun selvää rajanvetoa valmistelussa olevien asioiden julkisuudesta ei ole olemassa. Ulkoistettavan toiminnan valmistelussa voidaan joutua pohtimaan, voidaanko yritys- ja liikesalaisuuksiin liittyviä asioita käsitellä julkisesti. Pääsääntönä on JulkL 7 §:n mukaisesti, että ulkoistetun palve-lun tarjousasiakirjat ja vertailulaskelmat ovat julkisia, kun sopimus on tehty. Ongelmaksi voi kuitenkin kunnallishallinnossa muodostua tarjouksien julkisiksi tulon ajankohta, koska kuntalaisilla ja tarjouksen jättäneellä tarjoajalla täytyy olla mahdollisuus hakea oikaisua tai muutosta päätökseen²²⁵⁴.

2249 Laakso 2006f s. 378.

2250 Ks. KHO:2005:26. KHO:n päätöksessä oli kyse kouluarviontiraporteista ja koulukohtaisista tie-doista. Toimittajalla oli oikeus saada ko. julkaistujen tai julkistettujen koulukohtaisten raporttien tulokset.

2251 Aarto ym. 2009 s. 101.

2252 Ks. KHO 12.11.2001/2803; 2.12.2002/3150. Ensimmäisessä tapauksessa oli kyseessä Kelan päätös, jossa arvioitiin yksityisyyden suojaa ja salassapidon perusteita. Päätöstä ei ollut salassapidon osalta perusteltu riittävästi. Jälkimmäisessä tapauksessa oli kysymys Tekesin rahoittamista hankkeista ja rahamääristä, joita ei voitu pitää liikesalaisuuden piiriin kuuluvana. Ks. myös Kalima 2001 s. 44.

2253 VNS 5/2003 s. 20; KHO 22.1.2001/86.

2254 Ahvenainen–Räty 1999 s. 57.

Valtuuston kokoukset ovat KuntaL 57 §:n mukaisesti pääsääntöisesti julkisia, ellei valtuusto muun painavan syyn vuoksi muuta päättä. Kuntalaissa mainittu *painava syy jää ulkoistamista ajatellen epämääräiseksi*, jolloin joudutaan punnitsemaan salaisten asiakirjojen määrittelyä. Tällöin arvioitavaksi voi tulla, millaisissa tilanteissa tällaisena painavana syynä voidaan pitää esimerkiksi kuntalain kommentaarissa mainittua kunnan edun turvaamista hankinnassa tai yrityskaupassa.²²⁵⁵ On äärimmäisen vaikeaa löytää perusteita ulkoistamiselle, joka olisi kunnan edun mukaista käsitellä suljetuin ovin. Tätä voidaan perustella sillä, että perustuslain lisäksi useat lait, kuten hallintolaki ja kuntalaki, painottavat avoimuutta ja vuorovaikutteisuutta sekä muutoksenhakumahdollisuutta kunnallisiin päätöksiin. Nämä voisivat heikentyä tai vaarantua, jos kuntalaisten palveluiden tuottamiseen liittyviä asioita käsiteltäisiin valtuustossa suljetuin ovin. Kunnan on kuitenkin helpompi perustella, että tilanteen vaatiessa tietty kohta kunnanhallituksen esityksestä, kuten virke tai kappale, rajataan valtuuston käsittelyä varten salaiseksi julkisuuslakiin nojaten.

Valtaosan palvelujen ulkoistamisista on mentävä kunnanhallituksen tai valtuuston kautta. Toimielimen kokouksesta on KuntaL 62.1 §:n mukaisesti pidettävä pöytäkirjaa, jonka pitämisestä ja sisällöstä vastaa puheenjohtaja²²⁵⁶. Kunnallisten hankintojen kilpailuttamisen ja erityisesti julkisuuden kannalta sopimus ei ole niin keskeinen käsite kuin se hetki, milloin päätös on tehty ja pöytäkirja hyväksytty, koska vasta tällöin päätös on aina lopullisesti julkinen. Hallintopäätösten perustelemisesta on mainittu hallintolain 45 §:ssä, erityisesti salassapidon perusteet olisi asianmukaisesti perusteltava ja tuotava esille seikat, jotka ovat vaikuttaneet salassapitosäännöksen soveltamiseen²²⁵⁷.

Oikeudellisesti *ongelmalliseksi voi aiheutua muutoksenhaku*, joka liittyy liike- tai ammattisalaisuuskäsitteen tulkintaan. Yritykset eivät halua liikesalaisuuksia julkisuuteen, ja nämä salaiset asiakirjat ovat kunnallishallinnon kannalta hyvin epämääräisiä. Oikeuskäytännöstä on kuitenkin löydettävissä pääsääntöiset raamit liikesalaisuuden määrittelylle. Tällaisena voidaan pitää sitä, että yleisesti ymmärrettävissä ja tunnistettavissa olevia asioita ja tietoja ei voida ulkoistamista koskevissa tarjouksissa pitää liikesalaisuuksina, kuten seuraavasta hallinto-oikeuden ratkaisusta ilmenee:

KHO:2007:83. Kysymyksessä oli yhteistyöelin, johon kuului kunnan lisäksi kahden elinkeinonharjoittajan edustus. Yhteistyöelin oli valmistellut kunnan ja elinkeinonharjoittajien välisiä sopimusjärjestelyjä. Tutkija oli pyytänyt kopioita pöytäkirjoista. Kunnanhallitus oli kieltäytynyt sillä perusteella, että pöytäkirjat olivat viranomaisen sisäistä työskentelyä varten laadittuja asiakirjoja, joihin myös sisältyi tietoja yhtiöiden liikesalaisuuksista.

”Hallinto-oikeus oli kumonnut kunnanhallituksen päätöksen ja palauttanut asian kunnalle uudelleen käsiteltäväksi. Hallinto-oikeus oli ratkaisussaan todennut, että pöytäkirjat ovat viranomaisen asiakirjoja, jotka ovat tulleet julkisiksi lukuun ottamatta niihin mahdollisesti sisältyviä tietoja yhtiöiden liikesalaisuuksista tai muista vastaavista yhtiöiden elinkeinotoimintaa koskevista seikoista.” Lisäksi on huomioitava,

2255 Ks. Harjula–Prättälä 2004 s. 451; Vrt. Mäenpää 1999 s. 162.

2256 Ks. Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 294–295.

2257 OM:n kirje ministeriöille julkisuuslainsäädännön täytäntöönpanosta 23.9.2005 s. 10. Ks. PeVL 43/1998 s. 6.

että tietoja oli pyydetty tieteellistä tutkimusta varten.

*KHO totesi, että yhteistyöelimen pöytäkirjat oli laitettu kunnan arkistoon asian tultua kunnanhallituksessa ja -valtuustossa loppuun käsitellyksi. KHO ei myöntänyt valituslupaa, koska kunnanhallituksella ei ollut asianosaisen valitusoikeutta eikä valitusoikeus ollut myöskään kunnanhallituksen valvottavana olevan julkisen edun vuoksi tarpeen.*²²⁵⁸

Hankinta-asetuksen 11.4 §:ssä (VNA 614/2007) on todettu, että kunta ei voi jälki-ilmoituksessa ilmoittaa sellaisia tietoja, joiden julkaiseminen on yleisen edun vastaista, vaarantaisi liikesalaisuudet tai häittäisi tarjoajien välillä käytävää tervettä tai kaupallista kilpailua. Liikesalaisuudella on tarkoitettu taloudellisuonteista kaupankäyntiin liittyvää salaisuutta, ja sen yhteydessä on huomioitava yksityisen taloudellisen edun suojaaminen. JulkL 11.2 §:n mukaan kunnan tarvitsee antaa tarjouskilpailuista asianosaisille vain kokonaishinnat, mahdolliset tuotekohtaiset hinnat ja valintaperusteet²²⁵⁹. Toisen tarjoajan jättämiä liike- ja ammatissalaisuuksiin liittyviä tietoja ei muilla tarjouksen jättäneillä ole oikeutta saada. Näin on todettu JulkL 11.2 §:n (621/1999) kuudennessa kohdassa. Tämä koskee myös asianosaisen tiedonsaantioikeutta, jolloin liike- tai ammatissalaisuuden suoja on vahvempi.²²⁶⁰ Oikeuskäytäntö on joiltain osin tulkinnallinen liikesalaisuuden käsitteen kannalta. Käsitettä on kuitenkin selvennetty lainvalmisteluaineiston ja oikeuskäytännön kautta. Seuraavasta korkeimman hallinto-oikeuden päätöksestä ilmenee liikesalaisuuden käsitteen tulkinnallisuus:

KHO:2007:83. Tapauksessa oli kysymys siitä, olivatko Kaarinan kaupungin kilpailuttamat matkapuhelinliikenteen yksikköhinnat salassa pidettäviä liikesalaisuuksia. KHO:n mukaan tarjouksen yksikköhinnat kuuluvat elinkeinotoimintaan, joten niiden joutuminen kilpaileville toimijoille antaisi näille kilpailuetua. Näin ollen tarjousasiakirjoissa mainitut yksikköhinnat tulkittiin tarjouksen tehneen elinkeinoharjoittajan liikesalaisuudeksi.

Edellä mainittu päätös herättää paljon kysymyksiä ulkoistamisen julkisuudesta. Se ei ole kaikilta osin linjassa yleisen avoimuusperiaatteen kanssa, eikä KHO ole myöskään perustellut päätöstään riittävästi. *Ulkoistamisen osalta KHO:n tulkinta olisi osittain hyvin vaarallinen kehityssuunta, koska hinta voidaan antaa kokonaishintana, johon liittyy myös yksikköhintoja, tai vain yksikköhintoina.* Ulkoistuksia voidaan tehdä yksikköhintaperiaatteella. Jos ne eivät ole julkisia, tietyissä ulkoistuspäätöksissä ei olisi julkista hintaosaa. Tällöin muutoksenhaku ja tarjousten vertailu olisi hyvin vaikeaa. Kuten edellä mainittu oikeustapaus osoitti, oikeuskäytäntö voi olla hyvin vakiintumatonta, ja kunnallisen kilpailutuksen yksi perusideologia eli avoimuus ei ole kaikilta osin vielä yksiselitteinen salassa pidettävien asioiden laajuuden näkökulmista.

Liikesalaisuuden käsitettä *pitäisi saada lainsäädännössä selkeämmäksi*, jotta kunnat eivät joutuisi yksittäistapauksessa punnitsemaan, mitä kulloinkin *sisällytetään liikesalai-*

2258 Ks. JulkL 24 §, joka koskee salassa pidettäviä viranomaisten asiakirjoja.

2259 Ks. HE 30/1998 s. 68, 95.

2260 Laakso 2006f s. 384. Ks. myös Siitari–Vanne 2002 s. 160–163.

suuden käsitteen sisälle. Edellä mainitun oikeustapauksen valossa voidaan joissakin ulkoistamisissa joutua uudelleen arviomaan, mitkä ovat ne hintatiedot, joiden pitäisi olla ulkoistamis sopimuksen jälkeen julkisia. Hankinta-asetuksen 11.4 §:n jälki-ilmoitusten osalta alue jättää myös kunnille liian paljon tulkintaa siinä, mitä liikesalaisuudeksi tai kaupalliseksi tai tervettä kilpailua haittaavaksi toiminnaksi voidaan kulloinkin lukea.

7.3 Oikeussuojakeinot ulkoistamispäätöksen ja -sopimuksen välillä

Hankintasopimuksen tekemisellä tarkoitetaan ajankohtaa, jolloin esimerkiksi kunta ja tarjoaja tekevät tarjouspyynnössä kerrotun sopimuksen tai kyseinen sopimus katsotaan muuten syntyneeksi. Lainvalmisteluaineistossa on viitattu kilpailuneuvoston kantaan, jonka mukaan hankintasopimuksessa tulee erottaa *hankintasopimuksen tekeminen ja sopimuksen syntyminen*²²⁶¹. Eri osapuolten näkökulmasta sekaannusta voi aiheuttaa, milloin hankintasopimus on syntynyt, koska sopimusoikeudellisesti sillä tarkoitetaan varallisuus oikeudellisista oikeustoimista annetun lain mukaan toista kuin mitä voisi päätellä sopimuksen syntymisestä.²²⁶² Ulkoistamisen valmistelu- ja vastuunäkökulmasta erityistä problematiikkaa voi liittyä ulkoistamispäätöksen ja sitä koskevan sopimuksen synkronisointiin kokonaisuutena niin, että niiden eri oikeussuojakeinot eivät kumoa ulkoistamisprosessin toista osaa.

Uuden hankintalain oikeusturvakeinoista on mainittu HankL 11 luvun 76–84 §:issä, ja ne eivät ole muuttuneet aiempaan hankintalakiin nähden (1505/1992). Hankintapäätöksen ja sopimuksen välinen ajanjakso on ongelmallinen sellaisissa tapauksissa, joissa kiistanalaisesta päätöksestä on tehty sopimus tietyn palveluntuottajan kanssa.

Hankintapäätökseen ja hankintasopimukseen liittyy myös mahdollisuus muutoksenhakuun. Euroopan komissio on huomauttanut Suomea tavarahankintojen ja rakennusurakoiden sopimuksia koskevasta muutoksenhakumenettelystä. Komissio on viitannut Alcatel-tapaukseen²²⁶³, jonka mukaan hankintalainsäädäntöä pitäisi tulkita siten, että hankintayksikön täytyisi tehdä hankintasopimuksesta erillinen hankintapäätös. Tällöin pitäisi kuitenkin huomioida, että hankintapäätöksen ja hankintasopimuksen välillä osallistujilla olisi mahdollisuus hakea muutosta hankintapäätökseen,

2261 HE 69/1997 s. 21–22.

2262 Kalima on pohdiskellut oikeustoimialan systematiikkaan pohjautuen sitä, onko sopimus syntynyt sitten, kun tarjous on kunnallisissa hallintoelimissä hyväksytty ja annettu tarjouskilpailun voittaneelle tiedoksi, vai sitten, kun se on virallisesti allekirjoitettu. Sopimus ja hankintasopimus eroavat toisistaan syntymisajankohdan määrittelyssä. Hankintasopimus eroaa joiltain osin siviilioikeudellisista sopimuksista, joka katsotaan syntyneeksi, kun tarjous on hyväksytty ilman mitään varauksia. Ongelmalliseksi tilanne voi muodostua, jos kunnassa on tehty hankintasopimus ilman, että siihen on varattu asianmukaista määrärahaa tai annettu muuta valtuutusta. Tällaisessa tilanteessa ei voida edellyttää, että tarjouskilpailun voittanut tarjoaja tietäisi, onko kunnalle varattu kyseiseen hankintaan määräraha vai ei, ellei sitä ole erikseen mainittu. Tällöin hankintasopimus pääsääntöisesti sitoo kuntaa. Kalima 1996 s. 111, 149.

2263 Euroopan komission päätös 19.5.2000, jossa komissio päätti olla vastustamatta em. keskittymää ja julisti sen soveltuvan yhteismarkkinoille. Ks. myös EY-tuomioistuimen päätös 28.10.1999 julkisista hankinnoista tehdystä tarjouskilpailusta, jossa mukana olivat esim. Alcatel Austria AG ja Siemens Österreich AG.

jotta mahdollinen virheellinen menettely voitaisiin oikaista.²²⁶⁴ Tätä kilpailuoikeuden näkemystä puoltavat tarjoajien oikeusturvanäkökulmat ja kunnissa muut julkisen hallinnon periaatteet. Näitä voivat olla yleisten hallinto-oikeudellisten periaatteiden lisäksi kunnan omat hallinto- ja hankintasäännöt, jotka yleensä edellyttävät, että kunnan on hyväksyttävä ja allekirjoitettava hankintasopimus.²²⁶⁵

Hankintapäätöksen muutoksenhakuaika pohjautui ennen hankintasopimuksen tekoajankohtaan ja tiedoksiantoajankohtaan. Muutoksenhaku on selkiytynyt, koska se ei ole enää kiinni hankintasopimuksen ajankohdasta.²²⁶⁶ Kuntien on annettava Kuntal 95.1 §:n mukaan aina asianosaisille päätös kirjeellä oikaisuvaatimushojeineen, jolloin muutoksenhaun katsotaan alkaneen tiedoksisaantipäivästä.

Vuonna 2006 Euroopan yhteisön komissio teki ehdotuksen valvontadirektiivien muuttamisesta²²⁶⁷. Ehdotuksen pohjalta muutettiin direktiivejä 2007/66/EY, 89/665/ETY ja 92/13/ETY niin, että julkisiin hankintoihin liittyvien sopimusten muutoksenhakumenettelyjen tehokkuus parantuisi. Kyseisessä oikeussuojadirektiivissä on säännelty hankintapäätöksen ja hankintasopimuksen välisestä odotusajasta. Oikeussuojadirektiivin tuli voimaan 20.12.2009 osana kansallista säännöstöä.²²⁶⁸

Kuntien hankinnoista voidaan julkisista hankinnoista annetun lain mukaan valittaa ainoastaan markkinaoikeuteen, jolla on taas toimivalta vain sellaisiin asioihin, jotka pohjautuvat vain hankintalakiin. Markkinaoikeus ei voi siten tutkia esimerkiksi valitusta kunnallisesta hankintapäätöksestä, jossa perusteena on kuntalaki tai hallintolainkäyttölaki.²²⁶⁹ Toisaalta HankL 82 §:n mukaan markkinaoikeuden toimivaltaan kuuluvissa asioissa ei voida hakea päätökseen muutosta kuntalakiin tai hallintokäyttölakiin nojaten. Se miten ja mistä voidaan hakea muutosta kunnalliseen ulkoistamispäätökseen, riippuu esimerkiksi siitä, mikä hallintoelin on päätöksen tehnyt. Toisaalta hankintapäätöksen tekemisajankohta on tarjoajan tarjouksen näkökulmasta tärkeä, koska tarjoaja tulee myös sidotuksi vahvemmin tarjoukseensa ja siinä ilmenneitä virheitä ei aina voi enää muuttaa, kuten alla oleva KKO:n päätös osoittaa:

KKO 2008:57. Kaupunki oli pyytänyt yrityksiltä tarjoukset linja-autojen vuorokausihuoltotöistä ja perussiivouksesta sekä sisäkattojen ja penkkien pesusta. Kaupunki oli päättänyt hyväksyä A:n tarjouksen. Kaupunki oli kuitenkin ennen hankintapäätöstä kiinnittänyt A:n huomion heidän tarjouksensa hinnoitteluperusteisiin. Tarjoaja A ilmoittanut vasta hankintapäätöksen jälkeen, että tarjouksen hinnastoa laadittaessa oli siihen tullut laskentavirhe. KKO katsoi, että tarjous oli määräävästi vaikuttanut kaupungin toimintaan kaupungin hyväksytyä alimman tarjouksen ja tarjoaja (A) ei voinut

2264 Sutela 2003 s. 96; Pekkala 2007 s. 507.

2265 HE 69/1997 s. 8; Ks. Kalima 2001 s. 235–236.

2266 Ks. Kalima 2007f s. 240; Vrt. Siitari–Vanne 2002 s. 119–121.

2267 KOM (2006) 195 lopullinen.

2268 OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 22.

2269 Vrt. Hallintovalitusta sääntelevä hallintolainkäyttölaki (26.7.1996/589) ja kunnallisvalitusta ohjaava kuntalaki (17.3.1995/365) eroavat toisistaan siten, että hallintovalitukseen oikeutettujen piiri on suppeampi eli oltava asianosainen. Hallintovalituksen valitusperusteet ovat kuitenkin laajemmat, eli se voidaan tehdä laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusperustein. Kuntalain ja Hankintalain suhdetta ja toimivaltakysymyksiä on käsitelty esim. KHO:n päätöksessä 21.3.2006/633. Julkisin hankintoihin liittyvän asian käsittely luokitellaan hallintomenettelyksi. Ks. KHO:1997:62.

*vetäytyä tarjouksesta hankintapäätöksen jälkeen. Vaikka kaupunki oli kiinnittänyt A:n huomion tarjouksen hinnoitteluperusteisiin, kaupungin ei voitu katsoa tienneen tarjoajan (A) erehdyksestä.*²²⁷⁰

Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän kehittämistä on tarkasteltu uusien direktiivien pohjalta. Seuraavassa mainitaan joitakin keskeisiä muutoksia, joita on ehdotettu tarkennettavaksi. Esityksessä on lähdetty siitä, että hankintalain ja erityisalojen hankintalain mukaisissa hankinnoissa poikettaisiin oikeustoimilaista, jolloin sopimus syntyisi vasta kirjallisen sopimuksen allekirjoittamisella²²⁷¹. Uutena kohtana on, että oikeussuojadirektiivin 2d artikla antaa tietyissä tilanteissa muutoksenhakuelimelle mahdollisuuden todeta hankintasopimus pätemättömäksi. Ehdotuksessa on todettu, että pätemättömyysäntelyllä puututtaisiin oikeustoimen sitovuuteen. Tätä voidaan toisaalta pitää erittäin kovana toimenpiteenä, ja se olisi syytä rajata koskemaan oikeussuojadirektiiviin liittyviä EU-kynnysarvon ylittäviä hankintoja pois lukien toissijaiset eli ns. B-palvelut. Työryhmän mukaan hyvitysmaksu vaatii kehittelyä siten, että eri seuraamukset eivät saisi olla päällekkäisiä ja niiden kokonaisvaikutus ei saisi myöskään tulla kohtuuttomaksi. Markkinaoikeudelle tullut hakemus aiheuttaisi automaattisen suspension, minkä tulisi olla suoraan laissa. Tällöin kunta ei voisi heti tehdä hankintasopimusta. Automaattinen suspensio koskisi odotusaikäsääntelyä.²²⁷² Oikeusturva-direktiivissä ei säännellä suspension tarkkaa pituutta, ja kuntien kannalta päätösten täytäntöön panematta jättäminen voi olla tietyissä palveluissa olla suurempi ongelma kuin tietyt jälkikäteen tulevat seuraamukset. Toiseksi Suomen oikeusjärjestelmään ei ole pidetty sopivana nk. tehottomuussääntelyä, koska sen on katsottu lisäävän byrokratiaa ja hidastavan hankintojen tekoa²²⁷³.

Oikeussuojadirektiivin kehittämisen yhtenä ongelmana on nähty, että oikeussuojakeinot hankintapäätöksen ja hankintasopimuksen välisenä aikana ovat olleet puutteellisia. Hankintayksiköt ovat joissakin tilanteissa pyrkineet nopeasti allekirjoittamaan sopimuksen, jolloin muut tarjoajat eivät ole voineet hakea tehokkaasti oikeussuojaa kiistanalaista päätöstä vastaan²²⁷⁴. Asiaa monimutkaistaa vielä se, että hankintapäätös ja hankintasopimuksen tekemisen ovat yleensä kunnallishallinnossa ajallisesti ja hallinnollisesti kaksi eri tapahtumaa.

Ratkaisuksi on ehdotettu, että hankintalaissa säädettäisiin siitä, että itse sopimus syntyy hankintapäätöksen tiedoksiannon jälkeen vasta tietyn odotusajan kuluttua tai sopimuksen allekirjoittamisella²²⁷⁵. Ratkaisu poistaisi tulkinnallisuutta sopimuksen syntymisestä, mutta muiden tarjoajien oikeusturvakysymyksiä se ei kaikilta osin ratkaise.

2270 Ks. Oikeustoimilain (228/1929) 7, 32–33 ja 39 §.

2271 OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 2.

2272 OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 2, 79, 113–115.

2273 TaVL 11/2007 s. 3. Tehottomuussääntelyn osalta talousvaliokunta päätyi siihen, ”että sopimus on todettava tehottomaksi, jos hankintayksikkö on ilman perustetta tehnyt suorahankinnan tai jos hankintayksikkö ei ole noudattanut odotusaikaa ja samalla rikkonut hankintadirektiiviä 2004/17 tai 2004/18 vastaan ja menettelyllä on ollut vaikutusta valittajan asemaan.” TaVL 11/2007 s. 2.

2274 OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 56.

2275 OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 68. Oikeussuojadirektiivissä (2007/66EY) on mainittu vähimmäisodotusaika, jonka aikana sopimusta ei voi tehdä lopullisesti. Ks. OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 68.

Ulkoistusta harkittaessa haetaan toimivaltaiselta toimielimeltä valtuutus hankintasopimuksen tekemiseen, ellei toisin ole johtosäännöissä määrätty. Jos sopimus on hyväksytty ja tarjoaja on siitä tietoinen, voi sopimus tulla sitovaksi, vaikka päätös ei ole saanut lainvoimaa tai sitä ei ole käsitelty toimivaltaisessa toimielimessä. Oikeuskäytännössä on katsottu, että kunnasta tulevaan viestiin tai päätökseen liittyy luottamuksensuojanäkökulma²²⁷⁶. Vaikka tarjoaja ei ole tehnyt asiasta kunnallisvalitusta, hän voi silti tehdä vahingonkorvausvaatimuksen²²⁷⁷.

JulkL 6–7 §:ien mukaan palvelujen kilpailuttamiseen liittyvät selvitykset ja asiakirjat sekä tarjoukset tulevat julkisiksi, kun sopimus kyseisestä tarjouksesta on tehty. Oikeustoimilain mukaan lähetetty tarjous ja siitä saatu vastaus sitovat osapuolia, eli sopimus voi syntyä jo silloin, kun kunta hyväksyy tarjouksen ja tästä menee tieto tarjouksen tekijälle. Kunnallishallinnossa toimielimen pöytäkirjalla on tärkeä merkitys, koska päätös on syntynyt vasta, kun pöytäkirja on tarkistettu. Ellei pöytäkirjaa ole tarkistettu, ei päätöstä voida panna täytäntöön. Yksityiskohtaisempia ohjeita kuntien pöytäkirjojen sisällöstä annetaan hallintosäännöillä. Julkisuuslain mukaan ei ole ratkaisevaa, onko kaikki asiakirjat liitetty pöytäkirjaan vai ei.²²⁷⁸

Suuntana kunnallishallinnossa on ollut, että päätöksen keskeisestä sisällöstä tiedotetaan heti toimielimen kokouksen jälkeen, vaikka tosiasiallista päätöstä ei oikeudellisessa mielessä ole vielä syntynyt, ellei pöytäkirjaa ole tarkistettu heti kokouksessa. Julkisuuslain kannalta olennaista on tulkinta siitä, milloin päätös on tosiasiallisine oikeusvaikutuksineen syntynyt²²⁷⁹.

Asianosaisten ja kuntalaisten näkökulmasta koko ulkoistamisprosessin yksi keskeinen asia on, että oikeusturvakeinot eivät vaarannu. Ulkoistamisen alkuun voi liittyä monia kunnallispoliittisia näkökulmia ja valintoja. Kilpailuttamisvaiheessa vastuu ja valta säännösten noudattamisesta ovat yksiselitteisesti kunnalla ja se *hetki, jolloin yksityinen palvelun tuottaja on aloittanut palvelun tuottamisen, muuttaa kunnan toimintatavan sopimusjohtamiseksi mutta ei muuta kunnan välitöntä järjestämisvastuuta*. Tällöin kunnan on valvottava, että sopimuksen mukaiset ja muut oikeusturvanäkökulmat toteutuvat. Samalla on huomattava, että *eri ulkoistamismuodoissa ulkoistamispäätöksellä ja -sopimuksella voi olla eri merkitys*²²⁸⁰. Kokonais- ja osa-alueen ulkoistuksissa asiaa on tulkittava hankintalain ja oikeustoimilain lähtökohdista – osittaisulkoistukset taas pohjautuvat pääasiallisesti kuntalain säännöksiin.

2276 Ks. KKO 1996:84, korkeimman oikeuden päätös koski sopimuksen syntymistä ja rakennusurakkaa.

2277 Halila 2005 s. 72. Hallituksen esityksessä on todettu, että kuntien toimeksiannot organisaationsa osastoilta, liikelaitoksilta tai muilta yksiköiltä eivät kuuluisi pääsääntöisesti kilpailuttamisveloitteen alaisuuteen eivätkä siten ole hankintasopimuksia. HE 50/2006 s. 52, 58–59.

2278 Harjula–Prättälä s. 2004 s. 471; Ahvenainen–Räty 1999 s. 56.

2279 Julkisuuslain soveltamisesta ks. tarkemmin luku 7.2.

2280 Vrt. Hallituksen esityksessä on todettu, että kuntien toimeksiannot organisaationsa osastoilta, liikelaitoksilta tai muilta yksiköiltä eivät kuuluisi pääsääntöisesti kilpailuttamisveloitteen alaisuuteen eivätkä siten ole hankintasopimuksia. HE 50/2006 s. 52, 58–59.

7.4 Muutoksenhakutiet

Kunnallinen palvelujen ulkoistaminen voi osoittautua virheelliseksi sekä hankintalain että kuntalain mukaan²²⁸¹. Kunnanhallitus on kuitenkin ensimmäinen valitusviranomainen myös niissä tapauksissa, joissa sen alaisuudessa toimivien lautakuntien tai viranhaltijoiden päätöksistä on valitettu.²²⁸² Kunnan omista säännöissä ja ohjeissa voidaan tarkentaa toimivaltakysymyksiä ja rajoja, joissa voi olla kuntakohtaisia eroja. Hankintalain oikeusturvakeinoja ja kuntalain muutoksenhakusäännöksiä voidaan joutua soveltamaan rinnakkain²²⁸³. Perusteiden on kuitenkin oltava oikeita, kuten seuraavasta tapauksesta ilmenee.

*KHO:2006:11. Tarjoaja pyrki samaan samat oikeuskysymykset käsiteltäväksi sekä markkinaoikeuden että hallinto-oikeuden kautta. KHO yhtyi hallinto-oikeuden kantaan, jonka mukaan hallinto-oikeus ei voinut kunnallisvalituksena ottaa käsiteltäväkseen asiaa, joka pohjautui kaupungin hankintaohjeiden kohtiin yleisistä hankintaperiaatteista ja hankintaohjeiden toteuttamisesta.*²²⁸⁴

Kansallisen kynnsarvon ylittävissä hankinnoissa kilpailuun osallistuneella ehdokkaalla tai tarjoajalla on mahdollisuus hakea oikeusturvaansa markkinaoikeudelta. Kansallisen kynnsarvon alittavissa hankinnoissa taas voidaan tehdä kuntalain mukainen oikaisuvaatimus ja sen jälkeen valittaa kunnallisvalituksena hallinto-oikeudelle²²⁸⁵.

Kunnallisen hankintayksikön tekemä päätös voi kuitenkin olla vireillä kunnassa oikaisuvaatimuksena ja hakemuksena markkinaoikeudessa. Eri muutoksenhakutiet ovat toisistaan täysin erillisiä, ja esimerkiksi määräajat ovat toisistaan riippumattomia. Esimerkiksi Ruotsissa ei ole samanlaista kahden eri oikeussuojakeinon käyttömahdollisuutta, vaan kunnallisen hankintayksikön päätöksestä ei voi tehdä kunnallisvalitusta²²⁸⁶. Hallituksen esityksessä mietittiin, voitaisiinko valitukset yhdistää sellaisessa tilanteessa, jossa sama asia on käsiteltävänä markkinaoikeudessa ja hallinto-oikeudessa. Eriytyneen oikeuskäytännön systematiikka aiheuttaa monia haittoja, mutta asioiden yhdistämismahdollisuudet eri instanssien osalta nähtiin pieniksi.²²⁸⁷

Talousvaliokunta on kiinnittänyt huomiota kunnallisten oikaisuvaatimusten selkeyttämiseen. Valiokunnan kuulemisissa on nostettu esille kuntalain säätelämän oikai

2281 Vrt. Aalto-Setälä ym. 2003 s. 508–509.

2282 Ks. Halme 2005 s. 134.

2283 Harjula–Prättälä 2004 s. 665.

2284 Vrt. myös luku 4.2.5.

2285 Oksanen 2007b s. 15–16. Talousvaliokunnan mukaan markkinaoikeuteen valitusmahdollisuuden poistuminen kansallisen kynnsarvojen alittavissa hankinnoissa oli periaatteellisesti iso muutos. Ks. TaVM 26/2006 s. 11.

2286 Madell 1998 s. 151–158. Toisaalta jos nykyiset eri oikeussuojakeinot yhdistettäisiin tai kunnallisvalitus kiellettäisiin Ruotsin mallin mukaisesti, muuttuisivat kuntalaisten mahdollisuudet valvoa kunnan päätösten lainmukaisuutta olennaisesti. Tämä taas voisi johtaa ainoastaan kilpailuoikeudellisten asioiden painottamiseen ratkaisuihin. Ruotsissa on painotettu kunnallisvalituksen roolia kuntalaisten yleisenä kontrollimahdollisuutena, ja kunnallisvalitus systeeminä on Ruotsissa hyvin samanlainen kuin Suomessa. Tanskan ja Norjan kuntien laillisuuskontrolli on muodoltaan erilainen. Warling–Nerep 1995 s. 328, 553.

2287 HE 105/2001 s. 34.

suvaatimuksen ja hankintalain oikeussuojasääntelyn välisen suhteen selkeyttäminen kaksinkertaisen valitusoikeuden estämiseksi. Valiokunta piti epäselvänä, pitäisikö puitejärjestelyn sisäisiä hankintoja tulkita sopimuksen täytäntöönpanona (tilauksina) vai hallinnollisina päätöksinä, joista on mahdollista tehdä myös kuntalain mukainen oikaisuvaatimus.²²⁸⁸

Kynnysarvojen suuruudet ovat herättäneet keskustelua kuntakentässä. Uutta hankintalakiä valmisteltaessa monissa lausunnoissa tuotiin esille korkeampi kynnysarvo, jota perusteltiin sillä, että julkisilla organisaatiolla on käytössään omia hankintaohjeita ja hankintastrategioita ja yritysten oikeussuoja toteutuu kunnissa kuntalaisilla olevilla muutoksenhakumahdollisuuksilla²²⁸⁹. Kunnallishallinnon näkökulmasta liian pienet kynnysarvot voivat olla hidaste pienille ulkoistamisille. Pitkät käsittelyajat voivat monimutkaistaa tarjoajan ja tilaajan toiminta- ja oikeusturvakysymyksiä, ja voidaan kysyä, olisiko nämä seikat pitänyt huomioida jo ennakkoon. Keskeinen oikeusturvakysymys ja toiminnan kehittämisen kannalta tärkeää on kummankin osapuolen näkökulmasta, että hankinta-asioihin liittyvät käsittelyajat ovat markkinaoikeudessa kohtuullisia²²⁹⁰.

KuntaL 89 §:ssä on mainittu, että ”kunnanhallituksen ja lautakunnan, niiden jaoston sekä niiden alaisen viranomaisen päätökseen tyytymätön voi tehdä kirjallisen oikaisuvaatimuksen. Päätökseen ei saa hakea muutosta valittamalla.” Oikaisuvaatimus on ensimmäinen muutoksenhakekeino kaikissa kunnallisissa hankintapäätöksissä. Oikaisuvaatimus on asianosaisten ja kuntalaisen kannalta nopea ja kohtalaisen vaivatton.²²⁹¹ Kunnallisvalituksella ja oikaisuvaatimuksella on yhtäläisyyksiä esimerkiksi siinä, ketkä siihen ovat oikeutettuja. Kunnallisvalituksen voi tehdä vain laillisuusperustein ja KuntaL 90 §:ssä mainituin perustein²²⁹².

KHO:2009:10. Päätöksessä oli kyse kunnallisvalituksen ja hallintoriita-asian toissijaisuudesta sekä kunnallisen itsehallinnon näkökulmasta tärkeästä asiasta eli kunnallisvalituksen kassatorisesta luonteesta. Tällöin tuomioistuimien voi säännön mukaan vain joko pitää kunnallisen viranomaisen päätöksen voimassa sellaisenaan tai kumota päätöksen. Hallintovalitusasioissa tuomioistuimien voi muuttaa viranomaisen ratkaisun sisältöä tai antaa asiassa uuden ratkaisun. KHO totesi päätöksessään, että kunnallisesta viranhaltijasta on säädetty, että kyseisen lain nojalla antamaan päätök-

2288 TaVL 11/2007 s. 3.

2289 HE 50/2006 s. 33.

2290 Vuonna 2007 markkinaoikeuteen tuli 386 julkisiin hankintoihin liittyvää asiaa. Eri osapuolten oikeusturvan kannalta huolestuttava piirre on, että osa käsittelyistä on kestänyt reilusti yli puoli-toista vuotta, mitä ei voida pitää kohtuullisena. Ks. OM:n työryhämietintöjä 2008:6 s. 106–107. Markkinaoikeuden käsittelyajoista myös Mononen 2008 s. 40. Voidaan kysyä, menettäkö markkinaoikeus yhtenä oikeusturvainstanssina merkityksensä, jos käsittelyajat alkavat olla lähes yhtä pitkiä kuin itse ulkoistamista koskevat sopimukset.

2291 Oikaisuvaatimuksen vireillepano ei vaadi asianosaiselta tai kuntalaiselta suurta vaivaa ja perehtyneisyyttä, koska siitä on ainoastaan ilmettävä, että vaatimuksen esittäjällä on siihen oikeus sekä miten ja millä perusteella päätökseen halutaan muutosta. Harjula–Prättälä 1998 s. 517; Vrt. Harjula–Prättälä 2004 s. 668–673. Koska oikaisuvaatimus voidaan tehdä sekä tarkoituksenmukaisuus- että laillisuusperusteella, se on käsiteltävä heti. Hannus–Hallberg 1997 s. 538–542.

2292 Kunnallisvalituksen voi tehdä vain laillisuusperustein ja kuntalaisia 90 §:ssä mainituin perustein, joina pidetään KuntaL 90.2 §:n mukaan sitä, että päätös on syntynyt virheellisessä järjestyksessä, päätöksen tehnyt viranomaisen on ylittänyt toimivaltansa tai päätös on muuten lainvastainen.

seen haetaan muutosta kuntalain mukaisesti. Hallintoriitamenettely on toissijainen hallinto-oikeudelliseen valitukseen nähden. Täten hallinto-oikeuden ei olisi pitänyt tutkia valitusta kuntayhtymän yhtymähallituksen tekemästä päätöksestä hallintoriita-asiaa koskevana hakemuksena.

KuntaL 90 §:n mukaan muutoksenhaku kunnanvaltuuston päätöksestä tehdään suoraan hallinto-oikeuteen. Valtaosassa kunnan ulkoistuksista haetaan muutosta hallinto-oikeudelta tai markkinaoikeudelta, ja näiden rooli on suuri kunnallisten ulkoistusten muutoksenhakuteinä. Markkinaoikeus ottaa käsiteltäväkseen asioita, joissa on menetely hankintalainsäädännön vastaisesti. Hallinto-oikeus ei käsittele asioita, joissa arvioidaan, ovatko kunnan ulkoistamispäätökset hankintasäännösten vastaisia²²⁹³. Kuntien kannalta ratkaisevaa voi olla asianosaisuuden määrittely. Seuraava oikeustapaus Pernajan kunnan ruokapalvelujen ulkoistamisesta yksityiselle yritykselle osoitti, että asianosaisuuden määrittely voi nousta keskeiseen rooliin oikeusturvan näkökulmasta.

KHO:1999:51. Pernajan kunta oli selvittänyt ruokahuollon uudelleenjärjestelyjä, niin että ne voitaisiin toteuttaa ostopalveluina. Björkman oli asiakaskumppaninsa kanssa tehnyt valituksen kilpailuneuvostolle, koska he olivat katsoneet, että olivat tehneet tarjouksen Pernajan kunnalle ja että irtisanotuilla viranhaltijoilla ja työntekijöillä on muutoksenhakuoikeus riippumatta siitä, onko lain tarkoittamaa tarjousta tehty vai ei. Kilpailuneuvoston päätös oli, että hakijat eivät olleet hankintalain mukaisia asianosaisia. Kunnan henkilöstö oli ollut tekemässä kustannuslaskelmaa, johon myös Björkman ja hänen asiakaskumppaninsa kuuluivat. He olivat ilmoittaneet, että heidän tavoitteenaan ei ollut perustaa ruokahuoltoyritystä, vaan että he saisivat jatkaa samassa virka- ja työsuhteessa. Tarjousten vertailuihin nojaten kunnanhallitus oli esittänyt kunnanvaltuustolle, joka oli esityksen hyväksynyt, että Amica Ravintolat järjestää ruokahuollon.

KHO totesi päätöksessään, että Björkmanin ja hänen asiakaskumppaneidensa esitys ei ollut tarjouspyynnön mukainen eikä sitä ollut annettu tarjouskilpailussa. Asia ei siten koskenut Björkmania ja hänen asiakaskumppaneitaan hankintalain mukaisesti siten, että he olisivat tehneet tarjouksen. Lopuksi todettiin, että kilpailuneuvosto ei ole toimivaltainen tutkimaan kunnan ratkaisuja siitä, miten mm. koulujen ja päiväkotien ruokahuolto järjestetään. KHO totesi myös, että Björkmanin ja hänen asiakaskumppaninsa asemaa ei voitu tulkita siten, että kunnanvaltuuston hankintapäätös koskisi heitä HankL 9a §:n 1 momentin mukaisesti.²²⁹⁴

Muutoksenhaku ja vahingonkorvauksen hakeminen on hankinta-asioissa tehty yksittäisen yrittäjän tai tarjoajan kannalta monimutkaiseksi. Toisaalta mahdollisten tarjoajien asemaa on parantanut velvollisuus ilmoittaa hankinnasta, mikä voi myös osaltaan lisätä asianosaisten määrää. Itse hankintamenettelyyn tyytymätön voi valittaa kilpailuneuvostolle ja korkeimpaan hallinto-oikeuteen, kun taas vahingonkorvausasiat menevät

2293 KHO:n vuosikertomus 2005 s. 15. Vahingonkorvausasioiden lisäksi markkinaoikeus ei ole toimivaltainen ottamaan kantaa sellaisiin laillisuuskysymyksiin, jotka eivät pohjaudu hankintasäännöksiin, eikä pääsääntöisesti käsittele esteellisyteen liittyviä asioita. Kalima 2007f s. 242–243. Ks. MAO 221/05; MAO 155/03.

2294 Asianosaisuudesta. Vrt. KHO:2002:90; KHO:2005:43.

alioikeuteen ja sieltä mahdollisesti korkeimpaan oikeuteen. Hankintamenettelyssä tapahtunutta virhettä tai vahinkoa voidaan siis joutua käsittelemään sekä KHO:ssa että KKO:ssa²²⁹⁵. Kunnalliseen tarjouskilpailuun osallistuvan oikeusturvan kannalta ongelmaksi muodostuvat kynnysarvon alittavat peruspalveluhankinnat, joissa kilpailuneuvosto ei ole toimivaltainen käsittelemään asioita. Tällöin asianosaiselle jää mahdollisuus tehdä kunnallinen oikaisuvaatimus ja kunnallisvalitus tai hallintovalitus.²²⁹⁶

Kunnallisvalituksella ja hallintovalituksella on monia eroja. Kuntalain mukaisen oikaisuvaatimuksen ja kunnallisvalituksen voi tehdä asianosaisen lisäksi myös kunnan jäsen. Hallintovalituksessa valitusoikeus on pääsääntöisesti vain asianosaisella.²²⁹⁷ Asia monimutkaistuu, kun sitä tarkastellaan myös tarjouksen jättäneen osapuolen oikeusturvan kannalta, koska asianosaisen valitusoikeuden ala ja tulkinnat ovat KHO:ssa vaihdelleet²²⁹⁸. Kun kunnat kamppailevat tehokkuuden ja hyvinvointivaltion perustehtävien suoriutumisesta, riskinä on, että omassa toiminnassa tai ostetussa palvelussa seuraa vahinkotilanteita, jolloin eri osapuolten oikeusturvanäkökulmat korostuvat.

On kuitenkin muistettava tarkastella kunnan organisaatiomallia myös oikaisuvaatimusten kannalta. Tilaaja-tuottajamallissa tuotannon johtokunta ei aina käsittele oikaisuvaatimuksia vaan johtokunnan päätöksistä voidaan oikaisuvaatimus tehdä myös tilaajalautakunnalle tai kaupunginhallitukselle. Eri ulkoistamistilanteissa asia ei kuitenkaan ole selvä, vaan kunnissa voi olla oikeudellisesta näkökulmasta hyvinkin erilaisia johtokuntia. Esimerkiksi KuntaL 87c §:n 3 mom mukaisista kunnallisen liikelaitoksen johtokunnan (osittaisulkoistuksissa) päätöksistä oikaisuvaatimus tulee tehdä kyseiselle johtokunnalle. Ratkaisevaa on, miten kunta on määritellyt KuntaL 51.3 §:n mukaisesti johtosäännöissään, mille toimielimille annetaan otto-oikeus, koska siten määräytyy myös se, kenelle oikaisuvaatimus tehdään²²⁹⁹.

2295 Ks. KHO 13.4.2007/989. Kyseisessä tapauksessa KHO totesi, että vahingonkorvausvaatimusten tutkiminen ei kuulu sen toimivaltaan. HankL 78 §:ssä on todettu, että markkinaoikeuden käsiteltäväksi hankinta-asian voi viedä se, jota asia koskee. Ks. Oksanen 2007b s. 15.

2296 Kalima 2001 s. 245; ks. Hirvonen-Mäkinen 2006 s. 359–362.

2297 Mäenpää 2005 s. 253–254 ja 236. Hallberg–Ignatius–Kanninen 1997 s. 129–133. Se päädytäänkö kuntalain tai hallintovalituksen mukaiseen muutoksenhakuun, riippuu esim. siitä, pitäisikö valitusoikeuden olla asianosaisten lisäksi kunnan jäsenillä ja onko valitus tehtävissä sekä laillisuus- että tarkoituksenmukaisuusperiaatteella ja pitäisikö valitusviranomaisen pystyä muuttamaan kunnan päätöstä.

2298 Vrt. KHO:n päätökset urakkatarjousista KHO 1983 II 55; KHO 1991 A 40. Mäenpää on todennut seuraavasti: ”tämä oikeusturvan individualistis-subjektiivinen aspekti heijastuu etenkin siinä, että oikeusturvakoneiston käynnistämisessä keskeisin merkitys on valituksilla, joka on sidottu varsin tiukkoihin määrämuotoihin (valitusoikeus, valituskelpoisuus, valitus aika, valitusviranomainen, valituksen muoto vaatimukset jne.). Sen sijaan muut, asiallisesti myös oikeusturvaa toteuttamaan pyrkivät vireille panomuodot kuten erityisesti hallintokantelu ovat helpommin ja laajemmin käytettävissä, mutta niillä ei voida välittömästi vaikuttaa hallintopäätökseen.” Mäenpää 1992 s. 315.

2299 KuntaL 51 §:n mukaan kunnanhallitus voi myös käyttää otto-oikeutta lautakunnassa päätettävästä asiasta tiettyjen reunaehtojen täyttyessä. KuntaL 51.5 §:ssä on täsmennetty, että otto-oikeutta on tietyissä asioissa rajoitettu. Otto-oikeuden käyttämisestä on pidetty lainsäädännöllisesti perusteltuna, jotta kunnanhallitus voi tosiasiallisesti vastata kunnan hallinnosta, taloudesta ja muun toiminnan yhteensovittamisesta. Kunnallishallituksella on laajat otto-oikeusvaltuudet, koska se voi ottaa käsiteltäväkseen myös lautakunnan alaisen viranomaisen asian. Näin kunnanhallitus voi varmistua, että ratkaisussa otetaan huomioon sellaiset tekijät, jotka sen mukaan vaikuttavat olennaisesti ratkaisuun, ja että ratkaisu on lainmukainen. Hannus–Hallberg 1997 s. 34.

Oikaisuvaatimusjärjestelmän kehittämisessä olisi kyse uudesta hankinta-oikaisu-
ta, jossa hankinta-asioissa tehtyä päätöstä voitaisiin korjata ennen kuin asia menisi
markkinaoikeuteen (tai sen aikana) hallintolain tai kuntalain mahdollistamalla tavalla.
Hankinta-oikaisu kohdistuisi selviin ja ilmeisiin virheisiin, ja se olisi vaihtoehtoinen ja
rinnakkainen muutoksenhakumuoto markkinaoikeudelle. Se olisi kuitenkin tehtävä
lyhyessä ohjeellisessa ajassa.²³⁰⁰ Tämän oikeussuojakeinon käyttöönotto ei ole kaikilta
osin täysin ongelmatonta, koska työryhmä on esittänyt, että hankinta-oikaisun voisi
tehdä sellainen hankintayksikkö, joka ei ole viranomainen²³⁰¹. *Hakijan oikeusturvan
kannalta kehityssuunta, jossa muu kuin viranomainen voisi tehdä oikaisun ilman asian-
omaisen suostumusta, vaikka tämän asema heikkenisi, voi johtaa erilaisiin käytäntöihin
ja tulkintoihin.* Tällöin voi haasteeksi muodostua eri säännösten ja periaatteiden nou-
dattamisen kannalta, että asiaa ei käsitellä virkavastuulla, vaikka oikeussuojakeinot
olisivat rinnakkaisia. Toiseksi jos hankinta-oikaisu korvaisi hankinta-asioissa kunnallisen
oikaisuvaatimustien, voisi muutoksenhakuteiden monipuolistuminen (koko kunnan
näkökulmasta) tuoda epäselvyyttä siihen, milloin hakijalla olisi mahdollisuus tehdä
asiasta kunnallisvalitus.

Terveystieteiden moninaiset palveluntuottamistavat ovat nostaneet esille myös
potilaiden muutoksenhakumahdollisuudet. Vaikka kunnat ovat enenevässä määrin
ulkoistaneet sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja, pitää asianosaisella olla pääsään-
töisesti muutoksenhakuoikeus hänen oikeuksiaan koskeviin viranomaispäätöksiin. Ter-
veydenhuollossa keskeiseksi tulee se, mitä pidetään tosiasiallisena hallintotoimintana.
Päätöksentekoa hoitoon ottamisesta ja yksittäisestä hoitotoimenpiteestä voidaan pitää
tosiasiallisena hallintotoimintana, johon ei ole muutoksenhakumahdollisuutta²³⁰². Po-
tilaan muistutusmenettely ja kuulemismahdollisuudet ovat kuitenkin kehittyneet PotL
10 §:n myötä, vaikka niitä ei voida pitää varsinaisina muutoksenhakuteinä. Korkein
hallinto-oikeus on kuitenkin velvoittanut kunnan korvamaan kustannuksia potilaalle,
kuten sen päätöksestä 21.2.2002 ilmenee²³⁰³. Samalla kyse oli myös asianomaisen
oikeusturvan näkökulmasta erityissäännöksen tulkinnasta, koska STVOL 4.4 §:n
määrittelemä velvollisuus suorittaa korvaus ei ole tarkoitettu tai edes laajennettavissa
tarkoittamaan myös kuntalaisia.

Yhtenä lisääntyvä oikeusturva-alueena, etenkin sosiaali- ja terveydenhuollon alal-
la, voidaan pitää hallintokantelua. Kuntalaisilla on mahdollisuus kannella ylemmälle
hallintoviranomaiselle tai yleiselle lainvalvontaviranomaiselle. Hallintokantelun hyvinä
puolina kuntalaisten kannalta on, että se ei ole sidottu asianosaisuuteen eikä se me-
nettelymuotona ole niin muotosidonnainen kuin muutoksenhaku.²³⁰⁴ Sosiaalihuollon
asiakaslain 16.1 (812/2000) §:ssä ja PotL 13.2 (785/1992) §:ssä on mainittu, että
asiakirjoista saa antaa tietoja myös sivullisille, jos potilas antaa tähän suostumuksen.
Ulkoistettaessa toimintoja kunnan on hyvä määrittellä jo tarjouspyynnössä erikseen,

2300 OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 4.

2301 Ks. OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 101–102. Julkisen hankintojen oikeussuojajärjestelmän
uudistamisessa käsiteltiin myös lukuisia muita ongelmakohtia, kuten poikkeuksia odotusaikasaän-
telyyn ja suorahankinnoista ilmoittamiseen sekä väliaikaisia sopimusjärjestelyjä ja asianosaisen
puhevallan rajoittamista.

2302 Ks. myös Tuori 2004 s. 416–421. Asiaa on käsitelty myös luvussa 4.4.3.1.

2303 Vrt. KHO:2002:21. Ks. luku 4.3.3.

2304 Kulla 2003 s. 254–255.

milloin sopimus syntyy ja onko sille olemassa muita ehtoja.

Muutoksenhaun kannalta voi keskeiseksi asiaksi nousta, *milloin mahdollinen muutoksenhakija pääsee tarkastelemaan valmistelu- ja päätösasiakirjoja*, joihin muutoksenhaku pohjautuu. Hallituksen esityksessä painotettiin, että oikeudesta ja velvollisuudesta antaa salassa olevia tietoja tai oikeudesta saada tällainen tieto olisi säänneltävä. Samalla olisi mainittava tiedon luovuttamisen ehdot ja se, mitkä salassapitoperusteet säännös syrjäyttää.²³⁰⁵

7.5 Hyvitysmaksun suhde vahingonkorvaukseen

Hyvitysmaksu tuli voimaan vuonna 1997 lainmuutoksella. Sitä on perusteltu esimerkiksi sillä, että hakijan ei tarvitsisi kaikissa tilanteissa turvautua vahingonkorvauskanteeseen alioikeudessa, koska mahdollinen hyvitysmaksu on kuitenkin huomioitava vahingonkorvausta tuomittaessa.²³⁰⁶ Hyvitysmaksu on luokiteltavissa tietynlaiseksi sanktio- ja korvausluonteiseksi maksuksi, jonka tehtävä on tehostaa hankintalainsäädännön oikeusturvakeinoja²³⁰⁷. HankL 76 §:n mukaan markkinaoikeus voi määrätä hyvitysmaksun asianosaiselle²³⁰⁸, jos hankintamenettely on virheellinen ja tästä virheellisestä menettelystä johtuen mahdollisella tarjoajalla olisi ollut tosiasialliset edellytykset voittaa hankintakilpailu.

Hyvitysmaksun ongelma on, että tarjouskilpailua ei ole järjestetty ollenkaan, jolloin on vaikea näyttää toteen, miten mahdollinen tarjoaja olisi voittanut tarjouskilpailun. Lainvalmistelussa on kuitenkin kiinnitetty huomioita siihen problematiikkaan, että hyvitysmaksua ei voida määrätä silloin, kun kilpailutusta ei ole järjestetty tai mahdollista tarjoajaa ei edes ole kelpuutettu tarjoajaksi.²³⁰⁹ Asia on ongelmallinen, koska sellaisen mahdollisen tarjoajan, joka ei ole päässyt jättämään tarjousta, ei ole kovinkaan helppo vaatia hyvitysmaksua ja näyttää toteen, että kyseisellä tarjoajalla olisi ollut virheettömässä menettelyssä mahdollisuus voittaa koko tarjouskilpailu.

Hyvitysmaksu on kuitenkin HankL 76 §:n mukaisesti vasta toissijainen oikeusturvakeino, ja markkinaoikeus soveltaa sitä vasta, jos muita keinoja ei ole käytössä tai

2305 HE 30/1998 s. 30. Ks. Tuori 2004 s. 556.

2306 Siitari–Vanne 2002 s. 155. Ks. Kuusiniemi–Laine–Takala 2007.

2307 HE 69/1997 s. 1–2, 21. Toisaalta on hyvin vaikea yleistää, milloin hakijalla olisi ollut mahdollisuus voittaa virheetön tarjouskilpailu. Pohjonen on koonnut kilpailuneuvoston ratkaisukäytäntöjä, joista ilmenee, että hakijalla olisi ainakin tietyissä olosuhteissa hyvät edellytykset hyvitysmaksuille. Tällaisina voidaan pitää mm. seuraavia syitä: Tarjouskilpailussa ei ole ratkaisu- ja arviointiperusteita, kokonaistaloudellisuutta ja siihen liittyviä kriteerejä ei ole ollut, ei ole noudattatettu tarjouspyyntiasiakirjaa, arviointia ei ole tehty objektiivisesti tai halvin tarjous on jätetty perusteettomasti hyväksymättä. Kaikkien em. virheiden on oltava hankintayksikön tekemiä. Niitä ei sovelleta sellaisiin tapauksiin, joissa myös tarjoaja on menetellyt virheellisesti, koska tarjoajalla ei ole mahdollisuutta saada oikeudellista etua siitä, että se hakijana on menetellyt virheellisesti. Pohjonen 2002 s. 182–185. Vahingonkorvaus. Ks. Kalima 1996 s. 127–130.

2308 Yleensä hyvitysmaksut ovat melko pieniä. Valtaosa vuoden 1999–2001 päätöksistä oli alle 15 000 euroa. Pohjonen 2002 s. 194–195. Lisäksi KHO totesi päätöksessään 16.10.2003/2509, että hyvitysmaksu on julkisoikeudellinen ja näin korkolain viivästyskorkoon liittyviä säännöksiä ei voitu siihen soveltaa.

2309 HE 50/2006 s. 119. Markkinaoikeus on pääsääntöisesti hylännyt hyvitysmaksuvaatimuksen, jos tarjouskilpailua ei ole järjestetty, mutta joissakin päätöksissään tuominnut hyvitysmaksun, vaikka tarjouskilpailussa on ollut isoja puutteita. Ks. MAO 46/05.

kunnan hankintapäätöksen kumoaminen voisi aiheuttaa kunnalle, muiden oikeuksille tai yleiselle edulle mittavampaa haittaa kuin edut olisivat. Hankintalain 76.1 §:n 1–3 kohtien mukaisesti markkinaoikeus voi kumota päätöksen, kieltää soveltamasta tai velvoittaa kuntaa korjaamaan virheellisen menettelyn. Kyseiset reaalikeinot ovat ensisijaisia seuraamuksia ja HankL 76.1 §:n kohdan 4 mukaista hyvitysmaksua on mahdollista käyttää silloin, kun reaalikeinoja ei voida enää käyttää²³¹⁰. Oikeussuoja-direktiivi (2007/66/EY) ei tuo uusia vaatimuksia hyvitysmaksuseuraamuksen muuttamiseksi. Se ei sisällä samanlaista hyvitysmaksua, joka kansallisesti on jo käytössä, vaan muutoksenhakumenettelyssä on mahdollisuus määrätä virheen johdosta kärsineelle vahingonkorvausta.²³¹¹

Seuraavassa oikeustapauksessa oli kysymys tarjouspyynnön huomioimatta jättämisestä ja hyvitysmaksusta:

*KHO 19.4.2001/898. Korkein hallinto-oikeus langetti Espoon kaupungille mam-mografiaseulontatutkimuksia käsittelevässä hankintakilpailussa melko suuren hyvit-ysmaksun. KHO totesi päätöksessään, että hankintalain mukainen tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu vaatii, että arviointi tehdään tarjouspyynnössä ilmoitettujen kriteerien perusteella. Kaupunki oli valinnut muun kuin halvimman tarjouksen, ja halvimman tarjouksen tehneellä yrityksellä oli tosiasiallinen mahdollisuus voittaa koko hankintakilpailu, jos se olisi ollut täysin virheetön. KHO pitäytyi kilpailuneuvoston päätöksessä, joka sisälsi 100 000 markan hyvitysmaksun.*²³¹²

Hyvitysmaksun saamisen peruslähtökohtana on, että kyseinen hakija olisi voittanut tarjouskilpailun. Hakija voi itse esittää markkinaoikeudelle hyvitysmaksun suuruutta. Vanhan HankL 9.2 §:ssä (1505/1992) sanottiin, että hyvitysmaksun arvioinnissa otetaan huomioon virheen tai laiminlyönnin laatu, kokonaisarvo ja asianosaiselle aiheutuneet kustannukset. Ongelmia hyvitysmaksua määriteltäessä muodostuu, jos tarjoaja ei ole osallistunut tarjouskilpailuun, hakija ei ole päässyt tarjoajien joukkoon tai tarjouksia ei ole pystytty vertailemaan tarjouspyyntöjen perusteella.²³¹³ Hyvitysmaksun kohtuuperusteinen arviointi voi olla joissakin tilanteissa ongelmallista, koska hyvitysmaksun määrä ei korvaa kaikkia hakijalle tulleita vahinkoja ja hyvitysmaksusta voi tulla hankintayksikölle hyvin kohtuuton seuraamus²³¹⁴. Nykyisessä HankL 76 § (348/2007) jättää aukon hyvitysmaksun määräämiselle sellaisissa tilanteissa, joissa ulkoistamista ei olisi kilpailutettu lainkaan²³¹⁵. Jos kunnan kilpailuttamisprosessissa on

2310 HE 50/2006 s. 119. Saarinen on käsitellyt hyvitysmaksun ja vahingonkorvaukseen liittyvää problematiikkaa ja todennut, että kyse on kahden järjestelmän yhteensopivuudesta, koska eri järjestelmät ovat korvauserusteiltaan ja tavoitteiltaan erilaisia. K-M Saarinen 2008 s. 14–15.

2311 OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 75

2312 Kilpailuttamisenettelyjä, joihin on määrätty hyvitysmaksu, leimaa yleensä menettelyvirhe. Esim. hankintayksikkö ei ole ilmaissut, mihin kokonaistaloudellisuuden edullisuus perustuu ja miten sitä arvioidaan. Pohjonen 2002 s. 182–185.

2313 Aalto-Setälä ym. 2003 s. 633; HE 50/2006 s. 118.

2314 OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 77. Ks. myös K-M Saarinen 2008 s. 141.

2315 Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistamistyöryhmä on myös nähnyt ongelmalliseksi hyvitysmaksun seuraamusmaksun roolin suorahankinnassa, koska silloin seuraamusmaksuun oikeutettua ei aina pysty tunnistamaan. OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 75.

virheitä ja joudutaan miettimään hyvitysmaksua, täytyisi pystyä näyttämään toteen, kuka tarjoaja olisi voittanut tarjouskilpailun virheettömässä tarjouskilpailussa. Muuten hyvitysmaksun määrääminen voi nojautua liian spekulatiivisiin oletuksiin. Toiseksi liian suuret hyvitysmaksut voivat myös tuoda ylivarovaisuutta suurempiin ulkoistamisiin, ja näin kunnat eivät aina uskalla lähteä erilaisten oikeudellisten sanktioiden pelossa kokeilemaan uusia toimintatapoja.

Markkinaoikeudella on mahdollisuus asianosaisen valituksen johdosta poistaa hankintayksikön päätös, kieltää hankintayksikköä soveltamasta tiettyjä kohtia tai noudattamasta virheellistä menettelyä tai se voi määrätä tietyissä tapauksissa hyvitysmaksun.²³¹⁶ Ulkoistamisen kilpailutuksissa kunnat voivat joutua *hankintalain hyvitysmaksumenettelyn lisäksi myös vahingonkorvausoikeudenkäyntiin samanaikaisesti*. Seuraavassa korkeimman oikeuden oikeustapauksessa oli kyse siitä, oliko kuntayhtymän ja osakeyhtiön tekemä sopimus hallinnon ja kaupan alan ammattikorkeakouluopetuksen järjestämisestä tuomioistuini- vai hallintoriita-asia.

KKO 2008:36. Tapauksessa arvioitiin hallintosopimuksen tulkintaa. Sopimuksessa oli esimerkiksi sovittu osapuolten koulutuksen järjestämisestä ja rahanjakoon liittyvistä oikeuksista ja velvollisuuksista. Ammattikorkeakouluopetus on julkisen vallan järjestämää lakisääteistä toimintaa, joka liittyy julkisen vallan velvollisuuksiin. KKO katsoi, että sopimuksella on järjestetty julkisten hallintotehtävän hoitaminen ja kuntayhtymä toimii sopijaosapuolena julkisyhteisönä. Ongelmallisena piirteenä on, että hallintosopimukseen liittyviä riitoja on mahdollista käsitellä hallinto-oikeuksissa sekä yleisissä tuomioistuimissa.²³¹⁷

Oikeusturvamekanismit hankinnoissa ovat tarjoajan kannalta moninaiset. Normaalien hallinnollisten oikaisuvaatimus- ja valitusoikeuksien lisäksi tarjoaja voi tehdä valituksen markkinaoikeuteen, jonka päätökseen saa hakea muutosta valittamalla 30 päivän sisällä korkeimpaan hallinto-oikeuteen. HankL 84 §:ssä on mainittu, että vahingonkorvaus ei ole markkinaoikeuden päätettävissä oleva asia vaan vahingonkorvausta koskeva kanne on tuotava vireille siviilioikeudellisesti²³¹⁸. Hyvitysmaksun lisäksi hakija voi hakea myös vahingonkorvausta mutta sitä voidaan tuomita vain siltä osin, kuin se on suurempi kuin hyvitysmaksu.

Hankintalakia voidaan tulkita siten, että jos mahdollinen tarjoaja on suurella todennäköisyydellä voittanut tarjouskilpailun hankintalain mukaisessa menettelyssä, on kyseisellä tarjoajalla myös mahdollisuus saada positiivisen sopimusedun mukaista korvausta²³¹⁹. Peruseriaatteena voidaan siis pitää sitä, että aiheutunut vahinko korvataan,

2316 HE 50/2006 s. 19. Vuonna 1998 hankintalakiin lisättiin säännös hyvitysmaksusta, jolloin nykyiselle markkinaoikeudelle ja silloiselle kilpailuneuvostolle tuli mahdollisuus velvoittaa hankintayksikkö suorittamaan taloudellinen sanktio, jos hankintalainsäädäntöä ei noudatettu.

2317 Vrt. käsitelty edellä s. 433.

2318 Hallituksen esityksessä todettiin, että hankintayksikölle voi tulla velvollisuus korvata tarjoajalle virheellisestä menettelystä seurannut vahinko, joita voivat olla mm. tarjouskilpailuun liittyvät kustannukset ja saamatta jäänyt voitto. Jos mahdollinen tarjoaja on jo saanut hyvitysmaksun, voi se hakea myös vahingonkorvausta alioikeudesta edellyttäen, että tosiasiallinen vahingon määrä on suurempi kuin saatu hyvitysmaksu. HE 69/1997 s. 20–21.

2319 Kuoppamäki 2000 s. 261; Kalima 2001 s. 271.

jos hankintamenettelyssä on rikottu hankintalainsäädäntöä. Yleisen vahingonkorvausperiaatteen mukaisiin tuottamusperiaatteisiin ei suoranaisesti ole otettu kantaa, vaikka hallituksen esityksessä hankintalaiksi on tähän kuitenkin viitattu²³²⁰. EY:n valvontadirektiivien mukaisesti on hankintalaissa maininta, että kynnysarvojen ylittävissä hankinnoissa tapahtunut virhe on korjattava niin nopeasti kuin mahdollista, ettei vahinko laajene. Valvontadirektiivien tarkoitus on taata kansallisella tasolla se, että virheellinen hankintamenettely tai päätös saadaan oikaistua mahdollisimman tehokkaasti.²³²¹

Mahdollinen tarjoaja voi myös hakea ensisijaisesti vain vahingonkorvausta²³²². Hankintamenettelyn virheellisuuden vuoksi on mahdollisella tarjoajalla markkinaoikeuden seuraamusten lisäksi mahdollisuus saada vahingonkorvausta. Hankintalaissa ei ole annettu erityistä määräaikaa vahingonkorvauksen hakemiselle, ja vahingonkorvauskanteet on osoitettava käräjäoikeudelle.²³²³ Vahingonkorvauksen nostamisen määräaika määräytyy yleisten velanvanhentumissäännösten puitteissa (L velan vanhentumisesta, 728/2003). Kyseisen lain 7 §:ssä on todettu, että vahingonkorvauksen vanhentumisaika alkaa kuluu 7.1 §:n 1–4 kohtien perusteella. Laissa velan vanhentumisesta 7.2 §:n määrittelee kuitenkin, että oikeus vahingonkorvaukseen katkeaa kymmenen vuoden kuluttua sopimusrikkomuksesta tai vahinkoon johtaneesta tai edun palautuksen perusteena olevasta tilanteesta. Tähän vanhentumisen pääsääntöön on kuitenkin olemassa poikkeuksia, kuten 7.2 §:n kohta, jonka mukaan vahingonkärsijällä on oikeus hakea vahingonkorvausta määräajan jälkeen sellaisissa tapauksissa, joissa kyseessä on henkilö- tai ympäristövahinko.

Julkisista hankinnoista annetun lain 76 §:ssä on mainittu, mitä sanktioita markkinaoikeus voi hankintayksikölle langettaa. Markkinaoikeus voi *ensisijaisesti kumota, kieltää tai velvoittaa korjaamaan* virheellisen hankintapäätöksen. *Toissijaisesti* markkinaoikeus voi myös *määrätä hyvitysmaksun*,²³²⁴ joka velvoittaa kunnan maksamaan hankintalainsäädännön vastaisesta menettelystä. *Hyvitysmaksulla on tiettyjä vahingonkorvauksellisia piirteitä*: kun arvioidaan kunnan vahingonkorvausvelvollisuutta ja vahingonkorvauksen suuruutta, huomioidaan samalla myös hyvitysmaksun suuruus²³²⁵.

Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmien uudistamisen työryhmä todennut, että sääntelyn puutteet sekä oikeussuojadirektiivin uusien oikeussuojakeinojen, kuten seuraamusmaksun yhtensovittaminen, tuovat kehittämispaineita nykyiseen hyvitysmaksua koskevaan sääntelyyn. Lisäksi työryhmä painotti, että eri seuraamusten tavoitteet eivät saisi olla päällekkäisiä eivätkä niiden yhteisvaikutukset saisi muodostua kohtuuttomiksi. *Hyvitysmaksulla tai seuraamusmaksulla ei voida kuitenkaan syrjäyttää kokonaan vahingonkorvausta*, koska myös oikeussuojadirektiiveissä on otettu esille vahingonkorvauksen rooli yhtenä oikeussuojakeinona.²³²⁶

2320 Ks. HE 154/1992 s. 14.

2321 Kalima 2001 s. 227–228.

2322 Ks. Lukkarinen 2007 s. 215. Lisäksi Kalima on todennut, että kuntien kynnysarvon alittavia hankintoja ei aina kilpailuteta ollenkaan ja että kunnat tekevät hankintapäätöksiä antamatta niitä tiedoksi tarjouksen jättäneille, jolloin nämä päätökset eivät saa lopullista lainvoimaa. Kalima 2001 s. 29. Asianosaisten oikeusturvan kannalta edellä tämä toimintatapa ei ole hyväksyttävä ja voisi aiheuttaa ulkoistamisprosesseissa monia laillisuusongelmia tuottajalle ja tilaajalle.

2323 OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 88.

2324 HankL 76.1 §:n 1–3 kohtia pidetään ensisijaisena oikeussuojakeinoina ja HankL 76.1 §:n kohtaa 4 toissijaisena silloin, kun päätöstä ei voida enää kumota tai virhettä oikaista.

2325 OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 75.

2326 OM:n työryhmämuistio 2008:6 s. 76–77.

8. LUKU

Ulkoistamisen vaikutukset

8.1 Vahvistaako vai heikentääkö ulkoistaminen demokratiaa?

8.1.1 Demokratian asettamat vaatimukset

Luottamushenkilöiden asema voi vaihdella hyvin paljon, koska heidän rooliinsa ulkoistamistilanteissa vaikuttaa se, miten kunnan tilaaminen on organisoitu sekä minkä kokoisesta ja laatusesta ulkoistamisesta on kysymys. Lainsäädännöllisiä esteitä on vuosien varrella poistettu. Kysymys ei ole ainoastaan kuntalain määrittelemistä rooleista eri toimielinten ja viranhaltijoiden välillä vaan eri säännösten yhteensovittamisesta kokonaisuudeksi. Ulkoistaminen sinänsä ei vaadi tiettyä yhtä ainoaa toimintatapaa – oikeudellisia rooleja ja toimintaa sekä ohjausta on arvioitava eri näkökulmista.

Organisaatiosäännösten pitäisi turvata kunnallisen demokratian toteutuminen. Kunnanvaltuuston rooli palvelujen järjestämisessä on strategisten linjausten ja lopullisten päätösten hyväksyminen. Hallituksen esityksessä otettiin esille, että kunnallishallinnon perustuminen asukkaiden itsehallintoon tarkoittaa asukkaiden mahdollisuutta valita kunnan ylin päättävä elin, jolloin myös kunnan hallinnon tulee pohjautua asukkaiden edustajien määräävään asemaan. Lisäksi valtuuston roolia korostaa, että sillä on kunnan ylimpänä toimielimenä yleinen toimivalta päättää kunnan asukkaiden yhteisistä asioista.²³²⁷ Komiteamietinnössä painotettiin myös valtuuston roolin selkeyttämistä, koska sen tulisi olla kuntalaisten itsehallinnon ensisijainen toteuttaja²³²⁸.

Monesti on kysymys myös palvelujen priorisoinnista eli yritetään saada kunnalliset palvelut jonkinlaiseen loogiseen tärkeysjärjestykseen²³²⁹. Etenkin jos ulkoistamisessa keskeisenä painopisteenä ovat tehokkuus- ja taloudellisuusnäkökulmat, voi demokratia-arvojen ja tehokkuuden välille syntyä jännitteitä. Perustuslakivaliokunta on kunta- ja palvelurakennemuutostusta koskevassa lausunnossaan todennut, että pitää kiinnittää huomiota kuntien asukkaiden yhdenvertaiseen kohteluun ja heidän tosiasiallisiin mahdollisuuksiinsa saada perusoikeuksien toteutumisen kannalta välttämättömiä palveluja. Lisäksi valiokunta toi esille kunnallisen itsehallinnon kansanvaltaisuusperi-

2327 HE 192 /1994 s. 24.

2328 KM 2005:1 s. 65.

2329 Kuntal 65 § painottaa entistä selvemmin tulosjohtamista myös kunnanvaltuuston osalta. Toiseksi konsernijohtamisen periaatteet ja kunnanvaltuuston hyväksymät konserniohjeet painottavat tavoitteiden asettamista sekä kunnanvaltuuston ja kunnanhallituksen välistä tehtäväkentää. Ks. Majoinen 2001 s. 123.

aatteen vaatimuksien huomioimisen.²³³⁰

Palveluiden tuottamistapaan liittyvää poliittista organisoitumista voidaan lähestyä myös pluralismiteorian kautta. Sen mukaan valta ei jakaannu yhtäläisesti kaikille kansalaisille eikä yhdelle eliitille vaan usealle eri ryhmälle. Samalla on myös paikallistasolla erotettava luottamushenkilöjohtajuus virkamiesjohtajuudesta, koska niiden roolit eroavat olennaisesti ulkoistamisprosessissa. Palveluiden tuottamistapoja mietittäessä ja palvelustrategioita laadittaessa on kunnissa hyvä ottaa huomioon joustavan strategian ajatus, jonka mukaan erilaisten tulevaisuuskuvien valmistelu on myös tärkeää²³³¹. Ongelmaksi voi kuitenkin muodostua se, että kunta joutuu jatkuvasti kasvamassa määrin hyvinvointipalveluja järjestäessään reagoimaan sellaisiin muutoksiin, joita se ei pysty ennustamaan etukäteen²³³².

Kunnanvaltuustojen tavoitteen asettelu voi olla hyvin erilaista, ja valtuustotason arvioinnista on myös annettu suosituksia. Yleisesti hyvinä tavoitteina on pidetty sellaisia, jotka esimerkiksi kehittävät palvelujen saatavuutta ja vaikuttavuutta ja vastaavat asiakkaiden tarpeita voimavaranäkökulmaa unohtamatta. KuntaL 13 §:ssä korostetaan kuitenkin hyvin yksiselitteisesti valtuuston asemaa tavoitteiden asettamisessa.²³³³ Ongelmaksi muodostuu, että kunnat voivat ymmärtää esimerkiksi asiakkaiden tarpeet ja toimintaprosessit hyvin eri tavoin.

Ulkoistamisen syitä voi olla monia, mutta pääsääntöisesti ne voidaan kunnissa jakaa kolmeen ryhmään eli taloudellisiin, strategiisiin ja teknisiin syihin²³³⁴. Ulkoistamista voidaan kunnissa perustella taloudellisilla syillä silloin, kun käyttötalouden kustannuksia halutaan alentaa tai kasvua hillitä. *Taloudellisiin syihin* voidaan vedota silloin, kun investointien rahoittamisessa siirrytään esimerkiksi PPP-mallin (osittaisulkoistamisen) mukaiseen toimintaan. *Strategisena perusteena* voidaan pitää esimerkiksi sitä, että kunta kehittää toimintatapansa tilaaja-tuottajamallin mukaisesti. Niille toimintoille, jotka eivät ole kunnan ydintehtäviä tai lakisääteisiä, haetaan tehokkuutta kilpailuttamalla. Strategisina syinä voidaan pitää myös tietyn palvelun turvaamista tai laadun parantamista.

Ulkoistamista voidaan perustella teknisillä syillä mm. silloin, kun haetaan uusia innovatiivisia tai teknisiä elementtejä toimintaan. *Teknisiin syihin* lukeutuu myös se, että kyseisen alan osaajia ei ole saatavilla tai kunnan organisaatiossa ei ole kokemusta tietyn menetelmän teknisestä toteutuksesta. Pääsääntöisesti ulkoistaminen tulee kunnissa vakavasti harkittavaksi vaihtoehtoiksi vasta silloin, kun kunnan oma toiminta

2330 PeVL 37/2006 s. 2–3.

2331 Skenaariotyöskentelyllä tarkoitetaan liikkeenjohdon työskentelytapaa, jolla on mahdollista varautua epävarmuuksiin kartoittamalla vaihtoehtoisia suuntaviivoja siitä, mihin liiketoimintaa voidaan suunnata niin että yrityksen ei tarvitse luopua vanhoista tavoitteistaan tai se voi hakea uusia mahdollisuuksia ja rakentaa niihin perustuen uusia tavoitteita. Meristö 1991 s. 29.

2332 Vrt. Luhmann 1990 s. 68. Ruotsissa on painotettu, että demokraattisen legitimitetin vahvistaminen vaatisi toimenpiteitä, kuten paikallisen itsehallinnon roolin kasvattamista ja suoran demokratian mahdollisuuksien lisäämistä. Häggroth 2005 s. 66. Voidaan kysyä, olemmeko Suomessa menossa samaan suuntaan ja pienevätkö suoran demokratian mahdollisuudet vaikuttaa kunnan asioihin.

2333 Kunnalliskomitean mietinnössä vuodelta 1993 on myös painotettu kunnanvaltuuston asemaa keskeisten tavoitteiden asettajana. Kunnanvaltuuston tulisi pystyä ohjaamaan kunnan toimintaa riippumatta siitä, miten toiminnat on kunnassa organisoitu. KM 1993:33 s. 346.

2334 Ks. Kämäräinen 2008 s. 1.

ei ole pysynyt sille asetetuissa taloudellisissa tavoitteissa tai tiettyä palvelua on vaikea tuottaa omana toimintana. Olennaista kunnan oikeudellisen vastuun kannalta on tietty jakamattomuus. Ulkoistukset eivät vähennä kunnan oikeudellista vastuuta tilaajana, vaan luottamuselinten ja viranhaltijoiden rooli painottuu entistä enemmän valvomiseen, ohjaukseen ja sopimuksellisuuteen.

Kunnanvaltuuston asemaa on vahvistettu edustuksellisen demokratian periaatteella, eli että kuntalaiset valitsevat omat edustajansa kunnan asioiden hoitamiseen²³³⁵. Edustuksellisen demokratian periaatteet perustuvat Euroopan neuvoston paikallisen itsehallinnon peruskirjaan. Sen kolmannen artiklan mukaan paikallisen itsehallinnon oikeudellisiin periaatteisiin kuuluu, että sitä käyttävät valtuustot tai kokoukset, joiden jäsenet on valittu yleisten äänioikeuden periaatteiden perusteella.

Demokratian minimivaatimuksena on tietty avoimuus ja toiminnan läpinäkyvyys mikä ilmenee esimerkiksi siten, että kunnanvaltuuston kokoukset ja asiat ovat pääsääntöisesti julkisia. Kuntalaisilla on myös oikeus saada tietoa kunnassa vireillä olevista asioista. Vuoden 1976 kuntalakiin verrattuna kunnan tiedottamisvelvoitetta on KuntaL (365/1995) tarkennettu seuraavasti:

KuntaL 29.1 §:n mukaan kunnan on tiedotettava asukkailleen kunnassa vireillä olevista asioista, niitä koskevista suunnitelmista, asioiden käsittelystä, tehdyistä ratkaisuista ja niiden vaikutuksista. Kunnan on laadittava tarvittaessa katsauksia kunnan palveluja, taloutta, ympäristönsuojelua, ja maankäyttöä koskeviin asioihin. On myös tiedotettava, millä tavoin asioista voi esittää kysymyksiä ja mielipiteitä valmistelijoille ja päättäjille. Lisäksi KuntaL 29.2 §:ssä todetaan, että jos kunnan tehtäviä on annettu yhteisön tai säätiön hoidettavaksi, kunnan on sopivin tavoin tiedotettava asukkailleen yhteisön tai säätiön toiminnasta.

Kuntalaissa on määritelty melko väljästi, että kunnan tehtävänä on tiedottaa kuntalaisille esimerkiksi vireillä olevista asioista, suunnitelmista, käsittelyvaiheista, päätöksistä sekä niiden vaikutuksista. Myös julkis- tai yksityisoikeudelliset yhteisöt tai säätiöt, joille kunta on antanut tehtäviään, ovat velvollisia antamaan riittävästi tietoa kuntalaisille. Toisaalta kuntalaissa ei ole säädetty tiedottamistavasta tai sisällöstä, vaan kunnilla on siinä mahdollisuus miettiä sopivat keinot ja soveltaa tiedottamisvelvollisuutta paikallisesti²³³⁶. Näin ollen palvelujen ulkoistaminen on orgaanimuodosta riippumatta tulkittavissa sellaiseksi asiaksi, josta on myös tiedotettava kuntalaisille. Samalla säännös antaa kunnalle suuren harkintavallan siinä, minkä muotoisena ja asteisena tiedotus käytännössä toteutetaan. Tiedottamisen ajankohta ja menetelmät kulminoituvat siihen, kuinka suuresta ja olennaisesta palvelujen ulkoistamisesta on kysymys. Edustuksellinen demokratia vaatii jo sinällään tiettyä avoimuutta, ja tällöin myös eri luottamuselinten rooli tiedottamisessa on keskeinen, koska kilpailuttaminen tuo asian avoimeksi ja julkiseen keskusteluun.

2335 Paikallistason demokratia on jaettu edustukselliseen ja suoraan demokratiaan. Suoralla demokratialla tarkoitetaan sitä, että kuntalaiset tekevät suorassa kansanäänestyksessä päätöksiä, jotka koskevat heitä. Ks. lisää Sutela 2000 s. 84–94.

2336 Hannus–Hallbeg 1997 s. 213–214. Vrt. Harjula–Prättälä 1998 s. 207–209.

KuntaL 27 §:n edellyttämät osallistumis- ja vaikuttamismahdollisuudet eroavat KuntaL 29 §:n tarkoittamasta tiedottamisesta, ja valtuuston arvioitavaksi jää viime kädessä, kuinka paljon suoran demokratian keinoja käytetään kunnan palvelujen uudelleenjärjestämisessä. Mitä suuremmasta muutoksesta on kyse alueen asukkaiden näkökulmasta, sitä suuremmalla todennäköisyydellä KuntaL 27.2 §:n ja 29 §:n mukaisia menetelmiä on käytettävä. Toisaalta kunta voi edistää yhteistyötä KuntaL 27.2 §:n viidennen kohdan mukaisesti ulkoistamalla tietyn osa-alueen toiminnan, kuten urheilualueiden hoidon urheiluseuralle tai kyläyhdistykselle.

Jos ulkoistettava palvelu kuuluu erityiseen toimialaan, kunnalla on järjestämisvastuu palveluntuotantotavasta riippumatta. Erityislainsäädäntö määrää, mitä säännöstöä ensisijaisesti ulkoistettavassa toiminnassa noudatetaan – toisaalta tuoden myös rajoitteita demokraattiselle päätöksenteolle. Tämä ei kuitenkaan muuta kunnanvaltuuston sisäisiä toimivaltakysymyksiä. Säännökset antavat raamin sille, millaisia vaihtoehtoja valtuustolla on toteuttaa kunnan järjestämisvastuulla olevat palvelut.

Esimerkiksi terveydenhuollon ohjaaminen on kuntien kannalta vaikeaa, koska professionaalinen rooli ja asema ovat vahvoja. Asetelmaa ei helpota myöskään se, että luottamushenkilöt ohjaavat toimintaa. Tällöin voidaan joutua tekemään monia kompromisseja, jotka eivät aina ole toiminnan kannalta parhaita ratkaisuja etenkin silloin, kun toimintaympäristö muuttuu nopeasti. Ruotsissa on todettu, että verorahoitteisessa terveydenhuollossa on ohjausongelma rahoittajan ja tuottajan välillä, ja monet seudut ovat valinneet markkinaehtoisia ohjausvälineitä. Ulkoistamisessa tämä on ilmennyt siten, että toiminnan rahoitus ja itse toiminnan johtaminen on erotettu toisistaan.²³³⁷

*Tilaaaja-tuottajamallin käyttäminen ulkoistamisessa tuo uusia vaatimuksia organisaation perinteisiin rooleihin*²³³⁸. Roolit voivat eri kunnissa vaihdella, mutta asiaa voidaan oikeudellisesti lähestyä ainakin kuntalaisen, luottamushenkilön, tilaajaviranhaltijan ja tuottajan näkökulmasta. Ulkoistamisen ohjaus koskettaa monelta osin vain tietyn alueen kuntalaisia, koska monesti ulkoistetut palvelut koskevat rajattua aluetta.

Luottamushenkilöiden ja viranhaltijoiden rooleissa ei ole tutkimustulosten mukaan tapahtunut suuria muutoksia, vaan roolit olivat hyvin perinteisiä²³³⁹. Viranhaltijoiden rooli on joissakin tutkimuksissa nähty merkittävänä²³⁴⁰. Demokratian näkökulmasta ulkoistamisasia voi itsessään joutua hakoteille, ja pahimmissa tapauksessa siitä voi tulla vain väline tehdä politiikkaa kunnassa, jolloin aito keskustelu ulkoistamiseen liittyvistä eduista tai riskeistä voi jäädä taka-alalle. Erityisen ongelmalliseksi tilanne

2337 Vrt. Berlin 2006 s. 20–21, 27, 29, 31.

2338 VM:n työryhmämuistioita 21/1997 s. 40–41.

2339 Leväsvirta 1999 s. 39. Leväsvirran tutkimus on suoritettu vuonna 1995 postikyselynä 16 kunnan luottamusmiehille ja viranhaltijoille. Sen tavoitteena oli tutkia kunnallisjohtoon rooleja ja sitä, olivatko kunnat kyenneet saamaan organisaatioitaan toimimaan tehokkaasti toimintaympäristössään.

2340 Viranhaltijoiden rooli kunnan toimintojen ohjaamisessa nähtiin tutkimuksessa suurena, koska he osallistuivat koko päätöksentekoprosessiin. Luottamushenkilöt, jotka olivat samalla viranhaltijoina, toimivat ns. kaksoisagentteina. Heidän toiminnassaan painottui kuitenkin enemmän luottamushenkilön rooli. Tutkimuksessa tuotiin myös esille, että luottamushenkilöiden roolit vaihtelevat eri toimielimissä. Pääasiällisin viiteryhmä tulosten mukaan oli luottamushenkilöiden oman asuinalueen asukkaat, valitsijaryhmät ja toimialueen viiteryhmät. Leväsvirta 1999 s. 43.

voi tulla ulkoistusta vastustavassa ilmapiirissä silloin, kun lainsäädäntö velvoittaa kunnan järjestämään tietyn lakisääteisen palvelun eikä sitä kyetä omana toimintana tuottamaan²³⁴¹. Edustuksellinen demokratia tuo vaatimuksia ulkoistuksille, ja toisaalta ulkoistukset vaikuttavat myös luottamuselinten toimintaan.

Oikeusnormien ja niiden tavoitteiden voidaan nähdä kuuluvan oikeudelliseen sääntelyyn, jonka tarkoituksena on jonkin yhteiskunnallisen tilan saavuttaminen tai ylläpitäminen²³⁴². *Oikeudellisesta näkökulmasta yksiselitteinen välitön oikeutus ulkoistamiselle voidaan saada vain silloin, kun palveluja ei voida tuottaa omana toimintana.* Toisaalta välittömästi ulkoistamisen kieltäviä säännöksiä ei ole aina helppo löytää kuin ainoastaan tietyissä yksittäistapauksissa tai -tilanteissa.

8.1.2 Toimielinten toimivalta

Toimivaltakysymykset ovat kunnan ja yritysten välisissä sopimuksissa monesti monimutkaisempia kuin puhtaissa kahden yrityksen välisissä sopimuksissa. Kunnan toimielinten toimivalta liittyy niille annettuihin tehtäviin. KuntaL 23 §:ssä on määritelty kunnanhallituksen tehtävistä. Sen apuna hallintoon ja taloudenhoitoon liittyviä tehtäviä hoitavat myös lautakunnat, johtokunnat ja toimikunnat²³⁴³. Valtuuston tehtävistä taas määritellään KuntaL 13 §:ssä. Valtuustolla on toimivaltaa päättää kaikista asioista, ellei laeissa tai johtosäännöissä ole toisin määritelty tai valtuusto ole delegoinut toimivaltansa. Lautakunnille ja johtokunnille ei ole kuntalaissa annettu tehtäviä. Lautakunnat toimivat kunnanhallituksen apuna, ja niiden tehtävistä määrätään johtosäännössä. Johtokuntaa koskevat samat säännökset kuin lautakuntia. Johtokunta voidaan kuitenkin asettaa myös lautakunnan alaisuuteen.²³⁴⁴

Monesta yksittäisestä asiasta, kuten valtuuston hyväksymästä hallintosäännöksestä²³⁴⁵ ja siihen liittyvistä toimivaltakysymyksistä, kunnan koosta sekä organisaatiorakenteesta ja -mallista, riippuu, miten valmistelussa pitäisi edetä muutoseikat huomioon ottaen ja mikä olisi kulloinkin yksittäisessä ulkoistamistapauksessa paras

2341 Vrt. Fredriksson ym. 2009 s. 77.

2342 Oikeudellinen sääntely voidaan jaotella etukäteisarviointiin, voimassaoloaikana tapahtuvaan arviointiin ja jälkikäteisarviointiin. Säädöksiin kuuluvat lait, asetukset, valtioneuvoston ja ministeriön päätökset, jotka sisältävät oikeusohjeita, kuntien järjestyssäännöt sekä muut sellaiset oikeusohjeet, jotka sisältävät sääntöjä. Niemivuo 1998 s. 25. Lisäksi Tala on väitöskirjassaan laatinut mallin, jolla voidaan määritellä lainsäädännön vaikutuksia. Tala on myös todennut, että oikeuskirjallisuudessa ei ole usein käytetty implementaation käsitettä, jolla tarkoitetaan sitä, että esim. laki laitetaan toimeen. Ks lisää Tala, Jyrki: Lakien vaikutukset, 2001.

2343 Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 165.

2344 HE 192 /1994 s. 24–26.

2345 Hallintosääntö määritellään tarkemmin KuntaL 50 §:ssä, ja johtosäännöistä on mainittu KuntaL 16 §:ssä. Hallintosäännössä määrätään KuntaL 50 §:n mukaisesti pääasiallisesti kunnan sisäisen hallinto- ja päätöksentekomenettelyn järjestämisestä. Hallintosäännöstä ei ole tarkoituksenmukaista tehdä liian monimutkaista, vaan hallintoa voidaan järjestää myös muilla johtosäännöillä. Hallintosääntö on ainoa pakollinen johtosääntö, ja sen soveltaminen kunnan muihin johtosääntöihin nähden on toissijaista. Valtuusto voi kuitenkin harkita hallintosäännösten määräysten sisältöä. Organisaatio- ja toimivalta-asioita tarkasteltaessa on huomattava, että KuntaL 16 §:n tarkoittama johtosääntö sitoo myös valtuustoa, eikä valtuusto voi ottaa alemmalle toimielimelle annettua asiaa ratkaistavakseen muuten kuin muuttamalla johtosääntöä.

ja tarkoituksenmukaisin tapa²³⁴⁶ viedä ulkoistamisprosessia eteenpäin. Tämä johtuu osittain siitä, että kuntalaki antaa kunnille melko suuret vapaudet hallintonsa järjestämiseen. Viime vuosikymmeninä lautakunnat ovat vähentyneet lakisääteisten lautakuntien poistumisten myötä. Vaikka sektorilautakunnalla on tärkeä rooli sen alaisten toimintojen ulkoistamisissa, pitäisi valmistelua ohjata ja linjata kunnanhallituksesta käsin, etenkin jos kysymyksessä on kunnan kannalta merkittävä asia.

Ulkoistamisen ohjauksen näkökulmasta keskeisiä viranhaltijoita ovat ulkoistamisen seuranta ja raportointia esittelevä valmistelija ja viranhaltija, joka on vastuutettu sopimuksessa valvomaan ja ohjaamaan toimintaa. Lisäksi suuri merkitys on kunnan hallituksella ja niillä lautakunnilla, joiden alaista toimintaa on ulkoistettu. Viranhaltijoiden ja luottamuselinten oikea työnjako on tärkeä elementti, kun ulkoistamisen ohjausjärjestelmää rakennetaan kunnassa. Kontrollioimaton ja itseohjautuva ulkoistettu toiminta voi joutua eri ryhmien painostuksen tai etujen ajamisen kohteeksi²³⁴⁷. Tällöin palvelun tuottajan panostukset ja toimenpiteet palvelun kehittämisessä voivat olla poukkoilevia ja kohdentua väärin asioihin, ellei sopimuksessa ja sen jälkeisissä seurantalaverieissa ole täsmällisesti sovittu, mitä tilaaja odottaa. Huono organisointi ei vähennä kunnan oikeudellista vastuuta palvelun valvojana, mutta se voi hämärtää toimijoiden rooleja.

Ulkoistamisprosessin eri vaiheilla on erilaisia vaikutuksia kunnalliseen päätöksentekoon. Yksi keskeinen valmistelun elementti on, kenellä kunnassa on ulkoistamiseen liittyvä toimivalta. Yksiselitteistä vastausta ei ole, koska toimivaltakysymys riippuu myös ulkoistuksen laajuudesta. Viranhaltijat voivat yleensä päättää suoraan hyvin pienistä tai kapeista osa-alueen ulkoistuksista. Tällöin kunnan johtosäännöissä tai suosituksen luonteisissa hankintaohjeissa on määritelty hallituksen, lautakunnan tai johtokunnan sekä viranhaltijoiden päätösvallasta²³⁴⁸.

Nykyisen kuntalain valmistelussa KuntaL 14 §:n yhtenä lähtökohtana oli, että lainsäädännössä annetaan vain tehtävät mutta niiden hoitaminen jää hyvin pitkälle kunnan asiaksi. Hallintovaliokunta esitti vanhaan kunnallislakiin nykyisen KuntaL 14.3 §:ää, joka rajoittaa toimivallan siirtämistä hallinnollisen pakon käyttämisessä vain toimielimelle.²³⁴⁹ Toisaalta säännöksen merkitys on pienentynyt, koska hallinnollisen pakon käyttämisestä on säädetty hyvin kattavasti erityislainsäädännössä.

Kunnallisessa päätöksentekoprosessissa, jossa valmistelu on viranhaltijapohjaista ja päätökset tapahtuvat ainakin suurten ulkoistusten osalta luottamushenkilöelimissä, on aina haettava valtuutus, periaatteellinen päätös tai kannanotto kilpailuttamiselle, jos hankintaa ei ole talousarviossa erikseen mainittu tai siihen ei ole varattu määrärahaa. Ellei toimivaltainen toimielin ole käsitellyt kunnassa ulkoistamista, prosessi voi keskeytyä kunnan sisäisen muotovirheiden takia ja kunta voi joutua käynnistämään kilpailuttamismenettelyn uudelleen.

2346 Merikoski on todennut viranomaisten tehtävien jaosta, että ”tiede ei ole voinut esittää yleispäteviä sääntöjä, jotka osoittaisivat, mikä on paras ja tarkoituksenmukaisin tehtävien jako yleisviranomaisen ja erityisviranomaisen kesken”. Merikoski 1946 s. 600–601.

2347 Vrt. Karila 1998 s. 276. Sosiaali- ja terveydenhuollossa ei ole satavissa seuraavien vuosikymmenen aikana henkilöstöä julkiselle sektorille samassa määrin kuin ennen. Ks. Eklund 2008 s. 14.

2348 Oksanen 2007a s. 287.

2349 HaVM 18/1994 s. 6.

Viranhaltijan päätösvaltaa on usein rajattu tietyillä reunaehdoilla, kuten euromäärällä. Tällöin on kyseessä kuntalain mukainen subdelegointi. Mittavat ulkoistukset, joilla voi olla vaikutuksia kunnan hallintoon ja toimielinten työjakoon, pitäisi aina käsitellä valtuustossa, ellei toisin ole säännelty tai muita painavia perusteita löydy. Joissakin osa-alueen ulkoistuksissa voi sektorilautakunnan päätös riittää, etenkin jos kyseiselle lautakunnalle on toimivaltaa johtosäännöissä annettu. Tällöinkin on tarkasteltava, mitä toimivaltaa kunnanhallitukselle on hallintosäännössä annettu ja onko kyseisessä ulkoistuksessa sellaisia toiminnallisia tai taloudellisia elementtejä, joihin lautakunnan toimivalta ei yksistään riitä.

Viime kädessä on valtuuston päätettävissä, onko palvelujen ulkoistamista valmisteltu riittävästi. Kun kunnanhallitukselta tulee esitys jonkin toiminnan ulkoistamisesta, on sillä myös mahdollisuus pyytää asiasta lisäselvitystä tai hylätä tai esittää asia valtuustolle. Jos kunnanhallitus tekee esityksen valtuustolle, on valtuustolla mahdollisuus harkita, onko valmistelu ja asian päättämiseen vaikuttavien seikkojen ja vaihtoehtojen selvittäminen ollut riittävä²³⁵⁰. Asiaa voidaan lähestyä kunnanhallituksen ja valtuuston roolien kautta, eli painotetaanko valtuuston tärkeyttä kansanvaltaisuuden korostajana ja nykytyyppisen kunnanhallituksen poistamista. Toisaalta kunnanhallituksen liiallinen valta-asema korostuu valmistelussa.²³⁵¹

Mittavat ulkoistamiset on KuntaL 13 §:n mukaisesti aina vietävä valtuuston hyväksyttäväksi. Tätä käsitystä tukee myös kunnanvaltuuston kokonaisvastuu kunnan toiminnasta. *Mittavilla ulkoistuksilla* voidaan tarkoittaa kuntalain mukaisesti sellaisia ulkoistuksen muotoja, joilla on *kunnan kokoon nähden olennainen taloudellinen tai toiminnallinen rooli*. Tähän voidaan lukea esimerkiksi terveystalouksien tai teknisten toimintojen kokonaisulkoistukset. Tämä on perusteltavissa myös sillä, että etenkin mittavat kokonaisulkoistamiset ja osa-alueen ulkoistamiset vaikuttavat KuntaL 13 §:n 2 mom 1–4 kohtiin. Jos mittavia ulkoistuksia ei vietäisi valtuustoon, sidottaisiin ainakin joiltain osin useaksi vuodeksi valtuuston päätösvaltaa toiminnan ja talouden tavoitteiden, hallinnon järjestämisen tai palveluiden päättämisen osalta. Tällöin organisaation toiminta-, talous- ja palvelulinjaukset olisi määritelty ulkoistamissopimuksissa, joita edes valtuusto ei voisi yksipuolisesti purkaa.

Lainsäädännöllisten aspektien lisäksi poliittiseen keskusteluun saattaa liittyä vertailua kuntien ja yksityisen organisaation tehokkuudesta. Joissakin tutkimuksissa on väitetty, että yksityinen sektori on tehokkaampi kuin julkinen. Kaikki tavoitteet ja palvelut eivät kuitenkaan ole vertailukelpoisia²³⁵². KuntaL 65.4 §:ssä mainitaan, että kunnan toiminnassa ja taloudenhoidossa on noudatettava talousarviota. Siihen tehtävistä muutoksista päättää valtuusto. Ulkoistamisen valmistelun kannalta ratkaisevaksi

2350 Hannus-Hallberg-Niemi 2009 s. 335,166; Hannus-Hallberg 1997 s. 181. Oikeudellisten näkökulmien lisäksi ulkoistamisprosessia johdettaessa on huomioitava, että palvelun tuottajille jää tarpeellinen liikkumavaraa kehittää toimintaa ja että arvionkriteerit kannustavat hakemaan uusia malleja. Ks. Utvärdering av konkurrensutsättning inom Stockholms stad 2001 s. 23.

2351 Vrt. Ryynänen 1996 s. 144–149. Ryynänen on arvioinut 1980-luvun loppuolella, että kunnanhallitusten rooli tulee muuttumaan ja vahvistumaan, kun valmistelu ja päätökset monimutkaistuvat. Tällöin kunnanhallituksissa ratkaistaan tosiasiallisesti myös kunnanvaltuustolle kuuluvia asioita. Kunnanhallituksen kokoukset ovat yleensä suljettuja, ja kuntalainen voi seurata sen toimintaa vain jälkikäteen. Ryynänen 1988 s. 129.

2352 Culyer-Jönsson 1986 s. 6.

nousee, onko mahdollisesta ulkoistamisesta mainittu talousarviossa mitään ja jos on, kuinka sitovasti. Talousarvion sitovuudella on merkitystä kunnallispoliittisesti ja -oikeudellisesti, koska sen avulla valtuusto korkeimpana päätöksentekuelimenä ohjaa aidosti kunnan taloutta ja asettaa toiminnalle tavoitteita²³⁵³.

Ulkoistettava palvelu voi muuttaa kunnan talousarviorakennetta niin toiminnallisesti kuin taloudellisesti. Sen lautakunnan, jonka toimialaan toiminta kuuluu, on tehtävä esitys kunnanhallitukselle ja valtuustolle toiminnallisista ja taloudellisista muutoksista ennen kuin asia etenee liian pitkälle. Valmisteluun liittyy myös valtuuston vastuu suoran demokratian edellytyksistä ja keinoista KuntaL 27 §:n 1–2 momenttien mukaisesti.

Ongelmallista on määritellä se täsmällinen hetki ulkoistamisprosessissa, jolloin on haettava valtuustolta lupa valmistelun jatkamiseen, jotta kunta ei tule sidotuksi liian varhaisessa vaiheessa. Yhtenä tekijänä ovat kunnan sisäiset toimivaltasäännökset, jotka ovat määritettävissä KuntaL 16.1 §:n mukaisesti johtosäännöillä. Toiseksi toimivaltakysymyksiin vaikuttaa ulkoistettavan palvelun koko, joka ratkaisee, millä toimielimellä tai viranhaltijalla on valtuudet ratkaista asia ja mitä kilpailuoikeudellisia säännöksiä ulkoistamisprosessin aikana joudutaan noudattamaan. Kunnallishallinnossa joudutaan myös tarkastelemaan, milloin valmistelu on niin pitkällä, että muilla toimielimillä kuin valtuustolla ei ole toimivaltaa viedä asiaa eteenpäin. Ulkoistamisen valmistelun aikana joudutaan arviomaan kunnan sisäisten säännösten ja ohjeiden lisäksi niin kansallisia kuin EU-oikeuden säännöksiä ja periaatteita, mutta samalla toimielimellä ei yleensä ole *valtuuksia sekä valmistella, päättää että panna täytäntöön* mittavia ulkoistamisia. Tällöin joudutaan tarkastelemaan, missä vaiheessa asioita on vietävä ylemmälle toimielimelle²³⁵⁴.

Edelliseen kohtaan liittyy se problematiikka, milloin kunnanvaltuusto voi vielä kieltäytyä ulkoistamisesta ilman sanktioita. Jos ulkoistettava palvelu arvioidaan otettavan valtuuston hyväksymien määrärahojen puitteissa, on lähdeittävä ensisijaisesti hallinnon toiminnallisten tavoitteiden muuttamisesta. KuntaL 13 §:ssä on määritelty, että valtuusto vastaa kunnan toiminnasta ja taloudesta sekä päättää niiden keskeisistä tavoitteista. Jos ulkoistaminen on suuruudeltaan keskeinen kunnan kokoon nähden, pitää valtuustolta hakea valtuutus ennen kilpailuttamista, ellei asiaan ole jo esimerkiksi otettu kantaa talousarvion hyväksymisen yhteydessä. Alempien toimielinten toimivaltaisuutta on arvioitava monelta kannalta, jos vaarana on, että kunta voi valmistelun eri vaiheissa tulla sidotuksi tarjouspyyntöihin. Lisäksi kunnanvaltuuston on otettava kantaa, jos ulkoistusten yhteydessä on kyse mittavista organisaation ja tuotantotapojen muutoksista.

Määrärahan sitovuuden näkökulmasta tilanne voi olla hyvin moniulotteinen, koska kysymys on määrärahojen riittävyyden lisäksi myös sopimuksen sidonnaisuudesta. Lisäksi palvelun laajuutta ja mitoitusta joudutaan tarkastelemaan siltä kannalta, onko

2353 Harjula–Prättälä 2004 s. 488.

2354 Talousarvion sitovuus on muuttunut siten, että määrärahat jaetaan nykyään laajoina kokonaisuuksina, jolloin käyttötarkoituksilla ei ole yhtä suurta merkitystä kuin ennen. Toiseksi talousarvion toiminnallisten tavoitteiden merkitys on korostunut, koska valtuusto ohjaa entistä enemmän hallintoa toiminnallisilla ja taloudellisilla tavoitteilla. Harjula–Prättälä 2004 s. 488.

kuntalaisilla subjektiivinen oikeus²³⁵⁵ ulkoistettuun palveluun ja onko palveluntuottajalla oikeus vaatia sopimuksen toteuttamista esimerkiksi positiiviseen sopimusetuun vedoten. Erityisesti terveystalvelujen kilpailuttamisen on todettu olevan luottamushenkilöiden ja viranhaltijoiden näkökulmasta vaikeampaa, koska se vaatii talouden ja juridiikan lisäksi lääketieteellistä osaamista ja vaikutukset eivät ole aina helposti mittavissa tai todettavissa.

KuntaL 23 §:ssä todetaan, että kunnanhallitus vastaa valtuuston päätösten valmistelusta ja viime kädessä siitä, että koko ulkoistamisprosessi etenee oikeassa järjestyksessä. Kunnanhallituksen roolia vahvistaa osittaisulkoistusten näkökulmasta myös KuntaL 25a §:n kohta, jonka mukaan kunnanhallitus vastaa kuntakonsernin ohjauksen ja valvonnan järjestämisestä. Kunnalliskomitean mietinnössä pohditaan kunnanhallituksen asemaa ja todetaan seuraavaa:

” – vaikka kunnanhallitus olisikin oikeudellisesti yksi valiokunnista tai lautakunnista, sillä on selvästi muista valiokunnista ja lautakunnista poikkeava asema. Organisaatorisesti muut valiokunnat ja lautakunnat olisivat kunnanhallituksen alaisia. ”²³⁵⁶

Lisäksi kunnanhallituksen roolia eri toimintojen ulkoistamisessa painottaa KuntaL 50 §, jossa todetaan, että hallintosäännössä on määriteltävä mahdolliset määräykset kunnanhallituksen edustajan ja kunnanjohtajan läsnäolosta ja puheoikeudesta muiden toimielimen kokouksissa.

Osittaisulkoistaminen muuttaa kunnanhallituksen roolia kunnassa, koska se valitsee esimerkiksi edustajat yhtiökokouksiin ja evästä heitä tarvittaessa kunnan kannalla. Konserniohjauksen puitteissa annettavien ohjeiden velvoittavuus voi aiheuttaa tytäryhtiössä eri tulkintoja. Oikeudellisesti konsernijohdon antamat ohjeet eivät sido tytäryhteisöjen toimielimiä, vaan tytäryhteisöjen johdon ja luottamushenkilöiden veloitteet ja vastuut määräytyvät aina sen mukaan, mitä lainsäädäntöä kyseinen yhteisö on veloitettu noudattamaan. Tilanne ei muutu juridisesti, vaikka ohjeistuksia käsitellään kunnanhallituksissa, vaan ohjeistukset on tulkittava lähinnä valmisteluksi tai tiedotusluonteisiksi asioiksi.²³⁵⁷

Toimivaltaan liittyy myös otto-oikeuden käyttäminen. Ennen vuotta 1993 lakisääteiselle lautakunnalle annettua asiaa ei voitu siirtää kunnanhallitukselle²³⁵⁸. Tätä ennen hallituksen esityksessä ehdotettiin kunnallislakiin muutosta, jonka tarkoituksena oli laajentaa mahdollisuutta siirtää asioita kunnanhallitukselle myös lakisääteisten asioiden osalta. Siirto-oikeus rajoittuu ainoastaan yksilön oikeusturvaan liittyviin syihin, jotka vaatisivat tietyn toimielimen ratkaisovaltaa.²³⁵⁹

2355 Vaikka valtuusto ei varaa tiettyyn lailla veloitettuun palveluun määrärahaa, ei kunta pelkästään sen perusteella vapaudu palvelun kuluerästä. Harjula–Prättälä 2004 s. 489. Ulkoistetun palvelun kustannuksia on vaikea edes alustavasti arvioida, ellei kunta määrittele, minkä laatuista palvelun pitää olla lisätynä transaktiokustannusten määrällä. Vrt. Utvärdering av konkurrensutsättning inom Stockholms stad 2001 s. 31, 33.

2356 KM 1993:33 s. 359.

2357 Harjula–Prättälä 2007 s. 259.

2358 Hannus–Hallberg–Niemi 2009s. 310.

2359 HE 70/1992 s. 3–4.

Johtokunnan asemaa on vahvistettu vuonna 2006 kuntalain muutoksella (578/2006), jonka mukaan johtokunnalle voidaan antaa myös itsenäinen otto-oikeus. Silloin kun palvelua tuottavalle johtokunnalle on johtosäännöllä annettu Kuntal 51.3 §:n mukaisesti otto-oikeus, tulevat myös oikaisuvaatimukset johtokunnalle. Kyseinen kuntalain muutos, jossa johtokunnan käsiteltäväksi tulee myös sen alaisen viranomaisen päättämä asia, rajoittaa etenkin uusissa toimintamalleissa lautakunnan asemaa ja vahvistaa taas johtokunnan asemaa. Tuotannosta vastaava johtokunta voi koordinoita ja johtaa aiempaa selkeämmin hallintoa, ja tilaaja- ja tuottajapuoli on mahdollista erottaa toisistaan selkeämmin. Kyseinen Kuntal 51.3 §:n muutos muutti oikeustilaa, jossa otto-oikeus- ja oikaisuvaatimukset käsiteltiin lautakunnassa tai kunnanhallituksessa. Kuntalaisen osalta muutoksella ei ollut olennaista merkitystä, koska oikaisuvaatimusohjeissa on aina mainittava kenelle oikaisuvaatimus on tehtävä.²³⁶⁰ Toisaalta eri toimintatavat tuovat moniportaisuudessa myös uutta hierarkkisuutta, mikä voi näkyä roolien ja uusien toimintatapojen sekaannuksina.

Johtokuntien asemoimista voi monella tavalla vaikeuttaa etenkin se, että niiden roolit ja muodot ovat kunnissa lisääntyneet, jolloin on aina tarkasteltava yksittäistapauksena, mikä rooli ja mitä tehtäviä niillä on. Tilaaja-tuottajamallia perustellaan monesti tilaajan ja tuottajan erottamisella toisistaan, ja myös palvelutuotannosta vastaavalla johtokunnalla pitäisi olla mahdollisimman itsenäinen asema. Tilaaja-tuottajamalli voi tuoda luottamuselinten otto-oikeuden ja valvonnan näkökulmasta lisähaasteita, koska kunnanhallituksen alla toimii lautakuntia sekä palveluiden tuottamisesta vastaavia johtokuntia. Eri organisaatiomalleja rakennettaessa on luottamushenkilöiden ja asioiden käsittelyn näkökulmasta mietittävä, millaisia eroja eri toimielimillä on erilaisissa malleissa²³⁶¹.

8.1.3 Toimielinten rooli tilaaja-tuottajatoimintatavassa

Kunnallisten toimielinten ja koko hallinnon roolit vaativat uudelleenarviointia, koska kunnat ovat entistä enemmän siirtäneet osan tehtävistään ja tiettyjen hyvinvointipalvelujen tuottamisen ei-kunnallisille orgaaneille. Muutos on kaventanut perinteisen hallinnon roolia ja asettanut uusia vaatimuksia liiketaloudellisten ja yksityisoikeudellisten periaatteiden ymmärtämiselle.

Modernin ulkoistamisen valmistelun, jossa pyritään aidosti kunnan ja kuntalaisten kannalta parhaaseen ja tarkoituksenmukaisimpaan palveluntuotantotapaan, pitäisi olla avointa, hakea uusia toimintatapoja ja lisätä vuorovaikutussuhteita. Kun valmistelu on luovaa ja siihen liittyy uusien asioiden pohdintaa ja tuottamista, pystytään kunnallista valmistelua kehittämään niin, että se havaitsee mahdollisuuksia ja uhkia. Silloin voidaan ottaa senhetkistä resurssista täysi hyöty irti. Lisäksi ulkoistamisprosessin alussa voidaan joutua konflikteihin, jotka voivat johtua kyvyttömyydestä säädellä eri informaatiota. Tämä voi ilmetä arvojen ja mielipiteiden kollisioina faktoihin liittyvän formaalisen tiedon kanssa. Silloin valmistelu hidastuu tai tukkeutuu, ja koko ulkoistamisprosessi voi joutua epäluottamuksen varjon alle ennen kuin todellisia vaihtoehtoja on käsitelty. Lainsäädäntö ei itsessään aseta tiukkoja muotovaatimuksia ulkoistamisen

2360 HE 8/2006 s. 17.

2361 Ks. kuvio 4 luvussa 3.3.2.

valmistelutavoille tai muodoille vaan painottaa pikemminkin valmistelun oikeellisuutta, riittävyttä ja tasapuolisuuden näkökulmaa. Koko ulkoistamisprosessin valmistelu eroaa monelta osin yksittäisen asian valmisteluvaiheista.²³⁶² Kuntalain valmistelussa tunnistettiin se problematiikka, joka liittyy kunnan organisaatioon ja sen jatkeena oleviin orgaaneihin, jotka toteuttavat kunnan perustehtäviä sen eri muodoissa. Kehityspiirre on kunnan organisaation ja eri palvelutuottajaorganien osalta kuitenkin monimutkaistunut kuntalain alkuperäisiin muutostarpeisiin verrattuna.

*Ongelmaksi nähtiin, että kuntien organisaatio on käytännössä paljon monimuotoisempi kuin kunnallislain tuntema organisaatio. Toimintoja on yhdistetty tai on tavoiteltu entistä itsenäisempiä tulosyksiköitä samalla kun valmistelua, suunnittelua ja sidosryhmäyhteyksiä hoitamista varten on perustettu toimielimiä, joilla ei ole virallista päätösvaltaa (mm. neuvottelukuntia ja projektiryhmiä). Lisäksi kunnan ydinhallinto-organisaatiota on hajautettu esimerkiksi alueellistamalla lautakunta-organisaatiota.*²³⁶³

Ulkoistamisen valmistelu voi lähteä käyntiin puhtaasti taloudellisista tai toiminnallisista kehittämisaspekteista tai siitä, että tiettyjä palveluja on vaikea tuottaa omana palveluna kustannustehokkaasti ja laadukkaasti. Usein toimivaltainen toimielin joutuu punnitsemaan taloudellisia ja laadullisia näkökulmia. Kuten aiemmin käsiteltiin, ulkoistamiseen voidaan myös ajautua²³⁶⁴ – lainsäädäntö saattaa velvoittaa kuntaa ulkoistamaan toimintojaan. Samalla myös mainitut perustuslailliset hyvinvointioikeudet on aina huomioitava²³⁶⁵.

Tukipalvelujen valmistelussa yhtenä perusteena voi olla myös se, että kunta haluaa keskittyä ydintoimintoihin eli niiden palveluiden järjestämiseen ja tuottamiseen, joita kunta on lainsäädännöllä velvoitettu hoitamaan²³⁶⁶. Tällöin kunnan eri toimielinten strateginen rooli voi osaltaan myös selkiytyä ydin- ja tukitoimintojen normitarkastelun myötä. Kunnallisten tukitoimintojen ulkoistamista helpottaa se, että niitä ei ole säännelty yhtä velvoittavasti kuin ydintoimintoja eli lakisäätteisiä tehtäviä.

Palvelustrategia voi tuoda systemaattisuutta valmisteluun ja päätöksentekoon. Luottamuselinten strategisen otteen puutteeseen on kiinnitetty huomiota myös eri selvityksissä²³⁶⁷. Toiminnan ulkoistamisen valmistelu ja eri vaihtoehtojen kartoittaminen on pitkäjänteisempää, jos kunnassa on tehty eri palvelujentuottamisvaihtoehtoista valtuuston hyväksymä palvelustrategia²³⁶⁸. Palvelustrategia ei poista eri vaihtoehtojen esille tuomista tai ulkoistamisen valmistelua, mutta se selkiyttää poliittisten päättäjien

2362 Ks. Jalonen 2007 s. 40–41 ja 370. Ulkoistamiseen liittyvät vaikutukset riippuvat myös pitkälti siitä, mitä siihen liittyvällä lainsäädännöllä on yritetty tavoitella. Toisaalta säännökset voivat vaikuttaa eri tavalla kuin on tavoiteltu. Ks. Mathiesen 1985 s. 44–45.

2363 HE 192/1994 s. 26.

2364 VM:n julkaisu 7/2006 s. 59.

2365 Ks. HE 155/1999 s. 2–3. Hallituksen esityksessä oli todettu ”Ehdotetun säännöksen mukaan julkinen hallintotehtävä voitaisiin antaa muulle kuin viranomaiselle vain lailla tai lain nojalla ja vain, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaarana perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia.” HE 1/1998 s. 61.

2366 Sutela 2003 s. 33.

2367 Ks. KM 2005:1 s. 67.

2368 Vrt. VM:n julkaisu 7/2006 s. 60.

näkemyksen ennakkointia, jos valtuusto on ottanut palvelustrategiassa kantaa erilaisiin palveluiden tuottamistapoihin. Samalla se voi olla myös positiivinen signaali tilauksen aikaansaamiseksi.

Ulkoistamisen suunnittelussa ja tilaamisessa voidaan hyödyntää ns. kvartaali-ajattelua. Alkuvuodesta kunnan on käytävä edellisen vuoden oikeudellisesti sitovien ja ohjeellisten palvelutavoitteiden toteutuminen, jolloin on kerättävä tietoa, jotta tuottaja pystyy analysoimaan, miten toiminta on mennyt ja mitä muutoksia toimintaympäristössä on tapahtunut. *Tilausprosessi voidaan jakaa neljään kvartaaliin*, joita voidaan käyttää myös ulkoistamisprosessissa. Ensimmäisessä kvartaalissa toimitaan edellisen vuoden toteutumista. Toisessa kvartaalissa tarvitaan tietoja myös seuraavan vuoden budjettia varten, jolloin luottamushenkilöille valmistellaan tilausehdotusta. Kolmannessa kvartaalissa tarkennetaan, mitä muutoksia tai tarkennuksia tilaukseen tulee, ja tilaaja ja tuottaja neuvottelevat yksityiskohdista. Neljännessä kvartaalissa käydään vielä kunnallisissa toimielimissä keskustelua tilauksen yksityiskohdista, ja sen jälkeen tehdään esitys valtuustolle päätettäväksi seuraavan vuoden tilauksesta.²³⁶⁹

Se minkä tasoisena ja kuinka yksityiskohtaisena valtuusto hyväksyy ulkoistetun palvelun toiminnan, riippuu hyvin pitkälti ulkoistuksen laajuudesta ja sopimuksen pituudesta. Jos sopimus on monivuotinen, ei kunta voi yksipuolisesti pudottaa tilauksen tasoa tai määriä. Eri ulkoistamisen muodot tarvitsevat hieman erilaisen suunnitteluprosessin. Itse toimituksen rooli voi muuttua suunnitteluprosessin aikana ja painottua valmisteluun ja seurantaan. Tällöin toimituksen irrottautuu etäämmäksi päivittäisistä asioista, ja suora sopimusjohtaminen ja siihen liittyvä päätösvalta on delegoitu viranhaltijoille.

Kunnanhallituksen rooli on ainakin isoimmassa valtuustolle tulevissa ulkoistamistapauksissa hyvin keskeinen. Sen tehtävänä on myös koordinoita ja sovittaa yhteen eri hallintokuntien toimintoja sellaisissa ulkoistamistapauksissa, joissa ulkoistamisella on erilaisia vaikutuksia kunnan eri toimialoille. Tällaisena tilanteena voidaan mainita tilaaja-tuottajajärjestelmä, jossa on mahdollista, että lautakunnan toimialalla olevia tehtäviä on ulkoistettu (y) ja toiset lautakunnat (x) neuvottelevat tilaajalautakunnan (y) kanssa siitä, mitä palveluita on mahdollista saada yksityiseltä palveluntuottajalta. Kyseisessä mallissa lautakunta (y) vastaisi oman toimialueen palvelun tuottamisesta ja ohjaamisesta sekä ensisijaisesta valvonnasta yksityisiin orgaaneihin nähden. Kyseinen lautakunta voi olla monessa roolissa, eli tilaajan roolissa yksityiseen palveluntuottajaan päin tai palvelun tuottajan roolissa muihin kunnan toimielimiin nähden.

Lautakuntien rooli ja merkitys ovat toimialoittain vaihdelleet viime vuosikymmenien aikana. Vapaakuntakokeilun aikana ja sen jälkeen kunnat ovat vähentäneet lautakuntia. Ne on joko lopetettu tai tehtävät on annettu muille lautakunnille tai kunnanhallitukselle tai on perustettu uusia, tehtäväkentältään laajempia lautakuntia. Samalla kunnissa on siirretty päätösvaltaa yhä enemmän viranhaltijoille, mikä osaltaan on vähentänyt luottamushenkilöiden mahdollisuutta paneutua kunnan toimintoihin ja valvoa niitä. Monet virkamiehet näkevät itsensä poliittisina viranhaltijoina silloin, kun heidät on valittu poliittisin mandaatein. Tästä syystä luottamushenkilön ja viranhaltijan

2369 Berlin 2006 s. 172–173.

puhdas määritelmä ja rajanveto voi monessa valmistelutilanteessa olla ongelmallinen. Vielä ongelmallisempi tilanne on, jos kunnassa on paljon työntekijöitä, jotka edustavat luottamustoimissaan sekä kuntaa että työntekijöitä. Lautakuntien vähentäminen on monella taholla katsottu aiheelliseksi, koska kunnallishallinto on jo perinteisesti ollut hyvin moniportainen eikä aina pysty reagoimaan tai saamaan aikaan tarvittavia uudistuksia ja päätöksiä.²³⁷⁰ Toisaalta lautakuntien entistä laajempi toimiala on tuonut haasteita osallistumiseen ja asioihin paneutumiseen²³⁷¹.

Tilaja-tuottajamallin valmistelussa olisi myös organisatorisesti ratkaistava, ovatko lautakunnat valtuustoon nähden tilaajan vai tuottajan roolissa. Kummallekaan mallille ei suoranaisesti ole oikeudellisia esteitä, kunhan toimivaltaiset toimielimet ja viranhaltijat sekä vastuut on määritelty selvästi kunnan johtosäännöissä²³⁷². Myös kunnanhallituksen toimivalta voi hieman vaihdella sen mukaan, ovatko lautakunnat organisatorisesti tilaajana vai tuottajina ja onko kyse aidosta markkinaperusteisesta tilaja-tuottajaorganisaatiosta vai vain sisäisestä tilaja-tuottajamallista²³⁷³. Lautakuntien välisissä toimivalta- tai palveluiden rajapintatapauksissa korostuu kunnanhallituksen rooli toimintojen yhteensovittamisessa ja ohjaamisessa normaalien KuntaL 23 §:ssä määriteltyjen tehtävien lisäksi. Konsernijohdon määrittely tuo myös selkeyttä toimielinten välillä eri toimintatavoissa.

Hallintovaliokunta katsoi, että konsernijohdon määrittely selkeyttää konsernin johtamisen vastuusuhteita erityisesti valtuuston ja kunnanhallituksen välillä. Kuntalain pohjalta hallitukselle ja kunnanjohtajalle tai pormestarille kuuluu tyypillisesti konsernijohdon tehtäviä. ”Muilta kuin laissa mainituilta osin kuntien tulee itse määrittellä konsernijohtoon kuuluvat toimielimet ja henkilöt. Tehtävien määrittelyn voidaan arvioida edellyttävän ainakin osassa kuntia johtosäännön muuttamista ja konserniohjeiden tarkistamista.”²³⁷⁴

KuntaL 17 §:n mukaan valmistelusta vastaa kunnanhallitus ja sen alaisuudessa lautakunta, johtokunta tai niiden jaostot sekä toimikunnat. Vaikka KuntaL 71 §:n mukaan kunnassa ei tarvitsisi olla kunnanvaltuuston ja kunnanhallituksen lisäksi kuin tarkastuslautakunta, ellei erityislainsäädännöstä muuta ilmene, on valtaosassa kunnista vähintään neljä lautakuntaa. Ulkoistamisen valmistelussa tämä tarkoittaa yleensä sitä, että sen lautakunnan, jonka alaista toimintoa ollaan ulkoistamassa, on oltava valmisteluprosessissa ainakin jollain tavalla mukana, jotta se pystyisi käsittelemään varsinaisen ulkoistamisesityksen. Kokonaan toinen asia on, kuinka sovelias ja toimiva vanha lautakuntajärjestelmä on nykymuodossaan, kun on siirrytty tilaja-tuottajatoimintatapaan, jossa on myös hyödynnetty ulkoistamisen eri muotoja.

2370 Valanta 1992 s. 20–22, 68–69, 120.

2371 KM 2005:1 s. 69.

2372 Toisaalta esim. kuntateknisten palvelujen erityislaeissa, kuten rakennuslaissa tai jätevesimaksulaissa ei ole säännöksiä siitä, miten hallinto tulisi järjestää, ja tällöin sovelletaan kuntalakia. Kuntalain mukaan kunnalla on myös johtosäännön perusteella mahdollisuus organisoida melko vapaasti sisäistä päätöksentekoa. Kunnas 1995 s. 11.

2373 Vrt. HE 192 /1994 s. 30–31.

2374 HaVM 39/2006 s. 2–4. Ks myös HE 263/2006 s. 1.

Toimielinten välille tulee usein poliittisia jännitteitä, jolloin kysymykseksi voi nousta, voiko kunnanhallitus suoraan valmistella ja tehdä esityksen valtuustolle tietyn lautakunnan alaisesta toiminnasta. Kunnanhallitusten toimivalta on laaja, mutta yleensä toimivaltaa on johtosäännöillä annettu lautakunnille. Kunnanhallitus ei voi itse ryhtyä päättämään kyseisistä asioista, mutta sillä on mahdollisuus käyttää KuntaL 51 §:n mukaista otto-oikeutta²³⁷⁵.

Vaikka ulkoistaminen olisi tietyn lautakunnan alaista toimintaa, on jo valmistelussa käytävä laajamittaisempaa keskustelua poliittisen johdon ja viranhaltijajohdon välillä, koska valmisteluvaihe on luottamushenkilöiden kannalta tärkeimpiä hetkiä vaikuttaa²³⁷⁶ ulkoistamisen toteuttamiseen, laajuuteen ja muotoon. Luottamushenkilöt pystyvät valmisteluvaiheessa vaikuttamaan siihen, kuinka paljon annetaan painoarvoa esimerkiksi tehokkuudelle ja tulosjohtamisen periaatteelle. Kunnallishallinnossa tehokkuudesta on keskusteltu usein, ja sillä voidaan nähdä olevan ainakin kaksi funktiota. Ensinnäkin tehokkuudella on mahdollista maksimoida kunnan asukkaiden sosiaalinen ja taloudellinen hyvinvointi niillä resursseilla, joita kunnalla on käytössä. Toiseksi sillä tarkoitetaan organisaation kykyä täyttää ne tavoitteet, joita valtuusto on sille asettanut. Tehokkuuden lisäksi valmistelussa on huomioitava demokratian asettamat vaatimukset palvelujen ulkoistamiselle. Demokratiaan kuuluu, että päätösten pitää vastata kuntalaisten tahtoa. Hallinnon tehtävänä on tuottaa kuntalaisten tarvitsemia ja haluamia palveluja, vaikka demokratia toteutuu kunnissa pääsääntöisesti edustuksellisenä.²³⁷⁷ Ulkoistaminen tai siihen liittyvät toimintamallit eivät sinällään vielä paranna tehokkuutta, vaan kyse on kuntien mahdollisuudesta hakea ja toteuttaa monipalvelujärjestelmässä organisatorisesti erilaisia ratkaisuja eri luottamuselinten välillä – kuitenkin säännösten rajoissa.

Ulkoistamisen valmistelun on monesta syystä nojattava edustuksellisen demokratian pelisääntöihin, koska asiat ovat oikeudellisesti ja toiminnallisesti hyvin kompleksisia. Toiseksi kilpailuoikeudellisten säännösten mukaan toimivaltainen toimielin ei voi tietää lopullisia tarjoajia ja tarjousten kilpailukykyä kuin vasta päätäntävaiheessa. Tämä problematiikka *voidaan ratkoa budjetiarviolla*²³⁷⁸. Kuntien voi olla vaikea hyödyntää suoran osallistumisen muotoja²³⁷⁹ ulkoistuksia valmisteltaessa, jos sillä ei ole kokemusta muista palveluntuottajista²³⁸⁰.

2375 Kunnanhallituksen otto-oikeudelle on KuntaL 51 §:ssä tiettyjä rajoituksia, kuten lain tai asetuksen mukaisia lupa-, ilmoitus-, valvonta-asioita tai tiettyjä yksilöön liittyviä terveydenhuollon, sosiaalitoimen tai opetustoimen asioita. Lisäksi kuntalakiin on tullut muutos, että kunnanhallituksella ei ole KuntaL 51 §:n mukaista otto-oikeutta sellaisen KuntaL 77 §:ssä tarkoitetun kunnallisen toimielimen päätöksiin, joissa hoidetaan kuntien tehtäviä yhteisellä sopimuksella.

2376 Vrt. Halme 2005 s. 47.

2377 KM 1993:33 s. 87–88.

2378 Ks. edellä luku 5.1.3.

2379 Komiteamietinnössä todettiin, että suoran osallistumisen rooli on kasvanut, ja kuntalaisten mahdollisuus vaikuttaa valmisteluun ja päätöksiin on tullut tärkeämmäksi. KM 1993:33 s. 87.

2380 Julkisen ja yksityisen yhteistoiminnasta terveydenhuollossa on todettu seuraavasti: "This chapter tackles the question of whether health expenditures or specific health indicators (mortality rates) are influenced by the extent of government intervention in a cross-section study 19 OECD countries." Keskeiset tulokset voidaan esittää seuraavasti: "The more governments are involved in providing or financing medical care in decentralized health care system, the higher are health expenditures – –The situation is different in countries with centrally organized budgeted health services system? – – Direct democratic control also seems to have some effect. The results suggest that direct democracy might exert a limiting influence on the size (growth) of the health care sector – – Finally, the results imply that there might be a connection between third-party financing and infant (post-neonatal) mortality. The neonatal mortality rate is inversely related to the extent of third-party financing, controlling for some other relevant variables". Leu 1986 s. 60.

8.1.4 Ohjausmuodot

Mitä enemmän kunta siirtää palvelutuotantoa oman organisaation ulkopuolelle, sitä suurempia vaatimuksia ohjaukselle on asetettava²³⁸¹. Sama koskee myös ulkoistusten eri muotoja. Keskeinen ongelma on, miten kunnallisen itsehallinnon näkökulmasta demokratian ohjaus voi toteutua kunnallishallinnossa, jossa palvelutuotannon rooli ja eri muodot painottuvat entistä enemmän.

Paikallishallinnon viranhaltijat voidaan tietyissä tapauksissa valtuuttaa ratkaisemaan tietyt faktakysymykset paikallisista tarpeista harkintaa käyttäen. Tämä perustuu siihen, että kompetenttin viranomaisen osoittaminen voisi olla lainsäätäjän tarkoittama riittävä edellytys oikeusvaikutusten muodostumiseksi. Tavoite-keinonormi liittyy myös kuntien palvelujen järjestämiseen, ja sillä on mahdollista toteuttaa suunnitteluohjaukseen rakentuvia toimintamekanismeja, joissa valtion ja kuntien viranomaiset toimivat. Sääntelymalli antaa mahdollisuuden palvelujen tuottajan ja järjestäjän erottamiseen, mikä on kunnallishallinnon kannalta erityisen tärkeää.²³⁸²

Kuntien toimintavapaus hallinnon järjestämisessä ja tehtävien hoitamisessa on myös tuonut uusia haasteita ohjaukselle. Ulkoistamisia voidaan yleisesti ohjata normi-, resurssi- ja informaatio-ohjauksella²³⁸³. Normiohjaus on yksityisen palvelun tuottajaan koskevaa sääntelyä. Toisaalta voi olla myös kunnan omaa sääntelyä tai sopimukseen otettavia velvoitteita. Resurssiohjaus liittyy priorisointi- ja kannustavuusnäkökulmiin. Jotta resurssiohjaus olisi tehokasta ulkoistamisen näkökulmasta, olisi hinta sidottava laatuun tai muuten koko kunnan kustannuksia alentaviin tekijöihin. Informaatio-ohjaus voi sisältää palveluntuottajan ohjeistusta tai muita neuvotteluja kuten sopimuksen sisältään liittyviä neuvotteluja. Eri näkökulmilla voi olla hyvin erilainen vaikutus ja painotus²³⁸⁴. Informaatio-ohjausta on ehdotettu normiohjauksen ja ns. puiteohjauksen rinnalle. Ohjaus ei ole ollut täysin ongelmatonta, koska liian voimakas informaatio-ohjaus voi muodostaa myös ongelmia.²³⁸⁵ Kysymys on hyvin pitkälti siitä, miten eri lainsäännöllisissä uudistuksissa huomioidaan normiohjauksen lisäksi resurssi- ja informaatio-ohjauksen riittävyys²³⁸⁶.

Ulkoistamisessa informaation oikeellisuus korostuu silloin kun kunta on puhtaassa tilaajan asemassa. Kunta ei voi ohjata toimintaa haluamaansa suuntaan, jos se ei saa oikeaa, oikea-aikaista ja riittävää informaatioita. Informaation puute voi myös vaikeuttaa kunnan oikeudellista asemaa tilaajana. Teknisten seuranta- ja raportointijärjestelmien rakentaminen taloudellista ohjausta varten ei ole läheskään niin vaikeaa kuin itse ohjaukseen liittyvien käytännön toimenpiteiden paneminen täytäntöön. Kysymys on lähinnä siitä, kuinka korkealle kunta priorisoi taloudellisuusnäkökulmat. Tähän liittyy myös esimerkiksi terveydenhuollossa oikeudellista punnintaa siitä, missä vaiheessa kiireelliset terveyteen liittyvät asiat ajavat taloudellisten näkökulmien ohi. Yksityisten

2381 Martikainen 2009 s. 25. Asia liittyy laajemmin koko julkisen sektorin kansanvaltaisen ohjauksen toteutumiseen ja tehostamisnäkökulmiin. Vrt. Rieppala 2004 s. 60–61.

2382 Ks. Uoti 2003 s. 170–172.

2383 Vrt. VM:n julkaisuja 11/2009 s. 59.

2384 Ks. Berlin 2006 s. 270–271.

2385 Rynnänen 2004 s. 74.

2386 VM:n julkaisuja 11/2009 s. 59; Rieppala 2004 s. 61.

sosiaali- ja terveyspalvelujen osalta on noudatettava tiettyä lupa- ja ilmoitusmenettelyä, jota on sovellettava huolimatta siitä, onko kyse lakisääteisestä sosiaali- ja terveydenpalvelun ulkoistamisesta vai ei²³⁸⁷. Sanktioiden asettamisella voidaan ennaltaehkäistä tiettyjä oikeudellisia tulkinnallisuuksia tai epävarmuuksia tilaajan puolelta, ja niillä saadaan tiettyä välitöntä tehokkuutta kunnan suorittamaan valvontaan. Eri kriteereistä ja vähimmäisvaatimuksista pitäisi olla selvät ohjeet, jotta valvonta olisi oikea-aikaista ja kohdentuisi oikeisiin asioihin kuntalaisten kannalta ja jotta kunnan toimenpiteillä olisi myös juridinen perusta.

Kuntien johtamisessa tehokkuus on ymmärrettävä laajemmin kuin yksityisellä sektorilla, koska kunnallishallinnossa tehokkuuteen voidaan sisällyttää oikeusvarmuus. Poliittisen ja viranhaltijavallan erot ja tietyltä osin erillään pitäminen on taannut sen, että suomalaisessa järjestelmässä ei kenellekään yksittäiselle henkilölle kasaudu liikaa valtaa. Tämän osaltaan estää kunnallishallinnon dualistinen periaate, joka erottaa valmistelun ja täytäntöönpanon päätöksenteossa²³⁸⁸. Valmistelun ja päätösvallan välinen alue on laajentunut ja tullut tulkinnallisemmaksi, koska esimerkiksi suurissa tai luottamushenkilöille tärkeiksi koetuissa asioissa käytetään poliittista ohjausta taroituksenmukaisuusharkinnan muodossa jo valmisteluvaiheessa²³⁸⁹. Läpinäkyvyys ja voimakas ohjaus edesauttavat myös paikallisen demokratian toteuttamista²³⁹⁰.

Liiallisen poliittisen ohjauksen riskeinä voi olla, että oikeussäännöksiä ei huomioida tarpeeksi, jolloin *käytetään liian aikaisessa vaiheessa sellaista poliittista harkintavaltaa*, jota ei kyseisessä ulkoistamisprosessin vaiheessa ole mahdollista käyttää. Oikeudellisesta näkökulmasta on hyvin tärkeää, että luottamushenkilöille kuuluva päätösvalta ja viranhaltijoille kuuluva valmistelu pysyisivät erillään, jotta monimutkaisista ulkoistamisista ei tulisi kunnille oikeudellisia labyrinthteja.

Valvonnan vaikeusaste ja oikeudelliset mahdollisuudet riippuvat hyvin pitkälti myös valvottavan organin organisaatiomuodosta. Jos kunta on osittaisulkoistanut toimintojaan, oikeudellisesta näkökulmasta *valvonta ja ohjaus voivat muodostua hyvin ongelmallisiksi*. Yhtiötetyssä mallissa kunnanhallituksella on mahdollisuus antaa KuntaL 23.2 §:n mukaan ohjeita edustajilleen, mutta oikeudellisesti sitovia määräyksiä yhtiön toimielimen edustajille ei voi antaa. Kuntalaki antaa kunnanhallituksille mahdollisuuden ohjata kunnan omistamia yhtiöitä ja laitoksia, mutta ongelmana on, miten kunnanhallitus voi tosiasiallisesti reagoida välittömästi, jos ohjeita ei noudateta²³⁹¹. Seuraava oikeustapaus liittyy ulkoistusten ohjausproblematiikkaan.

KHO:2007:95. Kaupunginhallitus oli 27.3.2006 antanut kaupungin omistamalle osakeyhtiölle tehtäväksi hankkia yhtiön omistukseen raviratakiinteistön maa-alueet ja rakennukset omistavan yhtiön osakkeet. Kaupunginhallituksen päätöksessä oli

2387 Hallberg ym. 1999. s. 602.

2388 Heuru 2000a s. 272.

2389 Sopimuksen merkitystä ei myöskään pidä aliarvioida, vaikka valvontaan käytettäisiin erilaisia sopimusjohtamisen elementtejä. KHO:1999:51. Sopimuksenhallinta ja ohjeistus ovat kehittyneet Iossa-Britanniassa hyvin pitkälle. Ks. verkosta osoitteesta: www.dh.gov.uk/en/Healthcare/Primarycare/Primarycarecontracting/index.htm. (Luettu 25.9.2008). Ks. myös Kettunen 1996 s. 73–75.

2390 Vrt. Ryyänen 2009 s. 465.

2391 Ryyänen 1996 s. 105.

määritelty enimmäiskauppahinta sekä asetettu tiettyjä edellytyksiä ja ehdotettu, että valtuusto omalta osaltaan hyväksyy kaupunginhallituksen päätöksen mukaisen omistajapoliittisen linjauksen. Valtuusto oli 3.4.2006 hyväksynyt kaupunginhallituksen päätöksessä tarkoitetun omistajapoliittisen ratkaisun. Valtuuston päätös sisälsi kaupungin omistajana osakeyhtiölle antaman ohjauksen ja vaatimuksen kaupan tekemisestä. KHO totesi, että valtuuston päätöksellä ei ole mahdollista oikeudellisesti sitovalla tavalla määrätä yksityisoikeudellisen osakeyhtiön toiminnasta. Toisaalta valtuuston päätös ei myöskään sisältänyt toimintaohjetta kunnan edustajalle, vaan valtuuston päätös koski KuntaL 91 §:n mukaisesti vain valmistelua. Näin päätöksestä ei voitu tehdä kunnallisvalitusta.²³⁹²

Vaikka kunta olisi ulkoistanut tietyt toimintansa kuntaenemmistöiselle yhtiölle, kunnan antamilla ohjeilla ei ole oikeudellista velvoittavuutta eikä niiden rikkomisesta voi suoraan joutua vahingonkorvausvelvollisuuteen, jollei hallituksen jäsen ole osakeyhtiölain 15.1 §:n mukaisesti tahallisesti tai tuottamuksellisesti aiheuttanut yhtiölle vahinkoa. Toisaalta kuntaenemmistöisen osakeyhtiön hallitus on vastuussa osakkeenomistajille, ja sen täytyy huomioida yhtiön edun lisäksi myös kunnan etu²³⁹³. KuntaL 23.2 §:ssä on mainittu kunnanhallituksen mahdollisuudesta ohjeistaa edustajiaan. Lainsäädännössä on katsottu²³⁹⁴, että kunnan edustajia ei ole ehdottomasti veloitettu noudattamaan kaikissa tilanteissa kunnanhallituksen ohjeita etenkin, jos se aiheuttaa kokoustilanteissa kohtuuttomia vaikeuksia²³⁹⁵. Peruslähtökohtana on kuitenkin se, että lainmukaisia ohjeita noudatetaan ja edustajille voidaan tietyssä tilanteissa antaa yksilöity valtakirja tai pöytäkirjanote²³⁹⁶.

Kunnan on mahdollista määritellä omistamilleen yhtiölle tietyt periaatteet konserniohjauksen tai palvelusopimusten kautta. Kun kunnallinen toiminta ulkoistetaan osakeyhtiölle, kunnan demokraatiohjauksen lisäksi kuntalaisten muutoksenhakumahdollisuudet ja asiakirjajulkisuus muuttuvat, koska osakeyhtiöllä ei ole velvollisuutta noudattaa asiakirjajulkisuutta eikä kuntalaisella ole muutoksenhakuoikeutta päätöksiin. Koska osakeyhtiö toimii osakeyhtiölain ja yhtiöjärjestyksen mukaisesti, on yhtenä, tosin hitaana, mahdollisuutena, että kunta kutsuu yhtiökokouksen koolle ja vaikuttaa asioihin sitä kautta. Vasta yhtiökokouksen päätökset on osakeyhtiön johdon viime kädessä

2392 KuntaL 91 §:n mukaan: "päätöksestä, joka koskee vain valmistelua tai täytäntöönpanoa, ei saa tehdä oikaisuvaatimusta eikä kunnallisvalitusta."

2393 KM 1989:61 s. 26. Kuntaa edustavan osakeyhtiön hallituksen jäsentä ei voi oikeudellisesti pakottaa samaan käsitykseen kuin kunta osakkeenomistajana, vaan hän toimii itsenäisesti yksityisoikeudellisen yhtiön toimielimen jäsenenä. Ks. Ryytänen 1987 s. 25. Monesti tulkinallisuudet johtuvat juuri siitä, että kunta osittaisulkoistaa tietyn toiminnan kehittämissyhtiölle. Omistajaohjaus ei aina todellisuudessa onnistu, vaikka kunnanhallitus antaa ohjeita yhtiön edustajille, koska oikeudellisesti ne eivät sido hallitusta. Jos asiat eivät edisty normaalisti kunnanhallituksen ohjeistuksen avulla, voi omistaja vasta yhtiökokouksen kautta lopullisesti vaikuttaa asioihin.

2394 Rasinmäki on todennut yhtiöittämisestä "– kunnan erilaisten liiketoimintojen uudelleen järjestäminen eri tavoin, mukaan lukien yhtiöittäminen ja toimintojen siirtäminen julkisen viranomaiskoneiston ulkopuolelle kuuluvat kunnallisen itsehallintoon ja kunnanvaltuuston organisointivaltaan. Kuntalain säännöksiä voidaan pitää organisatorisen yksityistämisen osalta pääosin perusteltuna konsernihallinnon kehittämisen näkökulmasta." Rasinmäki 1997 s. 343.

2395 HE 192/1994 s. 87; HaVM 18/1994 s. 7.

2396 Harjula–Prättälä 2004 s. 229–230.

huomioitava, mikäli ne ovat osakeyhtiölain ja yhtiöjärjestyksen mukaisia.²³⁹⁷

Osittaisulkoistusten ongelmana on kuntalaisten kannalta niiden ohjaamisen ja valvonnan moniulotteisuus sekä tulkinnallisuus, jolloin omistajaohjaus nousee keskeiseksi. Osittaisulkoistetun toiminnan (kuten liikelaitosten ja kunnallisten yhtiöiden) ohjaamisen haasteena on, että kunnan lautakunta voi olla sekä tilaajan että omistajan roolissa. Tällöin ohjaus saattaa keskittyä liikaa taloudellisiin tekijöihin, ja muut arvot ja periaatteet jäävät vähemmälle.²³⁹⁸

Kuntalain lisäys 25a § (519/2007) toi osaltaan selkeyttä osittaisulkoistuksen ohjaus kysymyksiin. Kyseisen kohdan mukaan konsernijohto vastaa kuntakonsernin ohjauksesta ja konsernivalvonnan järjestämisestä. Hallintovaliokunta on myös tietyiltä osin ottanut kantaa osittais- ja kokonaisulkoistuksen ohjauksen rajanvetoon.

”Kuntakonsernin yritysvaikutusten osalta valiokunta toteaa, että lakiehdotuksen hyväksyminen vaikuttaa vain kunnan määräysvallassa oleviin yrityksiin. Valiokunta tähdentää, että uusilla säännöksillä tehostetaan kunnan tytäryritysten ja muiden tytäryhteisöjen konserniohjausta kytkemällä mainittujen yhteisöjen toiminta ja talous aiempaa tiiviimmin kuntien ja kuntayhtymientoimintastrategiaan. Lakiehdotus liittyy kunnan sisäisen toiminnan tehostamiseen vahvistamalla omistajaohjausta. Sääntely ei puutu markkinoiden hyödyntämiseen palvelutuotannossa.”²³⁹⁹

Valvonnan ja ohjauksen erottelu voi ulkoistamisen eri tilanteissa olla vaikeaa, mutta pääsääntöisesti ulkoistettua palveluntuotantoa ohjataan oikeaan suuntaan, kun taas valvonnan keinoissa on enemmän oikeudellisia elementtejä. Toisaalta kysymys on hyvin pitkälti myös siitä, millä tasolla tilaaja ja tuottaja palveluntuotannon ohjauksessa liikkuvat ja kuinka kehittynyttä ohjaus on.

Etenkin viime vuosina on *corporate governance*²⁴⁰⁰ eli omistajaohjaus noussut pinnalle tiettyjen yrityksissä tapahtuneiden väärinkäytösten vuoksi. Omistajaohjauksella tarkoitetaan pääasiassa yhtiön johtamis- ja valvontajärjestelmää. Omistajaohjaukseen liittyvää säännöstöä on tarkasteltu ja kehitelty myös EU:n tasolla.²⁴⁰¹ Ulkoistamisen muodosta riippuu, kuinka hyvin kunnallishallinnossa voidaan omistajaohjauksen periaatteita soveltaa. Joissakin tilanteissa, kuten yhtiöittämisissä, omistajaohjauksen välineistöä voidaan soveltaa hyvinkin suoraan kunnalliseen toimintaympäristöön, vaikka tavoitteet ja lainsäädäntö eroavat joiltain osin puhtaasta yrityspohjaisesta toiminnasta.

Tilaaajaohjaus eroaa joiltain osin omistajaohjauksesta, vaikka myös yhteisiä piirteitä on. Kummallakin tarkoitetaan johtamis- ja valvontajärjestelmää, jossa kunnan tai yrityksen on asetettava ulkoistetulle toiminnalle tavoitteita, joita seurataan ja kontrolloidaan

2397 SM:n julkaisu 9/2006 s. 9.

2398 Maanonen 2007 s. 404–405.

2399 HaVM 39/2006 s. 3.

2400 Ks. myös edellä luku 4.2.2.

2401 KOM (2003) 284 lopullinen s. 10. Corporate governance -käsite tarkoittaa yhtiön johdon, hallituksen, osakkeenomistajien ja sidosryhmien välisiä suhteita. Yhtiön tavoitteet asetetaan omistajaohjauksen linjojen mukaisesti, joihin taas pohjautuvat keinot ja tulostenseurantamenetelmät. Siinä paneudutaan myös omistuksen ja valvonnan erottamiseen liittyviin näkökulmiin. KOM (2003) 284 lopullinen s. 10.

erilaisin menetelmin. Molemmissa ohjausmalleissa on aina vaarana, että näihin uusiin toimintamalleihin sisältyy myös samat ongelmat kuin vanhassa hallinnossa²⁴⁰², ellei työ- ja toimintatapoja pystytä molemmin puolin muuttamaan olennaisesti.

Valtion ohjauksen yhtenä positiivisena tavoitteena, etenkin sosiaali- ja terveystaloudellisuissa sekä koulutuspalveluissa, on pyrkimys tasa-arvoisesti järjestettyihin palveluihin tuotantotavasta tai asuinpaikasta riippumatta. Kritiikkiä on tullut esim. sosiaali- ja terveydenhuollon lisääntyneeseen eriarvoisuuteen²⁴⁰³. Kuinka hyvin valtionavulla tai muilla lainsäädännön keinoilla paikallistasolla pystytään tavoitteet täyttämään, on jo täysin toinen asia.

Nyt kun julkinen sektori on lähtenyt laajamittaisesti järjestämään palveluita uudelleen, tulisi julkisoikeudellista lainsäädäntöä kehittää ja joustavoittaa siten, että kunnilla olisi mahdollisuus toimia tehokkaasti palveluissa, jotka se tuottaa omana toimintana²⁴⁰⁴. *Osittaisulkoistuksissa kunnalla on tietyiltä osin laajemmat ohjaus- ja valvontakeinot* kuin kokonaisulkoistuksissa.

Ongelmaksi kunnallisten palvelujen tuottamisessa nousee luottamushenkilöiden ja viranhaltijoiden *ohjaus- ja valvontafunktion muutos*, johon perinteinen kunnallishallinto ei kaikilta osin sovi. Ei ole kovinkaan yksinkertaista osoittaa, mitkä ongelmat aiheutuvat siitä, että kunta on siirtynyt palvelun tuottajasta sen järjestäjäksi, ja mitkä muista toiminnallisista tai lainsäädännöllisistä epäselvyyksistä, koska ulkoistamisen toimimattomuus voi johtua toimintaympäristön ulkoisista tai sisäisistä tekijöistä.

Ulkoistamista koskevan sopimuksen oikeudellinen sopimusmuoto ja sisältö vaikuttavat ohjauksen toteuttamiseen, jos kysymyksessä on kokonais- tai osittaisulkoistus. Ulkoistusten ohjauksen osalta kunnallisten *luottamushenkilöiden ohjauksen pitäisi ensisijaisesti kohdistua kunnan tilaajatoimielimeen ja viranhaltijoihin*. Tällöin sopimuksessa mainitut tahot neuvottelevat palautteissa tai valvonnassa ilmenneistä asioista palvelun tuottajan kanssa. Kunnan yleisen toimialan puolella ei-lakisäätteisissä tehtävissä kunnalla on myös mahdollisuus järjestää ohjaus vapaammin.

Toisaalta kuntalaisten ja kunnan henkilöstön näkökulmasta liian nopea ja voimakas markkinaehtoistuminen kunnan palveluissa lisää myös epätasa-arvoisuutta, elleivät valvonta ja ohjaus ole kaikilta osin kunnossa. Tällöin alkaa esiintyä peruspalveluiden eriarvoisuutta ja sosiaalista segregaatiota, ellei palvelun tilaaja ohjaa ja resursoi palveluja tasapuolisesti. Toisaalta palvelujen lisäämistä säännellään hyvin tiukasti, etenkin sosiaali- ja terveydenhuollossa ja koulutuspalveluissa. Kun tarkastellaan opetussuunnitelmien lisäksi taloudellisia ja alueellisia näkökulmia, on esimerkiksi Ruotsissa huomattu, että yksityiskoulut eivät helposti ota oppilaiskseen erityisopetusta tarvitsevia tai vammaisia oppilaita²⁴⁰⁵.

Ohjaukseen liittyy myös henkilöstön saatavuus ja mitoitus. Kunnat ja kuntayhtymät eivät pysty vastamaan esimerkiksi rekrytoinnissaan ja hallinnollisessa päätöksenteossään tai joustavuudella siihen, mitä yksityinen puoli. Tämä vaikuttaa siten,

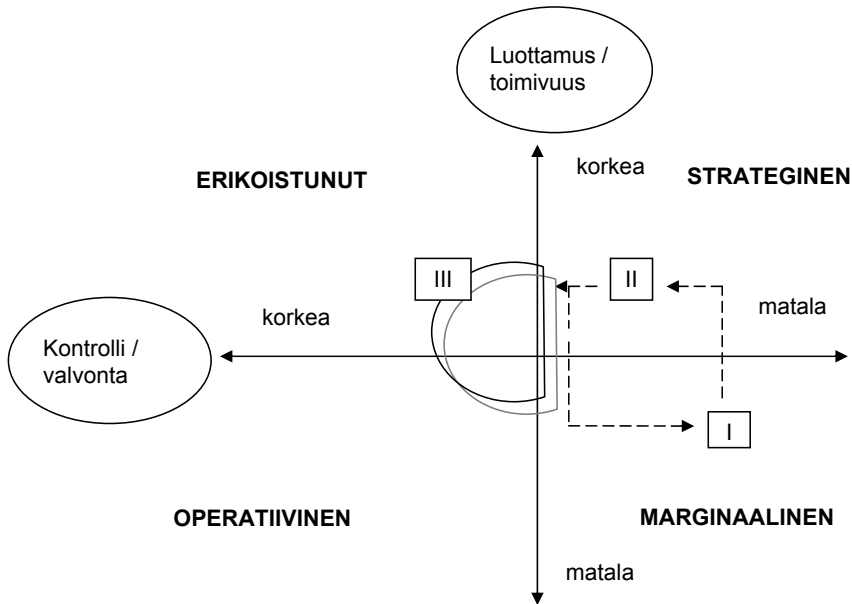
2402 Tällaisina ongelmina voidaan pitää epäselviä tavoitteita, tehottomuutta, heikkoa johtoa ja ideologisia ristiriitoja. Ks. Saltman–Von Otter 1992 s. 114–115.

2403 Ks. TrVM 1/2008 s. 3, 9–11.

2404 Tämä tarkoittaisi hallintorakenteiden lisäksi paikallisten sopimusten uudelleen ajattelua.

2405 Ks. Savolainen 2004 s. 21. Suomessa opetuslupia yksityisen palvelun harjoittamiselle oli myönnetty 26.3.2009 vain 70 kpl.

että kokonaisulkoistukset voivat olla kunnalle henkilöstön saatavuuden näkökulmasta helpompia kuin oman tuotannon resurssointi.



Kuvio 2. Tilaaja-tuottajaohjausjärjestelmä.

Tilaajaohjaus voidaan ulkoistetun toiminnan osalta jaotella neljään muotoon: erikoistuneeseen, strategiseen, operatiiviseen ja marginaaliohjaukseen²⁴⁰⁶ (kuviota 2). Erikoistuneen tilaajaohjauksen tunnusmerkkeinä ovat luottamus ja kontrolli, joilla pyritään maksimoimaan kuntalaisten etuudet. *Strategisessa tilaajaohjauksessa* kontrollia halutaan vähentää ja korostaa sitäkin enemmän luottamusta eri tahojen välillä. Yksityiskohtiin ei puututa samalla tavalla vaan tehdään havaintoja ja arviointeja. *Operatiivinen tilaajaohjaus* sisältää kontrollia mutta ei aina kovin paljon luottamusta. Tilaaja käyttää ohjauksen apuna detaljitietoa, jolloin detaljikontrollin käyttömahdollisuus paranee. *Marginaalitalaajaohjauksen* haasteina on, että osapuolten luottamusta on vaikea voittaa ja toiminnan resurssivaihteluja on vaikea kontrolloida. Tällöin myös kontrolli keskittyy usein vain lopullisiin taloudellisiin tunnuslukuihin.²⁴⁰⁷ Useissa ulkoistamisissa liikutaan operatiivisen ja marginaalitalaajaohjauksen välimaastossa. Marginaaliohjaus ei täytä oikeudellisesti hyvältä ja ajanmukaiselta kunnanhallinnolta vaadittuja tunnusmerkkejä, koska kontrolli on vähäistä eikä osapuolten välinen luottamus ole korkea. Tällöin vaarana on, että toiminnan painopiste on vain tiettyjen taloudellisten tunnuslukujen jälkivalvonnassa.

Kokoavasti on nostettavissa esille, että palveluja ulkoistaessaan kunnan pitäisi ohjausnäkökulmasta huomioida seuraavat asiat:

²⁴⁰⁶ Mukailleen Berlin 2006 s. 311.

²⁴⁰⁷ Berlin 2006 s. 312–313.

- 1) Informaatio-ohjaukseen liittyvät asiat, kuten informaation oikeellisuus ja oikea-aikaisuus.
- 2) Painopisteenä kokonaisohjauksen rakentaminen ja kehittäminen rajapinnat huomioiden.
- 3) Talouden ja toiminnan laadun tarkastelu eri säännösten valossa.
- 4) Sanktioiden käyttäminen niin, että ne ohjaavat ja kannustavat palveluntuottajia.
- 5) Oikeudellisten vastuiden ja objektiivisen seurantajärjestelmän määrittely.

8.1.5 Valtuuston asema ja rooli

Valtuuston roolin ja yleensä koko kunnallishallinnon roolin muutosta on arvioitu jo 1990-luvulla. Rooli on muuttunut niin, että joudutaan entistä enemmän kiinnittämään huomiota palvelutuotantoon. Keskeiseksi on noussut palvelutuotannon laajuus, laatu, kustannukset ja asiakassuuntautuneisuus. Vaikka uusia toimintaperiaatteita tulee kehittää jatkuvasti, ei kuntien laillisuusasioita voida sivuttaa edes palveluperiaatteen vuoksi.²⁴⁰⁸ Kunnanvaltuustojen rooli voi tietyissä tilanteissa selkiintyä, jos valtuustot pystyvät määrittelemään tietyt seurantamittarit ja tarpeelliset reunaehdot täytäntöön paneville elimille. Toimielinten aseman ja roolin muutos tuo myös oikeudelliseen arviointiin muutoksia. KuntaL 1.2 §:ssä on määritelty kunnallisen itsehallinnon perusta, joka pohjautuu kuntalaisten valitseman valtuuston päätösvaltaan. KuntaL 13.1 §:n mukaan valtuusto vastaa kunnan toiminnasta ja taloudesta. Kyseinen sanamuoto on kuitenkin ymmärrettävissä enemmän poliittiseksi vastuuksi kuntalaisiin päin kuin suoranaisena juridisena vastuuna²⁴⁰⁹.

Kunnallishallinnossa niin kuin muissakin julkisyhteisöissä päätöksenteko on usein valintaa vaihtoehtoisten poliittisten tavoitteiden ja niiden reaalisten toteuttamisresurssien välillä sekä lainsäädäntöön sopeutettavissa ja toteutettavissa olevien tavoitteiden punnintaa²⁴¹⁰. Kunnallishallinto jakaantuu poliittiseen ja hallinnolliseen osaan, mikä on tehnyt politiikan ja hallinnollisen tutkimuksen hyvin haasteelliseksi. Kunnallishallintoon liittyy myös sisäinen taistelu demokraattisen vallankäytön siirtymisestä professionaalille virkamieskunnalle. Toisaalta hallintovirkoihin on tullut professionaalisuuden merkkejä, kuten moraalinen vastuu ja pätevyysvaatimukset.²⁴¹¹ Legalistinen piirre hallinnossamme on rajoittanut julkista keskustelua, ja sen on katsottu hidastavan palveluperiaatteen toteutumista. Toisaalta oikeusturva- ja tasa-arvotavoitteiden sekä taloudellisten tehokkuusvaatimusten välille on syntynyt ristiriita, joka heijastuu koko

2408 Vrt. Ryyänen 1996 s. 118.

2409 Hannus–Hallberg–Niemi 2009 s. 127.

2410 KHO on vuonna 1983 hallinnon oikeusturvakomitean mietinnöstä (KM 1981:64) antamassaan muistiossa todennut seuraavasti: ”Hallinnon tehtävänä on perimmältään edistää kansalaisten parasta kansalaisten itsensä asettamilla ehdoilla. Hyvin hoidettu hallinto ja kansalaisten oikeusturva eivät lähtökohtaisesti ole ristiriidassa keskenään. Hyvin toimiva hallinto toteuttaa itsessään myös kansalaisen oikeusturvaa niin muodollisessa kuin asiallisessakin merkityksessä.” Pere 1983 s. 103.

2411 Möttönen 1997 s. 74.

hallinnonkehittämiskeskusteluun²⁴¹². Tämä osaltaan muokkaa jatkuvasti myös valtuuston valta-asemaa ja roolia repressiivisemmäksi. Kuntalain tavoitteena on ollut myös vahvistaa valtuuston asemaa ja selkeyttää sen roolia. Hallintovaliokunta on valtuuston asemaa koskevasta sääntelystä todennut seuraavaa:

*”Kuntalaissa valtuuston rooliin vaikuttavat keskeisimmin kuntien asemaa ja toimialaa, valtuuston ja muun kunnallishallinnon välistä toimivallan jakoa, valtuuston valtaa muiden toimielinten asettamiseen, kokoonpanoon ja erottamiseen, valtuustossa käsiteltävien asioiden valmistelua ja kunnan talousarviorakennetta koskevat säännökset. Yleisesti voidaan selonteon tavoin todeta, että tämä säännöstö on sallinut toimintojen ja taloudenpidon sekä niitä hoitavan organisaation rakenteiden kehittymisen valtuustojen rooliin moninaisesti vaikuttavalla tavalla. Valtuuston tärkein tehtävä on asettaa toiminnalliset ja taloudelliset tavoitteet sekä tehdä strategiset linjaukset ja arvovalinnat. – – Valiokunta pitää tärkeänä, että kunnallisessa päätöksenteossa poliittista ohjausta vahvistetaan ja tehostetaan demokraattista kontrollia.”*²⁴¹³

Palveluiden järjestämisen kannalta joudutaan arviomaan monesta näkökulmasta kunnan korkeimman päätöksentekijän eli kunnanvaltuuston roolia. Tällöin tarkastelu tulisi kohdistaa selkeämmin normin tarkoituksen ja reaalisen ilmiön väliseen suhteeseen²⁴¹⁴. Jos kunnat hakevat voimakkaasti vaihtoehtoisia palvelutuotantomalleja, voi uhkana olla demokraattisen päätöksenteon vaarantuminen, kuten kunnanvaltuuston aseman heikkeneminen. Luottamushenkilöiden välisessä toimivallan jaossa voi tulla esille myös oikeudellisia tulkinnallisuuksia silloin, kun kunta on tilaaja-tuottajamallissa järjestämistä vastuussa.

Kansanvaltaisessa päätöksentekoprosessissa korostetaan demokraattisen päätöksenteon arvoja ja periaatteita²⁴¹⁵. Tällöin olisi pystyttävä arviomaan eri vaihtoehtojen kautta, mihin suuntaan tietyt ulkoistamisen muodot vievät kunnan päätösvaltaa, etenkin valtuuston näkökulmasta, koska uusissa palvelujenjärjestämistilanteissa valtuuston rooli strategisena johtajana sekä tavoitteen asettelussa ja arvioinnissa korostuu²⁴¹⁶. Valtuuston ja koko kunnallisen päätöksenteon kannalta on selvitettävä erikseen, mitä seurauksia ulkoistamisilla voi olla perinteiselle päätöksenteon toimintafunktiolle. Lainvalmisteluaineistossa oli todettu, että ”valtuuston päätösvalan yleisyyden ja ensisijaisuuden periaate on sopusoinnussa kunnallislain uudistamiselle asetetun demokratiatavoitteen kanssa. Vanha hallitusmuodon 51.2 § ei suoranaisesti edellyttänyt valtuuston päätösvalan ensisijaisuutta vaan valtuuston mahdollisuutta päättää keskeisistä asioista. Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirja painottaa myös suoraan vaaleilla valitun toimielimen

2412 Temmes 1991 s. 39. Kuntien tavoitteet on pääsääntöisesti asetettu niin, että tietoa on esim. hoitopäivistä ja hoidetuista potilaista. Kuntalaisten omatoimisuuden edistämisen tavoitteena pitäisi olla toimintakyvyn ja toimintaedellytysten kehittäminen. Lehto 2006a s. 73. Tämä tulee myös niin oikeudelliseksi kuin toiminnalliseksi ongelmaksi, kun määritellään tavoitteita ulkoistetulle sosiaali- tai terveydenhuoltoalan palveluntuottajalle.

2413 HaVM 11/2000 s. 4.

2414 Husa 1995 s. 131.

2415 Söderlind–Petersson 1988 s. 22–29.

2416 Vrt. KM 2005:1 s. 66.

päätösvallan ensisijaisuutta.²⁴¹⁷ Nykyisen perustuslain 121.1 §:n sanamuoto painottaa, että kuntien hallinnon tulee perustua kunnan asukkaiden itsehallintoon. Hallituksen esityksessä Suomen hallitusmuodoksi on nostettu esille kunnalliseen itsehallintoon liittyvän sääntelyn puutteellisuus:

”Kunnallisen itsehallinnon periaatteelliseen merkitykseen verrattuna asiaa koskeva perustuslaintasoinen sääntely on suppeaa ja osin puutteellista. Perustuslaissa ei ole säädetty itsehallinnon keskeisimmistä ominaispiirteistä. Vakiintuneesti on toisaalta katsottu, että kunnallinen itsehallinto merkitsee kuntalaisten oikeutta päättää kuntansa hallinnosta ja taloudesta, ja että valtio voi antaa kunnille tehtäviä vain lailla. Hallitusmuodon alkuperäisessä 51 §:n 2 momentissa kansalaisella tarkoitetaan Suomen kansalaista. Sääntelyä on tästäkin syystä tarpeen tarkistaa.”²⁴¹⁸

Jos ulkoistamisella pyritään saavuttamaan nopeampi reagointikyky toimintaympäristön muutoksiin, myös kunnalta tilaajana edellytetään entistä suurempia valtuuksia puuttua asioihin, jotta ongelmien ilmetessä voidaan toimia nopeasti. Tällaisessa toimintamallissa luottamushenkilöiden rooli muuttuu.²⁴¹⁹ Palvelun järjestämis- ja tuottamisvaihtoehtoista päättäminen on kunnanvaltuustojen suurimpia poliittisia arvovalintoja, joista riippuu, millaiset mahdollisuudet kunnissa on hakea erilaisia tuottamistapoja. Valtuuston pitäisi pystyä viranhaltijoiden ja toimielinten valmistelusta tarkastelemaan kokonaisuutta eli sitä, kuinka tarkoituksenmukainen tietty palveluiden tuottamistapa on kunnan ja kuntalaisten näkökulmasta. Kunnanvaltuuston keskeiseksi tehtäväksi jää määrittellä, mihin tuotteisiin ja palveluihin kunnassa panostetaan, ja arvioida, onko kyseistä palvelua tuotettu sellaisessa laajuudessa ja senlaatuksena kuin talousarviossa on tavoitteeksi asetettu.

Kuntalaisen rooli voi olla esimerkiksi palvelun käyttäjä tai rahoittaja, ja eri roolit tuovat kuntalaiselle erilaisia oikeuksia. Luottamushenkilöiden rooli voi monessa tilanteessa olla keskeinen palveluntuottajaan päin. Hän edustaa samalla tiettyä ryhmää, jolloin hänellä on myös suora palautekanava kuntalaisiin. Ongelmana on nähty, että valtuustojen rooli ei toteudu kuntalain suomin mahdollisuuksin – roolien ja eri toimielinten suhteiden muovautuminen on toisaalta enemmän poliittinen kysymys kuin juridinen²⁴²⁰.

Valtuuston rooli on oikeudellisesti vahva, koska se päättää viime kädessä kuntien strategisista linjoista ja siitä, mennäänkö ulkoistamisiin ja minkä laajuisina. Kolmas eli tilaajaviranhaltijoiden rooli ja osaaminen on ulkoistamisprosessissa keskeistä, koska heidän tehtävänä on valmistella asiat luottamushenkilöille, ohjata toimintaa ja seurata, että sopimuksessa sovitut asiat tulevat hoidettua. Viimeisenä voidaan erotella tuottaja, jolla on vastuu palvelun tuottamisesta sopimuksen mukaisesti. Ulkoistuksen peruslähtökohta on, että tuottajan tehtävä on selviytyä sille annetuista tehtävistä, maksimoida oma intressi ja saada mahdollisimman monta sopimusta.²⁴²¹ Monipalve-

2417 HE 192/1994 s. 26.

2418 HE 1/1998 s. 60.

2419 Vrt. Tanntu 2007 s. 187.

2420 Ks. KM 2005 s. 81.

2421 Berlin 2006 s. 150–153. Berlin on jaotellut ohjausmallit eri rooleihin, joita on osaltaan mukautettu ulkoistamisnäkökulmaan.

lutuottajajärjestelmä aiheuttaa osaltaan myös sen että, roolien rajat eivät kuitenkaan ole kovinkaan selviä oikeudellisesti. Kuntalaisen ja intressiryhmien rooli ja vaikutus muuttuvat myös, jolloin ohjaus voi monimutkaistua. Uusissa toimintamalleissa managerialistinen ja edustuksellisen demokratiaan pohjautuva päätöksenteko voi ajautua kollisiotilanteisiin. Hallintovaliokunta on painottanut kansanvaltaisen päätöksenteon tärkeyttä:

Hallintovaliokunta on painottanut, riittävää valtuutettujen lukumäärää asukkaiden näkemysten edustavuuden takia. Toisaalta päätöksentekoa edeltävän keskustelun ja mielipiteiden vaihdon näkökulmasta on perusteltua, että myös eri valtuustoryhmien jäsenillä on monipuolinen tausta. Valiokunta on huolissaan kehityksestä, jossa hallinnon keventämisen nimissä vähennetään kunnallisia luottamustehtäviä. Kustannus- ja muut hyödyt voivat jäädä pieniksi samalla kun virkamiesvalta lisääntyisi kansanvaltaisen päätöksenteon kustannuksella.²⁴²²

Roolijaon tarkastelussa on monia haasteita, koska kuntien tekemät ulkoistukset eivät ole identtisiä. Asiaan vaikuttaa myös se, millainen organisaatorakenne kunnassa on ja miten eri toimielimet on asemoitu. Tuottajan ja tilaajan roolit ja oikeudelliset suhteet sekä toimintatapojen kategorisointi liittyvät usein siihen, onko kyse yksityisoikeudellisesta vai julkisoikeudellisesta orgaanista. Oikeudellisessa ja toiminnallisessa mielessä on merkitystä myös sillä, miten luottamuselimet toimivat ja mikä rooli niillä on palvelujen tuottajaan nähden. Valtuusto voi kunnallisten johtosäätöjen tarkistamisella täsmentää myös omaa asemaansa. Hallinnolliset päätökset eivät sinällään muuta kunnan toimintatapoja ja muotoja. Juridisia ongelmia voi kuitenkin muodostua hyvinkin nopeasti, jos luottamushenkilöt ja viranhaltijat toimivat entisen organisaation periaatteiden ja säännösten puitteissa, vaikka virallisesti olisi siirrytty ulkoistuksissa sopimusjohtamiseen. Tämä vaatisi eri osapuolten roolien selkeyttämistä.

Luottamushenkilöiden näkökulmasta on keskeistä, ovatko he tilaajan vai tuottajan roolissa. Kunnan toimintamallista riippumatta kunta on aina kuitenkin KuntaL 2 §:n mukaisesti palvelun järjestämisvastuussa. Tilaja-tuottajamallissa käsky- ja resurssiohjaus muuttuu tilaajan ja tuottajan väliseksi sopimuksella tapahtuvaksi ohjaukseksi²⁴²³. Ongelmaksi voi tulla, että itse toiminta ja valta sekä suora resursointi on kadonnut välillisten organisaatioiden taakse, eikä valtuusto niissä pääse ottamaan kantaa itse palvelutasoon tai -muotoon.

Samanlaisia oikeudellisia ongelmia on tunnistettava myös osittaisulkoistamisissa, joissa kunta antaa toimintojaan liikelaitoksille tai yhtiölleen. Osittaisulkoistamisessa ongelmia voivat olla liiketoiminnan tai kunnan talouden tilan hämärtyminen päätöksenteossa, kun kunta asettaa tuottovaatimuksia ulkoistetuille yhtiöille tai liikelaitoksille. Lisäksi vaarana on, että KuntaL 13 §:n mukainen valtuuston asema heikkenee kokonaisvastuun osalta ja kokonaisnäkömyksen saaminen kunnan todellisesta toiminnasta ja taloudesta vaikeutuu.

2422 HaVM 18/1994 s. 6.

2423 Kallio ym. 2006 s. 23.

Osittaisulkoistamisiin liittyy kuntakonsernin ohjaus. Sitä on täsmennetty konsernijohdon määrittelyllä, mikä on tuonut selkeyttä valtuuston ja kunnanhallituksen välille konsernin johtamisen vastuun osalta. KuntaL 25a 1 §:ssä on määritelty, että konsernijohdon tehtävät kuuluvat hallitukselle ja kunnanjohtajalle. Lisäksi kuntien pitää itse määritellä johtosäännöissään konsernijohdosta kuuluvat toimitukset ja henkilöt.²⁴²⁴

Valtuuston ohjauksen kannalta selkein ulkoistusmuoto on kokonaisulkoistus, koska silloin valtuustolla on mahdollisuus ottaa sopimuksen kautta kantaa palvelun tasoon ja toimintaan, eikä rajapintoja tule niin paljon kuin muissa ulkoistuksen muodoissa. Kun erilaisia palveluntuotantotapoja kehitetään, on kunnilla hyvin laajat mahdollisuudet miettiä, miten erilaisia edustuksellisen ja suoran demokratian muotoja samalla kehitetään. Yhtenä keinona on kuntalain eduskuntakäsittelyssä täsmentynyt KuntaL 27.1 §:n kohta ”valtuuston on luotava kunnan asukkaille ja palveluiden käyttäjille edellytykset”, joka muutettiin nykyiseen muotoon ”valtuuston on pidettävä huolta siitä, että kunnan asukkailla ja palvelujen käyttäjillä on edellytykset osallistua ja vaikuttaa kunnan toimintaan”²⁴²⁵. Useissa kunnallislain kommentaariteoksissa painotetaan kunnanvaltuuston roolia kunnan asukkaiden itsehallinnon toteuttajana. Tällöin on eri malleissa ja toimintatavoissa tarkasteltava myös valtuuston välillistä roolia demokratian toteuttajana ja keinoja vahvistaa sitä ulkoistamisen eri vaihtoehdoissa.

Valtuusto käyttää ylintä päätöksentekovaltaa kuntalaissa mainituissa asioissa, oli kunnan toiminnat organisoitu hierarkkisen tai markkinaperusteisen mallin mukaan. Hierarkkisessa ohjausprosessissa kunnallisten toimielinten ohjaus nojautuu hyvin pitkälle säännöksiin, suunnitelmiin ja ohjeisiin, joissa talousarvion laadinta ja noudattaminen ovat keskeisessä roolissa²⁴²⁶. Etenkin pienissä tai kiireellisissä ulkoistamisissa ongelmaksi voi muodostua, että ulkoistamiseen ei ole varattu riittävästi määrärahoja. Kuntalaista ei suoraan löydy ohjeita siitä, miten tässä tilanteessa pitäisi menetellä. Pääsääntönä on, että pitäisi pystyä mahdollisimman pitkälle välttämään tilanteita, joissa määrärahojen ylitykselle haetaan valtuuston hyväksyntä jälkikäteen.²⁴²⁷ Toisaalta valtuusto voi tulla sidotuksi mittaviin ulkoistuksiin, jos seuraavan vuoden talousarviossa ei olisi varattu siihen riittävästi määrärahaa. Tällaisissa tilanteissa punnittavaksi tulee, milloin ja miten huomioidaan demokratia- ja muita päätöksentekoon liittyviä näkökulmia.

Vanhassa kuntalaissa kunnanvaltuuston päätösvalta ja muiden toimielinten toimivalta eivät toteutuneet kovinkaan hyvin, koska valtuustolle kuuluvia asioita oli delegoitu muille toimielimille²⁴²⁸. Nykyisessä kuntalaissa on mainittu, että valtuusto voi KuntaL 14 §:n mukaisesti siirtää toimivaltaa tietyin edellytyksin muille toimielimille ja luottamushenkilöille sekä viranhaltijoille. Kunnanvaltuusto voi siirtää toimivaltaa kunnanhallituksille, lautakunnille ja johtokunnille, jos asian siirtämisestä alemman

2424 HaVM 39/2006 s. 3.

2425 HaVM 18/1994 s. 8.

2426 Jotta ulkoistaminen onnistuisi myös demokraattisen päätöksenteon osalta, pitää tilaajan, tuottajan ja järjestäjän roolien olla toiminnallisesti ja oikeudellisesti selvillä. Tällöin kunkin toimielimen roolien, vastuiden ja tavoitteiden pitäisi olla selvillä mahdollisimman aikaisessa vaiheessa. Vrt. Kovalainen–Österberg-Högstedt 2008 s. 39.

2427 Oksanen 2007 a s. 285.

2428 KM 1993:33 s. 348.

toimielimen päätettäväksi ei ole toisin säädetty. Eri toimielinten kehitystä arvioitaessa on huomattava, että lautakuntien asemaa on vahvistettu ja niistä on pyritty tekemään kunnan organisaatiossa hallinnonalastaan toiminnallisesti vastaavia toimielimiä. Lainvalmistelussa korostettiin, että säännösten tarkoituksena oli joustavoittaa työnjakoa lautakunnan ja sen alaisen hallinnon välillä, mikä tapahtui mahdollistamalla lautakunnan päätösvallan subdelegointi²⁴²⁹. Lisäksi lautakunnalle, kuten myös kunnanhallitukselle, on myös mahdollista siirtää sen alaisten toimielinten ja viranhaltijoiden päättämät asiat.²⁴³⁰

Sellaisena keskeisenä asiana, joissa valtuusto ei voi siirtää toimivaltaansa alemmalle tasolle, voidaan pitää toiminnan ja talouden keskeisten tavoitteiden ja palveluiden maksujen periaatteista päättämistä. Usein valtuustolle on kuitenkin jätetty valtaa harkita, milloin tiettyjä asioita voidaan pitää keskeisinä tavoitteina²⁴³¹. Suurien kokonaisten palveluiden ulkoistamisissa valtuusto voi delegoida tai subdelegoida sille kuuluvaa päättäväntä²⁴³² alemmille tahoille tiettyjen yksittäisten asioiden osalta. Tällöin kunnanvaltuusto antaa hallintosäännössä tai hankintaohjeissa toimivaltaa lautakunnille. Jos säännöksistä tai kunnan sisäisistä ohjeista ei löydy tulkintatilanteessa vastausta siihen, pitäisikö ulkoistaminen viedä valtuuston käsiteltäväksi, voi kunnanhallitus kunnanvaltuustolle valmistelevana toimielimenä²⁴³³ harkita kysymystä tarkoituksenmukaisuusnäkökulmasta.

Valtuuston tehtävänä on aina viime kädessä määritellä, millaisella organisaatiolla kunnallisia palveluja tuotetaan ja mitä toimintaperiaatteita ulkoistamisissa sovelletaan. Luottamuselinten rooli muuttuu perinteisestä talousarvion hyväksymisestä silloin, kun kunnassa siirrytään markkinaperusteiseen tilaaja-tuottajamalliin ja toimintoja aidosti ulkoistetaan. Jos muutos on aito, pitäisi luottamuselinten pystyä päättämään toiminnan resurssi- ja laatutasosta ja tarvittaessa ohjata sekä seurata palvelun tasoa esimerkiksi resurssitaulukon, tuotteistettujen toimintojen ja erilaisten laatumittareiden avulla.

Voidaan kysyä, mihin suuntaan ulkoistamiset vievät kunnan päätösvaltaa, etenkin valtuuston näkökulmasta, koska uusissa palvelujenjärjestämistilanteissa valtuuston rooli strategisena johtajana sekä tavoitteen asettelussa ja arvioinnissa korostuu²⁴³⁴. Valtuuston ja koko kunnallisen päätöksenteon kannalta on selvitettävä erikseen, mitä seurauksia ulkoistamisilla voi olla perinteiselle päätöksenteon toimintafunktiolle. Perustuslakivaliokunta on ilmaissut lausunnossaan huolensa kehityssuuntauksesta, jossa yhtenä elementtinä ovat myös eri ulkoistamismuodot:

”Tällainen tosiasiallinen kehitys, olipa kysymys tehtävien lakisääteisestä tai vapaaehtoisesta siirtämisestä tai siitä, siirretäänkö tehtäviä hoidettaviksi viranomaisorganisaatiossa tai yhtiömuodossa, heikentää kunnallisen toiminnan kansanvaltaisuusvaatimuksen

2429 Ks. myös Hannus–Hallberg 1997 s. 149–150.

2430 HE 70/1992 s. 3–4.

2431 HE 192/1994 s. 81. Halme 2005 s. 50.

2432 Vrt. Haannus-Hallberg-Niemi 2009 s. 134; Harjula–Prättälä 2004 s. 175. Kunnanvaltuuston päätösvaltaan on oikeuskirjallisuudessa nähty lukeutuvan pääasiallisesti kunnallisten järjestyssääntöjen antaminen, kunnan hallinnon järjestäminen, kunnan kannan antaminen tärkeissä asioissa, taloudellinen vallankäyttö sekä toimielinten vaalien ja virkojen täyttäminen.

2433 KuntaL 53 §:ssä on säädetty kunnanhallituksen valmisteluvastuusta.

2434 KM 2005:1 s. 66.

*toteutumista. Edessä voi olla tilanne, jossa ei enää toteudu se itsehallinnon perusteisiin kuuluva periaate, että kuntien päätösvalta viime kädessä kuuluu kuntien jäsenten suorilla vaaleilla valitsemille toimielimille.*²⁴³⁵

Uusia haasteita voi kuitenkin aiheuttaa se, mikä on valtuuston asema ja suhde toisiinsa tilaaja-tuottajamallissa ja miten sopimusohjaus todellisuudessa toimii KuntaL 13 §:n mukaisen valtuuston kokonaisvastuun näkökulmasta. Ongelmaksi näyttää muodostuvan etenkin uusissa monimutkaisimmissa toimintamalleissa se, että vaikka kunnanvaltuustoilla on täysi legiimi ohjata ja päättää palvelujen järjestämisestä, näin ei kuitenkaan aina tapahdu²⁴³⁶. Usein asiat on valmisteltu ja linjattu lautakunta-, työryhmä- tai hallitustasolla, ennen kuin valtuusto ottaa niihin kantaa ja tällöin palataan keskeiseen asiaan eli valtuuston tosiasialliseen roolin palvelujen järjestämisessä.

Valtuuston toimivaltaan sisältyy muutakin kuin itse ulkoistamisesta päättämisen²⁴³⁷. On arvioitava, kuinka laajasti hallinnossa voidaan rajoittaa tai muuttaa kuntalaisten oikeutta tiettyyn palveluun ja mitä työnjaollisia toimivaltakysymyksiä tähän voi liittyä²⁴³⁸. Kun kunnallisia toimintoja annetaan laajasti markkinoiden hoidettavaksi, muuttuvat samalla kunnan sisäiset toimivalta- ja työnjakokysymykset. Jos kunta on ulkoistanut toimintojaan paljon oman toiminnan laajuuteen nähden, on kunnan selkeytettävä ja muutettava ainakin tietyiltä osin myös organisaation tehtäväkuvia.

Kunnan toimintojen avaaminen markkinoille tuo myös uudenlaisia esteellisyyskysymyksiä valtuutetuille, etenkin silloin, kun luottamushenkilö on useammassa roolissa ulkoistamisesta päätettäessä. Hallintolain 28 §:ssä on yleisesti määritelty erilaisista esteellisyysperusteista. KuntaL 52.1 §:ssä on myös todettu, että valtuutettu voi tulla esteelliseksi käsittelemään asiaa, joka liittyy henkilökohtaisesti häneen tai hänen läheiseensä. Esteellisyyssäännöksen tarkoituksena on turvata asian puolueeton käsittely kunnallisissa luottamuselimissä. Valtuutetun esteellisyys on ulkoistamis päätöksen osalta KuntaL 52.1 §:n mukaisesti rajoitetumpaa kuin muiden luottamuselinten²⁴³⁹. Kunnanhallituksessa esteellisyys on määritelty yksityiskohtaisemmin kuin valtuustossa²⁴⁴⁰. Sitä milloin ulkoistaminen koskettaa valtuutettua tai valtuutetun läheisiä henkilökohtaisesti, ei voida määritellä kovinkaan yksiselitteisesti. Pääsääntönä voidaan kuitenkin pitää sitä, että silloin kun ulkoistamisella on välittömiä vaikutuksia valtuutettuihin tai hänen läheistensä asemaan, on valtuutettu esteellinen käsittelemään asiaa. Oikeuskäytännössä valtuutetun esteellisyyttä on tulkittu suppeasti, vaikka ratkaisulla olisi suoranaisia vaikutuksia valtuutetun asemaan. Tätä voidaan perustella sillä, että edustukselliseen demokratiaan liittyvän vaikutusmahdollisuuden aspekti on tärkeämpi kuin valtuutetun henkilökohtaisen edun näkökulma²⁴⁴¹.

2435 PeVL 32/2001 s. 3.

2436 Tämä problematiikka liittyy myös kuntaliitoksiin. Ks. lisää hallituksen eistyksestä kuntajakolaiksi, HE 125/2009.

2437 Vrt. Sallinen 2007 s. 41.

2438 Sallinen 2007 s. 42. Ks. Tanntu 2007 s. 27.

2439 Ks. KHO:2009:57.

2440 Harjula–Prättälä 2007 s. 423–424. Vrt. KHO:2009:72. Päätös koski kunnanjohtajan esteellisyyttä osayleiskaavan valmisteluprosessissa.

2441 Harjula–Prättälä 2007 s. 425, 432. Ks. KHO:1998:5; KHO:1998:19; KHO:1998:36; KHO 4.11.1996/3804.

Kunnan muihin luottamushenkilöihin sovelletaan hallintolain 27–30 §:issä mainittuja säännöksiä lukuun ottamatta KuntaL 52.3 §:ssä mainittua palvelussuhdejäävyyttä ja KuntaL 52.4 §:n kohtaa liikelaitoksista. Yhteisöjääviä ei sovelleta kuntien liikelaitoksiin. Tätä on perusteltu sillä, että liikelaitokset ovat yksi osa kunnan organisaatiota eivätkä ne ole itsenäisessä asemassa²⁴⁴². Tämä KuntaL 52.4 §:n esteellisyys-tulkinta osaltaan vahvistaa sitä käsitystä, että liikelaitostamisessa ei voi olla kysymys kokonaisulkoistamisesta.

Esteellisyysperusteet voidaan jaotella hallintolain 28 §:n mukaan seitsemään ryhmään, joista yleisimmät ovat intressijääviys, palvelussuhde- ja toimeksiantojääviys sekä yhteisöjääviys²⁴⁴³. Hallintolain 28.2 §:n mukaan intressijäävistä on kysymys silloin, kun asian ratkaisusta on erityistä hyötyä tai vahinkoa luottamushenkilölle tai viranhaltijalle. Tällainen jääviystilanne on esimerkiksi silloin, kun luottamushenkilö omistaa runsaasti osakkeita yhtiöstä, jolle toimintoja ollaan ulkoistamassa, tai luottamushenkilöllä on kunnan organisaatiossa hallintolain 28.1 §:n tarkoittama läheinen, jonka on esimerkiksi liikkeen luovutuksen yhteydessä siirryttävä toisen työntekijän palvelukseen. Se onko luottamushenkilö edellä mainituissa tapauksissa intressijäävi käsittelemään asiaa, kulminoituu hyvin pitkälti siihen, onko kyse erityisen merkittävästä hyödystä tai haitasta²⁴⁴⁴.

Esteellisydet koskettavat myös luottamushenkilöitä, koska he voivat joutua käsittelemään luottamushenkilöinä työnantajansa asioita. KuntaL 52.3 §:n mukaan palvelussuhdejäävi koskettaa pääsääntöisesti vain viranhaltijoita. Sellaisissa ulkoistamistilanteissa, joissa palveluntuottaja tulisi olemaan luottamushenkilön työnantaja, ei hallintolain 28.4 §:n mukaan luottamushenkilö voi olla asiasta päättämässä. Samalla on huomioitava palveluntuottajan ostamat alihankinnat ja niihin liittyvät jääviydet. Yhteisöjääviys voi olla hyvin tyypillinen jääviyden muoto ulkoistamisessa. Hallintolain 28.5 §:n mukaan tällainen esteellisyystilanne voi syntyä siitä, että kunnallinen luottamushenkilö tai hänen läheisensä on esimerkiksi sellaisen yrityksen tai yhdistyksen operatiivisissa johtotehtävissä, hallituksessa tai hallintoneuvoston jäsenyyteen rinnastettavassa toimielimessä mukana, jolle kunta olisi ulkoistamassa toimintojaan. Luottamushenkilöiden asema voi merkittävästi muuttua etenkin suurissa ulkoistamisissa, ja kolleginen rooli voi muuttua virheellisen ohjauksen, toimintatapojen tai päätöksenteon kautta.

Ulkoistamista koskevat päätökset, kielteiset tai positiiviset, syntyvät harvoin puhtaasti rationaalisiin perusteisiin, vaan ulkoistamiseen liittyy aina enemmän tai vähemmän myös ideologisia näkökulmia²⁴⁴⁵. Ulkoistamisprosessin ymmärtämisen tarkoituksena on myös tiedostaa, että päätöksenteko ei aina mene kunnissa puhtaasti kilpailu- tai oikeudellisten säännösten mukaan²⁴⁴⁶, vaan kunnalliseen päätöksentekoon liittyy myös muita elementtejä kuin oikeudellisia. On pohdittava, riittävätkö pelkästään perinteiset kokouskäytännöt ja niitä sääntelevät normit palvelujen tuottamistapojen muutokseen

2442 Ks. Laakso 2006c s. 198.

2443 Esteellisyksiä voi kuitenkin olla hyvinkin monessa tilanteissa, joten em. tulkinta ei ole selvärajainen vaan riippuu tilanteesta.

2444 Vrt. KHO 1995 A 30.

2445 Grandqvist 1997 s. 400.

2446 Tietyissä vaiheissa ulkoistamisprosessia pitäisi toimia hyvin muutosidonnaisesti.

kaikilta osin²⁴⁴⁷ vai pitäisikö muuttaa koko kunnallishallinnon ydintoimintatapaa.

Valtuuston rooli ylimpänä päättävänä elimenä ei ole edes lainsäädännön näkökulmasta yksinkertainen, koska kuntien merkitys on toisaalta palvelujen järjestäjänä merkittävä, jolloin kunnan yhtenä päätehtävänä on sosiaaliin ja sivistyksellisiin perusoikeuksiin liittyvien palvelujen toteuttaminen²⁴⁴⁸. Samalla tietyt taloudellisuusvaatimukset ja normit ovat lisääntyneet²⁴⁴⁹. Valtuuston roolin vahvistaminen vaatisi ainakin talousarviorakenteen kehittämistä, muiden lakisääteisten toimielinten ja valtuuston roolien tarkastelua, johtamisjärjestelmien kehittämistä, valtuuston roolin muuttumista tilaajaksi ja ohjausmenetelmien kehittämistä. Eri toiminta mallien ja tuotantotapojen yleistessä kuntien organisaatio on monelta osin käytännössä paljon monimuotoisempi kuin kunnallislain tuntema organisaatio²⁴⁵⁰. Tällöin ulkoistamisprosessin yhtenä keskeisenä elementtinä on kunnallishallinnossa demokratian aspektien huomioiminen ulkoistamisen organisointitavasta huolimatta. Tällöin valtuuston rooli ja merkitys tilaajana tulee ottaa huomioon ja määritellä selkeästi.

Kaikissa eri toimintamalleissa rahoittajan, järjestäjän sekä tuottajan vastuuta ja siihen liittyviä velvoitteita täytyy entistä paremmin selkeyttää. Muuten suuntauksena voi olla se, että eri intressiryhmät eivät kykene kunnissa tarkastelemaan palveluiden järjestämistä kokonaisuutena kunnan ja kuntalaisten kannalta. Tämä johtaa siihen, että *palvelutuotannon loppupäässä olevalle palveluntuottajalle kertyy asioita, joita pitäisi pystyä linjamaan mahdollisimman aikaisessa vaiheessa* niin strategisesti kuin taloudellisesti sen tahon, joka lainsäädännön mukaisesti on järjestämismuotoisessa. Tällä tarkoitan myös sitä, että valtuuston on pystyttävä tai vaadittava esityksiä, jotta se pystyy ottamaan kantaa palveluiden tasoon ja järjestämismuotoihin. Muuten vaarana on, että kunnan toiminnot itseohjautuvat eri intressiryhmien avustuksella tiettyyn tilanteeseen eikä valtuusto linjaa tai vastaa kuntalain mukaisesti kokonaisuudesta.

Valtuustojen mahdollisuus vaikuttaa moniin välillisiin orgaaneihin monipalvelutuotantomalleissa on vaikeutunut. Kyseiset *toimintatavat eivät ole rakentuneet demokratian lähtökohdista*, vaan kunnallisen demokraattisen päätöksenteon muodot ovat yrittäneet pysyä kehityksen mukana. Oma kysymyksensä on, onko nykyinen laaja kunnallinen päätöksentekojärjestelmä (esim. valtuusto-hallitus-lautakunta-johtokunta) enää tarkoituksenmukainen kunnallisen demokratian näkökulmasta, koska samalla vaikuttamisen monimuotoisuus lisääntyy. Toiseksi *toiminnallisia ja oikeudellisia asioita on hyvin vaikea erottaa* erikseen erillisille tasoille (tilaaja-tuottaja). Tämä on ilmennyt ulkoistamisissa siten, että valtuuston päätöksenteko ja valta on ainakin isommissa kunnissa (ja toimintamallista riippuen) hajautunut entisestään. Kehityksen jatkumoon sopisi, että valtuuston roolia muutettaisiin entistä vahvemmaksi tilaajarooliksi. Hyvän kehityssuuntana ei voida pitää, sitä, että valtuuston rooli jää erilaisissa ja eriasteisissa ulkoistuksissa entistä etäämmälle, jolloin palvelutuotannon vaikutusten ja seurausten arviointi jäisivät viranhaltijoille ja muille toimielimille.

2447 Ks. Harisalo ym. 2007 s. 187.

2448 Ks. PeVL 37/2006 s. 2.

2449 Vrt. KHO:2009:75. Kyseisessä tapauksessa kaupunginvaltuusto oli hyväksynyt vuoden 2007 talousarvioon alijäämän kattamiseen liittyvän toimenpideohjelman, joka sisälsi ratkaisun, josta sai tehdä kunnallisvalituksen. KHO:n päätöksen mukaan ohjelmassa osoitetut yksilöidyt toimenpiteet kattoivat alijäämän, jolloin päätös ei ollut lainvastainen.

2450 Ks. HE 192/1994 s. 26–28.

8.1.6 Demokraattisen päätöksenteon edellytykset

Ulkoistamisprosessin eri vaiheissa olisi selvästi pystyttävä erottamaan ne reunaehdot, joita oikeudellinen ja poliittinen päätöksenteko asettaa vaikka samalla on todettavissa että laajoissa ulkoistuksissa se voi olla monella tavalla hankalaa. Oikeudellisessa ratkaisussa keskeisessä roolissa ovat etukäteen annetut valmiit oikeussäännöt. Poliitikassa taas ratkaisuja ei ole ennalta määritelty. Toiseksi *oikeudelliseen päätöksentekoon* liittyy ratkaisupakko, kun taas politiikassa päätöstä voidaan usein siirtää tai asia voidaan jättää ratkaisematta. Yleisillä käsityksillä ei ole oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa pääsääntöisesti argumenttiarvoa, ja tuomioistuintimet ovat hyvin itsenäisiä muihin toimijoihin verrattuna. Poliittiseen päätöksentekoon liittyy monelta osin eriasteinen vaikuttaminen, ja yleisön käsitykset voivat saada poliittisessa päätöksenteossa hyvinkin merkittävän roolin.²⁴⁵¹

Oikeus on politiikan väline ja keino, jolla luottamushenkilöiden on mahdollista toteuttaa päämääriään. Tällaisessa *instrumentalistisessa oikeuskäsityksessä* politiikka nähdään määräävämpänä tekijänä. Poliitikalla on ensisijainen rooli ja se käyttää oikeussääntelyä pääasiallisena keinona. Toinen oikeuskäsitys painottaa oikeuden merkitystä valvoa ja rajoittaa politiikkaa. Tällöin oikeus voidaan nähdä ensisijaisena, koska se tuo tietyt kehykset ja säännöt poliittiselle päätöksenteolle. Oikeuden ja politiikan painotusten rajanvetoa voidaan lähestyä sen mukaan, kuinka paljon oikeudessa on politiikkaa, kuinka paljon oikeus toisaalta rajoittaa poliittisia päätöksiä, tarjoaako oikeus tarpeeksi perusteltuja näkökulmia poliittisiin erimielisyyksiin ja miten oikeus tuo hyväksyttävyyttä poliittisille päätöksille.²⁴⁵²

Oikeuskäsitykset taustoittavat hyvin sitä problematiikkaa, jota paikallistasolla joudutaan usein ulkoistamisissa punnitsemaan, eli onko poliittinen päätöksenteko vai oikeudellinen sääntely se reunaehto, jonka mukaisesti ulkoistamisprosessia tarkastellaan. Ulkoistamisen eri vaiheissa tarvitaan kumpaakin elementtiä, eikä oikeutta ja politiikkaa voida kokonaan irrottaa toisistaan, koska ne ovat riippuvaisia toisistaan. *Instrumentalistisen oikeuskäsityksen lähestymistapa* on kunnallishallinnossa keskeisessä roolissa silloin, kun poliittiset päättäjät tekevät valinnan siitä, *lähdetäänkö tiettyjä toimintoja ulkoistamaan*. Ulkoistamisen poliittinen merkitys pienenee, kun siirrytään kilpailuttamiseen ja valintavaiheeseen.

Ulkoistamisprosessissa on oikeudellisen tarkastelun lisäksi huomioitava kunnan demokraattisen päätöksenteon elementit, joissa ulkoistamisen tavoitteet ja mahdolliset perustelut voivat vaihdella ja saada toisenlaisen lopputuloksen kuin jos kysymyksessä olisi puhtaasti oikeudellinen ratkaisu. Itse ulkoistaminen ei voi kaikilta osin politisoi-

2451 Tala 2002 s. 100. Ks. myös Luhmann 1990 s. 60–61. Ulkoistamiseen liittyvä julkinen kilpailu voi tuoda myös monia uusia elementtejä. Ensinnäkin se voi parantaa taloudellista tehokkuutta ja toiseksi tehostaa asiakkaan vaatimusten huomioimista. Julkinen kilpailu voi myös edesauttaa poliittisen päätöksenteon tehokkuutta. Vrt. Saltman–Von Otter 1992 s. 144–145.

2452 Tala 2002 s. 97–98. Ruotsissa on havaittu, että isoissa kunnissa poliittiset puolueet ja media näyttelevät suurempaa roolia demokraattisessa prosessissa kuin pienemmissä kunnissa. Ks. Häggroth 2005 s. 86. Kuten tutkimuksen alkupuolella todettiin, tuovat myös kuntarakenteeseen liittyvät asiat hyvin paljon samanlaisia haasteita kuin mitä palvelurakenteeseen liittyy. Tällöin poliittisia näkökulmia voi tulla oikeudellisten näkökulmiin nähden liikaa myös eri palvelutuotannon malleja kehiteltäessä.

tua, vaan suurin osa poliittisesta keskustelusta olisi käytävä ennen toiminnan kilpailuttamista. Hallintovaliokunta on selonteossaan todennut eri palvelutuotantotavoista seuraavaa:

Yksityistämässä toiminnot ja organisaatiot siirtyvät kunnan päätöksellä kuntalain mukaisten demokraattisten vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolelle. Valiokunta piti myös välttämättömänä, että ”selvitetään ja seurataan ostopalvelun ja yksityistämisen vaikutuksia kunnallisen demokratian toimivuuteen. Samalla on syytä arvioida palveluiden saatavuutta ja laatua.”²⁴⁵³

Laajat ulkoistukset eri kunnan toimialoilla ovat herättäneet keskustelua koko kunnan ja demokraattisen päätöksenteon tulevaisuudenkuvista. Demokratian kannalta on olennaista, että ulkoistamisen osa-alueita arvioidaan sekä kokonaisuutena että yksittäisinä ratkaisuinä. Ulkoistamisprosessin erityispiirteistä keskeiseksi tarkasteltavaksi asiaksi nousevat demokraattisen päätöksenteon rooli ja valtuuston rooli ulkoistamisprosessin eri vaiheissa.

Valtuuston päätösvallan ensisijaisuutta on korostettu, ja valtuuston päätösvallan yleisyyden sekä ensisijaisuuden periaate on ollut sopusoinnussa kunnallislain uudistamiselle asetetun demokraatiavoitteen kanssa. Kun mietitään palvelujen tuottamisvaihtoehtoja, täytyy myös tarkastella kunnallisen demokratian keskeisiä piirteitä.

Kunnallisten palvelujen tuotantotapoja mietittäessä on huomioitava yksi kunnallisen päätöksenteon ominaispiirre, jota ei voida ulkoistaa: demokraattisen päätöksenteon elementit. Demokratian tehokkuus on hyvin erilaista kuin hallinnon tai palvelun tuottamisen tehokkuus – demokratialle ei voida asettaa samanlaisia ennakkoehdoita kuin tehokkuudelle²⁴⁵⁴. Se voidaan ymmärtää niin, että mahdollisimman monella kuntalaisilla on mahdollisuus osallistua päätöksentekoon. Jos tämä ei ole mahdollista, demokratian tehokkuus vaatii luottamushenkilöiltä tehokasta valvontaa. Demokratian tehokkuuden yksi ilmenemismuoto on myös valmistelun avoimuus ja julkisuus, joka mahdollistaa riittävän kuntalaiskeskustelun ennen lopullista käsittelyä. Toiseksi demokratian kattavuudella tarkoitetaan sitä, että kuntalaisille on annettava mahdollisuus osallistua päätöksentekoon muutenkin kuin lainsäädännön mukaisesti.²⁴⁵⁵

Demokratia-asteeseen vaikuttaa kuntalaisten aktiivisuus, ja kunnallinen demokratia toteutuu hyvin pitkälti suhteellisuusperiaatteen lailla mutta ei välttämättä samanlaisena ja samanasteisena joka kunnassa²⁴⁵⁶. Kunnallisten palvelujen ulkoistamisissa kuntalaki painottaa kuntalaisille tiedottamista, ei niinkään demokratia-arvon ottamista huomioon erikseen. Sen voidaan katsoa sisältävän kaikkeen kunnan toimintaan. Näin todennäköisesti siksi, että palveluntuottamisratkaisuja tehtäessä oletetaan, että demokratianäkökulmat tulevat huomioituksi viimeistään päätöksentekotilanteessa. Kuntalaisten vaikuttamisen kannalta demokratianäkökulmat ovat keskeisiä – eri vaikutteiden ristiaallokossa ulkoistuksen pitäisi olla ohjattua, ei itseohjautuvaa²⁴⁵⁷.

2453 HaVM 11/2000 s. 4.

2454 Heuru 2000a s. 52.

2455 Jyränki 1998 s. 67–68.

2456 Hoikka 1995 s. 106; Ryyänen 1996 s. 46.

2457 Ks. Wollmann 2008 s. 58.

Toisaalta hallituksen esityksessä on korostettu valtuuston päätösvallan ensisijaisuutta siten, että valtuuston päätösvallan yleisyyden ja ensisijaisuuden periaatteen pitää olla sopusoinnussa kunnallislain uudistamiselle asetetun demokratiatavoitteen kanssa. Pohjoismaissa kunnallishallinnon yhtenä ominaispiirteinä on luottamushenkilöiden suuri määrä²⁴⁵⁸. Ulkoistamisprosessissa voi olla vaarana päätöksenteon luisuminen lisääntyvässä määrin tilaajan ja tuottajan eri tahoille, ellei valtuuston ohjausta ja seuranta ole erikseen määritelty. Itsehallinnon periaatteen mukaisesti lainvalmistelussa on huomioitu kunnan päätöksentekojärjestelmän kansanvaltaisuuden tärkeys²⁴⁵⁹. Tämä ei sellaisenaan tuo esteitä eri tuottamistapojen tai toimintamallien käytölle, elleivät ne sisällä sellaisia piirteitä, että niillä vaikeutettaisiin tai rajoitettaisiin kuntalaisten tai valtuuston valitsevien toimielinten päätösvaltaa tietyissä tilanteissa valtuuston tahdon vastaisesti.

Vaikka viime vuosina on perätty entistä enemmän suoraa poliittista vastuuta eri puolueilta, kunnissa se rajoittuu pääasiallisesti vain kunnallisvaalien aikaisiin keskusteluihin. Ruotsissa komiteamietinnössä on todettu, että toimielinten poliittinen vastuu on paras takuu sille, että kunnat hoitavat niille uskotut tehtävänsä oikealla tavalla. Poliittiseen vastuuseen ei voi kuitenkaan sisällyttää juridista vastuuta.²⁴⁶⁰ Ulkoistamisprosessin eri vaiheissa erotettiin poliittinen ja oikeudellinen vastuu. Poliittiset vastuukysymykset voivat konkretisoitua kesken vaalikauden vain luottamushenkilön omasta halusta tai puolueen tai toimielimen toimesta. Oikeudellinen sääntely näyttää valtaavan alaa, ja demokraattisen päätöksenteon liikkumatila aitoine vaihtoehtoineen joutuu monessa suhteessa entistä ahtaammalle.

Luottamuselinten asema ja mahdollisuus vaikuttaa kuntalaisten palveluihin ovat ehkä heikompia kuin koskaan, sillä kunnan sisäinen ja ulkoinen toimintaympäristö on hyvin labiili palvelujen tuottamiseen liittyvien säännösten osalta. Samalla velvoitteita on lisätty, ja kunnat eivät ole pystyneet kaikilta osin kilpailemaan osaavasta työvoimasta. Se missä määrin valtuusto pystyy ohjamaan kunnan palvelujen tuottamista, riippuu käytännön työmetodeista ja valmistelukulttuurista kunnissa. Monesti ongelmaksi muodostuu se, että valtuusto ottaa asioihin kantaa viimeisenä, kun asiaa on valmisteltu ja esitelty monessa luottamuselimestä. Eri toimintatapojen ja mallien uudistamisessa punnittavaksi tulee, kuinka pitkälle valmistelua on tarkoituksenmukaista viedä ennen kuin valtuusto on ottanut siihen kantaa. Oikeudellisesti ei voida esittää yhtä yksiselitteistä rajaa, vaan valmistelun kohde, laajuus ja aikataulut voivat vaikuttaa yksittäisen uudistuksen tuomiseen päätöksentekoon. Kokonaisuuden ja yksittäisten juridisten asioiden sisällön hahmottaminen kokonaisuudessa ja niiden esille tuominen ei aina ole kovin yksinkertaista, esimerkiksi silloin kun on kysymys markkinaperusteisesta ulkoistamisesta ja samalla koko palvelutuotannon uudelleen organisoinnista siten, että perinteisestä funktionaalisesta organisaatiomallista siirrytään prosessiorganisaatioon²⁴⁶¹.

Yhtenä ratkaisuna on tarjottu tilaaja-tuottajatoimintamallia. Luottamushenkilöt

2458 SOU 1993:90 s. 84; Ryyänen 1996 s. 46.

2459 Ks. HE 1/1998 s. 175–176.

2460 Ks. Warling–Nerep 1995 s. 480.

2461 Esim. Tampereella on tavoiteltu koko palvelutuotannon uudelleenjärjestämistä ja työnjaon selkiyttämistä. Ks. Rajala–Tammi–Meklin 2006 s. 151.

ovat kunnissa ottaneet tilaaja-tuottajamallin vastaan hyvin eri tavoin. Tätä selittää osaltaan se, että eri kunnissa tavoitellaan samoillakin malleilla hieman eri asioita. Eri toimintamalleja sovellettaessa ongelmaksi näyttää edustuksellisen demokratian kannalta tulevan se, että luottamushenkilöt eivät aina pysty keskittymään olennaiseen eli tilattavien palveluiden määrittämiseen ja rahoittamiseen²⁴⁶². Tätä osaltaan selittää se, että valtuustotyön sisällöllinen arviointi palvelujen järjestämisen ja tuottamisen sekä tavoitteenasettelun näkökulmasta on monissa kunnissa vasta harjoitteluvaiheessa, ja yhdeksi tärkeimmistä tavoitteista valtuuston kannalta muodostuvat palvelutavoitteet.

Toimeenpanon kannalta avainasemassa ovat valtuustotyöskentelyn prosessit ja toimintaympäristön muutokset, koska niiden analysoinnille olisi annettava entistä suurempi rooli. Mikäli halutaan painottaa valtuuston strategista johtamista, kunnan pitäisi pystyä päättämään nykyistä paremmin valtuuston koosta. Demokratianäkökulmaa voitaisiin myös vahvistaa lautakuntien kautta siten, että niiden kokoukset olisivat useammin julkisia ja vuorovaikutusta tapahtuisi kuntalaisiin päin enemmän. Ongelmaksi palvelutuottamistapojen kehittämisessä muodostuu se, että hallintokunnat valmistelevat ja lautakunnat tekevät esityksiä, jolloin valtuusto saa hyvin harvoin perinteisestä palvelutuotantomallista poikkeavia esityksiä keskusteltavaksi tai päätettäväksi.²⁴⁶³ Näyttäisi myös siltä, että lautakuntien asema on vahvistunut eri lakisäateisten palvelujen ulkoistusten myötä, samalla kun ylempien toimielin asema on heikentynyt²⁴⁶⁴. Toisaalta toimielinten lopullinen asema ja vaikutusvalta riippuvat kunnan toimintamallista ja sen sääntelystä.

Palveluiden ulkoistaminen tuo haasteita kunnan palvelutuotannosta vastaaville toimielimille, koska kuntien toimintaa säännellään laajasti oikeusnormein. Ongelmia voi tulla perinteisen säännellyn kunnallishallinnon ja tulospainotteisen palvelun tuottamisen välille.²⁴⁶⁵ Tutkijat ovat esittäneet erilaisia suuntaviivoja kunnallishallinnollisille lainsäädännön ja päätöksenteon uudistamisille. Kunnallisoikeuden vanhat periaatteet ja kuntalain säännökset perustuvat vanhoihin käsityksiin kunnallisesta itsehallinnosta, joissa kunnanvaltuuston asema on liian heikko ja valtuutettujen pitäisi olla suoraan kuntalaisen edustajia, jotka tekevät päätöksiä ja antavat hallinnon panna ne täytäntöön²⁴⁶⁶.

2462 Vrt. Kuopila ym. 2007 s. 28. Kun palvelutuotantoa organisoidaan uudelleen, pitäisi tarkastella myös tuottavuusnäkökulmaa, koska tuottavuuskehitys voi jatkossa vaikuttaa suuresti siihen, mitä palveluja kunnassa voidaan ylipäänsä tuottaa. Ks. Häggroth 2005 s. 69. Vrt. Vaarama 2008 s. 459. Majoinen on väitöskirjassaan tutkinut, miten vuoden 1995 kuntalain ”määrittelemä valtuuston perustehtävä on toteutunut ja miltä sen toteutuminen näyttää kunnan johtamisen, kunnallisen demokratian ja paikallisen politiikan näkökulmasta”. Ks. Majoinen 2001 s. 31.

2463 Majoinen 2001 s. 261–262, 277. Mahdollisilla sivuvaikutuksilla Majoinen tarkoittaa sitä, että valtuuston roolin painottuminen strategioihin ja tavoitteisiin voi vaarantaa ja hämärtää rooleja entisestään. Kunnallisissa ulkoistamisissa, joissa tilaaja osaaminen oikeudellisine ja toiminnallisine vaatimuksineen kasvaa pitää valtuuston pystyä linjaamaan ja ohjaamaan palvelun laajuutta ja tavoitteita. Majoinen 2001 s. 304–308. Kuntal 15 a §:ssä käsitteellään valtuutettujen puheoikeutta ja siihen on tullut 1.2.2002 muutos, jonka mukaan valtuutettujen puheoikeutta on mahdollista rajoittaa tiettyjen ehtojen täytyessä.

2464 Ks. Martikainen 2009 s. 24.

2465 Vrt. Ryyänen 1996 s. 142.

2466 Ryyänen mukaan, kunnanvaltuustojen pitäisi olla suoraan kuntalaisia edustavia kansanedustuslaitoksia, ei pelkkiä hallintoelimiä. Ryyänen 1996 s. 75–76. Demokraattisen päätöksenteon kehittämiseksi on myös esitetty ns. pormestarihallintoa. Ks. HE 8/2006 s. 18; KM 2005:1.

Järjestelmää tai painotusta pitäisi ainakin joiltain osin muuttaa, jotta kunnallisessa poliittisessa päätöksenteossa voitaisiin siirtyä kuntatason parlamentarismiin. Tämä vaatisi, että kunnanhallitukseen valituista ainakin enemmistö olisi valtuutettuja, jolloin myös lautakunnissa enemmistö olisi valtuutettuja, ja lautakuntien puheenjohtajat olisivat kunnanhallituksen jäseniä. Valtuusto voisi antaa valitsemilleen toimielimilleen epäluottamuslauseen, ja päätöksentekojärjestelmässä käytettäisiin jo valmisteluvaiheessa informaation ja tiedonkulun edistämiseen liittyviä työmenetelmiä.²⁴⁶⁷ Ongelmaksi näyttää muodostuvan kunnallishallinnon muutoksessa ja ulkoistamiskehityksessä se, että demokraattisen toiminnan edellytykset ja kehittäminen osallistumis- ja vaikuttamismahdollisuuksineen jäävät organisatoristen ja taloudellisten näkökulmien varjoon, kun niitä pitäisi tarkastella kokonaisuutena samanaikaisesti.

Luottamushenkilöiden valinta suoraan ylikunnallisiin organisaatioihin voisi tuoda uusia elementtejä myös kunnan osittaisulkoistuksiin. Toisaalta ongelmaksi voisi tulla päätöksenteon ja rahoitusvastuun lopullinen eriytyminen, jolloin luottamushenkilötoiminta voisi eriytyä palvelusta vastaaviin ja peruskuntien rahoituksesta vastaaviin päättäjiin. Tällöin pitäisi pystyä myös lainsäädännöllisin keinoin selkiyttämään eri toimielinten roolia, taloudellisten ja palvelun tuottamisvastuun ja vallan näkökulmista.

Ulkoistus voi tuoda negatiivisia elementtejä demokratian toteutumiseen ja sujuvuuteen ellei toimintatapoja muuteta riittävän ajoissa. Tällaisina *negatiivisina piirteinä* voivat olla päättäjien vaikutusmahdollisuuksien pienentyminen, hallinnon roolin ja vaikutusvallan kasvaminen, poliittisen ja hallinnollisen organisaation fragmentoituminen. Samalla kuntalaisten asemassa tapahtuu muutoksia ja kuntalaisten rooli muuttuu entistä enemmän kuluttajaksi, samalla kun päätöksenteko siirtyy demokratiasta markkinoille²⁴⁶⁸.

Kunnan päätöksentekoon tai sen kohteeseen sisältyy paljon erilaisia arvo- ja tavoitejärjestelmiä, jotka vaativat päätöksentekoon kuuluvien lauseiden justifioimista ja kontrolloimista. Kunnallisten palvelujen järjestämiseen ja tuottamiseen liittyvät myös oikeudellinen ohjaus ja päätöksenteon ohjaus.²⁴⁶⁹ Kuntalain mukaan valtuuston kuuluu tehdä päätökset ja linjaukset suurista kuntaa koskettavista asioista²⁴⁷⁰. Olennaiseksi kysymykseksi nousee myös se, millaisia toiminnallisia ja taloudellisia tavoitteita valtuusto asettaa ulkoistusten eri muodoille, koska sillä voi olla suuri merkitys esimerkiksi toiminnan tai palvelun hinnoitteluun. Esimerkiksi laajoissa osittaisulkoistamisissa voi vaarana olla se, että välillisen demokratian keinot muuttuvat ja valtuuston mahdollisuudet vaikuttaa palvelun tuotantoon, tapaan ja laatuun heikkenevät.

2467 Valanta–Pekola–Sjöblom 2000 s. 49. Kuntalaisten vastuun ja vaikuttamisvalmiuden asteella tarkoitetaan kuntalaisten aktivoimista ja motivoimista. Muissa kohdissa painotetaan valtuuston tärkeyttä kansanvaltaisuuden korostajana ja nykytyyppisen kunnanhallituksen poistamista. Tätä on perusteltu lähinnä kunnanhallituksen liiallisella valta-asemalla. Ryyänen 1996 s. 144–149.

2468 Vrt. Fredriksson ym. 2009 s. 86.

2469 Tähti 1995 s. 503–506. TSS-oikeuksien toteuttamisesta vastaavat pääasiallisesti kunnat, kuten hallituksen esityksessä kuntalaiksi on todennettu. HE 192/1994 s. 71.

2470 Kun kunta on osittain ulkoistanut toimintoja laitoksilleen ja yhtiöilleen, on kunnanvaltuuston huomioitava, että niille annetut tavoitteet ja ohjesäännöt eivät saa johtaa kilpailun rajoittamiseen tai määrävän markkina-aseman nojalla kohtuuttomiin tilanteisiin. Kunnas 1995 s. 17. Liikelaitoskysymys ei kuitenkaan ole oikeudellisesti yksiselitteinen, koska kunta voi myös antaa niille julkisia hallintotehtäviä tai muita lakisäätteisiä tehtäviä, joiden hoitamisesta voidaan määrittellä hallintosopimuksessa. Ks. Suviranta 2006b s. 58.

Ulkoistamisesta päättäminen voi kunnallisessa demokratiassa epäonnistua, jos oikeudellisten tai toiminnallisten asioiden ymmärtäminen, määrittäminen tai oikeiden johtopäätösten tekeminen epäonnistuvat. Toiseksi esittelijän lisäksi kunnallisten toimielinten puheenjohtajilla on keskeinen rooli, kun pohditaan, miten ja missä vaiheessa ulkoistamisprosessista annetaan tietoa ja miten asiasta päätetään. Puheenjohtajien valta-asema perustuu kuitenkin enemmän omaan asemaan poliittisessa ryhmässä, koska puheenjohtajalla ei ole yksittäisenä henkilönä mahdollisuuksia viedä asioita operatiivisella tasolla eteenpäin²⁴⁷¹. Luottamuselinten päätöksenteossa on puheenjohtajalla keskeinen rooli, ja mahdollisuus esitellä asioita vahvistaa myös puheenjohtajan asemaa. Tämä toisaalta tuo myös oikeudellisia ongelmia, koska varsinainen esittelijän vastuu puuttuu²⁴⁷².

Poliittisesti valittujen toimielinten valta on muutakin kuin valtaa tehdä päätöksiä. Siihen voi liittyä myös ongelmienmäärittelyvaltaa ja ratkaisuvaihtoehtojen tuottamiseen liittyvää valtaa. Joissakin tilanteissa näillä muilla vallan muodoilla voi olla merkittävämpi rooli kuin itse päätösvallalla²⁴⁷³. Tarpeeksi ajoissa aloitettu keskustelu ja eri näkökulmien pohdinta voivat turvata sen, että asia etenee poliittisilla päätöksentekoportilla jouhevammin²⁴⁷⁴. Suurissa palveluntuottamistavan muutoksissa voidaan edellyttää, että siihen liittyvä tiedotus ja valmistelu on riittävää, eikä demokratianäkökulmia voida unohtaa missään vaiheessa. Riittävä ja tarpeeksi ajoissa aloitettu keskustelu on etenkin suurten ulkoistamisten osalta demokraattisen päätöksenteon vähimmäisedellytys.

Demokratian vahvistaminen kunnissa vaatisi ainakin talousarviorakenteen kehittämistä, muiden lakisäätteisten toimielinten ja valtuuston roolien tarkastelua, johtamisjärjestelmien uudistamista, valtuuston roolin muuttumista ja suoran demokratian kehittämistä²⁴⁷⁵. Lainsäätäjän toiminnassa voidaan erottaa toisistaan myös *oikeudellisia ja poliittisia rajoitteita*, jotka on hyvä pitää erillään ainakin tietyissä vaiheissa ulkoistamisprosessia²⁴⁷⁶. Esimerkiksi kunnallisoikeudellisten ja kilpailuoikeudellisten säännösten välillä (esim. kilpailu avoimilla markkinoilla ja oman toiminnan hinnoittelu) on *havaittavissa ristiriitaisuuksia*²⁴⁷⁷. Kunnallista päätöksentekoa ei helpota se, että eri säännöksillä voidaan tavoitella hyvinkin ristikkäisiä asioita.

Olennaista kaikissa palveluntuottamistavoissa on se, että kunnat ovat kuntalaisia varten yhteiskunnallisten tehtävienhoitamiseksi. Silloin kun kunnallisia palvelujärjestelmiä kehitetään, on otettava huomioon kuntalaisten oikeus osallistua ja vaikuttaa asioihin, niin ettei kuntalaisille jää missään tilanteessa ainoastaan kuluttaja-asiakkaan rooli. Ulkoistamisissa ei voida myöskään laiminlyödä valtuuston roolia tilaajana. Toiseksi ulkoistamisprosessin yhtenä *keskeisenä osana on kunnallinen demokratia ja kuntalaisnäkökulma*. Sitä voidaan tulkita oikeudellisesti hyvin laajasti, mikä tuo oman haasteensa ulkoistamisprosessin eri vaiheisiin. Ulkoistukset eivät itsessään näyttäisi

2471 Vrt. KuntaL 15 §:n mukaan valtuuston puheenjohtajan tehtävänä on johtaa asioiden käsittelyä ja pitää huolta järjestyksestä kokouksen aikana. On kuitenkin kuntakohtaisia eroja, ja puheenjohtajan muista tehtävistä voidaan määritellä tietyin rajoituksin johtosäännöissä.

2472 Ks. Edellä luku 5.1.2.

2473 Harisalo ym. 2007 s. 187.

2474 Ks. Harisalo ym. 2007 s. 71–73.

2475 Meklin 2000 s. 133–142.

2476 Tolonen 2003 s. 3–4.

2477 Malmer 2003 s. 115.

heikentävän demokraattisen päätöksentekoa – jos tavoitteet ovat selkeitä ja kohtuullisia sekä eri säännösten valossa ongelmattomia, kyse on enemmänkin kunnan sisäisten organisaatioratkaisujen ja toimintamallien kehittämisestä edustuksellisen demokratian pohjalta.

8.2 Asiakkaan oikeudellinen asema

Kuten tutkimuksen alussa todettiin, oikeudellisissa tutkimusnäkökulmissa haasteeksi tulee avata se säännöksellinen toimintaympäristö, jossa kunta toimii ulkoistaessaan palveluja. Yhtenä keskeisenä elementtinä ja arvioinnin kohteena pitäisi olla asiakkuuden hallinta ja siihen liittyvien prosessien parantuminen kuntalaisten näkökulmasta. Toisaalta kuntalaisten asiakasnäkökulmalle eli hyvälle palvelulle löydettiin tukea myös kuntalaista ja hallintolaista. Ongelmana on kuitenkin, että oikeussäännöt asettavat vain vähimmäisrajan tietyille ulkoistetulle palvelulle. Vaikka tilaajana oleva kunta ja palveluntuottaja juuri ja juuri ylittäisivät lainsäädännön asettaman minimirajan, se ei vielä takaa kuntalaisille hyvää palvelua tai laatua. Hyvinvointipalvelujen laadun määrittäminen ja arvioiminen on vaikeaa, ja monesti laatuarviointeja ei ole kunnassa tehty ollenkaan ennen ulkoistamista, jolloin ei ole suoranaista vertauskohdetta vanhaan palvelutuotantotapaan.²⁴⁷⁸

Ulkoistamisnäkökulmasta *asiakkaan oikeusasemaa sääntelevien säännösten ongelmana on niiden hajanaisuus*, eikä yhtenäistä lainsäädäntöä asiakkaan asemasta ja oikeuksista ole vielä saatu aikaan²⁴⁷⁹. Arvioitaessa ulkoistamisen vaikutuksia asiakkaaseen on hyvä koota, mitkä säännökset säätelevät yleisesti ja yksityiskohtaisesti asiakkaan oikeudellista asemaa. Silloin kun on kysymys kunnan lakisääteisten tehtävien ulkoistuksesta, asiakkaan oikeudellisen aseman yleiset lähtökohdat pohjautuvat perustuslakiin (731/1999) ja hallintolakiin (434/2003). Viranomaisen toiminnan julkisuudesta on säännelty julkisuuslaissa (348/2007), henkilötietojen käsittelystä on säädetty henkilötietolaissa (523/1999), asiakastietojen käsittelystä ja säilyttämisestä on säädetty arkistolaissa (831/1994). Sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastietojen sähköisestä käsittelystä on annettu myös oma laki (159/2007). Useissa erityislaeissa on säädetty asiakkaan asemasta ja oikeuksista, kuten potilaslaissa (785/1992), laissa sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista (812/2000)²⁴⁸⁰ sekä kielilaissa (423/2003). Uutena lakina on tullut sosiaali- ja terveydenhuollon palvelusetelilaki (569/2009), joka on annettu 24.7.2009. Siinä viitataan asiakkaan oikeuksien ja aseman osalta muihin edellä mainittuihin lakeihin. Virheen tai vahingon sattuessa sovelletaan vahingonkorvauslakia (412/1974). Myös potilasvahinkolaissa (585/1986) säädetään potilasvahingoista. Lisäksi yksityiset sosiaali-

2478 Ks. Savolainen 2004 s. 15. Kunnan poliittisen tehtävän näkökulmasta liiketaloustieteen ja erityisesti sen johtamisoppien soveltaminen on ollut ongelmallista kunnan poliittis-hallinnollisen luonteen vuoksi. Aina ei ole yksinkertaista erottaa ja soveltaa tiettyjä tutkimusasetelmia ja metodeja kuntiin etenkin niin, että pystyy erottamaan ja selventämään omista tutkimuslähtökohdistaan poliittisen ja viranhaltijatasen ja sen, mitä vaikutuksia niillä on tutkimusaiheen kannalta. Heinonen 1999 s. 15–16, 18; Ks. Lawton–Rose 1994 s. 8.

2479 HE 137/1999 s. 3–4.

2480 Sosiaalihuollon asiakkaan asemaan ja oikeuksiin liittyvän lainsäädännön uudistamisen taustalla oli, että sääntely on hajallaan, sosiaalihuollossa asiakasta on pidetty passiivisena ja sosiaali- ja terveydenhuollon asiakkaiden asema on erilainen. Ks. HE 137/1999 s. 4, 12–13.

ja terveystalautakunnan (38/1978) piiriin. Asia voi tulla myös kuluttajariitalautakunnan käsiteltäväksi, josta on säädetty kuluttajariitalautakunnasta annetussa laissa (8/2007).

Hallituksen esityksessä kuntalaiksi on korostettu markkinasuuntautuneisuutta. Esimerkiksi kuntalainen on vasta viime vuosina mielletty julkisten palvelujen käyttäjäksi eli asiakkaaksi. Perinteisen oikeusturvan toteutumisen lisäksi julkisilta palveluilta vaaditaan asiakaslähtöisyyttä, taloudellisuutta ja tehokkuutta. Asiakasläheisyyden, hallinnon tehokkuuden ja joustavuuden vaatimusten sekä perinteisen hallinnon periaatteiden yhteensovittaminen vaatii asenteellisten muutosten lisäksi rakenteiden ja toimintatapojen muuttamista.²⁴⁸¹

Kuntalaki on jo monelta osin joustava ja antaa kunnille mahdollisuuden järjestää palvelut hyvinkin kuntakohtaisesti. Palveluiden järjestämis- ja tuottamisnäkökulmasta arveluttavana kehityssuuntana on, että eri säännöksillä voidaan kaventaa kuntalaisten mahdollisuuksia vaikuttaa siihen, missä ja miten palvelut tuotetaan. Kuntalaki ei siis sinänsä luo esteitä eikä vähennä eri ulkoistamistilanteissa kuntalaisten oikeuksia. Kysymys on enemmän siitä, mikä toimiala on kyseessä ja miten kunnan toimintoja ohjataan sekä miten asiakkaan subjektiivinen oikeusturva on turvattu.²⁴⁸²

Ulkoistamisprosessin eri vaiheet vievät kuntaa lähemmäs asiakasprosessien hallintaa, jolloin tilaaja- ja tuottajapuolen hallinnossa joudutaan tarkastelemaan asioita hieman eri näkökulmasta kuin sisäisessä tilaaja-tuottajamallissa tai perinteisemmissä toimintamalleissa. Jo *asiakaskäsité voi olla julkishallinnossa ongelmallinen*, koska kuluttajansuojalain elementit ovat erilaiset kuin mitä esimerkiksi hallintolaki sääntelee hyvästä hallinnosta.

Asiakkaan yleistä asemaa on pyritty parantamaan monilla myös kuntia koskevilla säännöksillä, kuten hallintolain 7 §:n palveluperiaatteella ja hallintolain 8 §:n neuvontavollisuudella. Hallintokeskeisestä toimintavasta ja kulttuurista on pyritty pois. Vaikka lainsäädäntö on edellyttänyt entistä asiakaskeisempää toimintatapaa, keskeiseksi kysymykseksi nousee, kuinka paljon toimintatapaa voidaan muuttaa pelkällä sääntelyllä ilman organisatorisia muutoksia. Asiakkuuden huomioon ottaminen sisältyy palvelutuotannon lisäksi kaikkeen hyvään hallintotapaan, jolloin eri toimintatavat asettavat suuria vaatimuksia myös asiakaspalvelulle. Asiakkaan määritelmä eroaa joiltain osin kuntalaisen määritelmästä, koska se ei tuo aina samoja oikeuksia. Asiakkuus pitäisi nykyisen hyvän hallinnon periaatteiden mukaisesti määritellä mahdollisimman väljästi kattamaan kaikki, jotka hakevat neuvontaa, ohjausta, etuutta tai palvelua. Esimerkiksi sosiaalihuollon asiakaslain mukaan kunnan yksityisen palveluntuottajan palvelua pidetään samana kuin kunnan tuottamaa palvelua, silloin kun kunnalla on siitä järjestämisvastuu.

Sosiaali- ja terveydenhuollossa ongelmalliseksi asian on tehnyt se, että asiakkaiden asema voi olla erilainen, vaikka asiakas saattaa käyttää sekä sosiaali- että terveydenhuol-

2481 HE 192/1994 s. 42.

2482 Mäenpää tarkoittaa subjektiivisella oikeusturvalla sellaisia menettelyjä, joilla asiakas saa suojaa omalle oikeusasemalleen ja vapauspiirilleen sekä voi toteuttaa omia oikeuksiaan ja etujaan. Mäenpää 2005 s. 5.

lon palveluja samaan aikaan²⁴⁸³. Asiakkaan käsite on johdettavissa eri laeista, kuten sosiaalihuoltolaista ja sosiaalihuoltoa koskevista erityislaeista²⁴⁸⁴. Sosiaalihuoltolaissa asiakkaalla tarkoitetaan sosiaalihuoltoa hakevaa, käyttävää tai sen kohteena olevaa tai etuuksia, ohjausta tai neuvontaa tarvitsevaa. Asiakaskäsite olisi siten tulkittava mahdollisimman laajasti²⁴⁸⁵.

Kehityssuuntana on, että sosiaalihuollon palveluita järjestävät entistä enemmän yksityiset. Asiakkaan oikeuksien ja mahdollisten muutoksenhakukeinojen häntä koskeviin päätöksiin pitäisi olla tiedossa ja samalla selkeät ja joustavat. Tuotantotavasta riippumatta kunnalla on hyvin pieni liikkumavara sellaisissa palveluissa, joihin kuntalaisilla on subjektiivinen oikeus. Jos asiakkaalla ei ole suoranaisesti subjektiivista oikeutta tiettyyn palveluun, sitoo kuntaa myös yhdenvertaisuusperiaate tietyissä määrärahasidonnaisissa tukitoimissa ja etuuksissa²⁴⁸⁶.

Asiakaslähtöisyys ei kunnissa aina toteudu toivotusti. Syyt voidaan jakaa organisaatioon, asiakaskuntaan ja kilpailuun liittyviin esteisiin Asiakaslähtöisyyden pääasiallisia esteitä on löydetty kolme:

- 1) *Organisaatioon liittyvät esteet*, joka tarkoittaa mm. sitä, että kunnallinen toiminta on vahvasti normitettu ja politisoitunut mutta ei tulosorientoitunut. Organisaatioon liittyvillä esteillä tarkoitetaan tarkemmin sellaista hallinto-keskeistä kulttuuria, jossa lait ja säädökset ohjaavat ensisijaisesti toimintaa, toimintapa ei ole tulostavoitteista ja uudet markkinakeskeiset toimintatavat eivät ole tuttuja.
- 2) *Asiakaskuntaan liittyvät esteet* eli mm. erilaiset laajaan asiakaspohjaan liittyvät tarpeet. Asiakaskuntaan liittyviin esteisiin voidaan lukea myös asiakaskunnan heterogeenisyys ja palvelutuotannon kollektiivinen luonne.
- 3) *Kilpailuun liittyvänä esteenä* voidaan pitää *monopolisoitunutta asemaa*. Kilpailuun liittyvillä esteillä tarkoitetaan sitä, että kuntia ei kannusteta toimimaan asiakaslähtöisesti ja monesti toimitaan tarjontavoittoa eli kunnan ehdoilla.²⁴⁸⁷

Toisaalta on huomattava, että yksityiset markkinatkaan eivät aina toimi odotetusti, vaan palveluntuottajan marginaalit on esimerkiksi vanhustenhuollossa joissakin tapauksissa laitettu niin alas, että yritykset ovat purkaneet sopimuksia²⁴⁸⁸. Mietittäessä vaihtoehtoisia palvelun tuotantotapoja pitäisi myös eritellä ainakin laskennallisesti, mitä kustannuksia eri vaihtoehtoihin liittyy, mikä vaihtoehto toimii tosiasiallisesti

2483 HE 137/1999 s. 13. Laki potilaan asemasta ja oikeuksista (17.8.1992/785) tuli voimaan vuonna 1993, ja laki sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista (22.9.2000/812) tuli voimaan vuonna 2001.

2484 Tällaisia kohtia on mm. SosiaalihuoltoL 1 §:ssä, lasten päivähoitosta annetun lain 2 §:ssä ja kehitysvammaisten erityishuollosta annetun lain 1 §:ssä. Asiakkaan asemaa ja oikeuksia em. säännösten lisäksi ovat ohjanneet oikeus- ja hallintokäytäntö sekä viranomaisten suositukset, ohjeet ja määräykset. HE 137/1999 s. 12.

2485 HE 137/1999 s. 19.

2486 KHO:2002:40; KHO:2001:50.

2487 Heinonen 1999 s. 107–109.

2488 Näin on tapahtunut joiltain osin Ruotsissa. Ks. Savolainen 2004 s. 23.

asiakaspainotteisimmin ja laadukkaimmin käytettävissä olevien resurssien puitteissa sekä miten asiakkaan oikeuksille käy. Samalla on huomattava se oikeudellinen problematiikka, joka liittyy entistä vahvempaan kuntalais-asiakkuussuhteen muutokseen sekä vuorovaikutus-, yhteistyö-, etuus- ja oikeusnäkökulmiin.

Asiakaslähtöisyyden keskeiset piirteet voidaan tiivistää seuraavasti: Ensimmäiseksi asiakkaan näkökulmaa painotetaan ja pidetään tärkeimpänä tekijänä. Toiseksi asiakaslähtöisyydellä tarkoitetaan organisaation kykyä tuottaa, levittää ja hyödyntää asiakkaihin ja kilpailijoihin liittyvää markkinatietoisuutta. Kolmanneksi se voidaan ymmärtää toimintana, jossa toimintoja ja resursseja koordinoidaan siten, että se tuottaa asiakkaalle lisäarvoa.²⁴⁸⁹ Kyseisten piirteiden omaksuminen on kunnallisissa palveluntuotantotavoissa mahdollista – osin välttämätöntä. Samalla on huomioitava, että perinteiselle kunnalliselle toiminnalle tyyppillistä on organisaatiolähtöisyys, joka rakentuu hyvin pitkälle hallinnon legaliteettiperiaatteen varaan.²⁴⁹⁰

Yksi julkisen toiminnan ominaispiirre on, että julkisen palvelun käsitteellä ei ole oikeudellisesti yksiselitteistä sisältöä. Se ilmenee myös lainsäädännössä eri merkityksissä, ja oikeuskirjallisuudessa käyttötavat ovat hyvin erilaisia²⁴⁹¹. Kunnat määrittellään julkisen palvelun tuottajiksi ja järjestäjiksi paikallistasolla, ja kunnan palvelut on mahdollista tuottaa ulkoisille tai sisäisille asiakkaille²⁴⁹². Ulkoistamisprosessin kaikissa vaiheissa ei voida aina kovinkaan selvästi erottaa poliittista ja viranhaltijavalmistelua toisistaan, vaan ne voivat nivoutua toisiinsa. Ulkoistamisen eri muodoissa asiakkuuden muutoksia ja muotoja voidaan arvioida eri näkökulmista. Tällöin voidaan kysyä, onko edustuksellinen demokratia asiakkuuden subjekti vai objekti vai molempia.

Voidaan kysyä, onko tarkoituksenmukaista, että kunta hoitaa omana toimintana tai osittaisulkoistaa toimintonsa yhtiölle ja liikelaitoksilleen, jolloin vapaata kilpailua ja aitoja markkinoita ei pääse syntymään. Pitäisikö palvelujen tuottamisessa soveltaa ns. suhteellisuus- ja tarkoituksenmukaisuusperiaatetta²⁴⁹³, vaikka kyse ei olisi kilpailunrajoituslain (480/1992) vastaisesta menettelystä? Silloin kun kunnallista palvelua siirryy laajamittaisesti yksityisen palveluottajan tuotettavaksi, kuntalaisen ja kunnan perinteinen asiakassuhde sekä yksilöviranomaistoiminta²⁴⁹⁴ muuttuvat kolmiosaiseksi. Kuntalaisen ja kunnan tai viranomaisen välissä operoi palveluntuottaja, jota eivät

2489 Heinonen 1999 s. 99–101.

2490 Mäenpää on todennut, että hallinnon legaliteettiperiaate ulottuu vain joiltain osin viranomaisen yksityisoikeudelliseen toimintaan. Lisää periaatteen tulkinnasta ks. Mäenpää 1989 s. 144; Heuru 2000a s. 101.

2491 Vrt. Kulla 2003 s. 28.

2492 Heinonen 1999 s. 19, 23. Sosiaali- ja terveydenhuoltoa käsittelevässä tutkimuksessa on todettu, että valtaosassa kuntia yksityisen palvelun osuus jäi alle 20 %:iin. Ks. tarkemmin Kovalainen–Österberg-Högstedt 2008 s. 26–28.

2493 KilpailurajoitusL 27.5.1992/480. Hallituksen esityksessä on todettu, että Suomessa on tutkittu 1960-luvulta lähtien julkisten rakentamisen kustannuksia. Tutkimusten mukaan kilpailuttaminen on ollut 10–20 % halvempi vaihtoehto kuin kunnan omana työnä tekemä urakka. HE 69/1997 s. 13. Etenkin elinkeinoelämä on kritisoinut, miksi esim. kunnallisilla liikelaitoksilla tai yhtiöillä on erityissuojaa tuottaa palveluja kunnalle ilman kilpailua. Etenkin kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta kritiikki on tietyissä tilanteissa aiheellista, koska kunnat voivat osittaisulkoistaa toimintoja kunnallisille yhtiölle tai liikelaitoksille, jolloin kunnallisen toiminnan ja puhtaan markkinaperusteisen toiminnan juridiset rajat voivat hämärtyä.

2494 Vrt. Mäenpää 1989 s. 14.

koske kaikilta osin samat säännökset kuin kuntaa. Hallinto-oikeudellisten säännösten ja julkisen valvonnan tehtävänä on luoda pelisäännöt ulkoistetuille palveluille, mutta lisäksi kunta voi joutua tarkentamaan ja tasapainottamaan kuntalaisen ja yksityisen palveluntuottajan suhdetta monissa yksittäistilanteissa. Etenkin sosiaali- ja terveydenhuollossa asiakkuuden hallinta sisältää myös oikeusturvanäkökulmat, joiden toimivuuden seurannasta vastaavat eri viranomaiset²⁴⁹⁵.

Kuntalaisten näkökulmasta ulkoistuksessa voi tulla esille uusia positiivisia elementtejä, eli tilaajan ja tuottajan tehtävä on saada mahdollisimman hyviä palveluja kuntalaisille. *Ulkoistamisen osapuolia voidaan tarkastella* asiakkaan näkökulmasta, kuten taulukossa 4.

Taulukko 4. Ulkoistamisen osapuolet ja niiden tehtävät asiakkaan näkökulmasta.

ASIAKAS
<ul style="list-style-type: none"> - Oikeus tiettyihin palveluihin. - Oikeus valita palvelun tuottaja, yksityinen tai julkinen. - Maksun suuruus riippuu palvelun toimialasta (liikunta vai terveyspalvelu), organimuodosta (yksityinen vai julkinen) tai järjestelmästä (kunnan oma tai esim. palveluseteli) - Kunnallisesti järjestettyihin palveluihin asiakkaalla on oikeus tehdä oikaisuvaatimus tai kunnallisvalitus ja itse palvelusta muistutus ja kantelu.
KUNTA
<ul style="list-style-type: none"> - On velvollinen järjestämään lakisääteiset tehtävät. - Kilpailuttaa ja hyväksyy tuottajat. - Valvoo tuottajaa sekä ohjaa asiakasta ja tuottajaa. - Tekee julkista valtaa vaativat päätökset esim. palvelun määrästä, tasosta ja maksuista. - Määrittelee tavoitteet ja hinnan asiakkaan puolesta.
TUOTTAJA
<ul style="list-style-type: none"> - Tuottaa kunnan tilaamat palvelut sopimuksen mukaisesti asiakkaalle. - Laskuttaa kuntaa palvelun käytöstä ja mahdollisesti myös asiakasta. - Seuraa asiakaspalautetta.

Perinteisessä raamibudjetoinnissa ongelmaksi tulee uusien palvelujen järjestämisen kannalta joustamattomuus ja se, pystytäänkö huomioimaan todellisia tarpeita palveluntuottajan kannalta. Jos ulkoistettua toimintaa kehitetään asiakaslähtöisesti, joudutaan punnitsemaan, mitä tavoitteita tai laatukriteereitä sopimukseen otetaan ja millaisin sanamuodoin ne kirjoitetaan sopimukseen, koska niillä on merkitystä myös toiminnan ohjautumisen kannalta.

Ideaalitilanne voisi kunnan ja kuntalaisten kannalta olla esimerkiksi terveydenhuollossa se, että asiakas voisi valita kunnan kilpailuttamista palveluntuottajista tarpeensa mukaan. Julkinen ja yksityinen sopeutuisivat pitkällä aikavälillä kysyntään²⁴⁹⁶. Näin turvattaisiin oikeudellisesti palvelun laatu. Monituottajajärjestelmässä asiakkaat ratkaisevat lopullisesti yksityisen ja julkisen toiminnan elinkelpoisuuden. Olisi pystyttävä

2495 Ks. PeVL 5/2006. Perustusvaliokunta painotti lastensuojelulain käsittelyssä oikeusturvanäkökulmien huomioimista ja valvontaa.

2496 Vrt. Saltman–Von Otter 1992 s. 148.

arvioimaan, miten hallinnon oikeussuojakeinot ja nykyinen kuluttajasuojajärjestelmä kattavat *tasapuolisesti kuntalaisten oikeussuojakeinot palvelutuotantotavasta riippumattain*²⁴⁹⁷. Toiminnalliseksi ja oikeudelliseksi ongelmaksi voi joissakin tilanteissa muodostua se, miten kunta toimii sellaisissa palveluissa, joita kuntalaisilla on lakisääteinen oikeus saada hyvinkin pienellä aikamarginaalilla, ja miten varapalvelutuotanto toteutetaan niin, että se ei johda epätarkoituksenmukaiseen toimintaan.

Asiakkuuden luonne on hyvin vaihteleva, ja sen sisältö ei ole kunnan tuottamisessa palveluissa yhtä yksinkertainen kuin yksityisen yrityksen palveluissa²⁴⁹⁸. Palvelun luonne luo pitkälti kehyksen sille, miten asiakkuutta painotetaan. Toisaalta yksityisellä organisaatiolla, jolla ei ole viranomaisvastuuta ja demokraattiseen päätöksentekoon liittyviä velvoitteita, on aina vapaammat mahdollisuudet kehittää ja ottaa huomioon asiakkaiden tarpeita. Etenkin sosiaali- ja terveydenhuollossa asiakkaan valinnanmahdollisuutta on painotettu monissa Euroopan maissa, kuten Ruotsissa, Tanskassa, Hollannissa ja Isossa-Britanniassa. Asiakkaan valinnanvapauden korostamisella on eri maissa pyritty siihen, että palvelujen tarjonta ja kilpailu lisääntyisivät palveluntuottajien välillä. Lisääntyvä kilpailu vaikuttaisi positiivisesti myös palvelujen läpinäkyvyyteen ja kustannusten nousuun.²⁴⁹⁹ Etenkin viime vuosina on myös julkisella sektorilla alettu painottaa entistä enemmän nopeaa, joustavaa, yksinkertaista ja kustannustehokasta asiointia²⁵⁰⁰.

Kunnallisen toiminnan asiakasorientoitunut toimintavarmuus edellyttää hyvän hallintotavan noudattamisen lisäksi myös palvelukulttuuria, jossa lakimääräisistä hallinnollisista asioista pyritään tekemään mahdollisimman helppoja kuntalaisille. Kunnallisen toiminnan haasteena on tulosvastuullisen toimivuuden varmistaminen palvelujen laadun, toimivuuden ja saatavuuden näkökulmasta niin, että kunnallisten viranhaltijoiden ja luottamushenkilöiden roolit olisi niin selkeästi organisoitu, että kuntalaisten eli asiakkaiden olisi ne helppo sisäistää²⁵⁰¹. Etenkin terveydenhuollossa yksityistämisen ongelmaksi on ainakin Isossa-Britanniassa tullut se, että potilas ei tee valintoja vaan lääkärit ja viranomaiset²⁵⁰². Tanskassa taas on vuodesta 2002 ollut mahdollisuus valita hoitopaikka kunnan oman tai yksityisen välillä. Siellä ongelmana on ollut, miten valinnanvapaus toteutuu ja miten etenkin vanhuspalveluiden asiakas pystyy valitsemaan eri vaihtoehtoista itselleen sopivamman²⁵⁰³.

Tukholmassa on kilpailutettu palveluja usean vuoden ajan, ja sieltä on hyödynnettävissä joitakin kokemuksia. Tukholman maakäräjien kunnat ovat siirtyneet

2497 KM 2003:3 s. 48.

2498 Lumijärvi–Virta–Kujanpää 2001 s. 25. Asiakkuutta voidaan heijastella myös Luhmannin yhteiskunnalliseen tarkasteluun, jossa selvitetään modernin yhteiskunnan ja vanhojen sosiaalisten muodostelmien eroja ja jossa toiminta samalla erilaistuu ja ongelmaksi tulee, mihin legitimaatio pohjautuu. Luhmann 1990 s. 18–19.

2499 Palvelusetelityöryhmän muistio 2008 s. 24.

2500 Ks. HE 72/2002 s. 56–57.

2501 Vrt. Heinonen 1999 s. 87. Kunnallisen organisaation tulosvastuullisuus voidaan jakaa poliittiseen, liikkeenjohdolliseen, lailliseen, asiakkaaseen liittyvään sekä ammatilliseen tulosvastuullisuuteen. Lawton–Rose 1994 s. 18–27. Heinonen 1999 s. 86. Kunnallisen tulosvastuun jakautuminen on oikeudellisessa mielessä vaikeaa osoittaa, koska se voidaan jo käsitteellisesti jakaa moneen näkökulmaan ja kaikkia ei voi yksiselitteisesti kunnallishallinnossa valvoa tai mitata.

2502 Julkunen 1992 s. 101.

2503 Perustuu palvelutarvearvionninjohtaja Susanne Hansen näkemykseen. Hansen 2009 Lyngby-Taarbæk kommune, Aelderservice 17.4.2009.

asiakasvalintamalliin mm. vanhustenhoidossa ja lastenhoidossa.²⁵⁰⁴ Tässä mallissa palveluntuottaja kilpailee kunnan oman tuotannon kanssa ja kuntalaiset voivat valita, keneltä palveluntuottajalta palvelunsa ottavat. Kunnan tehtäväksi jää tavoitteiden ja laatukriteereiden asettamisen lisäksi valvonta sekä vastuu toiminnasta²⁵⁰⁵.

Asiakasvalintamalli on lisännyt kuntalaisten vaikutus- ja päätäntävaltaa, koska heillä on asiakkaina ollut aito vapaus valita palvelun tuottaja. Toiseksi asiakasvalintamalli lisää kilpailua ja antaa palveluntuottajalle mahdollisuuden kehittää toimintaa pitkäjänteisemmin²⁵⁰⁶. Kolmanneksi palveluntuottajien on läpäistävä tietyt kriteerit, jotta he pääsevät listoille. Toiminta sinällään ohjaa kehittämään vain joiltain osin palvelun laatua, koska palvelusta maksetaan aina sama hinta. Valinnanvapauden periaate ei ole kuitenkaan sujunut ongelmitta, koska osa yrityksistä on lopettanut toimintansa ja kaikki kuntalaiset eivät ole pystyneet tekemään erityisesti hoito- ja hoiva-aloilla rationaalisia päätöksiä.²⁵⁰⁷ Asiakasvalintamallin haasteena on, että kaikki kuntalaiset eivät pysty huolehtimaan mallin vaatimista oikeuksista, ja kunnan olisi kuitenkin kaikissa tilanteissa pystyttävä tarjoamaan julkinen vaihtoehto.

Kilpailulla on nähty olevan positiivisia vaikutuksia asiakkaan tarpeiden huomiointiin²⁵⁰⁸. Kunnan perinteinen organisaatiolähtöinen toimintatapa sopii melko huonosti ulkoistettavien palveluiden tavoitetilaksi. Yhtenä tavoitteena pitäisi olla asiakaslähtöinen toimintatapa, jota myös mitataan ja seurataan palvelun järjestäjän eli kunnan puolesta reaaliaikaisesti.

Liiketaloustieteen puolelta on lainattu välineistöä kunnallisen toiminnan ohjaukseen ja mittareiden luontiin, kuten tasapainotettu tuloskortisto (*balanced score card*, BSC), joka on käytössä joissakin kunnissa ja kuntayhtymissä. Tuloskorttimalli ei kuitenkaan suoraan sovi kuntiin, ja sen käytössä on paljon kehitettävää, koska kunnallisessa toiminnassa tavoitteiden asettelu, toimenpiteet ja tulokset eivät ole aina yhteydessä toisiinsa niin yksiselitteisesti kuin yrityksissä²⁵⁰⁹.

Kaplanin ja Nortonin kehittämää tasapainotettua mittaria voidaan kuitenkin joiltain osin hyödyntää kunnan palvelujen järjestämisen ja tuottamisen strategisessa kehittämisessä²⁵¹⁰. Kunnissa käytetään BSC:tä hieman eri tavoin. Se voidaan käsitteellä pelkistää suoritemittaristoksi, jossa on erilaisiin näkökulmiin liittyviä mittareita, kuten talous-, asiakas- ja oppimisenäkökulmia.²⁵¹¹ Vaikka kyseisillä mittareilla ei ole oikeudellisesti sitovaa roolia, voivat ne ulkoistuksessa ohjata monilta osin toimintoja selkeämpään suuntaan. Luottamuselinten ja viime kädessä valtuuston on KuntaL 13.2 §:n ensimmäisen kohdan mukaisesti tällöin helpompi asettaa strategisia linjauksia ja

2504 Ks. esimerkiksi Arokytö 2010 s. 6–11.

2505 Brorström, Haglund ja Solli ovat todenneet että ”Huvudsaken är att mätningen sker, självfallet under förutsättning att mätningen uppfattas som relevant och tillför betydelsefull kunskap”. Brorström ym. 2005 s. 370.

2506 Laki julkisista hankinnoista antaa myös Suomessa mahdollisuuden tehdä pidempiä, kuten 4–6 vuoden ulkoistamisia koskevia sopimuksia, kunhan tarjouspyynnössä on tämä mainittu ja huomioitu.

2507 Ks. Savolainen 2004 s. 18–19.

2508 Ks. Saltman–Von Otter 1992 s. 124.

2509 Brorström ym. 2005 s. 279–280.

2510 Ks. lisää Kaplan–Norton 1996; Kaplan–Norton 2000.

2511 Rautiainen 2008 s. 9. Ks. myös Huotari 2009 s. 61–70.

ottaa kantaa siihen, mihin suuntaan konkreettisia tavoitteita tai valmistelua pitäisi viedä.

Tuloskorttimallin yhtenä heikkoutena on se, ettei se huomioi kunnallisen hallinnon formaalista muotoa eli niitä menettelyjä, joita on oikeudellisesti huomioitava sellaisessa muuttuvassa toimintaympäristössä, jossa kunta nykypäivänä toimii. Toiseksi tuloskorkeissa määriteltyjen suositusten sitovuustaso voi vaihdella esimerkiksi sen mukaan, onko ne hyväksytyt osana talousarvioita valtuustossa.

Oikein tehtynä asiakasvalintamalli korostaa myös kuntalaisten oikeuksia kuluttajana ja tuo kuntalaisille vaihtoehtoja palvelujen monopolitilanteeseen nähden. Suomessa on mahdollista soveltuvain osin käyttää asiakasvalintamallin elementtejä ulkoistamisissa. Kunnan on vain tarjouspyyntivaiheessa painotettava tarpeeksi esimerkiksi sopimusaikaa ja laatua hinnan sijasta. Yhtenä laadun sisällöllisenä mittarina on asiakkuuden hallinta, jolloin on pohdittava, kuinka hyvin asiakkaan näkökulmat ja oikeudet on yksilöity ja miten tulevat ilmi ulkoistamissopimuksesta.

Ulkoistamisella pystytään kuitenkin tarjoamaan vain osittaista valinnanvapautta. Jos sopimus pilkotaan liian pieniin osiin, voi kunnalle tulla ongelmia palvelun valvonnan ja kehittämisen sekä kustannusten kanssa. Ulkoistamisia pitäisi pystyä kehittämään astetta pidemmälle: kunnan ja kuntalaisten kannalta olisi ensiarvoisen tärkeää ja tarkoituksenmukaista, että asiakas voisi valita itselleen jonkin kunnan valmiiksi kilpailuttamista laadukkaista palveluntuottajista²⁵¹². Samalla laatu olisi suoraan sidottu hintaan, jolloin oikeudellisesti olisi turvattu palvelun mahdollisimman objektiivinen laatutaso siten, että käytetään ulkopuolista auditointia. Monituottajajärjestelmässä asiakkaat ratkaisevat lopullisesti yksityisen tai julkisen toiminnan elinkelpoisuuden pitkällä aikavälillä.

Teknisen toimen palveluntuottamistavoissa liikutaan myös monelta osin yksityis-oikeudellisten säännösten piirissä. Ulkoistamisstrategiasta keskusteltaessa on tärkeä sisäistää, mitä haetaan ja millaisia hyötyjä tavoitellaan, koska yksittäisten teknisten tai laskennallisten tekijöiden vertaileminen ei aina avaa sitä kokonaisuutta, joka teknisellä sektorilla voidaan synergian kautta saavuttaa²⁵¹³. Kunnallisissa tukipalveluissa ei-lakisääteisissä palveluissa on ehkä pisimmälle vietyjä toimintoja, joilla on yhtäläisyyksiä yksityisen sektorin kanssa. Teknisen toimen palvelut ovat kuitenkin monilta osin halvempia tuotteistaa ja standardoida kuin esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuollon palvelut, joissa mitattavuus tai laatu eivät aina ole määriteltävissä niin yksiselitteisesti.

Kun parannetaan asiakaslähtöisyyttä ja kustannustehokkuutta ulkoistamisen avulla, tulee mietittäväksi, onko talousarviossa hyvä käyttää brutto- vai nettoperiaatetta. Nettoperiaatteen hyödyt tulevat hyvin esille, jos on annettu normaalia suurempi liikkumavara toiminnan järjestämisessä ja asiakasmaksujen osuus tuloista on merkit

2512 Vrt. Saltman–Von Otter 1992 s. 148.

2513 Asiakkuuden asema ja oikeus saada palvelua ovat erilaiset yksityisellä ja julkisella puolella. Kunnallinen toiminta eroaa toiminnallisesti yksityissektorista esimerkiksi siinä, että kunnallisen teknisen toimen pääfunktio on julkishyödykkeiden järjestämisessä ja tuottamisessa. Heinonen 1999 s. 118.

tävä²⁵¹⁴.

Uuden palveluntuottamistavan pitäisi parantaa asiakaslähtöisyyttä ja kuntalaisten mahdollisuutta saada palveluja. Jotta tälle voidaan antaa edes jonkinlaisia suuntaviivoja, pitää pystyä ensin arviomaan kunnan ulkoistamisen aste ja laatu. Osittaisessa ja kokonaisulkoistuksessa on monia oikeudellisia eroja, joista yksi merkittävimmistä on se, onko kunta tehnyt sopimuksen yksityisen organin kanssa. Kunnalla on yksityistä moninaisemmat mahdollisuudet vaikuttaa myös palvelutasoon, etenkin jos toimintaa ei ole yksityiskohtaisesti lainsäädännöllä ohjattu.

Eri mallit eivät yksistään ratkaise niitä oikeudellisia tai toiminnallisia haasteita, joita eri palveluntuottamistavat tuovat. Oikeussäännökset antavat vain kehyksen sille, miten toimintoja pitää lähteä organisoimaan kunnan ja erityisesti kuntalaisten näkökulmasta. Monissa malleissa voi kuitenkin olla vaarana, että ne painottavat liikaa hallintokeskeistä ja kunnan sisäistä organisointitapaa, jolloin itse palveluiden tuottaminen ja siihen liittyvät vaihtoehdot jäävät sivurooliin. Oikeudellisesta näkökulmasta ei voi olla tarkoituksenmukaista, että keskitytään pääasiallisesti tarkastelemaan vain kunnan sisäistä hallintoa ja siihen liittyvää organisaatiota ja toimintaympäristöä.

Jos kunnan toimintaa ohjaa vain sisäinen tilaaja-tuottajamalli ja kuntalaisille tuotetun palvelun arviointiin ja seurantaan ei ole panostettu riittävästi, eivät edellä mainitut toimenpiteet itsessään paranna kuntalaisten asemaa tai oikeuksia saada parempaa palvelua kuin perinteisessä hierarkkisessa organisaatiossa²⁵¹⁵. Eri malleilla voidaan tehostaa kunnan kilpailukykyä, kunnes kunta luo vertailukelpoiset ja yksiselitteiset mittarit, joilla voidaan verrata omaa toimintaa muihin julkisiin ja yksityisten organien tuottamiin palveluihin²⁵¹⁶. Johtopäätöksenä ei voida pitää sitä, että aito markkinaperusteinen toimintatapa olisi asiakasorientoituneempi, vaan ne erilaiset elementit, jotka liittyvät markkinaperusteiseen tilaaja-tuottajaan, antavat monesti paremmat edellytykset rakentaa asiakasnäkökulmaa ja kustannustietoisuutta siten, että kunta voi tilaajana verrata omaa ja ulkoistettua toimintaa.

Kunnan sisäisen tilaaja-tuottajamallin ongelmana näyttää olevan, että kunnan on hyvin vaikea lähteä tekemään tai vaatimaan osittaisulkoistetuilta organeilta (kuten liikelaitokseltaan tai yhtiöltään) tiettyä palvelutakuuta tai asiakastyytyväisyyttä, etenkin jos toteutumattomuus aiheuttaisi sille tiettyjä taloudellisia sanktioita. Asiakkuutta korostavassa tuotantomallissa ei voida väheksyä palveluun liittyviä oikeudenmukaisuus- ja oikeusturva-asioita eli kuntalaisten näkökulmaa, koska tällöin taataan myös pitkällä aikavälillä oikeudenmukainen palvelu.

Kunnalliset päättäjät ja viranhaltijat joutuvat monesti punnitsemaan, mitä palveluja pidetään julkisella sektorilla ja mitä annetaan yksityiselle, kuinka toimintojen siirto suoritetaan sekä millaista valvontaa yksityistetylle toiminnalle pitäisi järjestää. Kuntalaisten pitää kuitenkin voida luottaa siihen, että heidän oikeusturvansa ei heikenny, oli

2514 Karila 1998 s. 108; Heinonen 1999 s. 198, 224. Kuntien haasteena voi olla, että uudet toimintamallit ja suuret resurssit tuhoavat luovuuden ja yritteliäisyyden, koska muutos ei ole pakollista. Myöskään ydinosaamisen tunnustaminen ei ole pakollista, vaikka tulosvastuullisuutta on alettu vaatia enemmän. Kunnat voivat jäädä staattiseen tilaan, jossa asiakkaan vaikutusmahdollisuudet ovat vähäiset. Heinonen 1999 s. 198, 224, 231.

2515 Vrt. Kallio ym. 2007 s. 62, 89, 104.

2516 Ks. Boyne 1999 s. 82–83.

palvelun tuottajana kunta, yksityinen tai kolmas sektori. Tällöin vähimmäistavoitteena tulisivatkin olla, pitää tuotanto-organista riippumatta asiakkaan oikeudellinen asema on geneerinen.

Se kuinka positiivisesti kuntalaiset suhtautuvat kuntien toimimiseen entistä enemmän palveluiden järjestäjinä, riippuu hyvin pitkälti siitä, kuinka hyvin palveluiden tuotanto on hoidettu ja kokevatko kuntalaiset palvelut riittäviksi. Paikallistasolla kuntalaisten asenne ratkaisee osaltaan, voidaanko kunnan perinteisiä palvelutehtäviä siirtää kunnalta pois positiivisessa hengessä vai joudutaanko enemmän ideologisten asioiden eteen. Osaltaan kyse muutoksen hallinnasta ja KuntaL 29 §:n mukaisesta tiedottamisvelvollisuuden mahdollisimman objektiivisesta ja etupainotteisesta toteuttamisesta niin, että kuntalaisia asiakkaan roolissa informoidaan hyvin etupainotteisesti.

Kun pohditaan kuntalaisten roolia kunnallisten palveluiden asiakkaina, tulevat tarkastelun piiriin myös kuluttajasuojalain säännökset. Nyt niitä ei sovelleta sellaisissa tilanteissa, joissa kunta on järjestänyt tietyn palvelun mutta yksityinen toimija tuottaa sen kuntalaiselle. Toisaalta kuntakonsernissa voi olla myös sellaisia yhtiöitä, joihin on sovellettava kuluttajasuojalakia.

Kuluttajasuojalain 1:5 kohdassa on todettu; että ”yksityistä tai julkista oikeushenkilöä, joka tuloa tai muuta taloudellista hyötyä tarkoituksessa pitää ammattimaisesti kaupan, myy, tai muutoin tarjoaa kulutushyödykkeitä vastiketta vastaan hankittavaksi”.

Elinkeinoharjoittajan käsite on tulkittava laajasti, eikä toiminnan päämääränä tarvitse olla voiton tavoittelu vaan ansiotarkoituksen ja ammattimaisen toiminnan tunnusmerkit voivat riittää²⁵¹⁷.

Esimerkiksi yksityisessä vanhusten palvelutalossa voi olla kuntalaisia, jotka kuuluvat asiakkaana kuluttajasuojalain piiriin²⁵¹⁸, ja kuntalaisia, jotka eivät ostopalveluiden takia kuulu sen piiriin²⁵¹⁹. Kuluttajasuojalain säännösten ongelmana siis on, että esimerkiksi samassa yksityistä palvelua tuottavassa laitoksessa voi olla *asiakkaana kuntalaisia, joihin kuluttajasuojalain säännöksiä sovelletaan, ja sellaisia, joihin niitä ei sovelleta*. Kuntalaisten oikeuksien kannalta selvä oikeusturvan katvealue on, että kunnallinen ostopalvelu asettaa kuntalaiset eriarvoiseen asemaan eri palveluntuotantotapojen johdosta, samalla kun kuntalaisten on ongelmatapauksissa hyvin vaikea hahmottaa oikeutensa asiakkaana. Kuntalaisten valinnanvapaus voi aiheuttaa myös negatiivisia piirteitä etenkin monimutkaisessa monituottajajärjestelmässä. Kysymykseksi nousee, pystyvätkö kaikki kuntalaiset hahmottamaan oikeutensa silloin, kun palvelun järjestäjän ja tuottajan organimuodot vaihtelevat.

Tietynlaista ristiriitaa aiheuttaa kunnan toimintavapauden kaventaminen palvelun tilaajan roolissa, koska samalla sääntelyn pitäisi taata kuntalaisille se, että

2517 Jaakkola–Sorsa 2005 s. 90.

2518 Asiakkaan oikeusasemaa on käsitelty kuluttajasuojalain näkökulmasta myös luvussa 8.2.

2519 Kaakkola–Peltonen 2006 s. 16. Kuluttajaviraston selvityksen mukaan ongelmana on, että kuntalainen maksaa suoraan palveluntuottajalle omavastuusuuden ja kuluttaja voi itse vapaasti valita palveluntuottajan kunnan hyväksymien elinkeinoharjoittajien joukosta. Kuntalainen ei voi kuitenkaan pyytää hyvitystä sopimusrikkomuksesta. Näin kuntalainen on eri asemassa kuin jos hän olisi ostanut kyseisen palvelun ilman palveluseteliä. Ks. Kaakkola–Peltonen 2006 s. 16–17.

palvelujentuottamisvaihtoehdot ovat *asiakkaan näkökulmasta hyvin homogeenisia*, oli kyse julkisesta tai yksityisestä palveluntuottajasta. Lainsäädännön kehitystyössä pitää hakea jatkossakin liikkumavapautta ja paikallisia ratkaisuja palveluiden järjestämisessä huomioiden asiakkaiden tasapuolinen ja yhdenvertainen kohtelu²⁵²⁰.

Kuntalaisen asiakkuus ei toteudu oikeudellisesti aina samalla tavalla, vaan asiakkuus ja siihen liittyvien säännösten soveltaminen ovat riippuvaisia siitä, mikä orgaani palvelut tuottaa. Eri asiakaspainotteisista malleista on jo jonkin verran kokemusta myös Pohjoismaissa. Etenkin paikallisesta näkökulmasta on vielä paljon avoimia kysymyksiä, kuten se, *kuinka pitkälle kuntalaisten asiakkuutta voidaan julkishallinnossa viedä ilman*, että oikeusvarmuus ei kärsi. Toinen keskeinen ongelma monipalvelutuotantojärjestelmässä on, miten saadaan eri palveluntuottajien tuottamat palvelut (yksityisen ja julkisen) standardoitua ja mittausmenetelmät laadun kannalta verrannollisiksi. Kolmanneksi kilpailuun ja asiakasvalintamalliin voi liittyä etenkin pienissä kunnissa liian suurta heterogeenisyyttä sekä tiettyjen ulkoistettujen palveluiden monopolisoitumista.

8.3 Ulkoistusten arviointi

Keskeisiksi kysymyksiksi nousee, pystyykö perinteinen kunnallinen organisaatio vastamaan kompleksisempaan ulkoistettujen toimintojen toimivuuteen ja ohjaamiseen sekä miten vaikutuksia ja arviointia voidaan tarkastella²⁵²¹. Kunnallisen toiminnan johtaminen eroaa monella tavalla yksityisen yrityksen johtamisesta vaikka kunnassa olisi otettu käyttöön markkinasuuntautuneita toimintatapoja²⁵²². On hyvä tiedostaa ne rajoitteet ja erot toimintavoissa, jotka erottavat kunnan tilaajana yksityisestä palveluntuottajasta. Ensinnäkin viranhaltijoiden ja luottamuselinten vastuuta ja roolia on säännelty tarkemmin kuin yksityisen palvelun tuottajan, ja kunnissa voi olla hyvin ristiriitaisia tavoitteita, jotka eivät aina palvele kokonaisuutta. Toiseksi kunnat eivät ole laajasti toimineet markkinoilla, vaan valtaosa palveluista tuotetaan ilman kilpailua, jolloin tavoitteiden ja resurssien yhteys ei ole niin selkeä kuin yksityisellä palveluntuottajalla. Kunnalliseen toimintaan liittyy monesti myös tehokkuuden vaatimus, joka ei suoranaisesti perustu lainsäädäntöön vaan yleisiin vaatimuksiin. Tehokkuusvaatimus voi liittyä valmisteluun, täytäntöön tai muuten kuntien toimintaan.²⁵²³

Arvioitaessa ulkoistuksia rajoittavia tai sen välittömästi kieltäviä säännöksiä huomattiin, että kuntien tehtävistä laaja osa ulkoistettavissa. Toiseksi keskeisen kunnan tehtävien ulkoistaminen on myös mahdollista. Tehtävien laaja ulkoistaminen vaikuttaa kuntien hallintoon mutta ei pienennä asukkaiden valitsemien toimielinten päätösvaltaa niin paljon kuin tehtävien siirto ylikunnallisille yhteistoimintaelimille. Ulkoistamista arvioitaessa on nostettava esille myös muut yhteistyö- ja palvelutuotantotavat, koska

2520 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi yksilöiden suojelusta, henkilötietojen käsittelyssä ja näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta (95/46/EY) ja ns. tietosuojasopimus (Sops 36/1992).

2521 Yksityistämisen hyödyistä vrt. Hossain–Malbon 1998.

2522 Ongelmallisessa ympäristössä kunnallishallintoa tulisi tarkastella toiminnallisin käsittein, ilman pysyviä säännönmukaisuuksia ja ulkoa annettuja normeja ja vaatimuksia. Ks. myös Meklin 2006 s. 14.

2523 Ulkoistusta on arvioitu erittäin vähän yksittäisten tapausten osalta. Yhtenä arviointimallina on BSC-arviointi. Ks. lisää julkaisusta Vohlonen–Komulainen–Vehviläinen–Vienenon 2010.

vasta vertailemalla voidaan havaita, että ulkoistaminen sinällään ei ole yhtään ongelmallisempi kunnallisen itsehallinnon näkökulmasta kuin muut toimintamallit tai palveluntuottamistavat.

Ulkoistusta voidaan lähestyä myös lain vaikutusten arvioinnin näkökulmasta. Lain vaikutuksia arvioitaessa implementaatio on keskeinen tekijä. Tala on todennut lain implementaatio olevan jo sellaisenaan osa lain vaikutuksia. Hän on tarkastellut lain vaikutuksia nelijaolla: ”lain vaikutukset oikeussubjektien materiaalisessa elämänpiirissä, vaikutukset viranomaisten toiminnassa, vaikutukset oikeudellisissa menettelytavoissa ja lain symboliset vaikutukset.”²⁵²⁴ Edellä mainittua jaottelua hyödyntäen – kuten edellä on jo käyty läpi – keskeinen vaikutus on, miten eri viranomaiset toteuttavat ulkoistamiseen välillisesti ja välittömästi liittyviä säännöksiä. Toisaalta myös tuomioistuinten ratkaisut ovat osa ulkoistamissäännösten vaikutuksista.

Sääntelyn vaikutusten arviointi kohdistuu palvelun järjestämiseen ja sen problematiikkaan eikä niinkään toiminnallisuuden tai saatavuuden näkökulmiin. Toisaalta uudet säännökset tuovat esiin toiminnallisuuden näkökulman, eli ne velvoittavat järjestämään tietyt palvelut. Ongelmana on julkisen vallan merkitys eri yksittäistapauksissa, koska sen sääntelyn voimakkuus vaihtelee. Järjestämisvastuun hajautuminen juridiseksi järjestämisvastuuksi, toiminnalliseksi vastuuksi ja rahoitusvastuuksi on kunnallisen itsehallinnon näkökulmasta ongelmallinen. Samalla sen tulkinnallisuus ulkoistusten eri muodoissa on lisääntynyt. Esimerkkinä voidaan käyttää puitelakien asemaa ja muotoa, kuten Paras-puitelakia, joka on kuntalain näkökulmasta ongelmallinen²⁵²⁵.

Ulkoistamisen vaikutukset voidaan jaotella sisäisiin ja ulkoisiin. Sisäisillä vaikutuksilla tarkoitetaan niitä välittömiä vaikutuksia, jotka liittyvät mm. kunnallishallintoon ja organisaatioon sekä siinä toimivien luottamushenkilöiden ja viranhaltijoiden toimintatapoihin ja muotoihin. Ulkoiset vaikutukset heijastelevat pääasiallisesti kuntalaisiin ja muuhun toimintaympäristöön²⁵²⁶.

Ulkoistuksia arvioitaessa on otettava huomioon, mitä intressejä luottamushenkilöillä tai viranhaltijoilla voi olla tietyn toimintatavan puolesta tai sitä vastaan. Luottamushenkilöiden merkitys palvelujen järjestämis- ja tuottamistapoja mietittäessä on paikallishallinnossa keskeinen. Luottamushenkilöiden oma henkilökohtainen intressi esimerkiksi verotason, palvelun suoranaisten tuottamisen tai välittömän vallan vähenemisen kautta voi keskusteluttaa asioita väärästä näkökulmasta, kun kunnallista tuotantoa avataan kilpailulle²⁵²⁷. Lainsäädäntö asetti kunnan toiminnalle myös tiettyjä tehokkuusvaatimuksia, mutta itse ongelmaksi näytti muodostuvan oman toiminnan ja ulkoistusten vertailun tietty kehittymättömyys²⁵²⁸.

Arvioitaessa ulkoistamista taloudellisesta näkökulmasta voidaan todeta, että vai-

2524 Tala 2005 s. 153.

2525 Perustuslakivaliokunta on, kuten aiemmin viitattiin, pitänyt ongelmallisena kunnallisen itsehallinnon näkökulmasta pelkästään uusien yhteistoimintaelimien tehtävien lisäämistä Ks. PeVL 37/2006 s. 7.

2526 Vaikutusten arviointiin liittyy myös kontingenssiteoria. Ks. luku 1.1.

2527 Kunnallishallinnossa ilmenevä kilpailu voidaan luokitella neljään kategoriaan: kuntapalveluiden markkinamäärittelyihin liittyvään institutionaaliseen kilpailuun, kunnallispoliittiseen kilpailuun, kuntien keskinäiseen kilpailuun ja kunnan omaan sisäiseen kilpailuun. Ks. Valkama 2008 s. 116.

2528 Vrt. Malmer 2003 s. 13, 22.

keassa taloudellisessa asemassa olevien kuntien liikkumavara on kaventunut. Puitelain 9 §:n mukaisesti kunnanvaltuuston on käsiteltävä arviointityöryhmän toimenpide-ehdotukset ja annettava päätös sisäasianministeriölle. Erityisesti vaikeassa asemassa olevien kuntien taloudellinen arvioiminen ei voi perustua ainoastaan talouden tunnuslukuihin, vaan on arvioitava myös kunnan palvelutuotannon tasoa, laatua ja saatavuutta²⁵²⁹. Toinen asia on, kuinka suuri korrelaatio ulkoistamisilla ja kunnan heikolla taloudellisella tilanteella on, koska ulkoistukset voivat tuoda tiettyssä tilanteissa yhden välineen palvelutason supistamiseen ja sitä kautta kustannusten vähentämiseen.

Kunnallisessa ulkoistuksessa lähtökohtana voi olla myös palvelun laadun parantaminen tai pakkotilanne. Kustannustaso riippuu hyvin pitkälti siitä, onko ulkoistettavan toiminnan laatua ohjattu lainsäädännöllä, mikä on kilpailutilanne, kuinka kustannustehokkaasti ja modernisti ulkoistettava toiminto on jo ennen ulkoistamista kunnassa tuotettu sekä mitä kunta painottaa tarjouspyynnössä. Juridista arviointia helpottaisi, jos kunnilla olisi kokonaisvaltaisia sopimusstrategioita, joiden pohjalta voitaisiin arvioida ulkoistamisprosessien onnistumista ja muuta hallintaa²⁵³⁰.

Kunnallisen palvelun ulkoistaminen eroaa yksityisen palvelun tuottamisesta tai pienistä ostopalveluista erityisesti oikeudellisten säännösten osalta. Jo tarjouspyyntöjen valmisteluvaiheessa pitäisi kirjata kaikki sellaiset oikeudelliset säännökset, joita yksityisen palveluntuottajan veloitetaan noudattavan. Lainsäädännöllisten ja toiminnallisten roolien lisäksi aidolla kilpailuttamisella voidaan myös saada kustannussäästöjä.²⁵³¹ Vaikka ulkoistettava toiminta on aina pääsääntöisesti kilpailutettava, on kustannussäästöjä vaikea arvioida etukäteen. Useissa tapauksissa ulkoistettavien palvelujen kustannussäästöjä on hyvin vaikea osoittaa yksityiskohtaisesti edes jälkikäteen²⁵³². Toisaalta puutteellisten laskelmien tai oman toiminnan subventoinnin peittely ei ole sallittua, etenkin jos kysymyksessä on tietyn toiminnan kilpailuttaminen²⁵³³.

Taloudellisuuden ja tehokkuuden lisääminen ja siitä aiheutuvat vaikutukset voivat olla monesti ristiriidassa oikeusturva- ja demokratianäkökulmien kanssa²⁵³⁴. Tehokkuusvaatimuksia voidaan kohdentaa myös itse ulkoistamisprosessiin ja palveluntuottajaan. Tällöin kunnan pitäisi pystyä asettamaan tiettyjä tehokkuusvaatimuksia ulkoistamisprosessin valmistelulle, hallinnalle ja valvonnalle samalla kun se asettaa toiminnallisia tavoitteita palvelun tuottajalle. Ulkoistamisen valmistelussa tehokkuuteen ja luovu-

2529 HaVM 31/2006 s. 1.

2530 Vrt. Taskinen 2002 s. 111.

2531 Kilpailuttamisella on arvioitu saatavan noin 5–10 %:n säästöt hankinta- ja investointimenoihin. Kustannussäästöjen arvioinnit eivät ole yksiselitteisiä, vaan niihin vaikuttavat esim. henkilöstön reagointi, kuten lisääntyvät sairauspoissaolot, ja tarjoajan realismi. Helsingin kaupungin bussiliikenteen, koulujen ateriapalveluiden, siivouksen ja katujen kunnossapidon ulkoistuksessa todellisten kustannussäästöjen arvioinnissa on ollut ongelmia. Ks. Kilpailuttamisen ABC 2001 s. 21–22; Kalima 2001 s. 28–29.

2532 Perustuu neljän ulkoistamistapauksen vertailutietoihin ja esimerkkimaiden ilmoittamiin kokemuksiin. Vertailu on kuitenkin hyvin vaikeaa, koska ulkopuolinen ei pysty löytämään virallisista asiakirjoista kaikkia välillisiä kustannuksia, kuten kilpailuttamiseen sekä sopimuksen tekemiseen ja valvomiseen liittyviä transaktiokustannuksia. Ulkoistamisella ei myöskään voida samaan aikaan vaikuttaa moneen tekijään, vaan on määriteltävä, mitä sillä tavoitellaan. Vrt. Allisson- Kaye 2005 s. 29.

2533 Malmer 2003 s. 36–37, 80.

2534 Heuru 2000a s. 53–54.

teen voi liittyä monia elementtejä. Hyvin ratkaisevaa voi olla se, miten kunnallinen tilaajatoiminta organisoidaan, eli kuka ja miten tilataan sekä miten palveluntuottajia valvotaan. Taloudelliset ja toiminnalliset näkökulmat nousevat keskiöön silloin, kun ulkoistamiselle ei ole oikeudellisia rajoituksia. Toisaalta palveluntuotantotapoja on arvioitava monesta näkökulmasta, eikä se, että tietyssä säännöksessä asetetut muodolliset edellytykset täyttyvät, tarkoita vielä sitä, että ulkoistus olisi oikeudellisesti ongelmatonta²⁵³⁵.

Kilpailu sinänsä näyttää tuovan tehokkuutta. Esimerkiksi terveydenhuollossa kilpailu lisää kustannustietoisuutta, palvelujen hinta-laatusuhdetta, hoitokäyntien arviointeja, tuottavuutta ja kustannustehokkuutta sekä antaa kilpailukykyisempiä hintoja. Samalla kilpailu pienentää julkisen sektorin kasvua ja tuo joustavuutta keskittyä varsinaiseen ydintoimintaan eli asiakkaisiin.²⁵³⁶ Kilpailuttamisen haittapuolena kustannusten rooli voi ylikorostua laatuun verrattuna, pitkäjänteisyys saattaa kärsiä sekä byrokratia ja kansalaisten eriarvoisuus voivat lisääntyä. Palvelun järjestäjän ja tuottajan erottaminen voi myös aiheuttaa transaktiokustannuksia kunnille²⁵³⁷. Eri palveluiden transaktiokustannukset vaihtelevat, koska palvelujen tuottamiseen liittyy myös tiettyjä toiminnallisia ja lainsäädännöllisiä rajoituksia, ennen kuin kunnat pystyisivät täysimääräisesti hyödyntämään avoimessa kilpailussa tulevia hyötyjä. Sääntelyn ja kustannusten osalla on myös pieni korrelaatio, koska mitä tarkemmin toiminta on säännelty, sitä suurempi pitäisi olla tilaajan valvontaresurssi.

Yksi suuri haaste on saada palvelujen tuottajille ja päätöksentekijöille tarpeeksi tietoa asiakkaiden tarpeista ja odotuksista²⁵³⁸. Informaatioteknologian eri keinoilla pystyttäisiin antamaan kunnallisille päättäjille laajempaa tietoa oman ja ulkoistetun palvelun kehittämistarpeista²⁵³⁹. Eri palveluntuottamistavoista saadun informaation vähäisyys ei johdu pelkästään lainsäädännöllisestä esteestä, vaan kyse on myös kuntien ja järjestelmätoimijoiden haluttomuudesta kehittää tai saada tietojärjestelmästä irti sellaista tietoa, jota kunnallisessa toiminnassa ja päätöksenteossa tarvittaisiin toiminnanohjauksen näkökulmasta. Yhteensopimattomuus on erityisesti vaivannut sosiaali- ja terveydenhuollon tuotantoa – asiakkaan näkökulmasta on vaikea erottaa, mikä vaikutus on sääntelyllä (mm. henkilötietolaki) ja mikä taas johtuu organisaatioiden välisistä järjestelmäeroista.

2535 Vrt. Keravuori-Rusanen 2008 s. 492.

2536 Ks. Boyne 2006. Tutkimuksessa oli arvioitu kilpailun tärkeimpiä hyötyjä terveydenhuollossa. Siinä oli haastateltu terveyskeskusten, sairaanhoitopiirien ja sairaaloiden johtajia tilaajien ja tuottajien näkökulmista. Näiden terveyspalvelujen tilaajat ja tuottajat näkivät, että kilpailusta saataisiin eniten hyötyjä mm. laboratoriopalveluissa, kone- ja laitehankinnoissa, operatiivisissa ja röntgenpalveluissa sekä sairaankuljetuksessa. Pekurinen 1994 s. 1–10. Tutkimuksen mukaan terveydenhuollon tuki- palveluista tai mahdollisesti osittaisesta ulkoistamisesta olisi hyötyä. Prosessilähtöisestä ajattelusta ks. Tanttu 2007 s. 60–62.

2537 Vrt. Savas on todennut, että ”When the arranger and producer are one the same, a bureaucratic cost is incurred, the cost of maintaining and operating a hierarchical system. When the arranger is different from the producer, there is a transaction cost, the cost of hiring and dealing with an independent producer.” Savas 2000 s. 66.

2538 KM 1988:36 s. 54.

2539 Mia Toivasen väitöskirja käsittelee sähköisten asiointipalvelujen järjestämistä kunnissa. Niiden rooli monissa kunnissa ei ole ollut palvelurakenteen uudistaminen, vaan uudet sähköiset palvelut ovat täydentäneet olemassa olevia palveluvalikoimia. Toivanen 2006 s. 178.

Kunnallistalouden informaatiojärjestelmästä ei aina saada optimaalista hyötyä irti, etenkin kun haetaan vaihtoehtoisia palveluntuotantotapoja. Talouden keskeisillä tekijöillä on mahdollista tuottaa esimerkiksi valtuustolle tietoa menojen ja tulojen tarkkailusta ja ennustamisesta, toimintojen mittaamisesta sekä vaikutusten arvioinnista²⁵⁴⁰. Informaatiojärjestelmän toimivuuden (mm. ohjauksikysymys) arvioinnin lisäksi valtuuston tiedottamiseen liittyy myös välitön legalistinen funktio (mm. muodollisen oikeusturvan näkökulma²⁵⁴¹), jolloin eri vaikutusten arviointi on monipalvelutuottajajärjestelmissä entistä vaativampaa.

Kuntalaisiin kohdistuvien vaikutusten arviointia voidaan lähestyä monella tavalla. Nopea ennakoarviointi voisi olla kunnallisessa valmistelussa hyvä apuväline, koska silloin on mahdollista raportoida toimivaltaiselle toimielimelle standardinomaisena tarkistuslistana tai taulukoilla tai tekemällä tuloksista yhteenvedon. Etenkin lautakuntatasolle nopea ennakoarviointi soveltuu parhaiten, koska silloin esittelyssä voi olla eri vaihtoehtoja, joita on kuvattu valituilla mittareilla.²⁵⁴² Nopeassa terveysvaikutusten arvioinnissa (TVA) välineenä voi olla kysymyslista tai terveysmatriisi, joiden avulla tarkistetaan, miten kyseinen päätös edistää kuntalaisten terveyttä ja onko se kunnan yleisten terveystavoitteiden mukainen. Ennakoarviointi voi tuoda kunnalliseen päätöksentekoon oikeudellisen tarkastelun lisäksi uusia työkaluja, ja se voi helpottaa vaihtoehtojen valintaa, perustelujen selvempää esille tuomista sekä mahdollistaa osallistumista ja sitoutumista²⁵⁴³. Etenkin silloin kun on välillisesti tai välittömästi on kysymys sellaisesta palvelun tuottamisesta, johon liittyy terveyskysymyksiä, on ennen päätöstä hyvä arvioida mahdollisen palveluntuottajan kanssa, millaista ja minkä laajuista arviointia tarvitaan.

Nopeaa ennakoarviointia on käytetty myös sosiaali- ja terveystoimissa ohjelmien ja lautakuntapäätösten valmistelun apuna, vaikka lainsäädäntö ei tähän velvoita. Ihmisiin kohdistuvien vaikutusten arvioinnissa (IVA) tutkitaan suunnitelmien, ohjelmien ja hankkeiden vaikutuksia kuntalaisten terveyteen ja hyvinvointiin. Nopeaan IVA-malliin liittyy myös kysymyksiä päätösvallasta ja valmistelutyön kasvamisesta, jolloin esittelijän työtaakka voi lisääntyä, samalla kun valmistelijoiden vaikutusmahdollisuus vähenee yhden mallin päätösehdotukseen verrattuna. Toisaalta luottamushenkilöt eivät aina halua tai ole valmiita tekemään päätöksiä, etenkin jos tarjolla on huonoja tai vaikeita vaihtoehtoja, vaikka esittelijän vastuu vähenisi.²⁵⁴⁴ Nopean ennakoarvioinnin ongelmana voi kuitenkin olla se, että siinä tukeudutaan pääsääntöisesti olemassa olevaan tietoon, jolloin valmistelijan tai arvioijan omat tiedot tai kokemukset tai vastaavat arviot voivat johdattaa arviointia ulkoistusesityksen osalta liian objektiivisella tavalla²⁵⁴⁵. Jos toiminta ja vastuu hajautuvat liian monelle taholle ja toimintaa ohjaava säännöksenttä on tulkinnallinen ja pirstaleinen, riskejä ja niiden hallintaa on punnittava monesta

2540 Harisalo 1988 s. 94. Ks. myös Tala 2005 s. 173.

2541 Muodollinen oikeusturva painottaa kunnan päätöksenteon ja menettelyn lainmukaisuutta. Ks. Mäenpää 2005 s. 5.

2542 Ks. Kauppinen–Nelimarkka–Helinko 2007 s. 46. Ennakoarvioinnilla tarkoitetaan ulkoistamisesta päätettäessä sitä, että arvioidaan ennalta eri palvelutuotantotapojen vaikutuksia kuntalaisiin.

2543 STM:n suositus 2008:3 s. 16.

2544 Suviranta 2006d s. 218–223.

2545 Vrt. Kauppinen–Nelimarkka–Helinko 2007 s. 46.

näkökulmasta – etenkin silloin kun kunta on antanut tiettyjä kriittisiä tehtäviä oman organisaation ulkopuolelle.

Mitkään säännökset eivät kuitenkaan velvoita tekemään nopeaa ennakoarviointia silloin, kun ulkoistetaan sellaisia toimintoja, joilla on vaikutusta kuntalaisten terveyteen tai hyvinvointiin. Oikeudellisesti kysymys on lähinnä siitä, miten valmistelija ja asiasta päättävä toimielin haluavat käyttää niille annettua harkintavaltaa. Silloin kun ulkoistamispäätöksen tekee valtuusto, on sillä kuitenkin viime kädessä mahdollisuus arvioida KuntaL 53 §:n mukaisesti, onko valmistelu ollut riittävää.

Keskeiseksi nousee monesti kuitenkin oikeudellisen kehikon tunteminen ja hallitseminen, eli missä ulkoistamisprosessin vaiheessa liikutaan. Ulkoistamista ei saisi kuitenkaan nähdä kuntien kannalta ainoastaan juridisena prosessina, jossa vaiheita seuraavat taas uudet säännökset. Tällöin vaarana voi olla, että ulkoistamisesta tulee ja sitä arvioidaan vain *teknisoikeudellisena menettelyinä, jossa demokratianäkökulmat ja vuorovaikutteisuus jäävät taka-alalle*. Ulkoistamisprosessin alussa olisi pystyttävä myös arvioimaan oikeudellisesta näkökulmasta, miten eri tuotantojärjestelmät ja niiden osa-alueet toimivat kunnallisessa ympäristössä²⁵⁴⁶.

Laajamittainen tai kokonaisvaltainen toimintojen ulkoistaminen on kunnissa vielä nuori ilmiö, joten ulkoistamisen vaikutusta tarkasteltaessa ja arviotaessa sekä metodeja mietittäessä voi kansainväliseltä tasolta löytää kyseistä toimialaa ja palvelutuotantotapaa lähellä olevat parhaat käytännöt. Tietyn ulkoistamistapauksen tarkastelu tai vertailu muihin tapauksiin ei ole kuitenkaan täysin ongelmatonta. Pitäisi pystyä arviomaan mallin soveltuvuutta omassa paikallisessa toimintaympäristössä ja tarkastelemaan yksityiskohtaisesti aineistoa, johon käytäntö pohjautuu, ja sitä, mitä muita määrällisiä vertailuaineistoja on olemassa²⁵⁴⁷. Parhaiden käytäntöjen etsiminen voi olla erittäin hyödyllistä koko ulkoistamisprosessin oikeudelliselle tarkastelulle, koska tällöin voidaan huomioida preventiivisesti ne asiat, joista voi tulla myöhemmin juridisia sudenkuoppia. Toisaalta parhaissa tapauksissa voidaan löytää ulkoistamisesta ne käsitteet ja elementit, joita olisi syytä epäselvyyksien vuoksi välttää tai tarkentaa.

Aina yksityinen ei ole parempi ja halvempi vaihtoehto. On olemassa myös päinvastaisia esimerkkejä, joissa ulkoistaminen tai yksityistäminen ei ole onnistunut suunnitellulla tavalla. Ulkoistamisen onnistumisen tai epäonnistumisen arviointi ei ole ongelmatonta, koska eri maissa on eri lähtökohdista tehtyjä ulkoistamisia, jotka harvoin ovat keskenään vertailukelpoisia. Myös tarkastelun näkökulmalla on merkitystä. *Taloudellinen tai oikeudellinen* tarkastelu voivat antaa ulkoistamisen onnistumisesta erilaisen kuvan esimerkiksi tilanteessa, jossa kustannussäästötavoitteet toteutuvat mutta kuntalaiset eivät saa riittävästi palvelua.

Vaikutusten arvioinnissa ongelmaksi tulee erottaa, mitkä liittyvät pelkästään ulkoistamisiin ja mitkä johtuvat siitä, että kunnat ovat muuttaneet tai muuttamassa toimintamallejaan aikoessaan ulkoistaa toimintojaan laajemmin. Ongelmalliseksi tilanteeksi on muodostumassa se, että kuntalaki sääntelee ja antaa varsin laajan mah-

2546 Ks. Luhmann 1990 s. 15. Luhmannin mielestä järjestelmät toimivat yhdessä suhteessa ympäristöön mutta ovat sisäisesti eriytyneitä osajärjestelmiä.

2547 Vrt. Vakkuri 2008a s. 6. Kouvolan perusterveydenhuollon ulkoistamisen arviointi on rakennettu BSC:n pohjalta. Ks. Vohlonen–Komulainen–Vehviläinen–Vienonen 2010, joka koskee arviota Kouvolan ulkoistetun avosairaanhoidon toimivuutta ja tuloksia.

dollisuuden kunnan eri organisaatiomalleille mutta kunnan eri toimialojen *sääntelyn yksityiskohtaisuus ja velvoittavuus* eroavat huomattavasti. Tällöin eri organisaatio- ja tuotantotapamalleja ei voida rakentaa sisäisesti kovinkaan yksityiskohtaisesti, tai muuten toiselle hallintokunnalle saavutetut positiiviset vaikutukset voivat olla toisella toimialalla negatiivisia. *Kokonaisuuden osalta ongelmaksi tulee monesti horisontaalinen arviointi*, jolloin liikutaan myös eri erityislakien alueella. Ulkoistusten arviointi on tehtävä prosessin alussa ja lopussa, jotta tulos olisi mahdollisimman objektiivinen. Riittävä ja tarpeeksi ajoissa aloitettu arviointi on myös hyvin vahvasti oikeudellinen kysymys.

8.4 Henkilöstön asema

Ulkoistamisissa voi henkilöstön asemaan liittyä monia jo edellä käsiteltyjä vahingonkorvaus- ja rikosoikeudellisia asioita. Tässä keskitytään tarkastelemaan virka- ja työsuhteeproblematiikkaa, kuten palvelussuhteen muotoon ja ehtoihin liittyviä muutoksia. Henkilöstön asema on oikeudellisesti erilainen osittais- ja kokonaisulkoistuksessa sekä virka- ja työsuhteessa²⁵⁴⁸. Eduskunnan hallintovaliokunta on todennut, että pitkällä aikavälillä pitäisi pystyä siirtymään yhteen palvelusuhteeseen²⁵⁴⁹. Perustuslakivaliokunta ja hallintovaliokunta ovat nähneet tärkeänä, että virkasuhteen muuttaminen työsuhteeksi ei saisi huonontaa alkuperäisen palvelusuhteen ehtoja²⁵⁵⁰. Lisäksi perustuslakivaliokunta on painottanut virkasuhteen käyttöä, vaikka tehtävään sisältyisi vain vähäisessä määrin julkisen vallan käyttöä²⁵⁵¹.

Kuntalain 44.2 §:ssä on todettu, että tehtävää, jossa käytetään julkista valtaa, hoidetaan virkasuhteessa. Lainvalmisteluaineistossa on määritelty tarkemmin, mikä päätöksenteko on katsottava julkisen vallan käytöksi²⁵⁵². Virka- ja työsuhteiden selvittäminen ja jaottelu selkeyttää myös osaltaan ulkoistamista. Virkasuhteisia ovat ainoastaan ne, joiden toimenkuvaan kuuluu virkaa edellyttäviä viranomaistehtäviä. Virkojen säilyttämistä voidaan yleisesti perustella perustuslain 2.3 ja 118 §:llä. Pääkriteerinä on, että viranomaistehtäviä, joihin liittyy julkisen vallan käyttöä, ei voida ulkoistaa ainaakaan täydellisesti. Tällöinkin viranomaistehtävien määrittely ja sisältö on pystyttävä avaamaan yksityiskohtaisesti eri säännösten pohjalta. Ulkoistamisissa joudutaan usein punnitsemaan myös julkisen vallan ja julkisen hallintotehtävän käsitteitä silloin kun virkasuhteita muutetaan työsuhteisiksi²⁵⁵³.

Ulkoistaminen on mahdollista ainakin tila- ja tukipalveluissa, kuten ruoka- ja siivouspalveluissa, kuljetuksissa sekä tietyin edellytyksin myös opetusta tukevissa tehtävissä tai palveluissa, joissa ei vaadita virkaa tai julkisen vallan käyttöä. Virkaa tai virkavastuuseen liittyviä asioita on mahdotonta ulkoistaa, koska virkaan sisältyy lainsäädännöllisiä vaatimuksia ja velvollisuuksia, kuten virantoimitusvelvollisuus, salassapitovelvollisuus

2548 Näin on todettavissa KuntaL 44.1 §:stä.

2549 HaVM 18/1994 s. 12. Hallituksen esityksessä kuntalaiksi on myös todettu, että avoimiksi tulevat virat pitäisi muuttaa työsuhteiksi, ellei niihin liittyy viranomaistehtäviä. HE 192/1994 s. 99.

2550 HaVM 31/ 2002 s. 5.

2551 PeVL 64/2002 s. 2. Julkisen vallan käytöstä ks. myös luku 4.2.3.

2552 Ks. HE 196/2002 s. 8.

2553 Ks. HaVM 31/2002 s. 5. Näistä käsitteistä ks. lisää luvusta 4.2.

sekä virkamiehen rikosoikeudellinen ja vahingonkorvausvastuu. Viranhaltijoilla on myös paremmat irtisanomis- ja palvelusturvasuojat.²⁵⁵⁴ Opetustehtävien ulkoistukseen liittyy myös rajanveto siitä, mitä voidaan ulkoistaa ja mitä ei. Yhtenä kriteerinä on virkatehtäviin liittyvä vastuu. Vahingonkorvauslain mukaan virkamiehen vastuu on pääperiaatteiltaan sama kuin työsuhteisen²⁵⁵⁵, mutta virkamiehen osalta korvausvastuu voi tulla myös esimerkiksi KuntaL 75 §:n mukaisesti tilimuistutuksesta, josta kunnanvaltuusto päättää.

Laajamittaiset ulkoistukset vaikuttavat aina monella tavalla henkilöstöön. Yhteistoimintalain (449/2007) 5 §:n mukaan asiaan liittyy myös yhteistoimintamenettely, eli kunnan on neuvoteltava sen henkilöstön kanssa, johon ulkoistus vaikuttaa, ennen kuin ulkoistuksesta päätetään. 13.4.2007 säädettiin laki työnantajan ja henkilöstön välisestä yhteistoiminnasta, joka täsmentää osapuolten välistä yhteistoimintaa pääpiirteissään seuraavasti:

Yhteistoimintamenettely velvoittaa työantajan neuvottelemaan ja arviomaan henkilöstön kohdistuvia muutoksia silloin, kun nämä muutokset vaikuttavat oleellisesti henkilöstön asemaan. YhteistoimintaL 5 §:ssä todetaan, että kunnan on neuvoteltava ennen päätöksentekoa valmisteilla olevan yhteistoimintamenettelyn piiriin kuuluvista asioista, kuten valmisteluun liittyvien toimenpiteiden perusteista, vaikutuksista ja vaihtoehtoista, vähintään niiden kanssa, joita asia koskee. YhteistoimintaL 4 ja 5 §:n mukaisten ulkoistettavien palveluiden kilpailuttaminen on käsiteltävä yhteistoimintamenettelyssä, jossa selvitetään kilpailutuksen vaikutuksia henkilöstön asemaan, työtehtäviin ja sijoitteluun. Liikkeenluovutuksessa luovuttajan ja luovutuksen saajan on yhteistoimintaL 11 §:n mukaisesti selvitettävä ajankohta, syyt, seuraukset sekä työntekijöitä koskevat toimenpiteet.

Silloin kun toimintoja ulkoistetaan ja henkilöstöä siirtyy ulkoistuksen mukana, on valmistelun lisäksi päätökset perusteltava huolella, vaikka joissakin tilanteissa hallinnollinen menettelytapa on määritelty lakia väljemmäksi²⁵⁵⁶. Kunnissa sovelletaan yhteistoimintamenettelyä, jossa on joltakin osin samoja piirteitä kuin valtion yhteistoimintalaissa. Yleissopimuksessa on mainittu, että yhteistoimintamenettelyn tarkoitus on edesauttaa mm. kunnallisen palvelutuotannon tuloksellisuutta ja henkilöstön mahdollisuuksia vaikuttaa omaan työhönsä. Palvelujen ulkoistamisen kannalta keskeinen on yhteistoimintasopimuksen kohta, jossa on määritelty henkilöstön asemaan oleelliset vaikuttavat palvelutoiminnan muutokset.²⁵⁵⁷ Yhteistoimintamenettely tuo lukuisia veloitteita, koska kunnan on työnantajana tiedotettava ja käytävä läpi, mitä vaikutuksia ulkoistamisella on henkilöstön asemaan ja palvelusuhteisiin.

Henkilöstön toimivaltaa voidaan tarkastella harkintavallan näkökulmasta. Jos

2554 KM 1993:33 s. 333. Rikosoikeudellisesta virkavastuusta on vuonna 2002 säädetty uudestaan. Ks. lisää LaVM 10/2002.

2555 Koskinen–Kulla 2005 s. 223.

2556 Hurskainen 2003 s. 26; Ks. HaVL 29/2002 s. 9.

2557 Koskinen–Kulla 2005 s. 185–186. Kuntayhtymän purkamisesta ja tehtävien siirtämisestä jäsenkunnille oli sovittu, että viranhaltijat siirtyvät soveltuvaan virkaan kunnassa. Vrt. KHO 23.1.2001/102.

palvelua tuottavalla organilla ei ole mahdollisuutta käyttää harkintavaltaa, ei kyse ole julkisen vallan käytöstä, ja tällaisiin päätöksiin ei voida myöskään kunnan puolella hakea muutosta. Jos kunnallinen yhtiö tai liikelaitos (jolle toimintoja on osittaisulkoistettu) tekee esimerkiksi henkilöstöön liittyviä päätöksiä yksityisoikeudellisiin säännöksiin perustuen, ei päätöksistä voida tehdä kunnallisvalitusta, ellei kyse ole ollut menettelytapavirheestä tai toimivallan ylityksestä²⁵⁵⁸. Päätöksestä on kuitenkin mahdollista tehdä oikaisuvaatimus esimerkiksi sillä perusteella, että päätös ei ole tarkoituksenmukainen. Tällöin ratkaisevaa voi ainakin asianomaisen henkilön kannalta olla, mille organille oikaisuvaatimuksen käsittely on annettu.

Tiettyjen hyvinkin autonomisten viranhaltijaryhmien, kuten lääkärien, toimenkuvaan voi tulla poikkeuksia, kun palveluja tuotetaan uudella tavalla. Terveydenhuollossa lääkärit voivat olla kahdessa roolissa eli sekä tilaajan että tuottajan palkkalistoilla, mikä voi tuoda monia niin hallinto-oikeudellisia kuin sopimusoikeudellisia ongelmia. Tällaisessa tilanteessa voidaan kysyä, onko kyse tilaajan näkökulmasta työnantajaa haittaavasta kilpailevasta työstä, jos lääkäri on tulosvastuullisessa esimiesasemassa kunnassa mutta toimii myös palvelun tuottajan palkkalistoilla.²⁵⁵⁹

KHO 1995 A 28. Tapauksessa oli kyse sivutoimen hoitamisesta. Tulosityksikön johtajan toimi yhdistyksen vastaavana ylilääkärinä, ja osastonhoitaja oli toimitusjohtajana. Samalla erikoislääkärit tarjosivat lääkäripalveluja terveyskeskuksille itsenäisinä ammatinharjoittajina tai työsuhteessa. Sairaanhoidopiirin näkemyksen mukaan sairaanhoidopiirin henkilöstöön kuuluva viranhaltija ei voi kilpailla samojen tuotteiden myynnistä sairaanhoidopiirin kanssa itsenäisenä yrittäjänä tai toisen palvelun tuottajan palveluksessa, koska kyseinen toiminta voi aiheuttaa haittaa sairaanhoidopiirille. KHO kielsi tulosityksikön johtajana toimivalta lääkäriltä, osastonhoitajalta ja erikoislääkäreiltä sivutoimen harjoittamisen.²⁵⁶⁰

Vaikka ns. terveydenhuollon kaksoisroolit ovat lisääntyneet palvelujen ostamisen ja lääkäripulan myötä, oikeustapauksia on toistaiseksi vähän. Ulkoistamisen osalta sivutoimien tarkastelussa vaikuttavat keskeisesti viranhaltijan asema kunnassa tai kuntayhtymässä, eturistiriitamahdollisuudet, kenen virkatehtäviin valvonta kuuluu sekä sivutoimen laajuus ja asema. Aina ei sivutoimen tarkastelu tilaajan ja tuottajan näkökulmasta yksistään riitä, koska esimerkiksi lääkärit joutuvat käyttämään virka-asemansa perusteella mahdollisesti muitakin ulkoistettuja tukipalveluja, kuten röntgen- ja laboratoriopalveluja. Tällöin asiaa on tarkasteltava oikeudellisena ketjuna, miten palvelun tuottajan ja tilaajan sekä ostettavien ulkoistettujen tukipalvelujen toimivaltuudet ja valvonta on järjestetty. Juridisia rajapintoja aiheutuu esimerkiksi siitä, että viranomaistoiminnassa voidaan erottaa hallintopäätökset ja tosiasialliset toimet, joista jälkimmäiset jäävät monesti varsinaisen hallintotoiminnan ulkopuolelle²⁵⁶¹. Viranhaltijan sivutoimista on säädetty laissa kunnallisesta viranhaltijasta (304/2003) 18 §:ssä. Laissa kunnallisesta viranhaltijasta 18.3 §:n on säädetty tasapuolisuudesta ja

2558 Ks. R. Myllymäki 2008 s. 28.

2559 Vrt. Saipio–Niittyliä 1996 s. 169.

2560 Vrt. KHO:2003:24; KHO 8.10.2002/2433.

2561 Mäenpää 1991b s. 32.

kilpailevan toiminnan harjoittamisesta, johon terveydenhuollon kaksoisrooli-problematiikka liittyy.

Kuten tutkimuksen neljännessä luvussa käsiteltiin, yksityinen koulutus ja koulutuspalvelut oli mahdollisuus hankkia tietyin reunaehdoin myös ei-julkisilta orgaaneilta. Tällöin myös opetushenkilöstön oikeudellinen asema määräytyy työsopimuslain mukaisesti. Riippumatta orgaani muodosta koulutusta koskevan lainsäädännön asettamat tehtävät ja velvollisuudet koskevat myös yksityisen järjestämää koulutusta palveluksessa vaikka henkilöstö on työsopimussuhteessa työnantajaansa. Eri ulkoistamistilanteissa oikeudellista rajanvetoproblematiikkaa lisää se, että eri palvelussuhdelajien oikeuksissa ja velvollisuuksissa on selvästi eroja.²⁵⁶²

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 irtisanomisperusteet²⁵⁶³. Tällöin 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.

*KHO:2008:30. Ratkaisussa oli painotettu sitä, onko työ vähentynyt olennaisesti ja pysyvästi, sekä uudelleen sijoittamisen ensisijaisuutta, johon yksikköraajat eivät saa vaikuttaa. Taloudellisia ja tuotannollisia irtisanomisperusteita on tarkasteltava koko palvelussuhteen ajan. KHO kumosi päätökset viranhaltijan virkasuhteen muuttamisesta osa-aikaiseksi. KHO:n päätöksestä käy ilmi, että kunnan on tosiasiallisesti hyvin vaikeata tasapainottaa talouttaan henkilöstöön kohdistuvien vähennyksien ainakaan yksittäisiä viranhaltijoita vähentämällä.*²⁵⁶⁴

Viranhaltijoiden siirtyessä ulkoistetun palveluntuottajan palvelukseen, muuttuu heidän asemansa monella tavalla. Silloin kun liikkeen luovutus koskisi terveyskeskuksen lääkäripalveluja, on tarkasteltava, millainen oikeudellinen asema henkilöstölle jää. Kunnan ja yksityisen välillä on eroja myös työsuhteisten oikeudellisessa asemassa, kuten rikosoikeudellinen vastuussa, eläkeoikeudessa ja oikeudessa tehdä työsopimuksia²⁵⁶⁵. Laissa kunnallisesta viranhaltijasta on 25 §:ssä määritelty viranhaltijan asema. Olennaisin ja suurin muutos henkilöstön oikeusturvan kannalta on se, että kunnasta siirtyvillä viranhaltijoilla ei ole yksityisen palveluntuottajan palveluksessa virkasuhteeseen liittyviä etuja tai vastuuta. Vaikka palveluntuottaja tuottaisi pääasiallisesti samat pal-

2562 HaVL 8/1998 s. 2–3. Ks myös HaVM 5/1994.

2563 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. Ks. KKO 2009:37. KKO:n päätös koski kunnan hätäkeskuksen toimintojen siirtämistä hätäkeskuslain nojalla perustetun valtion ylläpitämän hätäkeskuksen tehtäväksi, jolloin kysymys ei ollut liikkeen luovutuksesta.

2564 Vrt. liikkeen luovutus. KKO 2008:88.

2565 Harjula–Prättälä 2004 s. 341. Ks. HE 68/2008.

velut kuin esimerkiksi terveyskeskuksen virkalääkärikunta, kunnalla on oltava oma virkasuhteessa toimiva viranhaltija, joka käsittelee ja valvoo asioita virkavastuulla. Hallintovaliokunta on myös nähnyt ongelmallisena virkasuhteiden muuttamisen työsuhteiseksi. Tämä liittyy vahvasti henkilöstön lisäksi myös kuntalaisten oikeusturvakysymyksiin ulkoistamisissa:

*”Valiokunta kiinnittää huomiota siihen, että esimerkiksi terveydenhuollossa on siirtymää virkasuhteista työsopimussuhteisiin hoitohenkilöstön osalta. Vaikka virkavastuu koskee osin myös kunnan työntekijöitä, heihin ei sovelleta rikoslain 40:10 ja 11 §:ää, joissa säädetään huolimattomuudesta tai varomattomuudesta tehdystä virkavirheestä. Tämä on valiokunnan käsityksen mukaan kansalaisen kannalta ongelmallista. Kansalaisen kannalta on tärkeää, että hän saa riittävää oikeussuojaa julkisyhteisön palveluksessa olevan henkilöstön suhteen.”*²⁵⁶⁶

Päätäjien lisäksi ulkoistamisissa henkilöstön rooli ja asema voivat muodostua monella tavalla keskeisiksi, koska tietyillä vahvoilla ammattiryhmillä ja eri professioilla voi olla hyvinkin suuri vaikutus ulkoistamisen valmisteluun ja päätöksentekoon. Oikeudelliset asiat ovat usein pääroolissa, mutta ulkoistamisprosessin eri vaiheissa haasteena on, miten hallita ulkoistamisprosessi niin, ettei ulkoistamisesta tule liian voimakas poliittinen prosessi tai valtataistelu eri intressiryhmien välillä. Tällöin se osapuoli, jonka päämäärät voittavat, pystyy myös parhaiten vaikuttamaan siihen, miten ulkoistamista aletaan oikeudellisesta näkökulmasta viedä eteenpäin²⁵⁶⁷.

Ulkoistuksen henkilöstönäkökulma voi koskettaa luottamushenkilöitä henkilökohtaisesti suoraan, jolloin luottamushenkilöistä voi tulla jäävejä ottamaan osaa ulkoistamista koskevaan päätöksentekoon²⁵⁶⁸. Jos valtuutettu on töissä ulkoistettavassa yksikössä, ei hän voi olla päättämässä asiasta valtuutettuna. Tällaisessa tilanteessa on kuitenkin aina pyrittävä erottamaan ulkoistamiseen liittyvät kunnallispoliittiset tavoitteenasettelut ja valinnat sekä hankintalain vaatima kilpailuttaminen ja mahdolliset sopimusoikeudelliset velvoitteet²⁵⁶⁹.

Kunnan tulee arvioida kuinka paljon ulkoistamisprosessin eri vaiheissa tarvitaan valmistelevaa tai valvovaa henkilöstöä. Arvioitava on esimerkiksi henkilöstön rooli, koska ulkoistamisen valmisteluun voi osallistua myös työsopimussuhteista henkilöstöä. Heidän tehtäviinsä ei kuitenkaan voi liittyä julkisen vallan käyttöä. Jos työsopimussuhteessa oleva henkilö osallistuu ulkoistamispäätökseen tekemiseen tai esittelyyn, voi päätös olla pätemätön.²⁵⁷⁰

Lainsäädäntö mahdollistaa ulkoistamisten tapahtuvan siten, että henkilöstö siirtyy vanhoina työntekijöinä uuden organin palvelukseen. Tällöin tehtäväsiirto olisi tulkittavissa työsopimuslain (55/2001)1 luvun 10 §:n ja kunnallisesta viranhaltijasta

2566 HaVM 11/2000 s. 10.

2567 Ks. Mathiesen 1985 s. 53, 73.

2568 Vrt. edellä luku 8.1.5. Lisäksi ulkoistamisesta keskusteltaessa on huomioitava kunnan henkilöstön eläköitymisaste ja se, että kunnan palvelutoiminnassa työskentelee valtaosa ja hallinnossa pieni osa henkilöstöstä.

2569 Oksanen 2007a s. 289.

2570 Kalima 2001 s. 47.

annetun lain (304/2003) 25 §:n tarkoittamaksi liikkeen luovutukseksi. Henkilöstön näkökulmasta etuna olisi, että työnantajan vaihtuminen ei vaikuta palkka-, oma- tai eläke-etuuksiin.

Liikkeenluovutusdirektiivi koskee niin yksityisen kuin julkisen työntekijöiden oikeuksia, kun yritys tai liike tai niiden osa luovutetaan. Yksityistettäessä tai yhtiöitettäessä liikkeenluovutusdirektiivi voi vaikuttaa myös viranhaltijoihin. Sitä ei kuitenkaan sovelleta sellaisiin valtion ja kuntien organisaatiomuutoksiin, jossa työnantaja ei muutu.²⁵⁷¹ Silloin kun kunnan henkilöstöä siirtyy liikkeen luovutuksella kilpailun voittaneelle palvelun tarjoajalle, on samalla ratkaistava, miten asia vaikuttaa henkilöstön etuihin.²⁵⁷² Asia on soviteltavissa esimerkiksi siten, että siirtyvän henkilöstön työsuhdeturva ja eläke-etuudet varmistetaan lisävakuutuksella. Eri ulkoistustilanteissa *henkilöstön asema ja rooli voi olla juridisesti* hyvin erilainen.

Säännökset mahdollistavat eri ulkoistamismuodoissa melko vapaan henkilöstön siirron, kunhan riittävän varhaisessa vaiheessa otetaan huomioon *tiedotusta ja vuorovaikutusta painottava menettelytapa*. Kuntalain yleisen tiedottamisvelvollisuuden lisäksi hallintolain 41 §:ssä on määritelty viranomaisen velvollisuudesta ilmoittaa tiettyjen asioiden vireilläolosta ja vaikutusmahdollisuuksien käyttämisestä. Tällöin asianosaisten lisäksi myös muut saavat tiedon sellaisista asioista, jotka koskettavat heitä esimerkiksi työntekijöinä.

Siirtyvän henkilöstön asemaan vaikuttaa myös ulkoistettavan toimialueen markkinatilanne. Jos toimialueella on pula osaavasta työvoimasta, kunta tilaajana ja tuleva palveluntuottaja todennäköisesti hakevat henkilöstön kannalta motivoivaa ja kestäväää ratkaisua vähintään sopimuskauden ajaksi. Kunnalla on aina mahdollisuus vaatia tarjouspyynnössä, että sopimukseen otetaan kohtia, jotka turvaavat siirtyvän henkilöstön aseman tietyksi ajaksi. Kuten läpileikkaus henkilöstön asemaan liittyvistä asioista osoitti, tuo lainsäädäntö henkilöstön siirron lisäksi reunaehtoja myös siihen, miten uuden palveluntuottajan pitää menetellä henkilöstön kanssa eri ulkoistamistilanteissa. Keskeisinä nousivat esille ne erot, joita työ- ja virkasuhteen määritelmiin liittyy, sekä ne vaikutukset ja problematiikka, jotka ilmenevät ulkoistettujen tehtävien suorittamisena silloin, kun liikutaan julkisen tehtävän, julkisen vallan käytön ja tosiasiallisten hallintopäätösten alueella tai rajapinnoissa.

8.5 Toimintatavat muuttuvat – miten ulkoistaminen vaikuttaa kunnan organisaatioon?

Ulkoistamistapauksissa nousi esille kuntalaisten oikeuksien turvaaminen, lainmuokkauksien tekeminen, hallintotoiminnan legimiteetin takaaminen sekä kuntalaisten näkemysten ja etujen huomioiminen lainsäädännön kehityksen puitteissa²⁵⁷³. Ulkoistaminen tuo päätöksentekoon myös uusia elementtejä, jolloin päätäntävällän muodot ja rajat eivät ole aina yksiselitteisiä – tiettyjen peruselementtien olisi hyvä olla

2571 Mäenpää 1997a s. 290.

2572 Valkama–Kallio–Kankaanpää 2008 s. 86.

2573 Vrt. Mäenpää 1992 s. 319.

olemassa jo ennen ulkoistamispäätöstä²⁵⁷⁴. Toisaalta kunnallisessa ulkoistamisessa sopimus oikeudellisten asioiden vastakkainasettelujen lisäksi kunnan toimintatavat ja rooli tuovat oman yhteiskunnallisen aspektinsa. Ne eivät välttämättä aina välittömästi liity ulkoistamisen oikeudellisiin ja toiminnallisiin asioihin, vaan ne on nähtävä laajempaan toimintamallien kehittämisenä. Ulkoistamisilla on monia vaikutuksia esimerkiksi demokraattiseen päätöksentekoon, kuntalaisiin ja henkilöstöön, ja eri säännökset tuovat erilaisia vaatimuksia kunnan toiminnalle. Kunnallisen itsehallinnon yksi tärkein elementti ovat luottamushenkilöt ja heidän suhteellisen vapaa päätäntävaltansa toiminnan organisoinnissa ja palvelujen järjestämisessä²⁵⁷⁵.

Hakemalla aktiivisesti eri toimintamuotoja paikallisista lähtökohdista voidaan edistää kunnallisten palvelujen tuottavuutta ja laatua. Kunnallisten palvelujen kilpailuttaminen tai vaihtaminen yksityiseen palveluntuottajaan ei sinänsä vielä tuo tehokkuutta, jos kilpailua ei ole riittävästi tai jos palvelusopimukset ovat puutteellisia. Palvelujen laatua ja tehokkuutta on mahdollista tietyissä rajoissa lisätä kilpailuttamalla toimintoja, lisäämällä erilaisia yhteistyömalleja sekä ulkoistamalla toimintoja.²⁵⁷⁶ Hallituksen esityksessä kunta- ja palvelurakennemuutostukseksi on todettu, että ”palveluiden monimuotoiset ja tehostuvat tuotantotavat ja -mallit, joissa apuna käytetään myös yksityisen ja kolmannen sektorin tarjoamia palveluita ja malleja, edellyttävät uutta osaamista.”²⁵⁷⁷

Valtion tarjoamat teesit sekä lisääntyvä että tarkentuva säännöstö luo vain tiettyjä edellytyksiä hakea paikallistason palvelutuotantohaasteisiin erilaisia ratkaisuja²⁵⁷⁸. Ulkoistamiset osaltaan tukevat näitä periaatteita. Myös markkinaehtoisten palvelujen tuottamisen lainsäädännölliset rajoitukset ovat vähentyneet. Lainsäädännön valmistelussa olisi kuitenkin pyrittävä *huomioimaan kuntien erityisolosuhteet* ja paikallisen itsehallinnon perusteet eri tavoin tuotettujen palvelujen kirjon kasvaessa. Silti ainakin peruspalveluiden osalta kuntalaisten perusoikeuksien pitäisi olla entistä vahvemmat orgaanimuodosta riippumatta.

Tietoteknologian hyödyntämistä ja soveltamista demokratian hallintaan on tutkittu muuttuvassa toimintaympäristössä²⁵⁷⁹. Vaikka verkkodemokratia ei lähivuosina syrjäytä nykyisiä demokratiamalleja, se tuo uusia tapoja ja toimintamuotoja. Erilaisilla verkko- ja teledemokratiajärjestelmillä voidaan linkittyä kunnallisen demokratian muotoihin. Verkkodemokratia on jo nyt tuonut uusia ulottuvuuksia ja vaihtoehtoisia malleja kuntalaisten asiakkuuden kehittämiseen. Se voi parhaimmillaan edesauttaa

2574 Savas on todennut, että ”Contracting for services is well known and widely used. It can be implemented if the following conditions are satisfied: (1) There is political leadership and (2) an internal champion promoting the idea; (3) the government is under fiscal stress or otherwise has to reconsider its present practices; (4) large cost savings or other valued improvements are likely; (5) the act is politically feasible; and (6) a precipitating event upsets the status quo and requires change”. Savas 2000 s. 210.

2575 Ks. HE 192/1994 s. 35–36, 38–39.

2576 VM:n työryhmämuistioita 9/2003 s. 44, 46.

2577 HE 155/2006 s. 7.

2578 Ks. lisää VM:n tuottavuusohjelmasta 2010.

2579 Ks. Tala 2005 s. 44.

mm. vuorovaikutusta ja julkisuutta.²⁵⁸⁰ Tietoteknologiaa hyödyntämällä on mahdollista löytää ratkaisuja palvelujen tuottamiseen, niin että demokratian eri muodot eivät kuihdu, vaikka palvelun tuottaisi yksityinen orgaani. Laajamittaisen sähköisen asioinnin ja mobiiliteknikan hyödyntäminen on kuitenkin vielä ontunut kunnallisissa palveluissa – asiakkuuden ja palveluntuottamisen eri muotoja ei ole pystytty laajasti kokoamaan. Etenkin sosiaali- ja terveydenhuollossa yhtenä keskeisenä kysymyksenä on, kuinka pitkälle asiakkaan tietoja voidaan antaa ja hoitaa sähköisten menetelmien avulla siten, *etteivät asiakkaan oikeusturvanäkökulmat vaarannu*. Ulkoistetun palvelun tilaajan pitäisi pystyä turvaamaan riittävä vuorovaikutteisuus päättäjien ja tuottajien kanssa. Samalla kun teknologian uudet muodot tuovat aivan uusia mahdollisuuksia, tulee myös uusia vaatimuksia ohjaukselle ja valvonnalle.

Valtuuston rooli muuttuu, kun palveluja tuottavat entistä enemmän yksityiset. Kunnanvaltuustoja voidaan luonnehtia kuntalaisten toimielimeksi, joiden asema on selkiytynyt kunnan tärkeimpien asioiden ja strategioiden sekä periaatelinjausten teki-jäksi²⁵⁸¹. Demokraattiselle päätöksenteolle on ensiarvoisen tärkeää, että ulkoistettuja ja omia toimintoja voidaan vertailla toisiinsa kuntiin ja valtakunnalliseen tilanteeseen – esimerkiksi miten kuntalaisten hyvinvointi ja terveys sekä palvelutarpeeseen ja -rakenteeseen liittyvät asiat kehittyvät²⁵⁸². *Vertailu- ja laatuindikaattorit* tuovat myös kunnallisille päättäjille perusteita ja myös oikeudellista normitarkastelua sille, miksi tuotantotapoja tai palvelurakennetta on tarkoituksenmukaista muuttaa tiettyyn suuntaan. Käsitteet vaihtelevat siitä, kuinka paljon kunnat voivat plagioida yritysmaailman oppeja ilman, että paikalliseen demokratiaan perustuva kunnallishallinnon luonne muuttuu merkittävästi²⁵⁸³.

Luottamushenkilöiden rooli on kehittynyt etenkin niissä kunnissa, joissa on siirrytty tilaaja-tuottajamalliin. Aidossa tilaaja-tuottajamallissa luottamushenkilöiden roolit ovat selkeämpiä ja esimerkiksi tilaajalautakunnan on yksikertaisempaa keskittyä ulkoistetun palvelun seurantaan ja kehittämiseen silloin, kun tilaaminen ja tuottaminen eivät ole samalla toimielimellä. Kuvio 3 havainnollistaa tilaaja-tuottajamallin haasteita kunnallisen päätöksenteon ja toimivallan näkökulmasta.

Ongelmallisia ovat usein toimintojen rajapinnat, joustavuus ja organisaation hallittavuus. Kuviossa 3 ylimpänä on kuvattu valtuuston roolin muutosta tilaaja-tuottajamallissa. Kuntalain talousarvion käsittelyn lisäksi valtuusto ohjaa toimintaa palvelusopimuksilla. Tällöin tarkasteltavaksi tulee, kuinka tilaajan ja tuottajan toimivalta- ja resurssikysymykset on ratkaistu. Tilaja-tuottajamalli ei saisi johtaa hallinnon kasvamiseen, kuten voi käydä esimerkiksi kuntaliitoksissa, joissa hallintoon voi syntyä

2580 Anttiroiko 2000 s. 298–300. Kunnallishallinnossa on yleistynyt informaatio-ohjaus, jolla tarkoitetaan sitä, että kunnallishallinnossa tietyn yksikön välttämä palautetieto voi käynnistää päätöksiä, valmistelua sekä vertailua. Informaatio-ohjausta on pidetty parempana kuin perinteistä normi- tai resurssiohjausta. Palautetietoa hyödyntäen voidaan kunnassa pitää seminaareja ja tiedotustilaisuuksia. Sen ongelmana on, että sillä ei ole oikeudellista vaikutusta ja sen käyttö ja hyödyntäminen on niin yksilö- kuin kuntatasolla vaihtelevaa. Vrt. Sinkkonen–Kinnunen 1994 s. 50.

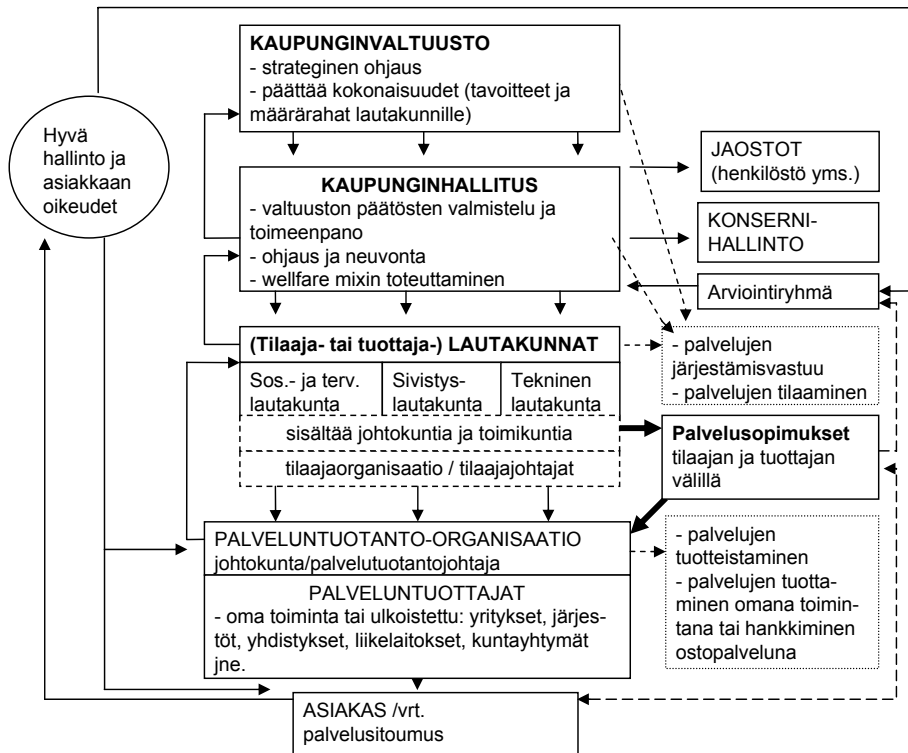
2581 Rynnänen 1996 s. 31.

2582 Stakesin SOTKANet-verkkopalvelussa on erilaisia indikaattoreita seurantaan ja vertailun tekemiseen. Ks. www.sotkanet.fi.

2583 Paulsson–Riberdahl–Westerling 1993 s. 50.

tuplaorganisaatio²⁵⁸⁴. Sitä ei voida pitää palveluntuotannon tai kuntalaisten kannalta tarkoituksenmukaisena.

Tilaja-tuottajamallissa tilaajan (lautakunta) ja tuottajan (johtokunta) asema voi olla hallintosäännössä hyvinkin vahva, jolloin kunnanhallitus keskittyy lähinnä laajempiin strategisiin kysymyksiin ja ohjaukseen. Lautakunta edustaa tilaajaviranomaista tai muuta säännöksissä määriteltyä toimielintä, jolla on kuntalain mukainen järjestämisvastuu ja joka on määritelty tarkemmin hallintosäännössä ja palvelusopimuksessa. *Palvelusopimusten* laadinta ja niiden läpikäynti on pääasiassa tilaajalautakuntien vastuulla. On olemassa myös malleja, joissa lautakunta on tuottajan roolissa. Tämä malli on kevyempi ja sopii paremmin pieniin ja keskikokoisiin kuntiin. Kuvion toiseksi alimmainen osa kuvaa tuotanto-organisaatiota, joka vastaa palvelun operatiivisesta johtamisesta. Johtokunta keskittyy tuotantoon ja tuo liiketoiminnallista näkemystä tuottamiseen. Palvelun ulkoistamisesta vastaa yleensä tilaajalautakunta, mutta palvelusopimuksissa voidaan sopia, että tuottajalla on mahdollisuus käyttää tiettyjä osa-alueen ulkoistuksia.



Kuvio 3. Toimielinten roolit ja tehtävät tilaaja-tuottajamallissa sekä ulkoistuksissa

Kuvio 3 tuo esille, että uusissa malleissa on myös paljon ongelmia rajapintojen ja vastuiden osalta. Ne voivat johtaa osaoptimointeihin, ellei kokonaisuutta tarkastella

2584 Ks. Kanerva 2008 s. 34.

monesta näkökulmasta. Uusissa toimintatavoissa, joista on vähän kokemusta, olisi hyvä olla taho tai toimielin, joka arvioisi reaaliaikaisesti eri osapuolten toimintaa ja palvelun laatua. Yhtenä ratkaisuna on kuviossa esitetty arviointiryhmä, joka koostuisi tilaajasta ja tuottajasta riippumattomista ulkopuolista asiantuntijahenkilöistä²⁵⁸⁵. Arviointiryhmän tehtäväksi tulisi arvioida tilaajan ja tuottajan toiminnan tarkoituksenmukaisuutta ja rooleja, asiakaspalvelun toteutumista ja kehittämistä sekä valtuuston asettamia tavoitteita säännöllisesti mahdollisimman reaaliajassa. Yhtenä keskeisenä organisatorisena kysymyksenä on, onko johtokunta alisteinen lautakunnalle vai onko ne rakennettu tasa-arvoisiksi. Pienemmissä kunnissa asiaa selkeyttää se, että lautakunta vastaa joiltain osin asemaltaan suurimpien kaupunkien tuotantojohtokuntaa ja kunnanhallituksen asema tilaajana vahvistuu. Jos johtokunnat ovat poliittisesti valittuja, ongelmaksi voi tulla lautakunnan ja johtokunnan tehtävien rajanveto erityisesti poliittisesta näkökulmasta.

Kuntalaisten vaikuttamisen kannalta ei-toivottu kehityssuunta on, että tilaaja-tuottajamalleissa on myös piirteitä, jotka voivat johtaa raskaampaan hallintoon ja epäselviin vastuisiin. Toimielimillä ja viranhaltijoilla voi olla päällekkäisiä toimivaltuuksia, ja kaikkia tehtäviä on vaikea kuvata sisäisissä johtosäännöissä, joten tiedonkulun pitäisi olla toisella tasolla kuin perinteisimmissä funktionaalisissa organisaatiomalleissa. Vaikka kummatkin osapuolet ovat sisäisissä tilaaja-tuottajamalleissa viranomaisia, vastaa kuitenkin tilaaja viime kädessä eri viranomaistoimintojen toteutumisesta.

Sisäisen tilaaja-tuottajamallin etuja on vaikea löytää nykyisten säännösten valossa, ja se onkin perusteltavissa ainoastaan siirtymävaiheeksi, jonka aikana omia toimintoja modernisoidaan ja kehitetään niin, että niitä voidaan avata myös osittain avoimelle kilpailulle. Tilaaja-tuottajamalli vaatii laajemmin johtosääntöjen sekä muiden toimivaltakysymysten ratkaisemista, jotta järjestelmä voisi reaali maailmassa toimia ja tuoda kunnalle lisäetuja, kun toimintoja kilpailutetaan. Jos kunnassa siirrytään tilaaja-tuottajamalliin ulkoistetussa palvelussa, pitäisi myös luottamushenkilöiden sisäistää uusi rooli ja pystyä keskittymään strategisesti tärkeisiin asioihin, kuten kuntalaisten palvelutarpeen arviointiin ja rahoituskysymyksiin²⁵⁸⁶. Keskeiseksi kysymykseksi nousee, pystyvätkö erikokoisten kuntien keskeiset päätöksentekijät omaksumaan tilaaja- ja tuottajaroolit sekä tarkastelemaan erilaisia arviointikriteerejä, kehitysnäkymiä ja muita strategisia näkökohtia. Eräs olennainen asia on, miten päätöksentekokompetenssi on järjestetty ja mitä ulottuvuuksia se tuo suhteessa mahdolliseen sopimuskomppaniin²⁵⁸⁷.

Ulkoistamisen näkökulmasta vaarana on, että kunta nähdään vain paikallisten palvelujen tuottajana (ei järjestäjänä), vaikka kunnan tehtäväkenttä on kokonaisuudessaan paljon laajempi²⁵⁸⁸. Kunnalliseen toimintaympäristöön liittyy aina jonkin verran erilaisia jännitteitä, koska luottamushenkilöt tuovat kunnalliseen valmistelun

2585 Arviointiryhmä suorittaisi esimerkiksi auditointia. Kyse ei olisi kuitenkaan kuntalain mukaisista tarkatuslautakunnan tehtävistä, vaan ryhmä suorittaa arviointia preventiivisesti ja muut luottamuselimet voivat hyödyntää omassa työssään syntynyttä materiaalia. Ks. esim. Meklin 2000 s. 133–135.

2586 Ks. Brorström–Haglund–Solli 1999 s. 26; Valkama 2004 s. 55; Valkama 2008 s. 117.

2587 Warling–Nerep 1995 s. 154.

2588 Kuntalaissa oli mainittu, että kunnan on itsehallintonsa nojalla hoidettava sen itselleen ottamat ja laissa annetut tehtävät, joiden pääasiallinen tarkoitus on asukkaiden hyvinvoinnin ja kestävän kehityksen edistäminen. Heuru 1995 s. 65.

ja päätöksentekoon omat näkökulmansa ja vaatimuksensa. Näin ollen politiikan ja hallinnon välille muodostuu entistä enemmän uusia konflikteja²⁵⁸⁹, jotka voivat tulla esille esimerkiksi järjestettäessä palveluja uudelleen. Vaikka kuntien palvelujen järjestämis- ja organisointitavat ovat kehittyneet, määräytyy vieläkin suurin osa kunnan palveluista lainsäädännölliseltä pohjalta. Toiseksi talouden realiteetit sanelevat myös palvelujen tuottamistapoja. Useissa kunnissa lähdetään raamibudjetista: kunnanhallitus antaa hallintokunnille ja lautakunnille viranhaltijoiden valmisteleman raamin, joka perustuu hyvin pitkälti arvioituihin tuloihin²⁵⁹⁰ – eikä uusien toimintatapojen hakemiseen asiakas-tuottajanäkökulmasta.

Ulkoistetun toiminnan ohjausta lähestyttiin aiemmin ainakin *markkinaohjauksen ja julkisen ohjauksen näkökulmasta*, joihin liittyy myös asiakkuuden hallinta. Kun markkinaohjaus ei toimi, voivat kunnat käyttää hallinnollista ohjausta, joka tuo tiettyä stabiliteettia ja luottamusta, kun taas markkinaohjaus korostaa kilpailua, sopimusta ja kontrollia mikä toi päätöksenteolle uusia vaatimuksia²⁵⁹¹. Kunnallinen demokratia ja julkisen hallinnon periaatteet tuovat yksityiset palveluntuottajat erilaisten oikeudellisten säännösten ja periaatteiden kehikkoon – ei-julkiset organit tuovat myös yleensä omat vaikutuksensa kunnan organisaation toimintaan. Samalla yksityinen palveluntuottaja joutuu huomioimaan, että kunnallisessa tilaajaohjauksessa tilaajat joutuvat tasapainoilemaan poliittisten ja ammatillisten tavoitteiden sekä liiketoiminnallisten näkemysten välissä.

Ulkoistuksissa viranhaltijoiden ja luottamushenkilöiden rooli muuttuu juridisesti sopimusjohtamiseksi, mikä vaikuttaa siihen, mitä oikeudellisia keinoja kunnalla on käytössä. Toisaalta viranhaltijajohdon roolit ovat selkeämmät, koska säännöksillä on hyvin tarkasti määritelty viranhaltijoiden vastuut ja toimivalta. Informaatio-ongelmat kohdistuvat yleensä luottamushenkilöorganisaatioon, elleivät pelisäännöt ja toimintatavat ole vakiintuneita. Etenkin suurissa ja monimutkaisissa ulkoistamisissa on hyvä sopia, kuka tai mitkä tahot antavat tietoa asioiden etenemisestä poliittiselta puolelta, jotta viestintä olisi mahdollisimman johdonmukaista ja selkeää ja välttyttäisiin ristiriitaiselta informaatiolta. Luottamushenkilöillä tai kunnanvaltuuston ryhmällä ei ole kuitenkaan minkäänlaista oikeudellista velvollisuutta organisoida omia kannanottojaan, ja ulkoistamisprosessin tiedotus on viime kädessä viranhaltijoiden vastuulla.

Lakisääteiset palvelut käsittävät hyvin laajan tehtäväkentän, ja kuntalaisille on tullut paljon uusia oikeuksia. Nämä tehtävät ja oikeudet kuitenkin vaikeuttavat kunnan talouden tasapainossa pysymistä. Kunnan on siis pystyttävä tasapainoilemaan palveluiden järjestämisvelvoitteen ja taloudellisten reunaehtoien kanssa²⁵⁹². Jälkim-

2589 Lawton–Rose 1994 s. 15.

2590 Karila 1998 s. 89–90.

2591 Berlin 2006 s. 319–320. Ulkoistamisen sopimusohjaus tulee ongelmalliseksi esim. sosiaali- ja terveydenhuollossa, kun mietitään, miten tasapuolisuuden ja oikeudenmukaisuuden vaatimuksia mitataan. Vrt. Idänpää–Heikkilä 2007 s. 59.

2592 Kunnas on todennut, että laaja-alainen määrittely johtaa kuntien toiminnan erilaisuuteen, jota perustellaan demokratian toimivuudella. Lisäksi hän asettaa taloudellisesta näkökulmasta kyseenalaiseksi tällaisten päämäärien tavoittelun, jos kunnalla on rajoittamaton valta rahoittaa toimintansa pakkojäsenyyteen perustuvalla asukkaiden ja muiden juridisten henkilöiden verotuksella. Kunnas 1995 s. 11. Ulkoistamisen näkökulmasta voidaan kysyä, mitä ongelmia kunnalle ja kuntalaisille voisi aiheutua, jos kunnan mahdollisuudet kehittää kuntaa ja palveluntuottamistapoja kapenisivat huomattavasti seuduilla, joilla kokonaisulkoistaminen ei toimisi esimerkiksi kilpailun puutteen vuoksi.

mäisestä säänneltiin KuntaL 65 §:ssä, johon on lisätty alijäämän kattamisvelvollisuus. KuntaL 2.1 §:n kohdassa taas kunta on velvoitettu hoitamaan laissa sille määritetyt tehtävät. Vaikeassa taloudellisessa tilanteessa olevat kunnat joutuvat pakosta hakemaan tehokkaampia palvelujenjärjestämistapoja, jotta kuntalain velvoitteet täyttyisivät. Kunnan taloudellisella tilalla (tai tavoitteellisella tilalla) ja ulkoistamisilla näyttäisi olevan vaikutusta siihen, miten niihin asennoidutaan²⁵⁹³. Ulkoistamisissa sekoittuvat samanaikaisesti julkisoikeudelliset ja yksityisoikeudelliset menettelytavat ja säännökset, jolloin keskeiseksi nousee, koko ulkoistamisprosessin hallinta. Eri osapuolten aseman huomioiminen ja oikeussuoja nousevat muutoksissa keskeisiksi niin, että asiakkaan oikeuksia ja demokraattista vaikuttamista ei laiminlyödä.

Kun ulkoistaminen on organisoitu kunnallisen tilaaja-tuottajamallin mukaisesti, ei toimitelimitä ole pääsääntöisesti enää *samanlaista valtaa tai vaikutusmahdollisuutta kaikkiin asioihin* kuin perinteisessä kunnallisessa organisaatiossa. Tilaja-tuottaja-toimintatavoissa ja ulkoistuksissa on paljon samoja piirteitä ja niiden vaikutukset ja mahdollisuudet ovat kunnallishallinnon näkökulmasta samansuuntaisia. Palveluiden ulkoistaminen tuo haasteita kunnan palvelutuotannosta vastaaville, koska kunnallista toimintaa säännellään laajasti oikeusnormein. Perinteisesti säännellyn kunnallishallinnon ja tulospainotteisen palvelun tuottamisen välille voi tulla erilaisia ongelmia.²⁵⁹⁴ Enimmäkseen tämä johtuu siitä, että monesti tilaaja-tuottajamallissa eri toimialueet toimivat tilaajina, jolloin hallituksen mahdollisuus ohjata suoraan toimintoja heikkenee. Toisaalta toimielimiä tulee lisää, ja päätöksenteko hajautuu eri toimielimille (hallitus-tilaajalautakunta-tuotantojohtokunta). Ratkaisevaa on myös se, miten ja mitä toimivaltaa on johtosäännöissä jaettu eri toimielinten sekä viranhaltijoiden kesken.

Tärkeimmät tekijät julkisen sektorin uudelleenarvioinnille ovat resurssien vähentymis-, tehokkuus- ja laatutekijät sekä hajautus. Lisäksi jo edellä käsitellyt monimutkaisemmat toimintamallit ja asiakasajattelu tuo myös uusia näkökulmia kuntien palvelutuotantoon. Strategisen näkemyksen löytyminen on yksi julkisen hallinnon suurista ongelmista. Aina ei myöskään pystytä erottamaan toiminnallisia ja strategisia kysymyksiä toisistaan. Lisäksi julkisessa toiminnassa palvelujen sisällölliset asiat eivät tahdo saada helposti ratkaisua, vaan luottamushenkilöiden ja viranhaltijoiden asiat voivat joutua harmaalle alueelle, jossa ei pystytä löytämään sopua siihen, kenelle asiat kuuluvat.²⁵⁹⁵ Etenkin uusien toimintamallien alussa toimintatavat hakevat muotoaan, eikä kunnan sisäisistä säännöistäkään ole aina tulkinta-apua.

Lainsäädännön tarkentuminen ja lisääntyminen on tuonut myös lieveilmiöitä kunnalliseen toimintaympäristöön. Eri luottamuselinten tosiasiallinen ohjaus- ja valvontavalta kaventuu, kun kuntien toimintaympäristö vaikeutuu erilaisten tuotantotapojen ja mallien lisääntyessä. Tämä voi ilmetä eräänlaisena juridisena rajapintaongelmana kunnallisen ohjauksen ja demokratian näkökulmasta. Todellisen vaikuttamisen läpinäkyvyyden puute tulee ongelmallisemmaksi esimerkiksi silloin, kun kunnan ja lopullisen palveluntuottajan välillä on useita oikeudellisesti itsenäisiä tasoja mutta kunta vastaa kuitenkin viime kädessä palvelujen tarkoituksenmukaisuuden toteutuksesta

2593 Ks. Kovalainen–Österberg–Högstedt 2008 s. 30–31.

2594 Valanta–Pekola–Sjöblom 2000 s. 49; Ryyänen 1996 s. 144–149; Vrt. Idänpää–Heikkilä 2007 s. 45.

2595 Ks. Grandholm–Karlöf 1990 s. 12, 22, 28, 54, 156. Valkama–Kallio–Kankaanpää 2008 s. 74.

kuntalaisilleen. Erityisen ongelmallisina voidaan pitää tilanteita, joissa kunta ajautuu ”lainsäädännön velvoittamana” ulkoistuksiin.

Eri palveluntuottamistavat vaativat aivan *erilaista ja tarkempaa sisällöllistä normitarkastelua siitä, millaisia rajoitteita ulkoistuksille on annettu ja mitä vaikutuksia niillä on*. Ulkoistamisen vaikutukset voidaan jaotella kunnan hallintoon ja palvelun tuottamiseen liittyviin vaikutuksiin. Kunnan hallinnon tehtävät ovat hyvin samanlaisia kuin silloin, kun palvelu tuotetaan omana toimintana korostaen seurantaa ja valvontaa sekä yhdenvertaisuutta. Ulkoistuksilla on myös välittömiä ja välillisiä vaikutuksia sellaisiin toimintoihin, joita ei voi ulkoistaa. Välittömiin viranomaistehtäviin ulkoistus ei tuo niin suuria muutoksia ja vaikutuksia kuin palveluihin, jotka toimivat rinnakkain ulkoistetun toiminnan kanssa. Palvelun tuottamisen vaikutukset liittyvät myös konkreettisesti siihen, millaista palvelua kuntalaiset saavat ja miten he sen kokevat. Toisaalta kunnan oman palvelun tai organisaation tai demokraattisen päätöksenteon toimimattomuutta on uusissa toimintatavoissa vaikea erottaa ulkoistetun palvelun toimimattomuudesta, ellei eri rajapintoja sekä vastuu- ja valtasuhteita ole selkeästi määriteltä. Toimiva ulkoistaminen ei itsessään näyttäisi edellyttävän mitään tiettyä organimuotoa tai toimintamallia.

Oikeussäännöksissä on kuitenkin annettu kunnalle tiettyjä velvoitteita, esimerkiksi miltä osin ja missä yhteydessä kuntalaisten on tiettyjä palveluja saatava. Nämä velvoitteet on huomioitava erikseen, kun palvelua tilataan ja toimintaa resursoidaan. Ulkoistuksen oikeudelliset vaikutukset päätöksenteossa tarkentuvat ja rajautuvat suurelta osin sen mukaan, mistä osa-alueista on kysymys. Osa-alueet ovat tutkimuksen pohjalta jaoteltavissa *oikeudellisiin* (säännösten tulkintaan) ja *toiminnallisiin muutoksiin* (tuotanto ja asiakas) sekä *demokraattiseen päätöksentekoon* (roolit ja toimivalta). Nämä voivat ilmetä yksittäin tai kaikissa kolmessa muodossa samanaikaisesti.

9. LUKU

Kokoavia näkökulmia ja johtopäätökset

9.1 Kunnallishallinnon kehitys ulkoistamisen hallintaan

Tarkastelun keskipisteenä oli, miten eri säännökset ohjaavat ja rajoittavat ulkoistamisen eri muotoja. Lisäksi oikeudellisessa keskiössä oli, mitä vaatimuksia ulkoistamisille on asetettava ja mitä vaikutuksia ulkoistamisen eri muodoilla on. Näin pystytään asemoimaan, miten ja minkälaista ulkoistamista kunnissa ilmenee. Esille nousivat erilaiset toiminta- ja palveluiden tuottamistavat, jotka ovat tuoneet kunnat uusien oikeudellisten kysymysten eteen. Samalla sääntelyn lisääntyminen ja hajanaistuminen sekä vaikutusten arviointi hakevat muotoaan.

Ulkoistamisen osa-alueet jaoteltiin alussa kokonaisulkoistamisiin, osa-alueen ulkoistamisiin ja osittaisulkoistamisiin. Näillä konkretisoitiin, mitä ulkoistamisella tarkoitetaan, mitkä säännökset ohjaavat ulkoistamisia sekä mitä ongelmia eri muotoihin liittyy. Analyysissä ilmeni, että vaikka jaottelun rajoissa on joitakin tulkinnallisuuksia, se selventää ja mahdollistaa ulkoistamisen systematisoinnin kunnallisoikeudellisesti. Samalla arvioitiin kunnallishallinnon päätösvallan ja valmistelun problematiikkaa tarkastelemalla niitä vaatimuksia, joita kunnallinen ulkoistaminen tuo kilpailutukseen, sopimuksellisuuteen ja muihin oikeusturvanäkökulmiin.

Ulkoistamista voidaan perustella pääsääntöisesti taloudellisilla, strategisilla tai teknisillä syillä. Strategisille perusteille pitäisi olla tulevaisuudessa enemmän tilausta eri monituottajamalleissa, vaikka taloudelliset tai tekniset syyt ovat vielä ylikorostuneet. Keskeiset strategiset linjaukset uusista toimintatavoista²⁵⁹⁶ ja monipalvelutuottajamalleista pitäisi tehdä valtuustossa²⁵⁹⁷. Tilaaja-tuottajamallilla oli mahdollista selventää ulkoistusten hallintaa erityisesti ohjauksen, valvonnan sekä oikeudellisten vastuiden että luottamushenkilöiden roolin näkökulmasta²⁵⁹⁸. Toisaalta ulkoistamisen eri muodot eivät itsessään edellytä vain yhtä tietynlaista toimintamallia tai juridista organimuotoa.

Tietynlaiseksi kiistanalaiseksi kehityspiirteeksi nousi, kuinka paljon eri toimintamalleilla voidaan ratkaista eri ongelmia. Esimerkiksi tilaaja-tuottajamalli ei itsessään toimintatapana ratkaise palvelutuotantotapojen muuttuessa eri toimielinten asemaa tai demokratiavajetta vaan vaatii luottamushenkilötoimielinten ja *viranhaltijaorgani-*

2596 Ks. tutkimuksen luku 3.3.1, jossa on esitetty tilaaja-tuottajamallin lähtökohdat. Toisaalta toiminnalliset ja organisatoriset ratkaisut vaihtelevat eri tilaaja-tuottajamalleissa kunnissa niin paljon, että voitaisiin yhtä hyvin puhua eri toimintavoista.

2597 Perustuslaissa edellytetään, että valtuustolla on keskeinen rooli kunnallisissa päätöksenteossa. Ks. Jyränti 2000 s. 152.

2598 STM:n kyselyn mukaan vuonna 2009 oli 121 kunnassa käytössä tilaaja-tuottajamalli.

saation valta- ja vastuusuhteiden pohdintaa oikeudellisesta näkökulmasta²⁵⁹⁹. Toisaalta uudet toimintatavat näyttävät tuovan esille myös toimielinten välille uusia *juridisia rajanveto-ongelmia*, jotka heijastuvat epäselvempinä toimivaltasuhteina ja lisääntyvinä oikeusturvaongelmina. Osa ongelmista olisi kuitenkin korjattavissa yksityiskohtaisemmillä johtosäännöillä.

Kunnan toimialan tulkinnalla ja sen laajuudella on merkitystä eri ulkoistamisvaihtoehtojen näkökulmasta. Toimialakäsityksen muovautuminen ja erityisesti erityistoimialan laajentuminen tarkoittaa tarkempaa normisidonnaisuutta. Kunnan liikkumavara erityisesti osittaisulkoistuksissa riippuu yleisen toimialan tehtävien sisällöstä. Luokittelu selventää, mitä tehtäviä kunta voi antaa yksityisen organoin tuotettavaksi. *Erytistoimialaan kuuluvien tehtävien ulkoistaminen on lähtökohtaisesti suppeampaa ja rajoitetumpaa*. Tarkastelussa tuli ilmi, jos toimintaan ei kohdistu muita erityisvaatimuksia, yleisen toimialan puolella on kunnan vapaus ja harkintavalta eri ulkoistamismuotojen osalta paljon laajempaa kuin erityistoimialan puolella. Sen sijaan lakisääteisten tehtävien ulkoistaminen on sisällöltään rajattu yksityiskohtaisemmin.

Kuntalaki on mahdollistanut ulkoistamisen hyvin laajasti, eikä välittömiä esteitä ole. Toisaalta kuntalaki ei ole pystynyt ohjamaan tai selventämään eri ulkoistusmuotojen ja niihin liittyviä toimintatapojen sovittamisen ongelmia vaan jättää viime kädessä kunnan harkintaan, miten ulkoistamiseen liittyvät tilaajavelvoitteet organisatorisesti ratkaistaan. Kuntien rooli näyttää liukuvan kohti palvelujen järjestäjän roolia, jolloin kuntien toiminnallista ja oikeudellista funktiota pitäisi tarkastella useammasta näkökulmasta. Tähän liittyi myös kokonaisuudessaan ulkoistamisajattelun ja eri näkökulmien esille nostaminen.

9.2 Ulkoistamisen muodot ja käsitteproblematiikka

Ulkoistamiseen liittyvien säännösten tarkastelu edellytti muiden käsitteiden tarkempaa avaamista ja rajaamista, jotta tutkittavana olevan käsitteen sisältö aukenisi ja rajautuisi selvemmin. *Osa ulkoistamiskäsitteen asemoimisen ongelmista johtuu siitä, että yksityistäminen on johdattanut ulkoistamista liian voimakkaasti väärän termin alle*²⁶⁰⁰. Läpi koko tutkimuksen asioita tarkasteltiin kolmen eri ulkoistamismuodon kautta. Analyysissä nousi esille kaksi näkökulmaa, joita tarkasteltiin erikseen että yhdessä: 1. Kaikkia eri ulkoistamismuotoja koskeva yleinen säännöstö. 2. Vain tiettyä aluetta koskeva erityissäännöstö. Jaottelulla pystytään jo alussa selventämään niihin liittyvät oikeudelliset rajoitukset ja vaikutukset. Ongelmana oli, että ulkoistamisen oikeudellinen määritelmä ja käyttö on ollut hyvin epämääräistä – tutkimuksessa annettiin ja rajattiin ulkoistamisen eri muotojen sisältöä. *De lege ferenda* -näkökulmia on nostettu esille myös seuraavissa kohdissa.

2599 Ks. kuviot 1 ja 3.

2600 Tästä hyvänä esimerkkinä on Rasinmäen käyttämä jaottelu formaaliin, funktionaaliseen, materiaaliseen ja organisatoriseen yksityistämiseen. Rasinmäen mukaan yhtiöittäminen olisi organisatorista yksityistämistä, kun taas ulkoistamisen näkökulmasta päädyttiin siihen, että kunnallinen yhtiöittäminen on vain osittaisulkoistamista. Vrt. Rasinmäki 1997; Valkama 2004. Ks. myös edellä 3.2.2.2.

Ulkoistamisen eri muodot erosivat toisistaan oikeudellisesti, toiminnallisesti sekä taloudellisesti. *Kokonaisulkoistamiseksi* määriteltiin kunnallinen päätös, jossa tietty toiminta annetaan kokonaisuudessaan ulkopuoliselle toimijalle tuotettavaksi – siinä organisaation juridinen riippumattomuus ja itsenäisyys ovat todettavissa. Lainsäädäntö ohjaa kuitenkin eniten juuri kokonaisulkoistamisen muotoa kunnissa esimerkiksi hankinta- ja sopimusoikeudellisilla säännöksillä. Kokonaisulkoistaminen korostaa eniten kunnan oikeudellista järjestäjän ja valvojan roolia. Samalla painottuvat myös sopimus- ja vahingonkorvaukselliset asiat.

Osa-alueen ulkoistaminen oli lähellä kokonaisulkoistamista, ja pääsääntöisesti kyseessä on toiminnallisesti ja oikeudellisesti erotettava kokonaisuus. Vaikka orgaanimuodoilla ei pääsääntöisesti ole eroja osa-alueen ja kokonaisulkoistusten välillä, on kunnan näkökulmasta oikeudellisia eroja sisäisessä ohjaus- ja päätöksentekomenetellyssä. Tämä ilmenee siten, että osa-alueen ohjaus ja seuranta on usein hankalampaa, ellei osa-alue ole erotettavissa toiminnallisesti mahdollisimman yksiselitteisesti. Useat ja pirstaloitunut osa-alueulkoistukset aiheuttivat juridisia rajapintaongelmia sekä vaikeuttivat toimielinten vaikutusmahdollisuuksia.

Osittaisen ulkoistamisen määritelmä oli joiltakin osin ongelmallinen, koska rajapintoja voi olla useita, ja oikeudelliset vastuut voivat olla epäselvempiä kuin muissa muodoissa. Osittainen ulkoistaminen on oikeudellisesti heikoin ja epäselvin ulkoistamisen muoto, koska siinä palveluntuottajan ei tarvitse olla itsenäinen orgaani vaan tunnusmerkkeihin riittää se, että se on toiminnallisesti ja taloudellisesti erillinen ja itsenäinen yksikkö²⁶⁰¹. Osittaisiin ulkoistamisiin liittyy myös erilaisia jännitteitä ja oikeudellisia haasteita – etenkin silloin kun kyse on kunnan oman toiminnan ja markkinoilla toimimisen rajanvedosta. Tällöin kilpailuoikeudelliset näkökulmat painottuvat vahvemmin kuin muissa ulkoistamismuodoissa.

Kokonaisulkoistaminen eroaa oikeudellisesti osittaisesta ulkoistamisesta siten, että jälkimmäisessä kunnalla on suoran päätösvalan tai ohjauksen lisäksi mahdollisuus asettaa toiminnalle myös muita tavoitteita. Kokonaisulkoistusta säännellään enemmän yksityisoikeudellisilla säännöksillä, kun taas osittaisulkoistuksiin liittyy enemmän kunnan sisäisiä säännöksiä ja ohjeita.

Ulkoistamisen eri osa-alueiden arvioinnissa on huomioitava, mitä vaatimuksia orgaanille voidaan asettaa: onko orgaanille annettu itsenäistä toimivaltaa ja erottuuko kyseinen orgaani kunnan omasta toiminnasta ohjauksen, valvonnan tai taloudellisen toimintavapauden osalta²⁶⁰². Osittais- ja kokonaisulkoistamisissa liikutaan *erilaisten säännösten ja mahdollisuuksien piirissä myös rahoitusrakenteen ja maksujen kannalta*. Lisäksi julkisoikeudellinen sääntely voi olla huomattavasti kattavampaa ja tiukempaa osittaisulkoistamisen eri muodoissa kuin kokonaisulkoistamisissa. Tämä selittyy osittain sillä, että osittaisulkoistuksissa julkis- ja yksityisoikeudellisia rajapintoja on enemmän ja julkishallinnon säännöt ulottuvat syvemmälle sellaiseen orgaaniin, joka toimii esi-

2601 Tällaisia ovat mm. liikelaitos tai kuntayhtiö.

2602 Konkreettisenä esimerkkinä osittaisulkoistamisen muodoista ovat kunnalliset liikelaitokset. Tätä näkemystä puoltaa se, että kunnallinen liikelaitos voi tehdä toimivaltansa puitteissa yksityisoikeudellisia sopimuksia, jolloin myös mahdolliset erimielisyydet käsitellään yksityisoikeudellisina riita-asioina. Liikelaitoksen asema itsenäisenä toimijana korostuu myös yksityisoikeudellisten sopimuksen osalta.

merkiksi KuntaL 16a §:n (519/2007) kuntakonsernikäsitteen sisällä. Yksi erityispiirre oli, että kunnan osittaisulkoistamista organeilla voi olla velvollisuus tarjota palveluja kyseisen kunnan asukkaille.

Eri orgaanien ulkoistamismuotoja vertailtaessa keskeiseksi tarkastelualueeksi nousi, kuuluuko kyseinen orgaani KuntaL 16a §:n mukaisen määritelmän mukaisesti *kuntakonserniin* ja kuinka suuri määräysvalta kunnalla siinä on. Toiseksi on arvioitava, saako kyseinen orgaani *tukea ja avustusta kunnalta* ja onko kunnalla mahdollisuus käyttää *omistajaohjausta ja valvontaa* kyseiseen orgaaniin vai onko se näiltä osin täysin itsenäinen toimija. Tulkinnallisuutta lisäävät EU-oikeuden säännökset ja systematiikka, joihin hankintasäännösten käsitteet pohjautuvat. Kysymys ei ole viime kädessä kansallisesta käsitteproblematiikasta vaan myös siitä, mihin EU-tuomioistuimen tulkinnat vievät ulkoistamiskäsitteen alaa.

Ulkoistamisen eri muotoja analysoitaessa löydettiin samanlaista riippuvuussuhdetta osittaisulkoistamisen rajanvedon ja HankL 6.1 §:n 4 kohdan hankinnan määrittelyssä. Arvioitavaksi tulee HankL 10 §:n mukaisesti, onko kyseessä ulkoistaminen, jos kunta tekee sopimuksen sellaisen yksikön kanssa, jota kunta *valvoo ja ohjaa samalla tavalla kuin omaa toimintoaan*, joka on organisatorisesti kunnan alaisuudessa ja *jonka hallinnosta kunta vastaa kuin omastaan*. HankL 10 §:ssä mainittujen kriteerien täyttyminen tarkoittaisi, että kysymyksessä on sidosyksikköhankinta eli *in house*-hankinta. HankL 6.1 §:n 4 kohdan määritelmästä saadaan tukea, ja sitä voidaan käyttää laajemmin ulkoistusmuotojen erotteluun. Pääsääntönä on, että jos kyseinen HankL 6.1 § 4 kohdan määritelmä täyttyy, kysymyksessä ei voi olla kokonaisulkoistaminen²⁶⁰³. *In house*-hankinnan käsitteen sisälle jäävä toiminta olisi osittaisulkoistamista. Käsitteiden täsmentymättömyyttä osoittaa myös se, että kunnallishallinnossa puhutaan usein *ulkoistamissopimuksesta*, jota ei tunneta sellaisenaan oikeudellisena käsitteenä. Tämä epämääräisyys voi aiheuttaa tulkinnallisuutta siinä, mitä ulkoistamisprosessin vaihetta sillä tarkoitetaan.

Tutkimuksessa tarkasteltavana olleet käsitteet osoittivat, että samoja termejä voidaan kuitenkin käyttää myös eri tarkoituksissa, joten niiden täsmällisestä merkityksestä ei aina voida olla varmoja. Palvelujen järjestämistä vastuuseen liittyvät vaatimukset ja elementit eroavat monelta osin oikeudellisesti palveluiden tuottamisesta – järjestämistä vastuun tietty geneerisyys tuottaa ongelmia. KuntaL 2.3 §:n termi ”tehtävien hoitaminen” on synonyymi järjestämistä vastuulle. Tämä kuntalain sanamuoto vaatisi kuitenkin selkeyttämistä. Esille nousi, että järjestämistä vastuun käsitteen tarkempi sisältö voi tulla uusien säännösten ja toimintamallien myötä entistä ongelmallisemmaksi, koska eri palveluntuottamistapojen heterogeenisyys jättää oikeudellisille tulkinnallisuuksille entistä enemmän tilaa. Näin *erityislainsäädännön yksityiskohtaisuus ja selkeys nousevat entistä tärkeämpään rooliin*.

2603 HankL 6 §:ssä on mainittu hankintayksiköt, joihin lakia sovelletaan. HankL 6.1 §:n 4 kohdassa on todettu, että julkisoikeudellisella laitoksella tarkoitetaan oikeushenkilöä, joka on nimenomaisesti perustettu tydyttämään sellaisia yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta ja a) jota rahoittaa pääasiallisesti 1–4 kohdassa tarkoitettu hankintayksikkö, b) jonka johto on 1–4 kohdassa tarkoitettujen hankintayksikön valvonnan alainen, taikka c) jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä 1–4 kohdassa tarkoitettu hankintayksikkö nimeää yli puolet sekä 5) mikä tahansa hankinnan tekijä silloin, kun se on saanut hankinnan tekemistä varten tukea yli puolet hankinnan arvosta 1–4 kohdassa tarkoitettulta hankintayksiköltä.

Järjestämismisvastuun käsite kuvaa parhaiten *kokonaisulkoistusten osalta kunnan ja ei-julkisen organin välistä suhdetta ja vastuuta* silloin, kun kunta on antanut tietyn palvelun yksityisen organin tuotettavaksi mutta säilyttää järjestämismisvastuunsa. *De lege ferenda* -näkökulmasta on todettava, että *nykyistä järjestämismisvastuun käsitteeseen liittyvää laajaa tulkintaa pitäisi kuntalaissa asemoida suppeammaksi ja tarkentaa sitä järjestämismisvastuun ja tehtävien hoitamisen osalta erikseen selkeämmillä määritelmillä ja viittauksilla*. Lisäksi järjestämismisvastuu-termi kokoaisi ja selvittäisi nyt eri säännöksissä mainitut tehtävän hoitamisen ja huolehtimisen käsitteet²⁶⁰⁴. Järjestämismisvastuu kuvaisi *selvemmin lähinnä niitä vastuuta ja velvoitteita*, jotka liittyvät kokonaisulkoistuksiin ja osa-alueiden ulkoistuksiin. Tämä kritiikki kohdistuu lähinnä lakitekniisiin ja lakisystemaattisiin näkökulmiin²⁶⁰⁵.

Ulkoistamisen eri muodoissa ja ketjutuksissa järjestämismisvastuun käsitteen problematiikkaan liittyy myös monia poliittisia ja hallinnollisia näkökulmia. Kunnan järjestämismisvastuun tulkinta ja kehityssuunta näyttäisivät olevan erilaisia sen mukaan, tarkastellaanko niitä yksityisen organin vai erilaisten julkisyhteisöjen näkökulmasta. Järjestämismisvastuun käsitteen tarkempi määrittely ja arvioiminen niin *oikeudellisena veloitteena kuin taloudellisten resurssien sitovuuden ja rahoituksen kannalta* olisi tärkeää, koska nykyisten säännösten valossa rajausten ja eri vastuuden tulkinta on moninaista.

Oikeudelliseksi ongelmaksi tehtävien hoitamisen ja järjestämismisvastuun tulkinallisuudessa ja monitahoisuudessa voi muodostua kehityssuunta, jossa rajapinnat hämärtyvät ja samalla talouden, ohjauksen ja eri tuottamistavoista sopiminen siirtyy eri tuottamistavoissa ja osittaisulkoistuksissa ylikunnallisille elimille mutta viimekätinen vastuu (toiminnallinen ja taloudellinen) eri palveluiden järjestämisestä on peruskunnalla.

9.3 Ulkoistetun toiminnan ohjaukselle ja oikeusturvalle asetettavat vaatimukset

Johtamisen ja ohjauksen näkökulmasta tarkasteltiin kunnan organisaatioiden toimintamuotoja ja -malleja sekä sosiaali- ja terveydenhuollon ohjaukselle ja valvonnalle asetettuja erityisvaatimuksia. *Ohjauksen ja valvonnan suhteeseen ja juridiseen muotoon vaikuttaa* ensisijaisesti se, mikä ulkoistamisen muodoista on kyseessä. Ulkoistetun palvelun ohjauksen, johtamisen ja valvonnan yksi tärkeimmistä tehtävistä on tuottaa tietoa ohjauksen onnistumisesta ja toiminnan tuloksellisuudesta sekä niistä ongelmista, joita ulkoistamisen sopimukseen tai toimintaan liittyy.

Ulkoistusten negatiivisia heijastusvaikutuksia voidaan vähentää lisäämällä niiden erityiskysymysten ohjausta ja valvontaa, jotka ovat kuntalaisten palvelun laadun ja oikeusturvan näkökulmasta keskeisiä. Nykyiset säännökset ja ohjeet ovat laadun osalta osin tulkinnallisia. Toisaalta *normeja ei ole kuitenkaan syytä lisätä*, vaan monipalvelutuottajajärjestelmässä suuntauksena pitäisi olla tietynlainen akkreditointi ja auditointi, jossa kunnasta ja palveluntuottajista riippumaton taho arvioisi osapuolia säännöllisesti.

2604 Tehtävän hoitamisen- ja huolehtimiskäsitteitä on käytetty kuntalain lisäksi kansanterveyslain 5.2 §:ssä ja Paras-puitelain 5.3 §:ssä.

2605 Ks. lisää Tala 2005 s. 226.

Silloin myös ohjaus ja valvonta olisi objektiivisempaa ja systemaattisempaa²⁶⁰⁶.

On huomattava, että etenkin suurissa ulkoistuksissa käytetään poliittista ohjausta ja tarkoituksenmukaisuusharkintaa hyvin paljon jo valmisteluvaiheessa. Vaikka poliittisen ohjauksen ulottamisessa jo eri palvelujentuottamistapojen valmisteluvaiheeseen on monia positiivisia puolia, voi myös *liiallisen poliittisen ohjauksen riskinä olla, että oikeussäännösten asettamia reunaehtoja ei huomioida tarpeeksi*. Oikeudellisesta näkökulmasta *roolien selkeyttäminen ja erillään pitäminen* koko ulkoistamisprosessin ajan on tärkeää, jotta ulkoistamisista saataisiin se hyöty, mitä niillä on alun perin tavoiteltu ja ne kestäisivät kaikilta osin objektiivisen tarkastelun.

Valvonnan ja ohjauksen erottelu ei ole ulkoistamisen eri tilanteissa aina selväpiirteistä. Pääsääntöisesti ulkoistettua palveluntuotantoa *ohjataan oikeaan suuntaan, kun taas valvonnan keinoissa on enemmän oikeudellisia elementtejä*. Samalla on huomioitava, millä tasolla tilaaja ja tuottaja palveluntuotannon ohjauksessa liikkuvat ja kuinka kehittyneitä ohjaus on. Ulkoistamisen muodosta riippuu, kuinka hyvin kunnallishallinnossa voidaan soveltaa omistajaohjauksen periaatteita. Selvintä omistajakontrollia on mahdollista käyttää osittaisulkoistuksissa.

Osittaisulkoistamiset ovat tulleet entistä tarkemmin kunnanvaltuuston ja hallitusten ohjausvallan alle, ja niiden rooli sekä eri muodot ovat joiltakin osin selkiytyneet²⁶⁰⁷. Ulkoistetun palvelun toiminnan *ohjaus ja valvonta eroaa eri oikeussäännösten osalta* kuitenkin kunnan omasta palvelutuotannosta ja sisäisestä tilaaja-tuottajamallista. Oma kysymyksensä on, onko edes käytännössä mahdollista (riippumatta sääntelyn velvoittavuusasteesta), että kaikkiin ulkoistettuihin toimintoihin pystyttäisiin aina soveltamaan samoja säännöksiä ja periaatteita kuin kunnan omaan toimintaan²⁶⁰⁸.

Ohjauksen kannalta ongelmalliseksi muodostuvat kokonaisvaltainen sopimuksen hallinta ja riittävä ohjauksen painotus. Lisäksi kuntien ohjausvelvollisuus korostuu kaikissa ulkoistamisen muodoissa, koska *kuntalaiset voivat olla yksityisten palvelujen käyttäjinä oikeudellisesti erilaisessa asemassa* kuin kunnan oman palvelun käyttäjinä. Hyvän hallinnon periaatteet myös täydentävät muita säännöksiä siltä osin kuin asiakkaan oikeudet kunnallisten palvelujen kuluttajana eivät muuten toteutuisi. Hyvän hallinnon toteutuminen korostuu ja saa uusia elementtejä silloin, kun kunnallista palvelua tuotetaan ulkoistettuna. Siitä saadaan *tukea asiakkaan oikeuksien tulkinneelle* silloin, kun yksityisen ja julkisen välille jää harmaita alueita, joista ei ole säädetty tai sovittu osapuolten (tilaajan ja tuottajan) välillä erikseen. Monipalvelutuottajajärjestelmissä kunnat ovat omaksuneet ja kehittävät asiakkuuden eri muotoja usein organisaatiolähtöisesti, jolloin vaarana on, että asiakkuuden eri elementit eri palvelualueilla jäävät tunnistamatta, kuten myös eri oikeudelliset lähtökohdat.

Eri toimijoiden roolit ja sopimussuhteet voivat vaihdella eri palvelumuodoissa, minkä vuoksi eri ulkoistamismuodoille voidaan asettaa erilaisia vaatimuksia. *Sopi-*

2606 Ks. kuvio 3, luvussa 8.5.

2607 Valtuuston asemaa on kuitenkin parannettu lainsäädännöllisillä tarkennuksilla. KuntaL 13.1 § toi vuoden 2007 alkupuolella lisäyksen, että valtuusto päättää kunnan, kuntakonsernitoiminnan ja talouden keskeisten tavoitteiden lisäksi konserniohjauksen periaatteista.

2608 Esimerkiksi hallinto-oikeuden yleisten periaatteiden noudattamisen haasteena voi olla erityisesti yhdenvertaisuusperiaatteen ja suhteellisuusperiaatteen noudattaminen saman kunnan alueella silloin, kun palveluntuotantotapoja on monia erilaisia.

musohjausta ei ole rajattu lainsäädännöllisesti. Sopimusohjausjärjestelmän tuomat oikeudelliset vaatimukset riippuvat kunnan toimialasta ja siitä, miten kyseisen sektorin lainsäädännölliset reunaehdot sekä ohjauksen sisältö ja legitimiteetti on ratkaistu²⁶⁰⁹.

Ulkoistamisen ja siihen liittyvien palvelusopimusten analyysin tuloksena on eroteltavissa kolme päänäkökulmaa:

1. Sopimusten oikeudellinen sitovuus vaihtelee huomattavasti.
2. Sopimusten asemointi ja asema on vielä kunnallishallinnossa epämääräinen.
3. Tavoitteellinen ja pitkän aikavälin tilaajaohjaus ja sopimusjohtaminen haavevat muotoaan.

Sopimuksissa oli erilaisia painotuksia, ja niiden muoto, rakenne, vastuut ja tavoitteet erosivat joiltakin osin toisistaan. Ulkoistamisen problematiikkaa lisää se, että kunnan eri toimialoilla ja eri ulkoistamismalleissa vaaditaan erilaista juridista lähestymistapaa ja painotusta kuin oman toiminnan ohjauksessa ja johtamisessa.

Ulkoistuksissa keskeisenä tekijänä on *sopimusjohtaminen*, joka eroaa hiukan sopimusohjauksesta. Sopimusjohtaminen on kunnissa vielä hyvin nuorta, ja sen painopiste on ennakoinnissa ja sopimuksellisuudessa. Sopimusjohtamista käytetään juridisesti vain kokonais- ja osa-alueen ulkoistamisissa. Tällöin yksityisen organin ja kunnan väliseen sopimukseen kirjatut velvollisuudet ovat keskeisessä roolissa valvonnan näkökulmasta²⁶¹⁰.

Olennaista ulkoistamisissa on se, miten kunta onnistuu ohjauksessa. Laajemmat ulkoistukset ja tilaaja-tuottajamallien lisääntyminen näyttävät vaativan entistä huolellisempaa perehtymistä etenkin rooli- ja vastuukysymyksiin. *Oikealla ja oikea-aikaisella valvonnalla ja ohjauksella voidaan tunnistaa ja pienentää ulkoistuksen riskejä*, jolloin joudutaan heti sisäistämään ulkoistuksen eri työmenetelmät. Toisaalta ulkoistamisprosessin alussa olisi samalla punnittava, mitkä mahdollisuudet kunnalla on sisäistää toiminta takaisin omaksi toiminnaksi. Toimivien ohjaus- ja valvontamekanismien luontia on syytä painottaa, koska kyseiset ratkaisut vaikuttavat viime kädessä siihen, miten ulkoistus toimii ja kuinka suuren hyödyn (tai haitan) kuntalaiset siitä saavat.

Yksi keskeinen vaikutus liittyy eri sopijapuolten *oikeusturvaproblematiikkaan*, mikä kiteytyi monissa tilanteissa kahteen näkökulmaan eli ajalliseen ja toimivaltanäkökulmaan. Ensimmäinen aiheutti oikeusturvaongelmia tarjoajille ja kunnille esimerkiksi käsittelyaikojen pitkittymisen ja tulkinnallisuuksien lisääntymisen takia. Jälkimmäinen liittyi kunnan ja tuottajaorganisaatioiden vastuisiin ja epäselviin rajapintoihin.

Ulkoistamisen muodoilla on vaikutusta myös kuntalaisten oikeusturvamekanismien käyttöön. Kun kuntalainen tekee sopimuksen kunnan *osittaisulkoistaman* organin²⁶¹¹ kanssa, on sopimus pääsääntöisesti *yksityisoikeudellinen*, mutta silloin kun kunta

2609 Etenkin sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen ulkoistamisille on annettu tiukemmat kriteerit esim. palvelujen sisällöstä, laadusta ja turvallisuudesta.

2610 Kun ulkoistamisen valvonnassa siirrytään sopimusjohtamiseen, keskeistä on preventiivinen ohjaus ja valvonta. Monesti ongelmaksi muodostuu, että ulkoistusta valmisteltaessa valvontaan ei ole varattu tarpeeksi voimavaroja.

2611 Esim. sähkö- tai vesilaitoksen kanssa.

on *kokonaisulkoistanut* esimerkiksi terveydenhuoltonsa, tapahtuu kuntalaisen ja terveyskeskuksen välinen kanssakäyminen *julkisoikeudellisten säännösten* mukaisesti.

Laatu voi olla myös olla oikeusturvakysymys. Vahvasti normitettujen palvelujen laadun mittaaminen ja seuranta ei ole aina yksittäisten määräaikojen osalta yksiselitteistä, mutta erilaiset laatusuositukset ja ohjeet tukevat kokonaiskäsitteksen saamista palvelusta. *Sopimuksen ohjausta on mahdollista parantaa* laadun näkökulmasta siten, että *kartoitetaan eri osa-alueiden riskit ja mietitään, mitä kannusteita ja sanktioita* sopimukseen sisällytetään, niin että palvelun laatu on sidoksissa maksettaviin korvauksiin.

Analysoitaessa ulkoistetun palvelun laatua juridisista lähtökohdista liittyi etenkin SOTE-alueelle kiteytetysti kaksi ongelmaa: Ensinnäkin ohjeet ja suositukset ovat tulkinnallisia, missä on kyse myös implemetointiproblematiikasta²⁶¹². Toiseksi on nähtävissä, että ei-sitovia normeja on alettu pitää lähes velvoittavina säännöksinä – yleensä ne nähdään kunnissa tosiasiallisesti sitoviksi, vaikka ne ovat myös luokiteltavissa heikosti velvoittaviksi säännöksinä.

Ulkoistamiset ovat osaltaan vieneet sopimuskonstruktiota entistä lähemmäs yksityisoikeudellista sopimusta, vaikka samassa ulkoistamista koskevassa sopimuksessa voi olla sekä julkisoikeudellisia että yksityisoikeudellisia elementtejä. Näyttää siltä, että ulkoistamisiin liittyviin sopimusoikeudellisiin asioihin on vaikea löytää yhtenäistä doktriinia. Julkisoikeudelliset säännöt ovat hallitsevia ulkoistamisprosessin alussa, kun taas yksityisoikeuden doktriinit painottuvat enemmän sopimuksentekotilanteissa ja sen jälkeisissä tulkintatilanteissa.

Eri ulkoistamistilanteissa tarvitaan hyvinkin erilaisia vahingonkorvaustilanteiden jaotteluja, jolloin *lakisääteisen vahingonkorvausvastuun ja sopimusperusteisen vastuun* erot on huomioitava jo sopimuksen valmisteluvaiheessa. Toiseksi kunnan uusissa toimintatapamalleissa pitäisi tarkasti ohjeistaa eri osapuolia sopimustenteossa, jotta kunnalla olisi mahdollisuus saada ulkopuoliselta palveluntuottajalta sopimusperusteista korvausta tietyissä vahinkotilanteissa. Ulkoistamisten vastuurajoitukset voivat myös olla osapuolille ongelmallisia, etenkin jos molemmat osapuolet pyrkivät liaksi rajoittamaan omaan vastuutaan sopimusosapuolena. Vahingonkorvauslain mukaisia valvontasuhteita määriteltäessä on huomattava, että niiden rooli korostuu silloin, kun joudutaan punnitsemaan yksityiskohtaisesti vahingonkorvauksellisia seuraamuksia.

Oikeuskäytäntö korostaa tietyissä ulkoistamistapauksissa myös tuottajan vastuuta, mikä antaa pohjaa tarkastella riskisuojaantumista sekä muita sopimusehtoja osapuolten välillä. Jos vahingot korvaisi aina kunta tilaajan ja teettäjän ominaisuudessa, *liian kova vahingonkorvausvastuu johtaisi* ainakin pitkällä aikavälillä *riskisuojautumisiin ja valvonnan resursointiin* alueilla, joissa tuottajalla olisi paljon parempi asiantuntemus ja mahdollisuus varautua erilaisiin vahinkotilanteisiin. Viime kädessä kysymys on siitä, *miten vastuut on määritelty ja huomioitu sopimuksessa* sekä kuinka suuria sanktiot ovat.

2612 Implementaatiotutkimuksessa on ilmennyt ongelmia erilaisten ei-säänneltyjen suositusten soveltamisessa, kuten valtion viranomaisten informaation antamisessa, neuvonnassa sekä ohjauksen epäkohtien korjaamisessa. Ks. Tala 2005 186–188.

9.4 Ulkoistamista rajoittavat ja mahdollistavat säännökset

Ulkoistetun tehtävän perusoikeudelliset näkökulmat avautuvat perustuslain käsitteistön kautta. Perusoikeuksia ja oikeusturvan edellytyksiä avattiin perustuslain 124 §:n näkökulmasta. Sen sanamuoto määrittelee ulkoistamiselle erilaisia rajoja, ja sen sisältöön ja tulkintaan kiteytyy osa ulkoistusta rajoittavista käsitteistä, kuten julkisen hallintotehtävän laajuus ja julkisen vallan käyttöön liittyvät vaatimukset. Toisaalta julkisen vallan käyttämisen problematiikka liittyy koko ulkoistamisprosessiin, oli kyse sitten sopimuksesta, tehtävien siirrosta tai henkilöstön työkuviin sisällöstä. Lisäksi keskeistä oli erottaa perustuslain 121 §:n mukainen *kunnallisen itsehallinnon toteutumisen tarkastelu* laajemmin sekä yksityiskohtaisempaan kysymyksenä edustuksellisen demokratian toteutuminen. Kuntalain 1–2 §:t toivat ulkoistamisnäkökulmasta pääasiällisen sisällön itsehallinnolle.

Vähiten rajoitteita on julkisten tehtävien ja hallintotehtävien (tai palvelutehtävien) siirroissa. Sen sijaan merkittävää julkisen tai suoranaista vallan käyttöä ei voida ulkoistaa. Ongelmaksi voivat kuitenkin osoittautua monituottajamallit, joissa ulkoistamiseen välittömästi ja välillisesti liittyvien käsitteiden rajat eivät ole aina selkeitä ja yksiselitteisiä. Julkisten tehtävien ulkoistamisissa esille nousevat julkisen vallankäytön problematiikka ja siihen liittyvät rajaveto-ongelmat²⁶¹³. Konkreettisena ongelma-kohtana *esille nousi julkisen vallankäytön käyttö ja määrittely* – intensiteetti ja tulkinta vaihtelivat. Kokoavasti päädyttiin siihen, että julkisen vallan alaa ei voida määritellä tyhjentävästi ja rajatilanteet voivat ilmetä monella tavalla eri palveluntuottamistavoissa²⁶¹⁴.

Erityisen ongelmalliseksi ja tulkinnalliseksi osoittautuivat terveyspalvelujen ulkoistukset etenkin virkavastuun osalta sekä vanhusten hoitopaikoissa käytettäviin pakotteisiin, koska lääkärin tehtäviin kuuluisi tietyiltä osin julkisen vallan käyttöä²⁶¹⁵. Toisaalta pelkästään esimerkiksi lääkemääräyksen antaminen tai uusiminen ei ole määriteltävissä julkiseksi vallan käytöksi²⁶¹⁶. Yksityinen palveluntuottaja voi joutua käyttämään monesti tosiasiallista toimintaa²⁶¹⁷, mihin voi liittyä edellä kuvattua julkisen vallan käyttöä. Yksilön oikeusturvan kannalta rajanveto on ongelmallinen. *Tällöin de lege ferenda –näkökulmasta julkisen vallankäytön määritelmä ja sisältö sekä rajaukset pitäisi huomioida selkeämmin – niin etteivät asiakkaiden oikeudet ja oikeusturvanäkökulmat ole epämääräisiä eri palveluntuottamismuodoissa ja yksittäisissä tilanteissa.*

KuntaL 2.3 § rajoittaa sellaisten lakisäätteisten tehtävien ulkoistamista, joita ei voida lain nojalla antaa kunnan tai viranomaisorganisaation ulkopuolelle. KuntaL 2.2 §:n määrittelemä julkinen tehtävä tuo rajoituksia silloin, kun kyse on kunnan viranomaistoimintaan liittyvästä tehtävästä, joka voidaan tietyn edellytyksin antaa oman organisaation ulkopuolelle²⁶¹⁸. Perustuslain 124 §:n lisäksi KuntaL 44.2 §:stä

2613 Käsitteistä ks. luku 4.2.

2614 Ks. HE 1/1998 s. 74.

2615 Vrt. EOA:n lausunto 31.10.2008 ja EAO:n päätös 18.2.2010 s. 33, 36; Viljanen 2006 s. 5.

2616 Ks. KKO 2008:78.

2617 Ks. PeVL 34/2001.

2618 PeVL 7/1994 s. 1. Perustuslakivaliokunta on lausunut, että yhdenvertaisuussäännöstä on tulkittava niin, että se sisältää myös kunnallisten palvelujen tuottamisen. PeVM 25/1994 s. 7.

on johdettavissa, että kunnan on perustettava virka sellaisia viranomaistehtäviä varten, joissa käytetään julkista valtaa²⁶¹⁹.

Sellaisia tehtäviä ei voi ulkoistaa, joihin liittyy viranomaiselle tai toimielimelle säädettyjä ohjaus-, valvonta-, edustamis- ja päätöksenteko-oikeuksia tai muuta julkista vallankäyttöä. Viranomaistehtävien ja palvelun erottamisessa on tarkasteltava paitsi orgaanimuotoa myös sitä, mitä tehtäviä on annettu, näiden sisältöä sekä kuka niistä viime kädessä vastaa. KuntaL 17 § määrittelee ne kunnan toimielimet, joita valtuusto voi asettaa pysyväisluonteisten tehtävien hoitamista varten²⁶²⁰.

Terveysteen ja ympäristöön liittyvät asiat eivät kosketa aina pelkästään sosiaali- ja terveydenhuoltoa. Perustuslain 20.1 § vaatii, että kunnan on pyrittävä turvamaan kuntalaisille oikeus terveelliseen ympäristöön ja mahdollisuus vaikuttaa heidän elinympäristöönsä liittyvään päätöksentekoon. Perustuslain tavoite ja oikeus terveellisen ympäristöön eivät voi ulkoistamisissa heikentyä tai olla riippuvaisia siitä, kuka palvelut tuottaa. KuntaL 1.3 §:n säännös on myös määritellyt hyvin yleisellä tasolla, että ”kunta pyrkii edistämään”. Säännös ei siis suoraan rajoita ulkoistamista, vaan se olisi nähtävä pikemminkin mahdollistavana säännöksenä.

KuntaL 2.3 §:ää voidaan pitää lähtökohtana, kun haetaan kokonaiskuva siitä, mitä toimintoja kunta voi ulkoistaa. Valtaosa kunnan toiminnoista on sellaisia palveluja, joita kunnan ei tarvitse itse tuottaa. Esimerkiksi STVOL 4 § antaa hyvin laajat mahdollisuudet hankkia sosiaali- ja terveystalvveluja oman organisaation ulkopuolelta. Keskeisenä rajoituksena on kuitenkin, että kunnan on STVOL 4.3 §:n mukaisesti huolehdittava siitä, että palvelun taso on asianmukaista ja vastaa samaa tasoa kuin jos kunta tuottaisi kyseiset palvelut itse. *Ongelmana on STVOL 4 §:n määritelmän ”sama taso” abstraktisuus ja tulkinnallisuus, jolloin palvelun tason mittaamisella ja muilla ohjaavilla normeilla on suuri merkitys.* Analysoitaessa ulkoistamisen rajoja eri säännösten valossa oli eroteltava viranomaistehtävien ja puhtaiden palveluiden rajat.

KuntaL 2 § lähtee siitä periaatteesta, että *kunta voi itse ratkaista*, keneltä palvelun ottaa, kun taas STVOL 4 §:ssä *määritellään tietty taso*, jota on edellytettävä palvelua hankittaessa. Kunnan järjestämis- ja tuottamisvelvollisuutta punnittaessa palvelun järjestämisvelvollisuus ei sinällään vielä tuo subjektiivista oikeutta palveluun. Subjektiiviset oikeudet eivät välittömästi kiellä tai rajoita ulkoistamista mutta vaikuttavat ulkoistusten sisältöön ja muotoon. STVOL 4.4 §:ää on rajattu siten, että se määrittelee vain kunnan ja palveluntuottajan suhteen – ei koko järjestämisvastuuta.

Erityislainsäädäntö ohjaa ulkoistuksen yksityiskohtia voimakkaasti ja asemoi ulkoistuksessa käytettävän välineistön laajuutta. Konkreettisenä esimerkkinä nostettiin esille, että uudet velvoittavammat säännökset ovat myös joiltakin osin edesauttaneet ulkoistamista. Erityislainsäädännön veloitteet täsmentävät kunnan (järjestämis-) vastuuta ja kuntalaisten oikeutta saada tietty palvelu.

Formaalinen ulkoistaminen on monelta osin hyvin normisidonnaista. Vahvasti velvoittavina voidaan pitää edellä kuvattuja erityislakeja, joiden merkitys voi olla kahdenlainen. Ensinnäkin ne tuovat hyvin *yksityiskohtaisia veloitteita* tilaajalle ja tuotta-

2619 Ks. HaVM 18/1994; HE 192/1994.

2620 Erityislainsäädännössä on määritelty, että kansanterveystyön ja sosiaalihuollon toimeenpanoon kuuluvista tehtävistä huolehtii kunnan määräämä monijäseninen toimielin. Ks. KansanterveysL 6.1 § ja SosiaalihuoltoL 6.1 §.

jalle. Toisaalta ne voidaan nähdä myös osaltaan *ulkoistamista mahdollistavina* etenkin sellaisissa tilanteissa, joissa kyseistä toimintaa ei pystytä omana toimintana tuottamaan. Lisäksi kunnan eritystoimialan mukaisia tehtäviä ulkoistettaessa on sääntelyssä eroja esimerkiksi koulupalvelujen ja terveystalvelujen ulkoistamisissa. Molemmissa vaaditaan tiettyjen lupaehtojen täyttymistä, mutta koulupalvelujen harjoittajan näkökulmasta siihen liittyy enemmän sisällöllisiä ja muotoa rajoittavia kriteerejä.

Hankintasäännökset (L julkisista hankinnoista) ovat olleet monien tarkennusten kohteena. Kokonaisuutta tarkasteltaessa ne saavat usein liian varhain hallitsevan roolin valmistelussa. Niiden erottaminen ulkoistamisen eri vaiheissa on kuitenkin tärkeää, koska *hankintalaki sääntelee vain kilpailuttamista*, eli yhtä osaa koko ulkoistamisesta. Hankintalaki ei sääntelee lainkaan sellaisia keskeisiä ulkoistamisprosessin osa-alueita kuin itse sopimuksen tekoa tai muuttamista tai sen valvontaa. Edellä käsiteltyjen HankL 6 §:n (hankintayksikkö) ja HankL 10 §:n (sidosyksikköhankinta) tulkintojen mukaisesti ongelmaksi nousee, että osittaisulkoistuksissa ei pääsääntöisesti sovelleta hankintalakia, vaikka orgaani, jolle toimintoja on osittaisulkoistettu, voi kuitenkin joutua noudattamaan hankintalakia hankintayksikkömääritelmän mukaisesti. Hankintalaki rajaa ulkoistamisen muotoja ja tuo monia muotovaatimuksia ulkoistuksille.

Hankintalaki antaa ulkoistamiselle ne säännöt ja periaatteelliset reunaehdot, joita on noudatettava, jotta kilpailuttamisprosessi onnistuisi. Kilpailuttamisen onnistumiselle voidaan antaa hyvin suurta painoarvoa yhtenä ulkoistamisprosessin osa-alueena, joten ulkoistamiselle asetettavat *tavoitteet ja kriteerit pitäisi pystyä määrittelemään mahdollisimman selkeästi*. Poliittisen päätöksenteon ja oikeudellisten reunaehtojen osalta pitäisi hyvissä ajoin sopia, mitä tavoitellaan, koska kokonais- ja osa-alueen ulkoistuksissa on pystyttävä erottamaan niihin liittyvät *poliittiset tavoitteet* ja näkökulmat hankintalain edellyttämistä *oikeudellisista menettelytavoista*.

Kilpailulainsäädännön säännösten roolia arvioitaessa nousee esiin kaksi keskeistä funktiota: kilpailuoikeudelliset säännökset *selkeyttävät ja tuovat yhdenmukaiset pelisäännöt* kuntien ja yritysten väliselle kilpailulle sekä *rajoittavat kunnan kilpailua* olemassa olevilla markkinoilla. Kunnallista ulkoistamista tarkasteltaessa havaittiin, että kilpailurajoituslain ja hankintalain säännösten samanaikainen arviointi on oikeudellista tasapainoilua – kummatkin mahdollistavat tiettyjen reunaehtojen täytyessä eri ulkoistamismuotojen käytön. Toisaalta ne olisi pidettävä erillään, koska hankintalaki painottaa hankintamenettelyä eikä suoranaisesti sen lopputulosta.

Kunta ei saa toiminnassaan vääristää tai rajoittaa kilpailua, mikä liittyy kilpailurajoituslain huomioimiseen. Kilpailurajoituslain 3 §:ssä mainittu määräävä markkina asema ei ole kovin yksiselitteinen kuntien kannalta, koska organit, joille toimintoja on osittaisulkoistettu, *voivat olla ainakin tietyllä alueella määräävässä markkina-asemassa*²⁶²¹. Osittaisulkoistusproblematiikkaan liittyy kunnan kannalta monta oikeudellista rajanvetoa, kuten mahdolliset subventioky symykset, määräävä markkina-asema sekä muut kohtuullisuus- ja tasapuolisuusvaatimukset. Osittaisulkoistamista voidaan oikeuskäytännön mukaisesti *perustella myös yleisellä edulla tai sillä, että osittaisulkoistus ainakin osaksi tyydyttää yleisen edun mukaisia tarpeita*²⁶²². Kiistanalaisena asiana olivat subven-

2621 Tiettyihin osittaisulkoistuksiin sovelletaan myös kilpailurajoituslakia, kuten kunnan omistamiin energialaitoksiin tai alueellisiin sähkölaitoksiin.

2622 Ks. KHO:2005:63; EY-tuomioistuimen ratkaisu C-18/01 (2003).

tiokysymykset, jotka liittyivät kunnan oman toiminnan kilpailuttamisen lisäksi myös tarjoajaan. Tämä näyttäisi vaativan monelta osin entistä kriittisempää tarkastelua.

Tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun sekä julkiseen toimintaan liittyvän läpinäkyvyyden vaatimukset tuovat monia rajoituksia ulkoistamisprosessin vaiheisiin. Ulkoistusten eri osa-alueiden vertailtavuutta heikentää se, että palveluiden tuottajat voivat olla eri asemassa kunnan eri toimialoilla. Esimerkiksi arvonlisäverolain velvollisuudet eivät ole osittaisulkoistuksissa ja kokonaisulkoistuksissa samoja²⁶²³.

Liikkeenluovutusdirektiivi koskee ulkoistuksissa niin yksityisten kuin julkisten työntekijöiden oikeuksia, kun yritys tai liike tai niiden osa luovutetaan. Vaikutukset henkilöstön asemaan riippuvat hyvin pitkälti ulkoistamisen sisällöstä ja muodosta. Pääsääntönä on, että *ulkoistukset eivät muuta työsuhteisten työntekijöiden oikeudellista asemaa niin paljon kuin virkasuhteessa olevien*, koska työsuhteeseen ei kuulu virkasuhteen etuja tai vastuita. Virka- ja työsuhteen rajanvetoon liittyi myös kysymys julkisen vallan käytöstä.

Lisääntyvä erityislainsäädäntö aiheutti kolmenlaisia painotuksia.

1. Yksityiskohtainen sääntely rajoittaa osaltaan kunnan vapautta päättää ulkoistuksista – toisaalta se täsmentää sisältökysymyksiä.
2. Kasvava sääntely supistaa kunnan yleistä toimialaa pienentäen eri ulkoistamismuotojen käyttömahdollisuuksia.
3. Mahdollisuus käyttää eri palveluntuottamismuotoja liittyy myös kunnan itsehallinnon laajuuteen.

Tällöin laaja kunnallinen itsehallinto tukee kuntien vapautta päättää, miten ne palvelunsa järjestävät ja tuottavat. Kunta ei voi osittaisulkoistaa sellaisia toimintoja, jotka eivät kuulu sen toimialaan. *Kunnallisen itsehallinnon piiriin kuuluvat tehtävät ja toiminnot antavat kuitenkin ulkoistamiselle lopullisen raamin*, jonka puitteissa erityisesti osittaisulkoistamisen vaihtoehtoja voidaan miettiä. KHO:n tulkinnan myötä myös ulkoistusmuotojen rajat näyttäisivät selkiytyneen. Tämä liittyy ulkoistamismuotojen oikeudelliseen systematisointiin.

Ulkoistamisprosessissa yksi keskeinen kehitettävä osa-alue on kilpailun ohjaaminen juridisesta ja toiminnallisesta näkökulmasta kokonaisuuden hallintaan, jolloin välttyttäisiin osioiminoineilta. Ulkoistamisissa sääntelyn painopiste näyttää siirtyvän entistä vahvemmin kunnallishallintoa yleisesti ohjaavista säännöistä kilpailuttamis- ja sopimusoikeudellisiin säännöksiin. Ulkoistamista rajoittavien ja mahdollistavien säännösten tarkastelussa korostui eri lakien vuorovaikutus. Tarkastelussa huomattiin, että tietyissä säännöksissä on ulkoistamisnäkökulmasta enemmän mahdollistavia elementtejä, kun taas toisissa säännökset tuovat enemmän rajoituksia samalle tapaukselle. Lisäksi *samat säännökset saattavat myös sekä mahdollistaa että rajoittaa*²⁶²⁴ ulkoistamisprosessin eri vaiheissa.

2623 Asiaa on käsitelty KHO:ssa: KHO:2009:75.

2624 Rajoituksilla tarkoitetaan Kuntal 2.3 §:n mukaisesti, että ”kunta hoitaa sille laissa säädetty tehtävät”, kun taas mahdollistavana tarkoitetaan samassa kohdassa mainittua ”tehtävän hoidon edellyttämiä palveluja kunta voi hankkia myös muilta palvelun tuottajilta”. STVOL 4.1 § mahdollistaa erilaiset palvelutuotantotavat, kun taas rajoitukset liittyvät ulkoistetun palvelun tasoon.

9.5 Ulkoistamisten vaikutukset

Eri säännökset painottivat kunnallisen itsehallinnon näkökulmasta kuntalaisten valitseman valtuuston asemaa²⁶²⁵. Kaikissa toimintamalleissa ja ulkoistamisprosessin vaiheissa pitäisi säännösten edellyttämien vaatimusten toteutumisen lisäksi *kiinnittää huomiota demokratianäkökulmiin* – riippumatta kunnan toimintamalleista. Tämä asetti valtuuston päätösvallan ja roolin tarkastelun muihin toimieliimiin nähden keskeiselle sijalle. *Kuntien muuttuessa entistä voimakkaammin tilaajayksiköiksi joudutaan miettimään kunnalliselle demokratiamuodolle uusia toimintatapoja*. Kunnallisten palvelujen tuottamista koskevalle sääntelystrategialle on ominaista, että sääntely toteutuu monelta osin kuntien organisaatioiden kautta, jolloin kuntien uudet toimintatavat ja organisoitiratkaisut määrittävät laajasti myös lainsäädännön vaikutuksia²⁶²⁶.

Eri toimielinten asemointi oikeudellisesti ja toiminnallisesti on ongelmallista, koska niiden muodot, tehtävät tai vastuut voivat vaihdella. Myös uudet toimintatavat tuovat lisähaasteita muutoksenhaun ja valvonnan näkökulmasta. Toimivaltarajat eivät ole kaikissa ulkoistamistilanteissa samanlaisia ja selkeitä vaan voivat johtaa yhdessä uusien toimintamallien kanssa monelta osin päinvastaiseen tilanteeseen: asiat monimutkaisuutuvat ja juridisoituvat entisestään. Kokonaisuuden hallinnan osalta keskeiseksi nousee, miten pystytään ennakoimaan hyvän ulkoistamisen keskeiset elementit. Vaikeutena on erottaa, mitkä ongelmat aiheutuvat siitä, että kunta on ulkoistanut palvelujaan, mitkä puutteellisista resursseista hoitaa tietty lakisäätteisiä palveluja ja mitkä johtuvat muista toiminnallisista tai lainsäädännöllisistä epäselvyyksistä.

Kuntalaisten vaikuttamisen kannalta keskeiset ongelmat voidaan jakaa kahteen ryhmään: organisatorisiin sekä avoimuus- ja osallistumisnäkökulmiin. Ei-toivottuna kehityssuuntana on ollut, että tilaaja-tuottajamalleissa on myös piirteitä, jotka voivat johtaa raskaampaan hallintoon ja epäselviin vastuisiin. Ulkoistamisen vaikutus päätöksentekoon riippuu hyvin pitkälti kyseessä olevasta *ulkoistamisen osa-alueesta, kunnan toimintamalleista* sekä muista painotusnäkökulmista. Osittaisulkoistamisessa kunnanvaltuustolla on mahdollisuus siirtää toimivaltaa ja asettaa tavoitteet osittaisulkoistetulle toiminnalle samoin kuin omalle. Juridisia ongelmia muodostuu hyvinkin nopeasti, jos luottamushenkilöt ja viranhaltijat toimivat entisen organisaation periaatteiden ja säännösten puitteissa, vaikka ulkoistuksessa olisi virallisesti siirrytty sopimusjohtamiseen. Tällöin luottamushenkilöiden asema muuttuu etenkin suurissa ulkoistamisissa entistä enemmän ohjaukselliseksi tavoitteen asettelun suuntaan – oikeudellisesti tämä merkitsee myös operatiivisen päätösvallan siirtymisen tuottajataholle.

Hyvän hallinnon vaatimukset koskevat ulkoistamista ja siihen liittyvää menettelyä, jolloin esimerkiksi ulkoistamisprosessin vaiheista tiedottaminen ja mahdollisen

2625 Näin perustuslain 121 §, Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 3 artikla 2 kohta, kuntalain 1.2§.

2626 Tala 2005 s. 175. Tala on todennut: ”Ennen kaikkea organisaatiosta itsestään ja sen toimintakyvystä riippuu, mitkä ovat sääntelyn tulokset – kuinka tehokkaasti tai laadukkaasti palveluja tuotetaan. Sääntelyn keskeiset toteuttamisongelmat liittyvät voimavarojen riittävyyteen ja niiden käytön tehokkuuteen, henkilöstön ammattitaitoon, osaamiseen, motivaatioon ja kannustimiin, johtamiseen, määräyksiin ja ohjeisiin, rutiineihin ja erilaisiin organisaatio- ja ammattikulttuureihin.” Tala 2005 s. 175.

päätöksen yksityiskohtainen selvittäminen on tarpeellista²⁶²⁷. Etenkin mittavissa ulkoistamistilanteissa olisi KuntaL 27 §:n edellyttämiä osallistumis- ja vaikuttamismahdollisuuksia ja KuntaL 29 §:n tarkoittamaa tiedottamista tulkittava laajasti. Ongelmana on kuitenkin kuntalain mainitseman tiedotusvelvollisuuden laajuuden tulkinta, koska kunnan harkinnan piirissä on hyvin pitkälle se, mikä on tarkoituksenmukaisin ja tehokkain keino tiedottaa ulkoistuksista ja sen vaiheista.

Ulkoistamisprosessin eri vaiheissa joudutaan tasapainoilemaan sen kanssa, mitkä asiat pitäisi ratkaista puhtaasti oikeudellisen tarkastelun pohjalta ja missä vaiheissa poliittisia linjoja pitäisi huomioida sekä toisaalta kuinka paljon *oikeus rajoittaa poliittisia päätöksiä* ja pystytäänkö oikeudellisin keinon tuomaan päättäjille ja kuntalaisille *tarpeeksi perusteltuja näkökulmia tietyn vaihtoehdon valitsemiseksi*. Poliittiseen vastuuseen ei kuitenkaan sisälly juridista vastuuta, jos ulkoistus epäonnistuu niin taloudellisesti kuin toiminnallisesti. *De lege ferenda -näkökulmasta kuntalain 50 ja 61 §:n mukainen esittelijävastuu, joka mahdollistaa myös luottamushenkilöesittelyn, ei ole kaikilta osin tasapainossa erityisen virkavastuun kanssa*. Niin ulkoistamisprosessin alussa kuin esittelysäkin poliittinen ja oikeudellinen vastuu olisi erotettava entistä selvemmin.

Ulkoistamisen valmistelun näkökulmasta esille nousi eri arvojen ja oikeudellisten näkökulmien painotus. Yksi ratkaisukeino olisi budjetti-arvio, jonka kautta määriteltäisiin ja vertailtaisiin eri vaihtoehtoja. Lisäksi analysoitaisiin sitä, ovatko eri tuottajat kiinnostuneita tarjoamaan mahdollisesti ulkoistettavaa toimintaa. Budjetti-arvio ei sido oikeudellisesti kuntaa samalla tavalla kuin todellinen kilpailutus. Kunnallisen demokratian näkökulmasta *budjetti-arvio selkeyttäisi ulkoistusten valmisteluun*, niin että luottamuselimillä olisi aidosti ennen virallista kilpailuttamista mahdollisuus perehtyä ja arvioida eri palvelujentuottamisvaihtoehtoja.

Taulukko 5. Ulkoistamisen olennaiset vaikutukset.

	Demokraattiseen päätöksentekoon	Kuntalaisiin	Henkilöstöön	Talouteen	Kunnan organisaatioon
Kokonaisulkoistus	Vähän	Vahva	Vahva	Vahva	Vahva
Osa-alueen ulkoistus	Heikko	Vähän	Vähän	Heikko	Vähän
Osittaisulkoistus	Heikko	Vähän / vahva	Vähän / heikko	Heikko / vähän	Heikko / vähän

Mittava ulkoistaminen vaatii samalla *valtuuston tehtävien selkiinnyttämistä ja vahvistamista*, kuten talousarviorakenteen kehittämistä, muiden toimielinten työnjaon tarkastelua valtuuston nähden, johtamisjärjestelmien kehittämistä sekä valtuuston ohjausmenetelmien analysointia. *Mittavilla ulkoistuksilla* tarkoitetaan sellaisia ulkoistuksen muotoja, joilla on kunnan kokoon nähden olennainen taloudellinen tai toiminnallinen rooli. *Mittavat ulkoistamiset olisi myös KuntaL 13 §:n mukaisesti aina vietävä valtuuston*

2627 Mäkinen 2001 s. 57. Hallintosopimusta koskevat myös hyvän hallinnon vaatimukset. Laakso 2006 s. 92.

päätettäväksi – valtuuston toimivallan siirtämistä olisi tulkittava suppeasti. Viime kädessä ulkoistamisen laajuus ja ala sekä merkittävyys kaikkine vaikutuksineen määrittelee, onko kyse valtuustotason päätöksestä.

Vaikutukset näyttävät olevan kaksijakoisia. Kunnanvaltuustolla on viime kädessä päätösvalta ainakin mittavissa kokonais- ja osittaisulkoistuksissa. Kaikkia ulkoistamisen muotoja on säännelty tarkasti, ja *demokraattinen päätöksenteko* aitoine vaihtoehtoineen joutuu entistä ahtaammalle. Toisaalta ulkoistamisen eri muodot mahdollistavat oikeudellisesti sen, että kunnan kokonais-, osa-alue- tai osittaisulkoistamat *palvelut sisäistetään* tietyn ajan jälkeen takaisin kunnan omaksi toiminnaksi.

Ulkoistuksissa oikeusturvanäkökulmien ongelmat kohdistuvat pääasiassa tarjoajiin ja kuntalaisiin. Kunnan palvelutuotannon toimivuus on monelta osin kiinni siitä, miten oikeudelliset karikot ja ristiriitatilanteet voidaan välttää. Oikeussuojakeinot eivät ole pysyneet mukana palvelutuotantotapojen kehityksessä asiakkuuden eri muotojen ja oikeusturvaelementtien hakiessa vakiintunutta muotoaan²⁶²⁸.

Ongelmana eri ulkoistusmuotojen välillä on, että kunnan on helpompi seurata tai arvioida kokonaisulkoistettavaa toimintaa, koska rajapintoja on vähemmän. Asiakkuutta korostavassa tuotantomallissa keskiöön nousivat oikeudenmukaisuus- ja oikeusturvanäkökulmat. Eri ulkoistamismuodoissa kuntalaisten rooli ei ole aina yhdenmukainen tai tasa-arvoinen. *Kuntalaisen asiakkuus ei toteudu eri palveluntuotamismuodoissa oikeudellisesti aina samalla tavalla, vaan asiakkuus ja siihen liittyvien säännösten soveltaminen ovat riippuvaisia siitä, mikä orgaani palvelut tuottaa.*

9.6 Ulkoistamista koskevan sääntelyn näkökulmia

Nykyisen KuntaL 2.3 §:n mukaan kunnilla on varsin väljät puitteet tehtäviensä hoitamiseen. Haasteeksi on tullut erityislakien kasvava määrä ja sellainen erityislainsäädäntö, jossa säännellään yksityiskohtaisesti kunnan velvollisuuksista. Lainsäädäntö antaa kunnalle kaikissa eri palvelutuotantomalleissa *hyvin vahvan aseman hakea yksilöllisiä palveluntuottamismalleja*, mikä osaltaan vähentää yleislakien merkitystä erityissäännösten kustannuksella. Ristiriitaisena kehityssuuntana oli havaittavissa, että samalla kun kuntia koskevan normimäärä on kasvanut, näyttävät myös kuntakohtaiset erot erityisesti tuottamistavoissa kasvavan. Samalla ulkoistamisiin liittyvien säännösten sovellettavuus ja tulkinnallisuus lisääntyvät.

Hallinnon toissijaisuus on saanut uutta merkitystä ulkoistamiskehityksen myötä, joten se tukee myös sellaisten palvelujen ulkoistamista, joita yritykset ovat perinteisesti hoitaneet. EU-oikeuden säännöstö ja oikeuskäytäntö mahdollistavat ulkoistukset. Oikeustapausten ja säännösten *valossa on kuitenkin suhtauduttava pidättyväisesti* kunnan mahdollisuuteen lähteä *yleisen toimialansa puitteissa osittaisulkoistamaan toimintojaan* sellaiselle kunnan kannalta uudelle toimialueelle, jolla on jo yksityistä kilpailua. Tarkestelussa esille nousi mm. kuntalaisten yhdenvertaisuutta tai elinkeinoharjoittajien toimimista rajoittavat kunnan toimenpiteet tai sellainen toiminta, joka olisi kunnan edun vastaista.

2628 Näillä voidaan tarkoittaa esimerkiksi muodollisen, materiaalsen sekä laadullisen oikeusturvan toteutumista. Vrt. Mäenpää 2005 s. 4–5.

Julkisuus- ja avoimuusperiaatteen näkökulmasta esille nousi kaksi ongelmakohtaa: ensimmäinen liittyi tarjousten avoimuuteen ja toinen tiedonsaantiin. Tarjoukset ja niihin liittyvät selvitykset tulevat JulkL 7 §:ssä mainituin perustein julkiseksi vasta silloin, kun sopimus on tehty. Toisaalta aito kilpailutilanne vaatii, että tarjoajat eivät saa liian aikaisin tietoja toistensa tarjouksista²⁶²⁹.

Ulkoistamisprosessin eri vaiheissa joudutaan tasapainoilemaan julkisuus- ja avoimuussäännösten sekä niitä rajoittavien säännösten kanssa. Hankintalaissa ei esimerkiksi ole otettu kantaa julkisuusproblematiikkaan. Ulkoistuksissa joudutaan nojautumaan tapauskohtaisesti tarkasteluihin julkisuuden ja avoimuuden näkökulmasta, jolloin vaarana oli, että yksi keskeinen päätöksenteon elementti eli ennakoitavuus kärsii. Oikeuskäytäntö²⁶³⁰ ei ole kaikilta osin yhdenmukainen, ja *avoimuusperiaatteen tulkinta hakee muotoaan*. Ongelmalliseksi kehityssuunnaksi nousevat sellaiset ulkoistamiset, jotka pohjautuvat pääasiallisesti tiettyihin yksikköhintoihin, koska JulkL 11.2 § ja oikeuskäytäntö voivat johtaa monimutkaisissa ulkoistamisissa liian suppeaan avoimuusperiaatteen tulkintaan.

Ulkoistamiseen liittyvä sääntely nostaa esille uusia ongelmia etenkin hajanaisen sääntelyn osalta. Tarkastelussa ilmeni, että *ulkoistamista kokevat säännökset ovat alka-neet täydentää monelta osin toisiaan. Toiseksi kuntalain sanamuotoja pitäisi laajenevassa monipalvelutuottajärjestelmässä kehittää kunnallishallinnon yleislakina*. Muuten vaarana voi olla, että kuntalain säädöksen tosiasiallinen merkitys paikallisdemokratiaa ja kuntia ohjaavana välineenä kapenee muun kuntia koskevan säännösten lisääntyessä. Tähän liittyi myös kunnan itsehallinnon laajuuden näkökulma.

Lakisäateisten palvelujen saatavuus ja laadulliset alueellisten erojen kasvaessa ja palvelutuotantotapojen erilaistuessa nousee esille, pitäisikö sääntelyn avulla ajaa eri palveluntuotantotapoja entistä yhdenmukaisemmiksi. Ongelmallisena on myös nähtävä koko kunnan osalta laadun ja talouden liittyvien säännösten ja suositusten kaksijakoisuus. Tämä ristiriitaisuus korostuu etenkin sosiaali- ja terveydenhuollon säännösten ja kunnan taloutta sääntelevien normien välillä. Osaltaan tämä johtuu siitä, että hyvän laadun mittareina joudutaan heijastelemaan hyvinkin tulkinnallisia suosituksia ja ohjeita.

Palvelun vertailu oman ja yksityisen tuottajan välillä voi olla vaikeaa, koska pitäisi pystyä arvioimaan monta eri asiaa neutraalisti. Ulkoistusten osalta ongelmaksi muodostuu, että yhteisiä *standardeja on vähän tai ei lainkaan* eikä auditointia ole suoritettu. Laatusuosituksen *ohjaava vaikutus ei aina toteudu*, koska ne eivät ole oikeudellisesti sitovia ja niitä voidaan paikallisesti soveltaa eri tavalla. Toisaalta etenkin peruspalveluissa laatuongelma on monelta osin juridinen. Sitä ei voida kuitenkaan ratkaista ainoastaan sääntelyä lisäämällä²⁶³¹ tai niin, että laatusuosituksiin liittyviä yksityiskohtia nostettaisiin lain tasolle. Suosituksia on alettu toteuttaa osaltaan itseohjautuvina, lain tasoisina säännöksinä. Laatu olisi kuitenkin nähtävä myös *oikeudellisena elementtinä ja tärkeänä osana koko ulkoistamisprosessia*, jolloin tilaajan ohjausta ja valvontaa on lähestyttävä

2629 Etenkin kokonais- ja osittaisulkoistuksissa viranhaltijat joutuvat entistä enemmän tasapainoilemaan yleisen julkisuusintressin vaatimusten kanssa, samalla kun tasapuolista ja yhdenvertaista kohtelua sekä aidon kilpailutilanteen aikaansaamista ei saa vaarantaa.

2630 Ks. KHO:2007:83.

2631 Vrt. esimerkiksi Ruotsin asiakasvalintamalli ja Englannin laatupistejärjestelmämalli luvussa 3.1.

KuntaL 2.3 §:n kautta. Tähän problematiikkaan liittyi myös järjestämisvastuun ja KuntaL 2.3 §:ssä mainittujen tehtävien määritelmä – pitäisikö niitä eri *ulkoistamis-* *muodoissa ja -tilanteissa tulkita suppeasti vai laajasti?*

Ongelmana on, että ulkoistamiseen välittömästi ja välillisesti liittyvissä käsitteissä on ajallisia ja asteittaisia eroja, eli sama käsite on saanut eri tulkintoja eri aikoina, kuten esimerkiksi puitelakien yhteydessä. Toisaalta *sama käsite voi saada eri painotuksen ulkoistamisen eri vaiheissa*, koska eri vaiheissa joudutaan tasapainoilemaan eri oikeudenalojen välillä²⁶³².

Julkinen vallankäytön mahdollisuus toi monia oikeuksia ja velvollisuuksia mutta ongelman oli että sen määrittely oli eri ulkoistamistilanteissa ja yksittäisten asioiden kohdalla erilaista. Problematiikka tiivistyi ulkoistamisissa siihen, tarkastellaanko *julkisen vallan määritelmää* yleisesti hallinto-oikeuden näkökulmasta vai kuntalain tai vahingonkorvausoikeuden tai rikosoikeuden näkökulmista.

Ulkoistamista lähestyttiin ja tarkasteltiin monessa kohtaa laajempaan kokonaisuutena. Siihen liittyvien säännösten tulkinta ei ollut vain yksittäistapauksellista vaan tiettyjen edellytysten täytyessä yleistä ja ennakoivaa. Ulkoistamista rajoittavia ja mahdollistavia säännöksiä voidaan oikeudellisesti tarkastella kehänä. Ulkoistamiskäsitteen ytimeen kuuluvia käsitteitä ja säännöksiä ei voida sivuuttaa ilman, että pystytään perustellusti argumentoimaan, miksi kyseisessä yksittäistilanteessa voidaan ohittaa ulkoistusta ohjaavaa säännöstöä

Eri oikeudenalojen soveltaminen on ulkoistamisprosessin oikeudellisen hallinnan näkökulmasta ongelmallista, mitä eri rajanvetonäkökulmat vahvistavat²⁶³³. Rajauksista huolimatta joudutaan ulkoistamisprosessin eri vaiheissa huomioimaan eri oikeudenalojen lähtökohdat. Erilaisten sopimusten empiirisestä tarkastelusta ilmeni se oikeudellinen problematiikka, johon laajemmissa ulkoistuksissa ollaan joutumassa. Ulkoistamista koskevien sopimusten luokittelun (julkisoikeudellisiin ja yksityisoikeudellisiin) tarkoituksenmukaisuutta analysoitaessa arvioitiin myös, mitä rajoituksia ja vaatimuksia ulkoistamis sopimuksissa pitäisi olla. Tällöin liikutaan eri oikeudenalat ylittävien säännösten piirissä.

Etenkin mittavissa ulkoistuksissa sopimuksen mekaaninen soveltaminen voi aiheuttaa oikeudellista tulkinnallisuutta, ellei tarkastelua ole tehty riittävän monipuolisesti ja tarkasti. Sopimusten hallinta on monella tavalla ongelmallista, koska siinä liikutaan monella eri oikeudenalalla, jotka pitää sovittaa ulkoistettavan toimialan substanssiin. Kunnallinen *sopimuskonstruktio on muuttunut* ja edelleen muuttumassa sekä korvaamassa perinteisiä kunnan hallintomekanismeja. *Kuntien vaikutus- ja päätösmahdollisuudet ovat saaneet ulkoistamisten määrän ja koon kasvaessa aivan uusia elementtejä. De lege ferenda:* Havaintojeni mukaan ulkoistamiseen liittyvien erityiskysymysten tarkemmalle koonnille tai ohjeistamiselle olisi tarvetta, jolloin ne voitaisiin kytkeä erilaisiin ohjeistuksiin. Kokonaisuudessaan ulkoistamisen eri muodot edellyttävät kunnilta huomattavasti monimuotoisempaa sääntelyn arviointia ja laajempaa oikeudellista tarkastelua kuin palvelujen tuottaminen kunnan omana toimintana.

2632 Järjestämisvastuun ja julkisen vallan käsitteet on eri vaiheissa tulkittava eri tavalla. Esim. vahingonkorvauslaissa julkisen vallan käyttö on tulkittu laajemmin kuin hallinto-oikeudessa.

2633 Ks. esim. KKO 2008:36.

Lähteet

Aalto-Setälä, Ilkka – Aine, Antti – Petäjäniemi-Björklund, Anne – Stenborg, Markku: Kilpailulait ja julkiset hankinnat, Tietosanomat Oy, Helsinki 2003. (Aalto-Setälä ym. 2003)

Aalto-Setälä, Merja – Arajärvi, Pentti: Opetuslainsäädännön käsikirja. Uudistettu laitos. Edita Oy, Helsinki 2004.

Aaltonen, Janne – Jaatinen, Seppo – Talvinko, Tuula – Virtanen, Martti – Vohlonen, Ilkka ja työryhmät: Erikoissairaanhoidon palvelujen tuotteistaminen Suomessa. Suomen kuntaliitto, Kuntatalon paino, Helsinki 2007. (Aaltonen ym. 2007)

Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Werner Söderström Osa-
keyhtiö. Juva 1989.

- Oikeussäännösten tulkinnasta – Tutkimus lainopillisen tulkinnan rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä. Juridica. Helsingin Yliopiston Monistuspalvelu, Helsinki 1982.
- Mitä lainoppi on? Kustannusosakeyhtiö Tammi. KK kirjapaino. Helsinki 1978.

Aarnio, Aulis – Uusitupa Timo: Oikeusvaltio. Kauppakaari Oyj, Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2002.

Aarto, Markus – Aho, Tuomas – Regelin, Juha – Uotila, Jaakko – Vatanen, Tuomo: Hankinta sopimus: käytännön käsikirja. EditaPublishing, Helsinki 2009. (Aarto ym. 2009)

Aho, Markku: Kunnan kehittäminen ja suunnittelukäytäntö: Seminaariaineisto ja jatkopohdintoja. Joensuun yliopiston ja kuntien yhteistyöseminaari” Mihin Pohjois-Karjalan kunnat ovat menossa? 22.–24.5.1985. Joensuun yliopisto, Joensuu 1985.

Ahonen, Pertti: Hallinto hallintana: hallinnon teorian avaimet. Valtionhallinnon kehittämiss-
keskus. Valtion painatuskeskus. Helsinki 1989.

Ahvenainen, Taisto: Subjektivistien oikeuksien ydin. Kunnallistieteen aikakauskirja 1/1992 s. 68–72. Kunnallistieteen yhdistys. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1992.

Ahvenainen, Taisto – Rätty, Tapio: Julkisuuslainsäädäntö. Julkisuus ja salassapito kunnassa. Suomen kuntaliitto. Helsinki 1999.

Alanen, Rainer – Juntti, Seppo – Nissinen, Markku: Kuntien tilinpäätökset 1999 ja kuntien rahoituksen riittävyyden kehitysarvio vuoteen 2004. Sisäasiainministeriö, Kuntaosasto julkaisu 1/2000. Helsinki 2000.

Alexy, Robert: Begriff und Geltung des Rechts.2. uudistettu painos. Alber-Reihe Rechts und Sozialwissenschaft. Alber. Freiburg 1994.

- Theorie der Grundrechte. Surhkamp Verlag. Frankfurt Am main 1986.
- Theorie der Grundrechte. Studein und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Band 28. Nomos Verlags gesellschaft. Baden-Baden 1985.

Alkio, Mikko – Wik, Christian: Kilpailuoikeus. 2. uudistettu painos. Talentum Media Oy, Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2009.

- Kilpailuoikeus. Talentum Media Oy, Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2004.

Allison, Michael – Kaye, Jude: Strategic planning for nonprofit organizations: a practical guide and workbook. 2. painos. John Wiley & sons, Inc. New Jersey 2005.

Almqvist, Ronald M.: Icons of New Public Management. Stocholms Universitet, Stockholm 2004.

Almqvist, Ronald – Högberg, Olle: Ten years of CCT: what are the experiences? - The example of the City of Stockholm. Kunnallistieteen aikakauskirja 2/2008, s. 181–199. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2008.

Andersson, Jan – Hautamäki, Antti – Jallinoja, Riitta – Niiniluoto, Ilkka – Uusitalo, Hannu: Hyvinvointivaltio ristiaallokossa. Arvot ja tosiasiat. Sitra. WSOY, Porvoo 1993. (Andersson ym. 1993)

Anttiroiko, Ari-Veikko: Kunnat tiedon valtatiellä. Teoksessa Paavo Hoikka (toim.): Kunnat 2000-luvun kynnyksellä, s. 283–323. 2. uudistettu painos. TAJU. Tampere 2000.

- Kunnallishallinto & taloustiede. Uusi poliittinen taloustiede kuntien hallinnon, talouden ja ympäristösuhteiden. Tampereen yliopisto kunnallistieteiden laitos julkaisusarja 1/1994. Jäljennepalvelu, Tampere 1994.
- Markkinointi kunnallishallinnossa. Tampereen yliopiston kunnallistieteiden laitos. Suunnittelusarja 37/1989. Jäljennepalvelu, Tampere 1989.

Anttiroiko, Ari-Veikko – Haveri, Arto – Karhu, Veli – Ryyänen, Aimo – Siitonen, Pentti: Kuntien toiminta. Kunnallistutkimuksia. Tampereen yliopisto, kunnallistieteiden laitos. Tampereen yliopistopaino Oy – Juvenes Print, Tampere 2003. (Anttiroiko ym. 2003)

Anttiroiko, Ari-Veikko – Kallio, Olavi – Rönkkö, Pentti: Systeemiteoria kunnallistieteellisen tutkimuksen lähestymistapana. Tampereen yliopisto kunnallistieteiden laitos julkaisusarja 4/1993, Jäljennepalvelu, Tampere 1993. (Anttiroiko ym. 1993)

Anttonen, Anneli – Sipilä, Jorma: Suomalaista sosiaalipolitiikkaa. Vastapaino, Tampere 2000.

Arajärvi, Pentti: Toimeentuloturvan oikeellisuus: toimeentuloturvaa koskevan lainsäädännön suhde perustuslakiin, erityisesti perusoikeuksiin, ihmisoikeuksiin ja yhteisöoikeuteen. Helsingin yliopisto, Helsinki 2002.

Arokytö, Timo: terveydenhuoltojärjestelmien kehityssuunnat Euroopassa. Ruotsi, Norja, Tanska, Alankomaat ja Iso-Britannia. Sitran selvityksiä 16, 8.2.2010.

Arrowsmith, Sue: Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules. Public Procurement in the European Community: Volume IV. Earlsgate Press 1993.

- A Guide to the Procurement Cases of the Court of Justice. Public Procurement in the European Community. Volume II. Hull 1992.

Ascher, Kate: The Politics of Privatization: Contracting Out Public Services. Basingstoke. Macmillan 1988.

Asenova, Darinka – Hood, John: PFI and the Implications of Introducing New Long-Term Actors into Public Service Delivery. Public Policy and Administration, Vol 21, 21/2006. s. 23–41. Sage, 2006.

Asikainen, Timo: Julkisen palvelun kuvan muuttuminen 1987–1996. Valtionvarainministeriö hallinnon kehittämisosasto. Tutkimukset ja selvitykset 3/98. Hakapaino Oy, Helsinki 1998.

- Aubert, Vilhelm: *Indelning till rätt sociologien*. Almqvist & Wicksell. Stockholm 1983.
- Aurejärvi, Erkki – Hemmo, Mika: *Luotto-oikeuden perusteet*. Talentum, Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2004.
- Bael, Ivo Van – Bellis, Jean-Francois: *Competition law of the European Community*. CCH Europe, Bicester 1994.
- Bailey, Stephen: *Extending competition and choice in English local government*. Kunnallistieteen aikakauskirja 2/2008, s. 136–149. Kunnallistieteen yhdistys ry, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2008.
- *Public sector economics. Theory, policy and practice*. Palgrave, Basingstoke 2002.
 - *Public sector economics. Theory, policy and practice*. Macmillan Press, Basingstoke 1995.
- Balmér, Peter – Bengt, Cabrieli- Kertész, Tibor – Meuller, Anders – Ögren, Runo: *Kommunal service – Nya former*. Almqvist & Wiksel Förlag AB. Aflöv 1992. (Balmér ym. 1992)
- Berlin, Johan: *Beställarsstyrning av Hälso- och Sjukvård – Om människor, marginaler och Miljoner*. Akademisk avhandling Förvaltningshögskolan Göteborgs Universitet. Kompedient, Göteborg 2006.
- Björkroth, Tom – Koponen, Aki – Pohjola, Mikko – Virtanen, Martti: *Kilpailun seurantamenetelmien I: Kilpailuseurannan toteuttamisen periaatteet*. Kauppa- ja teollisuusministeriön julkaisuja 2/2006, markkinaosasto. Edita Publishing Oy, Helsinki 2006. (Björkroth ym. 2006)
- Bogdan, Michael: *Comparative Law*. Kluwer Law and Taxation. Graphic systems, Göteborg 1994.
- Bovis, Christopher: *EC Public Procurement, Case Law and relegalatio*. Oxford University Press, Oxford 2006.
- Boyne, George A. (toim.): *Public service performance: perspectives on measurement and management*. Cambridge University Press. Cambridge 2006. (Boyne 2006)
- *Management Local Services From CCT to Best Value*. Great Britain 1999.
- Brorström, Björn – Haglund, Anders – Solli, Rolf: *Förvaltningsekonomi. En bok med fokus på organisation, styrning och redovisning i kommuner och landsting*. Studentlitteratur, Lund 1999.
- Brorström, Björn – Falkman, Pär – Haglund, Anders – Solli, Rolf – Malmer, Stellan: *Förvaltningsekonomi: en bok med fokus på organisation, styrning och redovisning i kommuner och landsting*. Studentlitteratur, Lund 2005. (Brorström ym. 2005)
- Brown, L. Neville – Jacobs, Francis G.: *The Court of Justice of the European Communities*. 3. uudistettu painos. Sweet & Maxwell, London 1989.
- Brunila, Anne – Jokinen, Hannu – Kerola, Hannele – Mäkitalo, Raili – Putkonen, Carita: *Hyvinvointipalvelujen turvaaminen*. Valtiovarainministeriön julkaisuja 4/2003. Valtiovarainministeriö. Edita Prima Oy, Helsinki 2003. (VM:n julkaisuja 4/2003)
- Bruun, Niklas – Mäenpää, Olli – Tuori, Kaarlo: *Virkamiesten oikeusasema*. Otava, Helsinki 1995.
- Buchanan, James M.: *Public finance in democratic process. Fiscall Institutions and Individual Choice*. The University of North Carolina Press, Chapel Hill 1967.
- Böttger, Katrin: *grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Europa*. Tübingen 2006.

CAF 2006 Yhteinen arviointimalli. Organisaation kehittäminen itsearviointin avulla. 4th Quality conference for Public Administrations in the EU. Edita Prima Oy 2006. (CAF yhteinen arviointimalli 2006)

CAF 2002 Yhteinen arviointimalli. Organisaation kehittäminen itsearviointin avulla. 2th Quality conference for Public Administrations in the EU. Edita Prima Oy, Helsinki 2003. (CAF yhteinen arviointimalli 2002)

Castrén, Martti: EU-suomen markkinaoikeus. Kauppakaari Oy, Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1997.

CCRE/CEMR: The Future of Public Service in Europe: Meeting the Needs of Our Citizens. Declaration of the 23rd General Assembly of European Municipalities and Regions. Innsbruck 12th May 2006. (The future of Public Service in Europe 2006)

CEMR/EPSU: Reform of public services: what role for social dialogue? CEMR Response to the Public Consultation on the future of EU Cohesion Policy: Growing Regions, Growing Europe. Council of European Municipalities and regions. Brussels, January 2008. (CEMR/ EPSU: Reform of public services 2008)

CEMR Position Paper. Response to the European Commission's Green Paper on public-private partnership and community law on contracts and concessions. Council of European Municipalities and regions. Brussels, July 2004. (CEMR Position paper 2004)

CEMR Response. Green Paper Adapting to climate change in Europe – options for EU action. COM (2007) 354. Brussels. November 2007. (CEMR Response 2007)

Cole, Alistair – John, Peter: Local Governance in England and France. Routledge, New York 2001.

Collier, Allan: Outsourcing. Teoksessa Collier, Berna – Pitkin, Sally (toim.): Corporatisation and Privatisation in Australia. A collection of papers examining legal, economic and policy issues. Centre for Commercial and Property Law, Queensland University of Commercial and Property Law, Queensland University of Technology and Clayton Utz, layers. CCH, Sydney 1999.

Collin, Sven-Olof – Hansson, Lennart (toim.): Kommuner landsting I förändring. Studentlitteratur, KEFU, Sweden Lund 1993.

Culyer, A. J. – Jönsson Bengt: Introduction. Teoksessa Public and Private health services. Complementarities and Conflicts. Toim. Culyer, A. J. – Jönsson Bengt. s. 1–10. Basil Blackwell Ltd, Page Bros Ltd. 1986 Norwich.

Dahlström, Anita – Ramström, Dick: Stockholmsmodel. Effekter, Problem, Vägval. Hälso- och sjukvårdensinstitut. Spri rapport 398. Stockholm 1995.

Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuonna 2008. K 4/2009 vp, Helsinki 2009. (EOA: kertomus 2008)

Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuonna 1997. K 10/1998 vp. Helsinki 1997. (EOA:n kertomus 1997)

Eduskunnan oikeusasiamiehen tiedote 19.11.2002: Potilaiden oikeuksien toteutuminen HUS:n erikoissairaanhoidossa. (EOA:n tiedote 19.11.2002)

Eduskunnan oikeusasiamiehen tiedote 8.11.2000. Eduskunnan oikeusasiamies Lauri Lehtimaja muistuttaa kuntia niiden velvollisuudesta huolehtia koulujen ja päiväkotien pihojen sekä leikkipuistojen hiekoituksesta talvisin. (EOA:n tiedote 8.11.2000)

Eduskunnan oikeusasiamiehen vastaus kanteluun omaisuushoito-yhtiön tarkastusvaliokuntaa koskevassa asiassa. Oikeusasiamies Lauri Lehtimaja, 2432/4/99. EOA vastaus 22.5.2001.

- Eilavaara, Pertti: Muuttuvan hallinnon oikeuskysymyksiä kuntien elinkeinopolitiikasta, kantokyyvystä, yksityistämisestä ja metsän rauhoituksesta. Rovaniemi 1987.
- Ekeberg, Per-Olof: Medbestämmandelagen. Kommentarer med rättsfall LO/PTK. Tredje editionen. Tidens Förlag Stockholm 1989.
- Eklund, Frederik: Resource constraints in health care – case studies on technical, allocative and economic efficiency. Helsinki University of Technology. Department of Industrial Engineering and Management. Doctoral Dissertation Series 2008/3. Espoo 2008.
- Eklund, Frederik – Vauramo, Erkki – Autio, Antti – Kjisik, Henu: Visio tulevaisuuden palvelujärjestelmästä. Case Kymenlaakso. HEMA instituutti, Teknillinen korkeakoulu. Tekes Finnwell ohjelma. STM 4.5.2007. (Eklund ym. 2007)
- Ekroos, Ari – Majamaa, Vesa: Maankäyttö ja rakennuslaki. 2. uudistettu laitos. EditaPublishing Oy, Helsinki 2005.
- Ekström, Bo-Erik – Pohjonen, Mika – Haavisto, Ilkka: Kunnat ja markkinat. Eva-analyysi 25.6.2007 No 2. Elinkeinoelämän valtuuskunnan julkaisu.
- Eloranta, Jarkko: Tilaa tuottajamallin miinat ja mahdollisuudet. Mietteitä kuntien palvelujen tuottamisesta. Kunta-alan ammattiliiton julkaisusarja 1-1996. Jaarli oy, Turenki 1996.
- Erikson, Lars D.: En Legalstrategi för 2000-talet. Teoksessa Nuotio, Kimmo – Herler, Casper – Boucht, Johan (toim.): Nykyajan muuttuva oikeus, s. 141–152. Suomalainen lakimiesliiton julkaisu, E-sarja N:o 5. Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2001.
- Ervasti, Kaijus: Oikeus, yhteiskunta ja tuomioistuimet. Teoksessa Kaijus, Ervasti – Meincke, Nina: Oikeuden tuolla puolen. s. 119–146. Kauppakaari. Lakimiesliiton kustannus, Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2002.
- Tuomioistuinten ulkopuolinen riitojen ratkaisu. Näkökulmia vaihtoehtoisiin konfliktinratkaisumenetelmiin. Lakimies 7-8/2000 s. 1237-1263.
- Eskola, Saira – Ruohoniemi, Erko: Julkiset hankinnat. WSOYpro, WS Bookwell, Juva 2007.
- Eteläpoliklinikan arviointi. Peijaksen eteläpoliklinikkaprojektin loppuraportti. FinOHTAn raportti 10, 1999. Stakesin monistamo, Helsinki 1999.
- Exworthy, Mark – Halford, Susan: Professionals and the new managerialism in the public sector. Open university press, Buckingham 1999.
- Forma, Pauli – Niemelä, Mikko – Saarinen, Arttu: Hyvinvointivaltion kilpailuttaminen. Kunnallissalan kehittämissäätiö, KAKS, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2008.
- Julkisen sektorin uudistus ja hyvinvointipalvelujen muutos muissa Pohjoismaissa. S. 39–51. Teoksessa Fredriksson, Sami – Martikainen Tuomo (toim.): Kilpailuttamisen kokemukset. Kunnallissalan kehittämissäätiön kunnat ja kilpailu sarjan julkaisu nro 1. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2006.
- Forsberg, Niclas: Offentlig Upphandling i praktiken. Norstedts Juridik Ab. Stockholm 1998.
- Fredriksson, Sami – Martikainen, Tuomo (toim.): Julkista vai yksityistä – Kuntalaisten palveluita koskevat valinnat. Kunnallissalan kehittämissäätiön kunnat ja kilpailu- sarjan julkaisu nro 6, Vammalan kirjapaino Oy 2008, Vammala 2008.
- Kilpailuttaminen ja kvasimarkkinat. Teoksessa Fredriksson, Sami – Martikainen Tuomo (toim.): Kilpailuttamisen kokemukset. Kunnallissalan kehittämissäätiön kunnat ja kilpailu sarjan julkaisu nro 1. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2006. (Fredriksson-Martikainen 2006a)

- Kuntien Sosiaali- ja terveystalvelujen markkinat ja ostopalvelut Suomessa. (Fredriksson-Martikainen 2006b)
- Fredriksson, Sami – Hyvärinen, Olli – Mattila, Mikko – Wass, Hanna: Kilpailuttaminen poliittisena päätöksenä. Kunnallissalan kehittämisseäitiö. Vammalan kirjapaino Oy, Sastamala 2009. (Fredriksson ym. 2009)
- Ghobadian, Abby – Gallear, David – O'Regan, Nicholas – Viney, Howard: Public-private partnerships: policy and experience. Palgrave Macmillan 2004. (Ghobadian ym. 2004)
- Grand Le, Julian – Bartlett, Will: The theory of Quasi-markets. Teoksessa Grand le, Julian – Bartlett, Will: Quasi-Markets and Social Policy. The Macmillan Press LTD. China 1994.
- Grandholm, Arne – Karlöf, Bengt: Julkisen hallinnon uudet strategiat. Asiakasnäkökulma. Valtion painatuskeskus, Helsinki 1990.
- Grandqvist, Nina: Privatisering I Princio och Praktik. En studie privata inslag I finländska kommuner. Kunnallistieteiden aikakauskirja 4/1997 s. 397–401. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1997.
- Grönfors, Kurt: Avtalslagen. Norstedts. Stockholm 1989.
- Grönroos Christian: Service Management and Marketing. Customer Management in Service Competition, 3. painos, Wiley higher education, 2008.
- Haapio, Helena: Oikeusturva, ennakointi ja yritykset: tavoitteena oikeudellinen omavastuu ja ongelmien ehkäisy. Oikeus 1/2002 s. 87–96.
- Hakalehto-Wainio, Suvianna: Julkisyhteisön vahingonkorvausvastuun peruskysymyksistä. Defensor Legis 4/2009 s. 587–605.
 - Korvausvastuu koulukiusauksella aiheutetusta vahingosta. Teoksessa Oikeustiede, Jurisprudentia. S. 63–134. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2003.
 - Vahingonkorvausvastuu julkista valtaa käyttäen aiheutetusta vahingosta. Helsingin yliopisto, Helsinki 2000.
- Hankintalakitöryhman muistio. Julkisista hankinnoista annetun lain (1505/1992) kokonaisuudistusta valmistelleen työryhman muistio 15.11.2004. KTM:n julkaisuja 36/2004. Markkinaosasto, Helsinki 2004. (KTM:n julkaisuja 36/2004)
- Hakulinen, Hanna – Jalonen, Päivi – Manninen, Pirjo – Pulkkinen-Närhi, Pirjo – Partinen, Ritva: Kunnallisen työterveyshuollon alueellinen kehittäminen: keskeisiä näkökohtia muutoksessa. Työterveyslääkäri 26/2008 s. 92–96. (Hakulinen ym. 2008)
- Hannus, Aarno: Kunnallisoikeuden pääpiirteet. Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja N:o 181. Werner Söderström Osakeyhtiö. Juva 1987.
 - Uusi kunnallislaki. WSOY Helsinki 1981.
- Hannus, Aarno – Hallberg, Pekka: Kuntalaki. 3. uudistettu painos. Werner Söderström Lakitieto Oy, WS Bookwell, Porvoo 2000.
 - Kuntalaki. 2. uudistettu painos. Werner Söderström Lakitieto Oy, WS Bookwell, Porvoo 1997.
- Hannus, Aarno – Hallberg, Pekka – Niemi, Anne E.: Kuntalaki. 4. uudistettu painos. WSOYpro Oy, WS Bookwell Oy. Juva 2009.
- Hansson, Lennart: Beställar-utförar modellen. Kommunal Ekonomi. Nro 2/1992, s. 18–20.
- Halila, Heikki: Oikeuskäytännön merkitys rakennusurakkaan liittyvissä kysymyksissä. Teoksessa Halila, Heikki – Hemmo, Mika – Sisula-Tulokas, Lena (toim.): Juhlakirja Esko Hoppu

1935–15/1–2007, s. 63–79. Suomalainen lakimiesyhdistys. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2005.

Hallberg, Pekka: Arvot tasapainossa? Mietteitä oikeudesta, kilpailukyvyistä ja hyvinvoinnista. Werner Söderström Osakeyhtiö, Dark Oy, Vantaa 2005.

- Oikeudenmukainen oikeudenkäynti 2000-luvulla. Puheenvuoro. Kauppakaari Lakimiesliiton kustannus. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2001.
- Hallintolainkäytön linjanvetoa korkeimman oikeuden merkittäviä ratkaisuja. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1990.
- Hallinto-oikeudellisen valituksen käyttöalasta. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1978.

Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Shein, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. Werner Söderström, Lakitieto OY. Helsinki 1999. (Hallberg ym. 1999)

Hallberg, Pekka – Ignatius, Pirkko – Kanninen, Heikki: Hallintolainkäyttölaki. Kauppakaari Oy, Lakimiesliiton kustannus. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 1997.

Halme, Jukka-Pekka: Kunnanhallituksen ohjaus- ja johtovalta kunnan hallinnossa. Suomalaiset oikeusjulkaisut, Gummerus kirjapaino, Jyväskylä 2005.

Halme, Kimmo – Kotilainen, Markku: Innovatiiviset julkiset hankinnat. Tekesin katsaus 225/2008. Libris Oy, Helsinki 2008.

Harisalo, Risto: Liberalismi ja vapaus. Katsaus vapauden yhteiskunnallisiin ulottuvuuksiin. Tampereen yliopisto, johtamistieteiden laitos. Tampere 2009.

- Taloudellinen ahdinko ja uudistuva kunta. Tutkimus kuntien käyttäytymisestä taloudellisessa ahdingossa. Tampereen yliopiston kunnallistieteiden laitos, Jäljennepalvelu, Tampere 1988.
- Kunnallistalouden ahdinko ja sen perusulottuvuudet. Tampere 1987.

Harisalo, Risto – Aarrevaara, Timo – Stenval, Jari – Virtanen, Petri: Julkinen toiminta – julkinen politiikka. Tampere university press. Tampereen yliopistopaino Oy – Juvenes Print, Tampere 2007. (Harisalo ym. 2007)

Harisalo, Risto – Rajala, Tuija – Stålborg Krister: Kunnallispolitiikka. Valtion painatuskeskus. Helsinki 1992.

Harjula Heikki – Prättälä, Kari: Kuntalaki Tausta ja tulkinnat. 7. uudistettu painos. Talentum media Oy, Gummerus Kirjapaino, Jyväskylä 2007.

- Kuntalaki – Tausta ja tulkinnat. 5. uudistettu painos. Talentum Media Oy, Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2004.
- Kuntalaki – Tausta ja tulkinnat. Lakimiesliiton kustannus, Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 1998.

Hautamäki, Antti – Paavola, Vesa: Tuottaa vai tilata? Palvelujen järjestämisen vaihtoehtoisista tavoista. Helsingin kaupungin tietokeskus, Helsinki 1993.

Haveri, Arto: Kunnallishallinnon uudistukset ja niiden arviointi. Suomen kuntaliitto, Acta nro 124, Kuntaliiton painatuskeskus, Helsinki 2000.

Haveri, Arto – Majoinen, Kaija: Seudulliset kehittämissohjelmat ja niiden arviointi. Suomen kuntaliitto. Kuntatalon paino. Helsinki 1995.

Havu, Katri: Kunnalla on oikeus korvaukseen kilpailuoikeuden rikkomuksesta. Kuntalehti 1/2009, s. 38–39.

Health System in Transition. Denmark. Health system review. Strandberg-Larsen, Martin – Nielsen, Mikkel Bernt – Vallgård, Signild – Krasnik, Allan – Vrangbæk, Karsten. European observatory. Vol. 9 No. 6/2007.

Health System in Transition. United Kingdom. European observatory on health care Systems. 19/1999.

Heikkinen, Marja – Tapio, Markku – Haikko, Markku – Paloposki, Jaakko: Hallitusti kohti markkinoita. Julkisen liiketoiminnan ohjaus. Hallinnon kehittämiskeskus, Suomen kuntaliitto. Oy Edita Ab, Helsinki 1996. (Heikkinen ym. 1996)

Heinonen, Jarna: Kohti asiakaslähtöisyyttä ja kilpailukykyä. Sisäinen yrittäjäyys kunnallisen yksikön muutoksessa. Akateeminen väitöskirja Turun kauppakorkeakoulu. Kirjapaino Grafia Oy, Turku 1999.

Hemmo, Mika – Könkkölä, Justus – Norros, Olli: Sopimusoikeuden oppikirja. 2. painos. Talentum, Helsinki 2008.

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus 3. Talentum, Helsinki 2005. (Hemmo2005 a)

- Vahingonkorvausoikeus. WSOYPro, Helsinki 2005. (Hemmo 2005b)
- Pankkioikeus. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2001.
- Sopimusoikeus, osa I. Kauppakaari Oy, Lakimiesliiton kustannus. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 1997. (Hemmo 1997a)
- Sopimusoikeus, osa II. 2. painos. Kauppakaari Oy, Lakimiesliiton kustannus. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 1997. (Hemmo 1997b)
- Vahingonkorvauksen sovittelu ja moderni korvausoikeus. Suomalainen lakimiesyhdistys. 1996. Vammalan kirjapaino Oy. Vammala 1996.

Hemmo, Mika – Kaisto, Janne: Varallisuus oikeuden perusteet. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut, Hakapaino Oy, Helsinki 2001.

Herbert, Simon A.: Organizations and Markets. Journal of Economic Perspectives, Volume 5, 2/1991, s. 25–44.

Hertzen, Hannu von: Sopimusneuvottelut. Yliopistollinen väitöskirja. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Lakimiesliiton kustannus Oy, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1983.

Heuru, Kauko: Kunta oikeushenkilönä. Kunnallistieteellinen aikakauskirja 1/2007, s. 107–110. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2007.

- Hyvä hallinto. Edita Publishing Oy. Edita Prima OY, Helsinki 2003.
- Itsehallinnon aika. Kunnallisan kehittämässätiö. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2001. (Heuru 2001b)
- Kuntalaki Käytännössä. Edita. Helsinki 2001. (Heuru 2001a)
- Kunnan päätösvallan siirtyminen. Oikeudellinen tutkimus kunnanvaltuuston valasta kunnallishallinnon demokraattisten arvojen ja tehokkuusarvojen ristipaineessa. Akateeminen väitöskirja, Tampereen yliopisto, kunnallistieteiden laitos. Tampereen yliopistopaino Juvenes Print Oy, Tampere 2000. (Heuru 2000a)
- Kunnan johtamisjärjestelmä. Teoksessa Ryyänen, Aimo – Meklin, Pentti – Karhu, Veli – Kallio, Olavi: Kunnallisen itsehallinnon renessanssi. Tammer-paino Oy, Tampere 2000. (Heuru 2000b)
- Uusi kuntalaki. Painatuskeskus Oy, Helsinki 1995.
- Länsimainen oikeusajattelu. Tampereen yliopisto, kunnallistieteen laitos. Tampere 1989.

- Kunnallisen budjettioikeuden perusteet. Kustannus IURA. Lauttapaino Oy, Huittinen 1987.
- Heuru, Kauko – Mennola, Erkki – Rynänen, Aimo: Kunta, kunnallisen itsehallinnon perusteet. Edita Publishing Oy, Edita Prima Oy, Helsinki 2008.
- Hilborn, Ingegärd – Paulsson, Ingvar.: Kommunallagen: kommentarer och praxis. Svenska kommunförbundet. Stockholm 2001.
- Hidén, Mikael: Havaintoja hallinnollisten säädösten antovallan puitteista uuden perustuslain järjestelmässä. Teoksessa Nuotio, Kimmo – Herler, Casper – Boucht, Johan (toim.): Nykyajan muuttuva oikeus, s. 153–176. Suomalainen lakimiesliiton julkaisu, E-sarja N:o 5. Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2001.
- Perusoikeuksien yleisiä kysymyksiä. Teoksessa Nieminen, Liisa (toim.): Perusoikeudet suomessa. Kauppakaari OYJ, Lakimiesliiton kustannus. Multiprint 1999.
- Hirvonen, Kalervo – Mäkinen, Eija: Kunnallinen viranhaltija. Oikeudellisen aseman sääntely-Edita Prima Oy, Helsinki 2006.
- Hoffman-Riem, Wolfgang – Schmidt-Aßmann, Eberhard: Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht. Nomos, Baden-Baden 1998.
- Hoikka, Paavo: Vapaakuntakokeilun seuranta – lähtökohtatilanteen analyysi vuoden 1989 alkupuolella. Tampereen yliopisto. Jäljennepalvelu. Tampere 1989.
- Hoikka, Paavo – Anttiroiko, Ari-Veikko – Ylitalo, Ismo: Kunnallishallinnon kehitystiet. Näkökulmia kunnallistutkimuksen ja kulttuurin murroksiin. Tampereen yliopisto, kunnallistieteiden laitos, julkaisusarja 1/1995. Yliopistopaino, Tampere 1995. (Hoikka ym. 1995).
- Hoikka, Paavo – Lehtonen, Raimo – Rajala, Tuija – Rynänen, Aimo – Siitonen, Pentti – Tetri, Eija: Kuntalaki kunnallishallinnon peruslakina. Kuntalain seurantalutkimus. Tampereen yliopisto, kunnallistieteiden laitos, Julkaisusarja 1/1999. Tampereen yliopistopaino, Tampere 1999. (Hoikka ym. 1999)
- Holopainen, Toivo: Kunnan asema valtiossa. Oikeudellinen rakennetutkimus. Yliopistollinen väitöskirja, Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Suomalainen lakimiesyhdistys. Vammalan kirjapaino. Vammala 1969.
- Hood, Christopher – Schuppert, Gunnar Folke (toim.): Delivering public services in Western Europe: sharing Western European experience of para-government organization. London. Sage 1988.
- Hoppu, Esko: Kauppa- ja varallisuus oikeuden perusteet. 5. uudistettu ja täydennetty painos. Encomlaw, Helsinki 1998.
- Hoppu, Esko – Routamo, Eero: Suomen vahingonkorvausoikeus. Enconlaw, Vaasa 1977.
- Hossain, Moazzem – Malbon, Justin: Who Benefits from Privatisation? Biddles Ltd. Routledge. London 1998.
- Huotari, Päivi: Strateginen osaamisen johtaminen kuntien sosiaali- ja terveystoimessa. Neljän kunnan sosiaali- ja terveystoimen esimiesten käsityksiä strategisesta osaamisen johtamisesta. Akateeminen väitöskirja. Tampereen yliopiston johtamistieteiden laitos. Tampereen yliopistopaino – Juvenes Print Oy, Tampere 2009.
- Houtsonen, Jarmo: Oikeus ja yhteiskunta oikeustieteen näkökulmassa ja oikeussosiologisessa vaikutustutkimuksessa. Teoksessa Ervasti, Kaijus – Meincke, Nina: Oikeuden tuolla puolen. s. 147–180. Kauppakaari. Lakimiesliiton kustannus, Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2002.

Huhtanen, Raija: Sosiaali- ja terveydenhuollon yksityiset ostopalvelut ja perustuslain 124 §. Teoksessa Myrsky, Matti – Vartiainen, Perttu – Miettinen, Perttu (toim.): Juhlakirja Teuvo Pohjolainen 1945-14/10-2005. Joensuun yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja. Edita Prima Oy, Helsinki 2005.

Hukka, Jarmo – Katko, Tapio: Yksityistäminen vesihuollossa. Kunnallisan kehittämissätiö. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1999.

Huopalainen, Toni (toim.): Kilpailuoikeuden käsikirja. Edita Publishing Oy, Helsinki 1998. (Huopalainen 1998.)

Hurskainen, Aimo: Hallintopäätösten perustelemisesta, Akateeminen väitöskirja, Joensuun yliopisto, Yhteiskuntatieteiden tiedekunta, Joensuun yliopistopaino, Joensuu 2003.

Hurst, Claire – Reeves Eion: An economic analysis of Ireland's first public private partnership. The International Journal Public Sector Management. Vol 17, 5/2004, s. 379–388.

Husa, Jaakko: Non liquet? Vallanjako, perusoikeudet, systematisointi – oikeuden ja politiikan välisiä rajankäyntejä. Helsinki 2004.

- Maailman oikeuserpeiden luokittelu 2000-luvulla. Teoksessa Nuotio, Kimmo – Herler, Casper – Boucht, Johan (toim.): Nykyajan muuttuva oikeus, s. 67–82. Suomalaisen lakimiesliiton julkaisu, E-sarja N:o 5. Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2001.
- Johdatus oikeusvertailuun: oikeusvertailun perusteet erityisesti julkisoikeutta silmällä pitäen. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1998.
- Yleinen valtiosääntöoikeus. Hahmotelma modernin valtiosääntöopin mahdollisuudesta, alasta ja sisällöstä. Joensuun yliopistopaino. Joensuu 1997.
- Julkisoikeudellinen tutkimus: tutkimusjulkisoikeudessa harjoitettavan oikeusdogmatiikan metodologiasta. Tampere 1995.

Husa, Jaakko – Pohjolainen, Teuvo: Julkisen vallan oikeudelliset perusteet. Johdatus julkisoikeuteen. Talentum, Helsinki 2008.

Husa, Jaakko – Mutanen, Anu – Pohjolainen, Teuvo: Kirjoitetaan juridiikkaa. Ohjeita oikeustieteellisten kirjallisten töiden laatijoille. Talentum Media Oy, Helsinki 2005.

Häggröth, Sören: Staten och kommunerna. Statens offentliga utredningar. Stockholm 2005. Löytyy myös osoitteesta, kotisivu: www.gov.se/ansvar.

Häikiö, Liisa: Muuttuva kansalaisuus. Mikä on kuntalaisen asema tilaaja-tuottajamallissa? Kunnallistieteen aikakauskirja 2/2007 s. 147–160.

Häll, Maija: Hankintamenettelyn valinta ja hankinnasta ilmoittaminen. Teoksessa Kalima, Kai – Häll, Maija – Oksanen, Antero: Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt, s. 124–150. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2007. (Häll 2007a)

- Tarjouksien pyytäminen, vastaanottaminen ja käsitteleminen. Teoksessa Kalima, Kai – Häll, Maija – Oksanen, Antero: Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt, s. 151–176. Suomalaiset oikeusjulkaisut Oy, Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2007. (Häll 2007b)

Hämäläinen, Jorma – Teikari, Veikko: Henkilöstöpolitiikka pakkoratkaisujen edessä. Kunnallisan kehittämissätiö. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1995.

Häyhä, Juha: Ankara vastuu vahingonkorvausoikeuden järjestelmä. Teoksessa Kangas, Urpo (toim.): Oikeustiede, Jurisprudentia. Lakimiesyhdistyksen vuosikirja 1999. s. 81–150. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 1999.

- Johdanto. Teoksessa Häyhä, Juha (toim.): Minun metodini, s. 15–34. Werner Söderström lakitieto, Porvoo 1997.

- Sopimus, laki ja vakuutustoiminta, Yliopistollinen väitöskirja, Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Suomalainen lakimiesyhdistys. Gummerus kirjapaino, Jyväskylä 1996.
- Hydén, Håkan: Ram eller lag? Om ramlagstifning och samhällsorganisation. Civil department, Stat-kommunberedningen, Ds C 1984:12. Stockholm 1985.
- Hyvinvointipalvelujen turvaaminen. Valtiovarainministeriön julkaisuja 4/2003. Edita Prima Oy, Helsinki 2003. (VM:n julkaisuja 4/2003)
- Hyvärinen, Jari: Empirical Evidence International outsourcing in production. Turun kauppa- korkeakoulun julkaisuja. Paino-Raisio Oy, Raisio 2004.
- Hyvärinen, Olli – Liht, Pekka: Kilpailuttamisen laajuus ja taustatekijät Suomen kunnissa. Kunnallissalan kehittämissätiön Kunnat ja kilpailu -sarjan julkaisu nro 10, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2008.
- Hyvönen, Olli – Kess, Kaija – Piisi, Tero – Tuomela, Heikki – Uotila, Jaakko: Julkiset hankinnat hankintayksiköissä. Edita Publishing Oy, Edita Prima Oy, Helsinki 2007.
- Idänpää-Heikkilä, Ulla: Sopimusohjaus ohjausmenettelynä sairaanhoitopiiriin ja terveyskeskusten yksiköissä ja niiden lääkärien työssä. Sosiaali- ja terveysalan tutkimus- ja kehittämiskeskus Stakes. Tutkimuksia 159. Gummerus Kirjapaino Oy, Vaajakoski 2007.
- Ihalainen, Rauno: Sopimusohjaus erikoissairaanhoidon palvelujen tuottamisen ohjauksessa. Akateeminen väitöskirja Tampereen yliopiston lääketieteellinen tiedekunta. Tampereen yliopistopaino – Juvenes Print, Tampere 2007.
- Ikäihmisten palvelujen laatusuositus. Sosiaali- ja terveysministeriön julkaisu, STM 2008:3. Yliopistopaino Kustannus, Helsinki 2008, (STM:n suositus 2008:3).
- Jaakkola, Tapio – Sorsa, Kaisa: Liiketoiminnan sopimukset, sopimusriskien hallinta liike ja kuluttajasopimuksissa. Edita Publishing Oy, Helsinki 2005.
- Jalonen, Harri: Kuusi teesiä kunnallisen päätöksenteon valmistelutyön tehokkuudesta ja luovuudesta. Kunnallistieteen aikakauskirja 4/2007, s. 360–378. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2007.
- Jauhiainen, Jussi S. – Ala-Rämi, Katri – Suorsa, Katri: Multipolis – teknologian, osaamisen ja kehittämisen yhteistyöverkosto. Arviointi Multipolis-toiminnasta 2000–2004. Sisäasiainministeriö, Alueiden kehittäminen. Suomen Printman Oy, Helsinki 2004.
- Jensen, Paul H. – Stonecash Robin O.: The Efficiency of Public Sector Outsourcing Contracts: A literature Review. Melbourne Institute Working paper No. 29/04. Melbourne 2004.
- JHS 167 Neuvottelumenettelyjen käyttö ICT-hankinnoissa. JUHTA – Julkisen hallinnon tietohallinnon neuvottelukunta, Valtiovarainministeriö. Julkaistu 13.10.2008. (JHS 167 Neuvottelumenettelyjen käyttö ICT-hankinnoissa 2008)
- Johanson, Jan-Erik – Mattila, Mikko: Kuntalaiset ja palveluiden leikkaukset. Kuntaliiton julkaisu, kuntatalon paino, Helsinki 1993.
- Johanson, Jan-Erik – Jaakkola, Antero – Virtanen, Kyösti: Normiselvitys: kuntien viranhaltijoiden käsityksiä valtion ja kuntien ohjauksen muutoksesta normilain voimaantumisen jälkeen. Suomen kaupunkiliitto, Helsinki 1993.
- Joutsamo, Kari: Euroopan yhteisö. Eurooppaoikeus. 2. uudistettu painos. Lakimiesliiton kustannus. Tammer-Paino Oy, Helsinki 1991.

Jukarainen, Heikki – Tarukannel, Veijo: Oikeudenkäynti hallintotuomioistuimessa. Tampereen yliopisto, julkisoikeudenlaitos. Yliopistopaino, Tampere 1999.

Julkisen elinkeinotoiminnan kilpailuneutraliteetti. Työ- ja elinkeinoministeriö kilpailukyky 23/2009. Työ ja elinkeinoministeriö, Edita Publishing Oy 2009.(TEM:n julkaisu 23/2009)

Julkisten hankintojen yleiset sopimusehdot palveluissa. Valtiovarainministeriö. Helsinki 2009. (JYSE 2009 palvelut)

Julkisten hankintojen yleiset sopimusehdot tavarahankinnoissa. Valtiovarainministeriö. Helsinki 2009. (JYSE 2009 tavarat)

Julkunen, Raija: Hyvinvointivaltio käännekohtassa. Vastapaino, Tampere 1992.

Juppo, Virpi: Systeemi- ja kontingenssiteorioiden anti muutoksen johtamiseen. Kunnallistieteen aikakauskirja 1/2007 s. 9–19. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2007.

- Muutoksen johtaminen liikelaitostamis- ja yhtiöittämisprosessissa. Vaasan Yliopiston julkaisu, Tutkimuksia 264, hallintotiede 33, Vaasa 2005.

Juntunen, Pekka – Nurmi, Veli-Pekka – Stenvall, Jari: Kuntien varautuminen ja turvallisuuden hallinta muuttuvissa hallinto- ja palvelurakenteissa. Suomen Kuntaliitto, Kuntatalon paino, Helsinki 2009.

Jylhä, Jukka: Palveluorganisaation johtaminen. Valtionhallinnon kehittämiskeskus. Valtion painatuskeskus, Helsinki 1989.

Jyränki, Antero: Uusi perustuslakimme. Iura Nova, Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2000.

- Valta ja vapaus. kaksikymmentäkolme luentoja valtiosääntöoikeuden yleisistä kysymyksistä. 2. uudistettu painos. Kauppakaari Oy, Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1998.
- Toiset työt, toiset menetit. Teoksessa Häyhä, Juha (toim.): Minun metodini. Werner Söderström lakitieto. Porvoo 1997.

Jyränki, Antero – Perttunen, Juhani – Vilkkonen, Eero: Valta, valtio, kansalainen. Johdatus julkisoikeuteen. 6. tarkistettu painos. Kustannusosakeyhtiö Tammi. Helsinki 1982.

Jääskeläinen, Jukka: Markkinoiden avaaminen ja kilpailun edistäminen sosiaalisektorin hyvinvointipalveluissa. Helsinki 2000.

- Kunta, käyttäjä, markkinavoima. Kunnallisen monopolin ohjaus ja johtaminen. Helsinki 1994.

Kaakkola, Jukka: Selvitys kuluttajansuojalain soveltuvuudesta julkisiin palveluihin ja välttämättömyyspalveluihin. Kauppa- ja teollisuusministeriö. KTM Julkaisuja 24/2005, Edita Publishing Oy, Helsinki 2005.

Kaakkola, Jukka – Peltonen, Anja: Sosiaali- ja terveyspalvelujen asiakkaan oikeusasema – Vertailu yksityisen ja kunnan järjestämien palvelujen välillä. Kuluttajaviraston julkaisu sosiaali- ja terveyspalvelujen asiakkaan oikeusasemasta (9/2006). Kuluttajavirasto, Helsinki 2006.

Kaarresalo, Toni: Kilpailuttamisvelvollisuus julkisissa hankinnoissa. Edita Publishing Oy. Edita Prima Oy, Helsinki 2007.

Kairinen, Martti: Työoikeus perusteineen 2001. 9. painos. Työelämän tietopalvelu Oy, Masku 2001.

- Työoikeus perusteineen. 7. painos, Työelämän tietopalvelu Oy, Masku 1995.

Kaivo-oja, Jari: Työntekijä tehokaan tuotannon inhimillisenä resurssina kunnassa. Kunnallistieteen aikakauskirja 3/1995s. 187–200. Kunnallistieteen yhdistys, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1995.

Kaksonen, Maija – Kotonen, Ulla: Tarkastuslautakunnan asema kunnan organisaatiossa. Kunnallistieteellinen aikakauskirja 1/2002 s. 22–31. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2002.

Kalima, Kai: Julkisen hankinnat suomessa ja Euroopassa. Teoksessa Kalima, Kai – Häll – Oksanen, Antero: Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt, s. 1–14. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2007. (Kalima 2007a)

- Euroopan yhteisön hankintoja koskevien oikeussääntöjen soveltamisala. Teoksessa Kalima, Kai – Häll – Oksanen, Antero: Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt, s. 21–40. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2007. (Kalima 2007b)
- Julkisia hankintoja koskevia oikeussääntöjä soveltavien viranomaisten ja yhteisöjen piiri. Teoksessa Kalima, Kai – Häll – Oksanen, Antero: Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt, s. 41–64. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2007. (Kalima 2007c)
- Mitä hankintasäännöstössä tarkoitetaan julkiselle hankinnalla. Teoksessa Kalima, Kai – Häll – Oksanen, Antero: Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt, s. 65–104. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2007. (Kalima 2007d)
- Tarjousten valintaperusteet, tarjousten vertailu ja hyväksyminen sekä hankintapäätöksen tekeminen. Teoksessa Kalima, Kai – Häll – Oksanen, Antero: Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt, s. 202–235. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2007. (Kalima 2007e)
- Muutoksenhaku hankintamenettelyyn. Teoksessa Kalima, Kai – Häll – Oksanen, Antero: Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt, s. 236–271. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2007. (Kalima 2007f)
- Hankinta-asiakirjojen julkisuus. Teoksessa Kalima, Kai – Häll – Oksanen, Antero: Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt, s. 272–279. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2007. (Kalima 2007g)
- Julkisyhteisöjen hankintatoimi. Tutkimus julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöistä ja -käytännöstä. Suomalaiset Oikeusjulkaisut SOJ OY. Helsinki 2001. Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2001.
- Julkiset hankinnat ja Eurooppaoikeus: tutkimus julkisia hankintoja koskevistä oikeussäännöksistä ja niiden soveltamisesta. Helsingin yliopisto, Julkisoikeudenlaitoksen julkaisusarja. Gummerus kirjapaino. Saarijärvi 1996.
- Kunnan talous. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 1988.

Kallio, Olavi – Martikainen, Juha-Pekka – Meklin, Pentti – Oulasvirta, Lasse: KuntaSuomi 2004: talousjohtaminen 2003, elektroninen aineisto. Yhteiskuntatieteellinen tietoaarkisto, Tampere 2007. (Kallio ym. 2007)

Kallio, Olavi – Martikainen, Juha-Pekka – Meklin, Pentti – Rajala, Tuija – Tammi, Jari: Kaupungit tilaajina ja tuottajina. Tampereen yliopisto, Kunnallistutkimuksia. Tampereen yliopistopaino, Tampere 2006. (Kallio ym. 2006)

Kallioma-Puha, Laura: Kielletyt kartellit ja hyödyllinen yhteistyö kilpailuoikeudessa. Lakimiesliiton kustannus. Multiprint, Helsinki 1995.

- Sosiaalisia julkisia hankintoja?: EY:n julkisten hankintojen direktiivit s. 539–560. Teoksessa Wilhelmsson, Thomas- Kaukonen, Katariina (toim.): Euroopan integraatio ja sosiaalinen sopimusoikeus, Helsinki 1993.
- Julkisten hankintojen kansainvälinen sääntely. Helsingin yliopiston kansainvälisten talousoikeuden instituutin julkaisuja 3. Yliopistopaino. Helsinki 1992.

Kallioma-Puha, Laura – Mäki-Petäjä-Leinonen, Anna: Muuttuva vanhuus ja vanhusten oikeudet. Teoksessa oikeuden tuolla puolen. s. 306–308. Kauppakaari 2002 Oikeuden tuolla puolen. Kauppakaari, Lakimiesliiton kustannus. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2002.

Kanerva, Inka: Kuntatuottavuuden ABC. Suomen kuntaliiton ja valtiovarainministeriön Kuntatuottavuus-hanke. Suomen kuntaliitto. Miktor, Helsinki 2008.

Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle: Näkökulmia oikeustaloustieteeseen. 3. Lakimiesliiton kustannus, Kauppakaari Oyj. Multiprint, Helsinki 1999.

Kansalaismielipide ja kunnat. Ilmapuntari 2006. Kunnallisalan kehittämissäatiö. Pole-Kuntatieto Oy. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2006.

Kansalaismielipide ja kunnat. Ilmapuntari 2000. Kunnallisalan kehittämissäatiö. Pole-Kuntatieto Oy. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2000.

Kaplan, Robert – Norton, David: The strategy-focused Organization. How balanced scorecard companies thrive in the new business environment. Harvard Business School press, Boston, Massachusetts 2000.

- The Balanced Scorecard: Translating Strategy into Action. Harvard Business School Press, Boston, Massachusetts 1996.
- The balanced scorecard – measures that drive performance. Harvard business review, January–February 1/1992, s. 71–79.

Karila, Alpo: Kuntien talouden ohjaus ja sen muutos perinteisestä politiikasta rinnakkaisten ohjausjärjestelmien kokonaisuuteen. Akateeminen väitöskirja, Tampereen yliopisto yhteiskuntatieteellinen tiedekunta. Suomen kuntaliitto. Kuntatalon painatuskeskus. Helsinki 1998.

Karimaa, Erkki: Osaaminen on malleissa. Kunnan mallien ja järjestelmien mallit. Suomen kuntaliitto, Kuntaliiton painatuskeskus, Helsinki 2001.

Karisto, Petri: Lukkiutuneisuus vai lisäarvo? Hankintamentaliteetti julkisten palvelujen ulkoistamiseen. Tampereen yliopisto & Suomen kuntaliitto. Acta nro 186. kuntatalon paino. Helsinki 2006.

Karisto, Petri – Lohivesi, Kari: Hankintamentaliteetit julkisten palvelujen ulkoistamisessa; sisältö ja seuraukset. Kunnallistieteen aikakauskirja 1/2007 s. 20–38. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2007.

Karjaan kaupungin perusturvalautakunnan kokouspöytäkirja 24.5.2007 § 50: Hankintapäätös: terveyden- ja sairaanhoitopalvelujen kilpailutus.

Karjaan kaupunki. Tarjouspyyntö: Karjaan kaupungin terveyden- ja sairaanhoitopalvelut. 20.3.2007.

Kast, Fremont E. – Rosenzweig, James E.: Organization and management: a systems and contingency approach. McGraw-Hill. New York 1985.

Kasvio, Antti: Taloudellisen rationaliteetin rajat: markkinayhteiskunnallistumisen ja sosiaalisen integraation yhteyden pohdintaa viimeaikaisessa sosiologisessa ja taloustieteellisessä kirjallisuudessa. Tampereen yliopisto, Tampereen yliopistopaino 1991.

Kauppa- ja teollisuusministeriön rahoittama julkaisu. Elinkeino- ja kuluttajapoliittinen tutkimus vuonna 1996. Kauppa- ja teollisuusministeriön tutkimuksia ja raportteja 17/1997. Oy Edita AB. Helsinki 1997. (KTM tutkimuksia ja raportteja 17/1997)

Kauppa- ja teollisuusministeriön rahoittama julkaisu. Elinkeino- ja kuluttajapoliittinen tutkimus vuonna 1995. Kauppa- ja teollisuusministeriön tutkimuksia ja raportteja 9/199. Oy Edita AB. Helsinki 1996. (KTM tutkimuksia ja raportteja 9/1996)

Kauppinen, Markku: Miten käy palvelukyvyyn? Kuntien valmistautuminen väestömuutoksen vaikutuksiin: yhteistyö, uudistuvat palvelurakenteet ja työhyvinvointi kuntastrategioidenytymiksi. Helsinki 2005. (Kauppinen M. 2005)

- Kauppinen, Tapani – Nelimarkka, Kirsi – Helinko, Anu: Vaikutusten ennakoarviointi kunta-päätöksissä – esimerkkinä nopea ihmisiin kohdistuvien vaikutusten arviointi. Kunnallistieteen aikakauskirja 1/2007 s. 39–56.
- Kauppinen, Sari – Niskanen, Tapani: Yksityinen palvelutuotanto sosiaali- ja terveydenhuollossa. Sosiaali- ja terveysalan tutkimus- ja kehittämiskeskus, Raportteja 288, STAKES. Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2005
- Yksityinen palvelutuotanto sosiaali- ja terveydenhuollossa. Sosiaali- ja terveysalan tutkimus- ja kehittämiskeskus, Raportteja 274, STAKES. Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2003.
- Kautto, Mikko – Heikkilä, Matti: Nordic social policy: Changing welfare states. Routledge, London 1999.
- Kavonius, Peter: Oikeuseriaatekin velvoittaa. Tutkimus oikeuseriaatteen velvoittavuuden ja voimassaolon perusteista. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki 2001.
- Keravuori-Rusanen, Marietta: Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä – Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus julkisen hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle. Edita Publishing Oy, Helsinki 2008.
- Keskitalo, Petri: Sopimuksellisen riskienhallinnan teoria ja sen toimintamallit. Teoksessa Pohjonen, Soili (toim.): Ennakoiva sopiminen. Liiketoimien suunnittelu, toteuttaminen ja riskien hallinta. S. 241–276. WSOY lakitieto, Dark oy, Vantaa 2002.
- Kettunen, Pekka: Kunnallisen palvelutuotannon kilpailuttamisen kokemuksia Isosta-Britanniasta. Kunnallistieteen aikakauskirja 1/1996, s. 73–84. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1996.
- Kilpailuttaminen ja laadun tarkkailu teknisellä sektorilla. Kunnallistieteellinen aikakauskirja 4/1994 s. 82–84. Kunnallistieteen yhdistys. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1994.
- Kevin, Henry M.: Cost-Effectiveness A Primer. New Perspectives in Evaluation. 3. painos. Sage Publications, London 1985.
- Kiiha, Jarkko: Yritystoiminnan ulkoistaminen ja sopimusvastuu. Kauppakaari Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2002.
- Kilpailulaki 2010 työryhmän muistio. Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja. Kilpailukyky 4/2009. Edita Publishing Oy, Helsinki 2009. (Kilpailulaki 2010 työryhmän muistio 2009)
- Kilpailupoliittinen toimintaympäristö. Kilpailupolitiikan työryhmän muistio. Kuntaliiton julkaisu. Kuntaliiton painatuskeskus, Helsinki 2007. (Kilpailupoliittinen toimintaympäristö 2007)
- Kilpailuttamisen ABC. Kunnallisen alan selviytymiskampanjan työryhmä. Kuntaliiton julkaisu 2000. Kuntaliiton painatuskeskus, Helsinki 2001. (Kilpailuttamisen ABC 2001)
- Kirvelä, Torsti – Sahram, Keijo: Kunnat ja Eurooppa. Yhdentymisen vaikutukset paikallishallintoon. Kuntien keskusjärjestöt. Kaupunkien talon painatuskeskus, Helsinki 1993.
- Kiviniemi, Markku: Julkisen hallinnon ja toiminnan palvelukykyisyys. Valtiovarainministeriön järjestelyosasto. Valtion painatuskeskus. Helsinki 1985.
- Kiviniemi, Markku – Oittinen, Raili – Varhe, Seppo – Niskanen, Jouni – Salminen, Ari: Julkiset palvelut menevät markkinoille. Kokemuksia näkemyksiä liikelaitostamisesta ja yhtiöittämisestä. valtionhallinnon kehittämiskeskus, Efektia palvelu, painatuskeskus Oy Helsinki 1994. (Kiviniemi ym. 1994.)

Kivisaari, Sirkku – Saranummi, Niilo: Terveystaloustieteen systemiset innovaatiot vuorovaikutteisen kehittämisen kohteena. Case Pro Viisikko. VTT Tiedotteita 2324. VTT 2006, Luettu 1.9.2007 osoitteessa <http://www.vtt.fi/inf/pdf/>.

Kivistö, Sirkku – Kallio, Eila – Turunen, Greta: Työ, Henkinen hyvinvointi ja mielenterveys. Sosiaali- ja terveysministeriön selvityksiä 2008:33. Yliopistopaino Oy, Helsinki 2008.

Klami, Hannu: Methodological problems in European and comparative law. Helsingin yliopisto, Yleisen oikeustieteen laitoksen julkaisuja, Helsinki 1997.

- Johdatus oikeusteoriaan finalistisen oikeusteorian perusongelmin. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1986.

Klavus, Jan – Mikkola, Hennamari: Terveystaloustiede 2004. Stakes aiheita 3/2004. Stakesin monistamo, Helsinki 2004.

Klein, Rudolf: The new politics of the NHS from creation to reinvention. Fifth edition, Radcliffe Publishing, Oxford, Seattle 2006.

Klein, Dieter: Das eigentum. Alternativen zur Privatisierung. Standpunkte 18/2007.

KOM C (2007) 6661. Komission selittävä tiedonanto: julkisia hankintoja ja käyttöoikeutta koskevan yhteisöoikeuden soveltamisesta julkisen ja yksityisen sektorin rakenteellisiin kumppanuuksiin. (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti). Euroopan yhteisöjen komissio, Bryssel 5.2.2008, C(2007)6661.

KOM (2006) 195 lopullinen. Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi.

KOM (2004) 347 lopullinen. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle. Valkoinen kirja yleishyödyllisistä palveluista.

KOM (2004) 327 lopullinen. Vihreä kirja. Julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksista sekä julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevasta yhteisön oikeudesta.

KOM 2001/C 17/04. Komission tiedonanto. Yleishyödylliset palvelut Euroopassa.

KOM (2003) 284 lopullinen. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille ja neuvostolle. Yhtiöoikeuden uudistaminen ja omistajaohjauksen (corporate governance) parantaminen Euroopan unionissa – etenemissuunnitelma.

KOM (2001) 428 lopullinen. Eurooppalainen hallintotapa. Valkoinen kirja.

Kommunernas markandsanvändning år 2001. Kommunerna och konkurrensen. Svenska Kommunförbundet, Rapport 1/2003.

Konstari, Timo: Virkamiehen ilmaisuvapaus. Lakimiesliiton kustannus, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1986.

- Harkintavallan väärinkäytöstä. Tutkimus tarkoitussidonnaisuudesta harkintavallan rajoitusperiaatteena. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1979.

Konstari, Timo – Salovaara, Christa – Tala, Jyrki – Vettenranta, Leena – Wallin, Anna-Riitta: Julkisuuslakia koskevan oikeuskäytännön esittelyä ja erittelyä. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos. Helsinki 2003.

Korkeimman hallinto-oikeuden vuosikertomus vuodelta 2005. Korkeimman hallinto-oikeuden julkaisu 1/2006. F.G. Lönnberg, Helsinki 2006.

- Koski, Heikki: Kansalainen, kunta ja valtio / Medborgaren, kommunen och Staten. Komiteamietintö 1996:16. Valtion ja kuntien välisten suhteiden uudistamisprojekti. Helsinki 1996.
- Koskinen, Seppo – Kulla, Heikki: Virkamiesoikeuden perusteet. Talentum, Kariston Kirjapaino Oy, Hämeenlinna 2009.
- Virkamiesoikeuden perusteet. 4. uudistettu painos. Talentum, Gummerus kirjapaino, Jyväskylä 2005.
- Kosonen, Pekka: Eurooppalaiset hyvinvointivaltiot: yhdentymistä ja hajaantumista. Gaudeamus. Helsinki 1995.
- Kovalainen, Anne – Österberg-Högstedt, Johanna: Sopimisen mekanismit sosiaali- ja terveyspalveluissa. Kunnallissalan kehittämissäätiön Kunnat ja kilpailu -sarjan julkaisu nro 3, Vammalan kirjapaino Oy 2008, Vammala 2008.
- Krogars, Marco: Tulosajattelu puolustushallinnossa. Puolustusministeriön hallinnonalan tulosoikeuden ja -johtamisen nykytilan arviointi. Puolustusministeriö. Maanpuolustuskorkeakoulu.
- Kukkonen, Pentti: Vahingonkorvaus virassa aiheutetussa vahingosta: siviilioikeudellinen tutkimus varassa aiheutetun vahingon korvaamisesta vahingonkorvauslain mukaan. Jyväskylä 1996.
- Kulla, Heikki: Hallintomenettelyn perusteet. Talentum Media Oy, Gummerus Kirjapaino Oy, Helsinki 2008.
- Hallintomenettelyn perusteet. 6. uudistettu painos. Talentum, Gummerus kirjapaino Oy, Helsinki 2003.
- Kultalahti, Jukka: Ympäristölainsäädäntö ja omaisuudensuoja. Akateeminen väitöskirja Tampereen yliopiston taloudellis-hallinnollinen tiedekunta. Lakimiesyhdistyksen julkaisu. Finnpublishers, Tampere 1990.
- Kultalahti, Jukka – Nuolimaa, Risto: Oikeus, talous, hallinto: Oikeustieteen päivät 30.–31.8.2007. Tampereen yliopisto, oikeustieteiden laitos. Tampere 2007.
- Kultalahti, Olli: Yhteiskunta ja alue. 2. uudistettu painos, Finnpublishers Oy, Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 1990. (Kultalahti O. 1990)
- Kunnallisen työterveyshuoltojärjestelmän kehittäminen. Erilaisten organisoiti- ja toimintamallien arviointia. (SEUTU-hanke) Sosiaali- ja terveysministeriön selvityksiä 2008:23. (STM:n selvityksiä 2008:23).
- Kunnan hallinto, talous ja valvonta. KPMG kunta OY. Oy Edita Ab, Helsinki 2001. (KPMG:n julkaisu 2001)
- Kunnan hallintosääntö, Valtuuston työjärjestys. 2. uusittu painos. Suomen kuntaliitto, Kuntaliiton painatuskeskus, Helsinki 1996. (Kunnan hallintosääntö 1996)
- Kunnan hallituksen, lautakuntien ja muiden toimielinten valinnat. Kuntaliiton yleiskirje 24/80/2004. (Kuntaliiton yleiskirje 24/80/2004)
- Kunnan liiketoimintojen järjestäminen. Liikelaitos, yhtiöittäminen vai yksityistäminen? Suomen Kuntaliitto, Helsinki 1996.
- Kunnan työnantajakuva. Päättäjän opas maineenhallintaan. Uudistuva kuntatyö. Ratkaisun avaimet. Suomen kuntaliitto, Kunnallinen työmarkkinalaitos, kuntien eläkevakuutus. Star-offset Oy Helsinki 2008.

Kunnas, Heikki J. Kunnalliset liikelaitokset ja kilpailunrajoitukset. Kauppa- ja teollisuusministeriö, kauppaosasto. kauppa ja teollisuusministeriön tutkimuksia ja raportteja 90/1995. Painatuskeskus Oy, Helsinki 1995.

Kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmän mietintö. Sisäasiainministeriön julkaisuja 9/2006. Sisäasiainministeriö, Helsinki 2006. (SM:n julkaisuja 9/2006)

Kuntaliiton kilpailupoliittiset linjaukset. Kuntaliiton hallituksen 4.6.2002 hyväksymät kilpailupoliittiset linjaukset.

Kuntien tulorakenteen kehittämisvaihtoehtoja. Kuntien tulopohjatyöryhmän muisti. Sisäasiainministeriö Kuntaosaston julkaisu 3/1999, Helsinki 1999.

Kuopila, Antti et al.: Tilaaja-tuottaja-toimintatapa – Ideasta käytäntöön. Näin me sen teimme: Jyväskylä, Oulu, Raisio ja Rovaniemi. Suomen Kuntaliitto 2007. Hakapaino Oy, Helsinki 2007.

Kuoppamäki, Petri: Kilpailuoikeuden perusteet. Werner Söderström lakitieto Oy. Tummavuoren kirjapaino Oy, Vantaa 2000.

Kuosmanen, Päivi – Meklin, Pentti – Rajala, Tuija – Sihvonen, Maarit: Kunnat erikoissairaanhoidosta sopimassa. Kunnallisan alan kehittämissäitiön tutkimusjulkaisu nro 41, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2004.

Kuusiniemi-Laine, Anna – Takala, Pilvi: Julkisten hankintojen käsikirja. 2. uudistettu painos. Edita, Helsinki 2007.

Kuusikko, Kirsi: Neuvonta hallinnossa. Julkisoikeudellinen tutkimus viranomaisen velvollisuudesta ja hallinnon asiakkaan oikeudesta neuvontaan sekä virheellisen neuvon oikeusvaikutuksista. Kauppakaari Oy. Lakimiesliiton kustannus. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2000.

Kuuskoski, Reino: Uusi kunnallislaki, Selittänyt Reino Kuuskoski. Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, WSOY, Porvoo 1949.

Kyntäjä, Timo – Laitinen, Ahti: Oikeussosiologia. Werner Söderström Osakeyhtiö, Juva 1983.

Kähkönen, Liisa: Näennäismarkkinoiden tehokkuuden rajoitteet ja mahdollisuudet paikallishallinnon palveluissa. Akateeminen väitöskirja, Tampereen yliopiston kauppa- ja hallintotieteiden tiedekunta. Tampereen yliopistopaino Oy – Juvenes Print, Tampere 2007.

- Näennäismarkkinoiden tehokkuus – teoria ja käytäntö. Kunnallistieteen aikakauskirja 3/2002, s. 284–301. Kunnallistieteen yhdistys, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2002.
- Liikelaitos organisaatiomuotona kunnallisessa palvelutuotannossa. Kunta-alan ammatiliiton tutkimusosaston julkaisusarja 5-1996. Jaarli Oy, Turenki 1996.

Kähkönen, Liisa – Volk, Raija: Kuntien vanhuspalvelujen kilpailuttamiskokemuksia. Kunnallisan alan kehittämissäitiö. Kunnat ja kilpailu sarjan julkaisu nro 4. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2008.

Kämäräinen, Vesa: Ulkoistanko? Nordic Healthcare Group 2/2008, s.1.

Kvalitetstandarder for omsorg og træning 2007. Frederiksberg kommune, 2007.

Kvalitetsbokslut 2009. Stockholms läns sjukvårdsområde. Hälso- och sjukvård i landstingets regi. AB Danagårds Grafiska. Löytyy myös osoitteesta www.slslo.sll.se, luettu 31.8.2010.

Laakso, Seppo: Hallintomenettelyn oikeudellinen sääntely. Teoksessa Laakso, Seppo – Suviranta, Outi – Tarukannel, Veijo: Yleishallinto-oikeus. s. 79–108. Tampereen yliopisto, oikeustieteiden laitos. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2006 (Laakso 2006a)

- Hallintoasian käsittely viranomaisessa. Teoksessa Laakso, Seppo – Suviranta, Outi – Tarukannel, Veijo: Yleishallinto-oikeus. S. 109–162. Tampereen yliopisto, oikeustieteiden laitos. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2006. (Laakso 2006b)
- Toimivallan ja harkintavallan käyttäminen. Teoksessa Laakso, Seppo – Suviranta, Outi – Tarukannel, Veijo: Yleishallinto-oikeus. s. 303–354. Tampereen yliopisto, oikeustieteiden laitos. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2006. (Laakso 2006c)
- Viranomaisten toiminnan julkisuus. Teoksessa Laakso, Seppo – Suviranta, Outi – Tarukannel, Veijo: Yleishallinto-oikeus. S. 355–408. Tampereen yliopisto, oikeustieteiden laitos. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2006. (Laakso 2006d)
- Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta, erityisesti julkisoikeuden alalla. Valtionhallinnon kehittämiskeskus. Valtion painatuskeskus. Helsinki 1990.

Laamanen, Elina: Seutuyhteistyön käsikirja. 3. uudistettu painos. Suomen kuntaliitto. Kuntatalon paino. Helsinki 2005.

Laasanen, Juhani: Valtionaputusoitus: Kustannusperusteisen ja laskennallisen valtionosuusjärjestelmän tasoituksen vertailu. Tampereen yliopisto, Tampere 1999.

Laatua ja tehokkuutta palvelujen kilpailulla. Kilpailupolitiikan ohjelmatyöryhmän raportti julkisten palvelujen markkinaehtoistamisen mahdollisuuksista ja merkityksestä. Kauppa- ja teollisuusministeriön työryhmä ja toimikuntaraportteja 17/2001, Elinkeino-osasto. (KTM työryhmä- ja toimikuntaraportteja 17/2001)

Lager, Irma: Lainkäytön pääasiat. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1994.

Lahti Raimo: Lääkintäoikeus – kehittyvä uusi tieteenala. Lakimies 6/1997 s. 753–759.

Lahtinen, Yrjö – Mikkola Teija: Keskisuurten kaupunkien sosiaalitoimen kustannukset vuonna 2003: Pilottiprojektin tulokset: Hämeenlinna, Kerava, Lohja, Porvoo, Raisio, Rovaniemi. Suomen kuntaliitto, Kuntatalon paino, Helsinki 2004.

Lane, Jan-Erik: Lane, Jan-Erik: Public Sektor Reform in the Nordic Countries. Teoksessa Lane, Jan-Erik (toim.): Public Sector Reform: Rationale, Trends Problems. s. 188–216. Sage London 1997.

- Kommunal omgivning och beslutsproblematik. Teoksessa Collin, Sven-Olof – Hansson, Lennart (toim.): Kommuner landsting I förändring, s. 72–86. Studentlitteratur, KEFU, Sweden Lund 1993.

Lane, Jan-Erik – Stenlund, Hans: Politisk teori. Student litteratur, Lund 1989.

Lange, Christoph: Privatisierung der Rechtsform: Umwandlung öffentlicher Einheiten in Kapitalgesellschaften. Europäische Hochschulschriften. Veidhert-druck GmpH. Darmstadt 1984.

Laine, Juha: Urakoitsijan vastuusta itsenäisen apulaisen törkeästä tuottamuksesta. Teoksessa Halila, Heikki – Hemmo, Mika – Sisula-Tulokas, Lena (toim.): Juhlakirja Esko Hoppu 1935–15/1–2007, s. 173–182. Suomalainen lakimiesyhdistys. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2005.

Laine, Ville: Julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö ja sekatyypiset sopimukset. Defensor Legis N:o 5/2007, s. 772–778.

Larjovuori, R-L: Sosiaali- ja terveyspalveluiden markkinat ja yksityisten palveluiden hyödyntäminen Pirkanmaalla. Tampereen yliopiston kauppakorkeakoulu Tutkimus ja koulutuskeskus, Synergos 2007. Löytyy myös osoitteesta: http://www.uta.fi/synergos/pdf/yksit_sote-palveluntarjonta_pirkanmaa2007.pdf, luettu 1.2.2008.

Lausunto erillisen seutuhallinnon yhdistelemisestä kaupungin konsernitilinpäätökseen. Kirjanpitolautakunnan kuntajaosto 7.1.2005, nro 72.

Lausunto konsernisuhteen muodostamisesta kuntakonsernissa. Kirjanpitolautakunnan kuntajaosto, 20.3.2007, nro 79.

Lawton, Alan – Rose, Aidan G.: Organisation and management in the public sector. 2nd ed. Financial Times Pitman Publishing, London 1994.

Le Grand, Julian – Bartlett Will (toim.): Quasi-Markets and Social Policy. MacMillan Press LTD. Hong Kong 1993.

Lehrberg, Bert: Avtalsstolkning: tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Fritzes, cop. Stockholm 1995.

Lehto E. (toim): Monopoli vai kilpailu. Atena kustannus Juva 1997.

Lehto, Juhani: Sosiaali- ja terveydenhuollon murros – Sopeutumista vai uusi suunta. Kunnallistieteen aikakauskirja 4/1994, s. 101–111. Kunnallistieteiden yhdistys, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1994.

Lehto, Markku: Oi oma kuntani. Kunnallissalan kehittämissäitiö. Vammalan kirjapaino, Vammala 2006. (Lehto 2006a)

- Pelastusrenkaan paikkaus. Kunnallissalan kehittämissäitiö. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2006. (Lehto 2006b)

Lehtola, Pentti: Potilaan oikeusturva. 2. tarkistettu painos. Suomen vakuutusalan koulutus ja kustannus oy 1993. Hakapaino Oy, Helsinki 1994.

Lehtonen, Lasse: Terveydenhuollon ammattihenkilöstön salassapitovelvollisuus. Suomalaiset oikeusjulkaisut. Gummerus Kirjapaino Oy, Helsinki 2003.

Leväsvirta, Leena: Kuntien hallinto muuttuvassa toimintaympäristössä. Kunnallisten luottamushenkilöiden ja viranhaltijoiden roolit sekä niiden yhteensopivuus toimintaympäristön kanssa. Suomen kuntaliitto. Suomen kuntaliiton painatuskeskus. Helsinki 1999.

Leu, Robert E.: The public-private mix and international health care costs. Teoksessa Public and Private Health Services. Complementarities and Conflicts. Toim. Culyer, A. J. – Jönsson, Bengt. s. 41–66. Basil Blackwell Ltd, Page Bros Ltd. Norwich 1986.

Liikelaitosmallin kehittäminen. Valtiovarainministeriön työryhmämuistio 1996:5. Valtiovarainministeriö, Hallinnon kehittämisosasto. Helsinki 1996. (VM:n työryhmämuistio 1996:5)

Lilrank, Paula – Haukkapää-Haara, Pirjo: Terveydenhuollon tilaaja-tuottaja-malli. Kauppa- ja teollisuusministeriö, Rahoitetut tutkimukset 1/2006, Elinkeino-osasto. Helsinki 2002.

Linna, Tuula: Ulosottorealisoinnista de lege ferenda. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki 1987.

Lipiäinen, Toivo: Liiketoiminnan kehittäminen: uudella vuosituhannella. Kaupunkitohtorit, Lahti 2001.

Lissabonin sopimus Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksen muuttamisesta. Voimaansaatettu tasavallan presidentin 27.11.2009 antamalla asetuksella 67/2009.

Lith, Pekka: Sosiaalihuollon palvelutuotantoa ulkoistetaan vauhdilla. Tilastokeskus. Kuntapuntari 5/2008 s. 29–33.

- Yritystoiminta ja ostopalvelut sosiaali- ja terveystoimessa. KTM:n julkaisuja 25/2006. Elinkeino-osasto. Edita Publishing Oy. Helsinki 2006.
- Kuntien rakennusurakat – kilpailuttaminen ja markkinoiden toimivuus. KTM:n tutkimuksia ja raportteja 6/2001.

- Liukko, Matti(toim.): Perusterveydenhuollon uudistuvat toimintatavat. Terveystieteiden tutkimuskeskuksen julkaisu nro 1. Suomen kuntaliitto, Kuntatalon paino, Helsinki 2002.
- Luhmann, Niklas: Political theory in the welfare state. De Gruyter, Berlin 1990.
- The differentiation of society. Columbia University Press, New York 1982.
 - Soziologische Aufklärung. 1, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme. Westdeutscher Verlag, Opladen 1972.
- Lukkarinen, Sami: Julkiset hankinnat sosiaali- ja terveydenhuollossa. Talentum Media Oy, Gummerus Kirjapaino Oy, Helsinki 2007.
- Lumijärvi, Ismo – Kaarlejärvi, Jani: Ministeriöt arviointitutkimuksen hyödyntäjinä. Tampereen yliopisto, hallintotieteiden laitos, Tampereen yliopistopaino Oy – Juvenes Print, Tampere 2000.
- Lumijärvi, Ismo – Virta, Sirpa – Kujanpää, Olavi: Tasapainolla kohti tuloksellisuutta. BSC-malliin perustuva tulosarvioinnin kehittäminen poliisitoimessa. Tampereen yliopisto, hallintotieteiden laitos. Tampereen yliopistopaino, Juvenes Print, Tampere 2001.
- Lähdesmäki, Kirsi: New Public Management ja julkisen sektorin uudistaminen. Tutkimus tehokkuusperiaatteista, julkisesta yrittäjyydestä ja tulosvastuusta sekä niiden määrittelemistä valtion keskushallinnon reformeista Suomessa 1980-luvun lopulta 2000-luvun alkuun. Vaasan yliopisto, Vaasa 2003.
- Lämsineva, Pekka: Perusoikeudet ja varallisuussuhteet. Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. Väitöskirja, Turun yliopisto, Turku 2002.
- Lötjönen, Salla: Tutkija säätelyn viidakossa. Duodecim 2002, Vol. 118, no. 7, s.717–721.
- Löytty, Katri: Hankintojen säätely ja kuntien yhteistyö. Lakimies 4/2009 s. 619–644.
- Maanonen, Mari: Kaupunkien omistajaohjauksen tavoitteet ja toimeenpanon keinot. Kunnallistieteiden aikakauskirja 4/2007 s. 402–405. Kunnallistieteiden yhdistys, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2007.
- Madell, Tom: Avtal mellan kommuner och enskilda. Avtalslut och rättsverkningar. Norsstedts juridik AB, Stockholm 2000.
- Madsen, Palle Bo: Vidfarelser, Forudsætninger og billighed. Aftalerisikoen I historic og komparativ belysning. Århus 1981.
- Magnusson, Håkan: Kommunerna och den regionala pleneringen. En analys av länsplaneringen och den fysiska riksplaneringen. Akademisk avhandling. Studentlitteratur. Lund 1980.
- Maisema loppuraportti. Nordic Healthcare Group, SITRA, Raisio kaupunki, 16.5.2007. Löytyy myös osoitteesta: <http://www.sitra.fi>, luettu 4.8.2009. (Maisema loppuraportti 2007)
- Majoinen, Kaija: Mitä virkaa valtuustolla? Kuntalailla säädetyt valtuuston perustehtävien monitahoarviointi. Väitöskirja, Joensuun yliopisto yhteiskuntatieteiden tiedekunta, julkisoikeuden laitos. Kuntatalon painatuskeskus. Helsinki 2001.
- Majoinen, Kaija – Mäki, Janne – Tammi Terhi: Seutujohtamisen vaihtoehdot. Sisäasiainministeriö ja Suomen kuntaliitto, Kuntatalon paino, Helsinki 2004.
- Makkonen, Kaarle: Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Ratkaisuanalyttinen tutkimus. Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1981.
- Luentoja yleisestä oikeustieteestä. Helsingin yliopisto. Helsinki 1978.
- Malmer, Stellan: Ett pris blir till. Om förklaringar till kommunala avgifter och taxor. Santérus, Stockholm 2003.

Manninen, Pirjo – Pulkkinen-Närhi, Pirjo: Kunnallinen työterveyshuolto uudelleenorganisotumassa: PARAS-hanke vauhdittaa muutosta. Työterveyshoitaja 2008, Vol. 33, no. 4, S. 36–37.

Markkinat ja kilpailu kuntien tuotantotoiminnassa. Kilpailuviraston selvityksiä 1/2001. Kilpailuvirasto, Helsinki 2001. (Kilpailuviraston selvityksiä 1/2001)

Markkinoiden toimivuus I: Kuntien hankintamarkkinoiden toimivuus – palvelun tuottajan näkökulma. Kauppa- ja teollisuusministeriön Tutkimuksia ja julkaisuja 23/2000, Oy Edita Ab, 2000. (KTM tutkimuksia ja raportteja 23/2000)

Martikainen, Juha-Pekka – Meklin, Pentti – Oulasvirta, Lasse – Vakkuri, Jarmo: Kunnallisen tilintarkastuksen ulkoistaminen. Kuntien näkemyksiä tarkastuksesta, sen lisäarvosta ja kehittämistarpeista. Tampereen yliopisto, Cityoffset Oy, Tampere 2002.

Martikainen, Mikko – Luoma, Kalevi: Hallinnon uudistukset julkisella sektorilla: Talouden vaikutusten arviointia. Valtion taloudellinen tutkimuskeskus. Vatt-keskustelualoitteita. Helsinki 1997.

Martikainen, Tuomo: Uudistaako kilpailuttaminen kuntia? Kunnallisan alan kehittämisiä. Vammalan kirjapaino OY, Sastamala 2009.

Martikainen, Tuomo – Helin, Heikki: Kuntatyypit ja talouskehitys. Helsingin kaupungin tietokeskus. Tutkimuksia 2006:6. Helsinki 2005.

Martin, Brendan: In the Public interest? Privatisation and public sector Reform. Suomentanut Peteri, Jari. Kenen etu? Yksityistäminen ja julkisen sektorin uudistaminen. Vastapaino, Tampere 1994.

Mathiesen, Thomas: Rätten i Samhället. Bokförlaget Korpen 1985.

Meklin, Pentti: Tuottavuuden mittaaminen verorahoitteisessa toiminnassa. Kunnallistieteellinen aikakauskirja 4/2008, s. 386–395.

- Valtion talouden perusteet. Edita, Helsinki 2002.
- Tavoitteiden saavuttamisen arviointi kuntataloudessa. Teoksessa Myllymäki, Arvo – Vakkuri, Jani (toim.): Tulos, normi, tilivelvollisuus. Näkökulmia tilintarkastukseen ja arviointiin, s. 91–117. Tampere University Press, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2001.
- Tarkastuksen tehtävä kunnan tulosoajauksessa – pohdintaa agenttiteoriaa lähtökohdistta. Teoksessa kunnallisen itsehallinnon renessanssi, s. 133–147. Tampereen yliopiston kunnallistieteiden laitos. Finnpublishers Oy. Tampere 2000.
- Valtion talouden perusteet. Edita, Helsinki 1997.
- Päämääräongelma valtion liikelaitoksessa. Tutkimus liiketaloudellisesta ja yhteiskunnallisesta kannattavuudesta operatiivisen ja poliittisen johdon päämääränä, muutoutumisesimerkinä Suomen Valtionrautatiet. Tampereen yliopiston julkaisu- ja tiedotuskeskus. Vammalan Kirjapaino Oy, Vammala 1987.

Merikoski, Veijo: Hallinto-oikeuden oikeusjärjestelmä. Lainopillisen ylioppilastiedekunnan kustannustoimikunta, Lakimiesliiton kustannuksia. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1968.

- Kunnallinen itsehallinto – perustuslaki – itseverotusoikeus. Suomen kunnallislehti 1966 s. 325–327.
- Suomen julkisoikeus pääpiirteittäin. Werner Söderström Osakeyhtiö, Porvoo 1964.
- Julkisoikeuden oppikirja. Otava, Helsinki 1946.

Merikoski, Veli – Vilkkonen, Eero: Suomen julkisoikeus pääpiirteittäin. 7. painos. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. WSOY, Juva 1982.

Meristö, Tarja: Skenaariotyöskentely yrityksen johtamisessa, VAPK-kustannus, Helsinki 1991.

Mennola, Erkki: Kunta yksityisoikeudellisena toimijana. Teoksessa Kuntien oikeus itsehallintoon. Juhlakirjan Raimo Lehkosen jäädessä eläkkeelle 2002, s. 56–71. Tampereen yliopiston kunnallistieteiden laitos. Finnpublishes. Tammer-paino Oy, Tampere 2002.

- Maakunnan vapaus. Tutkimus kuntaa laajemman yhteisön poliittisen vapauden oikeudellisista edellytyksistä. Akateeminen väitöskirja Tampereen yliopisto. Kirjapaino Hermes OY, Tampere 1990.

Mentula, Arttu – Pokela, Hannu – Saraste, Tuomas: Määrävän markkina-aseman väärinkäyttö kilpailuoikeudessa. Kauppakaari, Helsinki 1998.

Mielityinen, Sampo: Vahingonkorvausoikeuden perusteet. Yliopistollinen väitöskirja, Helsingin Yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Edita Prima Oy, Helsinki 2006.

Mikkola, Hennamari – Mattila, Inka: Lääkäripalvelujen ulkoistaminen ja kilpailuttaminen Ruotsissa ja Britanniassa. S. 90–100. Teoksessa Fredriksson, Sami – Martikainen Tuomo (toim.): Kilpailuttamisen kokemukset. Kunnallisan kehittämissätiön kunnat ja kilpailu sarjan julkaisu nro 1. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2006.

Modeen, Tore: Kunnallisoikeuden kehitysnäkymiä. Lakimies 2/1996, s. 232–237.

- Forgein influences on administrative Research in Finland – a Historical. Hallinnon tutkimus 2/1993, s. 136-139

Mononen, Marko: Markkinaoikeuden ratkaisukäytännöstä voi oppia. Kuntalehti 2008/17 s. 39–40. (Mononen 2008)

Montin, Stig: Swedish Local Government in Transition. A matter of rationality and legitimacy. Öreb studies. Kommandigtbolaget, Kumla 1993.

Morange, Hugues: Suuri kansainvälinen yritys kunnallisten palveluiden tuottajan. Teoksessa Kunnallisten palveluiden kansainvälistyminen (toim. Palola, Jorma), s. 44–61. Suomen kuntaliitto. Kuntaliiton painatuskeskus, Helsinki 1996.

- Ranskan kunnallistekniset palvelut. Yhteistyö ja kansainvälistyminen. Suomen kuntaliiton julkaisu. Kuntaliiton painatuskeskus, Helsinki 1993.

Murén, Edvard: Kunnan asema valtion hallintojärjestelmässä. Suomen kunnallislehti 2/1972.

Murroksen valomerkki – arvioita vapaakuntakokeilun vaikutuksista kuntatasolla. Suomen kuntaliitto. Kuntaliiton painatuskeskus, Helsinki 1994.

Muukkonen, P. J.: Esisopimus: siviilioikeudellinen tutkimus. Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1960.

Muutos ja tietoturvaluus, alueellistamisesta ulkoistamiseen – hallittu prosessi. Valtionhallinnon tietoturvaluuden johtoryhmä, VAHTI. Valtiovarainministeriö kehittämisosasto, Edita Prima Oy 2006. (VM:n julkaisu 7/2006)

Myllymäki, Arvo: Savuako ilman tulta? Teoksessa Hirvikorpi Helinä (toim.): Paras tuoreeltaan tulkittuna, s. 145–156. Kunnallisan kehittämissätiö, KAKS, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2006.

- Kolmas sektori kilpailuyhteiskunnan hyvinvointipalvelujen täydentäjänä. Tampereen yliopisto, julkisoikeuden laitos. Tampereen yliopistopaino Oy, Tampere 2003.
- Finanssihallinto-oikeus. Werner Söderström lakitieto, Helsinki 2000.
- Kuntien kujanjuoksu. Kunnallisan kehittämissätiö. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2002.

- Julkistalouden sääntely. Finnpublishers Oy, Tammer-paino Oy, Tampere 1994.
- Myllymäki, Arvo – Kalliokoski, Päivi: Valtio, kunta ja Euroopan unioni: unionijäsenyyden vaikutus valtion ja kuntien taloudelliseen päätösvaltaan. Kunnallisalan kehittämissätiö, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2006.
- Myllymäki, Arvo – Uoti, Asko: Leikkaukset kuntien uhkana. Vaikeutuuko peruspalvelujen järjestäminen? Kunnallisalan kehittämissätiö. Gummerus kirjapaino Oy, Saarijärvi 1995.
- Myllymäki, Riitta: Muutoksenhaku kunnan viranomaisen päätöksestä. 4. uudistettu painos. Kuntaliiton julkaisu, kuntatalon paino, Helsinki 2008. (Myllymäki R. 2008)
- Myllyntaus, Oiva: Kuntatalouden ohjaus: budjetoinnin ja kirjanpidon teoriaperusteita ja kehityssuuntia. Suomen kuntaliitto, Kuntatalon painatuskeskus. Helsinki 2002.
 - Kunnallisen liiketoiminnan eriyttäminen. Suomen kuntaliitto. Kuntatalon paino. Helsinki 2001.
- Mäenpää, Olli: Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet. Edita Publishing Oy, Edita Prima Oy, Helsinki 2008.
 - Hallintoprosessioikeus. 2. uudistettu painos. WSOYpro WS bookwell, Helsinki 2007.
 - Hallintoprosessioikeus. WSOYpro WS bookwell, Porvoo 2005.
 - Hallinto-oikeus. 4. uudistettu painos. WSOY. 2003.
 - Hyvän hallinnon perusteet. Helsingin oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut. Hakapaino OY, Helsinki 2002.
 - Hyvä hallinto – aito perusoikeus? Teoksessa Nuotio, Kimmo – Herler, Casper – Boucht, Johan (toim.): Nykyajan muuttuva oikeus, s. 177–190. Suomalainen Lakimiesliiton julkaisu, E-sarja N:o 5. Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2001.
 - Eurooppalainen hallinto-oikeus Kauppakaari, Lakimiesliiton kustannus, Talentum Media Oy, Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2001. (Mäenpää 2001a)
 - Hallinto-oikeus. 3.laitos. Werner Söderström lakitieto. 2000.
 - Julkisuusperiaate. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut. Hakapaino Oy, Helsinki 1999.
 - Kuntien itsehallinto EU-Suomessa. Kunnallisalan kehittämissätiö. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1997. (Mäenpää 1997a)
 - Julkiset palvelut. Encyclopaedia iurica Fennica. Viides osa. Helsinki 1997. (Mäenpää 1997b)
 - Eurooppalainen hallinto-oikeus. Lähtökohtia ja perusteita. Lakimiesliiton kustannus. Multiprint, Helsinki 1996.
 - Hallintolupa, uudistettu 2. painos. Lakimiesliiton kustannus, Vammala kirjapaino Oy, Vammala 1992.
 - Hallinto-oikeus. WSOY, Juva 1991. (Mäenpää 1991a)
 - Julkisen hallinnon muutosvaiheista Suomessa. Valtion hallinnon kehittämiskeskus. Valtion painatuskeskus, Helsinki 1991. (Mäenpää 1991b)
 - Hallintosopimus. Hallintoviranomaisten oikeudellisia ongelmia. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1989.
 - Hallintolupa. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1985.
 - Kunnan hallinto. Tutkimus hallitusmuodosta ja kunnallista kunnan hallinnon perustana. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki 1981.
 - Keskusviraston asema valtionhallinnossa. Julkisoikeudellinen tutkimus valtionhallinnon organisaatiosta. Yliopistollinen väitöskirja. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsingin liikekirjapaino Oy, Helsinki 1979.

- Mäkelä, Sauli: Formaalisuus oikeudellisessa prosessissa. Yliopistollinen väitöskirja. Lapin yliopisto, oikeustieteiden tiedekunta. Lapin yliopistopaino, Rovaniemi 2002.
- Mäki, Tuomo: Julkisen sektorin laajuus ja kasvu OECD-maissa. Valtion taloudellinen tutkimuskeskus, VATT-tutkimuksia 21. J-Paino Ky, Helsinki 1995.
- Mäkinen, Eija: Oikeudellinen kontrolli kunnan ympäristöasioissa. Finnpublisher, Tampere 2004.
- Hallintosopimusten sääntelytarpeesta. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 2/2001, Helsinki 2001.
 - Maankäyttösojimus ja hyvä hallinto. Akateeminen väitöskirja. Finnpublishers Oy. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2000.
- Mäkinen, Pirjo: Kunnallisen itsehallinnon jäljillä. Kunnallisan kehittämissäätiö, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1995. (P. Mäkinen 1995)
- Mäntylä, Niina: Lapsen etu erityisoppilaan opetuspaikkaratkaisussa – oikeudellinen näkökulma. Kunnallistieteen aikakauskirja 2/2009 s. 121–140. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2009.
- Määttä, Kalle: Oikeustaloustieteen perusteet. Edita Publishing Oy, Edita Prima OY, Helsinki 2006
- Uusi kilpailurajoituslaki. Edita Publishing Oy, Edita Prima OY. Helsinki 2004.
- Määttä, Seppo – Ojala, Timo: Tasapainoisen onnistumisen haaste. Johtaminen julkisella sektorilla ja balanced scorecard. 4. painos. Valtiovarainministeriö hallinnon kehittämiskeskus. Oy Edita Ab. Helsinki 2001.
- Möttönen, Sakari: Kunnat, järjestöt ja paikalliset verkostot. Teoksessa Ruuskanen, Petri (toim.): Sosiaalinen pääoma ja hyvinvointi. Näkökulmia sosiaali- ja terveysaloille. PS-kustannus. Keuruu 2002, s. 112–135.
- Tulosjohtaminen ja valta poliittisten päätöksentekijöiden ja viranhaltijoiden välisessä suhteessa: kunnallisen tulosjohtamisen poliittisten päätöksentekijöiden ja viranhaltijoiden välistä tehtäväjako koskevat tavoitteet, niiden merkitys osapuolten väliseen valtasuhteeseen sekä tavoitteiden toteutuminen ja toteuttamismahdollisuudet valtasuhteen näkökulmasta Akateeminen väitöskirja, Tampereen yliopisto. Suomen kuntaliitto ACTA-julkaisusarja, Helsinki 1997.
- Möttönen, Sakari - Niemelä, Jorma: Kunta ja kolmas sektori. Yhteistyön uudet muodot. PS-kustannus, Keuruu 2005.
- Narikka, Jouko: Sosiaali- ja terveyspalvelujen hankinta. Tietosanoma Oy, Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2008.
- Nenonen, Anne: Rajat ylittävä intressi julkisissa hankinnoissa. Lakimies 6/2009 s. 956–982. (Nenonen 2009a)
- Syrjinnän kiellon ja avoimuuden periaatteet hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. Lakimies 1/2009 s. 83–111. (Nenonen 2009)
 - Tarjouskilpailu joukkoliikenteessä. Helsingin yliopisto, Helsingin yliopistopaino, Helsinki 1993.
- Nielsen, Ruth: Gender Equality in European Contract Law. Jurist og Okonomforbundets Forlag. Djof-publishing, Gøbenhavn 2004.
- Neimala, Antti: Vaikutusarvioselvitys hallituksen esityksestä julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön muuttamiseksi. Kauppa ja teollisuusministeriön julkaisuja 18/2006. Edita, Helsinki 2006.

- Niemivuo, Matti: Kansallinen lainvalmistelu. Kauppakaari Oyj, Lakimiesliiton kustannus. Multiprint. Helsinki 1998.
- Niemivuo, Matti – Keravuori, Marietta: Hallintolaki. WSOY lakitieto, Ws Bookwell Oy, Porvoo 2003.
- Niemivuo, Matti – Majuri, Tuula: Outlooks on democratic institutions in the Baltic sea region: experiences from the Finnish presidency of the working group on assistance to democratic institutions (WGDI) in 1998–1999. Oikeusministeriö, Helsinki 1999.
- Niiranen, Vuokko – Stenvall, Jari – Lumijärvi, Ismo – Meklin, Pentti – Varila, Juha: Miten arvioida kuntapalvelujen tuloksellisuutta? KARTUKE-tutkimuksen lähtökohdat, metodologiset sitoumukset ja tavoitteet. Teoksessa Niiranen, Vuokko – Stenvall, Jari – Lumijärvi, Ismo: Kuntapalvelujen tuloksellisuuden arviointi. Tasapainotettu mittaristo kunnallisissa organisaatioissa. KARTUKE-tutkimusohjelman julkaisuja 3. PS Kustannus. Otavan kirjapaino Oy. Keruu 2005. s. 11–46.
- Nikkilä, Juhani: Hallintotyön ympäristö. Kohti tuloksellista ja palvelevaa hallintoa. 2. painos. VAPK-Kustannus. Helsinki 1994.
- Niskakangas, Heikki – Pönkä, Pasi: Kuntayhtiöt: kunnan omistaman osakeyhtiön hallinto. KL-kustannus, Helsinki 2006.
- Niskakangas, Heikki – Pönkä, Pasi – Oksanen, Antero: Kuntakonsernit. Toiminta, päätöksenteko ja hankinnat. KL-kustannus Oy. Hakapaino Oy, Helsinki 2007.
- Nordberg, Per: Konkurrenslagstiftning och bostapolitik. En studie av den svenska hyresregleringens förhållande till EG:s och Sveriges Konkurrensrätt. Juristförlaget i Lund, Lund 1999.
- Norgård Marcus: Anspråk och säkringsåtgärd. Teoksessa Nuotio, Kimmo – Herler, Casper – Boucht, Johan (toim.): Nykyajan muuttuva oikeus, s. 223–234. Lakimiesliiton julkaisu, E-sarja N:o 5. Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2001.
- Normann, Richard: Service Management, Strategy and Leadership in Service Business. Second Edition. John Wilwy & Sons, Chichester 1991.
- Normitalkoot uudistamaan ja purkamaan kuntien tuottavuuden parantamista haittaavia normeja. Valtiovarainministeriön tiedote 18.6.2009. Nro 84/2009. (VM:n tiedote 18.6.2009)
- Nummela, Juhani – Ryyänen, Aimo: Kansalainen ja uusi hallinto. Hyvinvointivaltiota vastuulliseen perusoikeusyhteiskuntaan. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1996.
- Nurmi, Johanna: Palvelusitoumus nyt! Valtiovarainministeriö. Tutkimukset ja selvitykset 4/1998. Helsinki 1998.
- Nurmi, Pekka: Perusoikeuskomitean työ aiheen kannalta. Kunnallistieteen aikakauskirja 3/1991 s. 374–379. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1991.
- Nurminen, Riitta – Ohvo, Sirkku: Oikeus käytännössä: liiketoiminnan juridiikka. Edita, Helsinki 2007.
- Nuotio, Kimmo: Oikeuslähteet ja yleiset opit. Lakimies 7–8/2004 s. 1267–1291.
- Onko oikeusjärjestyksen pirstoutuminen väistämätöntä. Teoksessa Viljanen, Veli-Pekka (toim.). Oikeudenalojen rajat ja rajattomuus. S. 1–24. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisu. Newprint Oy, Uusikaupunki 2002.
 - Muuttuuko oikeus todella? Oikeuskehityksen syvyys muutoksen vuosikymmenellä. Teoksessa Nuotio, Kimmo – Herler, Casper – Boucht, Johan (toim.): Nykyajan muuttuva oikeus, s. 11–52. Lakimiesliiton julkaisu, E-sarja N:o 5. Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2001.

- Nupponen, Matti: Elinkeinoyhtiöt kunnallisen elinkeinopolitiikan toimeenpano-organisaatioina. Lisensiaatintyö. Tampereen yliopisto, hallintotieteen laitos. Tampere 1999.
- Nurmi, Johanna: Palvelusitoumus nyt! Tutkimukset ja selvitykset. Helsinki 1998.
- Nurmi, Pekka: Perusoikeuskomitean työ aiheen kannalta. Kunnallistieteellinen aikakauskirja 3/1991 s. 374–379. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1991.
- Nygren, Päivi: Sitoumusten kartoittaminen – välttämätön osa riskien hallintaa. Teoksessa Pohjonen, Soili (toim.): Ennakoiva sopiminen. Liiketoimien suunnittelu, toteuttaminen ja riskien hallinta. S. 141–188. WSOY lakitieto, Dark oy, vantaa 2002.
- Nysten-Haarala, Soili: Kaukoviisas ennakoiva oikeusajattelu ja jälkiviisas tuomioistuin juridiikka. Teoksessa Pohjonen, Soili (toim.): Ennakoiva sopiminen. Liiketoimien suunnittelu, toteuttaminen ja riskien hallinta. S. 215–240. WSOY lakitieto, Dark oy, vantaa 2002.
- Näsi, Salme – Leppänen, Pasi – Meklin, Pentti: Näkyvät ja näkymättömät kustannukset kunnan sisäisillä markkinoilla: case: peruskoulutus Tampereen kaupungissa. Kunnallistieteen aikakauskirja 2/2008 s. 171–180.
- Oikeusministeriön 23.9.2005 ministeriöille julkisuuslainsäädännön täytäntöönpanosta ja osittaistarkistuksesta lähettämä kirje liitteineen. Löytyy myös oikeusministeriön verkkosivuilta osoitteesta <http://www.om.fi/23955.htm>.
- Oikeusministeriö säädöshankkeet 1.2.2010. Toiminta ja hallinto 23/2010. Oikeusministeriö, Helsinki 2010.
- Oikeusministeriön työryhmämietintöjä 2008:6: Julkisten hankintojen oikeusjuojärjestelmän uudistaminen. (OM:n työryhmämietintöjä 2008:6)
- Ojala, Marjo: EU-kilpailuoikeus. Edita Publishing Oy. Edita Prima 2005, Helsinki 2005.
- Ojanen, Tuomas: EU-oikeuden perusteita. 2. painos. Edita Prima OY, Helsinki 2006.
- Ennakkoratkaisumenettely. EY-oikeuden vaatimuksia ja jäsenvaltioiden tuomioistuinten käytäntöä. Kansainvälisen talousoikeuden instituutti. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1996.
- Okko, Paavo – Björkroth, Tom – Koponen, Aki – Lehtonen, Annina – Pelkonen, Eija: Terveyspalveluiden hierarkiat ja markkinat. Kunnallisan alan kehittämisyhteistyön Kunnat ja kilpailu sarjan julkaisu nro 2. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2007.
- Oksanen, Antero: Kunnat, kiinteistöt ja kilpailuttaminen. Teoksessa juhla julkaisu Leena Kartio 1938-30/8 – 2008; s. 251–273. Suomalainen lakimiesyhdistys. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2008. (Oksanen 2008)
- Kunnan ja kuntayhtymän hankintojen erityispiirteitä. Teoksessa Kalima, Kai – Häll, Maija – Oksanen, Antero: Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt, s. 282–311. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2007. (Oksanen 2007a)
 - Kuntien yleiset hankintaohjeet. Suomen kuntaliitto. Kuntatalon painatuskeskus, Helsinki 2007. (Oksanen 2007b)
 - Direktiivit tuovat hankintoihin uutta ilmettä. Kuntalehti 4/2005 s. 35–37.
 - Muuttavatko markkinat kuntien toimintatapoja. Teoksessa Kuntien oikeus itsehallintoon. Juhlakirja Raimo Lehkosen jäädessä eläkkeelle 2002, s. 72–97. Tampereen yliopiston kunnallistieteiden laitos. Finnpublishers. Tammer-paino Oy, Tampere 2002.
- Omin voimin, yhdessä, ostaen. Kunnan omaa teknisten palvelujen tuotantoa täydentäviä vaihtoehtoja. Suomen Kuntaliitto 2001, Kuntatalon paino, Helsinki 2001. (Omin voimin, yhdessä, ostaen 2001)

Ostrom, Vincent – Ostrom, Elinor: Public Goods and Public Choices. Teoksessa *Alternatives for Delivering Public Services*, toimittanut E. S. Savas. s.7–50 .Westview Press, Boulder 1977.

Oulasvirta, Lasse: Kuntien valtionapujärjestelmä. Vertaileva arviointitutkimus kahdessa valtionapujärjestelmästä. Akateeminen väitöskirja, Tampereen yliopisto, kunnallistieteiden laitos, Tampere 1996.

Ovretveit J.: Purchasing for health. A Multidisciplinary introduction to the theory and practice of health purchasing. *Health service management*. Open University Press, Buckingham 1995.

Paaso, Ilpo: Vahingonkorvausvastuun normiperusta lääkärintoimessa. Tutkimus erityisesti julkisen vallankäytön vahingonkorvausvastuuta sääntelevien säännösten soveltuvuudesta lääkärintoimesta aiheutuviin vahinkoihin. Helsinki 1992.

Pajarinen, Mika: Ulkoistaa vai ei – Outsourcing teollisuudessa. Elinkeinoelämän tutkimuslaitos. Helsinki 2001.

Paloposki, Jaakko: Kunnan teknisen toimen liikelaitosten ja tytäryhteisöjen ohjaus. Suomen kuntaliitto, Kuntatalo, Multiprint, Helsinki 2004.

Palveluseteli ja peruspalvelu. Suomen kuntaliiton hallituksen asettaman työryhmän muistio. Suomen kuntaliitto, Kuntaliiton painatuskeskus, Helsinki 1994. (Palveluseteli ja peruspalvelu 1994)

Palvelusetelin käyttöalan laajentaminen. Palvelusetelityöryhmän muistio. Sosiaali- ja terveysministeriön selvityksiä 2008:32. Sosiaali- ja terveysministeriö, Yliopistopaino, Helsinki 2008. (Palvelusetelityöryhmän muistio 2008)

Palvelusitoumus – suomalainen malli: Palvelusitoumushankkeen muistio. Palvelusitoumushankkeen ohjausryhmä. Valtiovarainministeriön työryhmämuistioita 21/97. Helsinki 1997. (VM:n työryhmämuistioita 21/1997)

Parasta nyt – Kunta- ja palvelurakennemuutostuksen suunnitteluvaiheen loppuarviointi. Valtiovarainministeriön julkaisuja. Edita Prima Oy, Helsinki 2009. (VM:n julkaisu 11/2009)

Partanen, Sirpa: Tuloksellisuuden arviointi kunnissa. Tampereen yliopisto, yhteiskuntatieteiden tutkimuslaitos. Työraportteja 33/1992. Jäljennepalvelu. Tampere 1992.

Pasanen, Virve: Kannattaako sopimusohjaus erikoissairaanhoidossa? Vertailututkimus sopimusohjauksen soveltumisesta Suomessa ja eräissä muissa maissa. Vaasan yliopiston julkaisuja. Vaasa 1999.

Paulsson, Ingvar – Riberdahl, Curt – Westerling, Per: Den nya kommunallagen: kommentarer och praxis. Kommentus, Alsjö 1993.

Paunio, Pekka – Punkari, Mika – Pekurinen, Markku: Keski-Suomen sairaanhoitopiirin ja Keuruun–Multian kansanterveystyön kuntayhtymän sopimusohjaukokeilun loppuraportti. Keski-Suomen sairaanhoitopiirin kuntayhtymän julkaisuja 53, Jyväskylä 1996.

Pekkala, Elise: Hankintojen kilpailuttaminen. Kolmas uudistettu painos. Tietosanomat Oy. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2007.

Pekkala, Julia: Hankintasopimuksen pätemättömyysseuraamus – tulkinta ja soveltaminen erityisesti kilpailuoikeudellisen pätemättömyyden näkökulmasta. Helsingin yliopisto, Helsinki 2008. (Pekkala J. 2008)

Pekola-Sjöblom, Marianne – Helander, Voitto – Sjöblom, Stefan: Kuntalaisen monet roolit. KuntaSuomi 2004 – tutkimuksia nro 37. Suomen kuntaliitto, Kuntatalon paino, Helsinki 2004.

- Pellonpää, Matti: Euroopan ihmisoikeussopimus. Kauppakaari Oy, Lakimiesliiton kustannus. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 1996.
- Peltonen, Jukka: Pakottavista oikeusohjeista välimiesmenettelyssä. Teoksessa Halila, Heikki – Hemmo, Mika – Sisula-Tulokas, Lena (toim.): Juhlakirja Esko Hoppu 1935–15/1–2007, s. 298–315. Suomalainen lakimiesyhdistys. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2005.
- Pekurinen, Markku – Finne, Sohveri,: Karjaan kaupungin terveydenhuollon ja vanhustenhuollon menot 1993 - 2005 sekä laitoshoidon asiakasrakenne ja hoidon laatu. Terveyden ja hyvinvoinnin laitoksen kehittämispäätökset 26.4.2007, Helsinki 2007
- Pekurinen, Markku – Junnila, Maija-Liisa, Tunturi, Turkka – Vainio, Jyrki: Pirkanmaan sairaanhoitopiiriin sopimusohjaushanke. Suunnitteluvaiheen loppuraportti. Pirkanmaan sairaanhoitopiiriin julkaisu 2/97. Pirkanmaan kuntayhtymä, Tampere 1997. (Pekurinen ym. 1997)
- Pekurinen, Markku: Kilpailuolot Suomen terveydenhuollossa. Sosiaali- ja terveysministeriön monisteita 1994:9. Sosiaali- ja terveysministeriö, Helsinki 1994.
- Pere, Ilkka: Lausunnot hallinnon oikeusturvakomitean mietinnöstä. Tiivistelmä. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 1/1983. Helsinki 1983.
- Perusoikeudet, kunta ja valtion ohjaus. Suomen kuntaliiton tavoitteet lainsäädännön kehittämiseksi. Hyväksytty Suomen kuntaliiton hallituksessa 7.6.2000. (Perusoikeudet, kunta ja valtion ohjaus 2000)
- Peruspalveluohjelma 2011–2014. VM 21a/2010, Valtiovarinaministeriö, Edita Prima OY, Helsinki 2010.
- Perustuslaki 2000. Yhtenäisen perustuslain tarve ja keskeiset valtiosääntöoikeudelliset ongelmat. Työryhmän mietintö. Oikeusministerin lainvalmisteluosaston julkaisu 8/1995. Hakapaino Oy, Helsinki 1996. (OM:n työryhmämietintö 8/1995)
- Perustuslaki 2008 työryhmämietintö. Työryhmämietintöjä 2008:8. Oikeusministeriö. Edita Prima OY, Helsinki 2008. (OM:n työryhmämietintö 2008:8)
- Pesonen, Ilkka: Resepti kunnallisen ruokahuollon kehittämiseen – Kuinka madallat organisaatiota. Jaarli Oy, Turku 1996.
- Petman, Jarna: Oikeus ja arvot. Teoksessa Ervasti, Kaijus – Meincke, Nina: Oikeuden tuolla puolen. Kauppakaari, Lakimiesliiton kustannus. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2002.
- Pettersson, Carl-Gunnar: Ny grunlags kommitté I Sverige, Kunnallistieteen aikakauskirja 4/2004, s. 340–344. Kunnallistieteen yhdistys ry. Vammalan kirjapaino, Vammala 2004.
- Pietilä, Pekka: Kunnallinen vesihuolto on hyvissä käsissä. Kuntalehti 12/2007, s. 35–37.
- Pohjola, Mikko – Koponen, Aki: Näennäismarkkinoiden toimivuuden edellytykset. Kunnallistieteen aikakauslehti 2/2008, s. 150–170. Vammalan Kirjapaino Oy, Vammala 2008.
- Pohjolan valo. Pohjoismaainen johtaminen ja johtaminen Pohjolassa. Tiivistelmä johtamisesta Suomen, Tanskan, Norjan ja Ruotsin kunnissa ja kuntayhtymissä. Toim. Nurmi, Eeva-Liisa. Kuntien eläkevakuutus. Helsinki 2008
- Pohjonen, Mika: Julkisia hankintoja koskeva oikeuskäytäntö. Yrityssanoma Oy, Oy Kotkan Kirjapaino Ab, Hamina 2002.
- Pollit, Chistopher – Bouckaert, Geert: Public Management Reform, Acomarative Analysis. Oxford University Press, Oxford 2000.
- Porokka-Maunuksela, Raija – Säilö, Esko – Honka, Markko: Kunnan hallinto, talous ja valvonta. Edita, Helsinki 2001. (Porokka-Maunuksela ym. 2001)

Prättälä, Kari: Itsehallinnon peruskirjan periaatteet ja eurooppalainen käytäntö. Kunnallistieteen aikakauskirja 4/1992.

Puoskari, Pentti – Taimio, Heikki: Suomen julkisen sektorin tila ja tulevaisuuden näkymä. Palkansaajien tutkimuslaitos, Helsinki 2002.

Puro, M.: Sopimusohjaus – mitä se merkitsee terveyskeskukselle?: Kuntien mahdollisuutta ostaa erikoissairaanhoidon palveluita on uudistettava! Kunnallislääkäri 8/1994, s. 41–43.

Puttonen, Pauli: Kunnalliset yhtiöt vallan välineenä. Akateeminen väitöskirja, Tampereen yliopisto, Taloudellis-hallinnollinen tiedekunta. Tampereen yliopistopaino Juvenes Print Oy, Tampere 2002.

Pystynen, Erkki: Kunnallistiede – kunnallispolitiikka. Gaudeamus. Helsinki 1972.

Pääministeri Matti Vanhasen II hallituksen ohjelma 2007. Valtioneuvoston tiedonanto Eduskunnalle 19.4.2007 nimetyn pääministeri Matti Vanhasen II hallituksen ohjelmasta. Valtioneuvoston kanslia 2007.

Pääministeri Matti Vanhasen hallituksen ohjelma 2003. Valtioneuvoston tiedonanto eduskunnalle 24.6.2003 nimetyn pääministeri Matti Vanhasen hallituksen ohjelmasta. Valtioneuvoston kanslia 2003.

Pöyhönen, Aulis: Euroopan kunnallissopimus. Kunnallisen itsehallinnon tavoitemalli. Edita, Helsinki 1996.

Pöyhönen, Aulis – Koski, Heikki: Vahvat kunnat ovat kunnallishallinnon perusta. Teoksessa Hirvikorpi, Helinä (toim.): Paras tuoreeltaan, s. 9–30. Kunnallisan alan kehittämissäitiö, KAKS, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2006.

Pöyhönen, Juha: Uusi varallisuus oikeus, Talentum Media Oy, Gummerus kirjapaino Oy, Saarijärvi 2003. (J. Pöyhönen 2003)

- Oikeustieteen ajanmukaisuus. Lakimies 3/1997 s. 357–375. (J. Pöyhönen 1997)
- Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki 1988. (J. Pöyhönen 1988)

Rahkonen, Keijo: Hyvinvointivaltion tragedia. Rajallinen järjestelmä ja rajattomat tarpeet. Teoksessa Eräsaari, Risto – Rahkonen, Keijo: Hyvinvoinnin tragedia. Keskustelua eurooppalaisesta hyvinvointivaltioista, s. 7–18. Gaudeamus, Tammer-Paino Oy, Tampere 1995.

Rainio, Päivi: Kuntatyö 2010 -projekti. Rekrytointiopas kunta-alalle. Suomen kuntaliitto, Kunnallinen työmarkkinalaitos, Kuntien eläkevakuutus. (Kuntatyö 2010 -projekti)

Raitio, Juha: Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat. Talentum, Helsinki 2006.

- EU:n kehitys, periaatteet ja tavaroiden vapaa liikkuvuus. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisu. Helsinki 2004.
- The principle of legal certainty in EC law. Helsingin yliopisto. Helsinki 2002.

Rajala, Tuija – Tammi, Jari – Meklin, Pentti: Kilpailutuksen näkyvät ja näkymättömät kustannukset. Kunnallisan alan kehittämissäitiön kunnat ja kilpailu sarjan julkaisu nro 11. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2008.

Ralph, Annie: Kansalaisen valtuuttaminen; johdatus Braintree'n organisaatioajatteluun. Kunnallistieteen aikakauskirja 4/1994, s. 18–23. Kunnallistieteiden yhdistys, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1994.

Rannisto, Pasi-Heikki: Kunnan strateginen johtaminen. Tutkimus seinänaapurikuntien strategiaprosessin ominaispiirteistä ja kunnanjohtajista strategisina johtajina. Akateeminen väitöskirja. Tampereen yliopisto kauppa- ja hallintotieteiden tiedekunta. Tampere 2005.

Rasinmäki, Jorma: Yksityistäminen kunnallishallinnossa. Hallinto-oikeudellinen tutkimus yksityistämisen oikeudellisista taustoista, edellytyksistä, rajoituksista, muodoista ja vaikutuksista. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1997.

Rawls, John: Oikeudenmukaisuusteoria. Englanninkielinen alkuteos: A theory of justice. WSOY, Porvoo 1988.

Rautiainen, Antti: BSC-käyttäjättyypit Suomen kunnissa. Kunnallistieteen aikakauskirja 1/2008, s. 9–23. Kunnallistieteen yhdistys. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2008.

Regions 2020. An Assessment of future Challenge for EU Region. European Union, Regional policy. Commissions staff Working Document. SEC(2008)2868 final. Brussels, 14/11/2008.

Riepula, Esko: Kootuin voimin vaikuttavampaan aluehallintoon. Selvityshenkilö Esko Riepulan ehdotukset aluehallinnon vahvistamiseksi. Sisäasiain julkaisusarja, Helsinki 2004.

Rimpelä, Matti – Wiss, Kirsi – Saaristo, Vesa – Happonen, Hanna – Kosunen, Elise – Rimpelä, Arja: Kouluterveydenhuollon laatusuositusten toimeenpano 2004–2007. Stakesin työpapereita 32/2007. Stakes, Valopaino Oy, Helsinki 2007. (Rimpelä ym. 2007)

Rissanen, Kirsti: Lainvalmistelun kehittäminen ja säädöspolitiikka. Teoksessa Halila, Heikki – Hemmo, Mika – Sisula-Tulokas, Lena (toim.): Juhlakirja Esko Hoppu 1935–15/1–2007, s. 316–330. Suomalainen lakimiesyhdistys. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2005.

Romppainen, Esko: Sosiaali- ja terveysjärjestön oikeudellinen asema hyvinvointipalvelujen järjestämisessä. Tutkimus julkista avustusta saavan yhdistyksen asemasta hankintasääntöjen näkökulmasta. Yliopistollinen väitöskirja, Helsingin Yliopisto. Suomalainen lakimiesyhdistys, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2007.

Rosas, Allan – Karapuu, Heikki: Economic, social and cultural rights in Finland. Teoksessa Rosas, Allan: International Human rights Norms in domestic Law: Finnish and Polish Perspectives, s. 195–223. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1990.

Rose, Nikolas: Eriarvoisuus ja valta hyvinvointivaltion jälkeen. Teoksessa Eräsaari, Risto – Rahkonen, Keijo: Hyvinvoinnin tragedia. Keskustelua eurooppalaisesta hyvinvointivaltiosta, s. 19–56. Caudeamus, Tammer-Paino Oy, Tampere 1995.

Ross, John P. – Burkhead, Jesse: Productivity in the Local Government Sector. Lexington Books. Massachusetts 1974.

Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli: Suomen vahingonkorvaus. 4. uudistettu painos. Kauppa-kaari, Helsinki 2000.

- Suomen vahingonkorvausoikeus. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1995.

Rowley, Jennifer E.: Organizing knowledge: an introduction to information retrieval. Gower cop. Aldershot 1987.

Ruostesaari, Ilkka – Holttinen, Jari: Luottamushenkilö ja valta, Edustuksellisen kunnallisdemokratian mahdollisuudet. Kunnallisankehittämissätiö. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2001.

Rytkölä, Olavi: Henkilöstöhallinnon uudistamistarpeesta valtion- ja kunnallishallinnossa. Kunnallistieteellinen aikakauskirja 2/1991 s. 174–181. Kunnallistieteen yhdistys. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1991.

- Julkisoikeudellinen sopimus: käsite, esiintymismuodot ja oikeusvaikutukset. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. Helsinki 1950.

Ryynänen, Aimo: Yksityistämisen vaihtoehto: Kunnallinen liikelaitos. Kirja-arvio. Kunnallistieteen aikakauskirja 4/2009 s. 465–467. Kunnallistieteen yhdistys. Vammalan kirjapaino Oy,

Vammala 2009.

- Kuntauudistus ja itsehallinto. Tampereen yliopistopaino Oy - Juvenes Print. Tampere 2008.
- Kunnat valtion valvonnassa. Vammalan kirjapaino Oy. Vammala 2004.
- Kunnan uusi toimintamalli: oikeudellinen rakennetutkimus kunnallisen kansanvallan sisällöstä ja ilmenemisestä. Mermerus, Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 1996.
- Uuteen kunnallislakiin - kuntien Suomeen. Finnpublisher. Tampere 1992.
- Hyvän hallinnon periaatteet kunnallishallinnossa. 2. uudistettu painos. Lakimiesliiton kustannus, Tammer-Paino Oy, Tampere 1991. (Ryynänen 1991a)
- Uudet periaatteet etsinnässä julkisen hallinnon ja palvelutoiminnan toteuttamiseksi. Kunnallistieteen aikakauskirja 3/1991, s. 398–403. Kunnallistieteen yhdistys, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1991. (Ryynänen 1991b)
- Vapaakuntakokeilun valtion ohjausta ja valvontaa muuttavat vaikutukset kunnallishallinnossa – lähtökohtatarkastelua. Tampere 1988.
- Yksityistäminen lainsäädännössä. Tampereen yliopisto kunnallistieteiden laitos, julkaisusarja 2/1987. Tampereen yliopistopaino. Tampere 1987.
- Kunnan tehtävien lakisäätöistäminen: tutkimus lakisäätöistämisestä vaikutuksista kunnan toimintaan, hallinto-organisaatioon ja valtionvalvontaan. Tampereen yliopisto, taloudellis-hallinnollinen tiedekunta. Akateeminen väitöskirja, Tampere 1986.

Ryynänen, Aimo – Telakivi, Heikki: Eurooppalainen mallikunta. Edita Publishing Oy. Edita Prima OY, Helsinki 2006.

Räty, Tarmo – Luoma, Kalevi – Aronen, Pasi: Palvelusetelit kuntien sosiaalipalveluissa. VATT-keskustelualoitteita 325. Valtiontaloudellinen tutkimuskeskus, Helsinki 2004.

Saarinen, Kirsi-Maria: Vahingonkorvaukset julkisissa hankinnoissa. Edita Publishing Oy, Edita Prima Oy, Helsinki 2008. (K-M Saarinen 2008)

Saarinen, Arttu – Forma, Pauli: Henkilöstöstä vastaavien näkemykset yksityisen sektorin roolista kunnallisessa palvelutuotannossa lähitulevaisuudessa. Kunnallistieteen aikakauskirja 27/2007 s. 188–199. Kunnallistieteen yhdistys. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2007.

Saarnilehto, Ari: Sopimusoikeuden perusteet. 7. uudistettu painos. Juridica-kirjasarjan 9. teos. Talentum media Oy, Gummerus Kirjapaino Oy, Helsinki 2009.

- Vahingonkorvauslaki, Käytännön kommentaari. Edita Publishing Oy, Edita Prima Oy, Helsinki 2007.
- Sopimusoikeuden perusteet. 4. uusittu painos. Lakimiesliiton kustannus, Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 1996.

Saipio, Heikki: Kunnallisen viranhaltija oikeusasema. Gummerus Oy Kirjapaino, Jyväskylä 1987.

Saipio, Heikki – Niittylä, Lauri – Vartiainen-Hynönen, Elina: Kunnallisen viranhaltijan oikeusasema. NEBO OY, Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 1996.

Sajama, Seppo: Sopimuksen tulkintasäännöt, kakkureseptejä vai tulkintasääntöjä. Julkaisussa: Kultalahti, Jukka – Nuolimaa, Risto (toim.) Oikeus, talous, hallinto: Oikeustieteen päivät 30.–31.8.2007. s. 107–135. Tampereen yliopisto, Oikeustieteiden laitos. Tampere 2007.

Salonen-Soulié, Ulla: Sosiaalipalvelut murroksessa: Yksityistäminen Tanskassa. Suomen kaupunkiliitto. Helsinki 1992.

Sallinen, Sini: Kunnan itselleen ottamat tehtävät ja niiden oikeudelliset reunaehdot. Akateeminen väitöskirja, Tampereen yliopisto, kauppa- ja hallintotieteiden tiedekunta. Tampereen yliopistopaino Oy – Juvenes Print. Tampere 2007.

Salmela, Hannu: Johdon tietojärjestelmät ja organisaation tehokkuus: kuinka varmistaa liiketaloudelliset hyödyt johtamisen tueksi rakennettavista tietojärjestelmistä. Turun kauppakorkeakoulu, Turku 1992.

Salminen, Ari – Niskanen, Jouni: Markkinoiden ehdoilla? Arvioita markkinaohjautuvuudesta julkisessa sektorissa. Valtiovarainministeriö, Hallinnon kehittämisosasto, Vaasan yliopisto Yhteiskuntatieteellinen tiedekunta. Oy Edita Ab, Helsinki 1996.

Salminen, Ari – Kuoppala, Kari: Julkisvalta, byrokratia, organisaatio. Otava, Helsinki 1985.

Saltman, Richard B. – Otter, Casten Von: Planned markets and public competition: strategic reform in northern European health systems. Open University Press. Bingham 1992.

Saraviita, Ilkka: Suomalainen perusoikeusjärjestelmä. Talentum, Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2005.

- Perustuslaki 2000. Kommentaari- ja esitys uudesta valtiosäännöstä Suomelle. Lakimiesliiton kustannus. Jyväskylä 2000.

Savas E. S.: Privatization and Public-Private Partnerships. Baruch College City University of New York. Versa Press, Inc. New York 2000.

Savolainen, Jukka: Hallintomenettely. Edita, Helsinki 2004.

Savolainen, Tuija (toim.): Tietopohja yhtenäiseksi Pirkanmaalla, käytäntöjen kirjaaminen perusterveydenhuollossa. Pirkanmaan sairaanhoitopiiriin julkaisu 13/2008. Tampere. (Savolainen 2008)

Saxena, K. B. C. – Bhradwaj, Sangeeta Shah: Business Process Outsourcing for Strategic advantage. Excel books, New Delhi 2007.

Schluchter, Wolfgang: The rise of Western rationalism: Max Weber's developmental history. Berkeley 1981.

Schmidt, Klaus-Dieter: Privatization and Local Government Reform in Germany: A Slow Train. Kiel Working Papers N:o 891. The Kiel Institute on World Economics. 1998.

Selin, Antti: Kuntarakenteiden kansainvälistä vertailua: Ruotsi, Norja, Tanska. Suomen kuntaliitto, Kuntakehitys ja tutkimus, joulukuu 2004.

Selvitys hallinnon ja palvelujen järjestämisestä uudessa Hämeenlinnan kaupungissa. Hauho, Hämeenlinna, Kalvola, Lammi, Renko ja Tuulos. Palvelu- ja kuntarakennemuutos PATU, 18.9.2007.

Selvitys perustuslakiuudistuksen toimeenpanosta. Perustuslain seurantatyöryhmän mietintö. Oikeusministeriön työryhmämietintöjä 2002:7. Oikeusministeriö. Edita Prima Oy. Helsinki 2002. (OM:n työryhmämietintöjä 2002:7)

Sihvonen, Maarit: Neuvottelujen kautta toimeenpanoon. Akateeminen väitöskirja. Tampereen yliopisto kauppa- ja hallintotieteiden tiedekunta. Tampereen yliopistopaino Oy – Juvenes Print, Tampere 2006.

Siltala, Juha: Uuden julkishallinnon (NPM) ristiriidat. Kunnallistieteen aikakauskirja 4/2008 s. 435–456. Kunnallistieteen yhdistys. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2008.

Siltala, Raimo: Oikeudellinen tulkintateoria. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisu. 2004.

Siitari-Vanne, Eija: Markkinaoikeus, kilpailu-, hankinta- ja markkinaoikeudellisten asioiden uusi erityistuomioistuimisto. Edita publishing Oy, Edita Prima Oy, Helsinki 2002.

Siitonen, Pentti – Valkama, Pentti: Vaihtoehtoiset palveluntuotantjärjestelmät kaupunkiseudulla: palvelutuotantovaihtoehtojen mahdollisuudet ja yleisarviointi Tampereen seudulla. Tampereen yliopisto, Kunnallistieteiden laitos, Julkaisusarja 54. Tampereen yliopistopaino – Juvenes Print, Tampere 2003.

Sinialmi, Martti: Suomen kaupunkien keskushallinto 1927–1998: tutkimus kaupunkien keskushallinnon järjestämisestä sekä valtasuhteiden muutoksesta demokratian ja päätöksenteon näkökulmasta. Suomen kuntaliitto, Kuntatalon paino, Helsinki 1999.

Sinkkonen, Sirkka – Kinnunen, Juha: Arviointi ja seuranta julkisella sektorilla. Kuopion yliopiston julkaisu. Joensuu 1994.

Snec, Timo – Hannula, Petri – Sandberg, Juha – Taivassalo, Ville: Kohti Kuntajohtoista kilpailuttamisysteiskuntaa. Kunnallisan kehittämässäätiö, KAKS, Vammalan kirjapaino, Vammala 2008.

Soppi, Petri – Volk, Raija: Julkisen palvelutuotannon kilpailuttaminen taloudellisesta näkökulmasta – Katsaus kansainvälisiin kokemuksiin. Pellervon tutkimuslaitoksen työpapereita. N:o 92 (helmikuu 2007).

Sosiaali- ja terveydenhuollon kansallinen kehittämissuohjelma. KASTE 2008–2012. Sosiaali- ja terveysministeriö. Sosiaali- ja terveysministeriön julkaisu 2008:6. (Kaste 2008–2012)

Sotarauta, Markku: Strateginen ajattelu kunnassa: esimerkkinä Ruoveden kehittämissuohjelma. Tampereen yliopisto, Tampere 1990.

Sotarauta, Markku – Laakso, Timo: Muutoksen johtaminen ja luova jännite. Suomen kuntaliitto, Kuntatalon paino, Helsinki 2000.

Sotarauta, Markku – Oulasvirta, Lasse: In search of new approaches on community governance: towards new models and softer strategies. Kunnallistieteiden aikakauskirja 4/1995 s. 386–392. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1995.

Stein, Robert M.: Urban Alternatives. Public and Private Markets in the Provision of Local Services. University of Pittsburgh press. Pittsburg 1990.

Stenvall, Jari – Syväjärvi, Antti: Onks tietoo? Valtion informaatio-ohjaus kuntien hyvinvoinnin tehtävissä. Valtiovarainministeriön hallinnon kehittämissuohjasto. Tutkimukset ja selvitykset 3/2006. Edita Prima Oy, Helsinki 2006. (Stenvall–Syväjärvi 2006)

Stewart, John: Kuntien uusi johtamistapa – muutos ja johtaminen. Käännös Manninen, Juhani. Alkuperäisteos: New management of local Government. Finnpublishers, Tampere 1993.

Ståhlberg, Krister: Palvelusitoumusten kritiikissä. Kunnallistieteiden aikakauskirja 4/1994, s. 32–37. Kunnallistieteiden yhdistys, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1994.

- Kunnallishallinnon haasteet. Kunnallistieteellinen aikakauskirja 2/1991, s. 182–192. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1991.

Sutela, Marja: Sosiaali- ja terveyspalveluiden ulkoistaminen. Oikeudelliset reunaehdot. Edita Publishing Oy, Helsinki 2003.

- Oikeusvertailun mahdollisuudet. vertailukohteena kunnallinen kansanäänestysinstituutio. Lakimies 1/2001 s. 69–96.
- Kuntalainen osallistujana ja vaikuttajana. Teoksessa Hoikka, Paavo (toim.): Kunnat 200 luvun kynnyksellä. Tampereen yliopisto, 2. uudistettu painos. Tampereen yliopistopaino Oy, Tampere 2000.
- Suora kansanvalta kunnassa. oikeusvertaileva tutkimus kansanäänestyksestä suoran kansanvallan toteuttajana. Helsinki 2000.

Suunnitelma kuntien palvelurakenteiden yhdistämisestä. Hauho, Hämeenlinna, Kalvola, Lammi, Renko ja Tuulos. Palvelu- ja kuntarakennemuutos PATU 13.11.2007.

Suviranta, Outi: Oikeus tilannesidonnaisuuden ja ennakoitavuuden puristuksessa. Teoksessa oikeus, talous, hallinto. s. 89–92. Tampereen yliopiston oikeustieteiden laitos, Tampere 2007.

- Julkinen hallinto. Teoksessa Laakso, Seppo – Suviranta, Outi – Tarukannel, Veijo: Yleishallinto-oikeus. S. 17–36. Tampereen yliopisto, oikeustieteiden laitos. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2006. (Suviranta 2006a)
- Hallinnon toiminta ja organisaatio. Teoksessa Laakso, Seppo – Suviranta, Outi – Tarukannel, Veijo: Yleishallinto-oikeus. S. 37–78. Tampereen yliopisto, oikeustieteiden laitos. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2006. (Suviranta 2006b)
- Hallinto ja yksityiset. Teoksessa Laakso, Seppo – Suviranta, Outi – Tarukannel, Veijo: Yleishallinto-oikeus. S. 71–78. Tampereen yliopisto, oikeustieteiden laitos. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2006. (Suviranta 2006c)
- Hallinnon sisäiset oikaisumenettelyt ja hallinnon sisäinen valvonta. Teoksessa Laakso, Seppo – Suviranta, Outi – Tarukannel, Veijo: Yleishallinto-oikeus. S. 415–436. Tampereen yliopisto, oikeustieteiden laitos. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2006. (Suviranta 2006d)
- Hallintolainkäytön järjestelmä. Teoksessa Laakso, Seppo – Suviranta, Outi – Tarukannel, Veijo: Yleishallinto-oikeus. S. 437–448. Tampereen yliopisto, oikeustieteiden laitos. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2006. (Suviranta 2006e)
- Oikeusvoimasta luottamuksen suojaan. Lakimies 7–8/2004, s. 1421–1436. Suomalainen lakimiesyhdistys.
- Virkamiehen ratkaisutoiminta ja Euroopan yhteisön oikeus. Tutkimus Euroopan Unionin jäsenyyden vaikutuksista virkamiehen ratkaisutoiminnan oikeudellisen ohjauksen rakenteeseen. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki 1996.

Svensson, Gustav: Medbestämmande och politisk demokrati en principdiskussion om de statsanställdas möjligheter till medbestämmande. Iustus, Uppsala 1985.

Sverke, Magnus – Hellgren, Johny – Öhmingen, Jan: Hospital corporations. How are nurses' job perception and work-related attitudes affected? Stockholm University, Stockholm 1997.

Syvänen, Sirpa: Kunnallisen palvelutoiminnan tuloksellisuuden kehittämisen esteet ja edellytykset. Kunnallistieteen aikakauskirja 2/1994, s. 45–57. Kunnallistieteen yhdistys, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1994.

Särkiaho, Risto: Kunnallinen arvokeskustelu. Mitä mikin maksaa vai onko asioilla myös arvonsa. Kunnallistieteen aikakauskirja 4/1994, s. 133–138. Kunnallistieteiden yhdistys, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 1994.

Södergård, Hans: Markkinoiden toimivuus III: Kuntasektori palvelujen tilaajana. Nykytilanteen ääriiviivat ja kehittämishdotukset. Kauppa- ja teollisuusministeriön tutkimuksia ja raportteja 20/2001 Elinkeino-osasto. Edita Oyj, Helsinki 2001.

Söderlind, Donald – Pettersson, Olof: Svensk Förvaltningspolitik. 2. uudistettu painos. Diskurs. Uppsala 1988.

Syrjänen, Pentti: Yksityisyyden suoja ja henkilöarviointi. Akateeminen väitöskirja. Tampereen yliopiston kauppa- ja hallintotieteellinen tiedekunta. Tampereen yliopistopaino Oy – Juvenes Print, Tampere 2006.

Tala, Jyrki: Lakien laadinta ja vaikutukset. Edita Prima Oy, Helsinki 2005.

- Oikeus ja politiikka – ottaako oikeus ylivallan politiikasta vai politisoituuko oikeus? Teoksessa Ervasti, Kaijus – Meincke, Nina: Oikeuden tuolla puolen. s. 95–146. Kauppakaari, Lakimiesliiton kustannus. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2002.

- Lakien vaikutukset. Lakiuudistusten tavoitteet ja niiden toteutuminen lainsäädäntöteoreettisessa tarkastelussa. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos. Hakapaino OY, Helsinki 2001.
- Oikeussääntelyn määrä ja vaihtoehdot. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitoksen julkaisuja 163. Helsinki 1999.
- Oikeudellistuminen - lähtökohtia keskusteluille. Oikeus 4/1986 s. 289–301.

Taloushallinnon kuntasäännökset 2009. KHT-Media Oy. WS Bookwel Oy 2009.

Tammi, Jari: Toimintolaskennan käyttömahdollisuudet ja hyödyt kunnan johtamistyössä. Akateeminen väitöskirja. Tampereen yliopiston kauppa- ja hallintotieteiden tiedekunta. Tampereen yliopistopaino Oy – Juvenes Print, Tampere 2006.

Tanskanen, Liisa: Paikallisen hyvinvointiyhteiskunnan haaste. Akateeminen väitöskirja, Tampereen yliopiston taloudellis-hallinnollinen tiedekunta. Tampereen yliopistopaino Oy – Juvenes Print, Tampere 2005.

Tanttu, Kaarina: Palveluketjujen hallinta julkisessa terveydenhuollossa. Prosessilähtöisen toiminnan hallinta koordinoitun näkökulmasta. Vaasan yliopisto. Yliopistopaino Vaasa 2007.

Tapanainen, Päivi – Ruokojoki, Jorma: Sisäisten palvelujen myyntimahdollisuudet teknisellä sektorilla. Suomen kaupunkiliitto, Yhdyskunta ja ympäristö. Kaupunkien talon painatuskeskus, Helsinki 1992.

Tarkiainen, Tarja – Suorto, Annika: Arvonlisävero-opas kunnille ja kuntayhtymille. Suomen kuntaliitto, Hakapaino Oy, Helsinki 2009.

Tarukannel, Veijo: Hallintolainkäyttö. Teoksessa Laakso, Seppo – Suviranta, Outi – Tarukannel, Veijo: Yleishallinto-oikeus. s. 449–468. Tampereen yliopisto, oikeustieteiden laitos. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2006.

Tarukannel, Veijo – Jukarainen, Heikki: Oikeudenkäynti hallintotuomioistuimessa. Tampereen yliopisto Julkisoikeuden laitos, Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 1999.

Taskinen, Tommi K. J.: sopimisen arvotuotanto verkostoituvalla tuotekehityshankkeelle. Teoksessa Pohjonen, Soile (toim.): Ennakoiva sopiminen. Liiketoimien suunnittelu, tuottaminen ja riskien hallinta. S. 83–116. WSOY Lakitieto, Dark Oy, Vantaa 2002.

Tehokkaampaa, suunnitelmallisempaa ja hallitumpaa lainvalmistelua. Valtioneuvoston lainvalmistelun suunnittelun ja johtamisen kehittämisryhmän mietintö. Valtioneuvoston kanslian julkaisusarja 13/2005.

Temmes, Markku: Hallinto puntarissa: hallintouudistusten arvioinnin mahdollisuudet ja edellytykset. Valtiovarainministeriö, Yleisen valtio-opin laitos. Painatuskeskus. Helsinki 1994.

- Julkinen johtaminen. Vapokustannus, Helsinki 1991.
- Hallintokoneiston autonomisuus. Tutkimus teknobyrokratisoitumisen vaikutuksista Suomen hallintokoneiston aseman kehitykseen. Akateeminen väitöskirja, Tampereen Yliopisto. Tampereen Pikakopio Oy, Tampere 1987.

Temmes, Markku – Kiviniemi, Markku: Suomen hallinnon muuttuminen 1987–1995. Valtiovarainministeriö, hallinnon kehittämisosasto, Helsingin yliopisto. Edita, Helsinki 1997.

Teperi, Juha – Porter, Michael E. – Vuorenkoski, Lauri – Baron, Jennifer F.: The Finnish Health Care System: A Value-Based Perspective. Sitra Reports 82, Edita Prima Ltd. Helsinki 2009.

Terveydenhuollon tulevaisuuden turvaaminen. Kansallisen terveydenhuollon hankkeen seurantarayhmän raportti Kevään 2007 toiminta. Sosiaali- ja terveysministeriön julkaisu, STM 2007:51. Yliopistopaino Kustannus, Helsinki 2007. (Terveydenhuollon turvaaminen 2007)

Terveydenhuollon valtakunnallisten tietojärjestelmäarkkitehtuurin periaatteet. Alueellisista ratkaisusta kansalliseen kokonaisuuteen. Sosiaali- ja terveysministeriön selvityksiä 2006:8. (STM:n selvityksiä 2006:8)

Terveydenhuoltomenojen ja -palveluiden kehityspiirteitä OECD- maissa vuosina 1960–1985. Sosiaali- ja terveysministeriön suunnitteluosasto. Valtion painatuskeskus, Helsinki 1988.

The Citizen's Charter. Kansalaisen palvelusitoutumus. Käännös suomeksi. Suomen kuntaliitto. Kuntaliiton painatuskeskus, Helsinki 2004.

Thure, Veli Matti (toim.): Oikeus ja oikeudenmukaisuus. Oikeustieteen päivät 3.–4.6.1999 Joensuussa. Joensuun yliopiston julkisoikeuden laitos. Joensuun yliopiston yliopistopaino. Joensuu 1999.

Tiihonen, Paula – Tiihonen, Seppo: Keskitetyn suunnittelun nousu ja tuho: jäähyväiset alistavalle pysähtyneisyyden ajan suunnittelulle. Valtion painatuskeskus, Helsinki 1990.

Toivanen, Mia: Sähköisten asiointipalvelujen kehittäminen kunnissa. Akateeminen väitöskirja Tampereen yliopiston kauppa- ja hallintotieteiden tiedekunta. Tampereen yliopistopaino – Juvenes Print, Tampere 2006.

Tolonen, Hannu: Oikeuslähdeoppi. WSOY lakitieto. Helsinki 2003.

- Sopimusoikeudellisia kirjoituksia. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Turku 1997.

Tuittu, Hannu: Eliitti, valta ja budjetti: tutkimus budjetteliitin käyttäytymisestä ja valtakäsitksistä suurissa kaupungeissa. Akateeminen väitöskirja, Tampereen yliopiston Taloudellishallinnollinen tiedekunta, Tampere 1994.

Tulokas, Mikko: Vakioehtojen sitovuus – eräs ajatusmalli. Teoksessa Juhlajulkaisu Matti ylöstalo 1917-4/2-1987, s. 447–454. Helsinki 1987.

- Julkisyhteisön korvausvastuun erityisestä edellytyksestä. S. 96–105. DL 1979.

Tulosohjauksen terävöittäminen. Valtiovarainministeriö, työryhmämuistioita. Edita Prima Oy, Helsinki 2003. (VM:n työryhmämuistioita 9/2003)

Turtiainen, Juhani: Työhallinto ja laatu. Laatutyön erityispiirteitä julkisen hallinnon palvelussa. Akateeminen väitöskirja. Tampereen yliopisto taloudellishallinnollinen tiedekunta. Tampereen yliopistopaino Juvenes Print, Tampere 2000.

Tuori, Kaarlo: Sosiaalioikeus 2004. 3. uudistettu painos. WSOY lakitieto. WS Bookwell Oy, Porvoo 2004.

- Julkisoikeuden perusteet. 2. painos. Helsingin oikeustieteellinen tiedekunta. Yliopistopaino. Helsinki 2000. (Tuori 2000a)
- Sosiaalioikeus. Werner Söderström Lakitieto Oy, Porvoo 2000 (Tuori 2000b)
- Yksityisestä julkiseen. Rajoituksia ja edellytyksiä. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen vuosikirja 295–353. Oikeustiede – Juriprudentia XXXI s. 295–353. Vammala 1998.
- Oikeus, valta ja demokratia. Mänttä 1990.
- Budjetti, laki ja suunnitelma. Helsinki 1985.

Tuusa, Pirjo: Terveydenhuoltoon tarjolla kaksi hallintomallia. Kuntalehti 12/2008, s. 34.

Työhyvinvointi kunta-alalla. Strategia ja suositus työhyvinvoinnin edistämiseksi ja muutosten hallinnaksi. Kunnallinen työmarkkinalaitos. (KT:n yleiskirje 15/2000)

Tähti, Aarre: Periaatteet Suomen hallinto-oikeudessa. Väitöskirja, Turun yliopisto. Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 1995.

Uoti, Asko: Taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset perusoikeudet kunnallisessa päätöksenteossa. Tutkimus lasten hyvinvointipalvelujen oikeudellisesta ohjauksesta ja valvonnasta. Akateeminen väitöskirja, Tampereen yliopisto, julkisoikeuden laitos. Tampereen yliopistopaino – Oy Juvenes Print. Tampere 2003.

Uotinen, Sami: Sosiaali- ja terveydenhuollon palveluseteli. Lakimiesliiton kustannus, Helsingin kamari Oy, Gummerus Kirjapaino 2009.

Uski, Terhi – Jussila, Iiro – Kotonen, Ulla: Kunnallisten hyvinvointipalvelujen tuottaminen: organisaatiotyyppien etuja ja haasteita. Kunnallistieteen aikakauskirja 2/2007 s. 128–146. Kunnallistieteen yhdistys, Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2007.

Uusi terveydenhuoltolaki. Terveydenhuoltolakitöryhmän muistio. Sosiaali- ja terveystieteiden tutkimuskeskus 2008:28. Sosiaali- ja terveysministeriö, Yliopistopaino, Helsinki 2008. (Terveydenhuoltolakitöryhmän muistio 2008)

Utvärdering av konkurrensutsättning inom Stockholms stad. Sammanfatning. PLS RAMBOLL Management, Stockholm 2001.

Vaarama, Marja: Tuottavuus hyvä renki huono isäntä. Kunnallistieteen aikakauskirja 4/2008 s. 457–469.

- Vanhusten hoivapalvelujen tuloksellisuus hyvinvoinnin tuotanto -näkökulmasta. Lapin yliopisto, Sosiaali- ja terveysalan tutkimus ja kehittämiskeskus, tutkimuksia 55. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 1995. (Stakes tutkimuksia 55/1996)

Vakkuri, Jarmo: Markkinaton kunta markkinayhteiskunnassa – Kilpailun ja valinnan ongelma kuntapalveluissa. Kunnallistieteellinen aikakauskirja 2/2008 s. 109–112. Kunnallistieteen yhdistys ry. Vammalan kirjapaino, Vammala 2008. (Vakkuri 2008b)

- Hyvän viholliset – mistä ja miten etsiä kunnille parhaita käytäntöjä Kunnallistieteellinen aikakauskirja 1/2008 s. 5–8. (Vakkuri 2008a)

Valanta, José – Pekola-Sjöblom, Marianne: Organisaatioiden moninaisuus. Suomen kuntaliitto. KuntaSuomi 2004 tutkimuksia. Kuntatalon paino, Helsinki 2000.

Valanta José: Ammattilaistuva lautakuntalaitos. Vapaakuntakokeilun aiheuttamat muutokset kymmenessä eteläsuomalaisessa kunnassa. Suomen kaupunkiliitto, Helsinki 1992.

Valkama, Pekka: Kilpailu kunnallishallinnossa – katsaus kilpailututkimuksen suuntauksiin ja kilpailutuksen jatkotutkimustarpeisiin. Kunnallistieteellinen aikakauskirja 2/2008, s. 113–135. Vammalan kirjapaino, Vammala 2008.

- Britanniassa pakkokilpailutuksesta BestValue-ohjelmaan. S. 52–65. Teoksessa Fredriksson, Sami – Martikainen Tuomo (toim.): Kilpailuttamisen kokemukset. Kunnallisalan kehittämissäätiön kunnat ja kilpailu sarjan julkaisu nro 1. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2006.
- Kilpailuneutraaliteetin toteutuminen kuntapalveluiden näennäismarkkinoilla. Akateeminen väitöskirja, Tampereen yliopisto taloustieteiden laitos. Tampereen yliopistopaino – Juvenes Print, Tampere 2004.
- Voucherit vaihtoehdokseksi palvelunjärjestelmänä – teoreettinen tarkastelu ja käsitteen uudelleen määrittely. Teoksessa Ryyänen, Aimo – Kallio, Olavi – Karhu, Veli – Meklin, Pentti (toim.): kunnallisen itsehallinnon renessanssi. Rakennuspuita alkavalle vuosisadalle. S. 239–272. Tampereen yliopisto, kunnallistieteiden laitos, Tammer-Paino Oy, Tampere 2000.
- Kuntien uudet palvelustrategiat: tutkimus kuntien palvelutuotannon terveyttämisstrategisista vaihtoehdoista - erityisesti yhtiöittämisestä ja tilaaja-tuottaja-mallista. Tampere 1995.

- Palvelutuotannon uudet strategiat. Tutkimus kuntien hallinnon ja talouden tervehdyttämismuutostiedoista. Lahden rahatoimiston julkaisu 4/1992, Lahden kaupungin painatuskeskus, Lahti 1992.

Valkama, Pekka – Kallio, Olavi – Kankaanpää, Jari: Kuntapalvelujen kilpailuttamisen taloudelliset vaikutukset, II osa: empiiriset vaikutukset. KAKS, Kunnallisan kehittämissäätiö kunnat ja kilpailu-sarjan julkaisu nro 12. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2008.

Valkama, Pekka – Kallio, Olavi – Haatainen, Jaana – Laurila, Hannu – Siitonen, Pentti: Kuntapalvelujen kilpailuttamisen vaikutukset I osa: Käsitteet, teoreettiset lähestymistavat, metodologia ja aikaisemmat tutkimustulokset. KAKS, Kunnallisan kehittämissäätiö kunnat ja kilpailu-sarjan julkaisu nro 9. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2008.

Valkama, Pekka – Siitonen, Pentti – Martikainen, Juha-Pekka: Ulkoistaminen on haaste sekä kunnan palveluille että hallinnontutkimukselle. Teoksessa Kuntien oikeus itsehallintoon. Juhlakirjan Raimo Lehkosen jäädessä eläkkeelle 2002, s. 237–256. Tampereen yliopiston kunnallistieteiden laitos. Finnpublishers. Tammer-paino Oy, Tampere 2002.

Valtionhallinnon tietohallintotoimintojen ulkoistuksen tietoturvasuositus. Valtiovarainministeriö. Valtionhallinnon tietoturvallisuuden johtoryhmä 2/1999. (VM:n suositus 2/1999)

Valtioneuvoston apulaisoikeuskanslerin päätös 30.9.2009 kunnallisen pysäköinnin valvonnan toiminta. OKV/1335/1/2007.

Valtioneuvoston oikeuskanslerin kertomus vuodelta 2008. K 17/2009. Helsinki 2009.

Valtioneuvoston apulaisoikeuskanslerin sijaisen päätös 11.6.2008 nuohoustoiminnan laiminlyönti pelastuslaitoksessa. AOKS 506/1/06.

Valtioneuvoston periaatepäätös. Terveys 2015 -kansanterveystyön ohjelmasta. Sosiaali- ja terveysministeriön julkaisuja 2001:4. (STM:n julkaisuja 2001:4)

Valtioneuvoston selonteko eduskunnalle 20.11.2003 julkisuuslainsäädännön kokonaisuudistuksen täytäntöönpanosta. (VNS 5/2003)

Valtioneuvoston selonteko kunta- ja palvelurakennemuutuksesta. Valtiovarainministeriö, julkaistu 12.11.2009. Helsinki 2009. (VNS kunta- ja palvelurakennemuutuksesta 2009)

Valtioneuvoston selonteko vammaispolitiikasta. Sosiaali- ja terveysministeriön julkaisuja 2006:9. (STM: julkaisuja 2006:9)

Vartiainen, Pirkko: Palveluorganisaatioiden tuloksellisuusarviointi, teoriat ja käytäntö: päivähoitoon, erityisesti päiväkoteihin kohdistuva monitahoarviointi. Vaasan yliopisto, Acta Wasensia. Vaasa 1994.

Vataja, Pentti – Oksanen, Antero: Sopimusoikeutta kunnille. Kunnallispaino, Vantaa 1985.

Vesterinen, Vesa: Kunta ja yhtiöittäminen. Kunnallisan kehittämissäätiön tutkimusjulkaisu nro 57. Vammalan Kirjapaino Oy, Vammala 2006.

Vidlund, Mika: Hyvinvointia julkisen ja yksityisen yhteisellä. Eläketurvan kansainvälinen vertailu. Eläketurvakeskuksen raportteja 2000:19. Hakapaino Oy, Helsinki 2000.

Vilkkonen, Eero: Hallintolainkäytön alasta. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki 1973

- Hallintotoiminnan mitättömyydestä. Lakimiesliiton julkaisuja A-sarja Nro 89. Vammala 1970.

Vihanto, Martti: Taloudellinen ajattelutapa julkishallinnon tutkimuksessa. Kunnallistieteen aikakauskirja 3/1995, s. 220–232. Kunnallistieteen yhdistys, Vammalan kirjapaino, Vammala 1995.

- Viljanen, Mika: Oikeustapauskommentti ratkaisusta KKO 2007:24. Lakimies 1/2009 s. 145–155. (M. Viljanen 2009)
- Vahingonkorvauksen määrä: tutkimus vahingoista ja rahoista. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. Helsinki 2008. (M. Viljanen 2008)
- Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Werner Söderström lakitieto Oy. Tummavuoren Kirjapaino Oy, Vantaa 2001.
- Vapausoikeuksiin ja sosiaalisiin oikeuksiin liittyvien valtion velvoitteiden luonteesta. Teoksessa Länsineva, Pekka – Viljanen, Pekka (toim.): Juhlajulkaisu Antero Jyränki 1933 - 9/8 - 1993. s. 345–398. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Turun Yliopisto, Kirjapaino Grafia Oy, Turku 1993
 - Virkarikokset ja julkisyhteisön työntekijän rikokset. Lakimiesliiton kustannus. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 1990.
- Virén, Matti: Kansalaisen kuntauudistus. Kunnallissalan kehittämissäätiö. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2006.
- Virkkunen, Jaakko: Johtamisen rationalisointi vai kehityksen hallinta: tulosjohtamisen tehokkuuskäsitys ja sen ylittämisen mahdollisuudet. Julkishallinnon kouluttajat, Helsinki 1990.
- Virkkunen, Paavo et al.: Tulosjohtaminen julkishallinnossa. 2. Uudistettu painos. Weilin+Göös, Espoo 1987.
- Virtanen, Pertti: Määrävän markkina-aseman kontrollointi. Oikeus- ja taloustieteellinen vertaileva tutkimus Saksan, Suomen ja EU: kilpailuoikeudesta. Yliopistollinen väitöskirja, Lapin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Suomalainen lakimiesliitto, Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2001.
- Vohlonen, Ilkka – Komulainen, Mikko – Vehviläinen, Arto – Vienonen, Mikko: Ulkoistetun avosairaanhoidon toimivuus ja tulokset Kouvolassa. Suomen lääkärilehti 9/2010 s. 817–827.
- Vuorela, Terho: Asiakaspalaute. Palvelujen laadun arvioinnissa. 1.–2. painos. Valtionhallinnon kehittämiskeskus. Valtion painatuskeskus, Helsinki 1991.
- Wallin, Anna-Riitta – Konstari, Timo: Julkisuus- ja salassapitolainsäädäntö. Gummerus kirjapaino Oy, Jyväskylä 2000.
- Walsh, Kieron: Public Services and Mechanisms. Competition, Contracting and New Public Management, Macmillan Press Ltd, New York 1995.
- Warling-Nerep, Wiweka: Kommuners lag- och domstolströts. En undersökning av legaliteten i den kommunala förvaltningen, gränserna för den kommunala förvaltningen, Gränserna för den kommunala självstyrelsen samt statens möjlighet att utöva kontroll och ställa kommuner till ansvar. Fritzes Förlag AB, Stockholm 1995.
- Weber, Max: Economy and Society. University of California Press, Berkeley 1978. Alkuteos: Webber, Max: Wirtschaft und gesellschaft, 1922. (Weber 1978)
- Wetterberg, Gunnar: Den kommunala Självstyrelsen. Avesta 2004.
- Wiberg, Matti: Paluu politiikkaan. Kunnallissalan kehittämissäätiön Polemia-sarjan julkaisu nro 42. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala 2001.
- Laki ja moraali. Käsitteellinen tutkimus poliittisen velvoitteen perusteista. Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitoksen julkaisuja. Suomen akatemian tutkimushanke oikeuden rajat. Hakapaino Oy, Helsinki 1988.

Wilhelmsson, Thomas: The legal, the cultural and the political – conclusions from different perspectives on harmonisation of European contract law. *European business law review*, Graham & Trotman. London 2002.

- Senmodern ansvarsrätt privaträtt som redskap för mikropolitik. Kauppakaari, Talentum Media Oy. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2001.
- Pieniä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta. Helsinki 2000.
- Vakiosopimus. 2. painos. Vammalan kirjapaino oy, Vammala 1995.
- Sosiaalinen sopimusoikeus ja Euroopan integraatio. Wilhelmsson, Thomas – Kaukonen, Katariina (toim.) Euroopan integraatio ja sosiaalinen sopimusoikeus. s. 1–146. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1993.
- Mietteitä vahingonkorvausoikeuden vastuuperusteiden kehityksestä. *Oikeus* 1980 s. 229–241.

Willberg, Mirja – Valtonen, Hannu: Pohjoismaiden terveydenhuollon palvelu ja rahoitusjärjestelmien vertailu. Sosiaali- ja terveysministeriön selvityksiä 2007:36. Sosiaali- ja terveysministeriö. Yliopistopaino, Helsinki 2007. (STM:n selvityksiä 2007:36)

Willet, Chris: Contract in the New Public Sector. Teoksessa Wilhelmsson, Thomas – Hurri, Samuli (toim.): From Dissonance to Sense: Welfare State Expectation. Privatisation and private law. s. 349–371. Dartmouth 1999.

Willner, Johan: Julkinen omistus yksityistämisen aikakaudella. Teoksessa Lehto, Eero (toim.) Monopoli vai kilpailu? Yksityistäminen, sääntely ja kilpailulait. s. 23–50. Atena kustannus, WSOY-kirjapainoyksikkö, Juva 1997.

Winter, Marko: Tulosjohtamisen ja tavoitejohtamisen diffuusio: kvantitatiivinen tutkimus johtamismallien leviämisestä Suomessa 1985–2000. Kuopion yliopisto, Kuopio 2006.

Virén, Matti: Kansalaisen kuntauudistus. Kunnallisanalan kehittämissäätö. Polemia-sarja julkaisu 64. Pole-kuntatieto Oy. Vammalan kirjapaino OY, Vammala 2006.

Virkkunen, Jaakko: Johtamisen rationalisointi vai kehityksen hallinta. Tulosjohtamisen tehokkuuskäsitys ja sen ylittämisen mahdollisuudet. Helsinki 1990.

Wollmann, Hellmut: Comparing Local Government Reforms in England, Sweden, France and Germany. Between Continuity and Change, Divergence and Gvergence. Humboldt-Universität zu Berlin. Berlin 2008.

Woodward, Nick: Does privatization privatize the public problems? Teoksessa Bennet, Anthony (toim.): How does Privatization work? S. 51–60. Routledge, New York 1997.

Yleiset hankintaohjeet 1998. Kuntaliitto, Kuntatalon painatuskeskus, Helsinki 1998.

Yliherva, Jukka: Tuottavuus, innovaatiokyky ja innovatiiviset hankinnat. Sitran raportteja 64. Helsinki 2006.

- Organisaation innovaatiokyvyn johtamismalli. Innovaatiokyvyn kehittäminen osana johtamisjärjestelmää. Oulun yliopisto, Acta Universitatis ouluensis C Technica 204. Oulu university press. Oulu 2004.

Ylikoski, Tuire: Unohtuiko asiakas? Perustietoa palvelujen markkinoinnista. Otavan kirjapaino, Keuruu 1998.

Zitting, Simo – Rautiala, Martti: Esineoikeuden oppikirja: yleinen osa. 5. tarkastettu ja täydennetty painos. Suomen lakimiesliiton kirjasarja. Helsinki 1982.

Ämmälä, Tuula: Pääsykoekirja 3/1999. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Turku 1999.

Virallislähteet

Alueiden komitean lausunto aiheesta ”Euroopan Alue- ja paikallishallintoasiain kongressin suositus alueellisen itsehallinnon eurooppalaiseksi peruskirjaksi. 2001/C 144/02.

CLRAE:n päätös 71(1998) koskien Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan täytäntönnäpön valvontaa.

DS 1991:25. Demokrati och effektivitet balansgån. Erfarenheter av förnyelsearbetet. Stockholm Cividementet.

Euroopan Neuvoston direktiivi 2001/23/EY, annettu 12 päivänä maaliskuuta 2001, työntekijöiden oikeuksien turvaamista yrityksen tai liikkeen taikka yritys- tai liiketoiminnan osan luovutuksen yhteydessä koskevan jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämisestä (ns. Liikkeenluovutusdirektiivi).

Euroopan neuvoston yleissopimuksessa yksilöiden suojelusta henkilötietojen automaattisessa tietojenkäsittelyssä vuodelta 1981 (SopS 36/1992), (ns. tietosuojasopimus).

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY, annettu 11 päivänä joulukuuta 2007, neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi. (Oikeussuojadirektiivi)

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY, annettu 31 päivänä maaliskuuta 2004, julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.

Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivi 2004/17/EY, annettu 31 päivänä maaliskuuta 2004, vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2006/123/EY, annettu 12 päivänä joulukuuta 2006, palveluista sisämarkkinoilla.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 95/46/EY annettu 24 päivänä lokakuuta 1995, yksilöiden suojelusta, henkilötietojen käsittelyssä ja näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta.

HaVL 25/2006 vp – HE 50/2006 vp: Hallintolakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys laiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.

HaVL 20/2006 vp – U 31/2004 vp: Valtioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi palveluista sisämarkkinoilla.

HaVL 7/2006 vp – VNS 6/2005 vp: Hallintolakivaliokunnan lausunto. Valtioneuvoston selonteko Euroopan unionin perustuslakisopimuksesta.

HaVL 29/2002 vp – HE 92/2002 vp: Hallintolakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys uudeksi kielilaiksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.

HaVL 20/2001 vp – E 86/2001 vp: Hallintolakivaliokunnan lausunto. Valtioneuvoston selvitys komission valkoisesta kirjasta ”eurooppalainen hallintotapa”.

HaVL 8/1998 vp – HE 86/1997 vp: Hallintolakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys koulutusta koskeväksi lainsäädännöksi.

HaVM 39/2006 vp – HE 263/2006 vp: Hallintovaliokunnan mietintö. Hallituksen esitys laiksi kuntalain muuttamisesta.

HaVM 31/2006 vp – HE 155/2006 vp: Hallintovaliokunnan mietintö. Hallituksen esitys laiksi kunta- ja palvelurakennemuutuksesta sekä laeiksi kuntajakolain muuttamisesta ja varainsiirtoverolain muuttamisesta.

HaVM 2/2006 vp – VNS 2/2005 vp: Hallintovaliokunnan mietintö. Valtioneuvoston selonteko keskus-, alue- ja paikallishallinnon toimivuudesta ja kehittämistarpeista – Parempaa palvelua, tehokkaampaa hallintoa.

HaVM 31/2002 vp – HE 196/2002 vp: Hallintovaliokunnanmietintö. Hallituksen esitys laiksi kunnallisesta viranhaltijasta ja laiksi kuntalain muuttamisesta.

HaVM 29/2002 vp – HE 72/2002 vp: Hallintovaliokunnan mietintö. Hallituksen esitys hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.

HaVM 11/2000 vp – VNS 3/1999 vp: Uuden kuntalain soveltamisen vaikutuksista kuntien hallintoon ja toimintaan.

HaVM 18/1994 vp – HE 192/1994 vp: Hallintovaliokunnan mietintö nro 18 hallituksen esityksestä kuntalaiksi.

HaVM 5/1994 vp – HE 291/1993 vp: Hallintovaliokunnan mietintö. Hallituksen esityksestä valtion virkamieslaiksi ja laiksi valtion virkaehtosopimuslain muuttamisesta.

HE 88/2010 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle kilpailulaiksi.

HE luonnos 3.5.2009. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sosiaali- ja terveydenhuollon palvelusetelistä sekä sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain 12 §:n muuttamisesta.

HE 226/2009 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi hallintolain ja hallintolainkäyttölain muuttamisesta.

HE 190/2009 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista annetun lain, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain ja markkinaoikeuslain muuttamisesta.

HE 125/2009 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle kuntajakolaiksi.

HE 89/2009 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi vuokra-asuntolainojen ja asumisoikeustalolainojen korkotuesta annetun lain muuttamisesta.

HE 80/2009 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi pääkaupunkiseudun kuntien jätehuoltoa ja joukkoliikennettä koskevasta yhteistoiminnasta sekä jätelain 3 §:n ja joukkoliikenteen tarkastusmaksusta annetun lain 1 ja 2 §:n muuttamisesta.

HE 59/2009 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle aluehallinnon uudistamista koskevaksi lain-säädännöksi.

HE 20/2009 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sosiaali- ja terveydenhuollon palvelusetelistä sekä sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain 12 §:n muuttamisesta.

HE 188/2008 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sosiaalihuoltolain väliaikaisesta muuttamisesta annetun lain ja kansanterveyslain väliaikaisesta muuttamisesta annetun lain voimaantulosäännösten muuttamisesta.

HE 168/2008 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi lääkärin hyväksymisestä merimieslääkäriksi ja terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetun lain 24 a §:n muuttamisesta.

HE 166/2008 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi vammaisuuden perusteella järjestettävistä palveluista ja tukitoimista annetun lain sekä sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain 4 §:n muuttamisesta.

HE 131/2008 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi Sosiaali- ja terveysalan lupa- ja valvontavirastosta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 129/2008 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi lasten kotihoidon ja yksityisen hoidon tuesta annetun lain muuttamisesta.

HE 128/2008 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sosiaalihuoltolain 40 a §:n muuttamisesta.

HE 112/2008 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle vuoden 2009 tuloveroasteikkolaiksi ja eräksi muiksi tuloveroperusteita koskeviksi muutoksiksi.

HE 111/2008 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annetun lain 18 §:n muuttamisesta.

HE 68/2008 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi työsopimuslain 1, 2 ja 13 luvun, tilaajan selvitysvelvollisuudesta ja vastuusta ulkopuolista työvoimaa käytettäessä annetun lain 4 ja 6 §:n sekä työturvallisuuslain 3 §:n muuttamisesta.

HE 57/2008 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle eräiden tehtävien siirtämisestä valtiovarainministeriöön koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 23/2008 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksen muuttamisesta tehdyn Lissabonin sopimuksen hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta.

HE 129/2007 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kuntalain muuttamisesta.

HE 34/2007 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sosiaalihuoltolain ja 29 b §:n ja kansanterveyslain muuttamisesta.

HE 263/2006 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kuntalain muuttamisesta.

HE 252/2006 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle lastensuojelulaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 236/2006 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annetun lain muuttamisesta.

HE 235/2006 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi kansanterveyslain 6 §:n, sosiaalihuoltolain 6 §:n muuttamisesta ja lasten päivähoidosta annetun lain muuttamisesta sekä lasten kotihoidon ja yksityisen hoidon tuesta annetun lain 16 §:n väliaikaisesta muuttamisesta annetun lain kumoamisesta.

HE 206/2006 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kotikuntalain 4 §:n muuttamisesta.

HE 155/2006 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kunta- ja palvelurakennemuutuksesta sekä laeiksi kuntajakolain muuttamisesta ja varainsiirtoverolain muuttamisesta.

HE 50/2006 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.

HE 8/2006 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi kuntalain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.

HE 20/2005 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetun lain sekä kuntalain 50 §:n muuttamisesta.

HE 221/2004 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sosiaalihuoltolain ja kansanterveyslain väliaikaisesta muuttamisesta.

- HE 143/2004 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kuntien valtionosuuslain muuttamisesta.
- HE 77/2004 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi kansanterveyslain ja erikoissairaanhoidon lain sekä eräiden muiden lakien muuttamisesta.
- HE 11/2004 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi kilpailunrajoituksista annetun lain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
- HE 167/2003 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi vahingonkorvauslain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi
- HE 198/2002 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi Kainuun hallintokokeilusta
- HE 196/2002 vp: Hallituksen esitys laiksi kunnallisesta viranhaltijasta ja laiksi kuntalain muuttamisesta.
- HE 167/2002 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi maankäyttö- ja rakennuslain muuttamisesta.
- HE 72/2002 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolain käyttölain muuttamisesta.
- HE 125/2001 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi työmarkkinatuesta annetun lain 23 §:n muuttamisesta.
- HE 124/2001 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sosiaalihuoltolain 6 §:n muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 111/2001 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi pelastustoimen alueiden muodostamisesta.
- HE 105/2001 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle markkinaoikeuslaiksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.
- HE 101/2001 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta.
- HE 77/2001 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle lahjontaa koskevan Euroopan neuvoston rikosoikeudellisen yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä sekä eräiden virkarikoksia ja niihin liittyviä rikoksia koskevien säännösten muuttamisesta.
- HE 46/2001vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kuntalain muuttamisesta.
- HE 155/1999 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi lääninhallituslain 2 ja 4 §:n muuttamisesta.
- HE 137/1999 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista sekä sosiaalihuoltolain muuttamisesta ja eräksi niihin liittyviksi laeiksi.
- HE 134/1999 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle maakaasumarkkina-laiksi.
- HE 76/1998 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle pelastustoimilaiksi.
- HE 30/1998 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 1/1998 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle uudeksi Suomen hallitusmuodoksi.
- HE 129/1997 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle Suomen hallitusmuodon ja muiden perustuslakien muuttamisesta kahden apulaisoikeusasiamiehen järjestelmään siirtymisestä.
- HE 97/1997 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sähköisen viestinnän ja automaattisen tietojenkäsittelyn käyttämisestä yleisissä tuomioistuimissa annetun lain muuttamisesta.

- HE 86/1997 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle koulutusta koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 69/1997 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta.
- HE 66/1997 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi opintotukilain muuttamisesta.
- HE 217/1995 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi hallintolainkäytöstä ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.
- HE 192/1994 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle kuntalaiksi.
- HE 52/1994 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi luvanvaraisesta henkilöliikenteestä tiellä annetun lain muuttamisesta.
- HE 309/1993 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- HE 291/1993 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle valtion virkamieslaiksi ja laiksi valtion virkaehtosopimuslain muuttamisesta.
- HE 187/1993 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle arkistolaiksi.
- HE 88/1993 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle arvonnisäverolaiksi.
- HE 77/1993 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle jätelaiksi ja laiksi ympäristölupamenettelylain muuttamisesta.
- HE 306/1992 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kuluttajasuojan muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 165/1992 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi ympäristövahinkojen korvaamisesta ja laeiksi eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
- HE 154/1992 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista ja laiksi kilpailuneuvosta annetun lain muuttamisesta.
- HE 152/1992 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi patentti- ja rekisterihallituksen suoritteista perittävistä maksuista sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 70/1992 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi kunnallislain ja kuntajaosta annetun lainmuuttamisesta.
- HE 216/1991 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelua ja valtionosuutta koskevan lainsäädännön uudistamisesta.
- HE 214/1991 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle kuntien valtionosuuslaiksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.
- HE 202/1991 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi välimiesmenettelystä sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 185/1991 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi potilaan asemasta ja oikeuksista.
- HE 169/1991 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi tuomiokuntain hoidosta annetun lain 5 ja 8a §:n ja raastuvanoikeudesta annetun lain 4a §:n muuttamisesta.
- HE 162/1991 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kilpailunrajoituksista.
- HE 151/1991 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi vahingonkorvauslain muuttamisesta.
- HE 235/1990 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan hyväksymisestä.

- HE 58/1988 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle virkarikoslainsäädännön uudistamisesta.
- HE 54/1988 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi vapaakuntakokeilusta.
- HE 148/1987 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kilpailunrajoituksista.
- HE 137/1986 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle valtion liikelaitoksista.
- HE 62/1986 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi avioliittolain sekä siihen liittyvien lakien muuttamiseksi.
- HE 247/1981 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 101/1981 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuutta koskevan lainsäädännön uudistamisesta.
- HE 88/1981 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi ennakkoperintälain, rajoitetusti verovelvollisen tulon ja varallisuuden verottamisesta annetun lain, merimiesverolain ja työnantajan sosiaaliturvamaksusta annetun lain muuttamisesta.
- HE 187/1973 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle vahingonkorvausta koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 98/1971 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle kansanterveystyöstä ja sen voimaannpanosta annettaviksi laeiksi.
- Helsingin kaupunginvaltuuston päätös 29.5.2002.
- Julkisia rakennusurakoita sekä julkista tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY. EUVL N:o L 134, 30.4.2004. (hankintadirektiivi)
- KM 2008:4. Oikaisuvaatimustoimikunnan mietintö: Oikaisuvaatimusjärjestelmän kehittäminen.
- KM 2005:1. Kansanvalta 2007 -toimikunnan mietintö: Edustuksellinen demokratia. Helsinki 2005.
- KM 2003:3. Tuomioistuineläytöksen kehittämiskomitean mietintö. Helsinki 2003.
- KM 1997:13. Perustuslaki 2000 -komitean mietintö. Helsinki 1997.
- KM 1996:16. Komiteamietintö valtion ja kuntien välisten suhteiden uudistamisprojekti. Selvitysasiainmies Koski, Heikki: kansalainen kunta ja valtio. Helsinki 1996. (Koski 1996)
- KM 1993:33. Kuntalaki. Kunnalliskomitean mietintö. Helsinki 1993.
- KM 1992:9. Julkisuustoimikunnan mietintö. Helsinki 1992.
- KM 1992:3. Perusoikeuskomitean mietintö. Helsinki 1992.
- KM 1990:53. Kuntayhtymän periaatteet. Helsinki 1990.
- KM 1990:20. Oikeustoimilakitoimikunnan mietintö. Helsinki 1990.
- KM 1989:61. Sisäasiainministeriön komiteamietintö: Kunnan liikelaitostoimikunnan mietintö. Helsinki 1989.
- KM 1989:56. Selvitysasiainmies Teemu Hiltusen ehdotus valtioapujärjestelmän uudistamisesta. Helsinki 1989.
- KM 1989:22. Liikevaihtoverotoimikunnan mietintö. Helsinki 1989.
- KM 1989:8. Johto-organisaatiotoimikunnan komiteamietintö: Virastojen johtaminen. Helsinki 1989.

KM 1989:3. Opetusministeriön komiteamietintö: Muutos, valinnat, tulevaisuus – tulevaisuudentutkimuksen edistäminen Suomessa. Helsinki 1989.

KM 1988:36. Tuottava osallistuminen uudistuvassa julkisessa työelämässä. Osallistumisjärjestelmäkomitean II-osamietintö: julkinen sektori. Helsinki 1988.

KM 1987:15. Kuntien ja valtion budjetoinnin ja kirjanpidon vertailu. Julkisen talouden luokitushallituksen selvitys. Helsinki 1987.

KM 1987:2. Vapaakuntakomitean mietintö. Helsinki 1987.

KM 1983:3. Kuntien itsehallintokomitean mietintö. Helsinki 1983.

KM 1982:64. Valtion liikelaitostyöryhmän mietintö. Helsinki 1983.

KM 1981:64. Hallinnon oikeusturvakomitean mietintö. Helsinki 1981.

KM 1964 A 2. Kunnan toimialaa koskeva mietintö. Sisäasiainministeriö. Helsinki 1964.

KM 1958:14. Vahingonkorvauslakia koskeva komiteamietintö. Helsinki 1958.

Komission direktiivi 2000/52/EY, annettu 26 päivänä heinäkuuta 2000, jäsenvaltioiden ja julkisten yritysten välisten taloudellisten suhteiden avoimuudesta annetun komission direktiivin 80/723/ETY muuttamisesta.

LaVM 10/2002 vp – HE 77/2001 vp: Lakivaliokunnan mietintö. Hallituksen esitys eduskunnalle lahjontaa koskevan Euroopan neuvoston rikosoikeudellisen yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä sekä eräiden virkarikoksia ja niihin liittyviä rikoksia koskevien säännösten noudattamisesta.

LaVM 7/1989 vp – HE 58/1988 vp: Lakivaliokunnan mietintö, Hallituksen esitys virkarikoslainsäädännön uudistamisesta.

NOU 1992:15. Kommune- og fylkesinndelingen i et Norge i forandring.

PeVL 3/2009 vp – HE 89/2009 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi vuokra- asuntolainojen ja asumisoikeustalolainojen korkotuesta annetun lain muuttamisesta.

PeVL 37/2006 vp – HE 155 / 2006 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys laiksi kunta- ja palvelurakennemuutuksesta sekä laeiksi kuntajakolain muuttamisesta ja varainsiirtoverolain muuttamisesta.

PeVL 22/2006 vp – HE 215/2005 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys laiksi Kainuun hallintokokeilusta annetun lain muuttamisesta.

PeVL 5/2006 vp – HE 252/2006 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys lastensuojalain ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

PeVL 47/2005 vp – HE 138/2005 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto Hallituksen esitys laeiksi Ilmailulaitoksesta, Ilmailuhallinnosta ja lentoliikenteen valvontamaksusta sekä eräiden niihin liittyvien lakien muuttamisesta.

PeVL 20/2004 vp – HE 77/2004 vp: Perustuslakivaliokunnanlausunto. Hallituksen esitys laeiksi kansanterveyslain ja erikoissairaanhoidolain sekä eräiden muiden lakien muuttamisesta.

PeVL 11/2004 vp – HE 38/2004 vp: Hallituksen esitys laeiksi ajopiirturikorttien myöntämisen järjestämisestä ja Ajoneuvontahallintokeskuksesta annetun lain 2§:n muuttamisesta.

PeVL 74/2002 vp – HE 206/2002 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys ammattikorkeakoululaiksi ja laiksi ammatillisesta opettajan koulutuksesta.

PeVL 70/2002 vp – HE 205/2002 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys laeiksi perusopetuslain, lukiolain, ammatillisesta koulutuksesta annetun lain sekä ammatillisesta aikuiskoulutuksesta annetun lain muuttamisesta.

PeVL 64/2002 vp – HE 196/2002 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys laiksi kunnallisesta viranhaltijasta ja laiksi kuntalain muuttamisesta.

PeVL 65/2002 vp – HE 198/2002 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys laiksi Kainuun hallintokokeilusta.

PeVL 43/2002 vp – HE 142/2002 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys laiksi sosiaalisesta luototuksesta, laiksi sosiaalihuoltolain muuttamisesta sekä laiksi sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista annetun lain 3 §:n muuttamisesta.

PeVL 42/2002 vp – HE 122/2002 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi tuloverolainmuuttamisesta sekä tuloverolain 77 §:n muuttamisesta annetun lain voimaantulosäännöksen muuttamisesta.

PeVL 65/2002 vp – HE 198/2002 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys laiksi Kainuun hallintokokeilusta.

PeVL 20/2002 vp – HE 20/2002 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi turvallisuuden edistämistä yleisillä paikoilla koskevien säännösten uudistamiseksi.

PeVL 11/2002 vp – HE 248/2001 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys laiksi seutuyhteistyökokeilusta.

PeVL 3/2002 vp – HE 86/2001 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Valtioneuvoston selvitys komission valkoisesta kirjasta ”eurooppalainen hallintotapa”.

PeVL 50/2001 vp – HE 152/2001 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annetun lain muuttamisesta.

PeVL 34/2001 vp – HE 152/2001 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annetun lain muuttamisesta.

PeVL 32/2001 vp – HE 111/2001 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys laiksi pelastustoimen alueiden muodostamisesta.

PeVL 28/2001 vp – HE 69/2001 vp: Hallituksen esitys laiksi yksityisistä turvallisuuspalveluista sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

PeVL 18/2001 vp – HE 25/2001 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys maahanmuuttajien kotouttamisesta ja turvapaikkahakijoiden vastaanotosta annetun lain muuttamisesta.

PEVL 37/2000 vp – HE 149/2000 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys laeiksi kansanterveyslain 14 ja 49 §:n, erikoissairaanhoidolain 59 §:n ja mielenterveyslain 34 §:n muuttamisesta.

PeVL 7a/2000 vp – HE 137/1999 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys laeiksi sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista sekä sosiaalihuoltolain muuttamisesta ja eräksi niihin liittyviksi laeiksi.

PeVL 3/2000 vp – HE 1/2000 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys laiksi kuntalain muuttamisesta.

PeVL 43/1998 vp – HE 30/1998 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys laiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyviksi laeiksi.

PeVL 31/1996 vp – HE 110/1996 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys laiksi kuntalain muuttamiseksi.

PeVL 19/1996 vp – HE 47/1996 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys osuuspankkien yhteenliittymää koskevaksi lainsäädännöksi.

PeVL 11/1995 vp – HE 121/1995 vp, HE 122/1995 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi lasten kotihoidon tuesta annetun lain muuttamisesta, Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi lasten kotihoidon tuesta annetun lain väliaikaisesta muuttamisesta annetun lain voimaantulosäännöksen muuttamisesta ja lasten päivähoidosta annetun lain 11 a §:n väliaikaisesta muuttamisesta.

PeVL 15/1994 vp – HE 57/1994 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys eduskunnalle poliisilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

PeVL 11/1994 vp: Perustuslakivaliokunnan mietintö puhemiesneuvoston ehdotuksesta eduskunnan työjärjestyksen muuttamisesta.

PeVL 9/1994 vp – HE 84/1994 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. hallituksen esityksenlaiksi kunnan toiminnan ja asukkaiden välttämättömien peruspalvelujen turvaamisesta.

PeVL 7/1994 vp – HE 295/1993 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys eduskunnalle tilintarkastuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

PeVL 1/1994 vp – HE 281/1993 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi turvatarkastuksista lentoliikenteessä.

PeVL 37/1992 vp – HE 364/1992 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi valtion vakuusrahastosta annetun lain muuttamisesta.

PeVL 11/1984 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto laki- ja talousvaliokunnalle hallituksen esityksestä nro 84 pääkaupunkiseudun yhteistyövaltuuskuntaa koskevaksi lainsäädännöksi sääätämisyjärjestystä koskevilta osin.

PeVL 13/1982 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto peruskoululaiksi ja lukiolaiksi sekä niihin liittyväksi lainsäädännöksi.

PeVM 25/1994 vp – HE 309/1993 vp: Perustuslakivaliokunnan mietintö. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

PeVM 5/1985 vp – K 7/1984 vp: Perustuslakivaliokunnan mietintö nro 5 valtioneuvoston oikeuskanslerin virkatoimistaan ja lain noudattamista koskevista havainnoista vuodelta 1983 antaman kertomuksen johdosta.

PeVM 19/1983 vp: Perustuslakivaliokunnan mietintö nro 19 valtioneuvoston oikeuskanslerin virkatoimistaan ja lain noudattamisesta koskevista havainnoistaan vuodelta 1982 antaman kertomuksen johdosta.

Sisäasiainministeriön asettamispäätös 13.10.2005, SM-089:00/2005: Kunta- ja palvelurakennemuudistus -hankkeen lakityöryhmä.

SiVM 3/1998 vp – HE 86/1997 vp: Sivistyslakivaliokunnan mietintö. Hallituksen esitys koulutusta koskevaksi lainsäädännöksi.

SOU 1998:72: Kommunala finansförbund. Betänkanda av Utredningen om kommunal finansiell samverkan, Stockholm 1988.

SOU 1993:90: Lokal demokrati i utveckling. Slutbetänkande av Lokaldemokratikommittén, Stockholm 1993.

SOU 1991:104: Konkurensens Inom den kommunala sektoren: delbetänkande av konkurrens-
senkomiten. Stockholm 1991.

SOU 1991:28: Konkurensen i Sverige: en kart läggning av konkurrenshållardena i 61 bran-
chen en rapport till konkurrenskommitté.

SOU 1990:24: Ny Kommunallag. Betänkande av 1988 års kommunallagskommitté, Stock-
holm 1990.

StVL 1/1994: Sosiaali- ja terveystieteiden valtiokunnan lausunto valtiokunnan toimialalta hallituksen
toimenpiteistään vuodelta 1992 antamasta kertomuksesta.

TaVL 11/2007 vp – U49/2006 vp: Talousvaliokunnan lausunto suurelle valiokunnalle. Val-
tioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi (julkis-
tenhankintojen oikeussuojakeinot).

TaVM 26/2006 vp – HE 50/2006 vp: Talousvaliokunnan mietintö nro 26. Hallituksen esitys
laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla
toimivien yksiköiden hankinnoista.

TaVM 24/1997 vp – HE 69/1997 vp: Talousvaliokunnan mietintö. Hallituksen esitys laiksi
julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta.

TrVM 6/2008 vp – K15/2008 vp: Tarkastusvaliokunnan mietintö. Valtiontalouden tarkastus-
viranomaisen kertomus eduskunnalle toiminnastaan varainhoitovuodelta 2007.

TrVM 1/2008 vp – K 6/2008 vp, K 10/2008 vp: Tarkastusvaliokunnan mietintö. Valtion
tilinpäätöskertomus vuodelta 2007. Valtiontalouden tarkastusviraston erilliskertomus edus-
kunnalle valtion varainhoitovuoden 2007 tilinpäätöksen ja valtion tilinpäätöskertomuksen
tarkastuksesta.

VaVL 39/2006 vp – HE 155/2006 vp: Valtiovarain valiokunnan lausunto Hallituksen esitys
laiksi kunta ja palvelurakennemuutoksesta sekä laeiksi kuntajakolain muuttamisesta ja varain-
siirtoverolain muuttamisesta.

VnP 12.5.1988. Valtioneuvosto päätös toimenpiteistä hallinnon uudistamiseksi.

VNS 3/1999. Valtioneuvoston selonteko uuden kuntalain soveltamisen vaikutuksista kuntien
hallintoon ja toimintaan.

Ulkoistamis- ja palvelusopimukset

Askolan kunnan väylien ja muiden ulkoalueiden sekä isännöinnin, kiinteistönhoidon ja vesi-
huollon sopimus 16.3.2005.

Sopimus Kouvolan terveysaseman avoterveydenhuollon vastaanottopalveluista sekä Kouvo-
lan seudun kansanterveystyön kuntayhtymän perusterveydenhuollon päivystyspalveluista.
17.1.2007.

Terveyden ja toimintakyvyn edistäminen. Perusterveydenhuollon avopalvelujen palveluso-
pimus. Hyväksytty Tampereen kaupungin Terveystyö ja toimintakykyä edistävien palvelujen
lautakunnassa 31.12.2008.

Vantaan kaupungin sopimus perusterveydenhuollon päivystyspalveluista Peijaksen sairaalassa
2.1.2008.

Oikeustapaukset

AOK 18.11.2009, drno: OKV/32/1/2008

AOK 30.10.2009, drno: OKV/1125/1/2007

AOK 30.9.2009, drno: OKV/1335/1/2007

AOK 26.3.2007, drno: 771/1/05

AOK 13.2.2007, drno: 6/50/06

AOK 29.12.2006, drno: 214/1/06, 377/1/06, 416/1/06, 441/1/06

Eduskunnan oikeusasiamiehen lausunto 31.10.2008 terveydenhuoltolakitöryhmän mietinnöstä. Dnro 2645/5/08. (EOA:n lausunto 31.10.2008).

Eduskunnan oikeusasiamiehen päätös 4.3.2010 julkisen vallan käytöstä kunnallisessa terveydenhuollossa keikkalääkärien oikeudellinen asema ja terveystalveluiden ulkoistaminen, EOK 711/2009. (EOA:n päätös 4.3.2010)

Eduskunnan oikeusasiamiehen päätös 12.2.2010 Esitutkinta kesti vuosia Vantaalla - syyteoikeus vanhentui, 2864/4/08. (EOA:n päätös 12.2.2010)

Eduskunnan oikeusasiamiehen päätös 29.10.2009 vankeinhoitolaitoksen puhelinvälityksen ulkoistaminen, EOK 2232/4/07. (EOA:n päätös 29.10.2009)

Eduskunnan oikeusasiamiehen päätös 30.9.2009 Putkavartioinnin ulkoistaminen yksityiselle vartiointiliikkeelle on kyseenalaista, EOK 640/4/08. (EOA: päätös 30.9.2009)

Eduskunnan oikeusasiamiehen päätös 31.7.2008, Kantelun käsittely rahoitustarkastuksessa, EOA 4281/4/06. (EOA:n päätös 31.7.2008)

Eduskunnan oikeusasiamiehen päätös 31.1.2008, Päihtyneen hoidon tarpeesta päättäminen on lääkärin ei poliisin asia, 1147/2/04. (EOA:n päätös 31.1.2008)

Eduskunnan oikeusasiamiehen päätös 6.9.2007, Kunnan omakotitonttien myynti Laukaalla, 1255/4/05. (EOA:n päätös 6.9.2007)

Eduskunnan oikeusasiamiehen päätös 15.11.2002 kanteluun erikoissairaanhoidon järjestämisestä Helsingin ja uudenmaan sairaanhoitopiirissä, 488/4/00. (EOA:n päätös 15.11.2002)

Euroopan komission päätös 11.12.2007, K (2007) 6073

Euroopan komission päätös 19.5.2000, 2000 C 169/04

EY-tuomioistuimen päätös 10.11.2005, asia C-29/04

EY-tuomioistuimen päätös 22.5.2003, asia C-18/01

EY-tuomioistuimen päätös 20.3.2003, asia C-126/03

EY:n tuomioistuimen päätös 27.11.2001, asia C-285/99

EY:n tuomioistuimen päätös 27.11.2001, asia C-286/99

EY-tuomioistuimen päätös 18.11.1999, asia C-107/98

EY:n tuomioistuimen päätös 28.10.1999, asia C-81/98

EY-tuomioistuimen päätös 20.8.1999, asia C-237/1999

EY-tuomioistuimen päätös 28.8.1998, asia C-324/1998

EY-tuomioistuimen päätös 15.1.1998, asia C-44/1996

EY-tuomioistuimen päätös 22.6.1989, asia C-103/88

KHO:2010:35

KHO:2010:19

KHO:2009:93

KHO:2009:88
KHO:2009:84
KHO:2009:83
KHO:2009:76
KHO:2009:75
KHO:2009:72
KHO:2009:57
KHO:2009:75
KHO:2009:42
KHO:2009:24
KHO:2009:12
KHO:2009:10
KHO:2008:68
KHO:2008:52
KHO:2008:40
KHO 14.5.2008/1146
KHO:2008:30
KHO:2007:95
KHO:2007:83
KHO:2007:79
KHO 13.4.2007/989
KHO:2007:5
KHO 20.12.2006/3094
KHO:2006:61
KHO 26.7.2006/1820
KHO:2006:49
KHO:2006:47
KHO 7.6.2006/1482
KHO 5.5.2006/1066
KHO:2006:12
KHO:2006:11.
KHO:2006:47
KHO:2005:84
KHO:2005:78
KHO:2005:63
KHO:2005:43
KHO:2005:26
KHO 15.12.2004/3274
KHO:2004:102
KHO 28.10.2004/2741
KHO:2004:87
KHO 9.6.2004/1283
KHO:2004:42
KHO:2004:24
KHO:2003:89
KHO:2003:74
KHO:2003:41
KHO:2003:24
KHO 16.10.2003/2509

KHO:2002:90
KHO:2002:75
KHO 2.12.2002/3150
KHO 8.10.2002/2433
KHO:2002:54
KHO:2002:42
KHO:2002:40
KHO:2002:19
KHO 11.1.2002/54
KHO 26.11.2001/2941
KHO:2001:57
KHO:2001:50
KHO 12.11.2001/2803
KHO 2.8.2001/1743
KHO 19.4.2001/898
KHO 2.8.2001/1738
KHO:2001:21
KHO 23.1.2001/102
KHO 21.1.2001/86
KHO 24.11.2000/3033
KHO 10.11.2000/2885
KHO:2000:46
KHO 8.3.2000/491
KHO 18.2.2000/312
KHO 1.12.1999/3895
KHO 1.12.1999/3887
KHO 18.10.1999/2803
KHO:1999:45
KHO:1999:51
KHO 12.2.1999/218
KHO:1998:39
KHO:1998:36
KHO:1998:19
KHO:1998:5
KHO 27.10.1997/ 2703
KHO:1997:63.
KHO:1997:62
KHO 4.11.1996/3804
KHO 1995 A 30
KHO 1995 A 28
KHO 18.1.1995/144
KHO 1995 A 30
KHO 1993 A 57
KHO 1993 A 10
KHO 1991 A 40
KHO 1990 A 22
KHO 1988 II 24
KHO 1986 II 23
KHO 1983 II 55

KHO 1979 II 79
KHO 1979 II 31
KHO 1960 II 20
KHO 1960 II 10

Kilpailuneuvoston päätös 2.12.2001
Kilpailuneuvoston päätös 30.3.2001
Kilpailuneuvoston päätös 26.1.2001
Kilpailuneuvosto päätös 12.6.2000
Kilpailuneuvoston päätös 10.4.2000
Kilpailuneuvoston päätös 20.5.1999
Kilpailuneuvoston päätös 25.6.1998
Kilpailuneuvoston päätös 12.12.1996

KKO:2010:23, T538, S2009/59
KKO:2009:86, T2201, R2008/778
KKO:2009:37, T997, S2007/978
KKO:2009:24, T768, S2008/32
KKO:2008:88, T1968, S2007/525
KKO:2008:78, T1590, R2007/1029
KKO:2008:62 T 1164, S2007/431
KKO:2008:57 T 1071, S2007/102
KKO:2008:36, T625, S2006/918–919
KKO:2007:5, T98, S2006/253
KKO:2006:75, T2097, S2005/672
KKO:2006:72, T 2047, R2005/404
KKO:2006:56, T1549; S2005/277
KKO:2001:93, T1817, S99/1353
KKO:2001:61, T1276, S2000/404
KKO:1999:124, T3464, S98/625
KKO:1998:79, T2142, S96/2015
KKO:1998:146, T3824, S97/1024
KKO:1998:28, T768, S97/1001
KKO:1998:9, T278, S96/1342
KKO:1996:89, T2503, S94/1915
KKO:1996:88, T2502, S94/2213
KKO:1996:84, T2381, S95/66
KKO:1996:67, T2066, R95/934
KKO:1996:7, T302, S94/1922
KKO:1995:69, T1347, S93/1989
KKO:1994:108, T3965, S93/546
KKO:1993:52, T1585, S91/1242
KKO:1992:177, T4206, S91/1212
KKO:1991:138, T3209, S90/1421
KKO:1990:124, T3464, S98/625
KKO:1989:11, T296, R88/135
KKO 1985 II 39, T 3409/84, S84/624
KKO 1983 II 105, T 4689/82, S82/9
KKO 1982 II 135, T 825, R78/1006

KKO 1980 II 20, T3393, 634 RD 1976
KKO 1977 II 84
KKO 1968 II 33

MAO 609/09, 177/09/JH
MAO 606/09, 286/09/JH
MAO 604/09, 230/09/JH
MAO 603/09, 263/09/JH
MAO 597/09, 185/09/JH
MAO 575/09, 101/09/JH
MAO 558/09, 3/09/JH
MAO 18/09, 513/08/JH
MAO 404–405/08, 21/07/JH ja 320/07/JH
MAO 300/08, 6/07/JH
MAO 260/08, 226/07/JH
MAO 201/08, 347/06/JH
MAO 80/08, 304/06/JH
MAO 385/07, 6/06/JH
MAO 357/07, 349/06/JH
MAO 181/07, 181/07/JH
MAO 76/07, 479/05/JH
MAO 45/07, 608/05/JH
MAO 36/07, 302/05/JH
MAO 15/07, 217/05/JH
MAO 264/05, 253/05/JH
MAO 96/06, 295/05/JH
MAO 221/05, 1/05/JH
MAO 46/05, 172/04/JH
MAO 149/04, 126/04/JH
MAO 182/03 ja 183/03, 99/03/JH ja 103/03/JH.
MAO 155/03, 112/03/JH
MAO 88/1/02, 90/02/JH

OKA 30.12.2009, OKV/44/1/2008
OKA 4.6.2004, 420/1/03
OKA 26.5.1998, 911/1/97

Turun HAO T 04/0349/1

Verkkolähteet

Department of Health verkkosivut:

[http://www.dh.gov.uk/en/Healthcare/Primarycare/
www.dh.gov.uk/en/Healthcare/Primarycare/Primarycarecontracting/index.htm](http://www.dh.gov.uk/en/Healthcare/Primarycare/www.dh.gov.uk/en/Healthcare/Primarycare/Primarycarecontracting/index.htm)

Euroopan unionin verkkosivut:

http://europa.eu/lisbon_treaty/index_fi.htm

Helsingin kaupungin verkkosivut:

www.hel.fi/

Hämeenlinnan kaupungin verkkosivut:

<http://www.hameenlinna.fi/>

Kuntaliiton verkkosivut:

<http://www.kunnat.net>

Tampereen kaupungin verkkosivut:

<http://www.tampere.fi/hallinto/toimintamallinuudistus/tilaatuottajamalli/index.html>.

Tilasto- ja indikaattoripankki SOTKANet 2005–2009:

<http://www.sotkanet.fi>

Tanskan hyvinvointiministeriön verkkosivut:

<http://www.im.dk/im/site.aspx?p=188>

Tukholman kaupungin verkkosivut:

<http://www.stockholm.se/>

Yhdysvaltain terveydenhuollon verkkosivut

<http://www.healthcare.gov>

<http://www.healthcare.gov/law/about/index.html>

Acta-sarjassa vuodesta 2008 lähtien ilmestyneet julkaisut

Aiemmin ilmestyneet Acta-sarjan julkaisut osoitteessa: <http://www.kunnat.net> -> Toimialat -> Kuntakehitys ja tutkimus -> Acta-tutkimusjulkaisut

- 199 Inga Nyholm: Keskijohto kuntamuutoksen näkijänä ja kokijana. Seutuyhteistyö muutosprosessina kuntien keskijohton näkökulmasta. 2008. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509196.
- 200 Vesa Harmaakorpi, Helinä Melkas (toim.): Innovaatiopolitiikkaa järjestelmien välimaastossa. 2008. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509202.
- 201 Heidi Lavento: KISA – kuntien viestinnän seuranta- ja arviointijärjestelmä. 2008. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509201.
- 202 Kaisu Anttonen, Katri Laihosalo, Helena Leino (toim.): Kaupunki kasvaa, miten käy ympäristön? Ympäristönäkökulmia Tampereen kaupungin toimintaan. 2008. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509209.
- 203 Arto Koski: Monikuntaliitokset. Taitavasta toteutuksesta hyviin käytäntöihin. 2008. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509210.
- 204 Jari Stenvall, Antti Syväjärvi, Hanna Vakkala: ”Kun romppeet ovat paikoillaan”. Onnistunut kuntafuusio – pehmeä vai kova henkilöstövoimavarojen johtaminen. 2008. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509242.
- 205 Pekka Kuusela & Titta Jääskeläinen (toim.): Oppimisverkosto kehittämissympäristönä. Oppiminen, työhyvinvointi ja henkilöstöjohtaminen kunta-alan työorganisaatioissa. 2008. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509243.
- 206 Hannele Seeck, Heidi Lavento, Salli Hakala: Kriisijohtaminen ja viestintä. Tapaus Nokian vesikriisi. 2008. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509244.
- 207 Isto Halinen, Sirpa Korhonen: Parasta tuottavuutta. Kuntatuottavuus-hankkeen loppuraportti. 2008. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509247.
- 208 **Pekka Juntunen, Veli-Pekka Nurmi, Jari Stenvall: Kuntien varautuminen ja turvallisuuden hallinta muuttuvissa hallinto- ja palvelurakenteissa.** Perinteisen suomalaisen yhteiskunnan ”linnutkoto”-ajattelun aika on ohi. Erilaiset yhteiskunnan ja kuntien toimintoihin liittyvät uhkakuvat ovat lisääntyneet. Siksi on yhä tärkeämpää pohtia, millä tavoin yhteiskunta eri toimijoinen kykenee varautumaan erilaisiin häiriötilanteisiin. Myös kuntien varautumisen ja turvallisuuden hallinnan toimintojen on seurattava aikaansa. Tässä tutkimuksessa tarkastellaan kuntien varautumista ja turvallisuuden hallintaa muuttuvassa kuntien toimintaympäristössä. Tutkijat tarkastelevat kriittisellä tavalla tämänhetkistä suomalaisten kuntien varautumispotentiaalia ja tuovat esiin uutta yhteiskunnallista turvallisuuden hallinnan viitekehystä. Raportissa annetaan myös ehdotuksia kuntien varautumistoimintojen kehittämiseksi. 2009. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509267.
- 209 **Risto Nakari, Stefan Sjöblom: Toimiva kunnallinen palveluorganisaatio.** Työelämän laadun, asiakastyytyväisyyden ja palvelukustannusten väliset yhteydet strategisen henkilöstöjohtamisen näkökulmasta. Julkisten palvelujen tuottavuuden ja työelämän laadun kehittäminen on ollut keskeisenä tavoitteena 1990-luvun alusta lähtien. Kehittämisen hankaluutena on ollut kuitenkin se, millä tavalla palvelujen laadun, tuottavuuden ja työhyvinvoinnin väliset riippuvuudet määrittyvät. Kyse on siten ennen kaikkea siitä, miten palveluorganisaatioiden toimintatavat vaikuttavat näihin riippuvuuksiin. Mitkä ovat ne kriittiset ehdot, joiden on eri toiminnoissa toteuduttava, jotta kunnalliset palvelut olisivat kuntalaisen, asiakkaan, henkilöstön ja talouden kannalta tuloksellisia? Tutkimuksessa analysoidaan palvelukustannusten, työelämän laadun ja asiakastyytyväisyyden välisiä riippuvuuksia henkilöstöjohtamisen näkökulmasta. Tutkimuksen pääkohteena ovat ne kunnalliset ydinpalvelut, jotka asiakkaan näkökulmasta kattavat elämänkaaren keskeisiä vaiheita lapsiperheiden palveluista ikäihmisten palveluihin, eli lasten päiväkodit, yläasteet, lukiot sekä vanhainkodit ja kotihoito. Tulokset osoittavat, että johtamiskäytännöillä on olennainen vaikutus palveluysiköiden tuloksellisuudelle. Näin ollen myös kunta- ja palvelurakennemuutostuksen tavoitteiden saavuttaminen on pitkälti riippuvainen niistä toimintatavallisista ratkaisuista, joita uusissa palvelurakenteissa saadaan aikaiseksi. 2009. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509269.
- 210 **Kari Ahokas: Kasvukunnan johtajana.** Kuntien toimintaympäristössä on samanaikaisesti käynnissä useita eri suuntiin meneviä muutosprosesseja, jotka ovat voimakkaita ja yllätyksellisiä. Etenkin kasvukunnissa muutosta ja ympäristön reaktioita ei voida luotettavasti ennustaa, eikä

- niihin voida varautua kattavasti etukäteen. Kuntayhteisössä on käytettävissä entistä enemmän tietoa, kokemusta ja osaamista monilta eri toimialoilta. Onko kunnanjohtajan tehtävänä luoda edellytyksiä näiden henkisten voimavarojen hyödyntämiselle? Onko valtuutetuille järjestettävä mahdollisuuksia päästä hyödyntämään omaa koulutuksensa ja kokemuksensa tuomaa osaamista kunnan kokonaiskehittämisessä? Perinteinen päätöksentekoon pohjautuva hallintomalli antaa varsin vähän mahdollisuuksia valtuutettujen henkisten voimavarojen hyödyntämiseen. Valtuutetut kokevat olevansa kumileimasimia kuntien dualistisen johtamistavan kulttuurissa, jossa valmistelijat valmistelevat ja päättäjät päättävät. Tämä lisensiaatintyö ”Kasvukunnan johtajana” on tutkimus kunnanjohtajana kasvamisesta ja kasvukunnan johtajana olemisesta sekä henkisten voimavarojen huomioinnin ottamisen merkityksestä kasvukunnan johtajan näkökulmasta. Tutkimuksessa käydään läpi kunnanjohtajajärjestelmän historiaa, kehittymistä ja kunnanjohtajan juridista asemaa. Tutkimus antaa vastauksia mitä kunnanjohtaja voi tehdä valtuutettujen roolin kehittämiseksi ja oman tietoisuuden vahvistamiseksi sekä mikä merkitys tällä työllä on. Lopuksi esitellään Kempeleen uusi toimintamalli sekä valtiovarainministeriön kuntajohtamisen kehittämishankkeen loppuraportin 20/2009 tekstiä, joka käsittelee johtopäätöksiä valiokuntamallin kehittämiseksi. 2009. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509272.
- 211 **Jari Stenvall, Jenni Airaksinen: Manse mallillaan – Tampereen mallin arviointi ja palveluinnovaatiot.** Tampereen malli on yksi radikaaleimmista kokonaisuudistuksista suomalaisessa kunnallishallinnossa. Uudistus on tarkoittanut pormestarihallinnon, tilaaja- ja tuottajamallin sekä asiakaslähtöisen prosessimallin käyttöönottoa Tampereen kaupungissa. Tampereen malli haasteakin pohtimaan suomalaisen kunnallishallinnon tulevaisuutta. Tässä tutkimusraportissa arvioidaan sitä, miten Tampereen malli toimii kokonaisuutena erityisesti hyvinvointipalveluiden palveluinnovaatioiden näkökulmasta. Julkaisu on osa kuntapalveluiden järjestämisen uudet innovaatiot -tutkimus- ja kehittämishanketta. Tutkimus nostaa esille sen, miten Tampereen malli on luonut edellytyksiä käsitellä monimutkaisia ja ennakoimattomia ongelmia. Malli on avannut aiemmin hierarkkista toiminutta kaupunginhallintoa niin markkinoiden, poliittisen päätöksenteon kuin kuntalaisten suuntaan. Verkostomainen toimintatapa on vahvistunut. Samalla malliin sisältyy myös haasteita, joista keskeisimmät liittyvät muun muassa kokemuksiin toiminnan piristeleisuudesta ja kokonaisuuden koossa pysymisen vaikeudesta. 2009. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509279.
- 212 **Santtu von Bruun, Torsti Kirvelä: Suurten kaupunkien tulevaisuus ja tulevaisuuden kaupunkipolitiikka.** Suomalaisen yhteiskunnan hyvinvoinnin ja tulevaisuuden kannalta suurten kaupunkien ja kaupunkiseutujen merkitys kasvaa koko ajan. Niiden merkitys globaalissa taloudessa on jatkuvasti korostunut. Yhä suurempi osa väestöstä asuu kaupunkiseuduilla ja ne ovat myös paikkoja, joissa uudet ilmiöt, elämäntavat ja toimintamallit nousevat ensimmäisinä esiin. Hankkeen tavoitteena on ollut ennakoita suurten kaupunkiseutujen kannalta merkittäviä toimintaympäristön muutoksia, mahdollisia tulevaisuuspolkuja ja auttaa hahmottamaan kaupunkipolitiikan sisältöjä ja painopisteitä. Hankkeen tulokset ovat joiltain osin pessimistisiä ja uhkaavia tai ainakin niihin sisältyy merkittäviä haasteita. Tulevaisuus ei ole kuitenkaan ennalta määrätty. Siihen voidaan ainakin jossain määrin vaikuttaa nykyhetkessä tehtävillä toimenpiteillä, paikallisella kehittämisellä ja kansallisella politiikalla. 2009. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509283.
- 213 **Anne Korhonen: Yksityisyys ja henkilötietojen suoja kunnallisessa virantäytössä.** Työntekijän sopivuuden, pätevyuden ja osaamisen selvittämiseen liittyy aina erilaisten henkilötietojen käsittelyä. Tämän päivän työelämässä vaatimukset ovat kasvaneet ja samalla keinot työntekijöiden arvioimiseen ja testaamiseen monipuolistuneet. Henkilötietojen suojan merkitys voidaan nähdä entistä tärkeämmäksi. Aiheen ajankohtaisuudesta kertoo myös työelämän tietosuojaa koskevan sääntelyn uutuus ja nopea kehittyminen. Kun työnantaja on viranomainen, työntekijän henkilötietojen suoja rajoittaa paitsi työnantajan mahdollisuus hankkia tietoja myös viranomaistoiminnan julkisuus. Tutkimuksessa tarkastellaan voimassa olevan oikeuden näkökulmasta yksityisyyttä ja henkilötietojen suoja kunnallisessa virantäytössä. Tarkasteltavana ovat sekä henkilötietojen käsittelyyn liittyvät työnantajan oikeudet ja velvollisuudet että henkilötietojen suojaan liittyvät viranhakijan oikeudet. Tutkimuksen tarkoituksena on selvittää, mitä viranhakijaa koskevia tietoja työnantaja saa kerätä, mistä tietoja saa hankkia ja miten tietoja pitää käsitellä. Aihetta tarkastellaan virantäyttömenettelyn eri vaiheiden mukaisesti viranhakuilmoituksen julkaisemisesta virkasuhteeseen ottamiseen ja päätöksen tiedoksiantoon saakka. 2009. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509285.
- 214 **Marjukka Weide: Ulkomailta syntyneenä suomalaisessa kunnallispolitiikassa.** Maahanmuuttotaustaisten kunnanvaltuutettujen edustajuuskäsitykset, motivaatio sekä suhde maahan-

muutto- ja kulttuuritaustaansa puheessa politiikassa toimimisesta. Yhä useammassa suomalaisessa kunnassa osa kunnallisvaalien osallistujista, niin valitsijoista kuin ehdolle asetetuista, on ulkomaan kansalaisia ja kansalaistamisen kautta Suomen kansalaisuuden saaneita. Miltä näyttää suomalaisen kunnallispolitiikka sellaisen kunnanvaltuutetun silmissä, jonka kuva politiikasta on ennen Suomeen tuloa ehtinyt muotoutua toisessa maassa? Mikä motivoi maahan muuttaneita kuntalaisia luottamus- tehtävässään? Onko valtaväestöstä poikkeava etninen tausta taakka vai resurssi kunnallispolitiikassa? Tässä pro gradu -opinnäytetyössä pohditaan kahdentoista valtuutetun ja yhden varavaltuutetun teemahaastattelujen avulla ”maahanmuuttaneena” olemisen ja kunnallispolitiikassa toimimisen mahdollisia leikkauspintoja. Haastateltujen joukkoon mahtuu niin ”maahanmuuttajapolitiikkoja” kuin niitä, joille oma maahanmuuttotausta ei politiikassa merkitse mitään. Tutkimuksen tulokset antavat aihetta jättää suoraviivaiset oletukset maahanmuuttaneista politiikassa, ja kuunnella herkäällä korvalla ulkomailla syntyneiden poliitikkojen määritelmiä itsestään edustajana ja poliittisena toimijana. 2009. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509297.

- 215 **Anni Jäntti & Marianne Pekola-Sjöblom (toim.): Kuntademokratian ja -johtamisen tila valtuustokaudella 2005–2008.** Tässä tutkimusraportissa kuvataan kuntademokratian ja -johtamisen ajankohtaisia teemoja kuntalaisten, kuntaorganisaatioiden sekä kuntajohtamisen näkökulmista. Raportti perustuu Kuntaliitossa valtuustokaudella 2005–2008 tehtyihin tutkimuksiin ja selvityksiin. Raportti sisältää tiivistä ja kuvailevaa tietoa kuntalaisten osallistumisesta, kunnallisista toimielimistä ja luottamushenkilöistä, luottamushenkilötyön edellytyksistä sekä toimielinten erilaisista toiminta- ja työskentelytavoista. Lisäksi tarkastellaan kuntien poliittista johtamista sekä johtamistyötä kunnanjohtajan näkökulmasta. Raportissa luodaan myös katsaus valtuustokaudella 2005–2008 käynnistyneisiin demokratiaan ja johtamiseen liittyviin hankkeisiin, selvityksiin ja kokeiluihin. Kuntademokratian ja -johtamisen tulevaisuutta analysoidaan tarkastelemalla kuntakenttään kohdistuvia haasteita. Näin raportti luo kattavan kokonaiskuvan kuntademokratian ja -johtamisen tilasta. 2009. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509300.

- 216 **Ilpo Laitinen: Tietoperustainen johtaminen – Case Helsinki.** Tiedosta ja tietämyksen kehittämistä on tullut nykyaikaisten organisaatioiden selviytymisen ehto. Julkinen sektori ei tee tästä poikkeusta. Viime vuosikymmenen aikana organisaatioteorioissa ja johtamisen kirjallisuuden keskiöön on noussut tieto ja tietämyksen hallinta. Organisaation oppimisen rinnalle on ilmaantunut sosiaalista pääomaa, tunneälykkyyttä, innovatiivisuutta, informaatiojohtamista ja tiedon hallintaa sekä uutta johtamista esitteleviä malleja. Ne ovat rakentaneet niin sanottua tiedon ja tietämyksen taloutta. Monissa mainittuja teemoja esittelevissä teoksissa organisaatio ja ihmisten välinen vuorovaikutus esitetään systeemijattelun osana. Organisaatio on niissä rakenne, johon inhimillinen vuorovaikutus asemoidaan. Tässä tutkimusraportissa tarkastellaan uutta julkista johtamista sekä tiedon ja tietämyksen johtamisen haasteita. Teos arvioi kriittisesti systeemistä ajattelua ja esittelee oppimisen ja tiedon jakamisen monitasoisena organisaation prosessina. Prosessi ei ole vain tiedon järjestelmistä hallintaa, vaan liittyy myös esimerkiksi valtarakenteisiin ja tunteisiin. Menestyvä organisaatio on kykenevä tunnistamaan toiminnassaan mainittuja piirteitä ja kykenee kehittämään itseään jalostamalla ja laadullistamalla vuorovaikutusta. Teoksessa on tutkittu Helsingin kaupungin johtamista. Sen keskeiset havainnot ja niitä tukeva teoriatausta ovat yleisiä ja tunnistettavia kaikissa organisaatioissa. 2009. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509309.

- 217 **Raine Mäntyselä, Lasse Peltonen, Vesa Kanninen, Petteri Niemi, Jonne Hytönen & Miska Simanainen: Keskuskaupungin ja kehyskunnan jännitteiset kytkennät.** Viiden kaupunkiseudun yhdyskuntarakenne ja suunnitteluyhteistyö Paras-hankkeen käynnistysvaiheessa. Paras-ART-TU-ohjelman tutkimuksia nro 2. Raportissa tarkastellaan kunta- ja palvelurakennemuutostuksen (Paras-hanke) toteutuksen lähtöasetelmia kaupunkiseuduilla yhdyskuntarakenteen toimivuuden näkökulmasta. Tutkimukseen valituilla kaupunkiseuduilla tarkastelu kohdistuu erityisesti keskuskaupungin ja sen yhden kehyskunnan maankäytön toimintakulttuureihin ja niiden muutoksiin. Kuntien keskinäisiä suhteita peilataan laajempaan kaupunkiseudun kehitykseen. Tutkitut keskuskaupunki-kehyskunta-parit ovat Jyväskylä/Urainen, Kuopio/Siilinjärvi, Oulu/Haukipudas, Turku/Lieto ja Vaasa/Mustasaari. Kaupunkiseutujen reagointia Paras-hankkeeseen on selvitetty huomioiden niiden lähihistorian suunnitteluyhteistyö, laaditut suunnitelmat, ohjelmat ja strategiat sekä yhdyskuntarakenteen muutoksen ”kehityspotu”. Onko näköpiirissä, että Paras-hankkeen myötä nämä polut alkavat muuttua suuntaansa? Entä mitä tämä muutos merkitsisi yhdyskuntarakenteen toimivuudelle? Tutkimuksesta on vastannut Aalto-yliopiston teknillisen korkeakoulun Yhdyskuntasuunnittelun tutkimus- ja koulutuskeskuksen tutkimusryhmä osana Kuntaliiton koordinoimaa Paras-arviointitutkimusohjelmaa (ARTTU).2010. Hinta 25 euroa. Tilausnumero

- 509310.
- 218 **Jarmo Vakkuri, Olavi Kallio, Jari Tammi, Pentti Meklin & Heikki Helin: Matkalla kohti suuruuden ekonomiaa?** Kunta- ja paikallistalouden lähtökohdat Paras-hankkeessa. Paras-ARTTU-ohjelman tutkimuksia nro 3. Talousajattelun merkitys korostuu julkisen hallinnon toiminnassa. Tämä ilmenee myös Paras-uudistuksessa, jonka tavoitteet nivoutuvat monella tavalla taloudellisen ajattelun ympärille. Uudistuksen keskeisenä syynä on se, että useat kunnat eivät pysty järjestämään käytettävissä olevilla voimavaroilla riittäviä palveluja ja toimivia elämisen olosuhteita kuntalaisille ja erilaisille organisaatioille. Tässä tutkimusraportissa, joka on toteutettu osana Paras-arviointitutkimusohjelmaa (ARTTU), analysoidaan ARTTU-ohjelmassa mukana olevien tutkimuskuntien taloutta uudistuksen lähtötilanteessa. Tutkimuksessa kunta nähdään sekä organisaatiotaloutena, joka järjestää ja tuottaa palveluja kuntalaisille että paikallistaloutena, joka vaikuttaa paikallisen yhteisön taloudellisiin ja muihin toimintaedellytyksiin. Tutkimuksessa tarkastellaan myös Paras-uudistuksen keskeistä olettamusta, suuruuden ekonomian ajattelutapaa. Mitä kuntakoon kasvattaminen lopulta tarkoittaa? Millaisissa kunnissa mittakaavaedut voidaan parhaiten hyödyntää? Miten kuntakoon kasvattaminen näkyy lopulta kuntaorganisaation toimipisteiden rakenteessa ja palveluverkossa? 2010. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509313.
- 219 **Minna Kaarakainen, Vuokko Niiranen & Juha Kinnunen (toim.): Rakenteet muuttuvat – mihin suuntaan?** Sosiaali- ja terveyspalvelut Paras-hankkeessa. Lähtötilanteen kartoitus. Paras-ARTTU-ohjelman tutkimuksia nro 6. Sosiaali- ja terveyspalvelut ovat kunta- ja palvelurakennemuutoksessa erityisen kiinnostuksen ja uudistamisvaatimusten kohteena. Julkaisussa tarkastellaan vanhuspalvelujen, lapsiperheiden palvelujen sekä perusterveydenhuollon lääkäripalvelujen organisaatorakenteita ja palvelujen käyttöä sekä kokemuksia palveluiden saatavuudesta ja laadusta Paras-hankkeen alkuvaiheessa 2006 sekä uudistuksen ensimmäisten vuosien aikana 2007–2009. Tutkimuksen kohteena ovat Paras-arviointitutkimusohjelman (ARTTU) 40 kuntaa. Paras-hanketta tarkastellaan myös laajemmin osana kunta-valtio -suhteen ohjausmekanismeja. Sosiaali- ja terveyspalvelujen rakenteet muuttuvat, mutta mihin suuntaan? Mikä merkitys uudistuksella on palvelujen saatavuuden ja saavutettavuuden kannalta? Entä eheytyykö vai pirstaloituu ko sosiaali- ja terveyspalvelujen verkosto? Palvelun saatavuuden ja saavutettavuuden ohella keskeisiä uudistuksen alueita ovat palvelujen monipuolisuus ja uusien innovatiivisten palveluratkaisujen kehittäminen. Palveluja lähestytään monipuolisesti organisaatorakenteiden sekä palvelujen käyttöä kuvaavien indikaattoreiden näkökulmasta sekä erilaisten kuntaryhmittelyjen avulla. Raportti sisältää myös kuntakohtaisia tietoja ARTTU-tutkimuskuntien palveluista. Tutkimuksesta on vastannut Itä-Suomen yliopiston Sosiaali- ja terveysjohtamisen laitoksen tutkijaryhmä osana Paras-arviointitutkimusohjelmaa (ARTTU). 2010. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509319.
- 221 **Juhani Määttä: Hybridioorganisaatioiden ja niiden konsernijohtamisen muotoutuminen.** Tutkimus Jyväskylän, Oulun, Tampereen ja Turun hierarkkisten ja markkinasuuntautuneiden toimintatapojen ja niiden konsernijohtamisen muutoksista 1993–2006. 2010 Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509322.
- 222 **Mikko Komulainen: Ulkoistaminen kunnissa.** Oikeudellinen tutkimus ulkoistamisen ilmenemismuodoista ja vaikutuksista sekä ulkoistamisen rajoituksista ja sille asetettavista vaatimuksista yhtenä kunnallisten palvelujen tuottamismuotona 2010. Hinta 25 euroa. Tilausnumero 509324.



Acta-julkaisusarjan kestopilaus

Ennakoivaa, soveltavaa ja ajankohtaista tutkimustietoa kunnista

Acta-julkaisusarja on tarkoitettu Sinulle, joka haluat käyttöösi tutkittua tietoa kuntien nykytilasta ja kehityksestä. Tutkitulla tiedolla tehdään tulevaisuutta.

Acta on Suomen Kuntaliiton tutkimustoiminnan julkaisusarja. Sarjassa ilmestyy vuosittain vähintään yhdeksän kunta-alaa monipuolisesti käsittelevää julkaisua. Acta-sarja tarjoaa ajankohtaista ja soveltavaa tutkimustietoa kunnista sekä ennakoi kuntien toimintaympäristön tulevia muutoksia.

Sarjan julkaisut käsittelevät mm. kuntien hallintoa, johtamista, demokratiaa ja palveluita. Kirjat sisältävät suomen-, ruotsin- ja englanninkielisen tiivistelmän.

Tarjoamme Acta-julkaisusarjan kestopilausta

Voit tilata Acta-julkaisusarjan kestopilauksena, jolloin saat kaikki sarjassa vuosittain ilmestyvät kirjat edulliseen hintaan.

- Kestopilauksen hinta on 200 euroa/vuosi (sis. alv.).
- Yksittäisen Acta-julkaisun hinta on 25 euroa (sis. alv.).
- Sarjassa ilmestyy vähintään yhdeksän kirjaa.
- Kestopilaajilta ei peritä toimitusmaksuja.
- Kestopilauksen hinta laskutetaan vuosittain keväällä.

Lisätietoja kestopilauksesta:

Elna Nissinen ja Kaija Majoinen/Suomen Kuntaliitto
puh. (09) 7711, faksi (09) 771 2726

Lisätietoja Acta-julkaisusarjasta löydät kotisivuiltamme:

<http://www.kunnat.net> -> Toimialat -> Kuntakehitys ja tutkimus -> Acta-tutkimus-julkaisut

- Tilaan ACTA-sarjan kestopilauksena edulliseen hintaan 200 euroa/vuosikerta (sis. alv.)
- En tällä kertaa tee kestopilausta, mutta tilaan seuraavat ACTA-sarjan julkaisut:

vastaanottaja
maksaa
postimaksun

Tilaaaja

Yhteisö/yritys

Lähiosoite

Postinumero ja -toimipaikka

Puhelinnumero

Päiväys ja allekirjoitus

Julkaisujen toimitusosoite, ellei sama kuin yllä

Suomen Kuntaliitto
Kuntakehitys ja tutkimus
Vastauslähetyssopimus
00530/75
00003 HELSINKI

